



ANAYASA YARGISI

Journal of Constitutional Justice

42(1)

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200

Anayasa Yargısı - 42(1)

© 2025, 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

Temmuz, 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 Başraportörü

Dr. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Genel Sekreter Yardımcısı

Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Başraportörü

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 Fakültesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
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 Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

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

Prof. Dr. Ömer ÇINAR
Anayasa Mahkemesi Üyesi

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

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
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 Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. xx.

Derleme Kitap:

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

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

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

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

Örnek: a.g.e. s. xx.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

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

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

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

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

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

15. Çevirimiçi kaynaklara yapılan atıflarda url adresinden sonra parantez içerisinde Erişim Tarihi verilir.

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

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

ANAYASA YARGISI DERGİSİ



Veri tabanında taranmaktadır.

EDİTÖRLERDEN

21. yüzyıl; siyasal, kültürel ve teknolojik dönüşümlerin yoğunlaştığı ve hukuk sistemlerini derinden etkilediği bir çağ olarak dikkat çekmektedir. Bu dönüşümler, hukukun her alanını olduğu gibi anayasa hukukunu ve insan haklarını da yeniden şekillendirmektedir. Dijitalleşme, yapay zekâ, iklim krizi ve küresel göç dalgaları gibi çok boyutlu meydan okumalar; anayasa yargısının işlevi, meşruiyeti ve sınırları konusunda yeni tartışmalara yol açmıştır. Dolayısıyla anayasa hukuku ve insan hakları alanında yapılacak çalışmaların da bu gelişmeler çerçevesinde şekillenmesi gerekecektir.

Anayasa Yargısı Dergisi; anayasa hukuku ve insan hakları hukukuna ilişkin güncel gelişmeleri takip eden, anayasa yargısı alanında ulusal ve uluslararası hukukta verilmiş kararların akademik değerlendirmelerini içeren hakemli bir yayındır.

Dergi, 1984'ten bu yana Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümlerinde düzenlenen sempozyum bildirilerinin yer aldığı bir yayın olarak doğmuş; 2019 yılı itibarıyla da yılda iki kez yayımlanan hakemli dergi özelliği kazanmıştır. Dolayısıyla Anayasa Yargısı Dergisi'nin bir sayısında Anayasa Mahkemesi tarafından her yıl anayasa yargısı alanında düzenlenen sempozyum bildirilerine de yer verilerek her iki sayıda da anayasa hukukuyla ilgili hakemli makaleler yayımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu yıl 63. kuruluş yıl dönümünü kutladı. Bu yılki kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen sempozyumun konusu "*21. Yüzyılda Anayasa Yargısının Geleceği*" olarak belirlendi.

Bu sayıda, anılan sempozyumda sunulan bildirilere hakemli makalelerin ardından yer verilmiştir. Böylece sempozyum konusuna ilişkin ulusal ve uluslararası hukuku farklı boyutlarıyla ve kapsamlı bir şekilde inceleyen makale ve bildirilerle literatüre katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Bu sayının ilk makalesinde Prof. Dr. Tolga Şirin, “Türkiye’de Beyaza Ceza Normları -Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Analiz-” adlı çalışmasıyla Anayasa Mahkemesinin suçun unsurlarını dolaylı şekilde düzenleyen “beyaza ceza normları”na ilişkin kararlarını incelemekte ve Mahkemenin benimsediği yaklaşımı ortaya koymaktadır. Yazar, kararların daha öngörülebilir ve tutarlı hâle gelmesi amacıyla karşılaştırmalı anayasa hukukundan esinlenen dokuz soruluk bir değerlendirme yöntemi önermektedir.

Doç. Dr. Abdulkadir Yıldız, “A Continuous Power in Constitutional Change: The Swedish Parliament” adlı çalışması ile İsveç Parlamentosunun (Riksdag) anayasal düzenin şekillendirilmesindeki belirleyici rolünü, İsveç’in anayasal sürecinin tarihsel seyrini inceleyerek ele almakta ve sistemin parlamenter egemenliği sağlayan özgün araçlarını ortaya koymaktır.

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin Alpaslan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Medenî Yargıda İçtihatların Birleştirilmesi Müessesesi” adlı çalışmasında içtihat istikrarı kavramının önemi üzerinde durarak Yargıtay kararlarındaki içtihat uyumsuzluklarının giderilmesinin bir gereklilik olduğunu, bireysel başvuru yolunun gelmesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu hususa yoğun şekilde vurgu yapıldığını belirten Yazar, çalışmada Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, medenî yargıdaki içtihatların birleştirilmesi kapsamında değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Özgür Aydın ve Markus Johannes Theodorus Schrijer, “Kuramdan Uygulamaya Ölçülülük İlkesi: Türk Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararları Üzerinden Bir Değerlendirme” adlı çalışmalarında ölçülülük ilkesini teorik ve pratik açıdan ele almakta, ölçülülük ilkesinin kavramsal ve tarihî çözümlemesini yaparak öznellik problemi üzerinde durmaktadır. Yazarlar çalışma kapsamında mülkiyet hakkı çerçevesinde incelemelerde bulunarak Anayasa Mahkemesinin ölçülülük değerlendirmesi doğrultusunda Mahkemenin kararlarını analiz etmektedir.

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla Bayraktar, “Kolluğun Herhangi Bir Emir/Karar Gerekmeksizin Arama Tedbirini Uygulayabilmesi” adlı

çalışmasında, arama tedbirinin bir emir veya karar gerekmezsizin uygulanabileceği hâlleri yürürlükte olan mevzuat kapsamında ele almakta, özellikle bu tedbirin yalnızca bir yönetmelik hükmüne dayanıp dayanmadığı sorunu üzerinde durarak mevcut durumda kolluğun sorumluluğu hususunu tartışmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Hasan İba, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Ceza İhdası Sorunu” başlıklı çalışmasında suç ve ceza ihdas edilebilmesinin şartlarını olağan dönem ve olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kapsamında değerlendirmekte, Türk Ceza Kanunu’nun ve Anayasa’nın ilgili hükümleri ile Anayasa Mahkemesi uygulamasını incelemekte ve bu sorun bağlamında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi meselesini ele almaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Serdar Narin, “Avrupa’da Anayasa Mahkemelerinin Siyasetten Arındırılması Olgusuna Yönelik Paradigma Değişimi” adlı çalışmasında, anayasa mahkemesi hâkimlerinin atanmasına yönelik olarak siyasetten arındırılma olgusunu yargısal tarafsızlığa olan etkisi bakımından değerlendirmekte ve bu noktada atama süreçlerinde siyasal meşruiyet ile yargısal etkinlik arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik alternatif bir kurumsal tasarım önermektedir.

Anayasa Mahkemesi Raportörü Aydın Demirel, “Birden Fazla Meşru Sebebe Dayanan Tutma” çalışması ile kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakılması için gerekli olan “meşru sebep” kavramını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa kapsamında ele alarak birden fazla meşru sebebin bir aradalığını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi uygulamaları ışığında ele almaktadır.

Anayasa Mahkemesi Raportörü Leyla Nur Oduncu ve Arş. Gör. Dr. Gizem Güner Yaşar, “İtiraz Yoluna Başvuran Bir Mahkeme Olarak Anayasa Mahkemesi” adlı çalışmalarında, itiraz yolunun önemini belirtip Anayasa Mahkemesinin bir mahkeme olmasına istinaden itiraz yoluna başvurabilme imkânını ele almakta ve Anayasa Mahkemesinin söz konusu yola başvurabilmesine dair Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesinin görevlerini inceleyerek değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Kuruluş yıl dönümü açış oturumu, Anayasa Mahkemesi Başkanı Kadir Özkaya'nın konuşması ile başlamış ve Afrika İnsan ve Toplum Hakları Mahkemesi Başkanı Imani Daud Aboud'un, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği Dönem Başkanı Tayland Krallığı Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Nakharin Mektrairat'ın, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Dönem Başkanı Arnavutluk Anayasa Mahkemesi Başkanı Holta Zaçaj'ın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Hâkimi Prof. Dr. Saadet Yüksel'in selamlamalarıyla tamamlanmıştır.

Bu vesileyle kuruluş yıl dönümünde sunum yapan Prof. Dr. Çetin Elmas'ın "Yapay Zekâ Çağında Hukuki, Etik ve Toplumsal Dönüşüm", Prof. Dr. Murat Önder'in "Yapay Zekâ Yönetişiminde Hukuk Disiplini", Prof. Dr. Abdurrahman Eren'in "Dijital Egemenlik Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Dijital Egemenliğe Yaklaşımı", Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin'in "Dijital Çağda Anayasa Yargısı Özel Hukuk Perspektifinden Bir İnceleme", Prof. Dr. Yusuf Aksar'ın "Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Bireyler ve Bireylerin En Temel İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Yargı Kuruluşlarının Yaklaşımı", Egils Levits'in "New Challenges And Opportunities In Constitutional Justice" ve Boulos Fahmy Iskandar'ın "The Challenges Facing Constitutional Judiciary and the Prospects for Their Resolution" başlıklı konuşmalarına da yer verilmiştir.

Derginin ilgililere faydalı olması dileğiyle...

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

**ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI
KADİR ÖZKAYA'NIN
ANAYASA MAHKEMESİNİN
63. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ
AÇIŞ KONUŞMASI**

Sayın Cumhurbaşkanım,

Kıymetli Meslektaşlarım,

Değerli Konuklar,

Hoş geldiniz, safalar getirdiniz.

Sizleri, medeniyetlerin buluşma noktası, tarihin ve hukukun derin izlerini taşıyan İstanbul'da misafir etmekten büyük bir onur ve mutluluk duyuyorum. Bu kadim şehir, geçmişten günümüze, hukuk, adalet ve insan hakları mücadelesinde birçok olaya tanıklık etmiştir.

İstanbul'un eşsiz silüetinde yükselen Dolmabahçe Sarayı da Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemine damga vurmuş, hukuk ve devlet yönetimi açısından önemli kararların alındığı bir merkez olmuştur.

Bugün burada, tarihin görkemli izleri arasında, Anayasa Mahkememizin 63. Kuruluş yıl dönümü vesilesiyle hukukun üstünlüğünü ve anayasa yargısının gelişimini konuşmak üzere bir araya gelmiş bulunuyoruz.

Şahsım ve Mahkememiz adına bir kez daha törenimize hoş geldiniz diyor; sizleri en kalbî duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Bu anlamlı günde, yalnızca geçmişimizi yâd etmiyor, aynı zamanda geleceğe dair sorumluluklarımızı da yeniden hatırlıyor, hukukun üstünlüğü ve adalet idealini hep birlikte bir kez daha dile getiriyoruz.

Küreselleşen dünyada, anayasa yargısı artık yalnızca ulusal sınırlarda değil, evrensel hukuk normları ve uluslararası yargı içtihatları ile şekillenmektedir. Bu nedenle, farklı ülkelerin anayasa mahkemeleri ve yüksek yargı organları arasındaki iş birliği, hukukun üstünlüğünü güçlendirmek, bireysel hakları daha etkili korumak ve küresel çapta adaletin tesisi için kritik bir önem taşımaktadır.

Siz kıymetli misafirlerimizin burada olması, anayasa yargısının müşterek sorunlarını birlikte tartışma ve tecrübelerimizi paylaşma fırsatı sunacaktır. Gerçekleştireceğimiz sempozyum hem aramızda bilgi alışverişine hem de anayasa yargısında karşılaşılan küresel meydan okumalar karşısında ortak çözümler geliştirmeye yönelik verimli tartışmalara zemin hazırlayacaktır.

Aynı zamanda katılımcılar olarak aramızda daimî bir iletişim ve etkileşim kanalı kurulmasını sağlayacak olan bu etkinlik vesilesiyle oluşacak ortam yalnızca bugünü değil, gelecekteki kurumsal ilişkilerimizi de etkileyecek, aramızdaki dayanışma ve iş birliği için önemli bir temel oluşturacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Adalet; bir şeyi yerli yerince yapmak, her şeyi yerli yerine en uygun şekilde koymak, herkese hakkı olan şeyi vermektir. İnsan ruhunun manevi direği, toplumsal düzenin temel taşıdır. Adalet, insanlık tarihi boyunca hem ilahi kaynaklarda hem de beşerî sistemlerde kutsal bir hedef olarak yer almıştır.

Toplumun huzuru, iç barışı, refahı ve güvenliği için adalet vazgeçilmez bir unsurdur. Adaletli toplumlarda huzur ön plana çıkar ve insanların birbirlerine olan güveni artar. Dolayısıyla toplumun düzeni ile bireylerin haklarının korunmasında en önemli etken adalettir.

Kutadgu Bilig isimli eserinde Yusuf Has Hacıp “Ülkeyi korumak için güçlü bir ordu, güçlü bir ordu için zengin bir halk, zengin bir halk için ise adalet gerekir.” der. Buna göre, her türlü gelişme, büyüme ve güç sahibi olabilme ancak adalet vasıtasıyla

olabilir. Zira adalet hayatın üzerinde yürüdüğü temeldir. Devletin ve toplumun varlığını devam ettirmesinin ve gelişmesinin temel şartıdır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu Büyük Önder Atatürk'e göre de bağımsızlık, gelecek, özgürlük her şey ancak adaletle var olabilir. Onun adalet anlayışı hukuk sistemimizin ve toplumumuzun adalet arayışının da esasını oluşturmuştur.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Önceki konuşmalarımda değinmiş olmakla birlikte önemlerine binaen bazı hususlara bir kez daha dikkat çekmek istiyorum.

Dünyanın her yerinde, her toplumda, o topluma ilişkin anayasal kimliği ya da o topluma ilişkin ortak toplumsal kimliği oluşturan ilke ve değerlerin en önemli güvencesi, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığıdır. Bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı da ancak o faaliyeti yürütecek olan bağımsız ve tarafsız hâkimlerin varlığıyla mümkündür. Hakkın ayakta tutulması ve adaletin sağlanması bakımından en önemli sorumluluk yargısal faaliyetlerin baş aktörleri olan hâkim ve savcılara aittir. Dolayısıyla tüm hâkim ve savcılar iç dünyalarındaki öznel duygu ve düşünceleri de dâhil olmak üzere herhangi bir dışsal etki altında kalmadan, çekinmeden, endişe duymadan, tarafsız bir tutumla pozitif hukuk düzeninin öngördüğü çerçeve içinde özgürce karar vermelidirler. Akıllı ve bilimi daima başat bir konuda tutmalıdır.

Pozitif hukuka göre çok yakınlarının işlerine bakamadıklarını biliyorum. Ancak genel prensibi vurgulamak bakımından ifade etmek istiyorum ki ana-babaları, kardeşleri, diğer yakın akrabaları veya arkadaşları aleyhine ya da sevmedikleri, düşman olarak gördükleri kişiler lehine de olsa her daim adaleti ayakta tutmalıdır. Hiçbir zaman hakkı (adaleti) kendi keyfi arzularına uydurmaya kalkışmamalıdır. Herkesi daima hakka çağırmalı ve hakla hükmetmelidirler. Haktan uzak yaşayanın, haksızlıktan yakayı kurtaramayacağını unutmamalıdır. Dolayısıyla bir topluluğa olan kinleri ve hırsları onları adalet-

sizliğe sevk etmemelidir. Her daim her yerde adaletin timsali olmalıdırlar. Hiçbir neden, hâkim ve savcılar, hakkı ayakta tutmaktan asla alıkoymamalı; adaletsiz davranmaya yöneltmemelidir.

Kanaatimizce, adaletle hükmedilmeyen yerlerde kargaşa olur, düzen ortadan kalkar, herkes kendini haklı görmeye başlar. Bu yüzden, kargaşa çıkmaması için adalet terazisi daima hak ve haklıyı gözeterek kullanılmalı ve daima adaletle hükmedilmelidir. Bununla birlikte haksız olduğu halde haklıymış gibi kavga çıkaranlara, hukuku kendi çıkarları doğrultusunda kullanmak isteyenlere, hakkı olanı değil kendinden yana olanı adalet sananlara da hiçbir zaman hiçbir koşulda prim verilmemelidir. Daima hakka uyulmalı, hak ayakta tutulmalıdır. Yapılan iyilik veya kötülüğün hardal tanesi ağırlığında bile olsa, bir kayanın içinde saklı da olsa, yahut göklerin veya yerin herhangi bir noktasında bile bulunsa, bir gün mutlaka karşımıza çıkacağı ve bizden bunun hesabının sorulacağı unutulmamalıdır.

Bu bağlamda Kutsal Kitabımız Kur'an-ı Kerim'in, kimseyi en küçük bir haksızlığa uğratmayacak, hardal tanesi ağırlığında iyi ya da kötü basit bir şey bile olsa yapılanları dosdoğru tartacak olan hassas terazilerin bir gün mutlaka kurulacağını, bugün her şeyi ve herkesi sorguya çekerek adalet dağıtmaya çalışan ve geçici olan bizlere de sıranın geleceğini, bizlerin de bir gün mutlaka sorguya çekileceğimizi söylediğini, aynı veya benzer kuralların diğer Kutsal Kitaplarda da yer aldığını da belirtmem gerektiğini düşünüyorum.

Dolayısıyla bir gün mutlaka mizan kurulacak, bütün defterler dürülecek, hesabı bizlerden sorulacak. Hal böyle olunca o günler gelmeden bugünün kıymetini bilelim, uygulamada adalet ve hukuk devleti ilkesine ilişkin kazanımlarımızı titizlikle muhafaza etmeye çalışalım.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Hepimizin gözü önünde dünyanın dört bir yanında, güç ve zenginlik kaynaklı üstten bakış, faklı dini inançlara olan düş-

manlık, yabancı düşmanlığı, ırkçılık, ayrımcılık gibi sosyolojik virüslerden kaynaklı olarak yaşanan savaşlar, haksızlıklar, zulümler ve eşitsizlikler, vicdanları kanatan derin yaralar açıyor; barış ve adaletin kıymeti, her geçen gün daha da fazla hissedilir hale geliyor. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin 2024 yılı Uluslararası Demokrasi Günü mesajında da belirttiği üzere, günümüz itibarıyla temel hak ve özgürlükler dünya genelinde çok büyük bir risk altındadır. Özgürlükler aşınıyor, medeni alan daralıyor, kutuplaşma yoğunlaşıyor ve güvensizlik artıyor. Demokrasi, barış ve istikrar için geleceğe dönük kaygılar büyüyor.

Küresel ölçekte yaşanan derin eşitsizlikler, ağır ekonomik krizler, adil olmayan bölüşüm sistemleri ve uluslararası hukuk ihlalleri; göç krizinden çevre felaketlerine kadar birçok sorunun yapısal nedenleri olarak karşımıza çıkıyor ve ne yazık ki uluslararası toplumun da bu sorunlara çoğu zaman geçici çözümlerle yaklaştığı, hatta çoğu zaman gözünü ve vicdanını kapattığı gözlemleniyor.

Oysa Gazze başta olmak üzere dünyanın dört bir yanında sergilenen zulme, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin ihlallere, çocuklar ve kadınlar başta olmak üzere mağdur ve mazlum insanlara karşı yapılan insanlık dışı muamelelere gözler ve vicdanlar kapatılmamalıdır. Yapılan zulümlere ırk, din, dil, renk vb. hiçbir ayırım yapılmadan bir an önce cesaretle ve adaletle müdahale edilmelidir. Bu; insan olmanın zorunlu bir sonucu, yaşamsal bir vicdani borcudur. Bu nedenle tüm toplumlar koşulları zorlayarak da olsa, iş birliğini güçlendirmek, güveni tesis etmek, mevcut ve gelecek nesilleri güvence altına almak için daha kapsayıcı ve adil bir dünya inşa etmeye çaba sarf etmek zorundadır.

Geçmişte ve halen yaşanan savaşlarda meydana gelen acılar ve bu acılardan çıkarılan tecrübeler bugünkü nesiller başta olmak üzere herkesçe bilinmeli ve unutulmamalıdır. Geçmişte yaşananlar dikkate alınarak hareket edilmelidir. Olaylar ve imkânlar akılla, sıhhatle, bilimle iyi değerlendirilmelidir. Hepimiz açısından her bir nefesimiz geleceğimiz için bir hazinedir, çok

önemlidir. Bu nedenle her ânımızın iyi değerlendirilmesi, fitneye, fesata ve tefrikaya fırsat verilmemesi gerekmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Duyulması ve karşılık verilmesi umuduyla tüm dünyaya sesleniyorum. İnsanlık olarak geleceğimizi kendi ellerimizle çıkmaza düşürmeyelim. Unutmayalım ki barış, ancak ahlâk ve adaletin hüküm sürdüğü bir dünyada mümkündür. İnsanlığın ortak geleceği ve sürekli barış da ancak ahlaki değerlere ve adalete dönülmesiyle, yeryüzünde ahlâk ve adaletin hâkim kılmasıyla mümkündür. Dolayısıyla insanlık, öteki olanla birlikte barış içinde yaşamayı istemek ve bunu sağlayacak dünya düzenini inşa etmek zorundadır. Zira insan çok kıymetlidir.

İnsanlık, geçmişte, uluslararası sistemdeki adaletsizliğin, bağnazlığın, güç ve zenginlik kaynaklı üstten bakışın ve güç körlüğünün, öteki ile birlikte barış içinde yaşamayı reddetmenin nelere mal olduğunu ağır bir bedel ödeyerek öğrenmiş bulunmaktadır. Geçmiş unutulmamalıdır. “Biz ve öteki” ayrımı sürekli olarak tekrar tekrar üretilmemelidir.

Malumları olduğu ve teorik olarak herkesçe kabul edildiği üzere, dünyanın dört bir yanında yaşayan her bir insan, insan haysiyetine uygun şekilde insanca yaşayabilmek için gerekli olan vazgeçilmez ve devredilemez nitelikte hak ve özgürlüklere sahiptir.

İnsanlığın onuru olan söz konusu hak ve özgürlükler insanlığın ortak değeridir. Çoğulculuk ve hoşgörü de böyledir. Bu değerler dünyanın her yerinde önemsenmeli ve mutlaka hayata geçirilmelidir.

Dünya üzerindeki tüm yetkili ve ilgililer iş birliği içinde kazan kazan anlayışına dayalı adalet odaklı bir uluslararası ilişki pratiği geliştirmelidirler. İnsanı merkezine alan, güvenlik ve temel hak ve özgürlük dengesini bozmayan hukuk devleti anlayışını özümseyip içselleştirmiş bir hukuk kültürünü yaygınlaştırmının gereklerini yerine getirmelidirler.

Yapılan zulümlere gözlerini ve vicdanlarını kapatanlar, zalimlere destek olanlar, sahip oldukları güce güvenerek adaleti hiçe sayan davranışlarını sürdürmekte ısrarcı olanlar, bebeklere, çocuklara, kadınlara zulüm yapanlar, yaptıkları zulmün yanlarına kalacağını sanmamalıdır.

Bu bağlamda Kutsal kitabımız Kur'an-ı Kerim'den bir örnek vermek isterim. Kur'an-ı Kerim'in bir ayetinde¹ şöyle denilmektedir: *"Sakın, Allah'ı zalimlerin yaptıklarından habersiz sanma! Allah, onları ancak gözlerin dehşetle bakakalacağı (korkuyla donup kalacağı) bir güne erteliyor."*

Sayın Cumhurbaşkanı,

Malumları olduğu üzere insan hak ve özgürlükleri ile hukukun üstünlüğüne dayalı evrensel ortak değerler demokrasilerin esaslı unsurudurlar. Dolayısıyla demokrasiler için bu değerlerin, bağımsız mahkemeler oluşturmak, yeterli hukuki mevzuat ve güvenceler sağlamak suretiyle korunması mutlak bir zorunluluktur.

Demokratik toplumlarda bu değerlerin garanti altına alınmasında ve toplum düzeninin korunmasında anayasa mahkemelerine günümüzde önemli bir sorumluluk yüklenmiş ve demokratik ilkelerin korunması bağlamında çok nitelikli görevler verilmiştir.

Temel olarak yasama ve yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli kılınan bu mahkemelere, anayasalarda yer alan temel değerlerin, ilkelerin, esas ve hükümlerin korunması, insanı ve devleti, adalet temelinde yaşatma ortak amacını gerçekleştirmek amacıyla varlık kazandırılmıştır.

Günümüzde demokratik ülkelerin çok büyük bir kısmında kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa mahkemeleri bulunmaktadır. Diğer yandan bireylerin anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla doğrudan anayasa mahkemelerine erişimlerini sağlayan anayasa şikâyeti veya bireysel başvuru

1 İbrahim Suresi'nin 42. ayeti.

denilen müessese de gittikçe yaygınlaşarak anayasa yargısının bir parçası hâline gelmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde “merkezi tipte anayasa yargısı” veya “özel mahkeme sistemi” denilen “Avrupa Modeli” nin tercih edildiği ülkemizde de Mahkememiz 1961 Anayasası ile kurulmuş ve 25 Nisan 1962 tarihinde faaliyetine başlamıştır.

Anayasa mahkemelerinin tarihi göz önünde bulundurulduğunda, Dünyanın en eski ve en deneyimli mahkemelerinden birisinin Türk Anayasa Mahkemesi olduğu rahatlıkla söylenilebilir. Türk Anayasa Mahkemesi görevini kesintisiz olarak sürdüren dünyadaki dördüncü anayasa mahkemesidir.

Bu yıl 63. Kuruluş yıl dönümünü kutlayan Mahkememiz, hukukun üstünlüğünü sağlama ve normların Anayasa’ya uygunluğunu denetleme bağlamında önemli sorumluluklar üstlenmiştir. 2010 yılında getirilen bireysel başvuru mekanizmasıyla da vatandaşların hak ve özgürlüklerini güvence altına alarak anayasa yargısının evrensel ilkelerini uygulamaya devam etmektedir. Misyonumuz hukukun üstünlüğünü, temel hak ve özgürlükleri ve hukuk devleti ilkelerini korumaktır.

Anayasamızda 2010 ve 2017 yıllarında yapılan değişikliklerle yeni yetkiler tanınarak Mahkememizin denetim alanı genişletilmiş ve Mahkememiz yeniden yapılandırılmıştır.

2010 yılında yapılan değişiklik, Türk Anayasa Mahkemesinin, hem bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasında merkezi bir rol oynamasını sağlamış, hem de demokratik meşruiyetini artırarak kurumsal yapısını güçlendirmiştir. Bu değişiklikler sonucunda Mahkememiz, insan hakları ve demokratik hukuk devleti ilkeleri doğrultusunda daha etkin bir denetim organı haline gelmiştir. Bu bağlamda bireysel başvuruların incelenmeye başlanmasıyla birlikte, norm denetimi kararlarında da demokratik hukuk devleti ve insan hakları çizgisine doğru belirgin bir değişim söz konusu olmuştur.

Mahkememiz vermekte olduğu kararlariyla, Türk Hukuku'nun özgürlük anlayışını evrensel standartlara taşımakta, teorik anayasal güvencelerin pratikte hayata geçirilmesini sağlamakta, böylece de birey ile anayasa arasındaki ilişkiyi somutlaştırmakta ve evrensel insan hakları standartlarının ulusal düzeyde daha hızlı uygulanmasına katkıda bulunmak suretiyle uluslararası insan hakları normlarının iç hukukta daha etkili bir biçimde uygulanmasına zemin hazırlamaktadır.

Bu bağlamda memnuniyetle belirtmeliyim ki bireysel başvuru yolunun benimsenmesi Türk Hukuk tarihindeki en önemli reformlardan birisi olmuştur. Bireysel başvuru yoluyla birlikte temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin Anayasa Mahkemesine erişebilmesinin önü açılmış ve bu sayede ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi birçok konuda çok önemli kararlar verilmiş ve böylece ülkemizde hukukun üstünlüğü ilkesinin daha da güçlenmesine önemli katkılar sağlanmıştır².

Mahkememize norm denetimi kapsamında, 31 Mart 2025 itibarıyla, son üç yılda, önceki dönemden devredenle (143) birlikte toplam 836 başvuru gerçekleşmiş, bunlardan 719 başvuruda 3177 kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmış ve karara bağlanmıştır. Elimizde 1 Nisan 2025 tarihi itibarıyla incelenmeyi bekleyen 117 başvuru kapsamında 830 kural bulunmaktadır.

Bireysel başvuru kapsamında ise 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren 31 Mart 2025 itibarıyla toplam 666.627 başvuru yapılmış, yine aynı tarih itibarıyla bunların 561.441'i yani %85'i sonuçlandırılmıştır. 31 Mart 2025 itibarıyla önümüzde derdest hâlde 105.186 bireysel başvuru bulunmaktadır.

23 Eylül 2012 tarihinden bugüne kadar makul sürede yargı-

2 Dolayısıyla on ikinci yılını geride bıraktığımız bireysel başvuru yolu, geldiğimiz nokta itibarıyla insanımızın temel haklara ilişkin sorunlarını çözmesinin bir aracı olarak kurumsallaşmış bulunmaktadır. Hal böyle olunca zatiîlilerinizin de büyük katkısıyla hukuk sistemimize kazandırılan bireysel başvuru yolunun, mutlak gerekliliği konusunda toplumumuzda oluşan ortak kanaatin de bir gereği olarak bugünkü işlevselliğini kaybetmeden korunması gerektiğini düşünüyoruz.

lanma hakkı hariç olmak üzere toplam 22.640 başvuruda başvurucuların temel hak ve özgürlüklerinden en az birinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Mahkememizce norm denetimi kapsamındaki işlerin incelenmesinde öncelikle itiraz yoluyla gelen işlerin Mahkememize geldiği tarihten itibaren beş ay içinde sonuçlandırılmasına büyük özen gösterilmek suretiyle “İlk gelen ilk çıkar.” ilkesine göre hareket edilmektedir.

Bireysel başvurular da Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Başvuruların inceleme sırası” başlıklı 68. maddesi uyarınca, göre geliş sırasına göre incelenerek karara bağlanır. Ancak Anayasa Mahkemesi, başvuruların konuları itibarıyla önemini ve aciliyetini göz önünde bulundurarak belirlediği kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması yapabilir.

Nitekim Genel Kurulun 10/7/2015 tarihli ve 2015/7 Değişik İş sayılı kararıyla önceliklendirme kriterleri belirlenmiştir³. İncelemeler bu kriterlere göre yapılmaktadır. Mahkememizce bu ilkelerle birlikte burada da “İlk gelen ilk çıkar.” ilkesine büyük ölçüde riayet edilmektedir.

Mahkememizde gerek Komisyonlarda gerek Bölümlerde ve gerekse Genel Kurulda verilen kararlara ilişkin gerekçelerin yazılması suretiyle mümkün olan en kısa sürede ilgililerine tebliğ edilebilir ya da Resmî Gazete’de yayımlanabilir kararlar hâline gelmesi için büyük bir özen ve çaba gösterilmektedir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki Mahkememiz, hukukun çizdiği sınırlar içinde vicdanın sesine kulak vererek, merkezinde yalnızca objektif adaletin olduğu bir anlayışla kararlarını şekillendirmeye, tüm kişi ve kurumlarla olan ilişkilerini bu anlayış içerisinde yürütmeye, kendisine yüklenen misyon bağlamında; adalet, hukukun üstünlüğü, temel hak ve özgürlükler gibi değerlerin gerçekleşmesine katkı yapmaya, bireylerin ve kurum-

3 Bu kriterlerin güncellenmesi çalışması yapılmış olup “Genel Kurul Kararı” haline getirilmesi süreci devam etmektedir. Kriterler yakın bir zamanda güncellenmiş olacaktır.

ların adalet duygularını tatmin etmeye, onların devlete ve hukuka olan güvenlerini artırmaya çalışmaya devam etmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkememiz iç hukuk sistemimizdeki çalışmalarının yanı sıra bu çalışmalarla bağlantılı olarak uluslararası alanda da etkin faaliyetler yürütmektedir. Mahkememiz; Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (CECC), Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği (AAMB), Balkan Ülkeleri Anayasa Mahkemeleri Forumu ve Afrika Anayasa Yargısı Konferansı (CJCA) gibi pek çok uluslararası platformdaki aktif üyelik ve gözlemcilik çerçevesinde uluslararası hukuk camiasında üstlendiği roller kapsamında çok sayıda etkinliğin yöneticisi ve paydaşı olarak çalışmalarını sürdürmektedir.

Mahkememiz, dünyanın farklı coğrafyalarından, farklı kültürlerinden üyelerin bir araya geldiği bu kuruluşların yanı sıra İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı (İDAY) ve Türk Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı (TÜRK-AY) gibi kurucusu olduğu uluslararası platformlarda da dönem başkanlığı görevini üstlenmekte, bu kapsamda ortak medeniyet ve ortak kültürümüz olan ülkelerin anayasa yargısı kurumlarıyla bilgi ve deneyimlerini paylaşmaktadır.

Tüm bunların yanı sıra farklı ülkelerin yüksek mahkemeleleriyle de ikili iş birliği anlaşmaları imzalamaktayız. Bu bağlamda bugün bu tarihi mekânda Mısır Yüksek Anayasa Mahkemesi, Irak Federal Yüksek Mahkemesi ve Cezayir Anayasa Mahkemesi ile de ikili iş birliği anlaşmaları imzalayacağız. Bu anlaşmaların ülkelerimiz ve yüksek mahkemelerimize hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Anayasa Mahkememizin uluslararası ilişkileri ile uluslararası yargı alanındaki etkinliği ve bu alanda üstlendiği görev ve sorumluluklar, Türk hukukuna sağladığı katkının ve kazandırdığı saygınlığın açık bir göstergesi olarak kabul edilmelidir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Hem ulusal hem de uluslararası alanda yürüttüğümüz yargısal faaliyetlerimizi daha ileri seviyelere taşımak amacıyla her yıl Mahkememizin kuruluş gününde geleneksel olarak değişik hukuki konularda seminer, konferans ve benzeri etkinlikler düzenliyoruz. Bu yıl gerçekleştirmekte olduğumuz ve 37 ülke ile 7 uluslararası kurum ve kuruluştan 102 temsilcinin katıldığı bilimsel etkinliğin temasını *“21. Yüzyılda Anayasa Yargısının Geleceği”* olarak belirledik.

Bu başlık bizlere, teknolojik gelişmeler, küreselleşme, bireysel haklar ve demokratik değerler ışığında anayasa yargısının nasıl şekilleneceğine dair çok yönlü bir tartışma alanı sunuyor. Düzenlediğimiz sempozyumun da anayasa yargısının geleceğine ışık tutacak önemli tartışmaların yapılacağı bir platform olacağına inanıyoruz.

Çağımızın en büyük dönüşümlerinden biri yapay zekâ ve büyük veri analizlerinin yargı süreçlerine entegrasyonu olacaktır. Dijital dönüşüm ve yapay zekâ teknolojilerinin hızla gelişmesi, hukuk sistemlerini, yargı süreçlerini ve bireysel hakların korunmasını doğrudan etkilemektedir.

Dolayısıyla anayasa mahkemeleri de yapay zekâ destekli hukuk sistemleri kullanarak karar süreçlerini hızlandırabilir, önceki içtihatlarını daha iyi analiz edebilir ve hak ihlallerini öngören mekanizmalar geliştirebilirler.

Mahkememizce de yapay zekanın hukuk uygulamalarında kullanımı konusunda ciddi çalışmalar yürütülmekte olup, önümüzdeki süreçte anayasal denetimin dijitalleşmesi, yapay zekâ destekli hukuk analiz sistemleri ve büyük veri analitiği ile hak ihlallerinin önlenmesi gibi alanlarda ilerlemeyi hedeflemekteyiz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi olarak, teknolojik dönüşümü hukukun temel ilkeleriyle uyumlu hale getirme kararlılığındayız. Zira yargı bağımsızlığını, insan haklarını ve

demokratik değerleri koruyarak, hukuk ve teknolojinin kesişiminde adil bir denge kurma misyonumuzun bulunduğunun farkındayız.

Sayın Cumhurbaşkanım, dijitalleşme ve yapay zekâ alanında Mahkememize verdiğiniz destekten dolayı zatinalinize ve bu konudaki çalışmalarımıza herhangi bir bedel karşılığı olmaksızın yaptıkları teknik rehberlik ve katkılar için Baykar Teknoloji ekibine en kalbi teşekkürlerimi sunuyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yapay zekâ, bir yandan büyük fırsatlar sunarken aynı zamanda temel hak ve özgürlükler, adil yargılanma hakkı ve veri güvenliği gibi konularda ciddi hukuki tartışmaları da beraberinde getiren bir teknoloji olacaktır.

Kanaatimce bu bağlamda karşılaştığımız en önemli sorulardan birisi, yapay zekâ tabanlı sistemlerin anayasal hakları nasıl etkileyeceğidir. Süreç içerisinde özgürlük-güvenlik dengesi, kişisel verilerin korunması ve yargısal süreçlerde algoritmik önyargılar gibi konular, anayasa yargısının temel meseleleri haline gelecektir.

Sempozyumun ilk oturumunda, anayasa yargısında dijitalleşmenin getirdiği fırsatları ve potansiyel riskleri ele alarak, hukukun evrensel ilkeleri ışığında çözüm yolları aramaya çalışacağız.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa mahkemelerinin bu bağlamda karşı karşıya oldukları yeni sorunları teknolojik dönüşüm, bireysel haklar, küresel anayasa yargısı eğilimleri ve demokratik değişim gibi konular çerçevesinde değerlendirilebiliriz. 21. yüzyıl, insan hakları ihlallerinin arttığı ve küresel çatışmaların derinleştiği bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Mülteci krizleri, kitlesel gözetim teknolojileri, kişilerin ve milletlerin yaşam haklarına yönelik doğrudan müdahaleler, ifade özgürlüğüne yönelik baskılar, etnik ve dinsel ayrımcılıklar gibi konular, uluslararası insan hak-

ları hukukunun sınırlarını zorlayan temel meseleler arasında yer almaktadır. Bu bağlamda her biri ayrı fonksiyona haiz, Birleşmiş Milletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve diğer bölgesel insan hakları mahkeme ve mekanizmalarının etkinliği konusunda karşılaşılan sorunlar yurkarda değinilen hususlar bakımından tartışılması gereken hususlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Sempozyumumuzun ikinci oturumu olan *“Anayasa Yargısında Yeni Sorunlar ve Fırsatlar”* başlıklı kısmı ise günümüz insan hakları mücadelesinin anayasal düzlemde nasıl ele alınması gerektiğini tartışmamız için büyük bir fırsat sunacaktır.

Sonuç olarak, anayasa yargısının geleceği, hukukun temel ilkelerinin değişen dünyaya nasıl uyarlanacağı sorusuyla şekillenecektir. Bununla birlikte anayasa mahkemeleri, teknolojik gelişmeleri ve küresel anayasal eğilimleri takip ederken, bireysel hakları ve demokratik değerleri koruma görevini de sürdürmek zorundadırlar.

Bu bağlamda 1962’den bu yana Mahkememizde büyük bir özveriyle çalışmış, anayasal denetimin kurumsallaşmasına önemli katkılar sunmuş, yargının bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü ve bireysel hakların korunması adına emek vermiş tüm başkan, başkanvekili ve üyelerimize, raportörlerimize ve idari personelimize şükranlarımı sunuyorum.

Hayatını kaybedenlere Yüce Allah’tan rahmet diliyorum. Her birini saygı ve minnetle anıyorum. Onların hukuk alanına bıraktıkları mirasın, bizler için her zaman yol gösterici olacağını belirtmek istiyorum.

Hayatta olan kıymetli üyelerimize, raportörlerimize ve tüm çalışma arkadaşlarımıza sağlık, huzur ve uzun ömürler diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Başta zatıalınız olmak üzere, dünyanın farklı coğrafyalarından gelerek bu anlamlı günde bizleri yalnız bırakmayan tüm

uluslararası yargı organlarının başkan ve temsilcilerine, çeşitli ülkelerden gelen heyetlerin değerli başkan ve üyelerine, AİHM hâkimlerine, yurt içinden davetimize icabet etmiş tüm kıymetli misafirlerimize, Sempozyumumuza katkı veren tüm değerli bilim insanlarımıza, kıymetli hocalarımıza, bu önemli günde bizlerle birlikte olduğunuz için bir kez daha en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu önemli etkinliğin gerçekleşmesinde emeği geçen tüm katılımcılara, değerli konuşmacılarımıza ve Anayasa Mahkemesinin altmış üç yıllık mirasını güçlendiren tüm hukukçulara şükranlarımı sunuyor, sempozyumumuzun anayasa yargısının geleceği için yol gösterici olmasını temenni ediyorum.

Ve son söz olarak;

Hak ile Hak olursa bir kişi

Yanlış olmaz hiçbir işi

Hak Mevla yaparsa bir gün teftişi

Acep ne olur yanlış yapanın işi

diyor ve hepinizi saygı ve muhabbetle selamlıyorum.

İÇİNDEKİLER

Anayasa Mahkemesi Başkanı Kadir ÖZKAYA'NIN Anayasa Mahkemesinin 63. Kuruluş Yılı Dönümü Töreni Açış Konuşması XV

Prof. Dr. Tolga ŞİRİN

Türkiye’de Beyaza Ceza Normları -Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Analiz-

Blanket Criminal Provisions in the Turkish Case -An Analysis from the Comparative Constitutional Law Perspective- 1-70

Assoc. Prof. Dr. Abdulkadir YILDIZ

A Continuous Power in Constitutional Change: The Swedish Parliament

Anayasa Değişikliğinde Sürekli Bir Yetki: İsveç Parlamentosu 71-110

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin ALPASLAN

Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Medenî Yargıda İçtihatların Birleştirilmesi Müessesesi

The Unification of Case-Law in Civil Jurisdiction from the Perspective of Constitutional Court Judgments 111-154

Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN

Markus Johannes Theodorus SCHRIJER

Kuramdan Uygulamaya Ölçülülük İncelemesi: Türk Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararları Üzerinden Bir Değerlendirme

A Study on Proportionality Review from Theory to Practice: Philosophical and Legal Evaluations of the Turkish Constitutional Court’s Decisions on Property Rights..... 155-192

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR
Kolluğun Herhangi Bir Emir/Karar Gerekmeksizin Arama
Tedbirini Uygulayabilmesi Sorunu
*The Issue of Police Conducting Searches Without a Warrant/Decision....*193-268

Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA
Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Suç ve Ceza İhdası Sorunu
*The Problem of Creating Crimes and Penalties by Presidential Decrees ..*269-314

Dr. Öğr. Üyesi Serdar NARİN
Avrupa’da Anayasa Mahkemelerinin Siyasetten Arındırılması
Olgusuna Yönelik Paradigma Değişimi
The Paradigm Shift Towards the Depoliticization of Constitutional Courts
in Europe..... 315-368

Aydın DEMİREL
Birden Fazla Meşru Sebebe Dayanan Tutma
Detention Justified by more than One Legitimate Reason 369-404

Leyla Nur ODUNCU
Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR
İtiraz Yoluna Başvuran Bir Mahkeme Olarak Anayasa Mahkemesi
The Turkish Constitutional Court as a Court Initiating the Contention of
Unconstitutionality 405-490

Anayasa Mahkemesinin 63. Kuruluş Yıl Dönümü Programında
Düzenlenen “21. Yüzyılda Anayasa Yargısının Geleceğı” Konulu
Sempozyum Bildirileri.....491

AÇIŞ OTURUMU

Imani Daud ABOUD
Keynote Address of Hon. Lady Justice Imani Daud Aboud, President
Of The African Court On Human And Peoples’ Rights on the
Occasion of the Commemoration of the 63rd Anniversary of the
Constitutional Court of Türkiye 497-505

Prof. Dr. Nakharin MEKTRAIRAT

The Future of Constitutional Justice in the 21. Century 507-509

Holta ZAÇAJ

The Future of Constitutional Justice in the 21. Century 511-513

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL

Anayasa Mahkemesinin 63. Kuruluş Yıl Dönümü 515-526

BİRİNCİ OTURUM

Prof. Dr. Çetin ELMAS

Yapay Zekâ Çağında Hukuki, Etik ve Toplumsal Dönüşüm ... 533-543

Prof. Dr. Murat ÖNDER

Yapay Zekâ Yönetişiminde Hukuk Disiplini

Law Discipline in Artificial Intelligence Governance 545-556

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Dijital Egemenlik Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Dijital

Egemenliğe Yaklaşımı 557-582

Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

Dijital Çağda Anayasa Yargısı: Özel Hukuk Perspektifinden Bir

İnceleme

Constitutional Adjudication in the Digital Age: An Analysis from a Private-Law Perspective..... 583-609

İKİNCİ OTURUM

Stéphane PISANI

New Challenges and Opportunities in Constitutional Justice..... 621-630

İçindekiler

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Bireyler ve Bireylerin En Temel İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Yargı Kuruluşlarının Yaklaşımı
Individuals as Subjects of International Law and the Approach of the International Judicial Institutions towards the Protection of Fundamental Human Rights 631-662

Egils LEVITS

New Challenges and Opportunities in Constitutional Justice..... 663-674

Boulos Fahmy ISKANDAR

The Challenges Facing Constitutional Judiciary and the Prospects for Their Resolution 675-678

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Basri BAĞCI'NIN

Kapanış Konuşması..... 683



TÜRKİYE’DE BEYAZA CEZA NORMLARI -KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN BİR ANALİZ-

*Blanket Criminal Provisions in the Turkish Case
-An Analysis from the Comparative Constitutional Law Perspective-*

Prof. Dr. Tolga ŞİRİN*

ÖZET

Bu makale, Türk Anayasa Mahkemesinin (AYM) “beyaza ceza normları”na (yani suçun unsurlarını doğrudan tanımlamak yerine başka düzenleyici işlemlere atıf yapan ceza normlarına) yaklaşımındaki tutarsızlıkları incelemektedir. Yargı kararları üç ana kategori altında ele alınmıştır: Yasaklı eşyalar, yasaklı mekânlar ve idari kararlara uymama suçları. AYM’nin kimi zaman bu tür normları, idarenin teknik uzmanlığı ve alanın değişken niteliği gerekçesiyle uygun bulduğu; kimi zaman ise belirlilik ve suçta kanunilik ilkelerine aykırı bularak iptal ettiği görülmektedir. Makalede, AYM’nin benzer yapıya sahip düzenlemelere farklı sonuçlar vermesinin temelinde sistemli bir inceleme yönteminin eksikliği olduğu vurgulanmaktadır. Bu eksikliğe çözüm olarak (başta Almanya olmak üzere) karşılaştırmalı anayasa hukukundan esinlenen dokuz soruluk bir değerlendirme yöntemi önerilmiştir. Bu sorular öngörülebilirlik, yetki devrinin zorunluluğu, düzenlemenin kapsamı, yayımlanma biçimi gibi ölçütleri içermektedir. Makale, beyaza ceza normlarının istisnai olması gerektiğini ve temel hakların korunması açısından çok daha dikkatli ve ilkeli bir anayasal denetime tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır.

* Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, tolgasirin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7172-5426

Anahtar Kelimeler: Beyaza ceza normu, anayasa yargısı, suçta ve cezada kanunilik, Türk Anayasa Mahkemesi, karşılaştırmalı hukuk.

ABSTRACT

This article examines Turkish Constitutional Court's (TCC) inconsistent approach to "blanket criminal provisions" - legal provisions that rather than defining offences directly, refer to external regulatory instruments. The study identifies three major categories where such norms arise: prohibited goods, restricted areas, and offences involving non-compliance with administrative measures. Turkish Constitutional Court has at times upheld such provisions by citing the need for administrative expertise and the evolving nature of the subject matter, while at other times it has annulled similar provisions for violating the principles of legal certainty and *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle. Through a comprehensive review of TCC's case-law, the article reveals that the Court lacks a coherent analytical framework, often issuing conflicting judgments on similar legal structures. To address this gap, this article proposes a structured set of nine evaluative questions derived from comparative constitutional case-law, particularly German constitutional doctrine. These questions assess foreseeability, the necessity and limits of delegation, the scope of discretion, proportionality, and how such regulations are made public. It argues that blanket criminal provisions must remain exceptional and should be subjected to rigorous constitutional review to safeguard fundamental rights and freedoms. Ultimately, the article calls for the adoption of a consistent evaluative methodology in the review of criminal law in Türkiye.

Keywords: Blanket criminal provisions, constitutional justice, *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* principle, Turkish Constitutional Court, comparative law.

GİRİŞ

Bu çalışmada “beyaza ceza normları” denen kanun kategorisini ele alacağız. Esasen ceza hukuku ve bir ölçüde idare hukukuyla ilgili olan bu düzenleme biçimi, bu makalede karşılaştırmalı anayasa hukuku perspektifinden değerlendirilecektir. Makalenin ilk iki başlığında bu kanun türünün tanımı ve türleri ile avantaj ve dezavantajları ele alınacak, son iki başlığında ise sırasıyla karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk anayasa yargısındaki yeri incelenecektir. Değerlendirme kısmında ise Anayasa Mahkemesine kendine özgü bir değerlendirme yöntemi önerilecektir.

Bu başlıklara geçmeden evvel bir ön not olarak kaydetmek gerekir ki Türkçe literatürde “açık suç hükmü”, “açık ceza hükmü”, “açık suç normu”, “açık ceza normu”, “beyaz yasa”, “beyaz norm”, “beyaza hüküm”¹, “çerçeve kanun”² gibi farklı adlar alan bu kavram; Almanca literatürde³ *Blankettstrafnorm*, İtalyanca literatürde ise “*norma penale in bianco*” diye kullanılmaktadır⁴. Bu kavramların İngilizce karşılığı konusunda bir netlik olmasa da “*blank criminal law*” kavramının da karşılık bulduğu gözlemlenmektedir⁵.

- 1 Kaşka, H. (2013). “Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)”, *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3., S. 2., ss. 168-249.
- 2 Bu ve benzerleri için bkz. Sözüer, A. ve Yeniyetişme Y. (2023). “Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı”, *MÜHF-HAD*, C. 29., S. 2., s. 899.
- 3 Örneğin bkz. Ernst, G. P. (2018). *Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, Berlin: Springer.
- 4 Castronuovo, D. (2018). “The Map of the Empire General Clauses and Criminal Provision Decipherability”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, C. 18., S. 10., ss. 11-83.
- 5 Martínez-Villalba, L. (2018). “The Application of Blank Criminal Law and the Principle of Legality: The Guatemalan Example” *Mexican Law Review*, C. 10., S. 2; Arroyo Zapatero, L., de Pablo Serrano, A. L. ve Gimeno Bevia, J. (2017). Historical Pollution Spain: A Powerful Legal Framework for a Few Past Cases, içinde Centonze, F. (Der.), *Historical Pollution: Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, Berlin: Springer, s. 293; Bachmaier Winter, L. ve del Moral García, A. (2020). *Criminal Law in Spain*, Kluwer Law International.

Burada takdire bırakılan şey suç değil, cezadır. Dolayısıyla adlandırma yaparken “ceza” kavramının kullanılması daha mantıklı görünmektedir. Öte yandan, Türkçedeki “açığa imza” veya “beyaza imza” örneklerinde olduğu gibi, sözcüğün -e hâliyle kullanıldığı hesaba katıldığında “açığa” veya “beyaza” kalıbının yeğlenmesi daha yerinde sayılabilir. Dolayısıyla ideal çeviri, “açığa ceza normu” veya “beyaza ceza normu” gibi görünmektedir. “Açık ceza hükmü” ve “açık suç hükmü” kavramlarını kullanan Anayasa Mahkemesinin⁶ bu değerlendirmeyi dikkate alması ve/veya kullanımını kavramı daha iyi yansıtan “açığa/beyaza ceza hükmü” biçiminde güncellemesini öneriyoruz⁷. Biz bu çalışmada bu ifadeyi kullanacağız.

I. TANIMI VE TÜRLERİ

Söz konusu kavramın Alman kökenli olduğu konusunda yaygın bir kanı vardır. Bu kanıya göre bu kavram ilk kez, Karl Bising tarafından 1872 yılında “*Die Normen und ihre Übertretung*”⁸ (Normlar ve İhlalleri) isimli eserinde kullanılmıştır⁹. Kavramı ilk kez ortaya atan Bising’in tanımını paylaşacak olursak beyaza ceza normunda suçun kanuni tanımı¹⁰, yasaklanan fiilin ne olduğunu yansıtmaz; bu, bir başka norm tarafından içi doldurulmak üzere açığa bırakılır¹¹.

O günden bugüne bu kavram üzerine çokça çalışılmıştır.

6 Örneğin bkz. AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 182.

7 Açık ceza hükmü kavramı, “açık” sözcüğünün “belirlilik” ve “netlik” gibi anlamları da olduğu için kargaşaya neden olmaktadır. Bu nedenle Türkçede yaygınlaşan “beyaza imza” çağrışımından yararlanmanın daha işlevsel olacağı kanısındayız.

8 Bising, K. (2024). *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die Rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Berlin: Antigonos.

9 Yazarın ifadesi “Alman ceza kanunlarında (...) bir dizi açığa ceza kanunları bulunmaktadır.” (*Im deutschen Strafgesetzbuche (...) findet sich eine Reihe von Blankettstrafgesetzen*) biçimindedir.

10 *Tatbestand* kavramı yerine “kanuni unsur, tipiklik, suç kalıbı, suç tipi, kanuni tip” ifadeleri de kullanılmaktadır.

11 Ernst, G. P. (2018). s. 37.

Meseleye kestirmeden yaklaşp bugün genişçe ve kabul gören bir tanımı aktaracak olursak beyaza ceza kanunları için “Ceza yaptırımını tamamen veya kısmen diğer yasal kaynaklar tarafından tanımlanan davranışlarla ilişkilendiren ceza kanunlarıdır.”¹² diyebiliriz. Böyle derken dikkat çekmek zorunda olduğumuz birkaç nokta vardır.

Birincisi; beyaza ceza normu, suç kalıbını “tam” olarak sunmamaktadır fakat bunu kısmen tanımlayabilir. Burada önem taşıyan husus, suç kalıbının ne olduğunun söz konusu ana normdan anlaşılmamasıdır. Bu ögenin “biraz” anlaşılır olması, onu beyaza ceza kanunu olmaktan çıkarmaz.

İkincisi; beyaza ceza normu, suçun ne olduğunun anlaşılması için mutlaka ikinci bir norma gereksinim duyar. Atıf yapılan ve suçun ne olduğunu anlamamıza yarayan bu ikinci norma “dolgu normu” (*Ausfüllungsnorm*) denmektedir. Beyaza ceza normu, bu dolgu normu veya normlarıyla tamamlanır. Dolgu normlarının hangi organ veya organlar tarafından, hangi adla ve kaç tane çıkarılacağı konusunda tek bir standart yoktur. Zaten bu nedenle beyaza ceza normlarının çeşitli türlerinden bahsedilmektedir¹³. Bu türler, (a) katmanlarına göre ve (b) dar ve geniş anlamlarına göre tasniflenebilir.

A. KATMANLARI

İlk ayırım, beyaza ceza normunun suçun kanuni tanımı için atıf yaptığı kaynak sayısına göre yapılabilir. Klasik biçim şöyledir: Yaptırım, beyaza ceza normunda yer alır; yasaklanan fiiller ise bir dolgu normunda yer alır. Buna “tek katmanlı beyaza ceza kanunu” (*einstufigen Blankettstrafgesetz*) denmektedir. Buna karşılık, dolgu normunun da başka bir dolgu normuna atıf yapması hâlinde bu durumda “iki katmanlı beyaza ceza kanunu”ndan (*zweistufiges Blankettstrafgesetz*) bahsedilmekte-

12 Warda, H-G. (1955). *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin: W. de Gruyter, s. 13.

13 Ernst, G. P. (2018). s. 6.

dir. Nihayet, atıf yapılan normun sayısının artması hâlinde “çok katmanlı beyaza ceza kanunu” (*mehrstufiges Blankettstrafgesetz*) ortaya çıkar¹⁴.

Aslında, bu ayırım daha da derinleştirilebilir. Beyaza ceza normunun kendisinin birden çok kaynağa atıf yaptığı hâller ile tek bir norma atıf yaptığı ve fakat o normun başka normlara gönderme yaptığı durumlar arasında yapılabilecek bir başka ayırım buna örnek olabilir.

Bu noktada, katman sayısı arttıkça hukuki öngörülebilirliğin zayıflayacağını söyleyebiliriz.

B. GENİŞ VE DAR ANLAMLARI

Beyaza ceza normuna dönük bir diğer ayırım, kavramın anlamının geniş veya dar biçimlerine göre yapılmaktadır. Bu ayırımın nirengi noktası, normu koyan organın farklılaşp farklılaşmamasıdır.

Geniş anlamda beyaza ceza normunda cezai yaptırım öngörülmüş fakat suç kalıbı başka bir norma bırakılmıştır. Fakat buradaki farklılık, dolgu normunun da aynı organ tarafından çıkarılacak olmasıdır. Buna Alman literatüründe “gerçek olmayan beyaza ceza normu” (unechte Blankettstrafgesetze) da denilmektedir¹⁵. Aynı norm koyucu suç kalıbını ve yaptırımı aynı normun içinde parçalayarak koyabileceği gibi farklı normlara da koyabilir. Hakeza, kanun koyma tekniğine göre norm içi norm dışı atıfların statik veya dinamik olması da mümkün olabilir. Normun adlandırma biçimindeki değişiklikler (örneğin kanun ve parlamento kararı biçimindeki ayırım) talidir, bu kategoride önem arz eden şey iradeyi yansıtan organın tekliğidir¹⁶.

14 Ernst, G. P. (2018). s. 40.

15 Bunun İngilizce literatüre aktarımı “proper”/“improper” sözcükleriyle yapılmaktadır. Bkz. Martínez-Villalba, L. (2018). “The Application of Blank Criminal Law and the Principle of Legality: The Guatemalan Example”, *Mexican Law Review*, C. 10., S. 2., s. 72 vd.

16 Türk hukukunda parlamento kararlarıyla saf hâliyle ceza getirilmez ama

Geniş anlamda (yani gerçek olmayan) beyaza ceza normlarına dair yaygın kanı, bunların yasama yetkisinin devri bağlamında bir sorun teşkil etmediğidir. Fakat bu bağlamda dahi, suç kalıbı ile cezai yaptırımın arasındaki parçalanmışlığın, belirsizlik ve öngörülebilirlik yönünden bazı sorunlara neden olmayacağı sonucu çıkarılamaz. Bu nedenle dolgu normu da yasama organı tarafından çıkarılacak olsa veya aynı kanun içinde çapraz atıflar mevcut olsa dahi, suç kalıbı ile cezai yaptırımın ayrıldığı her bağlamda konuya “beyaza ceza normu” merceğiyle bakmakta yarar vardır¹⁷.

Dar anlamda beyaza ceza normunda cezai yaptırım ve suç kalıbına dönük parçalanma, norm koyucular açısından da geçerlidir. Türkiye’nin de içinde bulunduğu kıta Avrupası sisteminde beyaza ceza normu, yasama organının şekli anlamda kanunıyla konulur. Şu hâlde dar anlamda beyaza ceza normu söz konusu olduğunda dolgu normunun şekli anlamda yasama organı dışında kalan bir organ tarafından çıkarılması ve şekli anlamda kanun olmayan bir norm yoluyla gerçekleşmesi gerekecektir. Bu organ, idare olabileceği gibi söz konusu devletin içinde bulunduğu bağlama göre ulus-üstü bir organ (örneğin Avrupa Birliği veya bir insan hakları organı) veya bir eyalet organı da olabilir¹⁸. Alman öğretisinde bu kategoriye “gerçek beyaza ceza normu” (*echte Blankettstrafgesetz*) da denilmektedir¹⁹.

Bu bakımdan *geniş anlamda beyaza ceza normu* veya *gerçek beyaza ceza normu* kategorisi, genellikle yasama organı ile yerel, ulusal veya uluslararası düzeyde yürütme arasındaki pay-

İçtüzük yoluyla yaptırım (disiplin cezası) getirilebilmektedir.

17 Ernst, G. P. (2018). s. 59.

18 Keza Anayasa’nın (asli kurucu iktidarın iradesi) bir suçtan bahsedip bunu yasama organına veya diğer iradelere bıraktığı hallerde de benzer çıkarımı yapmak -tartışmalı da olsa- mümkündür. Türkiye özelinde Anayasa mad. 14/1-2 hükümlerine “aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.” şeklindeki mad. 14/3 düzenlemesi böyle sayılabilir. Anayasa yasağı koymuş, yaptırımı kanuna bırakmıştır.

19 Ernst, G. P. (2018). s. 54.

laşım ekseninde kavranmaktadır. Fakat bunun ötesi de yok değildir. Örneğin anılan tasnifin benimsendiği Latin Amerika ülkelerinde tasnif biraz daha çetrefillidir. Bu ülkelerde, dar anlamda ceza normlarına “gerçek ceza normu” (*proper criminal law*) denmektedir. Fakat bu ülkelerde dolgu normunun yargı kararı (Kelsenci ifadeyle “yargısal norm”²⁰) ile tamamlandığı durumlarda, bunun ayrı bir kategori olduğu ifade edilmekte ve bu kategoriye “açık ceza hukuku” (*open criminal law*) denmektedir²¹.

Bu ayrım çerçevesinde gerçek olmayan beyaza ceza normlarının “beyaza” olan yönü normun parçalanmış olmasından ileri gelmektedir. Fakat suçun ve cezanın ikisinin de kanunla düzenlenmesi söz konusu olduğu için burada kanunilik yönünden prensip itibarıyla sorun yoktur. Fakat parçalanma her koşulda ikisinin de aynı kuralda yer aldığı düzenlemelere nazaran daha az belirlilik getirir. Üstelik, aynı düzeyde de olsa parçalanmanın iki veya daha fazla norm arasında olduğu hâllerde belirlilikten uzaklaşma riski artacaktır.

Gerçek beyaza ceza normları açısından ise durum çok daha risklidir. Zira normlar hiyerarşisinde alt düzey normlar, olguya ve dinamizme daha yakın erklerin düzenlemeleridir. Kanun, anayasaya göre veya yönetmelik, kanuna nazaran daha dinamiktir. Bu durumda erkler arasındaki iş bölümü, yasama yetkisinin devredilmezliği vb. faktörler de devreye girer. Ya-

20 Hans Kelsen’e göre yargı kararları da birer gereklilik (*sollen*) getirdiği denli bir normdur. Normlar hiyerarşisinde alt normlar yukarıdan bakıldığında bir “uygulama” ve “olgu” söz konusu olsa da o norma daha alt düzeyden bakıldığında yine yeniden bir gereklilik görülecektir. Örneğin bir kanun hükmü “hırsızlık yapılmamalı” kuralı getirdiğinde bu bir normdur. Hırsızlık yapana bu normun getirdiği yaptırımı uygulamak, bir olgu (*sein*) niteliği taşır. Yani mahkeme kararı, kanuna nazaran kural uygulamasıdır. Fakat daha alt bir tedbir (örneğin kolluğun mahkûmu hapse götürmesi) yönünden bakılacak olursa kolluğun işlemi, bir mahkeme kararının gerekliliğini (*sollen*) yerine getirme işlemidir. Bu yönden mahkeme kararları da somut olaya özgü de olsa birer norm niteliği kazanmaktadır. Ayrıntıları için bkz. Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manz Verlag.

21 Martínez-Villalba, L. (2018). s. 72 vd.

samanın kural koyup yürütmenin uygulayıcı olduğuna dair kuraldan uzaklaşma riski, belirlilikten de uzaklaşma olasılığını arttırır. Bu denkleme yargı erkinin de girdiği hâllerde öngörülebilirlikten iyice uzaklaşılır.

Yazılanlara göre kategoriler şöyle olmaktadır:

Parçalanma Biçimi	Adlandırma	Belirlilikten Uzaklaşma Riski
Aynı normun farklı maddelerinde parçalanmışlık	Gerçek Olmayan Beyaza Ceza Normu	Düşük
Aynı düzeyde farklı normlarda parçalanmışlık	Gerçek Olmayan Beyaza Ceza Normu	Orta (parçalanma sayısı arttıkça yüksek)
Farklı düzeyde farklı normlarda parçalanmışlık	Gerçek Beyaza Ceza Normu	Yüksek (parçalanma sayısı arttıkça daha yüksek)
Farklı düzeylerde farklı normlarda parçalanmışlık	Gerçek Beyaza Ceza Normu	Yüksek (parçalanmaya yargı erki eklendikçe çok yüksek)

Bundan başka, bu çerçevede bir de ara çıkarım yapmak gerekirse şu söylenebilir: Beyaza ceza normu kavramının karakteristik özelliği, ceza yaptırımı ile suç kalıbının normatif olarak parçalanmış olmasıdır. Bu geniş karakteristik, konu derinleştirildikçe alt ayrımlara gebedir. Türk Anayasa Mahkemesi, beyaza ceza normunu “suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlamış olmasına rağmen suça vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyerek bunu idareye bırakan kanun hükümleri” olarak tanımlamıştır²².

22 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 182.

Yukarıdaki bulgular ışığında bu tanımın en az iki nedenle eksik olduğunu söyleyebiliriz.

Birincisi; söz konusu tanım, beyaza ceza normu kavramının geniş anlamını tamamen dışlamaktadır. Oysa her ne kadar daha meşru olsa da beyaza ceza normunun geniş biçimleri de konuya (yasama yetkisinin devri dışında) diğer bazı ölçütlerle yaklaşılmasına katkı sunar.

İkincisi; bu tanım, “dar anlamda beyaza ceza normu” kapsamını da daraltmaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi, kavramın dar anlamında bile dolgu normunu oluşturma yetkisi yalnızca idareye değil, ulusal veya uluslararası diğer tüm organlara da bırakıldığı durumları içermektedir. Bu nedenlerle tanımın değişmesinde yarar vardır. Bizim önerimiz şudur:

“Beyaza ceza normları, suç teşkil eden fiilin içeriğini ve unsurlarını tam olarak belirlemeyen, bunun yerine başka bir hukuki düzenlemeye atıfta bulunarak içeriğinin bu düzenleme ile şekilleneceğini öngören normlardır.”

II. AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Beyaza ceza normlarının tanımı ve türlerine değindikten sonra bunların işlevlerine değinebiliriz. İşlevler olumlu yönleri yansıtırsa da bazı olumsuzlukları da beraberinde getirir. Bu başlık altında bunları avantaj ve dezavantajlar biçiminde ele alacağız.

A. AVANTAJLARI

Beyaza ceza normları, her şeyden önce normların kısalmasına neden olur. Başka bir deyişle bu türden hükümler, yasanın gereksiz yere şişmesine engel olur; kanun koyucuyu gereksiz tekrarlar yapmaktan kurtarır. Böyle bakıldığında, daha kısa bir norm bir nevi daha anlaşılır olur. İngilizceden geçen biçimiyle ifade edersek bu avantaja “kompaktlık” diyebiliriz.

Beyaza ceza normlarının bir diğer önemli avantajı, kanun koyucuyu canlılık yaşanan alanlarda tekrar tekrar düzenleme yapma zahmetinden kurtarmasıdır. Dar anlamda beyaza ceza normlarında diğer organlara yapılan atıf, değişen koşullara göre değişik kurallar getirme yetkisini (çoğu kez daha kolay norm koyabilecek olan) bir diğer organa bırakır. Bu avantaja “dinamiklik” diyebiliriz.

Açığa ceza normlarında suç kalıbının ne olduğu sorusuna yanıt verme işi farklı bir organa bırakılırken o alanın uzmanlığı gözetilebilir. Özel bir teknik bilginin gerekli olduğu bir alanda yasama organının konunun ayrıntılarını düzenlemektense bu işi uzmanına bırakması o alanın liyakat gereklerine uygun sayılabilir. Bu avantajı da uzmanlığa uygunluk veya kısaca “uzmanlık” başlığı altına alabiliriz.

Son olarak beyaza ceza normları, çoğu kez bir normun dışına atıf yaptığı için sistematik yorumu zorunlu kılar. Fakat bu yorumun tutarlı yapılabilmesi, farklı alanlardaki uygulamacıların normları birbirleriyle uyumlu yorumlamalarını zorunlu kılar. Bu durum, farklı hukuk alanlarındaki kuralların birbirleriyle olan bağına güçlendirebilir. Örneğin bir suç kalıbının idare tarafından doldurulması hâlinde idarenin ceza normunu hesaba katması, o alandaki yargı kararlarını dikkate almasını gerektirirken, idari yargı organının bir ölçüde ceza yargısındaki içtihatları dikkate almasını veya kendi alanına uyarlamasını gerektirecektir. Bu, sistemdeki entegrasyona katkı sunabilir. Hukukun tümlüğü ve sistematik yoruma katkı getiren bu yöne kısaca “sistematiklik” diyebiliriz.

Şu hâlde toparlarsak beyaza ceza normlarının dört avantajının olduğunu söyleyebiliriz: (1) Kompaktlık, (2) Dinamiklik, (3) Uzmanlık, (4) Sistematiklik.

Bu avantajlar günümüzün değişen ve gelişen koşulları karşısında yabana atılacak özellikler değildir.

B. DEZAVANTAJLARI

Beyaz ceza normlarının dezavantajları, paradoksal biçimde avantajlarıyla benzer bir çizgide seyreder. Örneğin kompaktlık biçiminde tarif ettiğimiz avantaj, metin için bir avantaj gibi görülebilir ama okuyucu açısından ek yükümlükleri beraberinde getirir. Zira söz konusu atıflar, metni okuyan kişinin sayfaları karıştırıp bakması, atıf yapılan kaynağa derhâl erişim mümkün değilse onu sipariş etmesi veya o kaynağın bulunduğu yere seyahat etmesi gibi ek külfetleri beraberinde getirecektir. “Atıflar yasa koyucu için işleri kolaylaştırır, vatandaş için zorlaştırır ve avukat için işi daha ilginç hâle getirir.”²³” sözüyle özetlenen bu duruma biz kısaca “külfetlilik” diyoruz.

Normu okuyan kişinin katlandığı külfet her zaman için konunun berrak biçimde anlaşılabilmesinin garantisini içermez. Bir normu koyan kişilerin çokluğu, norm koyucularının niyetlerinde farklılaşmalara ve kavramlara verdikleri anlamlarda değişikliğe neden olabilir. Bu değişiklik ve çeşitlilik, söz konusu kuralın ne olduğu konusunda kafa karışıklığı yaratabilir. Metnin anlamına dönük bu “muğlaklık” dezavantajı, atıflar çok katmanlı hâle geldiğinde adeta bir “keşmekeş”e dönüşebilir.

Dinamiklik, hayatın değişen koşulları karşısında normların yaşayan bir belge hâline gelmesi anlamına gelir. Fakat bunun optimum düzeyde kalması gerekir. Dinamiklikteki aşırılık, bir hukuk düzeninde olması gereken asgari ağırlığın ve sağduyunun ortadan kalkmasına neden olabilir. Normun aşırı değişken anlamı bir “savruklu” getirir ki bu hukuk güvenliğine bir tehdit oluşturur.

Belli bir konuda kuralın uzmanlarınca konulması, kuşkusuz ilk bakışta olumlu bir durumdur. Ne var ki anayasal

23 Brugger, W. (1987). “Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat” *Verwaltungsarchiv*, C. 78., ss. 1, 7.

rejimler birer teknokrat yönetimi değildir. Anayasal demokrasilerde kuralların uygulanacağı kesimlerin o kuralları (doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla) kendilerinin koyması esastır. Temsilî demokrasilerde bu, halkın temsilcilerinin koyduğu şekli anlamda kanunlar aracılığıyla olur. Halkın oyu-na ve seçimler kanalıyla siyasal denetimine tabi olan yasama organının yerine, bu durumda olmayan ve halkın tamamının doğrudan oylarına dayanarak hareket etmeyenlerin kural koymaları daha az demokratiktir. Bu türden organlara, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek düzeyde marj bırakılması, “antidemokratiklik” sorununu beraberinde getirir.

Şu hâlde beyaza ceza normlarının (1) külfetlilik, (2) muğlaklık, (3) savruluk ve (4) antidemokratiklik şeklinde en az dört dezavantajı bulunuyor diyebiliriz.

Bu avantajların ve dezavantajların sayısı daha da arttırılabileceği gibi azaltılabilir de. Fakat buraya kadar yazdıklarımızdan anlaşılacağı üzere bu düzenleme biçimi, bir madalyonun iki yüzü gibi hem olumlu hem de olumsuz özelliklerle bezelidir.

Bu saptamadan sonra bir de şu notu düşmek isteriz: Beyaza ceza normları lehine ve aleyhine savlar ileri sürülebilecek olması, demokrasi teorisinin merkezî niteliği ve bir kuraldaki sebep ve sonucun (suçun ve yaptırımının) aynı organ tarafından bir defada konulmasına dönük geleneksel gerekliliğinin getirdiği ağırlığı yadsımamıza neden olmamalıdır. Beyaza ceza normları, olağan değil, ayrıksıdır. Mecelle’de (mad. 9) dahi karşılık bulan yerleşik ilkeyi hatırlatacak olursak “Sıfat-ı ârizada asl olan ademdir.”. Norm koymada da parçalanmışlık arızidir. Buna (parçalanmışlığa) sanki asıl olanmışçasına muamele edilmemelidir.

Yargı organları bu düzenleme biçimlerine nötr değil, kuşkuyla bakmalıdır. Fakat bu kuşku, kategorik yasak getirecek düzeyde aşırılığa da kaymamalıdır.

III. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISI

Karşılaştırmalı anayasa yargısı, ulusal ve uluslararası düzeyde ele alınabilir. Uluslararası anayasa yargısı, şeklî anlamda bir uluslararası anayasa mevcut olmadığı için yadırgatıcı gelebilir. Fakat genel olarak insan hakları yargısı, özel olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi geniş anlamda anayasa yargısı niteliği taşımaktadır²⁴. Bu nedenle bu başlık altında uluslararası insan hakları yargısındaki bulgulara da değineceğiz.

A. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI YARGISI (İHAM)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kendi içtihadından açığa bırakılan suç normlarına dair çok net çıkarımlara ulaşmak mümkün görünmemektedir. Bu, bir bakıma doğaldır. Çünkü İHAM, kanun kavramını prensip itibarıyla²⁵ şeklî anlamda değil maddi anlamda kabul etmektedir. Buna göre Sözleşme’de yer alan “law” kavramı özerk bir nitelik taşıyıcı ve iç hukuktaki algılanış veya adlandırma biçimlerine göre değil, taşıması gereken özelliklere göre tanımlanır. Öngörülebilir ve ulaşılabilir olan (şeklî anlamda) bir kanun, kararname, içtihat, ferman, tüzük, sirküler vb. normların tamamı (maddi anlamda) kanun kavramının içindedir²⁶. Hâl böyle olunca kanun kavramının belli bir organ tarafından çıkarılması veya münhasıran belli bir norm tipine karşılık gelmesi bir zorunluluk olmamaktadır. Böyle bakıldığında İHAM’ın beyaza ceza kanununda bir sorun görmemesi sürpriz olmamaktadır. Fa-

24 Nedenleri için bkz. Greer, S. ve Wildhaber, L. (2012). “Revisiting the Debate About “Constitutionalising” the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, C. 12., S. 4., ss. 655-687.

25 Aynısı durum Sözleşme’nin 6’ncı maddesinde mahkemelerin hukukiliği bağlamında ortaya çıkmaktadır. Örnekler için bkz. Lautenbach, G. (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

26 Örnekler için bkz. Weiß, R. (1996). *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot. Bu nedenle karışıklık olmaması için “law” sözcüğünün “kanun” değil “hukuk” diye çevrilmesi daha mantıklı görünmektedir.

kat yine aynı nedenlerle bu içtihattan hatırı sayılır bir ölçüte ulaşmak da mümkün görünmemektedir.

Burada Strazburg organlarının öngörülebilirlik konusundaki şu belirlemesini uzunca da olsa not etmek anlamlı görünmektedir:

“Buradan, suçların ve ilgili cezaların kanun tarafından açıkça tanımlanması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu gereklilik, bireyin ilgili hükmün lafzından, gerekirse mahkemelerin yorumundan ve uygun hukuki tavsiyeyi aldıktan sonra, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını ve bu nedenle hangi cezayla karşı karşıya kalacağını bilebildiği durumlarda karşılanır (...) Bu nedenle Mahkeme, suçlanan kişinin yargılanmasına ve mahkûm edilmesine neden olan eylemi gerçekleştirdiği tarihte, bu eylemi cezalandırılabilir kılan bir yasal hükmün yürürlükte olduğunu ve verilen cezanın bu hüküm tarafından belirlenen sınırları aşmadığını doğrulamalıdır (...) ‘Hukuk’tan bahsederken, 7. madde, Sözleşme’nin bu terimi kullanırken başka yerlerde atıfta bulunduğu kavramla aynı kavramı ima etmektedir; bu kavram, yasal hukukun yanı sıra içtihadı da kapsamakta ve özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi niteliksel gereklilikleri ima etmektedir (...). Bu niteliksel gereklilikler hem suçun tanımı hem de suçun taşıdığı ceza bakımından karşılanmalıdır (...) Tüzüklerin lafzının her zaman kesin olmaması, kanunların genel uygulamaya yönelik olması gerektiği ilkesinin mantıksal bir sonucudur. Kurallarla düzenlemenin standart tekniklerinden biri, kapsamlı listeler yerine genel sınıflandırmalar kullanmaktır. Buna göre, birçok kanun kaçınılmaz olarak, az ya da çok muğlâk olan ve yorumlanması ve uygulanması uygulamaya ilişkin meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir (...) Bir kanun hükmü ne kadar açık bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun, ceza hukuku da dâhil olmak üzere, her hukuk sisteminde

yargısal yorum kaçınılmaz bir unsurdur. Şüpheli noktaların açıklığa kavuşturulmasına ve değişen koşullara uyarlanmasına her zaman ihtiyaç duyulacaktır. Yine, kesinlik son derece arzu edilir olsa da, beraberinde aşırı katılık getirebilir ve hukuk değişen koşullara ayak uydurabilmelidir (...) Mahkemelere verilen yargılama rolü, tam olarak, kalan bu tür yorumsal şüpheleri ortadan kaldırmaktır (...) Ceza hukukunun yargısal kanun yapma yoluyla aşamalı olarak geliştirilmesi, Sözleşme-ci Devletlerdeki hukuk geleneğinin köklü ve gerekli bir parçasıdır (...) Sözleşme'nin 7. maddesi, ortaya çıkan gelişmenin suçun özüyle tutarlı olması ve makul bir şekilde öngörülebilir olması koşuluyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya adli yorum yoluyla kademeli olarak açıklığa kavuşturulmasını yasakladığı şeklinde okunamaz (...). Erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir bir adli yorumun bulunmaması, sanığın 7. madde haklarının ihlal edildiğinin tespit edilmesine dahi yol açabilir (...). Eğer durum böyle olmasaydı, bu hükmün amacı ve hedefi -yani hiç kimsenin keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezalandırmaya maruz bırakılmaması- boşa çıkarılmış olurdu²⁷."

Bu ilke kararındaki saptama beyaza ceza normlarının prensip itibarıyla Strazburg nezdinde sorun yaratmayacağını göstermektedir. Önem taşıyan husus hükmün öngörülebilirlik ve belirlilik taşıması, keyfiliğe karşı güvenceler getirmesidir. İlkesel durum böyledir.

Spesifik bir uygulama özelinde bir tarama yaptığımızda ise bu konunun *A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya* kararında ele alındığını görmekteyiz²⁸. Bu dava rekabet hukukundaki bir beyaza ceza normunun uygulanmasıyla ilgilidir. Başvuru-cu şirket, diyabet teşhisi için kullanılan bazı testler pazarla-

27 *Del Río Prada/İspanya*, [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, §§ 79-80, 91-93.

28 *A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya*, B. No: 43509/08, 27/9/2011.

maktadır. 2001 yılında, bağımsız bir idari otorite olan İtalyan Rekabet Kurumu (“Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”, bundan sonra kısaca “AGCM”), rekabete aykırı uygulamalarda bulundukları gerekçesiyle başvuru şirket ve diğer dört ilaç şirketi hakkında bir soruşturma başlatmış; başvuru şirketi, diyabet teşhis testleri için fiyatları sabitlemeyi ve pazarları paylaşmayı amaçlayan bir karteile katılmakla suçlamış ve nihayet bu piyasada rekabete aykırı uygulamalar nedeniyle başvuru şirkete 6 milyon avro para cezası kesmiştir. Bu karara karşı idari yargı yollarına giden şirket bir sonuç alamayınca konuyu Strazburg’a taşımıştır.

Başvurucunun başlıca savı, *inter alia*, idari yargı organlarının yapacakları denetimin sadece ilgili işlemin kanuna uygun olup olmadığıyla sınırlı kaldığıdır. Başvurucuya göre idari yargı organları, AGCM’nin olguları suç olarak nitelemesine dair takdirine karışmamaktadır. Yargıçlar, kendi değerlendirmelerini AGCM’ninkilerin yerine koyamamakta, kararı değiştirememekte, sadece AGCM tarafından belirlenen standartları uygulayabilmektedir. Bu bakımdan söz konusu denetim, sadece biçimsel bir kanunilik (veya kararın kendi içinde tutarlı olup olmadığı) denetiminden ibarettir. Başvurucuya göre bu durum yargısal denetimin “zayıf” nitelik taşıdığını göstermektedir. Öte yandan başvuru, anılan suçların içeriğinin de yasama organı tarafından belirlenmediğini ve AGCM’ye suçun içeriğini belirleme yetkisinin tanınmış olmasının (“*norma penale in bianco*” yani beyaza ceza normu getirilmiş olmasının) da sorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Başvurucunun savları, İnsan Hakları Mahkemesinin çoğunluğu tarafından kabul görmemiştir. Çoğunlukta kalan üyelere göre, idare mahkemelerinin yargı yetkisi sadece hukukilik denetimi ile sınırlı değildir çünkü idare mahkemeleri, davanın özel koşullarını göz önünde bulundurarak AGCM’nin yetkilerini uygun şekilde kullanıp kullanmadığını tespit edebilmiş; AGCM’nin tercihlerinin uygunluğunu ve orantılılığını inceleyebilmiş ve hatta AGCM’nin davanın teknik ve mali yönlerine

ilişkin değerlendirmelerini doğrulayabilmiştir. Yine Mahkeme çoğunluğuna göre bu olayda idari yargı organları, cezanın işlenen ihlale uygun olup olmadığını kontrol edebildikleri ve gerekirse cezayı değiştirmeye yetkili oldukları için cezanın gözden geçirilmesi konusunda tam yargı yetkisine sahiptir. Bu belirlemelerden ötürü bu olayda mahkemeye erişim hakkı yönünden bir ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Fakat kararda konumuz açısından özellikle dikkat çeken yön Yargıç Paulo Pinto de Albuquerque'nin karşı oyudur. İtalyan idari yargı kolundaki içtihatları inceleyerek sonuca varan Portekizli yargıca göre İtalya'daki AGCM bir karar alırken dört aşamada hareket etmektedir:

- (1) “Olguları tespit etme” aşaması,
- (2) İlgili pazar, hâkim durumun kötüye kullanılması, kısıtlayıcı anlaşmalar gibi “belirsiz hukuki kavramlara” atıfta bulunarak isnat edilen suçun bileşenlerinin kesin bir şekilde bireysel olarak belirlenmesini gerektiren “rekabet kuralının bağlamsallaştırılması” aşaması,
- (3) Önceden bağlamsallaştırılmış parametreler ışığında “somut olguların değerlendirilmesi” aşaması,
- (4) “Yaptırımların uygulanması” aşaması.

Yargıç Pinto'ya göre İtalya'da bu aşamaların tamamının yargısal olarak denetlendiği, yani mahkemelerin idari makamların ulaştığı teknik bulguların yerine kendi değerlendirmelerini koyma yetkisine sahip olduğu denetime “güçlü inceleme” denmekte; buna karşılık, esasen olgu tespiti ve yaptırım uygulanmasının (yani birinci ve sonuncu aşamanın) tutarlılığının değerlendirildiği denetime “zayıf inceleme” denmektedir. Bu gerçeklerden hareket eden Pinto, yalnızca bağımsız idari otoritelerin klasik yetkisizlik, hukuka aykırılık ve *ultra vires* eylem kusurlarını incelemekle yetkili olan İtalyan yargı organlarının esasa ilişkin bulgularını inceleme yetkisi bulun-

mamasının Sözleşme’nin aradığı anlamda mahkeme hakkını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır. Pinto’nun bu yaklaşımı, idari yargıdaki denetimin gerçekten, fiilen ve etkili olup olmadığını denetlemekle yükümlü İHAM açısından dikkate değer olduğunu söyleyen Yargıç Sajo tarafından da bir ölçüde desteklenmiştir. Fakat bu görüş çoğunluk tarafından paylaşılmamış ve bir ihlal sonucuna ulaşılmamıştır.

Söz konusu karar, beyaza ceza normlarının İtalya’daki uygulaması ve bu normların uygulanmasında olası yargısal denetim koşullarına dair bilgi sunsa da bizzat bu normların konma ve denetlenmesine dönük bir ölçüt getirmemektedir. Kanımızca Albuquerque’nin perspektifi ulusal bir yargı organında kabul görebilirdi ama 46 devletin ulusal hukuku yönünden denetim yapan bir uluslararası organ için gereğinden fazla ikameci sayılmış olabilir.

Konuyla ilgili bir diğer vaka, bir tavsiye görüşü (*advisory opinion*) usulü içinde ortaya çıkmıştır. Türkiye’nin 20/12/2013 tarihinde imza koyup henüz onaylamadığı fakat yeterli sayıda taraf devlet²⁹ bulunduğu için 1/8/2018 tarihinde yürürlüğe giren 16 no.lu Protokol, taraf devletlerin yüksek mahkemelerine, Sözleşme ve protokollerdeki hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanmasına dair İHAM’dan tavsiye görüşü alma yetkisi getirmektedir. Bu yetki uyarınca Ermenistan Anayasa Mahkemesi bir tavsiye görüşü talep etmiş ve bu görüş “Bir suçun tanımlanmasında ‘beyaza referans’ veya ‘atıf yoluyla mevzuat koyma’ tekniğinin kullanılması ve suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kanunu ile değiştirilen ceza kanunu arasındaki karşılaştırma standartlarına ilişkin istişari görüş” (*Advisory opinion concerning the use of the*

29 Protokol’ün yürürlüğe girmesi için on devletin taraf olması yeterliydi. 2024 yılının başında yirmi iki devlet (Arnavutluk, Andora, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Ermenistan, Hollanda, Karadağ, Kuzey Makedonya, Litvanya, Lüksemburg, Moldova, Romanya, San Marino, Slovakya, Slovenya, Ukrayna ve Yunanistan) Protokol’e taraftır. İtalya ve Türkiye imzacı olmalarına rağmen onay sürecini tamamlamamıştır.

“blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law) adıyla yayımlanmıştır³⁰. Bu bağlamda Sözleşme’nin 7-11’inci maddelerinde yer alan kanun kavramının niteliksel gerekliliklerinin (kesinlik, erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve istikrar) her hak açısından aynı olup olmadığı ve ayırım standartlarının ne olduğu sorusuyla başlayan tavsiye talebinde konumuz açısından önem taşıyan yön, açığa ceza normlarının kesinlik, erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve istikrar gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığı olmuştur.

Ermenistan Anayasa Mahkemesine bu soruları sordurtan mesele, Ermenistan Ceza Kanunu’nun “İktidarın Gasp Edilmesi” başlıklı mad. 300 hükmünün anayasallığı sorusudur. Söz konusu hükmün eski versiyonu şöyledir:

“Devlet iktidarının gasp edilmesi, yani Devlet iktidarının şiddet kullanılarak ele geçirilmesini veya Anayasa’ya aykırı olarak şiddet kullanılarak elde tutulmasını amaçlayan eylemlerin yanı sıra Ermenistan’ın anayasal düzeninin şiddet kullanılarak yıkılması veya Ermenistan’ın toprak bütünlüğünün şiddet kullanılarak ihlal edilmesi, on ila on beş yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu hüküm, ülkedeki önemli politik gelişmeler sırasında değiştirilmiştir. Kısaca özetlemek gerekirse, meselenin arka planında 2008 yılındaki cumhurbaşkanlığı seçimleri vardır. Bu seçim yarışında muhalefeti Levon Ter-Petrosyan’ın %21 oyuna karşılık, o sırada Cumhurbaşkanı olan Robert Koçaryan ile aynı partideki Serj Sarkisyan %52 oy almış ve seçilmiş-

30 “Advisory opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law”, 29/05/2020. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6708535-9909864> (Erişim Tarihi: 16/3/2025). Kararı kısaca “Advisory Opinion-2020” diye adlandıracağız.

tir. Fakat seçimden hemen sonra Ter-Petrosyan’ın destekçileri ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin özgür ve adil olmadığına inanan binlerce endişeli yurttaş, ana buluşma noktası Eri-van’daki Özgürlük Meydanı olan ve 24 saat kamp kurarak katıldıkları protestolara başlamıştır. Kolluk güçleri kamp kuran protestocuları sabah saatlerinde şiddet kullanarak dağıtmış ve bu durum gösterileri daha da harlamıştır. Sokağa dökülen yurttaşlar ile polis arasında günlerce süren çatışmaların neticesinde on kişinin (sekiz sivil ve iki kolluk görevlisi) ölümü üzerine ülkede görevi sona ermek üzere olan Cumhurbaşkanı Koçaryan tarafından OHAL ilan edilmiştir.

İşte, söz konusu kanun değişikliği bu olaylardan sonra gerçekleşmiştir. 2009 yılında yapılan reform ile yukarıda aktardığımız hüküm ikiye bölünmüş ve sırasıyla şu biçimi almıştır:

Madde 300: Devlet İktidarının Gasp Edilmesi

- “1. Şiddet kullanarak veya şiddet tehdidiyle iktidarı ele geçirmek veya Anayasa’da öngörülmeyen başka yollarla Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi, Hükümet veya Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini gasp etmek on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Görev süresinin bitiminden sonra Cumhurbaşkanı-nun, bir milletvekilinin, Başbakanın veya bir bakanın yetkilerini kullanmaya devam etmek, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Madde 300/1: Anayasal Düzeni Yıkma

- “1. Anayasal düzeni ortadan kaldırmak, yani Anayasa’nın 1 ila 5. maddelerinde ve 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen normlardan herhangi birini, o normun hukuk sistemindeki geçerliliğini sona erdirerek fiilen ortadan kaldırmak, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

İstişare görüşüne konu olan olay ise 2018 yılındaki “Kadife Devrim” diye bilinen bir diğer vakadır. 2008’de yaşananlara benzer nitelik taşıyan bu sokak eylemleri bu defa (iki dönem cumhurbaşkanlığı yaptıktan sonra yeniden başbakan olan) Serj Sarkiyan’ın istifasına neden olmuştur. Kadife Devrim’den sonra protesto hareketinin lideri Nikol Paşinyan başbakan seçilmiştir. Bir nevi devr-i sabık yaratan Paşinyan dönemi başlar başlamaz eski Cumhurbaşkanı Koçaryan ve daha sonra bir dizi başka kişi, yukarıda belirtilen olaylarla bağlantılı olarak Ceza Kanunu’nun az önce zikrettiğimiz mad. 300.1/1 hükmü uyarınca gözaltına alınmış ve şu iddialarla suçlanmıştır:

- Silahlı Kuvvetleri ve hukuka aykırı bir şekilde silahlandırılmış sivilleri seçim sonrası siyasi duruma hukuka aykırı bir şekilde dâhil etmek ve böylece iktidarı gasp ederek anayasal düzenin ilgili hükümlerini fiilen ortadan kaldırmak;
- Başkomutan olarak, barışçıl protestolara katılan sivillere karşı silahlı kuvvetlerin siyasi konularda kullanılması talimatını vererek, yeni bir hukuka aykırı askeri komuta yapısı oluşturarak ve bu birlikleri 24 Şubat 2008 gecesi ulusal sınır da dahil olmak üzere konuşlandıkları yerlerden geri çekerek ve Erivan ve yakınlarındaki askeri üslere taşıyarak ordu birliklerinin anayasaya aykırı bir şekilde görevlendirilmesine yol açmak;
- 1 Mart 2008 tarihinde Özgürlük Meydanı’nda bulunan yüzlerce barışçıl göstericiyi hukuka aykırı güç kullanarak dağılmaya zorlamak ve daha sonra olası gösterileri önlemek amacıyla Erivan’ın merkezi bölgelerinde göstericilere karşı bu tür güç kullanmaya devam eden polis operasyonu hakkında tam bilgi sahibi olmak;
- Anayasal düzene yönelik doğrudan bir tehdidin yokluğunda, Anayasa’ya aykırı olarak ve olağanüs-

tü halin yasal çerçevesini düzenleyen bir kanunun yokluğunda 1 Mart 2008 tarihinde yirmi gün süreyle olağanüstü hal ilan etmek ve Sıkıyönetim Kanunu’nda öngörülen tedbirleri ve geçici kısıtlamaları (Olağanüstü hal kapsamındaki kısıtlamalar arasında toplantı ve gösteri özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, kamuya açık olmayan medya organları aracılığıyla kamu meseleleri hakkında bilgi yayma özgürlüğü, broşür ve diğer siyasi propaganda biçimlerinin dağıtılması, olağanüstü hale neden olan koşulların ortadan kaldırılmasını engelleyen siyasi partilerin ve sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerinin askıya alınması ve olağanüstü hali ihlal eden yurttaşların sınır dışı edilmesi gibi yasaklar yer alıyordu.) etkinleştirmek.

İddianameye göre, söz konusu eylemler 2005 Anayasası’nın 1, 2, 3 ve 5. maddeleri ile 6 § 1 maddesinde öngörülen Ermenistan’ın anayasal düzenini yıkmayı amaçlamıştır. Yargılama sırasında söz konusu ceza normunun Anayasa’ya uygunluğu kuşku uyandırmış ve sorun norm denetimiyle AYM’nin önüne taşınmıştır. AYM önündeki sorun, 2009 değişikliğinin aleyhe geriye yürüme yasağıyla ilgili yönü ve hükmün belirsiz olup olmadığıdır.

Burada dikkat çeken bir husus İHAM’ın Avrupa Konseyi devletler açısından bir karşılaştırmalı çalışmayı referans almış olması ve Malta ile Hollanda hariç hepsinde bu atıf usulünü kullandığı sonucuna varılmış olmasıdır. Somut vaka bağlamında aralarında Türkiye’nin de olduğu 21 üye devletin anayasal düzene karşı suçlarda bu usule başvurduğu saptanmıştır. Mahkemenin bu son nokta yönünden saptaması şöyledir:

“Anayasal düzene karşı suçların tanımlanmasında ‘beyaza atıf’ veya ‘atıf yoluyla yasa koyma’ (‘blanket reference’ or ‘legislation by reference’) tekniğini kullanan üye devletler arasında on bir üye devlet (Azerbaycan,

Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, İzlanda, İtalya, Norveç, Polonya, Rusya, İsviçre ve Ukrayna) bunu ya genel ilkelere ya da anayasa hukuku kavramlarına atıfta bulunarak, üç üye devlet (İrlanda, Letonya ve İspanya) ise anayasa hukukunun belirli kurallarına atıfta bulunarak yapmaktadır. Her ikisinin birlikte kullanımı ise bir üye devlette (Türkiye) görülmektedir. Anayasa hukuku dışındaki diğer hükümlere yapılan atıflar on üye devlette (Andora, Bosna Hersek, Bulgaristan, Macaristan, Letonya, Litvanya, Kuzey Makedonya, Romanya, Rusya ve Sırbistan) bulunmaktadır³¹.”

Mahkemeye göre genel olarak ceza hukuku hükümlerinin kesinlik düzeyi (erişilebilirlik, açıklık, kesinlik, öngörülebilirlik) de dâhil olmak üzere kanunilik ilkesine ilişkin ilgili gereklilikler, ceza hukuku dışındaki yasal hükümlere atıfta bulunan ceza hukuku hükümlerinin kesinlik düzeyi için de geçerlidir ve dolayısıyla gerekli kesinlik düzeyi atıfta bulunan yasal hükümlere de uygulanır³². Üye devletlerdeki durum açısından Mahkeme şu saptamayı yapmıştır:

“Bazı hukuk sistemlerinde, ‘genel atıf’ veya ‘atıf yoluyla yasama tekniği’ kullanıldığında, iç hukuk (içtihat ve yasama uygulamaları dâhil) bu konuda bazı ilave gereklilikler getirmektedir. Bu gereklilikler kanunun kesinliği ve öngörülebilirliği ile ilgilidir veya atıfta bulunan hüküm ya atıfta bulunan hüküm ya da her iki hüküm birlikte uygulanır. Örneğin bazı hukuk sistemleri atıfların açık olmasını veya atıfta bulunan hükmün hangi norm(lar)a atıfta bulunduğu ile ilgili olabilir olmasını şart koşturmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde atıfta bulunan hüküm cezayı ve suçun temel unsurlarını ortaya koymalıdır. Atıfta bulunan hüküm, atıfta bulunan hükümde belirtilen suç kapsamını genişletemeye-

31 Advisory Opinion-2020, § 33.

32 Advisory Opinion-2020, § 34.

ceği anlamında sadece yorumsal bir öneme sahiptir ve en önemlisi, her iki hüküm birlikte ele alındığında, ilgili bireyin suçun kurucu unsurlarını anlamasını ve hangi eylem veya ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını öngörmesini sağlamalıdır (Avusturya, Portekiz, Slovenya ve İspanya Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarında çeşitli örnekler bulunabilir.). Üye devletler arasında, atıfta bulunulan normların belirli bir nitelikte veya hiyerarşik düzeyde olması gerekip gerekmediği veya olup olamayacağı konusunda bir fikir birliği yok gibi görünmektedir³³.”

Kararda ölçüt getiren paragraf ise şöyledir:

“Mahkeme ayrıca, öngörülebilirlik kavramının kapsamının önemli ölçüde söz konusu belgenin içeriğine, kapsamak üzere tasarlandığı alana ve hitap ettiği kişilerin sayısına ve statüsüne bağlı olduğunu gözlemlemektedir. Bir yasa, ilgili kişinin belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, içinde bulunulan koşullarda makul bir ölçüde değerlendirmek için uygun hukuki tavsiye alması gerekse dahi, öngörülebilirlik gerekliliğini karşılayabilir. Bu durum, mesleklerini icra ederken yüksek derecede ihtiyatla hareket etmeye alışkın olan ve profesyonel bir faaliyet yürüten kişiler için özellikle geçerlidir. Bu nedenle, söz konusu faaliyetin gerektirdiği riskleri değerlendirirken özel bir dikkat göstermeleri beklenebilir³⁴.”

Mahkeme, bu belirlemelerden başka içtihadi tutarlılığa gönderme yapmış ve ceza hukuku bağlamında (suçta ve cezada kanunilik yönünden) verdiği kararları hatırlatmıştır. Bu çerçevede anayasal normların ceza hukuku hükümlerinden daha yüksek bir soyutlama seviyesine sahip olabileceğini, dolayısıyla kesinlik düzeyinin daha düşük olabileceğini yeniden

33 Advisory Opinion-2020, § 35.

34 Advisory Opinion-2020, § 61.

kaydetmiş fakat her halükârda önem taşıyan hususun içtihat yoluyla dahi olsa kesinlik ve öngörülebilirlik olduğunu yinelemiştir³⁵.

Bu karar, beyaza ceza normlarının İHAM açısından sorun teşkil etmediğini teyit etmekte ve Strazburg organlarının “maddi anlamda kanun” yaklaşımının teyidi niteliğini taşımaktadır. Bu yaklaşım, iç hukuklardaki “şekli anlamda kanun” yaklaşımının gerisinde kaldığı için emsal olamaz. Zira 46 devletin farklı hukuk sistemlerinin özerk bir değerlendirilmesinin gereği olan bu tutum, kıta Avrupası geleneğine nazaran fazla geniştir. Bununla birlikte şekli anlamda kanun anlayışının geçerli olduğu yerler açısından dahi “kanunun kalitesi” itibarıyla “belgenin içeriğine”, “kapsamak üzere tasarlandığı alana” ve “hitap ettiği kişilerin sayısına ve statüsüne” odaklanması gereklilikleri itibarıyla dikkate değerdir.

B. ULUSAL ANAYASA YARGILARI

Açık suç hükümleri konusunda, karşılaştırmalı anayasa hukuku (ulusal anayasa mahkemeleri/yüksek mahkemeler) bağlamında daha çok malzemeye karşılaşmaktayız.

Bizim ulaşabildiğimiz yargı kararları ve literatür, iki kategori getirmektedir: (1) Amerika Örnekleri, (2) Almanya Örneği.

1. Amerika Örnekleri

Amerika örnekleri, esasen Latin Amerika ağırlıklıdır. Bu bağlamda öncelikle Şili öne çıkmaktadır. Bu ülkede Anayasa (mad. 19/3[8]) konuyla ilgili olarak “Hiçbir kanun, [kanunun] cezalandırdığı davranış açıkça tanımlanmadıkça ceza tesis edemez.” şeklinde bir hüküm barındırmaktadır. Ceza normlarının nasıl düzenleneceğine ilişkin bir direktif getiren bu anayasa hükmü, Şili Anayasa Mahkemesi tarafından beyaza ceza normlarını yasaklar biçimde algılanmamış fakat bazı öl-

35 Advisory Opinion-2020, §§ 68-74.

çütlerle çerçevelenmiştir³⁶. Buna göre:

(a) Söz konusu düzenleme, yasaklanan davranışın ana çekirdeğini içermelidir,

(b) Atıfta bulunan kanun, atıfta bulunduğu düzenlemeyi açıkça belirtmelidir,

(c) Atıfta bulunan düzenleme belirli bir düzeyde açıklık sağlamalıdır³⁷.

Arjantin’de de durum bir ölçüde benzer, hatta bir ölçüde daha sıkıdır. Arjantin Yüksek Mahkemesinin getirdiği ölçütlere göre:

(a) Başka bir düzenlemeye atıfta bulunulması, sunulan konunun karmaşıklığı veya genişliği nedeniyle kaçınılmaz olmalıdır,

(b) Ana çekirdek, atıfta bulunan kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır; atıfta bulunan düzenleme ise sadece ikincil konulara ilişkin olabilir,

(c) Diğer bir düzenlemeye yapılan atıf açık ve net olmalıdır³⁸.

Bu ölçütlerin etki gösterdiği emsal, Arjantin Yüksek Mahkemesinin 17 Mayıs 1957’de verdiği *Raúl Oscar Mouviel ve diğerleri* kararıdır³⁹. Kısaca *Mouviel* kararı olarak bilinen bu davanın konusu, başvuruçuların düzensizlik yarattıkları gerekçesiyle 30 gün hapsedilmeleridir. Bu yaptırım, Federal Polis Kanunu’nun 7. maddesinin (a) bendine dayanarak bizzat

36 Martínez-Villalba, L. (2018). s. 76.

37 Politoff, S., Matus, J., ve Ramírez, J. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica ‘dan aktaran Martínez-Villalba, L. (2018). s. 76.

38 Martínez-Villalba, L. (2018). s. 76.

39 Kararın İspanyolca metnine şu adresten ulaşılabilir: <https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mouviel-raul-oscar-otros-desordenes-fa57000000-1957-0517/123456789-000-0007-5ots-eupmocsollaf> (Erişim Tarihi: 16/3/2025).

emniyet müdürü tarafından uygulanmıştır. Mezkûr hüküm emniyet müdürüne, yasa koyucu tarafından göz önünde bulundurulmamış olan şiddet eylemlerini bastırmak amacıyla Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile tahsis edilen yetki dâhilinde düzenleme yapma yetkisi vermiştir.

Bu düzenlemenin yasama, yürütme ve yargı yetkilerini emniyet müdüründe topladığını ve bunun kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiğini ileri süren sanıklar, Anayasa'nın 18. ve 19. maddelerine atıfta bulunarak, kimsenin önceden var olan bir kanuna dayanmadan cezalandırılmayacağını ve kanunların açıkça yasaklamadığı eylemlerin cezalandırılmayacağını belirtmişlerdir. Yüksek Mahkeme, sanıkların itirazını oy birliğiyle kabul etmiştir. Mahkeme, yasama yetkisinin devredilemez olduğunu ve yürütme organının sadece mevcut kanunları uygulamak için düzenlemeler yapabileceğini ancak yeni suçlar tanımlayamayacağını vurgulamıştır. Bu nedenle, polis şefine verilen bu tür bir yetkinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Bu kararda ilginç hususlardan biri, Arjantin Yüksek Mahkemesinin daha o yıllarda ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararını dikkate almış olmasıdır. *Panamá Refining Co. v. Ryan* davasına konu norm, 1933 tarihli Ulusal Sanayi Yeniden Yapılanma Kanunu'dur (National Industrial Recovery Act – NIRA). Bu kanun, 1929 yılındaki Büyük Buhran'a karşı alınan New Deal önlemlerinden biridir. Bu yasa, başkana geniş yetkiler vererek başkanın ekonomik düzenlemeler yapmasını ve sanayi sektöründe belirli politikalar uygulamasını sağlıyordu. Özellikle, yasanın 9. bölümünün (c) bendi, ABD başkanına eyaletlerin belirlediği üretim kotasını aşan petrolün eyaletler arası veya uluslararası taşınmasını yasaklama yetkisi veriyordu. Başkan Franklin D. Roosevelt, bu yetkiyi kullanarak petrol taşımacılığını sınırlayan bir yürütme emri çıkarmıştır. *Panamá Refining Company* ve diğer petrol şirketleri, bu düzenlemenin anayasal olmadığını savunarak ve başkanın bu konudaki emirlerini ihlal edenler için bin doları aşmayan para

cezası, altı aydan fazla olmayan hapis cezası veya her ikisini birlikte içeren bir ceza öngören hükmün, yetki devri doktrine (*nondelegation doctrine*) aykırı olduğunu ileri sürerek Yüksek Mahkemeye başvurmuşlardır. Yüksek Mahkeme, bu vakada yasama organınca sınır çizilmeden ve belli standartlar, ilkeler veya yönlendirmeler konulmadan yürütmeye tanınan yaptırım yetkisinin Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır⁴⁰.

Kolombiya’da ise Anayasa Mahkemesi, bu hususu maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesinin kesiştiği özel bir bağlamda değerlendirmiştir. Mezkûr vakadaki sorun, bir kişi beraat ettikten sonra, bu kararın etkili soruşturma yapılmadan verildiği (yani bir “cezasızlık kararı” olduğu) uluslararası insan hakları organları tarafından saptanmışsa yeniden yargılama yapılıp yapılmayacağıdır. Kolombiya AYM’si, kanunda açıkça düzenleme yapılmamış olmasına rağmen Kolombiya hukukunun uluslararası insan hakları hukukuna yaptığı atıf uyarınca (beraat veya zamanaşımına rağmen) yeniden yargılama usullerinin uygulanıp ihlal saptamasındaki belirlemeler ışığında ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴¹. Öğretide bu karar da “beyaza ceza normu” içtihadı içinde sayılmıştır⁴².

Aslında bu algı, Latin Amerika ülkelerinde uluslararası suç veya ceza normlarına atıf yapan ulusal normların yaygınlığıyla ilgili sayılabilir. Bu türden normlar da ulusal ve uluslararası arasında parçalanmışlık getirdiği için “beyaza ceza normları” içinde görülmektedir. Buna örnek vermek gerekirse Kosta Rika Ceza Kanunu’ndaki (mad. 374) şu hüküm iyi bir örnek sayılabilir:

“Köle, kadın veya çocuk ya da uyuşturucu ticareti yapmak amacıyla uluslararası örgütleri yönetenler veya

40 *Panamá Refining Co./Ryan* (293 U.S. 388, 1935).

41 Kararın (Sentencia C-004/03) İspanyolca orijinal metni şu adrestedir: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-004-03.htm> (Erişim Tarihi: 16/3/2025)

42 Martínez-Villalba, L. (2018). ss. 81-82.

bu örgütlerde yer alanlar ya da terör eylemleri gerçekleştirenler veya Kosta Rika tarafından onaylanan insan hakları sözleşmesi hükümlerini ihlal edenler on ila on beş yıl arasında hapis cezasına çarptırılır.”

Kosta Rika Anayasa Mahkemesi, boşa ceza kanunlarının uygulanmasının, kanun tarafından yapılan atıf aynı seviyedeki bir hükme yönelik olduğu sürece anayasal olarak kabul edilebilir olduğunu tespit etmiştir. Bu Mahkemeye göre suçun faili, suç fiilinin tanımı ve yaptırım kanun ve/veya kanuna eş düzeyde bir norm tarafından düzenlenmişse ortada kanunilik yönünden hiçbir sorun yoktur⁴³. Kanun veya kanunlar suç teşkil eden bir davranış için gerekli tüm unsurları (aktif özne, davranışın tanımı ve buna yönelik yaptırım) içeriyorsa ortada parçalanmışlık dışında bir sorun yoktur, suç ve ceza Anayasa’ya aykırı değildir.

Benzer tartışmalar Guatemala’da da mevcuttur. Bu ülkede ceza kanununda yer alan “Her kim savaş esirleri veya rehinelere veya savaşta yaralananlar ile ilgili insani yükümlülükleri, kanunları veya sözleşmeleri ihlal eder veya çiğnerse veya sivil halka karşı veya hastanelere veya yaralıları için tahsis edilmiş yerlere karşı insanlık dışı herhangi bir eylemde bulunursa 20-30 yıl hapis cezasına çarptırılır.” (mad. 378) şeklindeki hükümde Anayasa Mahkemesi, düzenleme kapsamının tam olarak tanımlanmamasında sorun görmüştür. Fakat buna rağmen “diğer hukuk kaynaklarına atıfta bulunulması ve bir mahkemenin yasaklanan davranışı bu diğer kaynaklara atıfta bulunarak tanımlamasına izin verilmesi” karşısında hükmün bir beyaza ceza normu olduğu kabul edilmiş ve sanıkların “cinsel şiddet, cinsel kölelik, aile içi kölelik ve kişisel onura hakaret gibi belirli şekillerde insanlığa karşı suçlar” işlemekle itham edilmesi kabul edilmiştir⁴⁴.

43 Martínez-Villalba, L. (2018). ss. 82-83.

44 Martínez-Villalba, L. (2018). ss. 86-87.

2. Almanya Örneği

Beyaza ceza normları Almanya’da da önemli bir içtihadî birikimle çevrelenmiştir. Bu birikimin tamamını buraya yansıtmak mümkün olmasa da başlıca belirlemelere değinmek, Türk anayasa ve ceza hukukunun bu ülkeyle olan yakın bağı uyarınca anlamlı görünmektedir.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM), nispeten yakın zaman önce konunun Avrupa Birliği hukukuyla ilgili bir boyutuna dair karar verme olanağı bulmuştur. Avrupa Birliği hukukunun, Kanun’da sayılan hükümlerinden doğrudan uygulanabilir nitelikteki kurallarına aykırı hareket edenlerin ceza yaptırımına tabi kılınmasıyla ilgili bir hükmün anayasalılık denetiminde FAYM, bu türden bir düzenlemenin prensip itibarıyla mümkün olduğunu söylemiştir. FAYM’a göre bu yasama tekniğinin kullanılması, beyaza ceza normunun neye atıfta bulunduğu yeterince açık bir şekilde ortaya konması koşuluna bağlıdır. Bundan başka ceza getirecek eylemlerin ne olduğunu ortaya koyan ilk düzenlemenin mutlaka (şeklî anlamda) kanunla konulması gerekliliğini ifade eden FAYM, erkler ayrılığı ilkesinin kanun altı norm koyucuya suç tipinin ilk elden belirlenmesi değil, olsa olsa “suç tipinin somutlaştırılması” (*die Konkretisierung des Straftatbestandes*) konusunda yetki tanıyabileceğini vurgulamıştır⁴⁵. Buna göre suç tipinin ayrıntısının net biçimde hangi norma bırakıldığının gösterilmesi ve böylelikle genel olarak da olsa suçun ne olduğunun ve cezasının ne olacağının şeklî anlamda kanunla konulması yeterli ve gerekli koşulları yansıtmaktadır.

Almanya uygulaması (literatürü ve FAYM içtihadı) özellikle ilham verici öğeler içermektedir. FAYM’ın bu konudaki yaklaşımı, kanunlar için aradığı genel koşulları yansıtmaktadır. Bu bağlamda “kesinlik”, “belirlilik”, “yayın koşulu”, “demokrasi”, “erkler ayrılığı” şeklindeki geleneksel ölçütler

45 BVerfGE 153, 310.

kullanılmaktadır⁴⁶. Kuşkusuz bunların beyaza ceza normlarında tezahür ettikleri özel anlamlar da yok değildir⁴⁷. Burada bunların üzerinde duracağız.

a. Hukuk Devletinın Uzantıları: Kesinlik ve Belirlilik

Kesinlik (*Bestimmtheit*) ve belirlilik (*Klarheit*) kavramları, prensip itibarıyla hukuk devleti ilkesinden türetilen alt ilkelere dir. Bu iki sözcüğün eş anlamlı olduğunu ileri süren bir görüş⁴⁸ mevcut olsa da aslında iki kavram bir madalyonun iki yüzü gibidir. İkisi arasında hem bir harmoni hem de bir zıtlık vardır. Şöyle ki:

Hukuki kesinlik, normun uygulama alanının ve kapsamının tanınabilir olmasını veya yorum yoluyla belirlenebilir olmasını ifade eder. Kesinlik ilkesinin karşılandığı bir norm, norm alanında keyfiliğe izin vermez veya keyfilik marjını olabildiğince daraltır. Norm, muhatabının tereddütte bırakmayacak bir arınmışlık hâlinde dir. Gerçi bu her koşulda mümkün değildir çünkü normun düzenlemekte olduğu yaşam alanının komplike yapısı, kesinlik aleyhine bir zorluk getirir. Norm koyucu, bu zorluğu aşmak ve hukuki kesinliği sağlayabilmek için düzenlemeyi daha detaylı ve kapsamlı koyar, düzenlemeyi derinleştirir. Detaylar arttıkça hayatın değişken koşullarına dönük yanıtlar daha kesin olacaktır⁴⁹.

Hukuki belirlilik ise anlaşılabilirlik ile ilgili bir ilkedir. O kadar ki bu ilke kimi yazarlarca “anlaşılabilirlik ilkesi” (*Verständlich-*

46 Ernst, G.P. (2018). ss. 106-115.

47 Burada kaydetmek gerekir ki Anayasa’da açıkça yazılı olmayan kesinlik, belirlilik, makullük alt ilkelerinin hangi ilkelere den türetildiği konusunda bir netlik yoktur. Bunlar demokrasi, hukuk devleti, erkler ayrılığı ilkelerinden biri veya birden çoğundan türetilmektedir. Ernst, G. P. (2018). s. 65.

48 Parzeller, M, ve Prittwitz, C. (2009). “Statische oder dynamische Verweisung? Bedenkliche Unbestimmtheiten und Unklarheiten bei der Bestimmung der zu Dopingzwecken im Sport verbotenen Arzneimittel im Arzneimittelgesetz”, *Zeitschrift für Stoffrecht*, C. 6., s. 103.

49 Huber, P. M. ve Voßkuhle, A. (2024). GG Art. 103, içinde Grundgesetz: GG (s. 143 vd.). Münih: C. H. Beck.

keitsgrundsatz) olarak dahi tanımlanabilmektedir⁵⁰. Bu ilkenin tezahür ettiği norm, fazla yoruma gereksinim duyulmaksızın kendi kendini anlatır. Muhataplar kuralı okudukları gibi normun vermek istediği mesajı anlar. Bir kuralın anlaşılabilmesi için iç çelişkilerden ve editöryal hatalardan (*redaktionelle Ungenauigkeiten*) azade olması gerekir. Belirlilik, ayrıntıyla ilgili değildir. Hatta bilakis ayrıntı arttıkça mesele karmaşıklaşabilir. Karmaşıklık ise belirliliğin düşmanıdır. Belirli bir norm, yurttaşların eylemlerini kolayca buna göre düzenleyebildikleri normdur. Normun belirliliği arttıkça yoruma olan gereksinim azalır, bu da keyfiliğe engel olur⁵¹.

Dikkat edilirse iki ilke de netlik ve keyfilik karşıtı olma noktasında kesişmektedir. Netlik ve keyfiliğe kapalılık, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yeğlediği ifadeyle “öngörülebilirlik” sağlar. Fakat bu ortak nokta iki ilkeyi aynılaştırmaya yetmez. Zira yine dikkat edilirse kesinlik, bir normun daha ayrıntılı olmasını ve düzenleme yoğunluğunu gerektirirken; netlik, daha sade bir anlatımı gerektirir. Bu iki gereklilik, her bir norm açısından yeniden tartım yapmayı beraberinde getiren kılan bir dengelemeyi ve bu yolla uzlaştırmayı zorunlu kılmaktadır. Bu ödev tabii ki öncelikle yasa koyucudadır fakat genel geçer bir yöntem de yoktur. Norma göre değişkenlik gösteren vaka bazlı bir yaklaşım geliştirilmelidir.

Bu kavramların hiç kuşku yok ki beyaza ceza normları açısından da bir anlamı vardır. Öncelikle beyaza ceza normları birer ceza normu oldukları için netlik ve belirlilik bağlamında daha katı bir yaklaşım takınmak gerekir. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi, diğer alanlardaki kanunilik gereklerinden daha katı nitelik taşır. Bunun nedenleri çokludur. Örneğin ceza normlarına uymamanın sonucu, nispeten ağır yaptırımın uygulanmasıdır. Dahası, eğer ceza normu henüz tamamlanmamışsa bu durumda tamamlama işlevi yargıca bı-

50 Ipsen, J. (2021). *Staatsrecht*, Münih: Verlag Franz Vahlen, s. 380.

51 1 BvF 3/92, 3/3/2004.

rakılacaktır. Bu yargıç marjı, erkler ayrılığına aykırı olmanın yanı sıra suçun ne olduğunun anlamının sonradan verilmesi anlamına gelir ki bu ceza dışındaki alanlardaki geçmişe yürümeye nazaran cezaların aleyhe geçmişe yürümezliği ilkesiyle kategorik bir uyumsuzluk barındırır. Bu bakımdan normatif tamamlanmamışlık, ceza hukukuna yabancıdır. Ceza normlarının yurttaşların davranışlarını yönlendirici bir etkisi ("*Orientierungsgewissheit für den Bürger*" ve "*verhaltensdeterminierende Wirkung*") olması gerekir⁵².

Ceza normlarına dönük bu genel gereklilikler, beyaza ceza normları için de geçerlidir. Fakat bize öyle geliyor ki beyaza ceza normlarına özgü kimi ek ölçütlerden de bahsetmek mümkün görünmektedir. Bu bağlamda dikkate alınabilecek faktörleri (i) cezanın ağırlığı, (ii) normun hedef kitlesi, (iii) normun düzenleme alanı, (iv) atıf yöntemi ve (v) yayın koşulu diye kategorize etmeyi seçiyoruz.

i. Cezanın Ağırlığı

Bir norm ele alınırken o norma uymamanın sonuçları da mutlaka hesaba katılmalıdır. Bir hukuk düzeninde kurallara uyma gerekliliği kâğıt üzerinde aynı sayılabilecekse de o norma uymamanın kişilerin yaşamlarının üzerindeki etkisinin normlar arasında bir önem fark yarattığı kanaatindeyiz. Uyulmaması hâlinde, basit bir para cezası getiren bir norm ile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren norm, aynı ölçütlerle kavranmasa gerekir. Yaptırım ağırlaştıkça, hem normu koymadaki hem de normun anayasallık denetiminde dikkat ve beklenen koşullar daha fazla olmalıdır⁵³.

Norm koyma açısından konuşacak olursak sonuçları ağır nitelik arz eden bir normun çok daha etraflı tartışılması, farklı görüşlerin alınması ve toplumun farklı kesimlerinden temsilcilerin normun oluşum sürecine dâhil olması gerekir.

52 Ernst, G. P. (2018). s. 68.

53 2 BvL 4/62, 25/6/1972; 2 BvR 1516/96, 10/6/1997.

Demokratik devlet ilkesiyle de yakından ilişkili bu yön, toplumun doğrudan veya temsilcileri kanalıyla aldıkları kararın şekli anlamda kanun olmasıyla ilişkilidir. Bu bakımdan ağır yaptırım getiren normlarda, suç tipinin ve yaptırımının parçalanmasına neden olan (gerçek) beyaza ceza normlarından mümkün olduğunca kaçınılmasında yarar vardır. Çok ayrık-sı hâller olmadıkça cezasında ağırlık bulunan suç ve cezalar, parçalanmadan düzenlenmelidir.

ii. Dili ve Hedef Kitle

Normun netliği normun anlaşılabilir olmasını gerekli kılar. Beyaza ceza normları, suç tipi ile cezai yaptırımı en az iki norma böldüğü için bu yasama tekniği normun anlaşılabilirliğine tehdit oluşturur. Zira normun muhatapları, yaptırımı görmekte ama suç tipinin tam olarak ne olduğunu anlayabilmek için ek külfetlere katlanma durumundadır. Bu külfete katlanma gerekliliği, standart olamaz. Belirlilik, normun muhataplarına göre değişkenlik gösterebilecek bir ilkedir⁵⁴.

Örneğin norm sıradan yurttaşlara dönük genel bir nitelik taşıyorsa bu durumda normun yurttaşların gündelik dil kullanımına uygun olması ve suç tipinin ne olduğunu anlamak için ortalama bir yurttaşın kabiliyetlerinin ve atabileceği makul adımların ötesine geçilmemesi gerekir. Buna karşılık, bir normun genele dönük değil de belli bir meslek grubuna veya özel/münhasıra bir gruba yönelik olması hâlinde durum biraz daha farklıdır. Böylesi hâllerde teknik kavramlara/terimlere başvurmak, aslında anlaşılabilirliğe engel olmak şöyle dursun, o alanın jargonu uyarınca anlaşılabilirliğe katkı dahi sunabilir. Dahası, belli alanda faaliyet gösteren kişilerden, suç tipinin öğrenilmesi için bazı adımların atılması (örneğin meslek örgütünün tüzüğüne, zaten bildikleri kurallara veya angaje oldukları idarenin koyduğu kurallara atıf yapılması) daha kolay haklı çıkarılabilir.

54 Triepel, H. (1947). *Vom Stil des Rechts: Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts*, Heidelberg: L. Schneider, s. 90.

Şu hâlde beyaza ceza normlarındaki parçalanmanın anayasallığı denetlenirken normun hedef kitlesi, buna bağlı olarak dili ve ek külfetleri dikkate alınabilir.

iii. Düzenleme Alanı

Bir ceza normunun beyaza yazılmış olması ayrıksı bir durum olsa da özellikle bazı konulardaki dinamizmin bu yasama tekniğine zorlayabileceğinden bahsetmiştik. Bu durum, aslında bir ölçüt olarak da kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi, normun düzenleme konusu ettiği alanın, beyaza ceza normu tekniğini gerekli kılıp kılmadığını inceleyebilir. Kuşkusuz yasama yetkisinin genelliği ilkesi, yasama organına belli bir marj bıraksa da bu, denetimde düzenleme konusuna dönük inceleme yapılmasına engel teşkil etmez. Bu bağlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin daha genç hukuk dallarına dair kuralların ister istemez daha genel ve soyut kavramlarla düzenlenebileceği ve bu bakımdan alt normlar ve içtihadın eksiklikleri tamamlayabileceğine dönük belirlemesi de dikkate alınmalıdır⁵⁵.

Şu açık ki on yıllar, belki de yüzyıllardır yerleşik hâle gelmiş olan ve hukuki düzenlemenin hiç de yabancılik çekmediği bir konu ile daha yeni doğmuş veya henüz emekleme aşamasındaki genç bir hukuk dalının konularına aynı muamelede bulunamaz. Konu gençleştikçe düzenlemelerin daha genel olması nispeten daha kolay haklı çıkarılabilir⁵⁶.

Öte yandan, bir normun konusunu oluşturan alanın kendine içkin özelliklerinden ötürü daha dinamik olması gerekli sayılabilir. Böylesi dinamizm bulunan konular ile daha statik konular arasında da bir ayırım, pekâlâ yapılabilir. Böyle bakıldığında dinamiklik gereksinimi azaldıkça beyaza ceza normlarının meşruluk temellerinin de azalacağını söyleyebiliriz.

55 Triepel, H. (1947). s. 90.

56 Triepel, H. (1947). s. 90 ve 135 vd.

iv. Atıf Yöntemleri

Bir normun esasen belirliliği ve bir ölçüde kesinliği, beyaza ceza normlarının hangi atıf tekniğini kullandığıyla da ilgili bir mesele olabilir. Ceza normlarında kanunlar arasındaki atıf yöntemleri; suç ve ceza sistematığının bütünlüğünü sağlamak, normatif boşlukları doldurmak ve hukuki güvenliği teminat altına almak amacıyla kullanılır. Atıflar, ceza hukukunun katı yasallık ilkesi çerçevesinde şekillenir ve cezaların ancak kanunla belirlenebileceği ilkesine bağlı olarak sıkı kurallara tabidir. Fakat bu konuda tek tip usul yoktur⁵⁷. Öğretide bunlar çeşitli biçimlerde tasniflenmiştir⁵⁸. Bunlardan esinlenerek kendi tasnifimizi şöyle sıralayabiliriz.

Ceza normlarında açık atıf (doğrudan atıf) yöntemi sıkça kullanılır ve belirli bir kanun hükmüne doğrudan gönderme yapılır. Örneğin Türk Ceza Kanunu (TCK) mad. 220/6, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından, “Bu suçlardan dolayı ayrıca cezaya hükmolunur.” diyerek temel suç tiplerine açık bir atıf yapar. Zımni (örtülü) atıf ise belirli bir hükme doğrudan gönderme yapmaksızın normun kapsamını genişleten veya daraltan ifadeler içerir. Örneğin, TCK mad. 53, belli suçlardan mahkûmiyet halinde hak yoksunluklarını düzenlerken, hangi suçların bu kapsama girdiğini belirtmeksizin ceza infazına bağlı olarak zımni bir atıf mekanizması oluşturur.

Ceza normlarında yollama (iltibas) yöntemi, başka bir kanundaki düzenlemelerin belirli bir ceza normu açısından bağlayıcı olduğunu ifade eder. Örneğin, Kabahatler Kanunu mad. 3, bu Kanun’da düzenlenmeyen ancak suç sayılmayan fiiller için TCK’nın genel hükümlerine yollama yapar. Kapsamlı atıf (genel atıf) yöntemi, belirli bir hukuki alanın veya konunun genel çerçevesinin belirli bir kanuna tabi olduğunu

57 Ernst, G.P. (2018). s. 129 vd.

58 Karpen, H-U. (1970). *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlin: Walter de Gruyter, s. 164 vd.

belirtir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) mad. 223; beraat, mahkûmiyet ve diğer karar türleri açısından “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça” ifadeleriyle geniş bir atıf mekanizması kurar.

Sabit atıf (statik atıf), belirli bir tarih itibarıyla yürürlükte olan bir düzenlemeye gönderme yapar ve bu düzenleme değişse dahi yeni hükümler geçerli olmaz. Örneğin TCK mad. 2/2, suç ve ceza içeren normların geriye yürümezliği ilkesini kabul ederek işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun uygulanmasını zorunlu kılar. Buna karşın dinamik atıf (değişken atıf), atıf yapılan hükmün değişmesi hâlinde yeni normların uygulanmasını sağlar. Örneğin bazı özel ceza kanunları, “TCK’nın ilgili hükümleri kıyasen uygulanır.” diyerek normların değişmesi halinde yeni düzenlemeleri de kapsama alır.

Son olarak kıyas yoluyla atıf, ceza hukukunda yasallık ilkesi gereği sınırlı şekilde uygulanır. Ancak ceza muhakemesi hukukunda daha geniş bir şekilde görülür. Örneğin, CMK mad. 289, mutlak hukuka aykırılık nedenlerini sayarken kıyasen diğer hukuka aykırılık halleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak ceza hukukunda kıyas, failin aleyhine olacak şekilde yapılamaz.

Bu atıf yöntemleri, ceza normlarının tutarlılığını sağlamanın yanı sıra ceza hukukunun temel ilkeleri olan suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ve adalet ilkeleriyle de doğrudan bağlantılıdır. Özellikle ceza normlarında atıf yaparken, bireyin hukuki güvenliği ve öngörülebilirlik ilkesi gözetilerek keyfi ve genişletici yorumlardan kaçınılmalıdır.

Bu sayılanlar içinde belirlilikten sapma riski açısından (diğer faktörler hariç) öznel bir sıralama yapmak gerekirse şöyle bir tablo sunabiliriz:

Atıf Türü	Risk Düzeyi	Nedeni
Dinamik Atıf	En yüksek risk	Bu atıf biçimi, ceza normlarının içeriğinin ileride belirsiz bir şekilde değişebileceği anlamına gelir.
Kapsamlı Atıf	Yüksek risk	Bu tür atıflar, hangi hükümlerin nasıl uygulanacağına dair takdir yetkisini yargıya veya idareye bırakabilir, bu da yasama yetkisinin devri riskini doğurur.
Yollamalı Atıf	Orta risk	Eğer atıf yapılan hükümlerde ileride değişiklik olursa, ceza normlarının kapsamı öngörülemeyen şekilde genişleyebilir veya daralabilir.
Zımni Atıf	Düşük risk	Açık bir normatif düzenlemeye değil, mevcut ceza hukuku sistematığına bağlı olduğu için yasallık ilkesini doğrudan ihlal etme riski daha düşüktür. Ancak, suç ve ceza normlarının belirliliği açısından gri alanlar yaratabilir.
Sabit Atıf	En düşük risk	Belirli bir tarihte yürürlükte olan bir düzenlemeye gönderme yapar ve bu düzenleme değişse bile atıf yapılan haliyle uygulanmaya devam eder. Bu nedenle, belirlilik ilkesine en uygun ve yasama yetkisinin devri riskinden en uzak atıf yöntemidir.
Doğrudan (Açık) Atıf	Güvenli	Belirli bir kanunun belirli bir maddesine veya hükmüne doğrudan gönderme yaparak belirlilik ilkesini korur ve yasama yetkisinin devri riskini minimize eder.

v. Yayın Koşulu

Kesinlik ve belirlilik ile ilgili olmak üzere buraya kadar yazılanlar büyük ölçüde normun öngörülebilirliği ile ilgiliydi. Oysa bir normun öngörülebilir olmasının ön koşulu ulaşılabilir olmasıdır⁵⁹.

Beyaza ceza normları, şekli anlamda kanun oldukları için, Roma-Germen hukuk sistemlerinin bulunduğu yerlerde bu normların merkezi bir resmî yayın organında, Türkiye'deki ifadesiyle Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Bunda bir tartışma yoktur. Tartışmalı olan husus, beyaza ceza normunun atıf yaptığı ve suç tipini düzenleyen dolgu normunun, yürütme tarafından çıkarıldığı koşullarda dahi Resmî Gazete'de yayımlanmasının bir zorunluluk olup olmadığı noktasındadır. Alman literatüründe bu konuya dair en az üç görüş vardır⁶⁰.

Birinci ve katı görüşe göre ceza hukukunun geleneksel kurallarının, suçun ve cezanın Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Suç tipinin ve cezai yaptırımın farklı normlara bölünmüş olması bu gerçeği ortadan kaldırmaz. Beyaza ceza normu, normu koyacak organlarda ve normun adında çeşitliliğe izin verse de suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kişilerin bu normlara dönük ulaşılabilirliğinin en kolay ve resmî biçimde gerçekleşmesini gerektirdiği için dolgu normlarının da Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir⁶¹.

İkinci ve esnek görüşe göre ise Anayasa'nın kanunları Resmî Gazete'de yayımlamayı zorunlu kıldığı yerde, kanunlar dışındaki normların Resmî Gazete'de yayımlanması bir zorunluluk değildir. Beyaza ceza normu şekli anlamda bir kanun olduğu için bunlar Resmî Gazete'de yayımlanmalıdır fakat şekli anlamda kanun olmayan diğer normlar konusunda

59 Konuyla ilgili içtihatlar için bkz. Lautenbach, G. (2013). s. 87 vd.

60 Bu görüşlere dair kapsamlı bir literatür için bkz. Ernst, G. P. (2018). s. 227 vd.; Keza bkz. Karpen, H-U. (1970). s. 142.

61 Karpen, H-U. (1970). s. 143.

yasama organına takdir marjı bırakılmış demektir⁶².

Üçüncü ve uzlaştırmacı görüşe göre ise bu iki görüşün de haklı yönleri vardır. Üçüncü görüş, ilk iki görüşün fikir ayrılığı yaşadığı dolgu normlar bağlamında ne mutlak Resmî Gazete koşulunun ne de tam bir takdir marjı koşulunun bulunduğu kanaatindedir. Bu görüşe göre beyaza ceza normu Resmî Gazete’de yayımlanırken bu norm dolgu normunun nerede yayımlanacağını da açıkça ortaya koymalıdır. Yani dolgu normunun kendisi olmasa da dolgu normunun nerede yayımlanacağı konusundaki bilginin Resmî Gazete’de yayımlanması gerekir⁶³.

Bu görüşlerden esnek görüş bize ikna edici gelmemektedir. Biz bunun nedenini, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” (*ignorantia legis neminem excusat*) ilkesinde bulmaktayız. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, ceza hukukunun kadim ilkelerinden biridir. Bu ilke uyarınca bir kişinin yasaları bilmediğini öne sürerek sorumluluktan kaçması mümkün değildir. Hukuk sistemleri, bireylerin yasaları öğrenme yükümlülüğünü kabul eder ve cehaleti bir savunma olarak kabul etmez. Fakat bu büyük ölçüde bir retoriktir. Gerçekçi bir yaklaşım sergileyecek olursak güncel kanun numarasının yedi binlerde olduğu ve çoğu torba kanun niteliğindeki mevzuat yığınının sıradan bir yurttaşın (hatta bir avukatın) bildiğini varsayamayız. Bu hiç de gerçekçi değildir. İngiltere’de daha 18’inci yüzyılda verilen bir kararda bu kuralın mutlak biçimde uygulanmasının mantıksızlığını vurgulamak üzere ifade ettiği üzere “Eğer hukuk herkes tarafından biliniyor ol-

62 Schenke, W-R. (1980). Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen, içinde Obernhöfer, P. ve Schambeck, H. (Der.), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft: Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, s. 98. FAYM da bu yaklaşıma yakın durmaktadır.

63 Schmidt, L. P. “Die dynamische Verweisung des Forderungssicherungssetzes auf die VOB/B und ihre verfassungsrechtliche Bewertung”, *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, s. 115.

saydı bu, hukuk mesleği için büyük bir güçlük yaratırdı⁶⁴.” Fakat hukuk paradigmasının üzerine bina edildiği kurgu, bunun geçerli olduğunu varsaymaktadır. Bu varsayımı göz ardı edemiyoruz. Buna karşın en azından asgari şekli gereklilikler ışığında kavramayı gerekli görüyoruz⁶⁵. Bu bakımdan belki beyaza ceza normları açısından dolgu normunun Resmî Gazete’de yayımlanıp yayımlanmadığı ve/veya dolgu normunun yurttaşların bilgisine erişimi için ek güvencelerin (ilan, telefon mesajı, yerel düzeyde duyuru vb.) bulunup bulunmadığı sorgulanabilir ve bu çerçevede inceleme, ulaşılabilirlik açısından katmanlaştırılabilir.

b. Demokrasi ve Erkler Ayrılığının Kesişim Noktası: Esaslılık Teorisi

Belirlilik ve kesinlik ilkeleri genelde hukuk devleti ilkesinden türetilse de bu ülkelerin demokrasi ve erkler ayrılığı ilkeleriyle de yakından ilişkisi vardır. Hatta kimilerine göre bu alt ilkeler anılan ilkelerden türer. Şöyle ki demokrasi, halkın kendi kendine yönetimi ise halkın kendisine uygulanacak olan kuralı kendinin ve/veya temsilcileri kanalıyla koyması gerekir. Bu bakımdan halka uygulanacak normların, öncelikle halkın tamamının temsilcilerinin organı olduğu varsayılan yasama organınca ve kanun adı altında konulması gerekir. Şekli anlamda kanun anlayışının da kökünde yatan bu mantık, yasama yetkisinin (halkın çok daha dolaylı ve kısmi temsilini yansıtan) yürütmeye devredilmesini yasaklar.

Öte yandan bir kanunun yasama organı tarafından çıkarılması ana norm iken ilk elden kural koyma yetkisinin diğer organlara bırakılması, yürütme ve yargı erklerini uygulayıcı olmaktan çıkararak kural koyucu hâline getirir ki bu erklerin kaynaşması gibi bir sonuca neden olabilir.

64 Jones/Randal, 98 E.R. 9, 23/4/1774.

65 Ceza hukukunda dahi bu ilke mutlak biçimde uygulanmamaktadır. Farklı örnekler için bkz. Narasimham, R. L. (1971). “Ignorantia Juris non Excusat: Ignorance of Law is No Excuse”, *Journal of the Indian Law Institute*, C. 13., S. 1., ss. 70-78.

Görüldüğü gibi bu bizi, yasama yetkisinin devredilmezliğine, oradan da şekli anlamda kanunilik ilkesinin merkezi yönüne ulaştırmaktadır.

Durum, prensip itibarıyla böyle olsa da gerçekte yasama organının her konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleyebilmesi mümkün değildir. Hayatın çeşitliliği ve zenginliği, mutlak bir kesinlik olasılığını dışlar. Her norm öyle veya böyle bir ölçüde müphemdir ve uygulamacıya bir marj bırakır. İşte bu nedenle yasama yetkisinin devri düzeyinde olmasa da yürütmeye ve yargı erkine bırakılan bir marj öyle veya böyle vardır. Bu noktada söz konusu marjın sınırının nereden çizileceği sorusu gündeme gelmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu konuda tüketici bir yanıt vermiş değilse de “Esaslılık Teorisi” (*Wesentlichkeitstheorie*) olarak adlandırılan bir yaklaşım geliştirmiştir⁶⁶. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen esaslılık teorisi, yasama organının devletin temel alanlardaki faaliyetlerini şekli bir kanunla meşrulaştırması ve tüm önemli kararları bizzat alması gerektiğini öngörmekte olup, bu doğrultuda bir yandan (özellikle temel haklar alanına etki eden) esaslı kararların yürütme organına devredilmesini yasaklamakta, diğer yandan ise parlamentoya bu kararları doğrudan düzenleme yükümlülüğü getirmektedir⁶⁷. Bu teoriye göre temel hakların düzenlemesiyle ilgili normlar söz konusu olduğunda esaslı noktaların mutlaka şekli anlamda kanunla düzenlenmesi gerekir. Ceza yaptırımını düzenleyen beyaza ceza normlarının suç tipini esaslı olarak düzenlemesi gerekliliği bu bakımdan dikkate değerdir. Fakat bu teorinin biraz daha geliştirilebilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyim. Bir norm, Anayasa’daki temel haklar ile ne kadar doğ-

66 Bu teori hakkında İngilizce literatürde bilgi için bkz. Tiedemann, P. (2014). *The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning until Now*, içinde Silkenat, J. R., Hickey, J. E. ve Barenboim, P. D. (Der.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State*, Heidelberg: Springer, s. 171 vd.

67 Bkz. Staupe, J. (1986). *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, Berlin: Duncker & Humbold.

rudan etki yaratıyorsa o konuda (gerçek) beyaza ceza normu çıkarmak o denli zor olmalıdır. Burada doğrudan ifadesine ayrıca dikkat çekmek gerekir. Çünkü her ceza normu hem ceza getirdiği için hem de devlet organları arasında değil, yurttaşlara dönük olduğu için temel haklarla ilgilidir. Fakat biz, her ceza normunun temel haklara etkisinin aynı düzeyde olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin toplanma özgürlüğü kullanımını yasaklayan bir beyaza ceza normu ile trafik kurallarına uyulmamasından ötürü uygulanan idari para cezasına dair beyaza ceza normunun temel haklar üzerindeki etkisi, niceliksel ve niteliksel olarak aynı düzeyde değildir. İlki çok daha doğrudan, yoğun ve esaslı sayılabilir. Bu bazen niteliksel olduğu kadar, niceliksel (yani normun etki edeceği kişi sayısı) bir anlam da taşıyabilir. Dolayısıyla AYM'nin bir beyaza ceza normunu incelerken esaslılık teorisini devreye sokması ve temel haklar alanına niteliksel ve niceliksel etkilerini de hesaba katması önerilir.

Öte yandan Türkiye'de AYM'nin, yasama yetkisini devri konusunda son yıllarda geliştirdiği bir yaklaşımı da burada anmak lazım gelmektedir. AYM'ye göre kanunilik ilkesi kamu hukukunda genel bir ilke olsa da kanun ile düzenleme gerekliliği Anayasa'nın kanuna atıf yaptığı konularda, diğer konulara nazaran çok daha katıdır. Bu içtihat, pekâlâ beyaza ceza normları için de uygulanabilir.

IV. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Türk Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 Anayasası gerekse de 1982 Anayasası dönemlerinde verdiği çok sayıda kararında beyaza ceza normlarını incelemiştir.⁶⁸ Mahkemenin bu konudaki içtihadı birikimine bakıldığında göze çarpan iki nokta vardır. Birincisi, 62 yıldır bu husus ele alınıyor olmasına rağmen bu konuda sistemli bir yaklaşım geliştirilebilmiş de-

68 Hükümün eski dönemlerde literatürdeki tartışılma biçimi ve kaynaklar için bkz. Sözüer, A. ve Yeniyeişme Y. (2023). s. 900 vd.

ğildir.⁶⁹ İkincisi, bu konuda verilen saptayabildiğimiz hemen hemen tüm kararlarda karşı oy vardır. Başka bir deyişle bu alan, hayli ihtilaflı olagelmıştır.

Söz konusu kararlara konu olan normları konu itibarıyla tasniflediğimizde üç kategori ortaya çıkmaktadır.

A. YASAKLI EŞYALAR

Beyaza ceza normları Anayasa Mahkemesinin faaliyete geçtiği ilk yıl önüne gelmiştir. Vaka bir somut norm denetimi istemine dayanmaktadır⁷⁰. Sanığın idare ettiği kömür yüklü gemi, Çanakkale Boğazı’nda birinci emniyet bölgesinden ikinci emniyet bölgesine izin almadan geçmiştir. Sanık, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’a⁷¹ aykırılıktan yargılanmaktadır. Bu Kanun, “İcra Vekilleri Heyetince tesbit ve ilân olunacak madde ve eşyaları Dahiliye, Gümrük ve İnhisarlar Vekâletlerince tâyin edilecek mercilerden müsaade almaksızın emniyet bölgelerine sokanlar veya sokmağa teşebbüs edenler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza ile suç mevzuu olan şeylerin müsaderesi”ni öngörmüştür. Yani suç, Bakanlar Kurulunun belirleyeceği madde ve eşyaları izinsiz olarak emniyet bölgesine sokmaktır. Somut norm denetiminde bulunan mahkeme, kanunun yasama yetkisini yürütmeye devrettiği kuşkusuyla dosyayı AYM’ye taşımıştır. AYM, bu kararda öncelikle bir ilke belirlemesi yapmıştır. Buna göre:

“Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hâllerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zama-

69 Kararlara dönük ceza hukuku perspektifinden analiz için bkz. a.g.e. ss. 907, 912 vd.

70 AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962. Üç karşı oy var.

71 1918 sayılı Kanun Ek mad. 2/1.

nında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun *esash hükümleri tespit ettikten sonra* ihtisas ve idare tekniğine taallûk eden hususların düzenlenmesi için Hükûmete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir.”

Dikkat edilecek olursa AYM, bu olayda Alman esaslılık öğretisini benimsemiş gibidir. Türk Anayasa Mahkemesinin Alman etkisinin fazlaca hissedildiği bu ilk yıllarda anılan belirleme rastlantı olamaz.

AYM, bu yaklaşımdan hareketle yasama organının şu esaslı noktaları düzenlediği kanısına varmıştır:

“İtiraz konusu [hükümlerde] kanun koyucu, emniyet bölgeleri ihdasını ve bu hususta Hükûmete yetki verirken bunun ancak kaçakçılığı men ve takip maksadı ile lüzum görülen yerlerde uygulanacağını ve bu bölgeye girecek bir kısım madde ve eşyanın, kaçakçılığı önlemek için, kontrole tâbi tutulacağını ve bu kontrolün idare makamlarınca yapılacağını kabul etmekle maksat ve hedefini açıklamış ve esas hükümleri belirtmiş[tir.]”

AYM’ye göre “emniyet bölgeleri, bunların yer ve sınırları ve bu bölgeye girecek müsaadeye tabi malların cinsini tâyin meselesi zamana ve teknik ve ekonomik gereklere göre olacağından bu yönlerin belirtilmesini” hükûmete bırakma gereği, “kaçakçılık yapılan bölgeler zamana ve günün ekonomik gereklerine göre sık sık değişebilir” olmasıdır. Yani bu suçun dinamik niteliği yürütme organına dinamik belirleme yetkisi vermeyi gerekli kılmaktadır. Şöyle ki:

“Emniyet bölgesi olarak ayrılan alanda kaçakçılık hissedilmeyecek derecede azalıp başka yerlere kayabilir, yine kaçırılan madde ve eşyanın neveleri de aynı sebeple sık sık değişebilir veya önemsiz derecede azalabilir. Bu takdirde kamu yararı adına alınmış olan bu

tedbirlerin hemen değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiğinde kanunun değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması zorunluğu doğar. Yukarıda işaret edildiği gibi yasama faaliyetinin ağır işlemesi sebebiyle bunun zamanında sağlanması mümkün olmaz. İşte bu düşüncelerledir ki kanun koyucu esaslı hükümleri düzenleyerek alınacak tedbirlerin ihtiyaçlara uygunluğunu sağlamak için bazı hükümler konmasında, yürütme organına yetki vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur.”

Görebildiğimiz kadarıyla AYM’nin sorduğu sorular, kanunda esaslı öğelerin olup olmadığı ve suça konu meselenin dinamik nitelik taşıyıp taşımadığıdır.

Durum ilk bakışta böyle görünse de AYM, sonraki yıllarda yine aynı kanunla ilgili vakalarda⁷² farklı sonuca varmıştır. Bir kişinin “ticaret amacıyla kaçakçılık” suçundan ötürü yargılandığı vakada somut norm denetimi talebini inceleyen AYM’nin önündeki sorun, kaçakçılık suçu için ağır hapis cezası öngörülmüşken; “ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla memlekete ithal veya ihracı yasaklanmamış”, “gümrüklenmiş piyasa değeri otuz milyon lirayı geçmeyen” ve “tekele tabi olmayan” mal veya eşyaların kaçakçılığı için ağır para cezası ile mal veya eşyanın müsaderesi yaptırımının öngörülmüş olmasıdır. Davaya bakan mahkeme, kanunun bu durum için “ithalat ve ihracat rejimi kararları”na atıf yapmasından dolayı Anayasa’ya aykırılık kuşkusuna düşmüştür.

AYM, cezanın kanunla belirlenmiş olduğunu kaydettikten sonra suç tipi açısından pek de ayrıntılı olmayan şu gerekçeyle iptal kararı vermiştir:

“Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralla suç belirlenmemekte, suç olma ni-

72 AYM, E.1993/5, K.1993/25, 06/07/1993; AYM, E.1993/42, K.1994/72, 27/9/1994.

teliği bu kuralla Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen 'suçun yasallığı' ilkesine aykırıdır. Bu nedenlerle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olan 'ithalat' sözcüğünün iptali gerekir.⁷³

AYM, kararda yürütmenin düzenleme yetkisini de incelemiş ve açıkça esaslılık göndermesi yapmamakla birlikte yasa organının böylesi durumlarda "temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması" gerektiğini hatırlatarak hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmediğini, dolayısıyla "ithal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş" olduğunu saptayarak iptal kararı vermiştir.

AYM'nin bu yaklaşımı, eşya sayma ile ilgili daha yakın tarihli bir başka kararda da görülmektedir. Söz konusu vakanın konusu "infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak" (TCK mad. 297) suçudur. Bu hükmün ilk fıkrasında anılan mekânlara "uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı" sokmak ve bunları bulundurmak için iki yıldan beş yıla kadar ceza öngörülmüşken; ikinci fıkrada şöyle bir hükme yer verilmiştir:

"Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilecek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

İnfaz kurumuna veya tutukevine sokulması ve bulundurulması suç oluşturan eşyaların neler olduğunun idareye bırakılması sorununu ele alan AYM, öncelikle "suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu

73 AYM, E.1993/42, K.1994/72, 27/9/1994.

yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması” gerekliliğini hatırlatmış ve somut olay özelinde şu belirlemeyi yapmıştır:

“Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. 297. madde-
nin (1) numaralı fıkrasında suçla konu olabilecek eşya-
ların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz ko-
nusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan,
sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan
yetkili makama suçla konu olabilecek eşyaları belirleme
yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer
alan yetkili makama suçla konu olabilecek eşyaları be-
lirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve
belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli
ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine
de uygun değildir⁷⁴.”

Bu kararda azınlıkta kalan üyeler, takdir bırakılmasının suçun tanımını doğrudan belirleme yetkisi olmadığını, sadece bir eşya belirlemesinden ibaret olduğunu savunmuşlardır. Azınlıktakilere göre bu konuda zaman ve koşullara göre (kurumun infaz kurumu veya tutukevi olmasına, infaz kurumunun tipine ve standardına, infaz kurumu veya tutukevinin asayiş durumu ya da tutuklu ve hükümlülerin özel durumlarına, buralarda meydana gelen isyan, açlık grevi, kaçma teşebbüsleri, intihar olayları, yaygın ve bulaşıcı hastalıklar gibi kurum, yöre veya çok spesifik alanlara ilişkin olarak) farklılıklar söz konusu olabilir. Başka bir deyişle konu, mekânsal ve zamansal dinamizm gerektirmektedir, bu nedenle yürütmeye bırakılan marj haklı çıkarılabilir durumdadır⁷⁵. Serruh Kaleli ise bu vakada söz konusu cezanın, idarenin listelediği eşya-

74 AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011. Kararda beş karşı oy var.

75 Haşim Kılıç, Alparslan Altan, Hicabi Dursun ve Erdal Tercan’ın karşı oyu.

ları bilen ve kasten uymayan kişilere uygulanacağına dikkat çekerek bunun ötesindeki tek tek sayma usulünün anlamlı olmadığı itirazında bulunmuştur. Kaleli'nin itirazının adı konmamış bir "yayımlanma ölçütü" olduğunu varsayabiliriz.

B. YASAKLI MEKÂNLAR

AYM'nin önüne gelen vakalarda bir diğer kategori, mekânsal yasaklarla ilgilidir. Bunun en sade örneği Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu ile ilgili olandır. Kanun (mad. 6/b) Millî Park sınırları içinde "belirlenen yerler dışında ateş yakmak" eylemini yasaklamakta ve yasağın ihlali hâlinde "iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis, yüz altmış milyon liradan sekiz yüz milyon liraya kadar ağır para cezası" öngörmektedir. AYM bu vakada iptal talebini şu gerekçeyle reddetmiştir:

"İdareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez.⁷⁶".

AYM, yedi yıl sonra verdiği bir başka kararında bu defa 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında farklı bir sonuca ulaşmıştır. Davaya konu hükümlerde öngörülen suç tipleri "korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine,

76 AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004. Fazıl Sağlam, cezanın ağırlığından hareketle karşı oy yazmıştır. Bu karşı oy somut norm denetimi başlatan mahkemenin tutumuyla koşuttur: "Piknik yapmak amaçlı bir ateş yakmaya dahi öngörülebilecek cezanın, ceza politikası ve suç siyaseti kavramlarında öngörülemeyen bir biçimde ve sosyal adalet duygusunu sarsabilecek bir aşırılıkta ceza öngörüsü yapıldığı" ... "ateş yakma sonunda hiçbir yer yanmamış olsa bile bunun şekli bir suç tipi olarak alt sınırının 2 yıldan başlayacak üst sınırı belli olmayacak bir cezalandırmaya tabi tutmanın" ... "aşırı mübalağalı ... bir ceza" olduğu...

yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verme” (mad. 65/1) ve “Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale” yapma veya yaptırmadır. Burada beyaza bırakılan şey, “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları” ile “doğal sit alanları” ile “imara dönük kimi şartların” belirlenmesidir.

AYM, bu vakada yukarıdaki Gelibolu kararından farklı olarak konunun tebligatla ilgili yönüne odaklanmıştır. Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve doğal sit alanlarına dair kararlarının ile Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları veya bölge kurulu kararlarının yayımlanması, ilanı veya tebliği konusunda bir hükmün bulunmamasında sorun gören AYM, bunun ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik sorunu yarattığı sonucuna varmıştır. Bu bakış açısıyla hüküm iptal edilmiştir:

“Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.”⁷⁷

Bu karar, suça konu mekânların belirlenmesi konusunda idareye takdir bırakılabileceğine dair içtihadın sürdürüldüğünü göstermektedir⁷⁸. Fakat bu bağlamda karar, yayının (ilanen veya tebligatla) bir ölçüt olarak dikkate alındığının açıkça ortaya konması bakımından önemlidir.

⁷⁷ AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012.

⁷⁸ Nitekim kısa bir süre sonra, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları (KUDEB) kurulan idarelerden izin almaksızın inşâ ve fiziki müdahalede bulunanlar için ceza yaptırımı getiren bir normla ilgili kararında AYM, idareye mekânsal takdir bırakılması hususu üzerinde hiç durmamıştır. AYM, E.2016/130, K.2016/197, 28/12/2016.

AYM'nin mekânsal nitelik taşıyan nihai kararı 2022 tarihli⁷⁹. 23/5/2019 tarihli ve 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun ile ilgili bu kararda ihtilafa konu olan norm hem (idari) suçun hem de (idari) cezanın yönetmeliğe bırakmaktır:

“Birinci ve ikinci fıkra kapsamında idari para cezası uygulanacak fiiller ile bu fiillerin aykırılık durumuna göre uygulanacak idari para cezasının miktarı İdarece çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”

Söz konusu fıkralarda ise idari suçlar sırasıyla (i) Kapadokya Alanının tarihî ve kültürel değerleri ile jeolojik/jeomorfolojik dokusunun ve doğal kaynak değerlerinin korunmasına ve yaşatılmasına yönelik alınan tedbirlere aykırı davranılması ve (ii) Birinci fıkra kapsamına girmeyen, Kapadokya Alanının mevcut durumunu bozmayan ve yapısal uygulamalar içermeyen konulara ilişkin belirlenecek tedbirlere aykırılık biçiminde sıralanmıştır. AYM, bu konuda ayrıntılı bir gerekçeye yer vermeksizin, hükmün “hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkta, anlaşılır ve sınırları belirli olarak düzenlenmesi” koşulunu sağlamadığı saptamasını yapmış ve belirlilik bulunmadığı sonucuna varmıştır⁸⁰.

C. İDARENİN KARAR VE TEDBİRLERİNE UYMAMA SUÇU

AYM'nin beyaza ceza normlarıyla ilgili kararlarının kategorize edilebileceği üçüncü başlık, bazı konularda idareye birtakım kararlar ve tedbirler alma yetkisinin tanındığı ve bu karar, emir ve tedbirlere matuf kararlara uymama eylemi için ceza getiren norm kategorisiyle ilgilidir.

Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu Kararları-. Bu kararlar içinde ilk kategori Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ile ilgilidir. Bu konuda AYM'nin 1963 yılında verdiği

79 AYM, E.2019/88, K.2022/159, 13/12/2022.

80 AYM, E.2019/88, K.2022/159, 13/12/2022, §§ 45-46.

ilk kararda uyuşmazlığa konu olan mesele, Bakanlar Kurulunun Kanun’un 1’inci maddesine dayanarak çıkaracağı kararlara aykırı hareket etmenin suç kılınmış olmasıdır⁸¹. AYM’ye göre bu vakada Kanun’un 1’inci maddesi yürütme düzenlemelerinin “yönünü tayin” ve “esasını tespit” etmiştir. AYM’ye göre bu yön ve esas, karar alma yetkisinin “*kambiyo nükut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeği sağlayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracını veya memlekete ithalini tanzim ve tahdit etmek ve Türk Parasının Kıymetinin korunması zımında*” olacağı söylenilerek belirlenmiştir.

AYM bu kararda düzenlemenin konu edildiği alanı ve meselenin teknik, acil ve dinamik yönünü de hesaba katmış görülmektedir:

“İktisad kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına çıkıldığı takdirde memleketi büyük malî zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Çünkü, yukarıda da söylendiği gibi yasama organlarının yapısı itibariyle günlük olayları izliye-memesi ve ağır işlemesi yüzünden bunun zamanında sağlanması mümkün olamaz. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tesbit ve amacı tâyin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda, kullanmayı uygun bulmuştur.”

Bu alandaki anayasallık tartışması, söz konusu karar-

81 AYM, E.1963/4, K.1963/71, 28/3/1963.

dan otuz beş yıl sonra bu defa 1982 Anayasası döneminde AYM'nin önüne gelmiştir⁸². Yüksek Mahkeme bu kararda da, 1'inci maddenin bir çerçeve çizdiğini tekrarlamış ve önceki belirlemelerini günümüzün Türkçesiyle yinelemiştir:

“Ekonominin kendi kuralları içinde yürütülecek ve bunun dışına çıkıldığında ülkeyi büyük malî zararlara uğratabilecek olan ve teknik konuları kapsamasının yanısıra geciktirmeden zamanında önlemler alınması ve gerektiğinde derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, yasakoyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi kimi sakıncalar doğurabilir. Bu nedendir ki, yasakoyucu düzenleme alanının esaslarını saptayarak amacı belirledikten sonra alınacak önlemlerin gereksinimlere uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunma yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur.”

Mahkeme, bu kararda, önceki karardan farklı olarak Bakanlar Kurulu kararının Resmî Gazete’de yayımlanıyor olmasına da bir değer atfetmiştir:

“Yasakoyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasa da açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararla suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmî Gazete’de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Ceza da yasa ile gösterildiğine göre kararname ile suç oluşturulması söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin sav yerinde görülmemiştir.”

82 AYM, E.1997/53, K.1998/62, 8/10/1998.

AYM, somut olaydaki Anayasa’ya aykırılık iddiasını şöyle özetlemiştir:

“Suçun kanuniliği prensibinin tahakkuk edebilmesi için yalnız ceza müeyyidesinin kanunda gösterilmiş bulunması kâfi olmayıp suçun maddi unsurlarının da kanun ile tâyin edilmiş olması gereklidir. Kanunun cezalandırdığı fiil ve hareketler ‘icra Vekilleri Heyetince birinci maddeye istinaden ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket etmek’ den ibarettir. Bu fiil ve hareketlerin neler olduğu kanunda gösterilmemiş olup ancak Bakanlar Kurulunca alınacak kararlar ile belli olmaktadır, diğer bir deyişle bu kararlar suçun maddi unsurlarını tâyin eden hukuk kuralları olmaktadır. Bu kurallar kanunla tâyin ve tesbit edilmedikçe Bakanlar Kurulu kararlarının Resmî Gazete ile yayınlanıp fertlerin bilgisine ulaştırılmış olması suçun kanunla tâyin edilmiş olduğunu kabule imkân veren bir sebep telâkki edilemez.”

İlk vakada yediye karşı sekiz oyla karar alınmışken, son kararda tek karşı oy vardır. Ahmet Necdet Sezer tarafından kullanılan karşı oyun gerekçesi “suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde yasada belirtilmesinin” gerektiği ve “Bakanlar Kurulu’nca çıkarılacak düzenleyici tasarruflarla suç öğelerinin belirlenmesi hukuk güvenliğini de ortadan kaldırdığı” olmuştur.

Toplumsal Olaylar Kararları- AYM’nin bu bağlamda ele aldığı vakaların kümülatif olarak toplandığı bir diğer konu toplumsal olaylarla bağlantılıdır. AYM’nin faaliyetlerine yeni başladığı dönemde verdiği bir kararda ihtilaf konusu kural, 6761 sayılı (mülga) Toplantılar ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun’un, toplanma hakkı (toplantı, gösteri veya protesto) bağlamında “bu hususta zabıtaca alınan tedbirlere riayet olunmaması”nı suç kılan mad. 12/f hükmüdür. Bu hükümde “kanunsuz toplantı veya yürüyüş” kavramının kapsamı sayılırken, ihtilafli fıkra (yani bir bakıma suç tipini düzenleyen fıkra) şöyle düzenlenmiştir:

“Her nerede olursa olsun, tezahürat veya gösteri veya protesto maksadiyle yahut maksadı mahsusa müsleni-dolarak toplanılması veya böyle bir toplantıya bilerek sebebiyet verilmesi veya hazırlanması yahut *bu hususta zabıtaca alınan tedbirlere riayet olunmaması*”.

AYM, bu vakada ihlal sonuncuna ulaşmakta zorluk çekmemiştir⁸³. AYM’ye göre bir toplanma Anayasa’da öngörölmüş ölçütler çerçevesinde “silahsız ve saldırısız” ve “özel kanunun kamu düzenini sağlamak için koyduğu kayıtlara uyulmuş bulunulsa dahi aktarılan hükümde sayılan biçim ve amaçlarla yapılmışsa yine “kanunsuz” sayılabilmekte ve yasaklanabilmektedir. Dahası bu kanunsuzluk, “neyi ifade ettiğı açıkça anlaşılmayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan (maksadı mahsus)” gibi terimlerle belirtilmiştir. Bu noktaların hakkın özünü zedelediğı kanaatine varan AYM, fıkrayı iptal etmiştir. Dikkat edilirse bu vakada “zabıtaca alınan tedbirlere riayet olunmaması” hususuna özel bir incelemeye gidilmemiştir. Yani burada bir beyaza ceza normu olmasına rağmen, AYM konuyu bu kavram ışığında kavramamayı tercih etmemiştir⁸⁴.

Bu noktaya dönük değerlendirme aradan yarım asırdan fazla zaman (53 yıl) geçtikten sonra “İç Güvenlik Kanunu⁸⁵” kapsamında verilen kararda yapılmıştır⁸⁶. Bu Kanun, 5442 sayılı ve 5442 numaralı İl İdaresi Kanunu’na (mad. 66) şu cümleyi eklemiştir:

“Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

83 Kararda karşı oy yoktur.

84 AYM, E.1962/208, K.1963/1, 4/1/1963.

85 Kanunun gerçek adı 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun şeklindedir.

86 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017.

Görüldüğü gibi bu kural, valinin aldığı karar ve tedbirlere aykırı davranışlara ceza getirmektedir. Kuralı beyaza hüküm kılan kısım budur. Fakat bu atıf, yaptırımını valinin (i) kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlindekilerle, (ii) kamu düzenini sağlamak amacıyla (iii) usulüne göre ilan olunarak çıkarılan kararlarıyla sınırlı yapılmıştır. AYM ilan koşuluna (erişilebilirlik ve öngörülebilirlik sağladığı için) değer atfetmiş, ayrıca bu kararlara karşı yargısal denetimlerin mevcut olmasının keyfiliği çerçevelediği sonucuna varmıştır⁸⁷.

AYM bu kararda beyaza ceza normları konusunda şu ilkel belirlenimleri de yapmıştır:

“Bu tür hükümlere zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına lüzum görülen hâllerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü nedeniyle birçok çağdaş hukuk düzeninde yer verildiği görülmektedir. (...) Ancak ‘açık ceza hükmü’nün, Anayasa’nın 38. maddesine uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müeyyidesinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerini sağlayacak kanuni güvencenin sağlanması gerekir. Ancak bu şekilde, suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir. Aksi takdirde kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamaları mümkün olmayacak ve ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmayarak birey özgürlüğünün güvence altına alınması imkânı önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olacaktır⁸⁸.”

87 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 184-186.

88 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 182. Kararda Hasan Tahsin Gökcan’ın karşı oyu bulunmaktadır.

AYM'nin bu yaklaşımı, belli bir inceleme standardı olmadığında çok benzer kurallar için dahi farklı sonuçlara ulaşılabileceğini göstermektedir. Söz konusu vakada çerçevenin çizildiği ve takdirin keyfiliğe karşı güvenceler içerdiği kanaatine varılmış görünebilir. Fakat AYM'nin bu hükümden çok daha zayıf nitelikteki beyaza ceza normları için de Anayasa'ya uygunluk kararı verebildiğini kaydetmek gerekir. 765 sayılı (Mülga) Türk Ceza Kanunu'nun 525'inci maddesindeki şu hükümle ilgili karar buna bir örnektir:

“Selâhiyetli makamlar tarafından adli muameleler dolayısıyla yahut âmme emniyeti veya âmme intizamı veya umumi hıfzısıhha mülâhazasıyla kanun ve nizam-lara aykırı olmayarak verilen bir emre itaat etmeyen veya bu yolda alınmış bir tedbire riayet eylemeyen kimse, fiil ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir aydan üç aya kadar hafif hapis veya ikiyüzelli liradan beş yüz lira-ya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır.”

AYM bu hükme ilişkin kararında hükmü öncelikle neden ve amaçları ışığında analiz etmiştir. Buna göre mezkûr tekniğe başvurulma nedeni, *“sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü”*—dür. Güdülen erek ise *“adli işlemleri iyi ve salim bir biçimde yürütmek, kamu düzenini kamu güvenliğini genel sağlığı korumak, bu alanlarda gerektiğinde daha çabuk ve yerinde tedbirler alınmasını sağlamak”*tır⁸⁹.

Bu ilkesel belirleme, somut olayda bu neden ve erekle örtüşme saptaması için yapılmıştır. AYM bundan başka; beyaza ceza normunu (i) “amme emniyeti” (kamu güvenliği), “amme intizamı” (kamu düzeni) ve “mülahaza” gibi deyimlerin içtihatla netleştirildiğini, (ii) her türlü kararın değil aktarılan değerlerle ilişkili olma ve kanun ve nizamla aykırı olmama koşuluna bağlı kılındığı, (iii) emir veya tedbirin önceden ne-

89 AYM, E.1973/12, K.1973/24, 7/6/1973.

şir ve ilân edilerek halka duyurulmuş olmasının gerekeceği nedenleriyle haklı çıkarmıştır. İşin ilginç yanı AYM’nin, yargı organlarının zaten bu ölçütlere uygunluğu denetleyecek olmasına gönderme yapmış olması ve kanunda açıkça yazılı olmayan ilan yükümlülüğünü verili kabul etmesidir. AYM’nin yaklaşımıyla bakacak olursak herhangi bir konuda yargısal-lık denetimi mevcut olacağı için hemen her bağlamda beyaza ceza normu çıkarılabilecektir. Ayrıca bu bakış açısına göre kanunun açıkça ilan koşulu öngörmediği hâllerde dahi ilan bir varsayım olarak verili sayılacaktır.

D. DEPENALİZASYON

AYM’nin kararlarının büyük kısmında beyaza ceza normunun atıf yaptığı husus suç tipi olsa da ayrıksı bir örnekte, idareye depenalizasyon (cezasızlık) marjının bırakıldığını görmekteyiz. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 353’üncü maddesinde yapılan değişiklikle kanundaki disiplin ve tazyik hapislerine şu şekilde bir istisna getirilmiştir:

“Nafaka alacaklarına ilişkin takipler hariç, alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde bu Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi uygulanmaz.”

AYM, bu konuda da inceleme yöntemi geliştirmemiş, önceki ilke kararının depenalizasyon için de geçerli olduğunu şu sözlerle ortaya koymuştur:

“Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu bağlamda, hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara ne tür ve hangi ölçüde cezai yaptırım uygulanacağı, nelerin ağır-laştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve

ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Dava konusu kuralla, alacak miktarı belli tutarın altında kalan takiplerde disiplin ve tazyik hapisleri yönünden cezasızlık sebebi öngörülmesinde, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır⁹⁰."

Bu kararda AYM, ayrıca belirlilik testi uygulamış ve bunu yaparken öncelikle "yayımlanma" kriterine gönderme yaparak bir çıkarımda bulunmuştur:

"Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücret tutarları Resmî Gazete'de önceden yayımlanmakta olduğundan, asgari ücretin, cezanın belirlenmesinde ölçüt alınması belirsizliğe yol açmaz."

Mahkeme bundan başka, metinde geçen "toplam alacak miktarı" ibaresinin TBMM'deki görüşmeler sırasında verilen bir önergeyle düzeltilerek berraklaştırıldığını, yani sadece asıl alacağı kapsadığının netleştirildiğini⁹¹ kaydederek bir sonuca varmıştır⁹².

E. DEĞERLENDİRME

AYM'nin kararları açısından yapılacak öncelikli saptama Mahkemenin beyaza ceza normları konusunda bir inceleme standardı geliştirememiş olmasıdır. Kuşkusuz aktardığımız kararları kategorileştirirken kurduğumuz benzerlik, denetim konu normların bire bir olduğu anlamına gelmemektedir. Fakat yine de yüksek benzerlik oranına rağmen tamamen farklı sonuçlara ulaşılmış olması aslında aynı gerekçelerle iki türde de karar verilebileceğinin bir göstergesidir. Bu du-

90 AYM, E.2011/64, K.2012/168, 1/11/2012.

91 AYM, atıf yaptığı önergeyi alıntılararak bu ifade şeklinin asıl alacak, faiz, vekâlet ücreti ve icra masraflarını da kapsadığı gerekçesiyle 'toplam' ibaresinin metinden çıkarıldığını kaydetmiştir.

92 AYM kararına konu olmayan kimi düzenleme örnekleri için bkz. Sözüer, A. ve Yeniyetişme Y. (2023). s. 915 vd.

rum, AYM’nin içtihat sürekliliği ve tutarlılığı olmadığını göz-
ler önüne sermektedir. Fakat bu türden eleştirilerin alternatif
öneri getirmeksizin yapılması bizce bir ölçüde havanda su
dövmek kabilindendir. Eleştiriler, önerilerle desteklenmeli-
dir.

Bizim önerimiz, başta Almanya uygulaması olmak üzere
karşılaştırmalı anayasa hukukundan türettiğimiz ölçütlerin
sistemli biçimde uygulanmasıdır. Bu iki aşamada yapılmalı-
dır. İlk aşama benzer durumdaki dünya örneklerinin taran-
ması ve benzer durumlarda verilen kararların esin kaynağı
alınmasıdır. Haberle’nin karşılaştırmalı anayasa hukuk yön-
temi olarak ifade ettiği⁹³ bu yaklaşım, Mahkeme için önemli
bir ölçüt olacaktır.

Mahkemenin geleneksel yaklaşımı uyarınca mevcut soru-
lar şöyledir:

- Öngörülebilirlik: Atıf yapılan normun içeriği, bireyler tarafından öngörülebilir mi?
- Yetki Devri Açısından Denetim: Yürütme organına verilen düzenleme yetkisi, yasama yetkisinin devri yasağına aykırılık teşkil ediyor mu?
- İchtihat Tutarlılığı: Daha önceki benzer AYM kararları ile uyum sağlanmış mı? Yoksa önceki içtihatlarla çelişen bir sonuç mu ortaya çıkmış?
- Ölçülülük İlkesi: Beyaza ceza normu, ölçüsüz veya keyfî uygulamalara yol açma riski taşıyor mu?
- Denetim Olanakları: Dolgu normunun içeriğine karşı etkili bir yargısal denetim mekanizması mevcut mu?

Bu çerçevede bizim AYM için, beyaza ceza normları özelin-

93 Häberle, P. (1989). “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “fünfter” Auslegungsmethode”, *JuristenZeitung*, C. 44., S. 20., ss. 913-915.

de önerdiğimiz değerlendirme yöntemi veya başka bir deyişle soru seti şöyledir:

- Temel Haklara Etki: Düzenleme, Anayasa'daki bir temel hak ve özgürlüğe doğrudan etki ediyor mu?
- Atfın Kaçınılmazlığı: Atıf yapılması; düzenlemenin kapsamı, teknik niteliği veya karmaşıklığı nedeniyle kaçınılmaz mı?
- Asli ve İkincil Düzenleme Ayrımı: Düzenlemenin asli unsurları kanunla belirlenmiş ve yalnızca ikincil konular dolgu normuna bırakılmış mı?
- Hedef Kitle Genişliği: Düzenlemenin hedef kitlesi geniş ve belirsiz bir topluluğu kapsıyor mu? (Yoksa dar bir gruba mı dönük?)
- Teknik Uyum: Düzenlemenin hedef kitlesi ile düzenleme içeriği arasında teknik yeterlilik veya anlaşılabilirlik açısından bir uyum mevcut mu? (Konu, teknik uzmanlık gerektiren bir konu mu?)
- Yaptırımın Ağırlığı: Düzenleme ile getirilen suç veya yaptırım ölçülü mü, yoksa aşırı derecede ağır mı?
- Düzenleme Alanının Niteliği: Düzenlemeye konu olan alan, yerleşik ve geleneksel bir alan mı, yoksa dinamik ve hızla değişen bir konu mu?
- Atıf Yöntemi: Düzenlemede hangi atıf yöntemi kullanılmış ve bu yöntem, hukuki belirlilik açısından nasıl bir etki doğuruyor?
- Yayınlanma Koşulları: Dolgu normunun yayımlanma koşulları (Resmî Gazete, diğer usuller ve bu usullere kişilerin erişimine ilişkin güvenceler) nelerdir?

Bunlardan başka AYM, realist bir tutum takınarak düzenlemeye konu olan alanda (bireysel başvurular bağlamında)

belli bir ihlal yığını olup olmadığını ve bu çerçevede konunun sistematik bir sorun barındırıp barındırmadığını (yahut buna gebe olup olmadığını) da dikkate almalıdır. Böylesi hâllerde özellikle yürütmeye dolgu normları yoluyla yetki tanınmasına karşı daha temkinli bir yaklaşım hesaba katılmalıdır.

Bu soruların tamamı, beyaza ceza normlarının “kural değil istisna” olduğu bilgisi ışığında yanıtlanmalıdır⁹⁴. Öte yandan, eğer idarenin düzenleyici işlemlerinin öne çıkması düşünülüyorsa Sözüer ve Yeniyetişme’nin dikkat çektiği üzere, konunun “kabahat” yoluyla düzenlenmesi olasılığı hesaba katılmalıdır⁹⁵.

AYM’nin zihnî yönden kuracağı terazinin pozitif ve negatif keferleri, bu sorulara verilecek yanıtlara göre doldurulmalı ve ağır basan yönde bir sonuca ulaşılmalıdır.

SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçları dört başlık altında özetlemek mümkündür.

İlk olarak Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararlarında sıklıkla kullanılan “açık ceza hükmü” ve “açık suç hükmü” ifadelerinin yerini “beyaza ceza normu” kavramının alması gerektiği sonucuna vardık. Beyaza ceza normlarının farklı biçimlerinin olabileceği yönündeki tespitimiz, hem öğretilerde kavramın daha nüanslı şekilde ele alınmasına hem de AYM’nin konuya dair bakış açısını genişletmesine katkı sunabilir. Bu çerçevede, beyaza ceza normlarını “suç teşkil eden fiilin içeriğini ve unsurlarını tam olarak belirlemeyen, bunun yerine başka bir hukuki düzenlemeye atıfta bulunarak içeriğinin bu düzenleme ile şekilleneceğini öngören normlar” olarak tanımladık.

94 Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesinde geçen idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz hükmü de bu konuda güçlü bir normatif dayanak sunar. Gerekçeleri için bkz. Sözüer, A. ve Yeniyetişme Y. (2023). s. 909 vd.

95 a.g.e. s. 910 ve oradaki atıflar.

İkinci olarak beyaza ceza normlarının avantajları (kompaktlık, dinamiklik, uzmanlık, sistematiklik) ve dezavantajları (külfetlilik, muğlaklık, savruluk, antidemokratiklik) arasındaki ikilemi ortaya koyduk. Bu normlar, gelişen koşulların zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıksa da yasama yetkisinin devri ile bireysel hakların korunması arasında bir denge gözetilmesi gerektiği açıktır.

Üçüncü olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (İHAM) beyaza ceza normlarına tamamen karşı olmadığı, ancak bunların öngörülebilirlik ve keyfiliğe karşı güvencelerle çerçevelenmesi gerektiği sonucuna vardık. Bununla birlikte, İHAM'ın 46 taraf devletin hukuklarını uyumlaştırma amacıyla hareket eden bir mahkeme olması nedeniyle, yasama yetkisinin devri ve erkler ayrılığı gibi ulusal anayasal ilkeleri gözetmesinin gerçekçi olmadığı görülmektedir. Buna karşın, ulusal anayasa mahkemelerinin beyaza ceza normlarına dair geliştirdiği ilkeler ve metodolojiler, daha ilham verici ve yol gösterici niteliktedir.

Son olarak Türkiye'de AYM'nin beyaza ceza normlarına yaklaşımının tutarsız olduğunu tespit ettik. Mahkeme, bazı kararlarında yürütmeye bırakılan yetkiyi meşru görüp normu iptal etmezken, bazı kararlarında yasama yetkisinin devredildiği gerekçesiyle iptal yoluna gitmiştir. Bu çelişkinin temelinde esaslılık teorisinin uygulanmasındaki belirsizlik ve Mahkemenin konuya dair net bir metodoloji geliştirememiş olması yatmaktadır. Bu doğrultuda, Mahkemenin geleneksel olarak sorduğu beş temel soruya ek olarak karşılaştırmalı hukuk incelemelerinden esinlenerek dokuz yeni soru önerdik. Bu önerilerin AYM'nin inceleme yöntemini daha tutarlı ve öngörülebilir hâle getirmesine katkı sunmasını umuyoruz.

KAYNAKÇA

Makaleler ve Kitaplar:

ARROYO, ZAPATERO, Luis, DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis ve GIMENO BEVIA, Jordi (2017). “Historical Pollution Spain: A Powerful Legal Framework for a Few Past Cases”, içinde Centonze, Francesco (Der.), *Historical Pollution: Comparative Legal Responses to Environmental Crimes* (ss. 265-306). Berlin: Springer.

BINDING, Karl (2024). *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die Rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Berlin: Antigonos Verlag.

BRUGGER, Winfried (1987). “Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat”, *Verwaltungsarchiv*, C. 78., ss. 1-44.

CASTRONUOVO, Donato (2018). “The Map of the Empire: General Clauses and Criminal Provision Decipherability”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, C. 18., S. 10., ss. 11-83.

ERNST, Guido P. (2018). *Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, Berlin: Springer.

GREER, Steven ve WILDHABER, Luzius (2012). “Revisiting the Debate About ‘Constitutionalising’ the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, C. 12., S. 4., ss. 655-687.

HÄBERLE, Peter (1989). “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode”, *JuristenZeitung*, C. 44., S. 20., ss. 913-919.

HUBER, Peter Michael ve VOßKUEHLE, Andreas (2024). GG Art. 103, içinde *Grundgesetz: GG* (8. Baskı, s. 143 vd.), Münih: C. H. Beck.

IPSEN, Jörn (2021). *Staatsrecht*, Münih: Verlag Franz Vahlen.

- KARPEN, Hans-Ulrich (1970). *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlin: Walter de Gruyter.
- KAŞKA, Hakan (2013). "Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)", *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3., S. 2., ss. 168-249.
- KELSEN, Hans (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manz Verlag.
- LAUTENBACH, Geranne (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- MARTÍNEZ-VILLALBA, Lucas (2017). "The Application of Blank Criminal Law and the Principle of Legality: The Guatemalan Example", *Mexican Law Review*, C. 10., S. 2., ss. 67-88.
- NARASIMHAM, R. L. (1971). "Ignorantia Juris non Excusat: Ignorance of Law is No Excuse", *Journal of the Indian Law Institute*, C. 13., S. 1., ss. 70-78.
- PARZELLER, Markus ve PRITTWITZ, Cornelius (2009). "Statische oder dynamische Verweisung? Bedenkliche Unbestimmtheiten und Unklarheiten bei der Bestimmung der zu Dopingzwecken im Sport verbotenen Arzneimittel im Arzneimittelgesetz", *Zeitschrift für Stoffrecht*, C. 6., ss. 101-110.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger (1980). Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen, içinde Oberhofer, P. ve Schambeck, H. (Der.), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft: Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag* (ss. 87-126), Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHMIDT, L. P. "Die dynamische Verweisung des Forderungssicherungsgesetzes auf die VOB/B und ihre verfassungsrechtliche Bewertung", *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*.

SÖZÜER, Adem ve YENİYETİŞME, Yiğit (2023). “Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı”, *MÜHF-HAD*, C. 29., S. 2., ss. 898-922.

STAUPÉ, Jürgen (1986). *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, Berlin: Duncker & Humbold.

TIEDEMANN, Paul (2014). The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning until Now, içinde Silkenat, J. R., Hickey, J. E. ve Barenboim, P. D. (Der.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State* (ss. 171-192). Heidelberg: Springer.

TRIEPEL, Heinrich (1947). *Vom Stil des Rechts: Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts*, Heidelberg: L. Schneider.

WARDA, Heinz-Günter (1955). *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin: W. de Gruyter.

WEIß, Regina (1996). *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot.

Mahkeme Kararları:

Del Río Prada / İspanya, [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013.

A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya, B. No: 43509/08, 27/09/2011.

Panamá Refining Co / Ryan 293 US 388 (1935).

Jones / Randal (1774) 98 ER 9.

BVerfGE 153, 310.

AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962.

AYM, E.1962/208, K.1963/1, 4/1/1963.

AYM, E.1963/4, K.1963/71, 28/3/1963.

AYM, E.1973/12, K.1973/24, 7/6/1973.

AYM, E.1993/5, K.1993/25, 67/1993.

AYM, E.1993/42, K.1994/72, 27/9/1994.

AYM, E.1997/53, K.1998/62, 08/10/1998.

AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004.

AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011.

AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012.

AYM, E.2011/64, K.2012/168, 1/11/2012.

AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017.

AYM, E.2016/130, K.2016/197, 28/12/2016.

AYM, E.2019/88, K.2022/159, 13/12/2022.

Çevrim İçi Kaynaklar:

Corte Constitucional de Colombia, 'Sentencia C-004/03' <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-004-03.htm>. (Erişim Tarihi: 16/3/2025)

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 'Mouviel Raul Oscar' <https://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mouviel-raul-oscar-otros-desordenes-fa57000000-1957-05-17/123456789-000-0007-5o-ts-eupmocsollaf> (Erişim Tarihi: 16/3/2025)

European Court of Human Rights, 'Advisory Opinion-2020', <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6708535-9909864>. (Erişim Tarihi: 16/3/2025)



A CONTINUOUS POWER IN CONSTITUTIONAL CHANGE: THE SWEDISH PARLIAMENT

Anayasa Değişikliğinde Sürekli Bir Yetki: İsveç Parlamentosu

Assoc. Prof. Dr. Abdulkadir YILDIZ*

ABSTRACT

The Swedish Parliament (Riksdag) has played a continuous and central role in shaping the country's constitutional framework. Unlike many other countries where constitutional changes require external ratification or referendums, Sweden's system allows the Riksdag itself to initiate and approve amendments, provided they pass through a structured legislative process. This paper examines the historical development of Sweden's constitutional evolution, emphasizing the unique mechanisms that enable parliamentary sovereignty in legal transformation. By analyzing key constitutional changes, including the shift to a unicameral system in 1971 and subsequent reforms, this study highlights how the Riksdag functions as both a legislative and constitutional authority. The findings suggest that this system promotes stability while allowing for adaptability, ensuring that Sweden's governance structure remains responsive to societal needs and democratic principles.

Key Words: Amendment power, constituent assemble, parliamentary sovereignty, Riksdag, Sweden.

* Necmettin Erbakan University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, akadiryildiz@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6262-7090

ÖZET

İsveç Parlamentosu (Riksdag), ülkenin anayasal yapısının şekillendirilmesinde sürekli ve merkezi bir rol üstlenmektedir. Birçok ülkede anayasa değişiklikleri referandum gibi parlamento dışı onay mekanizmalarına ihtiyaç duyarken, İsveç sisteminde Riksdag, belirli bir yasama sürecinden geçmek koşuluyla, anayasa değişikliklerini gerçekleştirme yetkisini haizdir. Bu makale, İsveç'in anayasal sürecin tarihsel gelişimini incelemekte ve hukuki dönüşümde parlamenter egemenliği mümkün kılan özgün mekanizmaları öne çıkarmaktadır. 1971 yılında tek meclisli sisteme geçiş ve onu izleyen reformlar dâhil olmak üzere temel anayasa değişikliklerinin ele alındığı bu çalışma, Riksdag'ın hem yasama organı hem de anayasa koyucu bir otorite olarak nasıl faaliyet gösterdiği incelenmektedir. Yapılan tespitler, bu sistemin istikrarı temin ederken aynı zamanda uyumu teşvik ettiğini ve böylece İsveç'in yönetim yapısının toplumsal ihtiyaçlara ve demokratik ilkelere duyarlı kalmasının sağlandığını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa değişikliği yetkisi, kurucu meclis, parlamento egemenliği, Riksdag, İsveç.

INTRODUCTION

Constituent power is the authority that creates or alters the constitution. Popular sovereignty is a widely accepted source of constitutional legitimation; however, does the bearer of the constituent power fully encompass the exercise of that power? Because the position that the role of the people is mostly dormant as a “sleeping sovereign” raises questions about the extent of their actual involvement¹. Dicey’s understanding of parliamentary sovereignty which can also be relevant with Swedish realm, assumes that constitutional authority ultimately rests on a popular foundation as a parliament².

Sweden’s constitutional framework is shaped by a unique balance of stability and adaptability, with the Swedish Parliament playing a central role in its continuous evolution. Unlike many countries where constitutional amendments require external ratification through referendums³ or special legislative bodies⁴, Sweden’s system grants the Riksdag significant authority in initiating and approving constitutional changes. This process reflects Sweden’s strong parliamentary tradition and its commitment to democratic governance.

The principle of parliamentary sovereignty stands as the apex norm of the Swedish constitutional order and shapes the functions not only of the Riksdag but also of all other constitutional institutions⁵. According to the orthodox view, the

1 Duke, G. (2023). “Can the people exercise constituent power?”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 21., No. 3., p. 799-800.

2 Ibid. 801.

3 Countries like Ireland, Switzerland, France, Japan, and Australia require popular ratification through referendums as part of the constitutional amendment process.

4 In countries like the United States and Canada, constitutional amendments must be ratified by special legislative bodies, thereby ensuring that constitutional change is contingent upon federal consensus.

5 Husa, J. (2000). “Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48., No. 3., p. 377.

Riksdag possesses the authority to enact any legislation it deems appropriate. This implies that Parliament holds exclusive competence to approve all newly proposed or amended legislation⁶.

This paper explores the Swedish Parliament's role in constitutional change, examining key historical amendments and the mechanisms that allow for legal transformation. By analyzing Sweden's approach to constitutional reform, this study sheds light on how parliamentary sovereignty ensures both continuity and adaptability in governance, maintaining democratic legitimacy while responding to societal shifts.

This study adopts a qualitative and descriptive approach grounded in constitutional theory to examine the continuous role of the Swedish Parliament in constitutional change. Through an analysis of constitutional provisions, legislative practices, and scholarly interpretations, it explores how formal and informal mechanisms of constitutional change reflect broader theoretical debates concerning sovereignty, parliamentary supremacy, and democratic legitimacy. By situating the Swedish case within a constitutional theoretical framework, the study highlights the Riksdag's function not merely as a legislative body, but as a continuous constitutional actor shaping the evolving nature of the Swedish constitutional order.

In the first part of this article, the doctrine of constituent legislative is examined. In liberal constitutionalism people always have the inalienable right to alter or modify the form of their government⁷. So, if the parliament acts on behalf of the people, it naturally has authority to replace or totally revise

6 Legislative supremacy, also known as parliamentary sovereignty, denotes the legal doctrine whereby parliament holds the ultimate authority to enact, amend, or repeal any law without legal limitation. See Phillips, O. H. and Jackson, P. (1987). *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, Seventh Edition, London: Sweet & Maxwell, p. 25.

7 Eren, A. (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Seçkin, p. 59.

the constitution. The second part of the article provides the peculiarities of the Swedish Parliament. Swedish parliamentarism is based on the principle of parliamentary supremacy, with its own distinctive features. In the third part, Riksdag is evaluated. In this section, formal amendment procedure of the constitution, important constitutional reforms and the impact of parliamentary sovereignty on constitutional change are discussed. Finally, some concluding remarks are provided, drawing on the findings of the previous parts of the article.

I. THE DOCTRINE OF CONSTITUENT LEGISLATIVES

The concept of constituent power is a modern development. Although its roots can be traced back to medieval thought, it only takes on a distinct form with the rise of the modern state. The concept originates in Enlightenment thought and is grounded in two foundational conditions: the recognition that the ultimate source of political authority resides in “the people,” and acceptance of the idea of a constitution as something that is created⁸. Sieyès and Paine, as principal architects of the concept, explicitly articulate the hierarchical relationship among legislative power, constitutional authority, and the constituent power of the nation⁹.

In a more traditional sense, constituent power is understood as the raw, democratic authority of “the people” to create a constitution¹⁰. There has been a perception in liberal constitutionalism that people have an inalienable right to change the constitution¹¹. On the other hand, there needs to

8 Loughlin, M. (2014). “The concept of constituent power.” *European Journal of Political Theory*, Vol. 13., No. 2., p. 219.

9 Ibid. 221.

10 Eren, A. (2023). p. 56.

11 Key formulations of this idea are present in the work of both John Locke (Two Treatises of Government) and Emmanuel Sieyès (What is the Third Estate?). See Velasco-Rivera, M., & Colón-Ríos, J. I. (2023). “On the legal implications of a ‘permanent’ constituent power.” *Global Constitutionalism*, Vol. 12., No. 2., p. 269; Eren, A. (2023). p. 55.

be a distinction between constituent authority and constituent power. Constituent power refers to the entity that creates a constitution. It typically holds legally unrestricted or physical power. However, constituent authority ultimately stems from the people, as a constitution requires legitimacy, meaning it must be accepted by the democratic majority for its moral and value-based consistency¹². Duke also makes this distinction depending on the criteria that how the process of constitutional change has been exercised. If the process of constitutional change grounded includes plural views in round-table discussions, with open communicative channels to and from civil society then constituent power includes the constituent authority with the people as the bearers of constituent power¹³.

There is an almost consensus on temporariness of the primary constituent power that is a one-time event¹⁴. Jon Elster describes it as a “near-universal rule that constitutions are written in times of crisis and turbulence”¹⁵. Once the constitution is created, this power is typically seen as transferring into the constitutional framework itself, becoming “constituted power” (i.e., the formal legal system and institutions that operate under the constitution). In this view, constituent power is exhausted at the moment of the constitution’s creation¹⁶. These principles also imply the very concept of constitutionalism, that is the written constitution creates a hierarchy between rules and a constitutional rule prevails over ordinary legislation¹⁷. This

12 Kay, R. (2011). “Constituent Authority” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59., No. 3., p. 720-722.

13 Duke, G. (2023). p. 819.

14 Velasco-Rivera, M., & Colón-Ríos, J. I. (2023). p. 269.

15 Elster, J. (2006). Legislatures as Constituent Assemblies, in Bauman, R. W. and Kahana, T. (Eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in The Constitutional State* (pp. 181-197). New York: Cambridge University Press, p. 185.

16 Gözler, K. (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, 2. Baskı, Bursa: Ekin, p. 395-396.

17 Ruotsi, M. (2024). “A Doctrinal Approach to Unconstitutional Constitutional

understanding of constituent power, rooted in the thought of Carré de Malberg, holds that once a constitution is adopted, the constituent power ceases to exist within the juridical order of the state¹⁸. It is then replaced by the constituted powers -the state organs- established by the constitution itself¹⁹. This distinction is also reflected in the delegation theory, which holds that the power to amend the constitution is a limited authority granted to constitutional organs, while the power to adopt an entirely new constitution rests with the people. According to this theory, fundamental changes to the existing constitution necessitate the initiation of a constituent process²⁰. For the principle of constitutional supremacy rests on two foundations: the separation between constituent and constituted powers, and the notion of a rigid constitution²¹. Ordinarily, constitutional amendments that have not been enacted in accordance with the procedure set out in the constitution is invalidated because the secondary constituent power is limited²².

A more dynamic and radical interpretation of constituent power suggests that it is never entirely exhausted and can be reactivated, particularly in times of constitutional crisis, revolution, or profound political transformation. Greene distinguishes between the traditional understanding, what he terms the “closed model of constituent power” and the “open constituent power,” which is not viewed as having been depleted at the moment of a constitution’s creation²³. One of the main functions of open constituent power is to provide political le-

Amendments: Judicial Review of Constitutional Amendments in Sweden”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 20., No. 2., p. 255.

18 Gözler, K. (2020). p. 386, 393.

19 Velasco-Rivera, M., & Colón-Ríos, J. I. (2023). p. 273.

20 Ruotsi, M. (2024). p. 249.

21 As cited in Velasco-Rivera, M., & Colón-Ríos, J. I. (2023). p. 273.

22 Ruotsi, M. (2024). p. 255.

23 Greene, A. (2020). “Parliamentary sovereignty and the locus of constituent power in the United Kingdom”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18., No. 4., p. 1181.

gitation for the primary constituent power, often associated with the sovereign will of the people, as reflected in Schmitt's decisionist conception of sovereignty²⁴.

In this context, the relationship between constituent power (the sovereign people) and constituted power (such as the legislative body) is complex and interdependent, particularly in the context of newly adopted constitutions, such as those in Bulgaria and several Latin American countries²⁵. For instance, if the constitution gives the constituted powers to authority of total revision of constitution, then there is intertwinedness of primary and secondary constituent power²⁶. This constitutional transition contends kind of constitutional moment. As stipulated in the Bulgarian Constitution (Arts. 157–163), the enactment of a new constitution requires the convening of a Grand National Assembly specifically mandated for this task. Loughlin characterizes this development as part of a new cosmopolitan paradigm in which “the constitution no longer has ultimate authority, since it is now subject to the creative powers of judicial interpretation that render it compliant with the principles of the invisible constitution -super-legality reigns²⁷.”

Loughlin's description to “relational constituent power” includes to operate and function within established regime as an “open model of constituent power”²⁸. This approach is apart from the traditional exhausted model of constitutional moment. As a continuing constituent power, parliament

24 Ibid. 1182.

25 Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları, p. 85.

26 See contra Gözler, K. (2020). p. 400. Nevertheless, Roznai contends that the primary constituent power remains unrestricted by such procedural constraints, even if it may opt to act within them. See Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, p. 168.

27 Loughlin, M. (2022). *Against Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts, & London, England: Harvard University Press, p. 200-201.

28 Greene, A. (2020). p. 1190.

which operates behalf of the people can provide politically legitimate and incremental constitutional change²⁹. The constituent legislature functions as an ordinary legislative body, but its responsibilities extend to both the drafting and adoption of a constitution³⁰.

This tension between the legitimacy of constitutional change and the authority of the body enacting it is also explored in comparative constitutional jurisprudence. According to the Supreme Court of Mexico, fundamental constitutional changes may be enacted by two distinct forms of authority: the original (or primary) constituent power and the permanent constituent power. The primary constituent power is understood as an extra-legal and foundational authority, typically associated with the creation of constitutional order itself. In contrast, the permanent constituent power refers to a constitutional organ that, while operating within the established legal framework, exercises sovereign authority to amend the constitution without being bound by ordinary constitutional constraints. As a result, neither form of constituent power is subject to constitutional review³¹, given their position above the constitutional order they create or modify. A key implication of this theory is that the permanent constituent power functions as a self-regulating body, accountable only to itself in the exercise of constitutional amendment powers³².

Traditionally, in countries such as the United Kingdom and Sweden, where parliamentary supremacy is a fundamental constitutional principle, the distinction between the role of a constituent assembly and that of an ordinary legislative body

29 Ibid. 1190.

30 Negretto, G. L. (2018). "Democratic constitution-making bodies: The perils of a partisan convention", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16., No. 1., p. 259.

31 Velasco-Rivera, M., & Colón-Ríos, J. I. (2023). p. 281.

32 Ibid. 284.

remains unclear³³. The Swedish Constitution permits both constitutional amendments and the adoption of an entirely new constitution through the same legislative procedure. In other words, the Swedish Parliament can introduce a complete constitutional overhaul without requiring a specific provision granting such authority, as there is no explicit prohibition against replacing the constitution in its entirety. Ruotsi questions how this fits within the framework of the delegation theory, which holds that substantive constitutional change should be the prerogative of the primary constituent power³⁴. He makes a distinction between what he labels *procedural unconstitutionality* and *unconstitutional constitutional replacements*³⁵. The unconstitutional constitutional replacements refer to instances where the constitution does not make explicit how a new constitution is to be enacted while the procedural unconstitutionality refers to instances where a competent organ has failed to comply with the stipulated procedural requirements³⁶. Ruotsi argues hierarchy within the constitution between its provisions whether the constitution separates the procedure of total revision of the constitution or fundamental provision changes by adopting power (secondary constituent power)³⁷.

The authority to change the core of the constitution is a power that resides solely with the primary constituent power of the people³⁸. While the people are theoretically the bearers of constituent power, their actual involvement in constitutional change is often mediated. Duke contends that elected representatives should serve as the agents of constitutional transfor-

33 Duke, G. (2023). p. 801.

34 Ruotsi, M. (2024). p. 268.

35 Ibid. 261.

36 Ibid. 261.

37 Ibid. 259.

38 Ibid. 252.

mation, rather than relying on direct popular participation³⁹. Within liberal democracies, this sovereign will be exercised through state organs that represent the people. Among these, parliament stands as the foremost representative institution. In the case of Sweden, this principle is enshrined in Chapter 1, Article 4 of the Instrument of Government, which explicitly states that “all public power in Sweden proceeds from the people” and that the Riksdag is the primary representative of the people. So, if the parliament acts on behalf of the people, it normally has authority to replace or totally revise the constitution. In other words, Riksdag’s revision power is not constrained by the constitution. While Sweden formally possesses a written and relatively rigid constitution, its constitutional system is primarily characterized not by legal constitutionalism, but by political constitutionalism⁴⁰. That is, the functioning and limitations of public power are shaped less by judicial enforcement and entrenched constitutional norms, and more by parliamentary processes, political accountability, and democratic deliberation. The constitutional principle of parliamentary supremacy grants the Swedish Riksdag a central and authoritative role within the constitutional order. This is exemplified by the adoption of the 1974 Instrument of Government (IG), which was enacted directly by the ordinarily elected Riksdag, rather than through a separate constituent assembly or popular referendum.

This reflects a view of constituent power that is exercised through existing institutions rather than through extra-legal acts. Critics of the rigid distinction between constituent and constituted powers argue that in cases like Sweden, this dis-

39 Duke, G. (2023). p. 817-818.

40 Loughlin distinguishes between constitutionalism and constitutional government. According to Loughlin, Sweden is a constitutional government but does not adhere to the precepts of constitutionalism. Terms like popular constitutionalism or political constitutionalism are misnomers because constitutional and democratic values exist in a perpetual and productive tension with one another. See Loughlin, M. (2022). p. 7.

tion is more conceptual than real, as historical developments demonstrate gradual constitutional evolution rather than revolutionary change⁴¹. In this regard, Ran Hirschl's notion of a "*no apparent transition*" aptly captures the Swedish experience, where constitutional reforms and the establishment of judicial review were implemented without accompanying political or economic upheavals⁴². Thus, the Swedish case exemplifies how constituent authority may be exercised through ordinary legislative mechanisms, challenging the assumption that constitutional transformation requires a moment of extraordinary rupture.

The legislature, as a constituted power, exercises its authority within the limits set by the constitution. In systems adhering to legal constitutionalism, this typically means that constitutional review mechanisms -often exercised by courts- serve to constrain legislative action. However, in constitutional systems that prioritize parliamentary supremacy over the traditional separation of powers, constitutional constraints may arise through political rather than legal channels. For example, in Sweden, where there is no strong tradition of judicial constitutional review, constitutional accountability is primarily enforced through democratic processes. In such a model, violations of constitutional norms by legislators are addressed not by courts, but by the electorate at the ballot box, emphasizing political constitutionalism over judicial enforcement⁴³. On the other hand, democratic countries mostly attribute the change or replace the constitution by parliament. But parliament's role is change as "exclusive during constitution making, central when amending the constitution, and then diminishes during the application/interpretation of the

41 Ruotsi, M. (2024). p. 279.

42 Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, p. 8.

43 Schauer, F. (2006). Legislatures as Rule-Followers, in Bauman R. W. and Kahana, T. (Eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in The Constitutional State* (pp. 468-479). New York: Cambridge University Press, p. 475.

constitution"⁴⁴. The chicken and egg paradox is a classic example of circular causality, wherein it becomes difficult to identify which of two interdependent phenomena is the initial cause. In the context of constitutional theory, this paradox is mirrored in Jon Elster's observation that "constitutions regulate legislatures, and legislatures sometimes create constitutions"⁴⁵," thus raising the question of whether constituted powers or constituent power comes first in the formation of political order. From this point of view, parliaments act as constituent power. Surely, if we ask this question for the country which is established democracy like Sweden, we usually respond that parliament is first. Parliament creates a constitution that also constrains itself. This question again responds with Jon Elster's constituent legislature conceptualization that means parliament as an ordinary legislative power adopts a new constitution⁴⁶.

Generally accepted that constitutional conventions are preferable on impartiality and respond to the people's will⁴⁷. However, it has generally result of constitutional moments such as a revolution or postwar founding of a state. Moreover, it is very possible to increase power conflict between constituent conventions and constituted powers during the constitution-making process⁴⁸. By contrast, the constituent legislature reflects a more evolutionary approach to constitution-making. This gradual and institutionalized process tends to promote greater stability in the resulting constitutional framework. Even when partisan interests significantly influence the content of the constitution, the legislative process

44 Gavison, R. (2006). Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism, in Bauman R. W. and Kahana T. (Eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in The Constitutional State* (pp. 198-213). New York: Cambridge University Press, p. 198.

45 Elster, J. (2006). p. 181.

46 Ibid. 183.

47 Negretto, G. L. (2018). p. 254.

48 Ibid. 255.

typically involves extended debate, negotiation, and deliberation, which can lead to broader political consensus. Given that a constitution is inherently a political document, this method of adoption may enhance its legitimacy and durability within a pluralistic society. In other words, a constitution created by democratically elected parliament which reflects different political elements of the people can respond better rather created a constitution with little debate and imposed on a limited group of elites. The risks inherent in permitting a single branch of government -particularly the legislature- to unilaterally define the scope of its own future powers are readily apparent⁴⁹.

II. PECULIARITIES OF SWEDISH PARLIAMENTARISM AND CONSTITUTIONALITY REVIEW

Sweden celebrates its democracy over a hundred-year age. Although two world wars and enormous political crises, totalitarian and authoritarian waves around, Sweden accomplished to save its representative democracy and party government⁵⁰.

The Swedish constitution comprises four constitutional acts: the Instrument of Government (*Regeringsform*) of 1974; the Freedom of the Press Act (*Tryckfrihetsförordningen*) of 1949 (a history dating back to 1766); the Freedom of Speech Act (*Yttrandefrihetsgrundlagen*) of 1991, regulating media other than the printed media; and the Act of Succession of 1810 (*Successionsordningen*), regulating the right to the throne⁵¹. These laws collectively establish the principles of governance, the role of the monarchy, and the rights of citizens.

49 Elster, J. (2006). p. 182.

50 Spencer, R. C. (1945). "Party Government and The Swedish Riksdag", *The American Political Science Review*, Vol. 39., No. 3., p. 437.

51 Nergelius, J. (2019). "The Constitution of Sweden and European Influences: The Changing Balance Between Democratic and Judicial Power", in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, p. 316.

The Swedish parliament, Riksdag, dates from 1435⁵². From the Things of medieval freemen to Gustav Vasa's first national assemblies which included representatives from all four Estates -Nobility, Clergy, Burghers and Peasantry- the Riksdag has gradually developed into what it is today⁵³. In 1866 a representative reform was implemented, marking the end of the Riksdag of the Estates and its replacement with a bicameral system. In 1909 the suffrage was extended to all men and in 1919 woman also admitted to the suffrage⁵⁴. In 1971 the unicameral system was adopted. The Swedish Parliament functions as the country's legislative body, responsible for making laws and shaping government policy. As a "constituent legislature", it plays a key role in constitutional matters.

Swedish parliamentarism exhibits distinctive features, including the rapid formation of cabinets, the tendency for governments to remain in office until the next election, and the high success rate of government bills in the Riksdag⁵⁵. These outcomes are largely attributable to two interrelated elements: negative parliamentarism and a tradition of consensus-oriented politics. Negative parliamentarism -where a government does not require explicit majority support to assume or remain in office, but merely the absence of a majority against it- contributes to the procedural stability and longevity of Swedish cabinets. Meanwhile, the substantive dimension of Swedish politics is characterized by a culture of consensus-building, which facilitates legislative cooperation and policy continuity

52 Some scholars have argued that the origin of the Riksdag is to be traced to the assemblies of freemen of the Things. See. Bellquist, E. C. (1935). "Foreign Governments and Politics: The Five Hundredth Anniversary of the Swedish Riksdag", *The American Political Science Review*, Vol. 29., No. 5., p. 858.

53 Yıldız, A. (2025). "Dynamics of Swedish Political Constitutionalism: Towards a Transition to Legal Constitutionalism", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Advance Online Publication, p. 3.

54 Spencer, R. C. (1945). p. 443.

55 Lindvall et al. (2020). "Sweden's Parliamentary Democracy at 100", *Parliamentary Affairs*, Vol. 73., No. 3., p. 478.

across party lines. Although the Westminster model is commonly thought “an acquiescent legislature”, legislatures control the executive which is the basic specialty of parliamentarism has validated in Sweden⁵⁶. Swedish parliamentarism is also excluded from cabinet formation process that a candidate for a prime minister proposed by the Speaker of the Riksdag. Then the prime minister is free to appoint other ministers with his will, no necessity to be approved by King.

The Swedish conception of parliamentary sovereignty is primarily concerned with the relationship between the legislature and the judiciary, closely resembling Dicey’s classical formulation, in which courts lack the authority to override or invalidate acts of Parliament⁵⁷. Parliamentary sovereignty thus injuncts the courts against finding a parliamentary statute invalid on the basis that Parliament acted *ultra vires* its constitutional mandate⁵⁸. This is also valid for constitutional change according to legal constitutionalism with the doctrine of unconstitutional constitutional amendments: This refers to the idea that even constitutional amendments can be struck down if they violate fundamental principles of the constitution. This doctrine is most applied in jurisdictions with rigid constitutions and strong judicial review, such as Germany. Sweden has a less rigid constitutional structure compared to these countries. Similarly Swedish constitutional law does not recognize strong-form judicial review in the way that, for example, the U.S. Supreme Court does⁵⁹. On the other hand, a

56 Russel, M. and Cowley, P. (2016). “The Policy Power of the Westminster Parliament: The “Parliamentary State” and the Empirical Evidence”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 29., No. 1., p. 121.

57 Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th Edition, Indianapolis: Liberty Classics, p. 3-4.

58 Greene, A. (2020). p. 1169.

59 Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, United States of America: Princeton University Press, p. 18.

doctrine of unconstitutional constitutional amendments could be applied in Sweden⁶⁰.

Although the annulment of legislation remains rare in Sweden, the growing influence of external legal frameworks -such as the European Union and the European Convention on Human Rights- has contributed to a process that may be described as the judicialization of politics⁶¹. Recent rulings by the Supreme Court (*Högsta domstolen*) and the Supreme Administrative Court (*Högsta förvaltningsdomstolen*) demonstrate an increasingly assertive role for the judiciary in areas traditionally regarded as part of the political domain, including aspects of policymaking⁶². As Ghavanini and others have noted, this shift is driven not only by exogenous pressures but

60 It could apply in the following ways: First, according to Instrument of Government (Chapter 2 Article 19), no act of law (it should cover fundamental/constitutional acts) may be adopted which contravenes the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Second, the Constitutional Committee (*Konstitutionsutskottet*) in the Riksdag could play a role in assessing whether a proposed amendment undermines basic principles of Swedish constitution. Alongside the Finance Committee and the Foreign Affairs Committee, the Constitutional Committee is regarded as one of the most prestigious committees in the Swedish Riksdag, entrusted with the important task of scrutinizing the government's actions and ensuring constitutional compliance. See Bergman, T. (2003). "Sweden: From Separation of Power to Parliamentary Supremacy and Back Again?", in Strøm, K., Müller, W. C. and Bergman T. (Eds), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Comparative Politics, online edition, Oxford: Oxford Academic, p. 601. Contra, Husa, J. (2000). p. 376. Moreover, although Swedish courts generally avoid reviewing constitutional amendments, they could develop a doctrine similar to India's "basic structure doctrine," where courts refuse to apply amendments that violate core democratic principles. Instrument of Government (Chapter 11 Article 14 and Chapter 12 Article 10) allows courts to disregard laws that clearly violate the constitution, and a creative judicial interpretation could extend this to unconstitutional amendments.

61 Holmström, B. (1994). "The Judicialization of Politics in Sweden", *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, Vol. 15., No. 2., p. 153.

62 See Wallerman Ghavanini et al. (2023). "Institutions that define the policymaking role of courts: A comparative analysis of the supreme courts of Scandinavia", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 21., No. 3., p. 771.

also by endogenous developments, such as the institutional evolution of the courts and a transformation in judicial interpretative approaches, which have contributed to a more autonomous judiciary⁶³. Analyses of these developments often frame them as marking Sweden's transition from a political to a legal constitution, reflecting a broader paradigmatic shift in constitutional culture⁶⁴. This transition invites comparison with common law constitutionalism, particularly the British model, with which Swedish parliamentarism has long shared significant similarities⁶⁵. The evolving Swedish constitutional discourse increasingly mirrors the British experience, wherein the traditional doctrine of parliamentary sovereignty has undergone reinterpretation⁶⁶. This change aligns with the notion of a "living constitution", famously articulated by Walter Bagehot, suggesting that constitutional systems are continuously evolving in response to political, legal, and institutional dynamics⁶⁷.

Recent developments -particularly the 2021 government crisis- have illustrated that the dynamics of Swedish parliamentary politics are undergoing significant transformation. It mostly depends on the changing party system in government which also depends on economic and social changes such as migration and populism⁶⁸. Swedish party system has changed

63 See Ghavanini, et al. (2023). p. 794.

64 Yıldız, A. (2025). p. 16-18.

65 Greene, A. (2020). p. 1175.

66 Schwartz, A. (2022). "The Changing Concepts of the Constitution", *Oxford Journal of Legal Studies*, Open Access, p. 25.

67 Bagehot, W. (1888). *The English Constitution*, 5th edn, London: Kegan Paul, Trench & Co., p. vii.

68 Swedish parties are example of disciplined system. Sweden political parties historically has located in two wings: Left-right dimension (Bergman, T. (2003). p. 597). Eight parties now represented in Riksdag and the third of them are the Social Democratic Party (S), the Left Party (V) and the Green Party (MP) which represents the left wing while the Sweden Democrats (SD), the Moderate Party (M), the Centre Party (C), the Christian Democrats (KD), and the Liberal Party (L) are the right-wing parties in the parliament. M, KD and L reached an agreement to form a government on 14 October 2022 after 2022 election which called Tidö Agreement (*Tidöavtalet*).

since the 2000s and parties compete over several issues such as immigration and security⁶⁹. At the same time, social changes so on represented by political parties in Parliament reveal the necessity to evolve into traditional judicial protection for democratic/political control of legislative⁷⁰. For instance, the increasing instability of coalition governments, coupled with their often deficient and negligent approach toward the Council on Legislation's opinions, has given rise to new risks that may undermine the effectiveness of judicial checks⁷¹.

III. SWEDISH PARLIAMENT AS A CONSTITUENT POWER

A. FORMAL AMENDMENT PROCESS

There exists an inherent tension between the people and the parliament when it comes to the concept of constituent power. It can be argued that parliament is not the fundamental source of political authority but instead exercises a derived form of constituent power⁷². This tension is often exacerbated by the conflation of parliamentary sovereignty with constituent power. The Swedish Constitution addresses this tension in a particularly effective manner. Notably, it states that "all public power in Sweden proceeds from the people" and that "the Riksdag is the foremost representative of the people." These provisions affirm the Parliament's primacy while simultaneously delineating the separation of powers among the legislative, executive and judicial branches. However, this raises a critical question: does the Riksdag's authority extend

69 Lindvall et al. (2020). p. 479.

70 See Valguarnera, F. (2015). "Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective", *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 61., p. 210. See also Bergman, T. (2003). p. 616.

71 Bull T. and Cameron I., (2023). "The Evolution and Gestalt of the Swedish Constitution' in A. von Bogdandy et al. (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume II Constitutional Foundations*, Oxford University Press, p. 621.

72 Greene, A. (2020). p. 1185.

to exercising constituent power in the form of constitutional amendment? It is widely recognized that secondary constituent power -such as that possessed by parliament- is inherently limited by the constitution itself.

Sweden has well-developed legislative process. This process also covers the constitutional amendment process⁷³. On the other hand, this process is characterized by often unwritten and quite well-hidden constitutional practices rather than on clear and explicit constitutional provisions⁷⁴.

The first phase of the lawmaking process is proposing a law. This is taking place more commonly by government and rarely by a single member of Parliament or via a proposal by a parliamentary committee⁷⁵. Committees in Riksdag have the authority to propose a law that other things to make relatively effective working committee system⁷⁶.

The inquiry stage lays the groundwork for legislative proposals by clarifying the issue and outlining the problems to be addressed. Though ministries may handle this internally, governments frequently appoint expert committees to conduct a more in-depth analysis. These committees often include a mix of experts, civil servants, academics, political representatives, and private sector stakeholders⁷⁷. The legislative process often begins when a parliamentary committee identifies a societal, legal, or economic issue that necessitates regulatory intervention. This recognition may stem from various sources, including public discourse, political priorities, judicial decisions highlighting legal ambiguities, international commitments (such as European Union directives), technological develop-

73 Bull T. and Cameron I. (2023). p. 606.

74 Zamboni, M. (2023). "The Legislative Drafting in Sweden: Its Informal and Non-Linear Nature", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, p. 82.

75 Zamboni, M. (2023). p. 84.

76 Bergman, T. (2003). p. 601.

77 sns-research-brief-nr-59-english-summary.pdf (Accessed: 22/3/2025)

ments, or broader social transformations. Following this, the committee conducts a comprehensive analysis to define the scope and implications of the issue, ensuring that any subsequent proposal is appropriately targeted and effective. Based on this analysis, terms of reference are formulated to guide a structured inquiry. This systematic approach ensures that legislative proposals are grounded in rigorous research, informed by expert knowledge, and responsive to stakeholder input. Ultimately, the committee of inquiry publishes its findings and recommendations in a formal report, including the inquiry's terms of reference, all of which are made publicly accessible⁷⁸.

The referral or consultation phase of a legislative proposal is a crucial component of the preparatory process, as outlined in Chapter 7, Article 2 of the Instrument of Government. This provision states: "In preparing Government business the necessary information and opinions shall be obtained from the public authorities concerned. Information and opinions shall be obtained from local authorities as necessary. Organizations and individuals shall also be given an opportunity to express an opinion as necessary." In practice, this means that complex legislative matters are often referred to relevant public agencies, private organizations, and other stakeholders. This inclusive approach facilitates the development of more effective and broadly supported policies. By incorporating diverse perspectives and expertise, the consultation process enhances both the legitimacy and the practical efficacy of proposed legislation, fostering public trust and democratic consensus⁷⁹.

Once the consultation bodies have submitted their comments on the inquiry report, the responsible ministry processes the feedback and drafts the bill that will be submitted to the Parliament. The ministry analyzes the feedback from govern-

78 The Swedish Law-Making Process (Accessed: 17/3/2025)

79 Zamboni, M. (2023). p. 84.

ment agencies, interest groups, municipalities, experts, and other stakeholders. The responsible ministry starts drafting the formal bill based on the inquiry report and consultation feedback. The Government discusses and approves the final version of the bill before submitting it to the Riksdag. The Government is obliged – in principle – to refer major items of draft legislation to the Council on Legislation (*Lagrådet*). Not all bills are sent to the Lagrådet, if the law is complex or has major constitutional implications or it affects individual rights, economic regulations, or the judicial system than it has to refer the Lagrådet. The Lagrådet plays a crucial role in reviewing proposed legislation before it is submitted to the Riksdag⁸⁰. This phase ensures that new laws comply with the Swedish Constitution and legal system. Its purpose is to provide legal scrutiny of proposed laws before they are debated in Parliament⁸¹. It does not have the power to veto laws but gives expert opinions on constitutional and legal consistency. After the Lagrådet review, the final bill is prepared and submitted to the Riksdag for debate and voting⁸².

Once the government bill reaches the Riksdag, it undergoes several key steps before it can become law. The Speaker of the Riksdag assigns the bill to the relevant parliamentary committee, depending on the subject matter. Especially the Committee on the Constitution holds a special position regarding fundamental laws⁸³. The committee writes a report summarizing its analysis and making a recommendation such as approving the bill as is, amend the bill or reject the bill. Any member of the parliament can submit counter-proposals. The bill is debated in a plenary session, where members of parliament discuss its merits. MPs from different parties present their positions, argue for or against amendments, and

80 Nergelius, J. (2019). p. 334-335.

81 Yıldız, A. (2025). p. 10-11.

82 The Swedish Law-Making Process (Accessed: 17/3/2025)

83 Akıncı, M. (2010). *İsveç İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin, p. 49.

challenge the government's reasoning if necessary. Then the Riksdag votes on the bill. If approved, the bill is sent to the government, which is responsible for enforcing the new law. Laws, other than fundamental laws, are normally enacted by a simple majority decision of Parliament⁸⁴.

According to Swedish constitution (Chapter 8 Article 14) "fundamental law is enacted by means of two decisions of identical wording...The second decision may not be taken until elections to the Riksdag have been held throughout the country following the first decision, and the newly elected Riksdag has convened... At least nine months shall elapse between the first submission of the matter to the Chamber of the Riksdag and the date of the election." This rule applies to all four Swedish constitutional acts, not only to the Instrument of Government⁸⁵.

Under the Instrument of Government, the amendment of fundamental laws does not require a qualified majority or a specific quorum. As stipulated in Chapter 8, Article 14 of the Instrument of Government, such amendments may be enacted through two identically worded decisions by the Riksdag, separated by a general election. A simple majority suffices for both votes, as no supermajority threshold is prescribed. Chapter 8, Article 18 affirms that the same procedure applies to proposals to repeal or modify a fundamental law.

In contrast, Chapter 8, Article 16 introduces a mechanism for subjecting proposed constitutional amendments to a referendum. If at least one-tenth of the Riksdag's members propose a referendum and one-third support the motion, the amendment is submitted to a popular vote held concurrently with the general election mentioned in Article 14. If a majority of the electorate votes against the proposal, and the number of 'no' votes exceed half the number of valid ballots cast in

84 Makes laws | Sveriges riksdag (Accessed: 17/3/2025)

85 Nergelius, J. (2019). p. 318.

the parliamentary election, the amendment is rejected. If these conditions are not met, the amendment proceeds to the Riksdag for final approval after the election. Notably, this referendum mechanism has never been employed in practice⁸⁶.

Sweden's system ensures that constitutional changes are deliberate and reflective of long-term democratic values. The requirement of two parliamentary approvals with an intervening election allows for public scrutiny and prevents rapid shifts based on temporary political majorities. As a result, Sweden has maintained a stable yet adaptable constitutional framework that evolves in response to societal and political developments.

B. HISTORICAL CONSTITUTIONAL REFORMS

Sweden's constitutional history is marked by significant reforms that reflect its evolving political landscape and commitment to democratic governance⁸⁷. While the fundamental laws provide stability, the Riksdag has played a crucial role in updating and adapting the constitution to meet contemporary needs. This section examines key constitutional changes, highlighting the role of the Riksdag in shaping Sweden's modern governance structure.

1. The Transition to a Unicameral Parliament (1971)

One of the most significant constitutional reforms in Sweden's history was the transition from a bicameral to a unicameral parliament in 1971. Prior to this reform, Riksdag was a bicameral parliament which was established in 1867: Upper Chamber and Lower Chamber. The Upper Chamber (*Första*

86 Ruotsi, M. (2023). "Defending Democracy: Sweden's Constitutional Reform Proposals in Response to Democratic Backsliding in Europe", *ConstitutionNet*, International IDEA, <https://constitutionnet.org/news/defending-democracy-swedens-constitutional-reform-proposals-response-democratic-backsliding> (Accessed: 20/3/2025)

87 Altuğ, Y. (2011). "İsveç'te Demokrasinin Kurulması ve Gelişmesi", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Vol. 21., p. 49-50.

kammaren) was an aristocratic character because it was composed of estate owners, high officials and financiers. Additionally, the voting system which the Upper Chamber was elected by county councils made the Chamber more aristocratic⁸⁸. The Upper Chamber was highly influential and central to the political debate. During the twentieth century, Upper Chamber lost its role and eventually became almost insignificant⁸⁹.

The reform process began in the 1950s with parliamentary debates and committee investigations⁹⁰. The Riksdag ultimately approved the shift to a unicameral system in 1969, with the final implementation occurring in 1971. It was abolished without protests, strong passions or solemn ceremonies in 1970⁹¹. The change simplified the legislative process, making lawmaking more efficient and increasing democratic accountability by ensuring that all representatives were directly elected by the people⁹².

2. The Instrument of Government Reform (1974)

A significant milestone in Swedish constitutional history occurred with the adoption of the 1809 Instrument of Government⁹³. It marked a pivotal moment in Sweden's transition towards a more modern and democratic form of governance while still affecting constitutional thinking in Sweden⁹⁴. This act codified the separation of powers and established a consti-

88 Nilsson, T. (2019). "9 The Swedish Senate, 1867–1970 From elitist moderniser to democratic subordinate" in Bijleveld, N. H., Grittner, C., Smith, D. E., & Verstegen, W. (Eds.), *Reforming Senates: Upper Legislative Houses in North Atlantic Small Powers 1800-present*, Routledge Studies in Modern History, p. 135.

89 Ibid. 133. See also, Altuğ, Y. (2011). p. 57.

90 Bull T. and Cameron I. (2023). p. 606.

91 Nilsson, T. (2019). p. 133.

92 Molin, B. (1972). "Sweden: The First Year of the One-Chamber Riksdag", *Scandinavian Political Studies*, Bind 7 (Accessed: 19/3/2025)

93 Yıldız, A. (2025). p. 4.

94 Wenander, H. (2020). "Administrative Constitutional Review in Sweden: Between Subordination and Independence" *26 European Public Law*, p. 991.

tutional monarchy with parliamentary representation⁹⁵. The 1809 Instrument of Government was based on Montesquieu's philosophy of the separation and balancing of powers⁹⁶. The 1809 Instrument of Government gives executive power to the king and the legislative power is shared between the King and the Riksdag. It was based on a formal division between the king and his cabinet and the Riksdag⁹⁷.

During the 1918-1921 Sweden witnessed the democratic breakthrough especially with the universal suffrage⁹⁸. As mentioned above, the Riksdag transitioned to a unicameral structure in 1971. The Instrument of Government of 1809 was seen as outdated, particularly in its provisions on monarchy and executive power. To clarify the roles of the monarchy, government, and parliament and solidify Sweden's commitment to democratic values, there need to adopt a new constitution which occurred in 1974 with the replacement of the Instrument of Government⁹⁹. According to Jon Elster's classification of constitutional-making bodies¹⁰⁰, the Riksdag functioned as an authority to draft a constitution in 1974, fitting *self-created constituent legislatures* best¹⁰¹.

The 1974 reform formally redefined the role of the Swedish monarchy, making Sweden a fully parliamentary democracy. Under the new system, the King's political powers were abol-

95 Bull T. and Cameron I. (2023). p. 603.

96 Pierre, J. (1993). "Legitimacy, Institutional Change, and the Politics of Public Administration in Sweden". *International Political Science Review / Revue Internationale de Science Politique*, Vol. 14., No. 4., p. 389.

97 Bergman, T., & Bolin, N. (2011). "Swedish Democracy: Crumbling Political Parties, a Feeble Riksdag, and Technocratic Power Holders?" in Bergman, T. and Strøm, K. (Eds.), *The Madisonian Turn: Political Parties and Parliamentary Democracy in Nordic Europe*, p. 251.

98 Nilsson, T. (2019). p. 141-142.

99 Yıldız, A. (2025). p. 5.

100 Elster, J. (2009). "Bir Kurucu Meclisin İdeal Tasarımı", Saygın, E. (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 58., No. 2., p. 421.

101 Elster, J. (2006). p. 183.

ished, and he became a purely symbolic head of state. Even the role of leading the formation of government was given to the Speaker of the *Riksdag*, which was the result of an agreement in 1971¹⁰². Executive power was officially transferred to the government, led by the Prime Minister.

The new Instrument of Government proclaims that all public power proceeds from the people and it declares that the *Riksdag* is the foremost representative of the people. The *Riksdag* legislates and approves the national budget, and it is the political basis for the cabinet. In this constitutional design, there are few constraints on nationally elected politicians and the political parties that are central to representative democracy¹⁰³.

3. EU Membership and Constitutional Adjustments (1994-1995)

Sweden's decision to join the European Union (EU) in 1995 required significant constitutional adjustments to align Swedish law with EU regulations. Before joining, Sweden held a national referendum in 1994, in which a majority of voters supported EU membership¹⁰⁴. The *Riksdag* then approved the necessary constitutional amendments to enable Sweden to transfer certain legislative powers to the EU while maintaining national sovereignty. These constitutional changes included the recognition of EU law's primacy over Swedish law in areas covered by EU treaties, adjustments to the legislative process to accommodate EU directives and regulations and strengthening Sweden's constitutional commitment to international cooperation¹⁰⁵.

102 Bull T. and Cameron I. (2023). p. 607.

103 Bergman, T., & Bolin, N. (2011). p. 251.

104 1994 Swedish European Union membership referendum - Wikipedia (Accessed: 19/3/2025)

105 Nergelius, J. (2019). p. 318-319.

4. Recent Constitutional Amendments

In recent years, Sweden has continued to update its constitution to address new political and societal challenges. Notable amendments include the 2010 Constitutional Reform, which modernized election laws, clarified the responsibilities of the Prime Minister, and strengthened individual rights¹⁰⁶. Moreover, the regulation of the judicial review authority of courts extended such no need “manifest conflict” with the constitution¹⁰⁷. The 2022 Amendment that made it possible to pass tougher anti-terror laws, a key demand from Türkiye to approve Sweden's NATO membership bid¹⁰⁸. These reforms highlight Sweden's commitment to maintaining a constitutional framework that evolves in response to contemporary needs while upholding democratic principles.

The democratic backslide can also be seen as abusive constitutionalism¹⁰⁹. Nowadays, kind of constitutional amendments such as citizenship revocation¹¹⁰ and press ordinance section of constitution to include criminalization of Holocaust denial¹¹¹ are all that kind of degenerative changes. To prevent that kind of degeneration and enhance the democracy, the Swedish Committee of Inquiry on the Constitution presented its final report in March 2023, titled “*Strengthening the protection of democracy and the independence of the judiciary*” (*Förstärkt skydd*

106 Ekiz, S. (2018). “İsveç Anayasası Üzerine Notlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 20., No. 1., p. 75.

107 Yıldız, A. (2025). p. 16.

108 Sweden changes constitution to strengthen its anti-terror law and meet Turkey's NATO membership objections | ConstitutionNet (Accessed: 23/3/2025)

109 Landau, D. (2013). “Abusive constitutionalism”, *UC Davis Law. Review*, Vol. 47., No. 1., pp. 189-260.

110 In Sweden, government considers amending constitution to allow citizenship revocation | ConstitutionNet (Accessed: 20/3/2025)

111 Sweden amends press ordinance section of constitution to include criminalization of Holocaust denial | ConstitutionNet (Accessed: 20/3/2025)

för demokratin och domstolarnas oberoende)¹¹². The report was a response to concerns about democratic backsliding in Europe and sought to strengthen constitutional safeguards in Sweden. Proposals include introducing a quorum requirement and increased voting threshold for constitutional amendments (of two-thirds of the members of the Riksdag), requiring legal review of amendments (by Council on Legislation) impacting fundamental rights, and enhancing judicial independence in the administration of courts¹¹³.

C. THE IMPACT OF PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY ON CONSTITUTIONAL CHANGE

The Swedish model of constitutional change is fundamentally grounded in the principle of parliamentary sovereignty. "Parliamentary sovereignty means that Parliament can pass laws on any topic, and there are no fundamental laws which Parliament cannot amend or repeal in the same way as ordinary legislation¹¹⁴."

The first factor reinforcing the sovereignty of Parliament is the relative ease with which the Swedish Constitution can be amended. By vesting primary authority over constitutional amendments in the Riksdag, Sweden maintains a flexible constitutional framework that contrasts with the more rigid models adopted by many other democracies where referendums or high supermajority requirements often serve as significant barriers to legal reform. This institutional design has enabled Sweden to enact substantial constitutional transformations with relative procedural ease, including the transition from a bicameral to a unicameral legislature in 1971 and the comprehensive revision of the Instrument of Government

112 Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende - Regeringen. se (Accessed: 20/3/2025)

113 Ruotsi, M. (2023).

114 Phillips, O. H. and Jackson, P. (1987). p. 49.

in 1974¹¹⁵. The country's constitutional laws have been modified with notable frequency. Between the adoption of the 1974 Instrument of Government and the year 2003, nearly half of its provisions were subject to amendment¹¹⁶.

Chapter 11 Article 14 paragraph 2 of the Instrument of Government which reads "in the case of review of an act of law under paragraph one, particular attention shall be paid to the fact that the Riksdag is the foremost representative of the people, and that fundamental law takes precedence over other law." This feature shows first parliamentary supremacy that also means parliament's superior power to revise constitution. And that revise can constitute total replacement of the constitution which raises the parliament's position primary constituent power. The importance of this authority is that the Riksdag can use that authority without a clear reference by constitution. The Swedish constitution makes no distinction between the primary constituent power to create a constitution and the secondary power to amend it, as both can be exercised by the Riksdag under identical conditions¹¹⁷.

Secondly, although Sweden possesses a written constitution, the judiciary's reluctance to engage in rigorous constitutional review -a weak form of judicial review- serves to reinforce the principle of parliamentary supremacy. Unlike systems such as the United States (with its diffuse model) or Germany (with a centralized constitutional court), Sweden has historically limited the judiciary's power to review the constitutionality of legislation. Both the American and German models have faced criticism on the grounds that judicial review may undermine democratic legitimacy and contribute to the juridification of politics, whereby political questions are increasingly transferred to judicial bodies rather than re-

115 Nilsson, T. (2019). p. 144.

116 Ruotsi, M. (2024). p. 273.

117 Ibid. 278.

solved through democratic deliberation¹¹⁸.

A clear expression of the principle of parliamentary sovereignty is also found in the *Riksdag Act*, which governs the internal procedures of the Riksdag. Although it was classified as a fundamental law prior to 1974, the *Riksdag Act* now occupies an intermediate legal status between fundamental law and ordinary legislation. This unique position reflects the central role of the Riksdag in Sweden's constitutional framework.

One of the key takeaways from Sweden's constitutional model is its ability to combine stability with flexibility¹¹⁹. In systems where constitutional amendments are overly rigid, governments may struggle to enact necessary reforms. Conversely, in systems where amendments are too easy, there is a risk of instability and frequent legal changes driven by temporary political majorities. Sweden's approach provides a middle ground, ensuring that changes of legislation is slow, open (i.e. inclusive) and deliberative¹²⁰. By requiring two parliamentary approvals with an intervening election, the system ensures that constitutional changes are not made hastily or in response to short-term political pressures¹²¹. At the same time, the absence of rigid supermajority requirements or mandatory referendums allows for efficient adaptation to new political and societal challenges.

While Sweden's constitutional framework prioritizes stability, it is also highly adaptable. The parliamentary amendment process enables timely responses to evolving political and social challenges. For instance, the 1994-1995 EU membership amendments allowed Sweden to integrate smoothly

118 Tuori, K. (2020). "Constitutional Review in Finland", in Bogdandy, A., Huber, P. and Grabenwarter, C. (Eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 3*, Oxford University Press, p. 207.

119 Bull T. and Cameron I. (2023). p. 618.

120 Ibid. 613.

121 Ibid. 624.

into the European Union. Similarly, the 2022 amendment addressed over Russian invasion to Ukraine. This adaptability ensures that Sweden's constitution remains relevant in a rapidly changing world. Unlike countries with rigid amendment procedures that make reforms difficult, Sweden's system allows for measured, yet effective, updates that reflect societal needs¹²².

The Swedish model of constitutional change also reinforces democratic legitimacy by ensuring that elected representatives, rather than unelected bodies or judicial authorities, have primary control over amendments. Because the general election between the two parliamentary votes allows the public to indirectly influence constitutional decisions, the system remains accountable to the electorate. However, some critics argue that the lack of mandatory referendums on constitutional changes reduces direct public participation in the process. While Sweden has held referendums on major issues like EU membership, constitutional amendments do not automatically require a public vote. This has led to debates about whether greater direct democratic involvement should be introduced for fundamental constitutional reforms¹²³.

Despite its advantages, Sweden's system also carries potential risks, particularly concerning the concentration of power in the hands of the majority party or coalition¹²⁴. The absence of a supermajority requirement means that a determined government with a parliamentary majority can push through constitutional changes without broader consensus. While the electoral process provides a safeguard, there is still a risk that major constitutional shifts could occur without sufficient public debate¹²⁵.

122 Zamboni, M. (2023). p. 83, 102.

123 Ruotsi, M. (2023).

124 Bull T. and Cameron I. (2023). p. 624.

125 Zamboni, M. (2023). p. 100.

CONCLUSION

Although Sweden practices parliamentary sovereignty, its system has checks on the Riksdag's constituent power, such as the requirement for elections and the possibility of referenda. The role of the monarchy is largely symbolic, so the Parliament holds significant legislative power. In this context, the Swedish Parliament can act as a "constituent legislature" by shaping the foundational laws of the country when necessary.

Sweden's constitutional framework demonstrates the effectiveness of a parliamentary-driven model in facilitating legal and institutional evolution while ensuring democratic stability. The Swedish Parliament plays a central role in constitutional change, enabling the country to modernize its governance structures in response to political, social, and international developments. Unlike rigid constitutional systems that require supermajorities or referendums for amendments, Sweden's process -requiring two parliamentary approvals with an intervening general election- strikes a balance between flexibility and democratic accountability.

Constitutional conventions are often regarded as more impartial and responsive to popular will. However, they typically arise in exceptional contexts -such as revolutions or post-war state-building- which may intensify tensions between constituent bodies and existing institutions. By contrast, constitution-making through a constituent legislature represents a more gradual and institutionalized process, contributing to greater stability. Although partisan influences are inevitable, legislative procedures usually involve sustained negotiation and deliberation, which can foster broader consensus. Given that constitutions are fundamentally political texts, their adoption through democratically elected and representative bodies enhances both legitimacy and durability. A constitution shaped by pluralistic parliamentary debate is more likely to reflect the diverse interests of society than one imposed by a limited elite without meaningful deliberation.

Key constitutional reforms, such as the transition to a unicameral parliament (1971), the Instrument of Government revision (1974), and adjustments for EU membership (1994-1995), illustrate how Sweden has successfully adapted to contemporary challenges while maintaining continuity. The system ensures that constitutional changes are not subject to short-term political pressures yet remains accessible when reform is necessary.

However, the Swedish model also raises important questions about the role of public participation in constitutional amendments. While the electoral process provides an indirect mechanism for public influence, the absence of mandatory referendums has sparked debates about whether direct democratic engagement should play a greater role in shaping fundamental laws. Additionally, the risk of a dominant parliamentary majority enacting significant constitutional changes without broader consensus highlights the need for safeguards against potential abuses of power.

In conclusion, the Swedish model of constitutional change offers significant insights for constitutional theory, particularly in its demonstration of how a parliamentary system can function as a continuous and autonomous agent of constitutional development without relying on judicial review or rigid amendment procedures. The Riksdag's central role in shaping and reshaping the constitutional order through ordinary legislative mechanisms challenges conventional distinctions between constitutional and ordinary law and invites a rethinking of the boundaries of constitutionalism in practice. This model is exceptional in its reliance on parliamentary sovereignty combined with political consensus, transparency, and procedural stability. As such, it provides a compelling example of how constitutional change can be both flexible and democratically anchored, positioning Sweden as a distinctive case within comparative constitutional studies.

BIBLIOGRAPHY

- AKINCI, Müslüm (2010). *İsveç İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin.
- ALTUĞ, Yılmaz (2011). "İsveçte Demokrasinin Kurulması ve Gelişmesi", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Vol. 21., pp. 48-65.
- BAGEHOT, Walter (1888). *The English Constitution*, 5th Edn., London: Kegan Paul, Trench & Co.
- BAUMAN Richard and KAHANA Tsvi (Eds.), (2006). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in The Constitutional State*, New York: Cambridge University Press.
- BELLQUIST, Eric Cyril (1935). "Foreign Governments and Politics: The Five Hundredth Anniversary of the Swedish Riksdag", *The American Political Science Review*, Vol. 29., No. 5., pp. 857-865.
- BERGMAN, Torbjörn (2003). "Sweden: From Separation of Power to Parliamentary Supremacy and Back Again?", in Strøm, Kaare, Müller, Wolfgang C. and Bergman, Torbjörn (Eds.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, *Comparative Politics*, Online Edition, Oxford: Oxford Academic, pp. 594-619.
- BERGMAN, Torbjörn, and BOLIN, Niklas (2011). "Swedish Democracy: Crumbling Political Parties, a Feeble Riksdag, and Technocratic Power Holders?" in Bergman, Torbjörn and STRØM, Kaare (Eds.), *The Madisonian Turn: Political Parties and Parliamentary Democracy in Nordic Europe*, University of Michigan Press, pp. 251-294.
- BULL Thomas and CAMERON Ian (2023). "The Evolution and Gestalt of the Swedish Constitution" in Bogdandy, Armin von et al. (Eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume II: Constitutional Foundations*, Oxford University Press.

- ÇAĞLAR, Bakır (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları.
- DICEY, Albert Venn (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th Edition, Indianapolis: Liberty Classics.
- DUKE, George (2023). "Can the people exercise constituent power?", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 21., No. 3., pp. 798-825.
- EKİZ, Serkan (2018). "İsveç Anayasası Üzerine Notlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 20., No. 1., pp. 63-124.
- ELSTER, Jon (2009). "Bir Kurucu Meclisin İdeal Tasarımı", Saygın, Engin (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 58., No. 2., pp. 415-450.
- EREN, Abdurrahman (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Baskı Seçkin.
- Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende - Regeringen.se, (Accessed: 20/3/2025).
- GREENE, Alan (2020). "Parliamentary sovereignty and the locus of constituent power in the United Kingdom", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18., No. 4., pp. 1166–1200.
- GÖZLER, Kemal (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, 2. Baskı, Bursa: Ekin.
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy*, Harvard University Press.
- HOLMSTRÖM, Barry (1994). "The Judicialization of Politics in Sweden", *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, Vol. 15., No. 2., pp. 153-164.
- HUSA, Jaakko (2000). "Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48., No. 3., pp. 345-381.

- In Sweden, government considers amending constitution to allow citizenship revocation | ConstitutionNet, (Accessed: 20/3/2025).
- KAY, Richard (2011). "Constituent Authority", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59., No. 3., pp. 715-761.
- LANDAU, David (2013). "Abusive constitutionalism", *UC Davis Law Review*, Vol. 47., No. 1., pp. 189-260.
- LINDVALL, Johannes, BÄCK, Hanna, DAHLSTRÖM, Carl, NAURIN, Elin and TEORELL, Jan (2020). "Sweden's Parliamentary Democracy at 100", *Parliamentary Affairs*, Vol. 73., No. 3., pp. 477-502.
- LOUGHLIN, Martin (2014). "The Concept of Constituent Power", *European Journal of Political Theory*, Vol. 13., No.2., pp. 218-237.
- LOUGHLIN, Martin (2022). *Against Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts, & London, England: Harvard University Press.
- MOLIN, Bjorn (1972). "Sweden: The First Year of the One-Chamber Riksdag", *Scandinavian Political Studies*, Bind 7, (Accessed: 19/3/2025).
- NEGRETTO, Gabriel Leonardo (2018). "Democratic constitution-making bodies: The perils of a partisan convention", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16., No. 1., pp. 254-279.
- NERGELIUS, Joakim (2019). "The Constitution of Sweden and European Influences: The Changing Balance Between Democratic and Judicial Power", in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, pp. 315-358.
- NILSSON, Torbjörn (2019). "9 The Swedish Senate, 1867–1970 From elitist moderniser to democratic subordinate" in

- Bijleveld, Nikolaj, Grittner, Colin, Smith, David, and Versteegen, Wybren (Eds.), *Reforming Senates: Upper Legislative Houses in North Atlantic Small Powers 1800-Present*, Routledge Studies in Modern History, pp. 133-145.
- PHILLIPS, Hoods and JACKSON, Paul (1987). *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, Seventh Edition, London: Sweet & Maxwell.
- PIERRE, Jon (1993). "Legitimacy, Institutional Change, and the Politics of Public Administration in Sweden", *International Political Science Review / Revue Internationale de Science Politique*, Vol. 14., No. 4., pp. 387-401.
- ROZNAI, Yaniv (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press.
- RUOTSI, M. (2023). "Defending Democracy: Sweden's Constitutional Reform Proposals in Response to Democratic Backsliding in Europe", ConstitutionNet, International IDEA, <https://constitutionnet.org/news/defending-democracy-swedens-constitutional-reform-proposals-response-democratic-backsliding>, (Accessed: 20/3/2025).
- RUOTSI, Mikael (2024). "A Doctrinal Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Review of Constitutional Amendments in Sweden", *European Constitutional Law Review*, Vol. 20., No. 2., pp. 247-281.
- RUSSELL, Meg and COWLEY, Philip (2016). "The Policy Power of the Westminster Parliament: The "Parliamentary State" and the Empirical Evidence", *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 29., No. 1, pp. 121-137.
- SCHWARTZ, Alex (2022). "The Changing Concepts of the Constitution", *Oxford Journal of Legal Studies*, Open Access, pp. 1-31.

SPENCER, Richard (1945). "Party Government and The Swedish Riksdag", *The American Political Science Review*, Vol. 39., No. 3., pp. 437-458.

Sweden amends press ordinance section of constitution to include criminalization of Holocaust denial | ConstitutionNet, <https://constitutionnet.org/news/sweden-amends-press-ordinance-section-constitution-include-criminalization-holocaust-denial> (Accessed: 20/3/2025).

Sweden changes constitution to strengthen its anti-terror law and meet Turkey's NATO membership objections | ConstitutionNet, <https://constitutionnet.org/news/sweden-changes-constitution-strengthen-its-anti-terror-law-and-meet-turkeys-nato-membership> (Accessed: 23/3/2025).

The Swedish Law-Making Process, (Accessed: 17/3/2025).

TUORI, Kaarlo (2020). "Constitutional Review in Finland" in Bogdandy, Armin von, Huber, Peter, Grabenwarter, Christoph (Eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Volume 3, Oxford University Press, pp. 183-221.

TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, United States of America: Princeton University Press.

VALGUARNERA, Flippo (2015). "Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective", *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 61., pp. 185-216.

VELASCO-RIVERA, Mariana, & COLÓN-RÍOS, Joel I (2023). "On the legal implications of a 'permanent' constituent power." *Global Constitutionalism*, Vol. 12., No. 2., pp. 269-297.

WALLERMAN GHAVANINI, Anna, GRENDSTAD, Gunnar, KARLSSON SCHAFFER, Johan (2023). "Institutions that define the policymaking role of courts: A comparative analysis of the supreme courts of Scandinavia", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 21., No. 3., pp. 770-797.

- WENANDER, Henrik (2020). "Administrative Constitutional Review in Sweden: Between Subordination and Independence", *European Public Law*, pp. 987-1010.
- YILDIZ, Abdulkadir (2025). "Dynamics of Swedish Political Constitutionalism: Towards a Transition to Legal Constitutionalism", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Advance Online Publication, pp. 1-25.
- ZAMBONI, Mauro (2023). "The Legislative Drafting in Sweden: Its Informal and Non-Linear Nature", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, pp. 81-104.



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE MEDENÎ YARGIDA İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ MÜESSESESİ*

*The Unification of Case-Law in Civil Jurisdiction from the Perspective of
Constitutional Court Judgments*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin ALPASLAN**

ÖZET

İçtihat istikrarı, hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önemli olup hukuk devleti prensibinin bir gereğidir. Yargıtayın en temel görevlerinden biri içtihat istikrarını sağlamaktır. Bununla birlikte, Yargıtay kararları arasında da zaman zaman farklılıklar ortaya çıkabilmekte ve bu farklılıklar istikrar kazanabilmektedir. İçtihat uyumsuzlukları Yargıtayın farklı dairelerinin kararları arasında olabildiği gibi aynı Yargıtay dairesinin farklı zamanlardaki veya birbirine yakın dönemlerdeki kararları arasında da olabilmektedir. Bireysel başvuru yolunun uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, Anayasa Mahkemesi de kararlarında yoğun şekilde içtihat istikrarının önemine vurgu yapmaktadır. Özellikle bu kararlar üzerine Yargıtay tarafından gerekli süreçlerin işletilmesi, Anayasa’da hükme bağlanmış olan, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı prensibinin bir gereğidir. Yargıtay hem Anayasa Mahkemesi kararlarında işaret edilen müstakar içtihat uyumsuzluklarını hem de sistemde yer alan diğer müstakar içtihat

* Bu çalışmanın bazı kısımları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda yazılmış ve savunulmuş olan “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri” başlıklı doktora tezime esas alınarak oluşturulmuştur.

** Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, mehmetemin.alpaslan@yeditepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0821-9192

uyumsuzluklarını en kısa sürede gidermekle yükümlüdür. Bu içtihat uyumsuzluklarının ne şekilde giderileceği, Yargıtay Kanunu çerçevesinde hangi hâllerde içtihatların birleştirilmesi yolunun işletilmesinin icap ettiği, izlenmesi gereken usûl ve bireysel başvuru yolunun bu süreci ne şekilde etkilediği incelenmesi gereken meselelerdir.

Anahtar kelimeler: Bireysel başvuru, objektif etki, içtihat uyumu, içtihat istikrarı, içtihatların birleştirilmesi.

ABSTRACT

The stability of case-law is essential for ensuring legal certainty and is a requirement of the rule of law principle. One of the primary duties of the Court of Cassation is to ensure the stability of case-law. However, sometimes there may be persistent discrepancies between the decisions of the Court of Cassation. Inconsistency of case-law may be observed between decisions of different chambers of the Court of Cassation, as well as between decisions of the same chamber issued at different times or in the same period. Since the introduction of the individual application mechanism, the Constitutional Court has also been emphasizing the importance of the stability of case-law in its judgments. In particular, the execution of the necessary procedures by the Court of Cassation following these judgments is a requirement of the principle of binding nature of the Constitutional Court's judgments, as stipulated in the Constitution. The Court of Cassation is obliged to resolve the inconsistencies in the established case-law indicated in the judgments of the Constitutional Court, as well as other persistent inconsistencies regarding the applicable case-law in the legal system, as soon as possible. The method of resolving these inconsistencies, the circumstances under which the unification of case-law should be applied in accordance with the Court of Cassation Act, the procedure to be followed, and the impact of the individual application remedy on this process should be examined.

Keywords: Individual application, erga omnes effect, consistency of case-law, stability of case-law, unification of case-law.

GİRİŞ

İçtihat uyumsuzluğu ve süregelen içtihat farklılıkları, kanun önünde eşitlik ilkesi¹ ile hukukî güvenlik ilkesini² zedelemekte olup hukuk nizamında içtihat istikrarının sağlanması zorunludur. Zira, benzer hukukî sorunların tutarsız şekilde çözümlenmesi, somut olayın özellikleri aynı veya benzer olmasına rağmen, uyuşmazlığı inceleyecek Yargıtay dairesinin hangisi olduğuna bağlı olarak aynı konuda farklı kararlar verilmesi; öngörülebilirliği, hukukî güvenlik ilkesini ve bu çerçevede adil yargılanma hakkını ağır bir şekilde ihlâl edecektir³. Bu durum, doğrudan doğruya adalet duygusunu incitici, vatandaşların devlete karşı güvenini azaltıcı ve hatta temelden sarsıcı bir etki doğurabilmektedir⁴.

Yargıtayın olağan kanun yolu denetimi de içtihat uyumsuzluklarını ortadan kaldırmaya yeterli olmayabilmektedir. Zira Yargıtayın kararları prensip olarak, diğer Yargıtay daireleri ve alt derece mahkemeleri bakımından mutlak anlamda bağlayıcı değildir; bu durum Yargıtayın istikrar kazanmamış kararları bakımından geçerli olduğu gibi, istikrar kazanmış kararları bakımından da aynen geçerlidir⁵. Bu nedenle de

- 1 Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, İstanbul: Demir Demir Yayınevi, C. V, s. 4942; Güzel, A. (2023). "İçtihat Uyuşmazlığı Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali", *Çalışma ve Toplum*, S. 2023/3., s. 1996.
- 2 Taşdelen, O. (2016). "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., s. 998 vd.; Güzel, A. (2023). s. 1996; Hanağası, E. ve Hasırcı, H. (2023). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukuna Etkileri, içinde Pekcanıtez, H. ve Özekes, M. (Eds.), *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci* (ss. 329-457), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 404 vd.
- 3 Yasemin Bodur, § 52. Ayrıca bkz. AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmazoğlu, Y. E. (2019). "İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13., s. 552 vd.
- 4 AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969.
- 5 Yargıtay kararlarının bağlayıcılığı hakkında genel olarak bkz. Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayyavaz, S. ve Hanağası, E. (2023). *Medenî Usul Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 95; Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve

aynı konuda verilmiş ve çatışan mahiyette olan Yargıtay kararlarıyla sıklıkla karşılaşılabilir. Bu çerçevede Yargıtay daireleri, diğer dairelerin aynı konudaki uygulamalarının ve hatta zaman zaman kendi uygulamalarının aksine kararlar verebilmektedir. Ancak şüphesiz ki emsal⁶ niteliğindeki bir kararın ve özellikle müstakar içtihadın aksine karar verilirken ikna edici gerekçelerin sunulması hukukî güvenlik ilkesinin korunması bakımından daha uygun olacaktır⁷. Direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vereceği karara uyulması zorunlu ise de (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) mad. 373/7), buradaki bağlayıcılık yalnızca ilgili dosya ile sınırlıdır. Bu hâl dışında, bozmanın ilgili olduğu dosya bakımından dahi Yargıtay kararına uyulması zorunlu olmayıp direnme kararı verilmesi de mümkündür (HMK mad. 373/5)⁸.

İçtihat uyumunun sağlanması adaletin bir gereği olup yüksek mahkemelerin de kendi yargı alanlarında ülke çapında içtihat birliğini sağlama görevleri vardır⁹. Bu görev de içtihat-

Özekes M. (2024). *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 12. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 98. Ayrıca bkz. Kaplan, M. B. (2024). *Medenî Usûl Hukukunda Bozma Kararının Sonuçları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 116.

6 “Emsal karar” ile, konuya ilişkin olarak daha önce verilen ve hüküm kurulurken istifade edilebilecek karar anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. Erzurumlu Işık, N. (2023). *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 181.

7 Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 179 vd. Emsal kararların bağlayıcılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, E. ve Erzurumlu Işık, N. (2022), Emsal Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı, içinde *Prof. Dr. Selçuk Özteke’ye Armağan* (ss. 1151-1181), İstanbul: Filiz Yayınevi, s. 1151 vd.

8 Pekcanutez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2024). s. 519; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2023). s. 95; Özteke, S. (2021). *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 679; Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2021). *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi, s. 451; Kaplan, M. B. (2024). s. 116.

9 Kuru, B. (1977). *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 9 vd.; Kuru, B. (2001). C. V, s. 4942; Kuru, B. ve Aydın, B. (2021). *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, C. 2, s. 1469; Yılmaz, E. (2000). “İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, içinde *Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII* (ss. 3-30), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 3; Yılmaz, E. (2021), Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel

ları birleştirme müessesesi ile yerine getirilebilmektedir¹⁰. İctihatları birleştirme müessesesi, kökleşmiş icthaat farklılıklarını ortadan kaldırarak uygulamanın yeknesaklaşmasını sağlar¹¹. Zira Yargıtayın kararlarının bağlayıcı olmamasının istisnası icthaatları birleştirme kararlarıdır¹². İctihatları birleştirme kararı verilmesi yargı organlarınca gerçekleştirilen bir yasama faaliyeti olmayıp yalnızca hangi normun hangi anlamda uygulanacağına ilişkin olarak derece mahkemelerini bağlayıcı bir karar verme faaliyetini ifade eder¹³.

Medenî yargıda icthaatların birleştirilmesi müessesesi Yargıtay Kanunu mad. 15, mad. 16 ve mad. 45 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada icthaatları birleştirmeye ilişkin esaslar genel olarak ele alındıktan sonra, Anayasa Mahkemesi kararlarının icthaatları birleştirme sürecine etkisi üzerinde durulacaktır. Gerçekten de bireysel başvuru yolunun etkinliğinin her geçen gün artması karşısında bu konunun özel olarak incelenmesi zorunludur. Zira, Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı mercilerini bağlayacağı hem Anayasa’da hem de

Başvuru Hakkındaki Uygulamaları), içinde *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan* (ss. 1517-1554), İstanbul: Filiz Yayınevi, s. 1517 vd.; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2023). s. 96.

- 10 İctihatları birleştirme müessesesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, N. (1974). Yargısal İctihatların Bağlayıcı Etkileri ve İctihat Birleştirme Kararları, *Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan* (ss. 217-283), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 217 vd.; Kuru, B. (1977). s. 9 vd.; Yılmaz, E. (2000). s. 3 vd. Kara Avrupası sistemlerinde, Türk hukukundaki icthaatları birleştirme kurumundan farklı olmakla birlikte, icthaat istikrarını sağlamak için kullanılan özel bazı usûller vardır. (Kuru, B. (1977). s. 12 vd.; Pekcanitez, H. (2019). “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 144, s. 391 vd.). İdarî yargıda icthaatların birleştirilmesi hakkında bkz. Işıklar, C. (2013). “İdarî Yargıda İctihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14., s. 467 vd.; Özkan, G. (2023). Mukayeseli Hukukta İctihat Farklılığının Giderilmesi, İdarî Uyuşmazlıklarda Hızlandırma Müesseseleri ve Türk İdarî Yargısı İçin Öneriler, içinde 155. *Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu* (ss. 75-149), Ankara: Danıştay Yayınları, s. 75 vd.

- 11 Kuru, B. (1977). s. 9 vd.

- 12 Bkz. aşa. I, C.

- 13 AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969. Ayrıca bkz. aşa. dn. 55.

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda (AYMK) düzenlenmiştir¹⁴ (Anayasa mad. 153/VI; AYMK mad. 66/1, c. 2). Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesinin içtihatların birleştirilmesi lüzumuna açıkça veya zımnî olarak işaret ettiği kararların etkilerinin saptanması oldukça önemlidir. Bu kararların temel etkisi, Yargıtay'ı içtihat uyumunu sağlamaya ve içtihatları birleştirmeye yöneltmek olacaktır¹⁵. Bu etkinin haricinde, içtihatları birleştirme kararı şeklinde tezahür etmeyen uygulama değişikliklerine yöneltme, içtihatları birleştirme kararlarının denetimini sağlama gibi etkiler de ortaya çıkacaktır¹⁶.

İçtihat farklılıkları, farklı yargı kolları arasında da ortaya çıkabilmekle birlikte¹⁷, bu çalışmanın konusu medenî yargıdaki müstakar içtihat farklılıklarıyla sınırlıdır. Çalışmamızın temel amacı, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluna ilişkin kararlarının içtihat istikrarına ve içtihatların birleştirilmesi kurumuna etkisinin değerlendirilmesidir. Bu etkinin ortaya konulabilmesi için, medenî usûl hukuku açısından içtihatları birleştirme mekanizmasının temel esaslarının da belli ölçüde incelenmesi gerekmektedir.

14 Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı hakkında bkz. Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan E. (2024). *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 833-834; Göztepe, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 93 vd.; Gündoğdu, S. B. (2021). *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, ss. 179-180; Aydoğdu, Y. (2023). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Gereğinin Yerine Getirilmesi Üzerine Denetim Mekanizması Önerisi: "Anayasa Mahkemesi İcra Kurulu"", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.18., S. 200., s. 27 vd.; Alpaslan, M. E. (2023). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 560 vd.

15 Bkz. aşa. II, C, 1.

16 Bkz. aşa. II, C, 2; II, C, 3; II, C, 4.

17 Taşdelen, O. (2016). s. 997. Yüksek yargı organları arasındaki içtihat uyumsuzlukları ve bunların ne şekilde giderilebileceği hususunda öneriler için bkz. Bulut, U. (2024). "Yüksek Yargı Organları Arasında İctihat Birliğinin Sağlanması", *Adalet Dergisi*, S. 73., s. 199 vd. Ayrıca bkz. Özkes, M. (2024). "Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî ve İdarî Yargıya Bakış ve Değerlendirme", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 23., s. 45.

I. YARGITAY KANUNU ÇERÇEVESİNDE İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

A. İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ GEREKEN HÂLLER

Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi gereken hâller, mad. 15 ve mad. 16 hükümleri incelenmek suretiyle saptanabilir. Yargıtay Kanunu mad. 15 ve mad. 16 hükümleri esas alındığında, içtihatların birleştirilmesi gereken hâlleri temel olarak iki kategori altında ele almak mümkündür. Bunlardan ilki, yerleşmiş içtihattan dönülmesi, ikincisi ise içtihat uyumsuzluğudur. Yine Yargıtay Kanunu mad. 45/III hükmü uyarınca; içtihatları birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de Yargıtay Kanunu mad. 45/I ve mad. 45/II usûlüne tâbidir.

1. Yerleşmiş İctihattan Dönülmek İstenmesi

Yargıtayın içtihatları birleştirme yolunu işletmesi gereken ilk hâl, yerleşik içtihattan dönülmek istenmesi hâlidir¹⁸. Yargıtay Kanunu, yerleşik içtihattan gerekçesiz olarak dönülmesini kabul etmediği gibi alelâde bir gerekçelendirme ile de dönülmesini kabul etmemekte, bunun için özel bir usûl işletilmesini yani içtihatların birleştirilmesi prosedürüne uyulmasını aramaktadır. Bu noktada yerleşik içtihattan ne anlaşılması gerektiğinin tespiti önemlidir.

Evvela belirtilmelidir ki içtihat kavramı, yargı kararı kavramından daha farklıdır. Yargı kararı, mahkemelerin somut

18 Bireylerin makûl güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahsetmemektedir (*Unedic/ Fransa*, B. No: 20153/04, 18/12/2008, § 74; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/ Türkiye*, B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 58). Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38). Mahkeme içtihatlarındaki değişim, yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup böyle bir değişiklik özü itibarıyla önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir (*S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 3573/05, 17293/05, 30/11/2010, § 28).

bir olayla ilgili yargılamayı yürüten veya sona erdiren irade beyanı olarak tanımlanmaktadır¹⁹. İctihat ise, uyuşmazlığın çözümü için mahkemece benimsenmiş hukuksal ilkedir²⁰. Yerleşmiş (müstakar) içtihat ise, Yargıtayın uzun yıllardır takip ettiği ve yeknesak şekilde uyguladığı (benimsediği) içtihat olarak tanımlanabilir²¹. Bu noktada bir içtihadın müstakar olduğunun kabulü için, belli bir süredir ve çok sayıda uyuşmazlıkta tatbik edilmiş ve benimsenmiş olması icap eder.

O hâlde netice olarak, müstakar içtihattan dönülmek istenmesi hâlinde içtihatların birleştirilmesi müessesesi işletilmelidir²². Ancak uygulamada Yargıtay, müstakar içtihadından dönerken içtihatları birleştirme yolunu kullanmayabilmektedir. Örneğin;

“Öte yandan sahtelik iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda sahtelik) dayanması halinde Dairemiz, İcra ve İflas Kanunu’nda bir düzenleme bulunmadığından HMK’nun 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki sahtelik iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK’nun 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK’nun 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir.”²³.

19 Edis, S. (1993). *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 227; Kayhan, F. (1999). “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1999/2., s. 343.

20 Kayhan, F. (1999). s. 343-344. Ayrıca bkz. Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 179 vd.

21 Müstakar içtihat kavramı hakkında bkz. Kayhan, F. (1999). ss. 350-351. Ayrıca bkz. Zeybek, A. C. (1988). “Yargı İctihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, *Danıştay Dergisi*, S. 68-69., s. 91 vd.

22 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 97, dn. 27.

23 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14/09/2015 tarihli ve 10540/20832 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Yargıtayın bu kararından, dairenin yerleşmiş içtihadından, içtihatların birleştirilmesi mekanizmasını işletmeden döndüğü görülmektedir ancak bu yaklaşım Yargıtay Kanunu hükümlerine aykırıdır. Yargıtayın müstakar içtihadından, içtihatların birleştirilmesi mekanizması işletilmeden ayrıldığı örnekler bununla sınırlı değildir. Örneğin;

“Hukuk Genel Kurulu’nun, 19.11.2014 tarih ve 2013/12-2240 Esas 2014/929 Karar sayılı ilamında; borçluların mirası reddetmeleri nedeniyle borçlu olmadıklarına yönelik iddialarının borca itiraz niteliğinde olup, ödeme emrinin tebliği üzerine yasal süre içerisinde yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Dairemizce de, anılan karar doğrultusunda içtihat değişikliğine gidilerek, Hukuk Genel Kurulu’nca kabul edilen ilke benimsenmiştir”²⁴.

“Dairemiz; şirket ortağının, borçlu şirket yönünden üçüncü kişi sayılamayacağından dolayı şirket ortağına 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği görüşünde iken, HGK’nun 11.05.2016 tarih ve 2014/12-1078 Esas numaralı içtihadı doğrultusunda ve yukarıda açıklanan olgular karşısında içtihat değişikliğine gitmiş olup, Dairemizin değişen içtihadına göre; şirket ortağı, borçlu şirket bakımından üçüncü kişi sayılacağından, şirket ortağı olan şikayetçiye 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”²⁵.

Bu iki kararda ise bir hukuk dairesi, yerleşik içtihadından Hukuk Genel Kurulu kararına dayanmak suretiyle dönmüştür. Oysa bu hâlde de içtihatların birleştirilmesi mekanizmasının işletilmesi²⁶ ve meselenin Yargıtay Büyük Genel Kurulunca neticelendirilmesi gerekmektedir²⁷.

24 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19/11/2018 tarihli ve 8971/11649 sayılı kararı (Yargıtay Karar Arama).

25 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13/02/2018 ve 27930/1271 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

26 Bkz. a.ş. I, A, 2.

27 Bkz. a.ş. I, B.

2. İctihat Uyumsuzluğu

Yargıtay Kanunu mad. 15 hükmü uyarınca içtihatların birleştirilmesi gereken ikinci hâl ise, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar verilmiş bulunmasıdır. İctihat uyumsuzluğu, temelde aynı meseleye ilişkin birden fazla içtihadın bulunması hâlini ifade eder²⁸. Burada her farklı karar bulunması hâli değil, içtihat farklılığı bulunması hâli kastedilmektedir.

İctihatların dayandığı maddî vakıalar ve temeldeki hukukî sorunlar farklılık gösteriyorsa bu hüküm kapsamında olan bir hâl olmayacaktır. Uyuşmazlığın dayandığı maddî vakıalar ve hukukî sorun tamamen aynı olmasa bile, ilkesel olarak farklı bir sonuca ulaşılmaması gereken meselelerde farklı sonuçlara ulaşılması bir çelişki olsa da²⁹ bu durum içtihatların birleştirilmesi mekanizmasını işletmeyi gerektirmeyecektir, bu problemin farklı şekilde çözümlenmesi icap edecektir³⁰.

Bu hüküm kapsamında bir hâl oluşabilmesi için, sadece bir veya birkaç farklı kararın bulunması yeterli değildir, içtihat farklılığı bulunması gerekir. Özellikle bir kanun değişikliği sonrasında veya ilk kez karşılaşılan bir meselenin çözümünde farklı kararlar verilmesinin ve bu farklılığın bir süre devam etmesinin doğal ve hukukun gelişimi bakımından da faydalı olduğu belirtilmektedir³¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, aynı olaya ilişkin farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesinin toplumun yargısal sisteme olan güvenini azaltacak nitelikte bir hukukî belirsizliğe yol açabileceğine ve bu belirsizliğin hu-

28 Kuru, B. (2001). C. V, ss. 4945-4946.; Kuru, B. ve Aydın, B. (2021). s. 1471; Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 261 vd. Ayrıca bkz. Tanrıver, S. (2021). *Medenî Usûl Hukuku*, C. I., 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 244; Akkan, M. (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 229.

29 Uyuşmazlıkların dayandığı vakıaların ve sorunların farklı olması hâlinde bir çelişkidenden söz edilemeyeceği yönünde bkz. Taşdelen, O. (2016). s. 999.

30 Bu konuda bkz. aşa. II, C, 4.

31 *Selahattin Bayri*, B. No: 2018/32374, 15/9/2021, §§ 51-52.

kukî durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçlayan hukukî güvenlik ilkesini ihlâl edeceğine işaret etmektedir³².

Her ne kadar aynı konuda farklı kararlar oluşabilmesi ilk planda kabul edilebilir ise de kanaatimizce bu farklılığın istikrar kazanıp kazanmadığı noktasında çok esnek hareket edilmemesi hukukî güvenlik bakımından uygun olur³³. Zira, bir hukuk sistemindeki en yüksek dereceli mahkemenin aynı hukukî soruna ilişkin olarak tatminkâr bir gerekçe bulunmaksızın tamamen farklı yönde iki karar vermesi dahi hukukî güvenlik açısından arzu edilen bir durum değildir³⁴. Bu noktada doktrinde işaret edildiği üzere, İsviçre hukukunda olduğu gibi içtihat uyumsuzluğunun dış âleme yansımından evvel *a priori* bir mekanizma ile önlenmesinin düzenlenmesi uygun olacaktır³⁵.

Bölge adliye mahkemeleri arasındaki içtihat uyumsuzluklarında, içtihatları birleştirme usûlü uygulanmayacak olup, bu durumlarda ilgili hukuk dairesinden uyuşmazlıkların giderilmesi talep edilebilecektir³⁶ (5235 sayılı Kanun mad. 35). Esasen 24.12.2017 tarihi öncesinde medenî yargıya ilişkin bu uyuşmazlıkların da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından içtihatların birleştirilmesi yoluyla karara bağlanması öngörülmüştü. Ancak 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname mad. 46 hükmü ve bu düzenlemeyi aynen kabul eden 7079 sayılı

32 Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 582/05, 09/2/2016, § 52; Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye, § 57.

33 Pekcanitez, H. (2019). s. 391, dn. 19.

34 Emsal kararın aksine karar verilirken ikna edici bir gerekçe gösterilmesi gerekliliği hususunda bkz. yuk. dn. 6 ve dn. 7. Ayrıca bkz. Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 206.

35 Pekcanitez, H. (2019). s. 391. Hem yargı kolları içindeki hem de yargı kolları arasındaki uyumun sağlanması bakımından benzer bir öneri için bkz. Bulut, U. (2024). s. 228. İsviçre hukukundaki durum için ayrıca bkz. Spühler, K. (2013). *Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen: DIKE Verlag. ss. 58-59; Donzallaz, Y. (2022). *Commentaire de la LTF*, 3e édition, Bern: Stämpfli Verlag, s. 225 vd.

36 Pekcanitez, H. (2019). s. 397 vd.

Kanun mad. 41 hükmü ile bu duruma son verilmiştir. 7079 sayılı Kanun mad. 41 hükmüne ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiası ise Anayasa Mahkemesi tarafından yerinde görülmemiştir³⁷.

İsviçre hukukunda içtihat istikrarının tesisine ilişkin temel düzenleme Federal Mahkeme Kanunu mad. 23 hükmünde yer almakta olup, bu düzenleme Federal Mahkeme içtihadının istikrarını ve tutarlılığını sağlamayı hedeflemektedir³⁸. Bu hüküm uyarınca, bir hukukî meselenin başka bir dairenin benzer bir konudaki önceki kararının aksine neticelendirilmek istenmesi hâlinde öncelikle ilgili dairelerden müteşekkil bir heyetçe nitelikli çoğunlukla karar alınması gerekmektedir³⁹. Yine henüz karar verilmemiş önemli bir hukukî sorun hakkında karar verileceği zaman da ilgili tüm dairelerden teşekkül eden bir heyetçe karar verilmesi icap etmektedir⁴⁰.

Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu § 132/2 ve § 132/3 hükümlerinde, bir dairenin başka bir dairenin emsal bir kararından farklı bir sonuca varmak istemesi hâllerinde mesele- nin yeknesak bir şekilde karara bağlanması için özel bir usûl öngörülmüştür⁴¹. Yine Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu § 132/4 hükmü uyarınca, uyuşmazlığı incelemekte olan daire hukukun gelişmesi veya yeknesak bir şekilde uygulanması için gerekli gördüğü takdirde, temel öneme sahip bir konuyu karara bağlanmak üzere Büyük Daire'ye sunabilir⁴². İctihat uyumunun sağlanmasına özel bir önem atfedilen Alman

37 AYM, E.2018/96, K.2023/222, 27/12/2023, § 72 vd.

38 Spühler, K. (2013). s. 58.

39 Spühler, K. (2013). ss. 58-59; Donzallaz, Y. (2022). s. 225 vd. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, H. (2019). s. 391.

40 Spühler, K. (2013), ss. 58-59; Donzallaz, Y. (2022). s. 225 vd. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, H. (2019). s. 391.

41 Feilcke, B. (2023). *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Auflage, München: Verlag C. H. Beck. GVG § 132, Rn. 1 vd. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, H. (2019). s. 392.

42 Feilcke, B. (2023). GVG § 132, Rn. 16 vd. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, H. (2019). s. 392.

hukukunda; içtihatteki yeknesaklığın sağlanabilmesi açısından üst derece mahkemesinin bir karar vermesi gerekliliğinin bulunması hâllerinde ilk derece mahkemesinin, aleyhine hükmedilen kısım istinaf sınırını aşmayan tarafın istinafa müracaat etmesine izin vermesi de mümkündür (Alm. MUK § 511/4)⁴³. Alman hukukunda kanun yolu kapalı bir karara karşı, içtihat yeknesaklığının sağlanması amacıyla istinaf kanun yoluna müracaat edilmesine müsaade edilmesi içtihat istikrârına verilen önemin bir göstergesidir.

Fransız hukukunda da içtihat uyumunu sağlamaya dönük mekanizmalar bulunmakta olup, Adlî Teşkilât Kanunu mad. L431-5 hükmü birden fazla daireyi ilgilendiren içtihat uyuşmazlığı tehlikesine veya içtihat uyuşmazlıklarına karşı; L431-6 hükmü ise bir ilke kararı gerektiren hâllere ilişkin olarak özel usûller öngörmektedir⁴⁴.

3. İçtihatları Birleştirme Kararlarının Değiştirilmesi ve Kaldırılması

Yargıtayın içtihatları birleştirme yolunu işletmesi gereken bir diğer hâl, Yargıtay Kanunu mad. 45/III hükmünde düzenlenmiştir. Yargıtay Kanunu mad. 45/III hükmü uyarınca; içtihatları birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de Yargıtay Kanunu mad. 45/I ve m. 45/II usûlüne tâbidir. Bu çerçevede, mahkemelerin gerekçe göstermek suretiyle içtihatları birleştirme kararına uymaması söz konusu olamaz⁴⁵. İçtihatları birleştirme kararlarının değiştirilmesi

43 Thomas, H., Putzo, H. ve Reichold, K. (2020). *Zivilprozessordnung*, 41. Auflage, München: Verlag C. H. Beck. § 511, Rn. 21. Alman hukukunda temyiz bakımından kabul edilen sistem ise izne bağlı temyiz sistemidir. Bu sisteme genel bir bakış için bkz. Kaplan, M. B. (2024). s. 27 vd. Yabancı hukuk sistemlerinde içtihatların birleştirilmesi hakkında ayrıca bkz. Pekcanitez, H. (2019). s. 390 vd.; Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 219 vd.

44 Bu konuda genel bir değerlendirme için bkz. <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2017/09/29/lharmonisation-de-la-jurisprudence-et-de-la-pratique-judiciaire> (Erişim Tarihi: 11/2/2025). Ayrıca bkz. Pekcanitez, H. (2019). s. 393.

45 Pekcanitez, H. (2019). s. 394.

ve kaldırılması da aynı usûle tâbi olacaktır. Daha açık bir ifadeyle, içtihatları birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması gereken hâllerde içtihatların birleştirilmesine ilişkin usûl işletilecektir.

İçtihatları birleştirme kararlarının değiştirilmesi ve kaldırılması ihtiyacı; sosyal hayatta, toplum görüş ve inanışlarında, bilimsel görüşlerde önemli değişiklikler olması, içtihatları birleştirme sırasında tartışılmamış ağır sakıncaların ortaya çıkması gibi nedenlerle ortaya çıkabilir⁴⁶.

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi ve kaldırılması bakımından da aynı usûlün işletilmesi gerekliliği tabii olup aksi takdirde, içtihatların birleştirilmesi bakımından öngörülen nitelikli usûlün ve kuralların etkisi önemli ölçüde azalabilecekti. Zira bu durumda, gerekçe gösterilmek suretiyle içtihatları birleştirme kararlarının aksine karar verilmesi söz konusu olabilecekti.

B. İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİNDE İZLENMESİ GEREKEN USÛL

İçtihatların birleştirilmesinde izlenmesi gereken usûlün temel çerçevesi, Yargıtay Kanunu mad. 15 ve mad. 45 hükümlerinde düzenlenmektedir. Yargıtay Kanunu mad. 15 hükmü uyarınca; Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse veya benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulunun görevidir. Yargıtay Kanunu mad. 16 hükmü uyarınca, Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk

46 Pekcanıtez, H. (2019). s. 394. Ayrıca bkz. ve karşı. Erzurumlu Işık, N. (2023). ss. 282-283.

Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevidir. O hâlde içtihatları birleştirme kararları bazı hâllerde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından; bazı hâllerde ise Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından verilecektir. Her hâlde, içtihatları birleştirme taleplerini inceleyen kurullar “içtihadı birleştirme kurulu” olarak toplanmaktadır⁴⁷.

Bu çerçevede medenî yargı bakımından mesele ele alınırsa Yargıtay hukuk daireleri yerleşmiş içtihadından dönmek isterlerse veya benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunurlarsa; bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla karara bağlamak Hukuk Genel Kurulu’nun görevidir⁴⁸.

İçtihat uyumsuzluğunun kapsamı hukuk dairelerini aşmış ise bu ihtimalde Yargıtay Büyük Genel Kurulu devreye girecektir. Bu çerçevede, içtihat uyumsuzluğu Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararlardan kaynaklanıyorsa yahut Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarına ilişkinse, içtihatları birleştirmek Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevidir⁴⁹.

Yargıtay Kanunu mad. 45/I hükmü uyarınca içtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurusu hâlinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur. Yargıtay Kanunu mad. 45/II hükmü

47 Bulut, U. (2024). ss. 204-205 ve s. 207, dn. 44; Güzel, A. (2023). s. 2002 vd.

48 Kuru, B. (2001). C. V, ss. 4947-4948; Kuru, B. ve Aydın, B. (2021). s. 1471.

49 Kuru, B. (2001). C. V, s. 4948 vd.; Kuru, B. ve Aydın, B. (2021). s. 1472.

uyarınca diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı şekilde başvuruları hâlinde, içtihatları birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir ve bu karar kesindir. Bu hüküm çerçevesinde içtihatların birleştirilmesini talep edebilecek kişi ve mercilere örnek olarak; ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri, avukatlar, barolar ve akademisyenler gösterilebilir⁵⁰.

Yargıtay Kanunu mad. 45/IV hükmü uyarınca; içtihatları birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır. İctihadı Birleştirme Kurulları, genel kurulların veya dairelerin kararlarındaki gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın sorunu başka bir görüşle karara bağlayabilir (Yargıtay Kanunu mad. 45/VII).

Yargıtay Kanunu mad. 7, mad. 41 ve mad. 42; Yargıtay İç Yönetmeliği mad. 15, mad. 16 ve mad. 28 hükümlerinde de toplanma ve karar yeter sayıları başta olmak üzere usûle ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede içtihatları birleştirme toplantılarında, birinci ve ikinci toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamaz ise üçüncü toplantıdaki üyelerin çoğunluğu ile karar verilir (Yargıtay Kanunu mad. 41/1, mad. 42/1; Yargıtay İç Yönetmeliği mad. 28/1). Oylama sırasında oylar ikiden çok görüş doğrultusunda dağılmış olursa, bir görüş üzerinde karar için yeterli oy sayısı gerçekleşmedikçe karar çıkmış sayılmaz; aynı işin sonraki görüşmesinin oylamasında da konunun karara bağlanmış sayılabilmesi için kurula katılan üyelerin çoğunluk oylarının bir görüş üzerinde birleşmiş olması zorunludur (Yargıtay İç Yönetmeliği mad. 28/2).

C. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

Yargıtay Kanunu mad. 45/V hükmü uyarınca, içtihatları birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Ge-

50 Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 286.

nel Kurullarını, Yargıtay dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Bu bağlayıcılık ileriye etkili olup, içtihatları birleştirme kararları kesinleşmiş mahkeme kararları bakımından etki doğurmaz⁵¹. Ancak henüz derdest olan davalarda içtihatları birleştirme kararı uygulama alanı bulacak olup içtihatları birleştirme kararı usûlî müktesep hak ile çatışsa bile uygulanacaktır, yani usûlî müktesep hakka istisna teşkil edecektir⁵².

Bağlayıcı olması yönüyle içtihatları birleştirme kararları; hâkimin sadece kanunlarla bağlı olduğu prensibinin istisnası olarak ifade edilmektedir⁵³. İçtihatları birleştirme kararlarının bu güçlü bağlayıcılığı nedeniyle, müesseseyi düzenleyen hükümlerin Anayasa'nın güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı prensiplerine aykırılığı ileri sürülmüş ise de Anayasa Mahkemesi bu talebi reddetmiştir⁵⁴. Zira, içtihatları birleştirme kararları bağlayıcı olsa da burada yasa koyma (yasama) işlemi ile eş tutulabilecek bir sürecin söz konusu olmadığı açıktır⁵⁵.

51 Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 292.

52 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 9/5/1960 tarihli ve 21/9 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes, M. (2024). ss. 550-551; Özkes, M. (2017). *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2191.

53 Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes, M. (2024). s. 98.

54 AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969. Bu karar doktrinde de desteklenmiştir. Örn. Bkz. Kuru, B. (2001). C. V, s. 4943.

55 Anayasa Mahkemesi de bu hususa açıkça vurgu yapmıştır: “İçtihadı birleştirme karar, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. Gerçekten, istem konusu yasa hükmü incelendiğinde görülür ki bir olayda uygulanacak olan hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka başka dâvalarda değişik biçimde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere içtihadı birleştirme kararı verilmesi yoluna gidilir. Demek ki içtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte, olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağı saptamak için verilir. Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yemlik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu

Anayasa Mahkemesi ilgili kararında, Yargıtayın görevini yapabilmesi için, verdiği kararların hiç değilse bir bölümünün mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerektiğine işaret etmiştir⁵⁶. Anayasa Mahkemesi ayrıca, içtihatları birleştirme kararlarının adalet duygusunun ve devlete güvenin korunmasındaki rolüne işaret ettikten sonra, bu kararların bağlayıcılığının yargı bağımsızlığı prensibiyle de çatışmadığını belirtmiş, içtihatları birleştirme kararlarının da güçlü gerekçelerle değiştirilebilmesi karşısında hukukun kalıplaştırıldığı iddiasını da yerinde görmemiştir⁵⁷.

İçtihatları birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur. Bu düzenleme, kararların bağlayıcılığını temin etmek için sevk edilmiştir⁵⁸. Yargıtay Kanunu mad. 58 hükmü uyarınca, içtihadı birleştirme kararları, Resmî Gazete’de yayımlanır.

İçtihatları birleştirme kararları mahkemeleri bağlasa da içtihat kapılarını kapatmamaktadır⁵⁹. Zira Yargıtay Kanunu mad. 45/3 hükmü çerçevesinde, mahkemeler gerekçesini belirtmek suretiyle içtihatları birleştirme kararlarının değiştiril-

nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme karar veren Yargıtay’ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa’nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez.”, AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969.

56 “Yargıtayın, gerek alt mahkemelerin verdikleri kararları denetlemek görevini, gerekse hukuk kurallarının yorumlanmasında birliği gerçekleştirmek, başka deyimle, çelişmeleri önleme görevini yapabilmesi için, verdiği kararların hiç değilse bir bölümünün mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerekmektedir. Gerçekten Yargıtay kararlarının hiç değilse bir bölümüne bağlayıcı nitelik tanınmayacak olursa, Yargıtay görüşünün benimsenmesi, mahkemelerin iradesine bağlı kalacak ve Yargıtay’ın durumu, danışma yolu ile karar veren bir yer olmaktan ileri gidemeyecektir.”, AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969.

57 AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969.

58 Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2024). s. 98.

59 Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2024). s. 98.

mesini veya kaldırılmasını isteyebilirler⁶⁰. Anayasa Mahkemesi de içtihatları birleştirme kurumunu düzenleyen hükümlere ilişkin olarak itiraz yoluna başvurulması üzerine, Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı yönünde verdiği kararında bu noktaya dikkat çekmiştir⁶¹.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İCTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İCTİHAT UYUMUNUNUN SAĞLANMASINA İLİŞKİN GENEL YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, kararlarında AİHM kararlarına da dayanmak suretiyle içtihat uyumunun önemine vurgu yapmakta ve Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi zorunluluğu bulunmasına rağmen bu mekanizmanın işletilmediği bazı hâllerde adil yargılanma hakkının, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, hukukî dinlenilme hakkının ve hukukî güvenlik ilkesinin ihlâl edildiğini belirtmektedir⁶².

60 Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes, M. (2024). s. 98.

61 “Bu kararların hukuku kalıplaştırdığı savı dahi, doğru değildir; zira, tartışma konusu 8. madde içinde içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi yolu gösterilmiştir. (Maddenin birinci fıkrasının A bendi ve üçüncü fıkrası.) Buna göre içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilemeyeceği görüşü de doğru görülmektedir. Gerçekten, güçlü gerekçeler gösterilerek içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi sağlanabilir ve bunun uygulanması da vardır.”, AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969. Ayrıca bkz. yuk. dn. 57.

62 “AİHM; hukuki güvenlik ilkesinin hukuki durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçladığını, aynı olaya ilişkin farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesinin toplumun yargısal sisteme olan güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğe yol açabileceğini belirtmiştir (Çelebi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 582/05, 9/2/2016, § 52/f)”, Aşır Tunç, B. No: 2015/17453, 22/1/2019. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına ilişkin olarak ayrıca bkz. Pekcanitez, H. (2019). s. 385 vd. “Somut olaya konu sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı çalışanlarının ilave tediye alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda yedi yıldan beri süren içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olması, Dairelerin ve buna bağlı olarak alt dereceli mahkemelerin vardıkları sonucun davaların somut özelliğinden kaynaklanmaması ve hukuki belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesi neticesinde uyumsuzluğun çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan

Anayasa Mahkemesi içtihat uyumunun hukukî güvenlik bakımından önemine vurgu yapmakla birlikte içtihat uyumunu çok katı şekilde değerlendirmemektedir. Özellikle, yargı organlarının önüne yeni gelen bir uyuşmazlığa ilişkin olarak başlangıçta farklı kararlar verilmesinin doğal olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bu durum esasen, yeni ortaya çıkan soruna ilişkin yaklaşımların çatışması ve hukukun gelişmesi bakımından faydalıdır. Meseleyi ilk ele alan kararın benimsediği yaklaşımın aynı şekilde takip edilmesini beklemek makûl bir düşünce olmayacağı gibi bireysel başvuru yolunun amacına da uygun olmayacaktır⁶³. Örneğin;

“Açtığı dava aleyhine sonuçlanan bir kimsenin aynı konuda, ancak farklı yönde verilmiş bir veya birkaç kararın varlığından hareketle adil yargılanmadığı sonucuna ulaşamaz. Farklı mahkemelerin görev alanına girebilen bir uyuşmazlık türü yoktur ki ilk başta birbiriyle çelişen kararların verilmesi ihtimali uzak olsun. Mahkemelerin benzer uyuşmazlıklarla ilgili olarak başlarda farklı kararlar vermesi işin tabiatı gereğidir. Esasen mahkemelerin ilk kez karşılaştıkları uyuşmazlıkla ilgili olarak farklı kararlar vermelerinde yadırganacak bir yön de yoktur. Önemli olan bu içtihat farklılıklarının müzminleşmesinin önlenbilmesidir.

Benzer durumda olan kişi veya kişilerle ilgili olarak lehe verilmiş bir veya birkaç kararın mevcudiyetinden yola çıkılarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi bir konuda ortaya çıkan farklı uyuşmazlıkların kaderinin bir mahkemenin kararına bağlanması anlamına gelir. Bu durumda da söz konusu uyuşmazlığa bakan farklı mahkemeler ilgilisi lehine karar veren mahkemenin görüşünü kabul etmeye zorlanmış olur ki Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında bu şekilde bir fonksiyonu bulunma-

kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.”, Yasemin Bodur, § 52. Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Yılmaz, E. (2021). s. 1521 vd. Ayrıca bkz. Alpaslan, M. E. (2023). s. 749 vd.

63 Alpaslan, M. E. (2023). s. 749.

maktadır.”⁶⁴. Anayasa Mahkemesi sonraki birçok kararında da bu yaklaşımını sürdürmüştür⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi kararlarında içtihat istikrarının öneme vurgu yapmakla birlikte, bu istikrarın hangi mekanizma ile sağlanacağı hususunda farklı şekillerde değerlendirilebilecek kararlar vermektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında⁶⁶ içtihatların birleştirilmesi müessesesine açıkça işaret etmekte iken, bazı kararlarında⁶⁷ ise içtihat uyumunun öneme vurgu yapmakla birlikte bu mekanizmanın işletilmesini zorunlu görmemektedir⁶⁸.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN İCTİHAT UYUMUNUN SAĞLANMASINA İLİŞKİN GENEL YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde içtihat uyumunun ne derece önemli olduğu hususunda bir tereddüt olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, içtihat uyumunun ne şekilde tesis edileceği hususunda ise aynı derecede yeknesak bir yaklaşım yoktur. Zira hemen yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında içtihatların birleştirilmesi müessesesine açıkça işaret etmekte iken, bazı kararlarında ise içtihat uyumunun öneme vurgu yapmakla birlikte bu mekanizmanın işletilmesini zorunlu görmemektedir⁶⁹.

Anayasa Mahkemesinin içtihat uyumuna ilişkin temel yaklaşımı, 2019 yılında verdiği bir kararında ortaya konulmuş-

64 *Selahattin Bayri*, §§ 51-52. Anayasa Mahkemesinin kararlarında ortaya koyduğu bu yaklaşımı doktrinde de desteklenmektedir (Pekcanitez, H. (2019). s. 386).

65 Örneğin bkz. *Yılmaz Özdemir*, B. No: 2019/12077, 14/12/2023, §§ 23-24; *Abütker Eser ve Diğerleri*, B. No: 2019/284, 13/12/2023, §§ 23-24.

66 *Yasemin Bodur*, § 52.

67 *Aşır Tunç*, § 58 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Alpaslan, M. E. (2023). ss. 750-751.

68 Alpaslan, M. E. (2023). ss. 750-751.

69 Bkz. yuk. II, A.

tur⁷⁰. Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımına dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil davasının Yargıtay tarafından müstakar içtihadın aksine sonuçlandırılması üzerine yapılan bu müracaatta ortaya konulan yaklaşım⁷¹, Yargıtay Kanununda kabul edilen prensipler çerçevesinde ayrıntılı şekilde değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi mezkûr kararında, içtihatların birleştirilmesi mekanizmasını açıkça zikretmeden, sadece bir olaya özgü olarak ortaya çıkan ve kabul edilebilir herhangi bir gerekçe ihtiva etmeyen içtihat değişikliğinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlâl ettiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararının medenî usûl hukuku açısından asıl önemi, içtihat istikrarı bakımından öngörülen asgarî standardın Yargıtay Kanunu'ndaki standardın altında olmasıdır; zira bu kararda içtihatların birleştirilmesi kurumunun işletilmesi temel hakların korunması bakımından açıkça bir zorunluluk olarak görülmemiş, içtihat değişikliğinin gerekçeli olup olmamasına ve keyfilik içerip içermemesine odaklanılmıştır⁷². Oysa Yargıtay Kanunu mad. 15/I, 2-c hükmü uyarınca Yargıtay dairelerinden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmelidir.

Bu noktada Yargıtay Kanunu'ndaki sistemin mi Anayasa Mahkemesi kararlarındaki daha esnek yaklaşımın mı esas alınması gerektiği önemli bir meseledir. Temel hakların korunması bakımından, Anayasa Mahkemesinin uygun gördüğü ve nispeten daha hafif olan standardın esas alınması yeterli kabul edilebilir ise de Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi gereken hâllerde Yargıtay Kanunu hükümlerine uygun şekilde içtihatların birleştirilmesi mekanizmasının işletilmesi yasal bir zorunluluktur⁷³. Aksi takdirde mevcut içtihatları bir-

70 Aşır Tunç, § 58 vd.

71 Aşır Tunç, § 58 vd.

72 Alpaslan, M. E. (2023). s. 751.

73 Alpaslan, M. E. (2023). s. 751. Ermenek de gerekli usûllere uyulmadan içtihat değiştirilmesinin hukukî güvenlik ilkesini zedeleyeceğini

leştirme kararlarının da aynı usul izlenmeden değiştirilmesi gibi kanuna aykırı ve hukuk güvenliğini ihlâl edebilecek bir uygulamanın ortaya çıkması riskiyle de karşılaşılabilir. Keza, içtihatları birleştirme mekanizması işletilmediği takdirde, içtihatları birleştirme kararlarına tanınan bağlayıcılık etkisi ortaya çıkmayacağından, ihlâl teşkil eden yönde kararlar verilmeye devam edilmesi de ihtimal dahilindedir⁷⁴.

Bu noktada Yargıtayın sadece ihlâl kararında ortaya konulan uyumsuzlukları değil, hukuk nizamında yer alan ve içtihat istikrarsızlığı teşkil eden diğer meseleleri de gözden geçirmesi ve Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi yoluyla çözümlenmesi gereken hâlleri bu mekanizma ile çözümlenmesi şarttır. Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi yoluyla çözümlenmesi gereken uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konulan ve daha esnek kabul edilebilecek yöntemle neticelendirilmesi uygun olmayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtayın sadece Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesini gerektiren uyumsuzlukları değil, diğer içtihat uyumsuzluklarını da hassasiyetle incelemesi gerekir. Bir diğer ifadeyle Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesini gerektirecek düzeyde istikrar kazanmamış olan içtihat uyumsuzluklarının da giderilmesi icap eder. Bu nitelikteki uyumsuzlukların giderilmesi noktasında ise Anayasa Mahkemesinin belirlediği esaslara uyulması uygun olacaktır. Bu çerçevede; içtihat uyumsuzluğu yaratabilecek kararlar verilirken, aynı konuya ilişkin önceki kararlar da dikkatle değerlendirilerek tatmin edici bir gerekçeye yer verilmelidir⁷⁵.

belirtmiştir (Ermenek, İ. (2013). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *MİHDER*, C. 9., S. 26., s. 47).

74 Alpaslan, M. E. (2023). ss. 758-759.

75 Bkz. yuk. dn. 7.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİNE ETKİLERİ

1. İctihatları Birleştirme Kararlarının Sıklaşması

Anayasa Mahkemesi kararlarının içtihatları birleştirmeye yöneltme fonksiyonu, bireysel başvuru kararlarının objektif etkilerinin ve objektif işlevinin temel bir görünümüdür⁷⁶. Bireysel başvuru yolunun işlerlik kazanmasından ve Anayasa Mahkemesinin içtihat uyumunun önemine dikkat çektiği kararlarından sonra, Yargıtay nispeten daha sık içtihatları birleştirme kararları vermeye başlamıştır⁷⁷.

Bu çerçevede 2018 yılında kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin avalde uygulanmayacağı yönünde içtihatları birleştirme kararı verilmiştir⁷⁸. Yine 2018 yılında, çocukların anne ve babaya destek olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği ve desteklik ilişkisinin varlığının ispat edilebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağı yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁷⁹.

76 Bireysel başvuru yolunun (anayasa şikâyetinin) objektif işlevi, objektif anayasa hukukunun korunması, yorumlanması ve geliştirilmesidir (Marsch, N. (2012). "Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 137., s. 593 vd.; Schumann, E. (1963). *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin: Duncker&Humblot, s. 99 vd.) Medenî usûl hukuku çerçevesinden bireysel başvuru yolunun objektif işlevi ise, objektif anayasa hukukunun medenî yargı sahasında korunmasını temin etmektir (Alpaslan, M. E. (2023). s. 28). Objektif işlev, bireysel başvuru yolunun objektif etkileri ile gerçekleşmekte olup, "objektif etki" ile kastedilen ise Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının somut başvurunun sınırlarını aşan global etkileridir. Objektif etki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpaslan, M. E. (2023). s. 749 vd.; Alpaslan, M. E. (2022). Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Objektif Etkileri, içinde Erkmen Ö. (Ed.), *International Istanbul Modern Scientific Research Congress-IV Proceedings Book* (ss. 260-273), İstanbul: IKSAD Publishing House, s. 260 vd.

77 Alpaslan, M. E. (2023). s. 753 vd.; Alpaslan, M. E. (2022). ss. 268-269. 1926 yılından itibaren istatistikler için bkz. Pekcanıtez, H. (2019). s. 388; Yılmaz, E. (2000). s. 9. Medenî usûl hukukuna ilişkin içtihatları birleştirme kararlarına genel ve toplu bir bakış için bkz. Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 327 vd.

78 Yargıtay İctihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 20/4/2018 tarihli ve 4/5 sayılı kararı.

79 Yargıtay İctihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22/6/2018 tarihli ve 5/6 sayılı kararı.

2019 yılında, zamanaşımına uğrayan bonoda yer alan vade tarihinin temerrüde esas alınamayacağı yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸⁰.

Sonraki yıllarda da içtihatları birleştirme kararları verilme-ye devam etmiş olup; 2020 yılında, sigorta tahkim komisyo-nu itiraz hakem heyetinin 20.07.2016 tarihinden sonra itiraz üzerine verilen kararlarının temyiz kanun yoluna tâbi olduğu yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸¹. Yine aynı yıl; muhatabın bilinen en son adresine çıkartılan tebligatın iade edilmesi ve adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bu adresten farklı olması hâlinde adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine “Mernis adresi” şerhi verilerek Tebligat Kanunu mad. 21/2 hükmü uyarınca doğrudan tebligat çıkartılmasının yeterli olduğu, öncelikle bu adrese normal bir tebligat çıkarılmasının gerekmediği yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸².

2021 yılında, kooperatiflerin/yapı kooperatiflerinin Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticaret şirketi sayılacakları yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸³.

2022 yılında; borçlunun vekil marifetiyle icra takibine itiraz ettiğinde, duran takibin devamını sağlamak için alacaklının açacağı itirazın iptali davasında, dava dilekçesinin vekile değil asıla tebliğ edilmesi gerektiği yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸⁴. Yine aynı yıl; ifa zamanı gelmemiş bir alacak için açılmış davada, mahkemece ifa zamanının henüz gelmediği gerekçesiyle davanın usûlden reddine karar verilmesi gerektiği yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸⁵.

80 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 25/12/2019 tarihli ve 1/8 sayılı kararı.

81 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 19/06/2020 tarihli ve 4/1 sayılı kararı.

82 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 20/11/2020 tarihli ve 2/3 sayılı kararı.

83 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 12/11/2021 tarihli ve 2/3 sayılı kararı.

84 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 03/6/2022 tarihli ve 1/3 sayılı kararı.

85 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 18/2/2022 tarihli ve 5/1 sayılı kararı.

2023 yılında; rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambiyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla, borçlu aleyhine tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile aynı anda ve sıra gözetilmeksizin hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile hem de kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılamayacağı yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸⁶. Yine 2023 yılında; hukuk davalarında, hükümde kanun yolu süresinin hatalı gösterilmesi hâlinde, hatalı gösterilen kanun yolu süresi içerisinde yapılan kanun yolu başvurusunun incelenebileceği yönünde içtihatlar birleştirilmiştir⁸⁷. Bu konuda verilen içtihatları birleştirme kararı ile, hem bazı dairelerin Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararlarına uygun olmayan şekilde hareket etme riski ortadan kaldırılmış hem de Yargıtay Kanunu mad. 15 ve mad. 16 hükümlerine uygun hareket edilmiştir⁸⁸.

Netice olarak medenî yargıya ilişkin olan içtihatları birleştirme kararlarına bakıldığında; 2018 yılında iki, 2019 yılında bir, 2020 yılında iki, 2021 yılında bir, 2022 yılında iki ve 2023 yılında iki karar verilmiş olup 2024 yılında ise içtihatları birleştirme kararı verilmemiştir. Yargıtay bu süreçte, bazı içtihatları birleştirme taleplerini ise içtihat uyumsuzluğunun istikrar kazanmamış olması nedeniyle reddetmiştir⁸⁹.

Alman hukukunda da mahkemelerin hukuk kurallarının yorumlanmasında birliği sağlama görevlerini yerine getirmeleri durumunda anayasa şikâyeti ile bu duruma müdahale

86 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 20/1/2023 tarihli ve 2/1 sayılı kararı.

87 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28/4/2023 tarihli ve 5/2 sayılı kararı.

88 Ayrıca bkz. aşa. II, C. 2.

89 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 28/6/2019 tarihli ve 3/4 sayılı kararı; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 16/10/2020 tarihli ve 4/2 sayılı kararı; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 16/4/2021 tarihli ve 3/1 sayılı kararı; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22/10/2021 tarihli ve 3/2 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Alpaslan, M. E. (2023). ss. 753-754.

edilebilmektedir⁹⁰. Anayasa şikâyetinin düzenleniş gayelerinden biri de esasen budur⁹¹.

2. Uygulama Değişikliklerine Yönelme

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda verdiği kararların bir diğer etkisi, içtihatları birleştirme mekanizması işletilmeksizin bazı uygulama değişikliklerine yönelme yönünde olmuştur⁹². Zira, tüm mahkemeler Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olaya benzer olaylarda, Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konan esaslara uymak zorundadır (Anayasa m. 153/VI; AYMK m. 66/1, c. 2)⁹³.

Her ne kadar ihlâl kararı verilen süreç başka bir mahkeme-de cereyan eden bir yargılamaya veya aynı mahkemenin başka bir dosyasına ilişkin olsa da verilen ihlâl kararının dayandığı ilkelere aykırı olan bir kararın verilmemesi gerekir. Zira, bireysel başvuru kararlarının yüklediği bir sorumluluk da benzer ihlâllerin önüne geçmek olup aksi yönde bir uygulama hukukî güvenlik ilkesini zedeleyeceği gibi süreç, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararı vermesiyle neticelenebilecektir⁹⁴. Aynı türden ihlâllerin tekrar edilmesi, Anayasa Mahkemesince ihlâlin tespit edilmesini anlamsızlaştıracak olup kararların

90 Küpper, H. (2018). Die Beziehung der Verfassungsgerichtsbarkeit und den Obergerichten in Deutschland, içinde Küpper H. ve Vincze A. (Eds.), *Verfassungsgerichte und Obergerichte in Mitteleuropa* (ss. 9-38), Berlin: Peter Lang, s. 18; Alpaslan, M. E. (2023). ss. 754-755. Alman hukukunda anayasa şikâyeti müessesesi hakkında ayrıca bkz. Pekcanitez, H. (2016). Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, *Makaleler*, C. I., s. 211 vd.

91 Zuck, R. (2017). *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 5. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, Rn. 155.

92 Alpaslan, M. E. (2023). s. 755 vd.

93 Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 258; Ermenek, İ. (2013). s. 42; Alpaslan, M. E. (2023). s. 755 vd.

94 Karan, U. (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, ss. 12-13.

gücünü, adalet duygusunu ve kamu gücünün meşruiyetini de zedeleyecektir⁹⁵. Bu noktada Yargıtayın ve diğer derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararları karşısında kendi sahalarını savunma refleksiyle hareket etmemesi önem arz etmektedir⁹⁶. Geliştirilmesi gereken refleks, yargılamanın ve kararların Anayasa'ya uygunluğunu temin etme refleksi olmalıdır⁹⁷.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, bu etkinin de gözlemlenmeye başlandığı saptanabilir⁹⁸. Örneğin munzam zarara ilişkin uygulamada⁹⁹, çocuğun annenin soyadını alabilmesi hususunda¹⁰⁰, kanun yoluna müracaat süresinin mahkemece

95 Doğru, O. (2013). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yayınevi, s. 92; Alpaslan, M. E. (2023). s. 755.

96 Göztepe, E. (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95., s. 38; Alpaslan, M. E. (2023). s. 756.

97 Küpper, H. (2018). s. 32; Alpaslan, M. E. (2023). s. 756. Ayrıca bkz. Direnisa, E. (2019). "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvurularda Uyguladığı ve Yorumladığı Medenî Usûl Hukuku Kuralları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17., S. 198., ss. 2425-2426.

98 Alpaslan, M. E. (2023). s. 755 vd.

99 "Dairemizce uzun yıllar munzam zararın varlığını davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilip uygulanmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu, 21.12.2017 gün ve 2014/2267 sayılı başvuru nolu karara konu uyumsuzlukta, başvurusunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu tesbite rağmen derece mahkemelerinin başvurusunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurusunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı gözönünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir.", Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 4/3/2019 ve 1494/932 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

100 "Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih

hatalı gösterilmesinin¹⁰¹ veya kanun yoluna müracaat süresi- nin başlangıç anının yanlış gösterilmesi¹⁰² hâllerine ilişkin uy-

ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.", Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 21/10/2019 ve 6722/10404 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

101 "Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarıda yer verilen ve diğer birçok kararında bu gibi hâllerde, temyiz istemini süre yönünden reddeden uygulamanın öngörülebilirlik sınırları içinde olduğunun kabul edilemeyeceğini, mahkeme kararında gösterilen süre içinde temyiz yoluna başvurulduğu dikkate alınmadan temyiz talebini süre yönünden reddeden kararın mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediği ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (Muammer Tatar, B. No: 2014/819, 09.06.2016, § 51, Kommersan Kombassan Mernner Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri, B. No: 2013/7114, 20.01.2016, § 56, Alper Aldemir, § 48, Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2012/855, 26.06.2014, § 49).", Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30/03/2021 ve 768/361 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

102 "Temyize konu olayda, 24.02.2017 tarihli tefhimin yukarıda açıklanan nitelikte bir tefhim olduğundan bahsedilemez. Kaldı ki; yerel mahkemece kararında kararın taraflara tebliğinden itibaren 2 hafta süre içerisinde ... Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde istinaf yolu açık olacağı yazılmıştır. Karar, davacı vekiline 03.04.2017 tarihinde tebliğ edilmiş olup, tebliğ alan davacı 3.kişi vekili de 06.04.2017 tarihinde istinaf yoluna başvurmuştur. Mahkemece "tebliğinden itibaren" denilmek suretiyle istinaf süresi konusunda tarafları yanıltacak şekilde hüküm oluşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 20/1/2016 gün, 2013/7114 başvuru numaralı kararında da belirtildiği üzere kararda temyiz süresinin hatalı gösterilerek hukuki belirsizliğe yol açılması, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. 6100 sayılı HMK'nın 297/1-

gulamada, Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun değişiklikler olmuştur.

Kanun yoluna müracaat süresinin mahkemece hatalı gösterilmesi durumunda, bu süreye itimat eden kişinin korunmasına ilişkin Yargıtay kararları isabetli olsa da Yargıtayın bu meseleyi içtihatları birleştirme kararı ile nihayete erdirmemesi, önceki istikamette hatalı kararlar verilmesine devam edilmesine de neden olmuştur¹⁰³. Nihayet 2023 yılında; hukuk davalarında, hükümde kanun yolu süresinin hatalı gösterilmesi hâlinde, hatalı gösterilen kanun yolu süresi içerisinde yapılan kanun yolu başvurusunun incelenebileceği yönünde içtihatlar birleştirilmiştir¹⁰⁴. Esasen bu durum da Yargıtayın Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatları birleştirmesinin önemini ortaya koymaktadır¹⁰⁵.

Derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konulan ilkelere uygun hareket etmesi ve genel olarak uygulamasının temel haklarla bağdaşmasına özen göstermesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin derece mahkemesi kararlarına müdahale etme gerekliliği de daha nadir olarak ortaya çıkabilecektir¹⁰⁶.

Alman hukukunda da Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar mahkeme uygulamalarını önemli ölçüde etkilemekte olup; Federal Anayasa Mahkemesi, medenî usûl huku-

ç maddesi ve Anayasa'nın 40. maddesi hükümlerine göre de kararda yasa yolu, süresi, mercii ve şeklinin açıkça gösterilmesi gerekmektedir.", Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 03/05/2018 ve 8477/12107 sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

103 Alpaslan, M. E. (2023). ss. 758-759.

104 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28/4/2023 tarihli ve 5/2 sayılı kararı.

105 Ayrıca bkz. yuk. dn. 87, dn. 88.

106 Kunig, P. (2011). Anayasa Şikâyeti ve Yargı Sistemi Üzerindeki Etkileri – Almanya Deneyimi, Deniz D. (Çev.), içinde Ergül, O. (Ed.), *Uluslararası Sempozyum, Ankara 19-20 Mart 2010: Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim: Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri* (ss. 321-338), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 338; Alpaslan, M. E. (2023). s. 757.

kuna ilişkin çok önemli noktalarda Federal Mahkemenin kararlarının aksi yönde esaslar benimsemiş ve yürürlükteki usûl hukukunu çok yoğun bir biçimde etkilemiş ve geliştirmiştir¹⁰⁷.

3. İçtihatları Birleştirme Kararlarının Denetlenbilmesinin Sağlanması

Türk hukukunda içtihatları birleştirme kararlarının başka bir mahkeme tarafından doğrudan denetlenmesine imkân veren bir mekanizma olmasa da bireysel başvuru yolu içtihatları birleştirme kararlarının da temel haklara uyum yönünden denetiminde kullanılabilecektir¹⁰⁸. İçtihatları birleştirmeye ilişkin kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluna müracaat edildiğinde tartışılan gerekçelerden birinin bu olması¹⁰⁹, söz konusu işlevin aslında ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

İçtihatları birleştirme kararları Anayasa Mahkemesi tarafından doğrudan denetlenememekle birlikte, içtihatları bir-

107 Arens, P. (1990). Der Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Zivilprozeßrecht, içinde 40 Jahre Grundgesetz, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 87; Alpaslan, M. E. (2023). s. 767.

108 Alpaslan, M. E. (2023). s. 754. Karş. Erzurumlu Işık, N. (2023). ss. 324-325.

109 "Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile güçler ayrılığı ilkesi uyarınca hiçbir organın sınırsız işlem yapma yetkisi olmadığı gibi, organların işlemleri denetime bağlanmıştır ve bütün organlar işlemlerinde kazanılmış haklara saygı göstermekle ödevlidirler; oysa içtihadı Birleştirme Kararı denetlenemez, onun iptali için başvurma yolu yoktur, çıktığı tarihten çok önce geçmiş olan olaylara dahi herhalde uygulanır. Böylece içtihadı birleştirme kararlarına dayanak olan yasa hükmü, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile güçler ayrılığı ilkesine dahi aykırı bulunmaktadır.", AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969. Bu gerekçenin Anayasa Mahkemesi'nce uygun bulunmadığı belirtilmelidir: "Denetleme konusuna gelince: Anayasa'mız hukuk devleti ilkesini benimsemiş olması dolayısıyla yasama işlemlerini ve idare işlemlerini yargı denetimine ve yine alt mahkemelerin kararlarını da, kural olarak, yüksek mahkemelerin denetimine bağlı tutmuş ise de yüksek mahkeme kararları için başka bir denetim yeri öngörmüş değildir. Anayasa'nın 114., 149., 151. maddeleriyle 139., 140., 141. ve 152. maddelerinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuç budur. İmdi, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarını denetleyecek başka bir yerin bulunmayışının Anayasa'ya aykırılığı savı da, doğru sayılamaz.", AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969.

leştirme kararları mahkemeleri bağlayacağı için (Yargıtay Kanunu m. 45/V), içtihatları birleştirme kararlarının ilgili olduğu bir meseleyi bu karar doğrultusunda çözen derece mahkemesinin kararına karşı, başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yoluna müracaat edilebilecektir. Bu ihtimalde, temel hak ihlâlinin içtihadı birleştirme kararının izlenmesinden kaynaklanmış olması hâlinde ise, içtihatları birleştirme kararları da dolaylı olarak denetlenmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin içtihatları birleştirme kararındaki yaklaşımın temel haklara aykırı olduğunu ortaya koymasından sonra, bu içtihatları birleştirme kararının bağlayıcılığının sürdüğünü kabul etmek mümkün değildir (Anayasa m. 153/VI). Bu hâllerde Yargıtayın Yargıtay Kanunu m. 45/III hükmü çerçevesinde içtihatları birleştirme kararını değiştirmesi, uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin engellenmesi bakımından uygun olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin içtihatları birleştirme kararlarını dolaylı olarak denetlemesi, temel haklarla bağdaşan içtihatları birleştirme kararlarının da bu yönünün tespitini sağlayabilecektir.

4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının İctihatların Birleştirilmesi ve Uyumlaştırılması Bakımından Beklenen Diğer Etkileri

Anayasa Mahkemesinin, içtihatlarda hukukî belirsizlik yaratacak ölçüde farklılık bulunmasının ihlâl teşkil edeceğini ortaya koymasından sonra Yargıtayın hâlihazırda ortaya çıkmış olan müstakar içtihat uyumsuzluklarını kendiliğinden tespit ederek bu uyumsuzlukları en kısa sürede ve Yargıtay Kanunu uyarınca içtihatları birleştirme yoluyla gidermesi gerekmektedir¹¹⁰.

Bu noktada belirtilmelidir ki hemen her alanda içtihatların birleştirilmesi gerekliliği olan meseleler vardır. İcra huku-

110 Alpaslan, M. E. (2023). s. 752.

ku alanına bakıldığında örneğin, istihkak davasında verilen hükmün kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı meselesine ilişkin olarak farklı yönlerde müstakar kararlar vardır¹¹¹. İcra hukukuna ilişkin olarak, içtihatların birleştirilmesi lüzumu olan hususlara verilebilecek bir başka örnek, kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte imzaya itiraz hâlinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu mad. 209 hükmünün mü İcra ve İflâs Kanunu mad. 170 hükmünün mü uygulanması gerektiği meselesidir¹¹².

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, içtihatların birleştirilmesi gereken hâllerin tespit edilerek bu uyumsuzluğun içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi gerekmekte olup yakın gelecekte içtihatları birleştirme taleplerinde ve kararlarında bir artış beklenmektedir. Keza söz konusu eğilim, içtihatların birleştirilmesi gerekliliğinin ortaya çıkma sıklığını da azaltabilecektir. Daha açık bir ifadeyle, Yargıtay dairelerinin kendi kararları ve diğer dairelerin kararlarını daha özenli bir biçimde takip ederek, içtihat istikrarsızlığı teşkil edecek ve içtihatların birleştirilmesini gerektirecek uygulamalardan imtina etmesi de beklenmektedir¹¹³.

Öte yandan, Yargıtay uygulaması çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi mekanizmasının işletilebileceği bir içtihat

111 Alpaslan, M. E. (2023). s. 752. Meseleye ilişkin tartışmalar için bkz. Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özekes, M. (2024). *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 207 vd.

112 Erdönmez, G. (2017), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha, s. 1804. Konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Kuru, B. (2013). *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 800 vd.; Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2014). *İcra ve İflâs Hukuku*, 28. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 363, dn. 16; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2024). *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 446-447; Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özekes, M. (2024). s. 288; Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan E. (2024). *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 395; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 375.

113 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bulut, U. (2024). s. 228 vd.

uyumsuzluğu olmasa bile, ilkesel olarak tutarlı kararlar verilmesi gereken farklı hukukî meselelerde müstakar şekilde çelişkili kararlar verilmesi de hukukî güvenlik ilkesini zedeleyecektir. Bu tip hâllerde de Yargıtayın Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu nispeten daha esnek çerçevede uyumu sağlaması önemlidir. Bu noktada arzu edilebilecek diğer bir etki ise içtihatların birleştirilmesi mekanizmasının işletilebilmesi için gerekli olan istikrar kazanmış içtihat uyumsuzluğunun daha esnek şartlarda değerlendirilmesidir.

Yine içtihat uyumunun önemi nazara alındığında, içtihat uyumsuzluğu alenileşmeden evvel gidermeye dönük *a priori* bir mekanizmanın düzenlenmesi yerinde olacaktır¹¹⁴. Bu çerçevede, içtihat merkezli bir yüksek yargı incelemesi yapılması, dosyaların temeldeki hukukî probleme göre tasnif edilmesi, konu ile ilgili içtihatların taranması ve ilkesel olarak içtihadın takip edilmesi uygun olacaktır¹¹⁵. Bu doğrultuda, içtihadın mevcut olduğu alanlara ilişkin dosyalar ile içtihadın oluşmadığı alanlara ilişkin dosyaların bir sistem dahilinde ayrılarak, içtihat eksenli bir sistem tesis edilmesi gereklidir¹¹⁶.

Farklı yargı kolları arasındaki içtihat uyumsuzluğunun giderilmesi için ise Alman hukukunda olduğu gibi farklı yüksek mahkeme temsilcilerinden müteşekkil üst bir organın oluşturulması uygun olabilecektir¹¹⁷.

SONUÇ

İçtihat istikrarı, hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önemli olup hukuk devleti prensibinin bir gereğidir. Şüphesiz yeni bir mesele ile karşılaşıldığında bir süre farklı kararlar verilmesi tabii ve hukukun gelişimi bakımından faydalı ise de

114 Pekcanitez, H. (2019). s. 391. Ayrıca bkz. Bulut, U. (2024). s. 228; Erzurumlu Işık, N. (2023). s. 222.

115 Bulut, U. (2024). s. 231.

116 Yılmazoğlu, Y. E. (2023). "Temyiz İncelemesinde "İçtihat Eksenli" Yaklaşım ve Danıştay İçin Çözüm Önerileri", *Danıştay Dergisi*, S. 156., s. 79 vd.

117 Özkes, M. (2024). s. 80; Bulut, U. (2024). s. 231.

kökleşmiş farklı uygulamaların yaygınlaşmaması ve bu farklılıkların uygun usûllerle yeknesaklaştırılması icap eder.

Yargıtayın içtihat istikrarsızlığını engellemesinin kanunî bir zorunluluk olduğunda tereddüt etmemek gerekirse de, özellikle Anayasa Mahkemesinin içtihat istikrarının önemine vurgu yaptığı ihlal kararları üzerine gerekli değişikliklerin yapılması, Anayasa’da hükme bağlanmış olan “Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı” prensibinin de bir gereğidir.

Anayasa Mahkemesi, içtihat uyumunun sağlanması noktasında içtihatların birleştirilmesi mekanizmasının işletilmesini her zaman zorunlu görmemektedir. Bu çerçevede, adil yargılanma hakkının ve hukukî güvenlik ilkesinin ihlâl edilmemesi için içtihattan dönülürken gerekçe sunulmasını ve keyfî olarak içtihattan dönülmemesini yeterli kabul etmektedir.

Yargıtayın sadece ihlâl kararında ortaya konulan uyumsuzlukları değil, hukuk nizamında yer alan ve içtihat istikrarsızlığı teşkil eden diğer meseleleri de gözden geçirmesi ve Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi yoluyla çözümlenmesi gereken hâlleri bu mekanizma ile çözümlemesi şarttır. Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesi yoluyla çözümlenmesi gereken uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konulan ve daha esnek kabul edilebilecek yöntemle neticelendirilmesi uygun olmayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtayın sadece Yargıtay Kanunu çerçevesinde içtihatların birleştirilmesini gerektiren uyumsuzlukları değil, diğer içtihat uyumsuzluklarını da hassasiyetle incelemesi gerekir. Bu nitelikteki uyumsuzlukların giderilmesi noktasında ise Anayasa Mahkemesinin belirlediği esaslara uyulması uygun olacaktır. Bu çerçevede, emsal kararlardan ayrılırken de ikna edici bir gerekçe sunulması önem arz etmektedir.

Bireysel başvuru yolu yürürlüğe girdikten ve Anayasa

Mahkemesinin içtihat istikrarının önemine dikkat çektiği kararlarından sonra, Yargıtay nispeten daha fazla içtihatları birleştirme kararı vermeye başlamıştır. Bu eğilim oldukça olumlu olup güçlenerek sürdürülmesi ümit edilmektedir. Yine içtihatları birleştirme kararları haricinde, Yargıtayın Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde uygulama değişikliklerine gittiği örnekler de yaygınlaşmıştır.

Bireysel başvuru yolunun bir diğer etkisi ise, içtihatları birleştirme kararlarının dolaylı da olsa denetlenmesini sağlayabilmesidir. Mahkeme kararındaki temel hak ihlâlinin içtihatları birleştirme kararının izlenmesinden kaynaklanmış olduğunun Anayasa Mahkemesince tespiti hâlinde, içtihatları birleştirme kararının bağlayıcılığının sürdüğünü kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda Yargıtayın Yargıtay Kanunu mad. 45/III hükmü çerçevesinde içtihatları birleştirme kararını değiştirmesi, uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin engellenmesi bakımından uygun olacaktır.

İçtihat uyumunun önemi nazara alındığında, içtihat uyumsuzluğu alenileşmeden evvel gidermeye dönük *a priori* bir mekanizmanın düzenlenmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKKAN, Mine (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ALPASLAN, Mehmet Emin (2023). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ALPASLAN, Mehmet Emin (2022). Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Objektif Etkileri, içinde Erkmen, Osman (Ed.), *International Istanbul Modern Scientific Research Congress-IV Proceedings Book* (ss. 260-273), İstanbul: IKSAD Publishing House.
- ARENS, Peter (1990). Der Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Zivilprozeßrecht, içinde *40 Jahre Grundgesetz, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung* (ss. 87-111), Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema ve HANAĞASI, Emel (2023). *Medenî Usul Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema ve HANAĞASI, Emel (2024). *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin (2024). *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin (2024). *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları.
- AYDOĞDU, Yasin (2023). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Gereğinin Yerine Getirilmesi Üzerine Denetim Mekanizması Önerisi: "Anayasa Mahkemesi İcra Kurulu"", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 18., S. 200., ss. 25-37.

- BİLGE, Necip (1974). Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihat Birleştirme Kararları, *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan* (ss. 217-283), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- BUDAK, Ali Cem ve KARAASLAN, Varol (2021). *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi.
- BULUT, Uğur (2024). "Yüksek Yargı Organları Arasında İçtihat Birliğinin Sağlanması", *Adalet Dergisi*, S. 73., ss. 199-239.
- DİRENİSA, Efe (2019). "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvurularda Uyguladığı ve Yorumladığı Medenî Usûl Hukuku Kuralları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17., S. 198., ss. 2421-2495.
- DOĞRU, Osman (2013). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yayınevi.
- DONZALLAZ, Yves (2022). *Commentaire de la LTF*, 3e édition, Bern: Stämpfli Verlag.
- EDİS, Seyfullah (1993). *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- ERDOĞAN, Ersin ve ERZURUMLU IŞIK, Nurbanu (2022). Em-sal Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı, içinde *Prof. Dr. Selçuk Öztekin'e Armağan* (ss. 1151-1181), İstanbul: Filiz Yayınevi.
- ERDÖNMEZ, Güray (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha.
- FEILCKE, Burkhard (2023). *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßsordnung*, 9. Auflage, München: Verlag C. H. Beck
- ERMENEK, İbrahim (2013). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *MİHDER*, C. 9., S. 26., ss. 3-55.

- ERZURUMLU IŞIK, Nurbanu (2023). *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- GÖRGÜN, L. Şanal, BÖRÜ, Levent ve KODAKOĞLU, Mehmet (2022). *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖZTEPE, Ece (2016). “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı*, C. 33., ss. 93-118.
- GÖZTEPE, Ece (2011). “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95., ss. 13-40.
- GÜNDOĞDU, Süleyman Burak (2021). *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- GÜZEL, Ali (2023). “İçtihat Uyuşmazlığı Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali”, *Çalışma ve Toplum*, S. 2023/3., ss. 1993-2042.
- HANAĞASI, Emel ve HASIRCI, Hakan (2023). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukuna Etkileri, içinde Pekcanitez, Hakan ve Özekes, Muhammet (Eds.), *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci* (ss. 329-457), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- IŞIKLAR, Celal (2013). “İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14., ss. 467-500.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- KAPLAN, Mikail Bora (2024). *Medenî Usûl Hukukunda Bozma Kararının Sonuçları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KARAN, Ulaş (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi.
- KAYHAN, Fahrettin (1999). "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İhtihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1999/2., ss. 341-363.
- KUNIG, Philip (2011). Anayasa Şikâyeti ve Yargı Sistemi Üzerindeki Etkileri – Almanya Deneyimi, Dursun, Deniz (Çev.), içinde Ergül, Ozan (Ed.), *Uluslararası Sempozyum, Ankara 19-20 Mart 2010: Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim: Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri* (ss. 321-338), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- KURU, Baki (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, İstanbul: Demir Demir Yayınevi.
- KURU, Baki (2013). *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KURU, Baki (1977). *İctihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan ve YILMAZ, Ejder (2014). *İcra ve İflas Hukuku*, 28. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KURU, Baki ve AYDIN, Burak (2021). *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KÜPPER, Herbert (2018). Die Beziehung der Verfassungsgerichtsbarkeit und den Obergerichten in Deutschland, içinde Küpper, Herbert ve Vincze, Attila (Ed.), *Verfassungsgerichte und Obergerichte in Mitteleuropa* (ss. 9-38), Berlin: Peter Lang.

- MARSCH, Nikolaus (2012). “Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 137., ss. 592–624.
- ÖZEKES, Muhammet (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÖZEKES, Muhammet (2024). “Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî ve İdari Yargıya Bakış ve Değerlendirme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 23., ss. 1-50.
- ÖZKAN, Gürsel (2023). Mukayeseli Hukukta İçtihat Farklılığının Giderilmesi, İdari Uyuşmazlıklarda Hızlandırma Müesseseleri ve Türk İdari Yargısı İçin Öneriler, içinde 155. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (ss. 75-149), Ankara: Danıştay Yayınları.
- ÖZTEK, Selçuk (2021). *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- PEKCANİTEZ, Hakan (2016). Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, içinde *Makaleler*, C. I., (ss. 211-243), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- PEKCANİTEZ, Hakan (2019). “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 144., ss. 383-419.
- PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet (2024). *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 12. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral ve ÖZEKES, Muhammet (2024). *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- SCHUMANN, Ekkehard (1963). *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin: Duncker&Humblot.

- SPUHLER, Karl (2013). *Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen: DIKE Verlag.
- TANRIVER, Süha (2021). *Medenî Usûl Hukuku*, C. I., 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları.
- TAŞDELEN, Okan (2016). “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., ss. 987-1024.
- THOMAS, Heinz, PUTZO, Hans ve REICHOLD, Klaus (2020). *Zivilprozessordnung*, 41. Auflage, München: Verlag C. H. Beck
- YILMAZ, Ejder (2021). Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları), içinde *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan* (ss. 1517-1554), İstanbul: Filiz Yayınevi.
- YILMAZ, Ejder (2000). “İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, içinde *Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII* (ss. 3-30), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre (2019). “İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13., ss. 551-662.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre (2023). “Temyiz İncelemesinde “İçtihat Eksenli” Yaklaşım ve Danıştay İçin Çözüm Önerileri”, *Danıştay Dergisi*, S. 156., ss. 65-135.
- ZEYBEK, Ali Cavit (1988). “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, *Danıştay Dergisi*, S. 68-69., ss. 46-109.
- ZUCK, Rüdiger (2017). *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 5. Auflage, München: Verlag C.H. Beck.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2017/09/29/lharmonisation-de-la-jurisprudence-et-de-la-pratique-judiciaire> (Erişim Tarihi: 11/2/2025)



KURAMDAN UYGULAMAYA ÖLÇÜLÜLÜK İNCELEMESİ: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN KARARLARI ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

*A Study on Proportionality Review from Theory to Practice:
Philosophical and Legal Evaluations of the Turkish Constitutional
Court's Decisions on Property Rights*

Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN*
Markus Johannes Theodorus SCHRIJER**

ÖZET

Makalede öncelikle ölçülülük ilkesinin kuramsal boyutu sorgulanmaktadır. Kuramsal boyutta ortaya atılan soru işareti ve bulgular üzerine Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı kararlarındaki tutumu tahlil edilmektedir. Adil denge arayışında mülkiyet hakkının diğer haklara nazaran matematiksel açıdan daha belirgin olduğu varsayımından hareketle ölçülülük ilkesinin kuramsal sorgulamasından sonra Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkındaki kararları uygulama örneği olarak tercih edilmiştir.

Kuramsal sorgulamada ölçülülük ilkesinin terminolojik boyutu ve öznel problem üzerinde durulmuştur. Terminolojik boyutta ölçülülük ilkesinin tarihsel gelişimi dikkate alınarak ölçülülüğe işaret eden kelimeler ele alınmaktadır. Öznel problemde, insan haklarına getirilecek sınırlamada yoğun olarak tartışılan orantılılık testinde objektif olunabilirlik tahlil edilmektedir. Ölçülülük ilkesine ilişkin uygulama

* Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, ozguraydin@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9827-5015

** Humboldt Üniversitesi, Felsefe Fakültesi, Doktora Adayı, schrijem@hu-berlin.de, ORCID: 0000-0002-8958-924X

örneklerinde Türk Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına dair bireysel başvurularda test ettiği elverişlilik, gereklilik ve orantılılık incelemeleri sırasıyla ele alınmıştır. Karar örnekleri seçilirken uygulamada en çok karşılaşılan kamulaştırma, imar uygulamaları, geçici hukuki koruma, sosyal güvenlik ödemeleri ve iyi yönetim ilkesi dikkate alınmıştır.

Ölçülülük ilkesine dair kuramsal sorgulamada ortaya konulan bilgiler ile Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına dair ihlal iddiasında bulunan bireysel başvurulardaki incelemelerinin uyumu, makalenin sonuç bölümünde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ölçülülük, mülkiyet hakkı, kamusal müdahale, bireysel başvuru, yargısal inceleme.

ABSTRACT

The article initiates its discussion with the theoretical dimension of the principle of proportionality. The questions raised and findings identified in this part of the paper are then analyzed in light of the Turkish Constitutional Court's approach in its decisions concerning property rights, followed by the theoretical examination of the principle of proportionality. Drawing from the assumption that the property right is clearly defined by the pursuit of striking a fair balance, the Turkish Constitutional Court's decisions on property rights were chosen as a case study.

In the theoretical examination, the terminological dimension and the problem of subjectivity in context of the principle of proportionality are addressed. Concepts referring to proportionality are examined by considering their historical development and etymological references. Regarding the issue of subjectivity, the supposed objectivity of the proportionality test, which is widely debated in the context of restrictions on human rights, is analyzed.

The second part covers a collection of selected Turkish Constitutional Court's decisions on individual applications regarding the right to property where the tests of suitability, necessity, and commensurateness were adopted. In the selection of the decisions, the most common cases encountered in practice, such as expropriation, urban planning applications, temporary legal protection, social security payments, and the principle of good administration, were taken into consideration.

In the concluding section, the parallels between the theoretical inquiries regarding the principle of proportionality and the Turkish Constitutional Court's examinations of individual applications alleging violations of the right to property are explored.

Key Words: Proportionality, property right, public interference, individual application, judicial review.

GİRİŞ

İnsan; haklarının mutlak, dokunulmaz ve sınırsız olmasını arzulayabilir. Öte yandan toplu hâlde yaşayan insanların tüm haklarına mutlak, sınırsız ve dokunulmaz olarak sahip olması mümkün değildir. Tüm hakların sınırsız ve dokunulmaz olarak her insana sağlanması, toplumun hukuk etrafında örgütlenmesiyle ortadan kalkar. Hukuk etrafında birlikte yaşamının doğasında, hakların sınırlandırılması kendiliğinden ortaya çıkar. Global toplumun en belirgin örneğini teşkil eden devlet örgütlenmesi, hukuk etrafında birlikte yaşamının doğasında ortaya çıkan hakları sınırlandırma gerekliliğinin kurumsallaşmış hâlidir. Şu hâlde devletin insan haklarına müdahale edebilirliği üzerine bahis açıldığında bu müdahaleyi meşru görebilecek hukukçu bakış açısı sınırları belirlemeyi umar. İnsan haklarına müdahale edebilmenin sınırı nedir sorusunu belirli bir aşamaya kadar çözümlmek hem teoride hem de uygulamada mümkün olmasına rağmen bir noktada zorlaşır. Ölçülülük, insan haklarının sınırlandırılabilirliğine ilişkin kabulün sınırı belirlemede en çok zorlandığı aşamadır. Keza insan haklarına yapılan müdahalenin meşru olup olmadığını inceleyen yargılama makamları, tüm testleri yaptıktan sonra müdahalenin ölçülülüğünü sınamaktadır.

Bu araştırmada öncelikle ölçülülük ilkesinin kuramsal boyutu incelenecektir. Kuramsal boyutta ortaya atılan soru işaretleri ve bulgular üzerine Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı incelemelerindeki tutumu analiz edilecektir. Devlet teorisi bakımından mülkiyet hakkının sınırlandırılabilirliğine dair belirlilik kolaylıkla iddia edilemese de¹ terazide tartarken mülkiyet hakkının diğer haklara nazaran matematiksel açıdan daha belirgin olduğu ifade edilebilir. Bu varsa-

1 Mülkiyeti mutlak ve dokunulmaz bir hak olarak gören yaklaşım jandarma devlete, kolektif kabul eden yaklaşım sosyalist devlete, gerektiğinde kamu yararıyla sınırlandırılabilir bir hak olarak bakan anlayış ise sosyal devlete tekabül ettirmektedir. Bulut, N. (2006). "Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı", *EÜHFD*, C. 10., S. 3-4., s. 15.

yımla ölçülülük incelemesinin kuramsal değerlendirmesinden sonra mülkiyet hakkındaki uygulama tercih edilecektir. Kuramsal sorgulamada ölçülülük ilkesinin terminolojik boyutu ve öznellik problemi üzerinde durulacaktır. Terminolojik boyutta ölçülülük ilkesinin tarihsel gelişimi dikkate alınarak ölçülülüğe işaret eden kelimeler ele alınacaktır. Öznellik probleminde, insan haklarına getirilecek sınırlamada yoğun olarak tartışılan orantılılık testinde objektif olunabilirlik tahlil edilecektir. Ölçülülük incelemesine ilişkin uygulama örneklerinde Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına dair bireysel başvurularda test ettiği elverişlilik, gereklilik ve orantılılık konuları sırasıyla ele alınacaktır. Karar örnekleri seçilirken uygulamada en çok karşılaşılan kamulaştırma, imar uygulamaları, geçici hukuki koruma, sosyal güvenlik ödemeleri ve iyi yönetim ilkesi dikkate alınacaktır. Ölçülülük ilkesine dair kuramsal sorgulamada ortaya konulan bilgiler ile Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına dair ihlal iddiasında bulunan bireysel başvurulardaki incelemelerinin uyumu, makalenin sonuç bölümünde değerlendirilecektir.

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ÖZNELLİK: KURAMSAL SORGULAMALAR

Anayasa yargısında temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin ‘doğru’ oranını tespit etmekte kullanılan ölçülülük ilkesi çeşitli açılardan belirsizlikler içermektedir. Söz konusu belirsizlikler, kavram üzerindeki etimolojik ve felsefi tartışmalarla ortaya konulmuştur. İlk bakışta ‘ölçülülük’ genel bir kavram olarak, farklı olgulara, “olguların dışındaki bir pozisyondan” bakış ile belirlenebilen bir durum gibi görünür. Yani bir karar verici, farklı olgular arasındaki ilişkiyi gözlemleyerek “ölçülülük” değerlendirmesi yapar. Örneğin bir kek yapmak isteyen kişi, belli orandaki şekeri, belli orandaki un, yumurta, yağ ve süt ile birleştirir. Bu durumda keke yönelik ölçülülük değerlendirmesi, farklı malzemelerin birbirine oranı üzerinden yapılır. Bir başka ifadeyle ölçülülük değerlendirmesini gerçekleştiren karar verici, “belli olguların ara-

sındaki ilişkiden” yola çıkarak ölçülülük değerlendirmesini yapar. Karar verici kişi, olgular arasındaki ilişki konusunda bir yargıya varmadan önce, ilgili tüm olguları göz önünde bulunduracaktır. Ancak bu olgular elbette soyut fikirler değildir ve belli “gerçeklere” dayanır. Bu “gerçekleri” belirlemek ise görüldüğü kadar kolay değildir. Bunları “tanımlamak” ve anlaşılır kavramlar hâlinde “çerçevelemek” gerekmektedir. İşte tanımladığımız ya da çerçevelediğimiz kavramlardan yola çıkarak, herhangi bir durumla ilgili bir “anlatı” oluştururuz. Bu “anlatı”, geliştirdiğimiz kavramlara dayalı olarak dünyayı anlama ve yorumlama biçimimizi temsil eder. Yani olgular hakkında yapılan herhangi bir anlatı, “bir insanın” karmaşık bir gerçekliği anlamlandırma çabasıdır. Dolayısıyla bu anlatıların öznel olabileceğini ve altta yatan gerçekliği tam olarak yansıtmayabileceğini kabul etmek oldukça önemlidir. Epistemolojide, insanların olguları olduğu gibi kavrayamayacağı ve onları nesnel geçerliliği olan ifadeler hâlinde formüle edemeyeceği konusunda geniş bir mutabakat vardır². Olgular hakkındaki tüm ifadeler, “kafa karıştırıcı gerçekliği” entelektüel olarak kontrol altına almaya yönelik yapay girişimler değil midir? Buna göre “ölçülülük” değerlendirmesi yaparken olguların kendi aralarındaki ilişkilerin de öznel yapılar olduğunu varsaymamız gerekmez mi? Bir kişi için “dengeli” veya “uygun” görünen bir şey, başka bir kişi için öyle görünmeyebilir. Bu da temel bir soruyu gündeme getirir: Dengelemekte olduğumuz olgular, öznel yorumlarımıza dayanıyorsa ölçülülük hakkındaki nihai kararımız, zihinsel bir kurgudan ya da objektif bir yargı kılıfına girmiş kişisel bir tercihten öteye geçebilir mi? Çalışmanın bu bölümünün odak noktası, ölçülülük değerlendirmesindeki öznellik boyutunun felsefi bir tartışmasını içermektedir.

2 Gabriel, G. (2015). *Erkenntnis*, Berlin/Boston: de Gruyter, s. 177.

A. TERMİNOLOJİ PROBLEMİ: UYGUNLUK, DEĞERLENDİRME VE DENGEME

Immanuel Kant'ın klasik sözü -“İçeriği olmayan düşünceler boştur, kavramları olmayan algılar kördür³”- anayasa yargısında ölçülülük incelemesinin somut uygulamasına geçmeden önce kavramı dikkatlice incelememiz gerektiğini hatırlatır. Zira, söz konusu kavramsal inceleme, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına içkin olan nüansları ve karmaşıklıkları tam olarak anlamak için gereklidir. Nitekim ölçülülük değerlendirmesindeki öznellik boyutunun felsefi sorgulaması, öncelikle kavramsal bir karmaşıklıkla kendini göstermektedir. 1970'li yılların ortalarında Alman anayasa hukukçusu Bernhard Schlink, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin (Bundesverfassungsgericht) devlette üstlendiği görev bakımından önemli bir gözlemde bulunmuştur. Schlink'e göre o dönemde Federal Anayasa Mahkemesi, birbirleriyle çelişen anayasal değerlerin uzlaştırılması ve çeşitli çıkarların dengelenmesi sürecindeki zorluğun farkında vararak “dengeleme” kavramının anlamına odaklanmıştı. “Dengeleme” kavramı metodolojik olarak zor görünmesine rağmen, bu kavram, anayasa hukukunu anlamının bir anahtarı gibi durmaktaydı. Mahkeme, dengeleme kavramı üzerinden, özellikle anayasa hukukunun dogmatikliğini ve yöntemini ortaya çıkartmak istiyordu. Mahkeme, ölçülülük ilkesini hem “bireylerin temel haklarının korunmasını garanti altına almak” hem de “yasama organının bireylerin temel haklarını sınırlandırma gücünü garanti altına almak” amacıyla bir anahtar/araç olarak kullanmaktadır⁴.

Schlink'in buradaki gözlemi oldukça aydınlatıcıdır. Çünkü bu dönemde ölçülülük kavramı etrafında süregelen akademik tartışmalar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük kavramını temel bir hukuki araç ve hatta “anayasa

3 Kant, I. (1781). *Kritik der reinen Vernunft*, Riga: Hartknoch, B75.

4 Bu husus bir sonraki başlıkta daha detaylı açıklanmıştır. Schlink, B. (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, s. 13.

hukukunun evrensel bir ilkesi⁵ yapma girişiminin başarıya ulaştığını göstermektedir. Ölçülülük, temel haklar ve devlet gücü ilişkisinde üstlendiği anahtar işlevi nedeniyle yalnızca Alman anayasa hukukunun bir özelliği olarak kalmamış; ABD, Güney Amerika, İsrail ve Doğu Asya'daki birçok anayasa mahkemesi tarafından da benimsenmiş ve bu da "ölçülülük ilkesinin küreselleşmesi" olarak tanımlanan bir sürece yol açmıştır⁷. Yoğun eleştirilere rağmen⁸ bu ilke, yalnızca entelektüel bir kuram olmanın ötesinde, anayasal hukukta somut ve işlevsel bir norm olarak kullanılmaktadır.

Hukuki terminolojide ölçülülük kavramı, ontolojik gerçeklikler arasındaki nesnel ilişkiyi değil somut olarak amaç ile araç arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu nedenle ölçülülük kavramı adaletle eş anlamlı değildir ve doğrudan adalet kavramıyla karıştırılmamalıdır⁹. Bir defa bir amaç belirlendiğinde bu amaca ulaşmak için hangi eylemin ölçülü olduğu sorusu gündeme gelir. Somut ve belirgin bir amaç bulunmadığında ise ölçülülük ilkesinden söz etmek hukuken anlamlı değildir.

- 5 Meinel, F. (2022). *Verhältnismäßigkeit, Version 08.06.2022*, <https://www.statslexikon-on-line.de/Lexikon/Verh%C3%A4ltnism%C3%A4%C3%9Figkeit> (Erişim Tarihi: 21/04/2025).
- 6 Alman Federal Adalet Bakanlığı da ölçülülük ilkesinin artık anayasal uygulamanın merkezinde yerini aldığını belirtmektedir. "Anayasal düzenimizde, tüm devlet eylemleri ölçülü olmalıdır." Bkz. https://www.bmj.de/DE/rechtsstaat_kompakt/rechtsstaat_grundlagen/verhaeltnismaessigkeit/verhaeltnismaessigkeit_node.html (Erişim Tarihi: 21/04/2025). Ölçülülük ilkesi, Federal Anayasa'da doğrudan normatif olarak düzenlenmemekle birlikte Anayasa'da yer alan "hukuk devleti ilkesine ve temel haklara" atıf yapılarak kullanılmaktadır. Bkz. Voßkuhle, A. (2007). "Grundwissen-Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", *Jus: Juristische Schulung*, s. 429; Grimm, D. (2007). "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, C. 57., S. 2., ss. 383-397.
- 7 Saurer, J. (2012). "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", *Der Staat*, C. 51., S. 1., ss. 3-33.
- 8 Bkz. Seiler, H. (2022). "Fehlentwicklungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips", *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, C. 123., s. 397ff.; Thomas, T. A. (2007). "Proportionality and the Supreme Court's Jurisprudence of Remedies", *Hastings Law Journal*, C. 59., S. 1., ss. 73-136.
- 9 Meinel (2022). *Verhältnismäßigkeit*.

Ancak ölçülülük, yalnızca teknik bir hukuki kavram değildir. Bir hukuk uygulayıcısı ölçülülük kavramını hukuk uygulamasında kullandığında, kavramın hukuki teknik boyutu olan araç-amaç ilişkisinin ötesinde ölçülülüğü öznel yargılarıyla da kavrama sürecine girer. Ölçülülük aynı zamanda bir sağduyulu (basiretli) olma varsayımdır¹⁰ ancak sağduyu kavramından ne anlaşıldığı çoğu zaman görecelidir. Nitekim yargı kararlarında kimi zaman belli bir olaya ilişkin olarak “neyin ölçülü olduğu” konusunda yargıçlar arasında anlaşma söz konusu olmaması bunun bir kanıtıdır.

Ölçülülük ilkesine yönelik bazı açıklamalar, bu ilkenin aslında yeni bir hukuki buluş olmadığı, tarih boyunca farklı biçimlerde zaten var olduğunu ileri sürmektedir. Örneğin Magna Carta’nın 1215 tarihli metninde geçen şu ifade ölçülülük değerlendirmesine ilişkin yazında sıklıkla atıf almaktadır: “Özgür bir insan, küçük bir suç nedeniyle aşırı cezalara çarptırılmaz; ağır bir suç işlediğinde ise, cezası ancak suçun ağırlığına göre belirlenir.”¹¹ Benzer şekilde Hammurabi Yasası’nda yer alan “Göze göz, dişe diş.” ilkesi de ölçülülük düşüncesinin çok eski bir adalet anlayışına dayandığını göstermek için kullanılır¹². Ancak söz konusu tarihî anlayış, “hak ihlali ile buna verilen karşılığın birebir dengede olması gerektiği” fikrini içermekte ve sınırlı bir ölçülülük fikri sunmaktadır. Oysa günümüz hukukunda ölçülülük ilkesinin savunucuları, ideal bir dengeye ulaşmanın her durumda mümkün olduğunu iddia etmemektedir. Çünkü mutlak ve kusursuz bir denge ancak soyut ve dışsal bir gözlem noktasından yani nesnel gerçekliğin dışından yapılabilecek bir değerlendirmeyle tespit edilebilir. Bu tür bir konum ise insanlar için erişilebilir değildir. İnsanlar doğaları gereği subjektiftir ve her değerlendirme belli bir insan bakış açısından yapılır. Dolayısıyla, ölçülülük ilkesinde amaç, bir hakkı sınırlamanın ya da hakka müdahalenin ku-

10 Meinel (2022). *Verhältnismäßigkeit*.

11 Thomas, T. A. (2007). s. 81.

12 Thomas, T. A. (2007). s. 81.

sursuz şekilde dengeli olup olmadığını bulmak değil değerlendirmeyi yapan kişinin, mümkün olan en objektif sonuca ulaşmaya çalışmasıdır. Bu ise, ancak çok dikkatli hazırlanmış ve sistemli işleyen hukuki süreçler aracılığıyla mümkündür. Böylece hukuk, insanın subjektifliğine rağmen adaletin gerektirdiği ölçülülük ilkesine olabildiğince yaklaşmaya çalışmış olacaktır.

Alman Federal Adalet Bakanlığı, ölçülülük ilkesinin anlamını ve uygulanma yöntemini açıklamak amacıyla dört temel soru üzerinden ilerlemektedir: 1) Devlet eylemi ile ulaşılmak istenen amaç meşru mudur? 2) Devletin aldığı tedbir belirlenen amacın gerçekleştirilmesini sağlar mı? 3) Aynı amaca ulaşmak için daha az kısıtlayıcı bir yöntem var mıdır? 4) Farklı çıkarlar nasıl dengelenmelidir¹³? Meinel'e göre anayasa yargısında devlet eylemleri ile ulaşılmak istenen amacın meşru olup olmadığı sorusu neredeyse hiç dikkate alınmamaktadır çünkü meşruiyet, doğrudan ilgili anayasa hükümlerine atıf yapılarak kolayca belirlenebilir¹⁴. Örneğin devletin toplumun düzenini sağlama amacı, toplumun sağlığını sağlama amacı ya da belli bir yerdeki insanların güvenliğini sağlama amacı daima anayasal meşru bir amaçtır. Devlet eylemi ile ulaşılmak istenilen amacın meşruiyeti tespit edildikten sonra araçların ölçülülüğü üç aşamada incelenir: *Elverişlilik testi*, *gereklilik testi* ve Alman hukukunda “dar anlamda ölçülülük” olarak da adlandırılan *orantılılık testi*¹⁵. Meinel'e göre *elverişlilik testi* mahkemede nadiren uygulanır; çünkü bu test çoğu zaman “anayasa yargısında değerlendirilmesi güç olan ampirik bulguları” gerektirir¹⁶. Ancak uygulamada, bir konuya ilişkin ye-

13 https://www.bmj.de/DE/rechtsstaat_kompakt/rechtsstaat_grundlagen/verhaeltnismaessigkeit/verhaeltnismaessigk_eit_node.html (Erişim Tarihi: 21/4/2025)

14 Meinel (2022). *Verhältnismäßigkeit*.

15 https://www.bmj.de/DE/rechtsstaat_kompakt/rechtsstaat_grundlagen/verhaeltnismaessigkeit/verhaeltnismaessigk_eit_node.html (Erişim Tarihi: 21/4/2025)

16 Meinel (2022). *Verhältnismäßigkeit*.

terli düzeyde ampirik bulgulara ulaşmak ve bunları değerlendirmek anayasa yargıçları bakımından mümkün değildir. Nitekim, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin, *Apothekenurteil* olarak bilinen davasında (BVerfGE 7, 377, 1958), Mahkeme "kullanılan aracın" "ulaşılacak istenen amaç" bakımından *elverişli* olup olmadığını değerlendirirken mutlak bir elverişli olma durumundan ziyade "amaca yönelik makul bir katkı sağlayıp sağlamadığına" odaklanarak hükmünü kurmuştur. Davada, Almanya'da halk sağlığını korumak amacıyla eczane açma ve işletmeye dair belirli koşullar ve sınırlamalar getiren bir yasal düzenlemenin, Federal Anayasa'nın 12. maddesinde güvence altına alınan meslek özgürlüğüne aykırı olup olmadığı incelenmiştir. Davaya konu olan ilgili Kanun'un 3(1) maddesi, yeni bir eczaneye ruhsat verilmesini, diğer eczanelerin ekonomik varlığının olumsuz etkileneceği durumlarda yasaklamaktaydı. Bu düzenlemenin amacı eczane sayısını kontrol altında tutarak halk sağlığının korunmasını sağlamak ve eczacılık hizmetlerinin kalite ve güvenilirliğini sürdürmektir. Mahkeme burada elverişlilik testine ilişkin olarak bir aracın (önlemin) hedeflenen meşru amacı gerçekleştirme kapasitesine sahip olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir; bu bağlamda tedbirin hedefi tam anlamıyla garanti etmesinin gerekmediği, yalnızca amaca ulaşmayı teşvik edici bir etkisinin bulunmasının yeterli olduğu vurgulanmış ve eczane sayısının sınırlandırılması tedbirinin ilaçlara güvenli bir erişim sağladığı gerekçesiyle, halk sağlığının korunmasını sağlamak bakımından elverişli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu davada dikkat edilmesi gereken önemli bir mesele de Federal Mahkemenin kendisini yasama organının yerine koymamaya özen göstermesi olarak yorumlanabilir. Şöyle ki Mahkeme "aracın amaca katkıda bulunacağına dair makul bir öngörü" elverişliliğin sağlanması bakımından yeterli bularak bu değerlendirme sürecinde bazı hata paylarının kaçınılmaz olabileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, yargı organının, sırf başka bir önlemin amaca ulaşmak bakımından kendince daha elverişli olabileceğini düşündüğü için yasama organının yeri-

ne geçmemesi gerektiğini de kabul etmiş olmaktadır¹⁷.

Gereklilik testi de benzer bir durumdadır. Zira belirlenen meşru amaca, seçilen araçtan daha başka araçlarla da ulaşılabilceği bazı durumlarda açık olarak görülse de bunlar çoğu zaman birer “tahmin” niteliğindedir. Alternatif ve daha az külfet yükleyen bir araç ya da tedbir kullanıldığında ulaşılacak istenilen amaca gerçekten ulaşıp ulaşılmayacağının kesin olarak bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle Meinel’e göre ölçülülük testinin esas belirlenme noktası, dar anlamda ölçülülüğe karşılık gelen orantılılık aşamasıdır¹⁸.

Üçüncü aşama olan *orantılılık* için Alman hukuk dilinde birbirinden farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bu durum orantılılık kavramını çok anlamlı ve belirsiz bir kavram haline getirmektedir. Alman hukuk dilinde ölçülülük, “*verhältnismäßigkeit*” sözcüğü ile ifade edilmektedir. Orantılılık kavramına karşılık gelecek şekilde ise, genel olarak bir önceki paragrafta belirtildiği üzere “dar anlamda ölçülülük” kavramı kullanılmaktadır¹⁹. Orantılılık kavramı için literatürde aynı zamanda *Angemessenheit* (uygunluk, elverişlilik) *Bewertung* (değerlendirme) ve *Abwägung* (tartmak, ölçmek, dengelemek, karşılaştırmalı değerlendirme, kıyaslama) kavramları da kullanılmaktadır. *Angemessenheit*, ölçme fikrini ya da bir ölçüye uygunluk fikrini içermektedir. Günlük dilde ise “angemessen” sözcüğü genellikle “uygun”, “yerinde” veya “yeterli” anlamlarında kullanılmaktadır. *Bewertung*, öznel bir değerlendirme eylemini, yani normatif bir yorumu ifade etmekte ve “değer” (wert) kavramını çağrıştırmaktadır; odak noktası “değer” üzerindedir. *Abwägung* sözcüğü de benzer şekilde

17 Lücke, J. (1994). *Die Berufsfreiheit*. Heidelberg: C. F. Müller; Herdegen / Masing / Poscher / Gärditz (Eds.) (2025). *Constitutional Law in Germany. A Handbook in Transnational Perspective*, München: C. H. Beck, s. 583 vd.; Schlink (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*.

18 Meinel (2022). *Verhältnismäßigkeit*.

19 https://www.bmj.de/DE/rechtsstaat_kompakt/rechtsstaat_grundlagen/verhaeltnismaessigkeit/verhaeltnismaessigkeit_node.html (Erişim Tarihi: 21/4/2025).

özel bir süreci tanımlar; ancak burada odak, “fayda, kullanışlılık, amaca yönelik olma, dengeleme” üzerindedir. *Abwägen*, birden fazla seçenek arasından, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere en faydalı olanı değerlendirme anlamına gelir ve bu kavram “tartma ve dengeleme” fikrini barındırır. Tüm bu çok anlamlılık perspektifinden bakıldığında, ölçülülük testinin üçüncü aşamasında (orantılılık aşamasında) yürütülen faaliyet, ölçme (messen), değerlendirme (bewerten) ve dengeleme (abwägen) arasında yer alan karmaşık bir alanda gerçekleşir. Bu nedenle hukuki literatürde ölçülülük ilkesinin üçüncü aşaması, yeterince belirli ve açık olmadığı, akılcı bir temele dayanmadığı²⁰ ve hatta keyfî olabileceği²¹ gerekçeleriyle eleştirilmekte; her durumda ise aşırı derecede öznel bulunduğu ifade edilmektedir²².

Örneğin devletin sokak gösterilerini belirli saatlerde yasaklayan bir düzenleme yaptığını varsayalım. Burada ulaşılmak istenen amaç, kamu düzenini ve vatandaşların gece huzurunu korumaktır. Bu düzenleme temel bir hak olan gösteri ve ifade özgürlüğüne bir müdahale niteliğindedir. Mesele anayasa yargısının önüne geldiğinde, mahkeme, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık değerlendirmelerini yapacaktır. Mahkeme öncelikle öngörülen sınırlamanın kamu düzenini koruma amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını tartışacaktır. Yani gece gösterilerini yasaklamak gerçekten de gürültüyü ve huzursuzluğu azaltabilir mi? Bu aşamada ampirik verilerden de yola çıkarak “evet” yanıtı verilebilir. Daha sonra mahkeme, gereklilik aşamasında aynı amacın daha hafif bir önlemle gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığını tartışacaktır. Örneğin tamamen yasaklamak yerine sadece belirli ses dü-

20 Webber, G. (2010). “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. 23., S. 1., s. 179.

21 Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*, Rehg, W. (Çev.), Cambridge: MIT Press, s. 259.

22 Klatt, M. ve Meister, M. (2014). “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *Jus: Juristische Schulung*, C. 3., s. 193f.

zeyini aşan gösterileri yasaklamak gibi bir alternatif varsa ve bu da aynı derecede etkiliyse o zaman daha hafif olan önlemin tercih edilmesi gerekecektir. Ancak bu aşamada, seçilen daha hafif alternatifi de istenilen amaca ulaşmak bakımından yeterli olacağı bir “tahmin”dir. Son aşamada mahkeme orantılılık değerlendirmesi yapacaktır. Bu aşamada ise artık “ölçmek”, “değerlendirmek” (bewertung) ve “dengelemek” (abwägung) gerekmektedir. Yani devletin amacı (gece huzuru) ile bireyin hakkı (ifade özgürlüğü) arasında adil bir denge nasıl kurulabilir? Yasak tüm geceyi mi kapsıyor? Belirli alanlarda mı geçerli? Yasak bireylere alternatif ifade yolları bırakıyor mu? Eğer yasak çok geniş kapsamlıysa ve bireylerin neredeyse hiç gösteri yapma imkânı kalmıyorsa, o zaman bu önlem “angemessen” yani “orantılı” olmayabilir. Ancak buradaki karar diğer aşamalardan daha da öznel bir değerlendirmeye dayanacaktır. Yargılamanın sonucu, mahkemenin bir tarafın menfaatine ne kadar “değer” verdiği göre daima değişecektir. “Değerlendirme” (bewertung) ve “dengeleme” (abwägung) faaliyetlerini içeren bu aşama bu nedenle bazen keyfi ya da belirsiz görülebilir.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İNCELEMESİNDE ÖZNELLİK PROBLEMİ

Ölçülülük ilkesine ilişkin doktrinsel tartışmalarda Alman anayasa hukukçusu Bernhard Schlink’in çalışmaları belirleyici bir ağırlığa sahiptir. Schlink, ölçülülük ilkesini tüm zorluklarına, özellikle de içerdiği öznelliğe rağmen yine de savunmaktadır ve bu savunusunu, Duke Üniversitesi’ndeki açılış dersinde yoğunlaştırılmış biçimde ortaya koymuştur²³. Schlink’e göre ölçülülük ilkesi, her ne kadar mutlak ve nihai bir “hukuk devleti ilkesi²⁴” olarak nitelendirilemese de “tüm mahkemelerin eninde sonunda ulaştığı ortak bir ilke” niteli-

23 Schlink, B. (2012). “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, C. 22., S. 29., ss. 291-302.

24 Beatty, D. M. (2004). *The Ultimate Rule of Law*, New York: Oxford University Press, s. 2.

ği taşımaktadır²⁵. Bu da dünyadaki farklı anayasal gelenekler arasında bir tür ortaklaşmanın, yani belirli bir standardizasyon sürecinin yaşandığı yapısal bir dönüşümü işaret etmektedir.

Ölçülülük ilkesinin yaygınlaşmasıyla birlikte norm merkezli (doktrin ağırlıklı) hukuk sistemlerinde, olayın kendine özgü özellikleri ve vakaya özgü yaklaşım daha fazla önem kazanırken; içtihat hukukuna dayanan sistemlerde ölçülülük ilkesi belirli bir yapısal bütünlük ve metodolojik katkı sağlamaktadır. Böylece Schlink'e göre ölçülülük ilkesi, ahlaki-felsefi bir değer ilkesinden pozitif hukuk normuna, idare hukukundaki sınırlı uygulama alanından anayasa hukuku düzeyine kadar önemli bir gelişim sergilemiştir. Bu bağlamda ilke, farklı anayasa kültürlerini ve dillerini birbirine bağlayan bir "anayasal dil bilgisinin derin yapısı" olarak değerlendirilebilir. Schlink, bu nedenle ölçülülük ilkesinin er ya da geç tüm anayasal sistemlerde kendini göstereceğini öngörmektedir²⁶. Ancak bununla birlikte Schlink, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin konuya dair yaklaşımında temel bir ikilemin kabul edildiğini de belirtmektedir: Anayasa bireylere çok sayıda hak ve özgürlük tanımakta ancak aynı zamanda bu hak ve özgürlüklerin sınırlanması yetkisini de yasama organına vermektedir. Bu noktada şu temel soruyu sormak gerekir: *Bireylere geniş özgürlük alanları tanıyan anayasal düzen ile bu özgürlüklerin sınırlanmasına imkân tanıyan düzenlemeler nasıl uzlaştırılabilir?* Özgürlük tanıyan hükümler de, sınırlama yetkisi veren hükümler de mutlak önceliğe sahip değildir. Her ikisi de anayasal düzlemde eşit meşruiyete sahiptir ve birlikte var olmak zorundadır. Bu da sınırlamaların keyfî olamayacağı an-

25 Schlink, B. (2012). s. 302.

26 Schlink, B. (2012). s. 302. Schlink'e göre, ölçülülük ilkesi, somut bir anayasa hukuku normu olarak Almanya kökenlidir; ancak bu ilke, yalnızca Almanya'ya özgü veya "Alman ruhuna" içkin bir özellik taşımamaktadır. Ölçülülük ilkesinin tarihsel kökenleri, ilk olarak Prusya idare mahkemelerine kadar geri gitmekte, daha sonra Federal Anayasa Mahkemesinin (Bundesverfassungsgericht) içtihatlarıyla günümüzdeki şekline kavuşmaktadır. Bkz. Schlink, B. (2012). s. 294.

lamına gelir. Federal Anayasa Mahkemesi için bu keyfîlikten uzaklığı, ölçülülük ilkesinin kendisi sağlayacaktır. Schlink'e göre bu, yalnızca Alman hukukunun değil, tüm anayasa düzenlerinin karşılaştığı evrensel bir sorundur ve ölçülülük ilkesi bu sorunlara çözüm sunabilecek temel araçlardan biridir²⁷.

Schlink, ölçülülük ilkesinin ciddi sorunlar barındırdığını da kabul etmektedir²⁸. Bu sorunlardan ilki, bir önceki başlıkta da örneklerle sunulmaya çalışıldığı üzere, karar alma sürecinde sıklıkla karşılaşılan yetersiz ya da belirsiz bilgi sorunudur. Bir başka ifadeyle araçların amacı gerçekleştirmek bakımından elverişi ya da gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde yeterli veya açık verilerin bulunmaması sorunu. Ampirik veriler kısmen yardımcı olabilir ancak çoğu zaman varsayımlara, çelişiklere ya da karar vericilerin kişisel tercihlerine dayalı sonuçlara yol açmaktadır. Sistem içinde söz konusu belirsizlikleri giderecek bir ispat yükü kuralı geliştirilmemiştir.

Daha temel ve yapısal olan ikinci bir problem ise hakların, çıkarların ve değerlerin karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesinin kaçınılmaz bir biçimde öznel olmasıdır²⁹. Örneğin bireysel özgürlüğün kamu güvenliği ile nasıl dengeleneceğine dair nesnel bir ölçüt yoktur. Kamu yararına dair değerlendirmeler hem yasama hem de yargı açısından öznel ve dolayısıyla siyasi nitelik taşımaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yasama organının doğrudan demokratik bir meşruiyete sahip olması, anayasa yargısının ise dolaylı bir demokratik meşruiyete sahip olmasıdır. Bu nedenle, yargısal kararlar yalnızca “nesnel gerekçelerle” alındıkları ölçüde meşru olacaktır. Yargıçlar genellikle görevleri gereği siyasetçilerden

27 Schlink, B. (2012). s. 295. Bkz. Lübke-Wolff, G. (2014). “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court”, *Human Rights Law Journal*, C. 12., ss. 12-17. Metin, Y. (2017). “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., ss. 1-74.

28 Schlink, B. (2012). s. 299.

29 Schlink, B. (2012). s. 299.

daha fazla “bilgelige” ve zamana sahip olduklarını, bu nedenle kritik kararları daha soğukkanlı biçimde alabileceklerini ileri sürer. Ayrıca demokratik süreçlere saygılı olduklarını ve sadece zorunlu hallerde müdahale ettiklerini savunur. Ancak hukukçu olmayan kişiler açısından anlamlı ucu açık birkaç soru bulunmaktadır: *Gerçekten de anayasa mahkemeleri, siyasetten ve stres unsurlarından arındırılmış düşünme mekânları mıdır? Ve ‘ölçülülük’ değerlendirmesi gerçekten siyasi önyargılardan tamamen bağımsız mıdır?* Schlink’e göre bir ülkedeki ölçülülük ilkesinin anlam ve uygulanış biçimi, iki ana faktöre bağlıdır. Birinci faktör, ülkenin demokratik ve devrimci geleneğidir: Bu gelenek, yasama organına mı yoksa yargısal sınırlamalara mı daha fazla güven duyulacağını belirler. Örneğin Fransa’da siyasal sürece daha fazla güven duyulduğu için yargısal denetim daha zayıftır³⁰. Buna karşılık Almanya, demokratik süreçlerden bir faşist diktatörlüğe geçiş tecrübesi yaşadığı için Federal Anayasa Mahkemesi özel bir denetim organı olarak kurulmuş ve yüksek bir toplumsal güven kazanmıştır. İkinci faktör ise toplumun homojenlik derecesidir: Toplum ne kadar heterojen olursa, siyasal sürecin birleştirici etkisi o ölçüde zayıflar ve bu eksiklik hukuki yollarla telafi edilmeye çalışılır³¹.

Öznellik eleştirisi özellikle ölçülülük ilkesinin en çok eleştirilen aşaması olan “orantılılık (angemessenheit)” testine yöneliktir. Schlink’e göre ölçülülük ilkesinin uygulanabilir bir hukuk normu olarak işlerlik kazanabilmesi, bu öznelliği tanıma ve onunla yöntemli şekilde başa çıkabilme yetisiyle doğrudan ilişkilidir. Schlink 1976 yılında yayınladığı doktora tezinde anayasa mahkemelerinin ölçülülük değerlendirmesini “bir tür genel karşılaştırmalı değerlendirme modeli” çerçevesinde ele aldığını ve bu nedenle bu sürecin yalnızca “geniş anlamda bir dengeleme” (abwägung) olarak anlaşılabileceği-

30 Bu bakımdan özellikle ABD’den kavramın yargısal aktivizm için bir tuzak olduğu yönünde eleştiriler gelmesi şaşırtıcı değildir. Bkz. Thomas, T. A. (2007). s. 132.

31 Schlink, B. (2012). s. 301f.

ni belirtmektedir³². Ancak burada sorulması gereken bir soru vardır: *Zaten farklı alt faaliyetleri içeren böyle çok katmanlı bir süreci tanımlamak için bu türden kapsayıcı (kolektif) bir kavramdan başka bir şey kullanılabilir mi?*

2007 yılında Federal Anayasa Mahkemesi yargıcı Andreas Voßkuhle, ölçülülük ilkesinin *orantılılık* aşamasının bir yandan temel hakkına müdahale edilen bireyin uğradığı etkiyle, diğer yandan kamu yararına hizmet eden önlemin sağladığı somut faydanın birlikte değerlendirilmesini gerektiren “genel bir değerlendirme” (gesamtabwägung) süreci olduğunu belirtmektedir. Bir başka ifadeyle önce bireyin temel hakkına yapılan müdahaleyle maruz kaldığı külfetin belirlenmesi, ardından söz konusu külfet karşısında kamunun kazandığı somut faydanın belirlenmesi gerekmektedir³³. Bu ikisi belirlendikten sonra bu ikisinin birlikte bir “genel değerlendirmesinin” yapılması gerekecektir. Bu “genel değerlendirme” konunun yalnızca bireysel özelliklerini değil aynı zamanda tüm bağlamını da göz önünde bulundurmayı gerektirir. Ancak burada “genel” ve “kapsamlı” kavramları, yüzeysel ya da bağlayıcılıktan uzak bir süreci değil aksine konunun bütününe hâkim olmakla birlikte somut detaylar üzerinde de hassasiyetle durmayı gerektiren bir yöntemsel titizliği ifade etmektedir.

Bu çerçevede orantılılık aşaması ne teknik ne mekanik ne de tek tip bir süreçtir. Aksine insan zihninin yaratıcı ve subjektif bir faaliyeti olarak şekillenir. Dolayısıyla değerlendirmenin kalitesi, kullanılan verilerin niteliğine ve değerlendirilen somut çıkarların çeşitliliğine bağlıdır. Bir başka ifadeyle “genel değerlendirme” ifadesi, belirsiz öznel sezgilere değil aksine mümkün olan en fazla somut verinin ve menfaatin bilinçli olarak dikkate alındığı ve rasyonel bir biçimde işlenmeye çalışıldığı zihinsel bir çabaya işaret eder. Bu durum, yalnızca “objektif görünme” iddiasıyla yetinilemeyeceğini de ortaya

32 Schlink, B. (1976). s. 79.

33 Voßkuhle, A. (2007). s. 430.

koymaktadır. Orantılılık testinde eleştirilmesi gereken husus, insanın subjektifliğini bir mazeret haline getirerek objektifliğe yaklaşma çabasını terk etmesidir. Çünkü ölçülülük testinin esas odağı, özellikle orantılılık aşamasında somut olayın tüm yönleriyle derinlemesine ve dikkatli bir biçimde incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi hâlde keyfîlik riski doğar. Schlink'in de ifade ettiği gibi ölçülü olan şey zaten tanımı gereği keyfî olmayan şeydir. Nitekim ölçülülük ilkesi ne mutlak bir yönlendirme gücü sunmakta ne de her durumda kesin ve mutlak adalet vaadi taşımaktadır. Ancak bu ilke, elverişlilik (geeignetheit), gereklilik (erforderlichkeit) ve özellikle orantılılık (angemessenheit) değerlendirmelerinde karar vericinin kendi subjektif konumunu mümkün olduğunca geri plana çekmesini ve adil bir çözüm arayışını ön planda tutmasını talep etmektedir. Bu yönüyle ölçülülük ilkesi, kadim adalet düşüncesinin -yani nesnel adaletin- gerçekleştirilmesine yönelik çağdaş bir çabadır. Bu çabanın başarıya ulaşp ulaşmadığı ise, ilkenin soyut yapısından ziyade somut olaylara nasıl uygulandığı ile belirlenebilir. Ölçülülük ilkesinin somut olaylarda nasıl değerlendirildiğini görmek için Türk Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı özelinde verdiği karar ele alınacaktır.

II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ ÜZERİNE UYGULAMA: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALE İDDİALARINDA İNCELEME ÖRNEKLERİ

Teorik arka planında adalet dağıtımının objektif olması gerektiğine fakat her vakada bu arayışın özgün araştırmalar gerektirdiğine işaret eden ölçülülük ilkesi, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere ölçülülük kriteri; kamu gücünün insan haklarına müdahale ettiği zamanlarda, söz konusu müdahalenin oranı ile ilgili bir ilkedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin koşullardan birisi olan ölçülülük kriteri, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 13. maddesine dâhil

edilmiştir. Daha öncesinde Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük kriteri, hukuk devleti ilkesinden karşılanmıştır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturtulabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması, kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmayacaktır³⁴. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin hukuk devleti anlayışına ve Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması ve kamu yararı amacı taşımasının yanında her vaka bakımından ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir³⁵. Mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarının esastan çözümü genellikle bu aşamaya odaklanmaktadır³⁶. 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında normatif düzenlemeye dahil edilen ölçülülük kriteri, Anayasa Mahkemesi tarafından temel haklara müdahale iddiası içeren somut vakada *elverişlilik*, *gerekliklik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilke ile tahlil edilmektedir³⁷. Bu yöntem, ölçülülük üzerine yukarıda verilen teorik arka planla uyumludur.

A. MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALEDE ELVERİŞLİLİK İNCELEMESİ

Anayasa Mahkemesi, ölçülülük incelemesi yaparken değerlendirmeye tabi tuttuğu vakada öncelikle elverişlilik incelemesi yapmaktadır. Teorik arka planda verilen anlam ile paralel olarak Anayasa Mahkemesi de *elverişlilik* ile öngörülen müdahalenin, istenilen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını tartışmaktadır. Mülkiyet hakkı özelinde mülke yapılan

34 AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.

35 Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017.

36 Gemalmaz, B. (2018). *Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 7.

37 Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013.

müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında hayatın olağan akışına uygun bir tercihin yapılmış olması, tercih ile sonuç arasında nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi değerlendirilmektedir. Burada kamusal müdahale ile ulaşılmak istenilen amaca uygun aracın seçilmesi, müdahalede bulunan idarenin takdirine bırakılmıştır. Elverişli olan araçlardan en idealinin seçilip seçilmediği yargısal incelemeye konu edilmemektedir. Elverişlilik testinin mahiyeti, ulaşılmak istenilen amaç ile kullanılan araç arasında uygunluğun tespit edilmesinden ibaretir³⁸.

Örneğin Anayasa Mahkemesi, idare tarafından gönderilen ödeme emrine karşı açılan dava reddedildiği için uygulanan haksız çıkma zammının tahsili nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını elverişlilik başlığı altında incelemiştir. Karara konu ödeme emrine itiraz eden başvurucu, dış ticaret işiyle iştigal eden bir şirkettir. Başvurucunun 2002, 2003 ve 2004 yılı faaliyetlerine ilişkin hesap ve işlemleri idare tarafından incelemeye tabi tutulmuştur. İnceleme neticesinde başvurucu adına vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ile geçici vergi tarhiyatı yapılmıştır. Anılan tarhiyatlar 29/6/2006 tarihli ihbarnamelerle başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, söz konusu tarhiyatlara karşı dava açmıştır. İdare, ödeme emirlerine karşı açılan davaların reddedilmesi nedeniyle 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ödeme emri içeriğindeki alacağın %10'u oranında olmak üzere toplam 9.782.127,24 TL haksız çıkma zammı hesaplayarak 20/11/2013 tarihli ihbarnameyle başvurucuya bildirmiştir. Başvurucu, haksız çıkma zammına karşı İstanbul 7. Vergi Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme 14/11/2014 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesine göre 2002, 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin olarak başvurucu adına yapılan cezalı tarhiyatlar sonrasında düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davaların reddedildiği ve kesinleştiği dikkate alındığında başvuru-

38 Siyam Petrolcülük Sanayi ve Ticaret A.Ş., B. No: 2019/28665, 31/1/2023.

cunun ödeme emirlerine karşı açtığı davalarda haksız çıktığı açıktır ve ödeme emirlerine karşı açılan davanın reddi sebebiyle doğan haksız çıkma zammının tahsili hukuka uygundur. Başvurucu karara karşı bireysel başvuruda bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına ilişkin ihlal iddialarını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi kamu alacaklarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesi hâlinde otomatik olarak kamu alacağının %10'u oranında haksız çıkma zammı uygulanması, kamu alacağının tahsilini hızlandırma amacına erişme yönünden elverişli olmadığını belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi %10 oranında haksız çıkma zammı uygulanmasının elverişli olmadığına karar verirken ödeme emrine karşı açılan davanın tahsilat işlemlerini durdurmamasını esas almıştır. Mahkemeye göre ödeme emrine karşı açılan dava eğer tahsilat işlemlerini durduruyorsa, bu davanın reddi sonrasında %10 oranında bir haksız çıkma zammının kamu finansmanı yönünde meşru bir amacı olan tahsilatın hızlandırılması işlemine herhangi bir katkıda bulunmamaktadır³⁹. Keza yaptırımın amaca ulaşmaya yeterli, bir başka ifadeyle elverişli olması gerekmektedir⁴⁰. Seçilen yöntemin ulaşılmak istenen amaca elverişli olmadığı gerekçesi ile ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğini belirleyen karar, anayasa mahkemesinin elverişlilik incelemesi yaparak ihlal tespit ettiği istisna kararlardan birisidir. Anayasa Mahkemesi, elverişlilik incelemesi ile ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin öne çıkan başka karar vermemiştir. Bu durum ölçülülük incelemesinde idarece seçilen yöntemin genellikle ulaşılmak istenen amaca elverişli olduğunu, elverişlilik ilkesi bakımından yapılan değerlendirmenin yüksek oranda objektif olduğunu göstermektedir.

39 Çukurova İthalat ve İhracat Türk A.Ş. [GK], B. No: 2019/4408, 18/5/2022.

40 Oğurlu, Y. (2002). *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 36.

B. MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALEDE GEREKLİLİK İNCELEMESİ

Anayasa Mahkemesi mülke yapılan müdahalenin elverişli olduğunu tespit ettikten sonra, müdahalenin gerekliliği incelemesi yapmaktadır. Mahkeme içtihatlarında görüldüğü üzere; mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasının yanında gerekli olması da beklenir. Mahkemeye göre gereklilik, hakka müdahale teşkil eden birden fazla araç arasından hakkı en az zedeleyen aracın seçilmesini ifade etmektedir. Hak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlerden hangisi diğerlerine nazaran hakkın norm alanına daha az müdahale edilmesi sonucunu doğuruyorsa o tedbirin tercih edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte hakka müdahale oluşturacak aracın seçiminde kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir payının bulunduğu da kabul edilmelidir. Zira yetkili kamu makamları, öngörülen amaca ulaşılması bakımından hangi aracın etkili ve verimli sonuçlar doğuracağına ilişkin olarak isabetli karar verme noktasında daha iyi bir konumdadır. Özellikle alternatif aracın bulunmadığı veya mevcut alternatiflerin öngörülen meşru amaca ulaşılması bakımından etkili olmadığı ya da daha az etkili olduğu durumlarda kamu makamlarının araç seçimi hususundaki tercih yetkisinin gereklilik kriterini sağlamadığının söylenebilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekir⁴¹.

Örneğin; Anayasa Mahkemesi kültür varlıklarının özel mülkiyete konu edinilebileceğine ilişkin bir incelemesinde gereklilik ilkesine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre, kültür varlıklarının kamu mülkiyetine geçirilmesi ya da gözetim ve denetim altında tutularak özel mülkiyette bırakılması arasında iki seçenek bulunmaktadır. Özel mülkiyette bulunan kültür varlıklarının bedelsiz olarak müzelere teslim edilmek suretiyle özel mülkiyetin ortadan kaldırılması oldukça ağır bir

41 Asiye Sarı ve diğerleri, B. No: 2019/40153, 8/2/2023.

müdahaledir. Bu şekildeki ağır bir müdahalenin müstahak görülebilmesi için son derece zorlayıcı nedenlerin bulunması gerekir. Salt kültür varlıklarının korunması ihtiyacı -bunların başvurucuda kalması hâlinde daha az korunacağı ortaya konulmadıkça- özel mülkiyetteki bir kültür varlığının tazminatsız olarak kamu mülkiyetine geçirilmesini haklı hâle getirmez. Bu gibi durumlarda öncelikle kültür varlıklarının özel mülkiyette tutularak korunması değerlendirilmelidir. Kültür varlıklarının tazminatsız olarak müzeye teslim edilmesi biçiminde bireylere ağır külfet yükleyen araç, kültür varlığının korunması amacına ulaşılması için *en hafif müdahale teşkil eden araç* olarak görülmemekte, mülkiyet hakkına yapılan müdahale gereklilik kriterini karşılamadığı gerekçesi ile ihlal olarak değerlendirilmektedir⁴².

Anayasa Mahkemesi gereklilik testine konu ettiği başka bir incelemesinde, özel koleksiyona kayıtlı olan kültür varlıklarının bedelsiz olarak müzeye tesliminin istenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını gereklilik kapsamında değerlendiriş ve ihlal kararı vermiştir. İncelemeye konu başvuruda, başvuruçular; koleksiyonculuk belgesine sahip olan T.A.nın mirasçılarındır. T.A.nın 1988 yılında Balıkesir Müze Müdürlüğünde koleksiyona işlenen yirmi dokuz parça kültür varlığı bulunmaktadır. Bunlardan 28'inin gerçekte taşınmaz kültür varlıklarından kopan parçalar niteliğinde olduğu Müze Müdürlüğü tarafından iddia edilmektedir. Sözü edilen kültür varlıkları 1965 yılından beri T.A.ya ait olan ve "Altınkamp" olarak tabir edilen turistik tesisin çeşitli alanlarında sergilenmektedir. Eserlerin on beş parçası çalınma riskine karşı tesisteki yapıların duvarlarına monte edilmiş vaziyettedir. T.A.nın koleksiyonuna kayıtlı olan kültür varlıkları, ölümünden sonra 20/10/2009 tarihinde başvuruçulara zimmetlenmiştir. T.A.nın koleksiyonuna kayıtlı kültür varlıklarının on üçü, şikâyet üzerine Müze Müdürlüğü tarafından 11/12/2009 tarihinde yerlerinden sökülerek götürülmüştür.

42 Alexandra Liana ve diğerleri, B. No: 2018/20732, 13/1/2022.

Tesisteki yapıların duvarlarına monte edilmiş hâldeki on beş eser ise yerlerinde bırakılmıştır. Müze Müdürlüğü 25/5/2010 tarihli işlemle, tesisteki yapıların duvarlarına monte edilmiş hâldeki on beş eserin on beş gün içinde Müze Müdürlüğüne teslim edilmesini başvuruculara ihtar etmiştir. İhtar içeriğinde, taşınmaz kültür varlıklarının koleksiyona dâhil edilemeyeceği belirtilmiştir. Başvurucular, bu işlemin iptali istemiyle 7/6/2010 tarihinde Balıkesir İdare Mahkemesinde Kültür ve Turizm Bakanlığı aleyhine dava açmıştır. Derece mahkemesi, Müze Müdürlüğüne teslimine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ifade etmiş ve davayı reddetmiştir. Kesin karar üzerine Anayasa Mahkemesine şikâyetle bulunan başvurucular, dönemin belediye yönetimi tarafından tahrip edilecekken muris T.A. tarafından satın alınarak korunan ve topluma açık bir turistik tesiste teşhir edilen kültür varlıklarının bedelsiz bir biçimde müzeye tesliminin istenmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucular, müzenin izni ve denetimi altında duvara monte edilen eserlerin zarar görmeden duvardan sökülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Tarihî eserleri korumayı amaçlayan bir kanunun somut olayda amacından saptırılarak uygulandığını, dava konusu idari işlemin kültür varlıklarını korumak yerine onlara zarar verilmesi sonucunu doğurduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurucuların murisinin koleksiyonuna dâhil olan taşınmaz kültür varlıklarının tazminatsız olarak müzeye teslim edilmesi biçiminde başvuruculara ağır külfet yükleyen bir aracın kültür varlığının korunması amacına ulaşılması için *en hafif müdahale teşkil eden araç* olduğu sonucuna ulaşamadığına ve başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gereklilik kriterini karşılamadığına karar vermiştir⁴³. Görüldüğü üzere, gereklilik incelemesinde vakaya dair durumun değerlendirilmesi elverişlilik incelemesine nazaran daha subjektif olmasına rağmen mümkün olduğunca öznellikten uzaklaşılarak yapılabilir.

43 Filiz Freifrau Von Thermann ve diğerleri, B. No: 2019/14470, 20/12/2022.

C. MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALEDE ORANTILILIK İNCELEMESİ

Anayasa Mahkemesi, elverişlilik ve gereklilik inceleme-sinden sonra yapılan müdahalenin orantılılığı üzerine değerlendirmeye yapmaktadır. Mahkemeye göre orantılılık; bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğine, ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve başvuru-cunun mülkiyet hakkından yararlanmasındaki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında, elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olması gerekir⁴⁴. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına ilişkin birçok başvuruda orantılılık temelinde ölçülülük incelemesi yapmış ve mülke yapılan müdahale ile yüksek eşişin aşılp aşılmadığını değerlendirmiştir.

Mülke yapılan müdahaleye dair ölçülülük incelemesi yapılan en yaygın başvurulardan birisini, kamulaştırma sürecinde mülke yapılan müdahale iddiaları oluşturmaktadır. Kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olabilmesi için taşınmazın gerçek bedelinin malike ödenmesi ve ayrıca ödenen bedelin tespitinde esas alınan tarih ile ödeme tarihi arasında geçen dönemde gerçekleşen enflasyona nispetle taşınmazın hissedilir derecede değer kaybetmemiş olması gerekir⁴⁵. Kamulaştırma bedeli belirlenirken ödenen faizin uğranılan değer kaybını karşılaması gerekmektedir. Faiz işletilmesine rağmen enflasyon karşısında değer kaybına

44 *Asiye Sarı ve diğerleri*, B. No: 2019/40153, 8/2/2013.

45 *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013.

uğratarak ödenmesi mülkiyet hakkını ihlal etmektedir⁴⁶.

Anayasa Mahkemesince yapılan bir incelemede, baraj inşaatı sebebiyle kamulaştırılan taşınmazın bedelinin düşük tespit edilmesi ve tespit edilen bedel üzerinden faize hükmedilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası değerlendirilmiştir. Başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı hususunda bir sonuca varmak için derece mahkemelerince tespit edilen gerçek değer ile başvuruculara yapılan ödemelerin enflasyon etkisi arındırılmış sonuçlarının karşılaştırılması yapılmıştır. Elde edilmek istenen kamu yararı ile başvurucuların mülkünden mahrum kalması arasında makul dengenin sağlanıp sağlanmadığı ve müdahalenin ölçülü olup olmadığını tespit etmede önemli olan, yapılan ödemelerdeki değer kaybının toplam bedele oranı üzerinden başvurucuların maruz kaldığı yükü belirlemektir⁴⁷.

Mülkiyet hakkından yoksun bırakma biçimindeki müdahalelerde, hedeflenen kamu yararı ile malikin bireysel yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge, malike tazminat ödenmek suretiyle sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle mülkten yoksun bırakmalarda malike tazminat ödenmesi, müdahaleyle malike yüklenen aşırı külfetin telafi edilmesini temin eden temel bir araçtır. Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca kamulaştırma yoluyla malikin mülkiyet hakkının sona erdirildiği hâllerde malike ödenmesi gereken tazminat, taşınmazın gerçek bedelidir. Bu itibarla taşınmazın gerçek bedelinin ödenmediği durumlarda somut olayın koşulları da gözetilerek müdahalenin orantılı olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁴⁸.

Kamulaştırma bedeli belirlenirken taşınmazın konumunun ve piyasa değerinin dikkate alınması, takdir komisyonunun çok altında tazminat belirlenmemesi esastır. Aksi takdir-

46 Tırkan Poyraz, B. No: 2015/15388, 13/9/2018.

47 Ali Şimşek ve diğerleri, B. No: 2014/2073, 6/7/2017.

48 Cevat Aydın, B. No: 2014/13886, 4/10/2017.

de Anayasa Mahkemesi ölçülülük kriterine aykırı bir bedel takdir edildiği ve adil dengenin bozulduğu gerekçesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir⁴⁹. Kamulaştırma bedelini etkileyen objektif değer arttırıcı unsur oranına vurgu yapan bilirkişi raporundaki hususlar gerekçeli kararda açıklanmalıdır. Objektif değer arttırıcı hususların dikkate alınmadan düşük tazminat belirlenmesi, ölçülülük kriterine aykırı olduğu gerekçesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini göstermektedir⁵⁰.

Kamulaştırma yapılacak arazinin üzerindeki fidanların yaşı ve özellikleri dikkate alınmalıdır. Değerlendirme yapılırken herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin sadece fidanların fotoğrafları üzerinden hareket edilmesi durumunda adil denge sağlanamadığı gerekçesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir⁵¹. Ancak fotoğraflarla birlikte birikişinin fidanların yaşı ve niteliği gibi özelliklerini analiz eden raporunu dikkate alarak verilen karar mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir⁵².

Taşınmazın tapu kaydına kamulaştırılacağına dair şerh konulmasına rağmen kamulaştırma işleminin tamamlanmaması ve taşınmazın bedelinin ödenmemesi durumunda mülke yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğunda kuşku bulunmamaktadır⁵³.

Mülkiyet hakkına ilişkin başvurulara konu yapılan ve ölçülülük incelemesine tabi tutulabilen özel meselelerden birisine de imar uygulamaları oluşturmaktadır. İmar planında kamu hizmet alanı olarak ayrılmasına rağmen planın onaylanmasından itibaren uzun süre içerisinde taşınmazın kamulaştırılmaması, ilgisinin taşınmazından dilediği gibi yararlanama-

49 Selma Arıcan, B. No: 2013/7841, 21/5/2015.

50 Saadet Esin, B. No: 2014/18103, 26/10/2017.

51 Abdulaziz Çelik ve diğerleri, B. No: 2015/1894, 29/11/2018.

52 Bilal Özer, B. No: 2015/14610, 13/9/2018.

53 Emel Kaynar ve diğerleri, B. No: 2013/3667, 10/6/2015.

masına sebep olduğu gerekçesi ile ölçülülük kriterini ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi imar planlamasından itibaren beş yıllık süreyi ölçülü değerlendirerek başvuruyu kabul edilemez bulmuşken⁵⁴, on dört yıl boyunca kamulaştırma yapılmamasını ölçüsüz bularak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁵.

Mülkiyet hakkına ilişkin bireysel başvuruya konu olan meselelerden birisini de geçici hukuki koruma gerekçesi ile mülke yapılan müdahaleler oluşturmaktadır. Taşınmazın tapu kaydına şerh koyma, taşınırlara elkoyma veya müsadere gibi tedbirler yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması esastır. Elkoyma tedbiri, suç isnadı kapsamında uygulanan geçici bir koruma tedbiri mahiyetindedir. Geçici bir süreyle de olsa mülkten yoksun bırakılmanın mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Müdahalenin türünün ise yol açtığı sonuçlar yanında amacı da gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Suça veya kabahate konu eşyanın malikinin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve iyi niyetli eşya malikine eşyasını -tehlikeli olmaması kaydıyla- geri kazanabilme olanağının tanınması veya iyi niyetli malikin bu nedenle oluşan zararının tazmin edilmesi gerekmektedir⁵⁶.

Mülkiyet hakkını sınırlandıran bir tedbirin uygulanmasının ölçülü olabilmesi için gerek kapsamı gerekse de süresi itibarıyla orantılı olarak uygulanması gerekir. Bireylerin mülkiyet haklarıyla ilgili olarak bu ve benzeri tedbirlerin uygulanmasının zarara yol açması kaçınılmazdır. Ancak bu zararın kaçınılmaz olandan ağır veya aşırı sonuçlara yol açmaması veya böyle bir zararın oluşması durumunda kamu makamlarınca uygun yöntem ve vasıtalarla makul sürede giderimi-

54 Yunis Ağlar, B. No: 2013/1239, 20/3/2014.

55 Hüseyin Ünal, B. No: 2017/24715, 20/9/2018.

56 Hanife Ensaroğlu, B. No: 2014/14195, 20/9/2017.

nin sağlanması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirler uygulanması ve bu tedbirlerin belirli bir süre de devam etmesi ancak bireye şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği takdirde ölçülü görülebilir. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin söz konusu olduğu durumlarda tedbiri uygulayan kamu makamlarının ivedi olarak ve özenli bir biçimde davranma yükümlülükleri bulunmaktadır. Aksi hâlde yani tedbirin makul olmayan bir süre devam etmesi, mülkiyet hakkının tanındığı yetkilerin kullanılmasının belirsiz olacak şekilde ötelenmesi suretiyle mülk sahibine orantısız bir külfet yüklemiş olur⁵⁷.

Anayasa Mahkemesine mülkiyet hakkı kapsamında yapılan bireysel başvurularda ölçülülük incelemesine konusu yapılan meselelerden birisini de sosyal güvenlik ödemeleri oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi emekli ikramiyesine hak kazandığı tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süredeki enflasyon oranları dikkate alındığında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen alacağın değer kaybına uğratılarak ödenmesi durumunda mülkiyet hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir. Değer kaybının miktarı gözetildiğinde müdahaleyle başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklendiğinde söz konusu müdahalenin kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozacağı ve ölçülülük kriterinin ihlal edildiği gerekçesi ile ihlal sonucuna varılmaktadır⁵⁸.

Sosyal güvenlik ödemelerinde kurumun üzerine düşen denetim ve inceleme görevini iyi yönetmesi beklenmektedir. Ölçülülük bağlamında iyi yönetim ilkesi mülkiyet hakkı kapsamında yapılan incelemelerde hususi bir öneme sahiptir. Kamu otoritelerinden beklenen sosyal güvenlik hakkından doğan ödemeler gibi bireylerin hayatlarını devam ettirmesi

57 *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/17196, 25/10/2018.

58 *Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.

bakımından büyük öneme sahip konularda azami özenin gösterilmesidir. Anayasa Mahkemesi; hatalı tespit sebebiyle sosyal güvenlik aylığının ödenmeye başlandığı tarihten itibaren geçerli olacak şekilde iptal edilmesi ve başvurusunun geriye dönük olarak borçlandırılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını, kamu otoritesinin iyi yönetim ilkesine aykırı davrandığı ve ölçülülük kriterini ihlal ettiği gerekçesi ile kabul edilebilir bulmuştur⁵⁹. Öte yandan geriye dönük ödemelerin istenmesi durumunda, doğrudan ölçülük ilkesinin ihlaline karar verilmektedir anlamı çıkarılmamalıdır. Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken her olayı özelliklerine göre değerlendirmektedir. Kişiye maaş bağlanmasında kişinin hilesi ya da kusuru, aradan geçen zaman, idarenin kusuru, kişinin yaşı ve sonrasında şartları yerine getirmesinin mümkün olup olmaması gibi koşulları ayrı ayrı incelemektedir.

Anayasa Mahkemesi, yaşlılık aylığı alan bireyin üniversitede çalışmaya başlaması üzerine aylığının kesilmesi ve ödenen yaşlılık aylıklarının faiziyle birlikte geri istenilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan bireyin bireysel başvurusunu değerlendirmiştir. Buna göre bireyin yeniden çalışmaya başlaması nedeniyle yaşlılık aylığının kesilmesi yönündeki müdahalenin içerdiği meşru amacın dayandığı kamu yararı ile karşılaştırıldığında ölçülü olduğuna, başvurusu yersiz olarak fazladan ödendiği anlaşılan yaşlılık aylıklarının yasal faizi ile birlikte tahsil edilmesinin kamu makamlarının kusurunun ağırlığı da gözetildiğinde, bireye şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu sebeple söz konusu müdahaleyle kamunun yararı ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin birey aleyhine bozulduğu sonucuna ulaşmıştır⁶⁰.

SONUÇ

Ölçülülük, adalet arayışında olan toplumsal yaşamın uygu-

59 Ümmü Çakır, B. No: 2015/18918, 28/11/2018.

60 Kuddis Büyükkakılı, B. No: 2014/3941, 5/10/2017.

layıcıları tarafından objektif olarak değerlendirilmesi en zor ilkelerden birisi olarak kendini göstermektedir. Öte yandan yargı denetiminde ölçülülük ilkesinin uygulanması hem umut vermekte hem de tartışmalı olmaya devam etmektedir. Schlink gibi savunucular, bu ilkenin daha objektif adalet sağlama potansiyelini vurgularken; eleştirenler haklı olarak, özellikle üçüncü adım olan araçların orantılılığının değerlendirilmesinin öznel yargıları meşrulaştırabileceği konusunda uyarıda bulunmaktadır. Devlet müdahalesinin “normal yaşam akışı” ile tutarlılığı büyük ölçüde idarenin takdirine bırakılabilmektedir. İdarenin takdirinde olan müdahaleler üzerine incelemelerde elverişlilik testi nispeten basit ve çözümlenebilir seviyededir. Gereklik testi de bir miktar öznellik taşımakla birlikte yargısal incelemede netlik vardır. Bununla birlikte orantılılık testi olgusal bağlamda standartların dikkatli bir şekilde korunmasının önemini göstermektedir. Çünkü elverişlilik ve gereklikten ziyade orantılılık incelemesi yaparken yargıcın kişisel değer yargılarının etkili olması muhtemeldir. Bu sebeple yargılayıcının mülke yapılan müdahale ile ihlal iddiasında bulunan başvurusunun mağduriyetinin giderilmesi arasında mutlak bir oran belirleyebilmesi zordur. Orantılılık değerlendirmesinde, birbiriyle benzer olsalar bile her başvuruda vakanın özelliklerinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Mülkiyette konu nesnenin özellikleri, başvuru yapanın mülk ile ilişkisi, müdahaleyi gerekli kılan sebepler, müdahalenin alternatifleri gibi etkenler her başvuru açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Türk Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına ilişkin örnek alınan vakalarda beklenen incelemeleri gerçekleştirmiştir. İhlal kararları verilirken gerekcede vurgulanan kamulaştırma bedelinin tespitinde enflasyon, imar uygulamalarının sonucu olarak icra edilecek hizmetlerde beklenen süre, idarenin iyi yönetim ilkesine bağlı kalması ve sosyal güvenlik ödemelerinde idarenin kusuru gibi hususlar Türk Anayasa Mahkemesinin orantılılık incelemesi yaparken vakaya özel incelemeyi esas aldığını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular kapsamında verdiği kararlar, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin kuramsal temellerinin farkında olunduğunu ve uygulamaya dönük güvencesinin sağlanmaya çalışıldığını ortaya koymaktadır. İncelenen kararlar, Mahkemenin her somut olayda müdahalenin elverişliliğini, gerekliliğini ve orantılılığını ayrı ayrı değerlendirdiğini göstermektedir. Örneğin *Çukurova İthalat ve İhracat A.Ş. ve Ferda Yeşiltepe* kararlarında mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin ölçsüz olduğu sonucuna varılmış, kamu yararı ile bireyin hakkı arasında adil denge kurulmadığı gerekçesi “haksız çıkma zammının kamu finansmanı yönünden meşru bir amaç olan tahsilatın hızlandırılması işlemine elverişli olmadığı” temeline dayandırılmıştır. Benzer şekilde *Alexandra Liana ve diğerleri* başvurusunda mülk ile başvurucu arasındaki manevi ilişki dikkate alınmış, *Yunis Ağlar ve Hüseyin Ünal* başvurularında imar uygulamalarında uzun süren belirsizlik hallerinin mülkiyet hakkını ölçsüz biçimde zedelediğine işaret edilmiş, *Ali Şimşek ve diğerleri* başvurusunda kamulaştırma işleminde enflasyon ve yapılan ödemelerdeki değer kaybının toplam bedele oranı üzerinden başvuru sahiplerinin maruz kaldığı yük irdelenmiştir. Mahkeme, yalnızca mülkiyet hakkının varlığını değil bu hakkın etkin biçimde kullanılmasını da güvence altına almakta; idari ve yargısal makamların takdir yetkisini denetleyerek hakların keyfi şekilde sınırlandırılmasını engellemektedir. Kararların bütününe bakıldığında, ölçülülük ilkesi yalnızca teorik bir sınırlandırma aracı olmaktan çıkıp, somut olaylarda mülkiyet hakkının korunması açısından işlevsel bir denetim mekanizmasına dönüşmüştür. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki dengeyi gözetken bir yaklaşım benimseyerek, ölçülülük ilkesini bireyin temel haklarını koruyan dinamik ve etkin bir anayasal güvenceye kavuşturma çabasıdadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- BEATTY, David (2004). *The Ultimate Rule of Law*, New York: Oxford University Press.
- BULUT, Nihat (2006). “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *EÜHFD*, C. 10., S. 3-4, ss. 15-26.
- BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Verhältnismäßigkeit als Rechtstaatsprinzip*, https://www.bmj.de/DE/rechtsstaat_kompakt/rechtsstaat_grundlagen/verhaeltnismaessigkeit/verhaeltnismaessigkeit_node.html (Erişim Tarihi: 21/4/2025).
- GABRIEL, Gottfried (2015). *Erkenntnis*, Berlin/Boston: de Gruyter.
- GEMALMAZ, Burak (2018). *Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- GRIMM, Dieter (2007). “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, C. 57., S. 2., ss. 383-397.
- HABERMAS, J. (1996). *Between Facts and Norms*, Rehg, William (Çev.), Cambridge: MIT Press.
- HERDEGEN / MASING / POSCHER / GÄRDITZ (Eds.) (2025). *Constitutional Law in Germany. A Handbook in Transnational Perspective*, München: C. H. Beck.
- KANT, Immanuel (1781). *Kritik der reinen Vernunft*, Riga: Hartknoch.
- KLATT, Matthias ve MEISTER, Moritz (2014). “The Principle of Proportionality”, *Jus: Juristische Schulung*, C. 3., ss. 193-199.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude (2014). “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court”, *Human Rights Law Journal*, C. 12., ss. 12-17.

- LÜCKE, Jörg (1994). *Die Berufsfreiheit*, Heidelberg: C.F. Müller.
- MEINEL, Florian (2022). *Verhältnismäßigkeit*, Version 08.06.2022, <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Verh%C3%A4ltnism%C3%A4%C3%9Figkeit> (Erişim Tarihi: 21/4/2025).
- METİN, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- METİN, Yüksel (2017). "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., ss. 1-74.
- NELLESEN, Sebastian (2023). Bundesverfassungsgericht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *Anwaltsblatt*, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/recht-gesetz/grundsatz-verhaeltnismaessigkeit> (Erişim Tarihi 23/4/2025).
- OĞURLU, Yücel (2002). *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- PIEROTH, Bodo ve SCHLINK, Bernard (1985). *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg: C. F. Müller.
- REUTER, Thomas (2009). "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen, *JURA. Juristische Ausbildung*", C. 31., S. 7., ss. 511-518.
- SAURER, Johannes (2012). "Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes", *Der Staat*, C. 51., S. 1., ss. 3-33.
- SEILER, H. (2022). "Fehlentwicklungen des Verhältnismässigkeitsprinzips", *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, C. 123., ss. 397-409.
- SCHLINK, Bernhard (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHLINK, Bernhard (2012). "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", *Duke Journal of Comparative & International Law*, C. 22., S. 29., ss. 291-302.

- THOMAS, Tracy (2007). "Proportionality and the Supreme Court's Jurisprudence of Remedies", *Hastings Law Journal*, C. 59., S. 1., ss. 73-136.
- VOßKUHLE, Andreas (2007). "Grundwissen-Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", *Jus: Juristische Schulung*, ss. 429-431.
- WEBBER, Grègorie (2010). "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. 23., ss. 179-202.
- ZIPPELIUS, Reinhold (2021). *Juristische Methodenlehre 12th edition*, Munich: C.H. Beck.

Mahkeme Kararları

- Abdulaziz Çelik ve diğerleri*, B. No: 2015/1894, 29/11/2018.
- Alexandra Liana ve diğerleri*, B. No: 2018/20732, 13/1/2022.
- Ali Şimşek ve diğerleri*, B. No: 2014/2073, 6/7/2017.
- Asiye Sarı ve diğerleri*, B. No: 2019/40153, 8/2/2013.
- AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.
- Bilal Özer*, B. No: 2015/14610, 13/9/2018.
- Cevat Aydın*, B. No: 2014/13886, 4/10/2017.
- Çukurova İthalat ve İhracat Türk A.Ş.* [GK], B. No: 2019/4408, 18/5/2022.
- Emel Kaynar ve diğerleri*, B. No: 2013/3667, 10/6/2015.
- Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.
- Filiz Freifrau Von Thermann ve diğerleri*, B. No: 2019/14470, 20/12/2022.
- Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017.
- Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/17196, 25/10/2018.

- Hüseyin Ünal*, B. No: 2017/24715, 20/9/2018.
- Kuddis Büyükkakıllı*, B. No: 2014/3941, 5/10/2017.
- Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013.
- Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017.
- Saadet Esin*, B. No: 2014/18103, 26/10/2017.
- Selma Arıcan*, B. No: 2013/7841, 21/5/2015.
- Siyam Petrolcülük Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2019/28665, 31/1/2023.
- Türkan Poyraz*, B. No: 2015/15388, 13/9/2018.
- Ümmü Çakır*, B. No: 2015/18918, 28/11/2018.
- Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014.



KOLLUĞUN HERHANGİ BİR EMİR/KARAR GEREKMEKSİZİN ARAMA TEDBİRİNİ UYGULAYABİLMESİ SORUNU

The Issue of Police Conducting Searches without a Warrant/Decision

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR*

ÖZET

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesi bazı hâllerde kolluğun herhangi bir karar/emir gerekmeksizin arama tedbiri uygulayabileceğini düzenlemektedir. Ancak Yönetmelik'te bahsi geçen bu hususlara arama kararının düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) mad. 119'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu durumlarda aramanın gerçekten herhangi bir emir ya da karar alınmaksızın yapıp yapılamayacağı hususu tereddütlüdür. Nitekim arama, kişi haklarına müdahale teşkil eden bir tedbirdir ve bu tedbirinin sırf bir yönetmelik hükmüne dayanılarak uygulanması hukuka aykırı olacaktır. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesi temel hakların ancak *kanunla* sınırlandıracağını hüküm altına almıştır. Ayrıca karar ya da emir olmaksızın yapılan bu aramaların -hukuk düzenimizde kanuni dayanakları olsa bile- Anayasa mad. 20 ve 21'e aykırı olup olmayacağı da ayrıca tartışmalıdır. Zira Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde "*hâkim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstünün ya da eşyasının aranmayacağı, bu amaçla kişinin konutuna da girilemeyeceği*" hüküm altına alınmıştır.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı, cilerdamla.bayraktar@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7611-5088

Çalışmada Yönetmelik'te sayılan tüm hâller için -ki bu hâller gerçekten de emir/karar alınmadan arama yapılmasını makul gösterecek durumlardır- hukuk düzenimizde anayasal ve kanuni bir dayanak olup olmadığı ve bu minvalde yönetmelikte yer alan hükümler doğrultusunda arama tedbirini uygulayacak kolluğun hukuken sorumlu olup olmayacağı hususu tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arama tedbiri, karar/emir olmaksızın arama, anayasaya aykırılık, hukuka uygunluk sebepleri, kolluk yetkisi.

ABSTRACT

Article 8 of the Regulation on Judicial and Preventive Searches stipulates that in certain cases, the police may directly apply search measures without the need for a warrant or decision. However, the situations enumerated in the Regulation are not set forth in Article 119 of the Code of Criminal Procedure, which regulates search measures. This discrepancy raises doubts as to whether searches conducted without a warrant or decision are lawful in such cases. Given that search measures constitute an interference with personal rights, applying such measures solely on the basis of a provision of the Regulation would be unlawful. Article 13 of the Constitution stipulates that fundamental rights may only be restricted by law. Moreover, it is also questionable whether searches conducted in the absence of a warrant or decision, even if they have a basis in our legal system, are compatible Articles 20 and 21 of the Constitution, which provide that “Unless there exists a decision duly given by a judge or unless there exists a written order of an agency authorized by law, neither the person, nor belongings of an individual shall be searched, or no domicile may be entered”.

In this study, it is discussed whether there is a constitutional and legal basis in our legal system for all the situations listed in the Regulation, and whether the police officers who will apply the search measure in line with the Regulation will bear legal responsibility.

Keywords: Search measure, warrantless search/search without judicial order, unconstitutionality, legal grounds, law enforcement authority.

GİRİŞ

Arama tedbiri, CMK 116 vd. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”* (CMK mad. 116). *“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.”* (CMK mad. 119).

Bununla birlikte Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği mad. 8 bazı hâllerde herhangi bir karar ya da emir gerekmesizin kolluğun doğrudan arama tedbirini uygulayabileceğini düzenlemektedir¹. Buna göre;

1. Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında giyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde,

2. Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,

3. Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,

4. Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandık-

1 Yönetmelik'in 8. maddesindeki düzenlemenin sayılan hallerde arama tedbirine başvurulması bakımından sadece arama kararı zorunluluğunu kaldırdığı, CMK ve ilgili yönetmelikteki diğer tüm kurum ve kuralların ise geçerliliğini korumaya devam ettiğine ilişkin olarak bkz. Onan, O. (2009). *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 42; Özbek, V.Ö. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 344.

tan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,

5. a. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,

b. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

6. Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmayacaktır.

Yönetmelik'te bahsi geçen bu hususlara CMK mad. 119'da yer verilmemiştir². Dolayısıyla söz konusu durumlarda aramanın gerçekten herhangi bir emir ya da karar alınmaksızın yapılıp yapılamayacağı hususu tereddüt oluşturmaktadır. Nitekim arama tedbiri, kişi haklarına müdahale teşkil eden bir

2 İlgili Yönetmelik ile CMK'da bulunmayan yeni kurumların yaratıldığı ve yine CMK ile çelişkili düzenlemeler getirildiği eleştirisi için bkz. Onan, O. (2009). s. 41 ve Özbek, V. Ö. (2019). s. 343.

tedbirdir³ ve kişi haklarına müdahale teşkil eden bu tedbirinin sırf bir Yönetmelik hükmüne dayanılarak uygulanması hukuka aykırı olur. Çünkü Anayasa mad. 13, temel hakların ancak *kanunla* sınırlanacağını hüküm altına almıştır⁴ ve bu hüküm gereği arama tedbiri ancak kanunla öngörülebilecek, kanun dışında bir enstrümana, örneğin Yönetmelik'e dayalı olarak arama tedbiri uygulanamayacaktır. Yani Yönetmelik gereği ilgili durumlarda herhangi bir karar veya emir aranmaksızın arama işlemi yapılması, eğer bu Yönetmelik'i destekleyen bir yasal dayanak yoksa hukuka aykırı olur⁵. Öyleyse Yönetmelik'te sayılan bu hâllerde gerçekten bir karar ya da emir aranmaksızın arama yapılabilmesi için bu Yönetmelik'in kanunla desteklenmiş olması yani Yönetmelik'te öngörülen hususların yasal bir dayanağının bulunması gerekecektir.

- 3 Öztürk, B. (2021). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 504, 506; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 462; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 394; Özbek, V. Ö. (2019). s. 329.
- 4 Aynı yönde bkz. Yıldız, H. S. (2010). "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 65 vd.
- 5 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) ve (c) bentleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "*ilgilinin rızası ile*" ibaresinin ve 27. maddesi ile 30. maddesinin birinci fıkrasının iptali istemiyle açılan davada verilen kararın temyizi üzerine inceleme yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14.09.2012 gün ve 2257-1117 sayılı ile iptal kararlarının onanmasına karar vermesi sebebiyle Yargıtay, Yönetmelik'in 8. maddesinin karar alınmadan yapılacak arama işlemini somut olgulara bağladığı ve kanuna aykırı olmadığı tespitini yapmaktadır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/6/2019 tarihli, E.2016/805 K.2019/480 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/988 K.2017/55 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/1106 K.2017/54 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11/11/2021 tarihli, E.2019/526 K.2021/556 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/12/2018 tarihli, E.2016/362 K.2018/681 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2017 tarihli, E.2016/54, K.2017/77 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2019 tarihli, E.2016/167, K.2019/120 sayılı kararı. Oysa Danıştaydaki dava Yönetmelik'in yalnızca belli hükümlerinin iptali sebebiyle açılmış ve iptal incelemesi de yalnızca bu hükümler kapsamında yapılmıştır. Dolayısıyla Danıştayca verilmiş olan karar dayanak yapılarak Yönetmelik'in 8. maddesinin kanuna aykırı olmadığı neticesine varılması kanımızca mesnetten yoksundur.

Mevzuatımızda CMK mad. 90/4 ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu mad. 13/2 gibi kolluğa belli durumlar da *arama benzeri* uygulamalar yapma imkânı veren hükümler vardır. Aşağıda bu ve buna benzer hükümlerin Yönetmelik'te öngörülen hususları destekler şekilde arama tedbirinin emri/karar olmaksızın uygulanmasına izin verip vermediği, daha net bir ifade ile Yönetmelik'te sayılan hâller için hukuk düzenimizde kanuni bir dayanak olup olmadığı ve bu minvalde Yönetmelik'te yer alan hükümler doğrultusunda arama tedbirini uygulayacak kişinin hukuken sorumlu olup olmayacağı hususu tespit edilecektir. Nitekim Yönetmelik'te bahsi geçen durumlar her ne kadar gerçekten de emir/karar alınmadan arama yapılmasını makul gösterecek durumlar ise de bu durumlar kanunda açıkça düzenlenmemiştir⁶. Dolayısıyla kanunda açıkça düzenlenmeyen fakat Yönetmelik'te açıkça düzenlenen bu hâllerde arama yapan kişinin hukuken sorumlu olup olmayacağı hususu incelenmelidir.

Tüm bu hususların yanı sıra Anayasa mad. 20 ve 21'de "*hâkim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimse- nin üstünün ya da eşyasının aranmayacağı, bu amaçla kişinin ko- nutuna da girilemeyeceği*" düzenlenmiştir.

Öyleyse Yönetmelik'te sayılan bu hâller için hukuk düzenimizde kanuni bir dayanak olsa bile karar ya da emir olmak-

6 Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan hükümlerin temel olarak ikiye ayrıldığı görüşü için bkz. Kılıç, A. (2023). Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 56., s. 411. Yazara göre "*bu hükümler öncelikle olağan durumlara ilişkindir. Bu hâllerde kişiye özgü şartlardan söz edilemez. Benzer durumda çok sayıda kişi olabilir ve bu kişilerin tamamının ilgili olağan durumun gerektirdiği ölçüde aranması gerekir. Bu hâllerde arama, yapılan işin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Kararın aranmayacağı kabul edilen hâllerin çoğu bu kapsamdadır. Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce aranması (...) bu duruma örnek teşkil eder. Kararın gerekli olmadığı kabul edilen bir diğer durum ise ani gelişen hâllerdir. Bu hâllerde arama kararının beklenmesi aramayla ulaşılmak istenen menfaati imkânsız kılabilir ya da bir tehlikenin zarara dönüşmesine neden olabilir. Örneğin, suçüstü hâlinde yazılı arama emrinin beklenmesi delillerin kaybolmasına sebep olabilir.*"

sızın yapılan bu aramaların anayasaya aykırı olup olmayacağı ve bu kapsamda karar ya da emir olmaksızın arama tedbirini uygulayan kişinin hukukten sorumlu olup olmayacağı hususunun tespiti gerekir⁷.

I. YÖNETMELİK HÜKÜMLERİNE DAYANAK TEŞKİL EDEBİLECEK KANUNİ DÜZENLEMELER

A. YÖNETMELİK'İN 8-A BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik'in 8. maddesinin a bendine göre hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde⁸ arama kararı gerekmeden arama yapılabilecektir⁹. Bu tedbirler için hukuk düzenimizde kanuni

7 Öztürk ve diğerlerine göre Yönetmelik'te yer alan bu düzenleme gerek Anayasa mad. 20, 21 ve gerekse CMK mad. 119'a aykırıdır, bkz. Öztürk, B. (2021). s. 508. Centel ve Zafer'e göre ise Yönetmelik'te belirtilen bu hâllerde hâkimin arama kararı, mercinin ise arama emri vermesi gerekmez. Ancak yazar çalışmada bu sonuca varırken Anayasaya ya da Kanuna aykırılık açısından herhangi bir inceleme yapmamış, doğrudan *"bu hâllerde hâkimin arama kararı, mercinin ise arama emri vermesinin gerekmediği"* tespitini yapmıştır, bkz. Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 465. Yönetmelik hükümleriyle ilgili olarak ayrıca bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 341 vd.

8 Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli E.2005/6392, K.2007/948 sayılı kararıyla Yönetmelik hükmünün *"bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada da karar veya emir aranmayacağına"* ilişkin kısmının iptaline karar verilmiştir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). *"5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58., S. 1., s. 155 vd.; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 465 (216. dipnot).

9 Özbek ve diğerleri *"bir yakalama veya tutuklamayı izleyen üst aramasının mümkün olduğu, bunun için ayrı bir arama kararına gerek olmadığı"* fikrindedir. Ancak yazarlar bu görüşü ortaya koyarken herhangi bir argüman belirtmemiştir, bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 330. Bununla birlikte yazarlar *"Yakalama ya da zorla getirme emri aynı zamanda bir arama kararını da içerir mi?"* sorusuna da yakalama kararının aynı zamanda arama kararının yerine de geçeceğinin kabulü hâlinde bunun kolluğa sınırsız bir yetki verilmesi anlamına geleceğine işaret ederek olumsuz cevap vermektedir. bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 337 vd. Dolayısıyla *"bir yakalama veya tutuklamayı izleyen üst aramasının mümkün olduğu, bunun için ayrı bir arama kararına gerek olmadığı"* tespitinin yazarca hangi argümana dayandırıldığı tarafımızca eserden tespit edilememiştir.

bir dayanak olup olmadığı ve bu minvalde Yönetmelik'te yer alan hükümler doğrultusunda arama tedbirinin herhangi bir karar/emir olmaksızın uygulanmasının hukuka uygun olup olmayacağı hususunda ifade edilmelidir ki¹⁰, 2559 sayılı Kanun mad. 13/1b'ye göre polis, haklarında yetkili mercilerce verilen *yakalama veya tutuklama kararı* bulunanları yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. 2559 sayılı Kanun mad. 13/2'ye göre ise yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde *her türlü tedbir* alınabilecektir. Ayrıca CMK mad. 90/4'e göre de *"Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir."* Öyleyse 2559 sayılı Kanun mad. 13/1b, mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4 birlikte yorumlandığında hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında kanunun ifadesiyle *"her türlü tedbir"* mahiyetinde olmak üzere üstlerinde arama yapılabileceği neticesine varılır. Fakat kolluğun uygulamakla yükümlü olduğu tek kanun bunlar değildir. Pek tabii kolluk CMK mad. 119'a da uymak zorundadır. CMK mad. 119 ise arama yapmak için hâkim/merci kararının/emrinin varlığı şart koşar. Öyleyse kolluk, yakaladığı kişinin kaçmasının veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından hem 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4'ü hem de CMK mad. 119'u dikkate alacak ve elinde hâkim/merci kararı/emri olmadan yakaladığı kişinin üzerini ancak kabaca yoklayabilecek fakat arama yapamayacaktır¹¹.

10 Yenisey ve Nuhuğlu burada tutuklama kararı, zorla getirme kararı veya cezasını çekmek üzere gelmeyen hükümlünün yakalanması için yakalama emri verilmesinin üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde olduğu görüşündedir, bkz. Yenisey, F. ve Nuhuğlu, A. (2019). s. 395. Özbek ve diğerleri ise bu konuda *"Yakalama ya da zorla getirme emri aynı zamanda bir arama kararını da içerir mi?"* sorusuna yakalama kararının aynı zamanda arama kararının yerine de geçeceğinin kabulünün kolluğa sınırsız bir yetki verilmesi anlamına geleceğinden bahisle olumsuz cevap vermektedir, bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 337 vd.

11 Yargıtay da yakalanan kişinin üzerinde CMK mad. 90/4 gereği kaba

Öyleyse Yönetmelik mad. 8-a'daki "arama" ifadesini kaba üst araması şeklinde anlamak ve bu kapsamda Yönetmelik çerçevesinde yapılacak aramayı CMK mad. 119 gereği yapılan aramadan daha kaba boyutta uygulamak üzere yoklama araması ile sınırlı tutmak gerekir¹².

Özetle ifade edilmelidir ki Yönetmelik mad. 8-a'daki "hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandı-

üst aramasının yapılabileceği görüşündedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/9/2018 tarihli, E.2016/569, K.2018/376 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı.

- 12 Doktrinde de yüzeysel işlemlerin arama işlemi niteliğinde olmadığı ifade edilmektedir, bkz. Şahin, C. (2018). Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Yargıtay Dergisi*, C. 45., S. 3., ss. 437-443; Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 1054; Yaşar, O. ve Otacı, C. (2022). *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 859; Aygörmmez, G. A. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 203; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 843; Önok, M. (2015). Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar, içinde Centel, N. (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 261; Demirel, M. (2021). "Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 16., S. 45., s. 37. Bu görüş, yüzeysel işlemlerin belli bir ağırlığa ulaşmadığı gerekçesine dayanır. Yargıtay da kaba üst aramasının yapılabileceği ve yoklama biçimindeki bu işlemin arama niteliğinde olmadığı görüşündedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.9.2018 tarihli, E. 2016/569, K. 2018/376 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı. Anayasa Mahkemesi de kaba arama, yoklama, sıvazlama veya elle kontrol işlemlerinin arama niteliğinde olmadığını; bu işlemlerin amaç, kapsam ve süre itibarıyla aramaya göre daha sınırlı bir uygulamaya imkân tanıyan tedbirler olduğunu kabul etmektedir, bkz. AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, § 80; AYM, E.2020/59, K.2023/53, 22/3/2023, § 127 vd.; AİHM, üst ve eşya aramasının özel hayata saygı hakkına müdahale niteliği taşıması için ayrıntılı olması gerektiğini ifade etmektedir, buna göre de yüzeysel aramalar bu kapsamda değerlendirilmemektedir, bkz. *Gillan ve Quinton/ Birleşik Krallık*, B. No: 4158/05, 12/1/2010; *Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya*, B. No: 27153/07, 17.01.2017. Aksi yönde kaba üst aramasına yönelik işlemlerin arama niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Kılıç, A. (2023). s. 406 ve Çöpoğlu, H. S. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi*, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77., S. 1., s. 195 vd.

ğında üstünde arama kararı gerekmeden arama yapılabileceğine” ilişkin yetkinin yasal dayanağı 2559 sayılı Kanun mad. 13/1b, mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4’tür¹³. Ancak her ne kadar Yönetmelik hükmü burada üst aramasından bahsediyorsa da bu üst araması yetkisi yukarıda ifade edildiği üzere “kaba üst araması” olarak anlaşılmak zorundadır¹⁴.

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri olanlara ilişkin olarak Yönetmelik mad. 8-a’daki yetkisini kullanan kolluk, üst araması boyutuna varmayan şekilde kaba bir yoklama araması yaptığı sürece hukuka uygun davranmış olacaktır. Ancak kolluğun CMK mad. 119’da düzenlenen boyutta bir üst araması yaptığı durumda, yani kollukça detaylı üst araması yapılan bir durumda bunu söylemek mümkün değildir. Yani hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağı yakaladığında haklarında arama kararı bulunmamasına rağmen onların üstlerinde detaylı arama yapan kolluk bu davranışı

13 Yönetmelik mad. 8-a’nın yasal dayanağının sadece CMK mad. 90/4 olarak gösterildiği görüş için ayrıca bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 156. Bu noktada ifade edilmelidir ki her ne kadar yazar ilgili çalışmada Yönetmelik mad. 8-a’nın hukukiliği hakkında net bir tespitte bulunmadıysa da, yazarın bu yönetmelik hükmüne ilişkin olarak yaptığı anlatımda kullandığı “CMK’nın 90/4. maddesi yalnızca güvenlik amaçlı üst aramasında karar veya emir aranmamasının yasal dayanağını oluşturur.” argümanı kanımızca yazarın Yön. mad. 8-a hükmü için CMK mad. 90/4’ü dayanak gösterdiği kabulünü oluşturur niteliktedir.

Literatürde hakkında “yakalama emri” veya “zorla getirme kararı” verilen kişilerin yakalandıklarında aranmaları için arama kararına veya emrine ihtiyaç olmadığını düzenleyen Yönetmelik hükmünün (Yönetmelik mad. 8-a) dayanağının “çoğun içinde az da vardır” ilkesi olduğu iddia edilmektedir, bkz. Orhan, U. (2018). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 37. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim yakalama ve zorla getirme işlemi içinde “kişinin aranması” mündemiç değildir yani yakalama “kişinin aranması suretiyle” yerine getirilen bir işlem değildir. Dolayısıyla yakalananların aranmalarının hukuki dayanağının yakalama emriyle bağlantı kurularak “çoğun içinde az da vardır” ilkesinden hareketle oluşturulması kanımızca kabul edilemez.

14 Keskin Kızıroğlu ise güvenlik amaçlı üst aramasında CMK’nın 90/4. maddesinin yasal dayanak oluşturacağını ifade etmektedir, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 154, 156.

için yönetmeliği gerekçe gösterse dahi hukuki sorumluluğu doğar. Çünkü böyle detaylı bir aramaya hâkim/merci kararı/emri olmaksızın izin veren yasal bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır.

Yönetmelik mad. 8-a kapsamında tartışılması gereken bir diğer konu, bu hükme göre hakkında zorla getirme kararı olanların da herhangi bir karar ya da emir gerekmeksizin aranabilmesidir¹⁵. Yönetmelik'teki bu yetkilendirmeye ilişkin olarak hukukumuzda kanuni bir dayanağın var olup olmadığı noktasında tespit edilmesi gereken ilk husus hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin yakalanmasının mümkün olup olmadığıdır. Nitekim hakkında zorla getirme kararı olan kişinin yakalanabileceği neticesine varılırsa 2559 sayılı Kanun mad. 13/2'e ve CMK mad. 90/4'e dayanılarak kendisine kaba üst araması da yapabilecek ve bu vesileyle Yönetmelik mad. 8'de sayılan bu duruma da kanuni dayanak sağlanmış olacaktır. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 (ve benzer şekilde CMK mad. 90/4) yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbirin alınabilmesine, bu kapsamda kişinin kaba üst aramasının yapılabilmesine imkân vermektedir¹⁶.

15 Hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan bir kişinin hukuka uygun olarak yakalanması hâlinde kolluğun sadece kişinin üzerinde kendisine veya bir başkasına zarar vermesini engellemek amacıyla bıçak, silah vb. kesici delici alet olup olmadığını kontrol etmek üzere "üst araması" yapabileceğine ilişkin bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 68; Yenisey, F. (1995). *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve İlgili TCK- CMUK Maddeleri*, Ankara: A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 24.

16 Cüzdan içindeki arama, kaba arama olarak değerlendirilemez, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/6/2019 tarihli, E.2016/805 K.2019/480 sayılı kararı: Yürütülen soruşturma kapsamında, iletişimin tespiti çalışmaları sırasında tespit edilen telefon görüşmelerinden tanığın inceleme dışı sanıktan uyuşturucu madde almak istediğini değerlendiren kolluk görevlileri, gerçekleştirdikleri fiziki takipte tanığın bir tır ile inceleme dışı sanığın bulunduğu yere geldiğini ve onunla görüştüğünü görmüş, tanık tır ile ayrıldığı sırada onu takibe almış, araç park ettiğinde aracın yanına yaklaşan görevliler, kimlik tespiti sonrasında tır içinde

Hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin yakalanmasının mümkün olup olmadığı konusunda yakalamayı düzenleyen CMK mad. 90 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13 hükümlerinin incelenmesi gerekir: Her iki kanunda da “hakkında zorla getirme kararı olanların” yakalanmasına izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada gerçekleşebilme ihtimali olabilecek tek senaryo, polisin elinde bir zorla getirme kararı olduğu ve bu karara istinaden ilgilinin kendisiyle gelmesini istediği ancak kişinin buna rağmen polisin isteğine direndiği hâldir. Böyle bir durumda polis, hakkında zorla getirme kararı olan ve kendisine direnen bu kişiyi 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-e’ye göre yakalayabilecektir. Yakalandıktan sonra ise 2559 sayılı Kanun mad. 13/2’ye göre bu kişinin kaba üst araması yapılabilir. Ancak hakkında zorla getirme kararı olan kişiler polisin isteğine uyar da onunla birlikte giderlerse polis bu kişileri yakalayamayacaktır. Nitekim hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin yakalanacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda bu kişiler yakalanmadıkları için haklarında kaba üst araması tedbiri de uygulanamayacaktır, nitekim kaba üst araması için kanun kişinin yakalanmış olmasını şart koşar (2559 sayılı Kanun

yaptıkları kontrolde vites kolu yanında bulunan cüzdanda suça konu esrarı ele geçirmiştir. Olayda CGK, araçta bulunan ve uyuşturucu maddelerin içinde ele geçirildiği cüzdan üzerinde yapılan arama işleminin 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirilme anına kadarki süreçte suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, üzerlerinde yoklama veya araçlarında kontrol yapılan kişilerin yanlarında bulunan eşyasında gerçekleştirilecek arama işlemi için, CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması ya da 2559 sayılı Kanun’un 9. maddesi gereğince bir önleme araması kararı alınması gerektiği, ancak dosya kapsamında bu tür bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı, bu kapsamda sanığın cüzdanında arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu ve hukuka uygun bir delilden söz edilemeyeceği kararına varmıştır. İlgili karar her ne kadar 2559 sayılı Kanun mad. 4A/6 kapsamında “araçta silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı hâlinde kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alma” kapsamında değerlendirilen bir karar olsa da cüzdanın kaba aramaya konu olamayacağını göstermesi açısından önemlidir.

mad. 13/2). Özetle ifade edilmelidir ki, hakkında zorla getirme kararı olan kişi polise direnirse polis kişiyi ancak o zaman önce 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-e'ye göre yakalayıp, sonrasında da ilgiliye 2559 sayılı Kanun mad. 13/2'ye göre kaba üst araması tedbiri uygulayabilecektir. Bu noktada yapılması gereken tespit ise, Yönetmelik mad. 8'de yer alan "hakkında zorla getirme kararı olanların üstlerinin aranabileceği" ifadesinin ancak bu kişiler polise direndiğinde kanuni bir dayanağa sahip olacağı, aksi durumda yönetmeliğin bu hükmünün kanuni bir dayanağının olmayacağıdır. Yani hakkında zorla getirme kararı olanların da herhangi bir karar ya da emir gerekmeksizin aranabilmesine ilişkin olarak Yönetmelik mad. 8-a'da öngörülen yetkisini kullanan kolluk, eğer hakkında zorla getirme kararı bulunan bu kişi polise direnmiyorsa, hukkuka aykırı davranmış olacaktır. Dolayısıyla hakkında zorla getirme kararı olan bu kişilerin polise diremediği durumda polis bu kişilerin üzerini, her ne kadar Yönetmelik'te aksi düzenlenmiş olsa da kaba bile olsa arayamaz. Çünkü burada Yönetmelik hükmünü destekleyen yasal bir dayanak bulunmamaktadır ve kişi hakkına müdahale teşkil eden arama tedbiri yönetmelikle düzenlendiğinde değil ancak kanunla düzenlendiğinde hukuken uygulanabilir durumda olacaktır (Anayasa mad. 13).

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus kaba üst araması neticesinde ilgili kişi üzerinde bir unsurun varlığı tespit edildiğinde ne yapılacağıdır. Görüldüğü üzere Yönetmelik yalnızca söz konusu kişilerin üst aramasına ilişkin hüküm getirmekle yetinmiş, bu arama neticesinde rastlanan unsura hukuken nasıl muamele edileceğini düzenlememiştir. Bu noktada 2559 sayılı Kanun ek mad. 6/3 hükmüne değinmek gerekir. İlgili hükme göre bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya mal varlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhâl gerekli tedbirleri alır. Bu hükme göre kaba üst araması neticesinde uyuşturucu

madde ya da ruhsatsız silah bulan polis, an itibarıyla bir suçla karşılaşmış olacağından bunu muhafaza altına alabilecektir¹⁷.

- 17 Yargıtay da aynı görüştedir. Nitekim sazlık alanda uyuşturucu madde satıldığı yönünde ihbar alınması üzerine söz konusu yere gidildiğinde sanığın da aralarında bulunduğu bir grubun sazlıkların içinden çıkıp kaçmaya başladıklarının görüldüğü, yapılan takip neticesinde kaçarken bir elinde siyah poşet diğer elinde ise kâğıt para bulunan sanığın yakalandığı, poşette yoklama şeklinde yapılan kontrolde ve sazlık alanda yapılan araştırmada uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, buna karşılık sanığın uyuşturucu maddelerin olay yerinden kaçan ve kimlikleri tespit edilemeyen diğer kişiler tarafından atılan poşette ele geçirildiğini, kaçarken kendisinin yere attığı poşette uyuşturucu madde bulunmadığını iddia ettiği olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 10. Ceza Dairesi, olay yerini kapsayan arama kararı olup olmadığının araştırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı ile konuyu inceleyen YCGK, işlendiği iddia edilen suçla ilişkin yeterli bilgi içermeyen, soyut nitelikte bulunan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen, sanığın açık kimlik bilgilerini de içermeyen ihbarın adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını gerektirecek mahiyette olmadığı gibi CMK'nın 119. maddesinin aradığı şartları da taşımadığı, yapılan çalışmaların geldiği aşama dikkate alındığında soyut nitelikte olan ihbar hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerin sanığı ellerinde poşet ve para ile kaçarken görmeleri üzerine fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği bir suçla, diğer bir anlatımla "suçüstü" hâli ile karşılaşmaları nedeniyle CMK'nın 90/4. maddesi ile PYSK'nın 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhâl gerekli tedbirleri alıp, sanığın elinde bulunduğu belirtilen veya kaçan diğer kişiler tarafından atıldığı iddia edilen poşette yaptıkları kontrolde suç konusu uyuşturucu maddeleri ele geçirdikleri, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9/10/2018 tarihli, E.2016/21 K.2018/417 sayılı kararı. Yine yürütülen devriye görevi sırasında sanığın yanında bulunan kişilere bir şey verip bunun karşılığında bir şeyler aldığının görüldüğü, kollukça ilgililerin bulundukları yere doğru gidildiğinde sanığın yanında bulunan şahısların kaçtığı, bunun üzerine sanığın kollukça olay yerinde yakalanarak polis merkezine getirildiği, polis merkezinde sanığın çantasında ve bisikletinde yapılan aramada eroin ele geçirildiği bir olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi önleme araması kararı, adli arama kararı, veya yazılı adli arama emri bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine işaret ederek yerel mahkemece uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapma suçundan verilmiş mahkumiyet kararının bozulmasına karar vermiştir. İlgili bozma kararına Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı neticesinde YCGK, sanığın yanında bulunan şahısların kaçtığı, görevlilerin sanığın el çantasında ve bisikletinin gidon iç kısmında yaptıkları kontrolde uyuşturucu madde ele

Burada en temel sorun, kaba üst araması neticesinde ele geçirilen maddenin uyuşturucu mu olduğunun o an orada kesin olarak tespit edilememesidir. Nitekim ilgili madde kişinin ilacı ya da un veya nişasta benzeri bir madde de olabilir. Burada kanımızca polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanmak gerekir. Nitekim kolluğun o an oraya laboratuvar kurup bu maddenin ne olduğunu tahlil etmesini beklemek makul değildir. Muhafaza altına alma için maddenin ne olduğunun kesin olarak tespitini şart koşturmak ise pek çok durumda suç delillerinin ele geçirilmesini ve suçluların cezalandırılmasını engelleyecektir. Nitekim muhafaza altına tedbirini uygulamadığınız sürece fail, uyuşturucu paketini açıp içindekini havaya savurabilir durumdadır. Öyleyse yapılması gereken polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanarak maddenin uyuşturucu olmasından şüphe etmesini 2559 sayılı Kanun mad. 6/3'ü uygulamak için yeterli kabul etmektir. Nitekim polis pek çok durumda maddenin kokusundan ya da maddeye dokunduğunda maddenin elinde bıraktığı histen ilgili maddenin un mu, nişasta mı yoksa uyuşturucu madde mi olduğunu anlayabilmektedir¹⁸.

geçirmeleri sonucu "suçüstü" hali ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanığı, CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin 4. fıkrası ve 2559 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi ile ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, *ardından bu maddelerin verdiği yetkiye dayanarak, kaçmasını veya kendisine ya da başkalarına zarar vermesini engellemek ve yine işlenmiş olan suçun delilinin tespit edilmesi ve karartılmasını önlemek amacıyla derhal gerekli tedbiri aldığı, bu kapsamda uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldığı, yine Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır*, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/988 K.2017/55 sayılı kararı. Söz konusu kararlar her ne kadar suçüstü yakalaması ile ilgili olsa da yapılan arama sonucu bulunan unsurlara nasıl muamele edileceğini göstermek adına önem arz eder.

- 18 Konuyla ilgili bir diğer Yargıtay kararı şu şekildedir: Bir kişinin motorize emniyet ekiplerine isimli şahsın Kıraathanesinin yanında esrar ve kaçak sigara sattığını, eğer giderlerse yakalayabileceklerini söylemesi

üzerine sanığın yanına giden emniyet ekiplerince sanığın yapılan üst aramasında esrar ele geçirilen olayda yerel mahkemenin verdiği mahkumiyet kararını temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi somut olayda sanık hakkında ihbar yapılması nedeniyle faili belli olan bir suçun işlendiği konusunda şüphe olduğu, bu kapsamda CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" alınmadan sanığın üzerinde arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu bulunan uyuşturucu maddenin hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup hukuka aykırı yöntem"le elde edildiğinden bahisle bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı ile konuyu inceleyen YCGK, kimlik bilgilerini vermek istemeyen bir şahıstan edindikleri somut emarelere dayanmayan ve sanığın açık kimliğini de içermeyen soyut nitelikteki bilginin doğruluğunu araştırmak üzere olay yerine gittikleri, açmış olduğu tezgâhta kaçak sigara satan sanığı gördükleri ve kaçak sigara satarak suç işlemekte olan sanığı CMK'nın 90/1-a ve PVSK 13/1-A maddeleri gereğince gerekli kanuni işlemleri yapmak için yakaladıkları, suçüstü hâlinde yakalanan sanığın kaçmasını, kendisi ile başkasına zarar vermesini ve suç delillerinin kaybolmasını önlemek için CMK'nın 90/4 ve 2559 sayılı Kanun'un ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak derhâl gerekli tedbirleri aldıkları, bu bağlamda sanığın giysileri çıkarılmaksızın el ile yoklama biçimde kontrol yapıldığı ve montunun içindeki kabarıklığın fark edildiği, ne olduğu sorulduğunda sanığın içinde uyuşturucu madde bulunan poşeti çıkartıp görevlilere teslim ettiği, görevlilerce muhafaza altına alınıp incelenen poşette suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, bu durumda kolluğun ilk defa işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla "suçüstü" hali ile karşılaşması nedeniyle, CMK'nın 90/4 ve PVSK'nın Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alarak uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıktan sonra uyguladığı tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verdiği, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2017 tarihli, E.2016/54 K.2017/77 sayılı kararı. Yine Narkotik Suçlarla Mücadele Büro Amirliği görevlilerince sokak satıcılarına yönelik yapılan istihbarat çalışmalarında, daha önce hakkında işlem yapılan ... kimlik numaralı, Muğdat ve Cihan oğlu, 1991 İzmit doğumlu ... ile ... kimlik numaralı, İsmail ve Elif oğlu, 05.10.2000 İzmit doğumlu ve Kocaeli-İzmit nüfusuna kayıtlı olan ... isimli şahısların, ... Sokak üzerinde uyuşturucu madde sattıkları yönünde bilgi elde edildiği, görevlilerce 17.10.2014 tarihinde saat 20.00 sıralarında söz konusu sokağa gidilip çevrede tertibat alınarak beklenilmeye başlandığı, o sırada ticari bir taksinin gelerek içinden inen şahsın apartman önünde bir başka kişiyle görüştüğü, sonrasında bu iki şahsın apartmana girdiği ve yaklaşık 5 dakika sonra geri geldikleri ve birlikte kapının önünde beklemekte olan taksiye bindikleri, bunu gören kolluk görevlilerinin ticari taksiyi durdurduğu ve kaba üst araması yaptığı olayda YCGK

Silah ruhsatlı olduğunda ise CMK mad. 90/4 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 hükmü uygulanmak suretiyle aynı neticeye varılabilecektir. Nitekim bu maddelerde kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbirin alınmasına, bu kapsamda kaba üst araması ile ele geçirilen silahın muhafaza altına alınmasına izin verilmiştir. Görüldüğü üzere burada silahın ruhsatlı ya da ruhsatsız olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim fail, ruhsatlı ya da ruhsatsız silahıyla

kolluk görevlilerinin istihbarat bilgisinin doğruluğunu araştırmak üzere bahsi geçen sokağa gidip beklemeye başladıkları ve makul sebebe dayalı olarak aracı durdurdukları ve araçta bulunanlara müdahalede bulundukları, bu kapsamda 2559 sayılı Kanun'un 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında kaçmalarını, kendilerine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla sanık ... ile diğer şahıslar üzerinde yoklama biçiminde kontrol yapıldığında herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı, aracın dışarıdan bakıldığında görülebilen yerleri kontrol edildiğinde ise arka koltukta oturan'nın ayaklarının bulunduğu yerde görünür şekilde ve açıkta bulunan beyaz kâğıtta suç konusu uyarıcı nitelikteki tabletlerin ele geçirildiği, aracın dışarıdan bakıldığında görülebilen yerinde bulunan uyarıcı nitelikteki tabletlere bu şekilde el konulmasının "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla somut olayda adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek bulunmadığı, soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen istihbarat bilgisi ile kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama da dikkate alındığında, istihbarat bilgisinin adli arama kararı almayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı, dolayısıyla CMK'nın 119. maddesi uyarınca adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını veya talebini gerektirecek şartların bulunmadığı, İstihbarat bilgisi hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, "suçüstü" hali ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanıkları CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin dördüncü fıkrası ve 2559 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi ile ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, *suç konusu uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri muhafaza altına alan görevlilerce uygulanan tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği bu kapsamda suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varılmıştır*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli E.2016/380 K.2019/52 sayılı kararı. Benzer şekilde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/3/2019 tarihli, E.2016/273, K.2019/224 sayılı kararı. Kararlar arama sonucu bulunan unsurlara nasıl muamele edileceğini göstermek açısından önem arz eder.

saldırıda bulunabilir. Ancak bu noktada vurgulanmalıdır ki Kanun'da yer alan bu yetkilendirme "muhafaza altına almak" ile sınırlı şekilde anlaşılmalı zorundadır. Yani ilgili yetkilendirme, elkoyma tedbirini de içerir şekilde değerlendirilemez. Nitekim ilgili unsurlara elkoyma, saldırıda bulunmayı önlemek için gerekli olanın ötesine geçeceğinden yani "gerekli" olarak nitelendirilemeyeceğinden, orantılı bir tedbir olarak değerlendirilemeyecek ve hukuka aykırı olacaktır. Böylesi bir durumda eşyaya el konulmak isteniyorsa CMK mad. 127 hükmünden faydalanılması gerekecek, elkoyma işlemi bu kapsamda ancak hâkimden, gecikmesinde sakınca olan durumda Cumhuriyet savcısından ya da ona ulaşamadığında kolluk amirinden karar/emir alınması hâlinde uygulanabilecektir.

Burada son olarak CMK mad. 123 hükmü dolayısıyla oluşabilecek çelişkiye dikkat çekmek gerekir. CMK mad. 123 *"İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir."* hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere bu hükme göre kişinin rızası olduğunda eşya herhangi bir emir/karar gerekmeksizin muhafaza altına alınabilmektedir. İlgili rızası olmayan durumda ise hüküm "elkoyma"dan bahsettiğinden ilgili unsur ancak hâkim/savcı/kolluk amiri kararı/emri ile ele geçirilebilecektir. Kanun'da muhafaza altına alma tedbiri için rızanın varlığının şart olduğuna işaret eden bu hüküm, yukarıda 2559 sayılı Kanun ek mad. 6/3, 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4 ile ulaştığımız "kaba üst araması ile bulunan silah/uyuşturucu maddenin muhafaza altına alınabileceğine" ilişkin sonuçla ilk bakışta çelişir bir niteliktedir. Nitekim bu maddelere göre silahın/uyuşturucu maddenin muhafaza altına alınması rıza olmasa da mümkün olmalıdır. Oysa CMK mad. 123 muhafaza altına almanın ancak rıza halinde mümkün olduğuna işaret etmektedir. Hukuk sistemi bir bütün olduğundan CMK mad.123'te aranan rıza unsurunun 2559 sayılı Kanun için geçerli olmadığı ise pren-

sipte söylenemeyecektir. Kanımızca bu noktada yapılması gereken, 2559 sayılı Kanun'un "suçla karşılaşan polis için özel hüküm getirdiğini" kabul etmek ve böylece polisin muhafaza altına alma tedbirini rıza şartı gerekmeksizin de uygulayabileceği sonucuna varmaktır.

B. YÖNETMELİĞİN 8-B BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-b'ye¹⁹ göre hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında^{20,21} arama kararı gerekmeyecektir. Görüldüğü üzere burada müzekkereli ya da müzekkeresiz yakalama yapan kolluğun, yakalananın kendi şahsına, başkalarına veya kolluk görevlisine zarar vermesini önlemek için üstünün kaba üst araması şeklinde araması düzenlenmiştir. Aramaya ilişkin Yönetmelik'teki bu yetkilendirmeye yasal dayanağı kanımızca pek tabii yine 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4 sağlamaktadır²². Nitekim

19 Yön. 8-a maddesinin "kolluğun yakalanan kişiye karşı karar ve emir olmadan üst araması yapma yetkisini" düzenlediğini, 8-b maddesinin ise "kolluğun üst araması yapmasındaki amacı ve yapılacak üst aramasının niteliğini" belirlediğine ilişkin olarak bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 68. Kılıç ise Yönetmelik mad. 8/1-b'de CMK mad. 90/4'teki hükmün ne şekilde icra edileceğinin düzenlendiği görüşündedir, bkz. Kılıç, A. (2023). s. 405.

20 Kaba üst aramasının sadece yakalanan kişinin kendisine, çevresine, kendisini yakalayan kişilere zarar verebilecek silah, bıçak, jilet gibi eşyalardan arındırılması için yapıldığı, bu arama çeşidinde kişinin kıyafetlerinin çıkarılması veya beden çukurlarının aranmasının mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz. Orhan, U. (2018). s. 33.

21 Yönetmelik'in 8. maddesinin (b) bendinde yer alan "kaba üst araması" ibaresinin muğlak olduğu, hangi uygulamanın "üst araması" hangisinin "kaba üst araması" sayılacağı hususunun belirsiz olduğu, ayrıca CMK'da yer almayan bir düzenlemenin yönetmelikle yaratılmasının doğru olmadığı yönünde bkz. Onan, O. (2009). s. 41 vd. ve Özbek, V. Ö. (2019). s. 343.

22 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 23/1/2017 tarihli, E.2016/1844, K.2017/173 sayılı kararı, "Dosya kapsamında yapılan incelemede, olay günü saat 22.30 sıralarında kolluk güçleri tarafından D-400 karayolu İncirlik kavşağında yapılan yol kontrol çalışmaları esnasında 0...plaka sayılı Hyundai marka aracın durdurulduğu, sanığın yolcu bölümünden indiği esnada bahse konu aracın olay yerinden hızla kaçtığı ve yakalanamadığı, sanığın araçtan inerken elinde bulunan çuvalda ve

defaatle ifade edildiği üzere ilgili hükümlere göre, yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilecektir. Ancak burada pek tabii CMK mad. 119'daki hüküm de dikkate alınmalı ve kolluğun hâkim/merci kararı/emri olmadan yakaladığı kişiyi detaylı şekilde araya-mayacağına tekrar işaret edilmelidir. Kaldı ki Yönetmelik de zaten bu durum dikkate alınarak “kaba üst araması yapmaya” izin verir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla Yönetmelik mad. 8-b'deki bu hâl için kanuni dayanak, 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4'tür²³. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-b'deki yetkisini kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olacaktır ve sorumluluğuna gidilemeyecektir.

üzerinde yapılan aramada brüt: 2795 gram net 931 gram esrar ele geçirildiği anlaşılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.10.2016 tarihli 2016/10-57 esas 2016/374 karar sayılı ilamında sanığın şüphe üzerine durdurulması sebebiyle suçüstü halinin söz konusu olması ve CMK'nın 90/4, 2559 Sayılı PVSK'nın Ek 6 ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki “suçüstü” halinde karar alınmadan arama yapılabileceğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; kolluk görevlilerinin işlenmekte olan bir suçla karşılaşması sebebiyle yetki ve sorumlulukları kapsamında derhal gerekli tedbirleri alarak basit bir kontrol ile sanığın üzerindeki uyuşturucu maddeleri ele geçirip el koymalarının hukuka uygun olduğu, bu durumda ayrıca arama kararı alınmasına gerek bulunmadığından hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceğinin belirtildiği anlaşıldığından, somut olayda uyuşturucu madde naklettiği sırada yakalanan sanığın üzerinin aranmasına dair kolluk tarafından yapılan işlemlerin yasaya uygun olduğu açıktır.” Kanımızca burada Yönetmelik mad. 8f'nin dayanak gösterilmesi doğru olmamıştır çünkü 8-f hükmü konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için arama emir ya da kararının gerekmeceğini hüküm altına almaktadır.

- 23 CMK mad. 90/4 yaklaşımı açısından aynı yönde bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 68 ve Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 157. Keskin Kızıroğlu burada CMK mad. 90/4 için: “önlem amacıyla üst aramasını yapabilmek için ayrıca karar veya emir aranmaması zorunluluk durumudur ve bu nedenle ilgili yasal düzenleme hukuka uygundur. Aksinin kabulü, eşyanın doğasına aykırı düşer”, “CMK'nın 90/4. maddesi yalnızca güvenlik amaçlı üst aramasında karar veya emir aranmamasının yasal dayanağını oluşturur. Bu bakımdan delil amaçlı üst aramasında ayrıca yasal düzenlemeye gerek vardır” görüşündedir, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 154, 156.

C. YÖNETMELİK'İN 8-C BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-c'de “gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararının gerekmeyeceği” düzenlenmiştir. Bu hâl için kanuni dayanak olarak literatürde bir görüş²⁴ CMK mad. 90/4' e işaret etmektedir. Nitekim ilgili görüşe göre burada CMK mad. 90/4 çerçevesinde hukuka uygun bir üst araması düzenlemesi bulunmaktadır. Bu kapsamda CMK mad. 90/4 hükmü incelendiğinde söz konusu hükmün ancak “yakalama işlemi sonrasında” ve “kaba bir üst aramasına” izin verir şekilde yorumlanabileceği neticesine varılabilecektir. Nitekim CMK mad. 90/4 her türlü tedbiri almaktan bahsetmekle birlikte bu madde CMK mad. 119 kapsamında değerlendirildiğinde CMK mad. 119 kişinin hâkim kararı (gecikmede sakınca olması hâlinde ancak savcı emri) olmadan detaylı aranmasına imkân vermediğinden CMK mad. 90/4'e göre ancak kaba üst araması yapılabileceği neticesine varılacaktır²⁵. Yani CMK mad. 90/4, ancak yakalama işlemi yapılırsa ve kaba üst aramasına izin vermektedir. Nitekim CMK mad. 90/4 “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.” hükmünü haizdir. Öyleyse kişi “yakalandıktan sonra gözaltına alındıysa” literatürde ileri sürülen bu görüş kabul

24 Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 157.

25 Yenisey ve Nuhoğlu ise burada, kişilerin gözaltına alınması için Cumhuriyet savcısına bilgi verilmesi ve ondan emir alınması mecburiyeti bulunduğundan (CMK mad. 91/2) gözaltına alınan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda yazılı emir şartının gerçekleşmiş sayılacağı, dolayısıyla da nezarethane sorumlusunun gözaltına alınan kişiyi iç çamaşırı dahil arayabileceği fikrini savunur bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 341. Kanımızca eğer savcı gözaltı kararı verirken arama emri de verdiyse ortada zaten sorun yoktur (bununla birlikte böylesi bir durumda gecikmede sakınca olan hal olduğunu kabul etmek kanımızca ayrıca tereddütlüdür.). O durumda kişinin araması pek tabii CMK mad. 119'a uygun şekilde yapılabilecektir. Ancak Yenisey ve Nuhoğlu'nun ifade ettiği “sırf gözaltı kararının verilmesi dolayısıyla arama konusunda yazılı emir şartının da gerçekleşmiş sayılacağı” fikrine katılmamaktayız. Nitekim arama ve gözaltı kararları birbirinden bağımsız kararlardır.

edilebilecek ve gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararının gerekmemesine ilişkin Yönetmelik hükmüne (mad. 8-c) CMK mad. 90/4 -yapılacak arama kaba üst araması olmak şartıyla- dayanak olarak gösterilebilecektir²⁶. Nitekim unutulmamalıdır ki CMK mad. 119, burada CMK mad. 90/4'ün klasik arama tedbirinin uygulanmasına izin verir şekilde yorumlanmasına mâni olmakta, CMK mad. 119 varken CMK mad. 90/4, klasik arama tedbirine izin verir şekilde yorumlanmamaktadır.

Ancak dikkat edilmelidir ki kişinin gözaltına alınması her zaman yakalanma sonrası gerçekleşmez. Örneğin kişinin şüpheli sıfatıyla ifade vermeye *davet edildiği* bir durumda vermiş olduğu ifade üzerine de kişi aleyhine bir gözaltı kararı verilebilecektir. Böyle bir durumda kişi teknik olarak hiç yakalanmamış olduğundan, gözaltına alınan bu kişinin nezarethaneye konmadan önce üstünün aranması hâline CMK mad. 90/4'ün kanuni dayanak olarak gösterilmesinin mümkün olmayacağı neticesine ilk bakışta pek tabii varılabilecektir. Nitekim CMK mad. 90/4 “yakalanan kişinin” kaba üst aramasına izin verir ve burada kişi teknik olarak yakalanmamıştır. Yani bu yorum

26 Ancak literatürde Yönetmelik mad. 8-c'de yer alan “kişinin nezarethaneye alınmasından önce yapılacak olan arama” yetkisi çerçevesinde yapılacak arama işleminin, yakalama anındaki aramadan farklı olarak ‘ayrıntılı’ yapılması gerektiği; bu kapsamda yakalama sırasında sadece kaba üst araması yapılabildiği halde; kişi nezarethaneye alındığında, kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılmak üzere iç çamaşırlarına kadar aranacağı ifade edilmiştir, bkz. Onan, O. (2009). s. 42; Orhan, U. (2018). s. 39. Yıldız, H. S. (2010). s. 69; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 341. Bu görüş her ne kadar mantiken kabul edilebilir olsa da, bunu destekleyen bir kanun hükmü hukuk düzenimizde mevcut değildir. Dolayısıyla her ne kadar Yönetmelik mad. 8-c'de üst araması denmiş ise de bu Yönetmelik hükmüne dayanarak ince arama yapılamayacaktır. Nitekim bu yönetmelik doğrultusunda “emir/karar alınmaksızın arama yapılmasını” destekleyen yasal dayanak CMK mad. 90/4'tür ve bu madde de ancak “kaba üst aramasına” izin verir şekilde yorumlanabilmektedir, bu hükmün klasik arama (ince arama) tedbirine izin verir şeklinde yorumlanması CMK mad. 119 sebebiyle mümkün değildir. Öyleyse her ne kadar Yönetmelik mad. 8-c hükmü “üst aramasından” bahsetmişse de bu Yönetmelik maddesine dayanılarak yapılacak üst araması ancak “kaba üst araması” olacaktır.

sistemi kabul edildiğinde varılacak sonuç “hakkında daha önce yakalama işlemi yapılmış bir kişinin gözetimine alınması söz konusu olduğunda bu kişinin gözetimine alınmadan önce üstünün kaba şekilde aranmasına CMK mad. 90/4’ün kanuni dayanak oluşturabileceği, hakkında daha önce yakalama işlemi yapılmamış bir kişinin gözetimine alınacağı durumda ise üstünün kaba şekilde dahi olsa aranmasına CMK mad. 90/4’ün kanuni dayanak oluşturmayacağı” şeklindedir. Ancak bu yorum sistemi “gözetim işlemi içinde yakalama işleminin de var olduğu gerçeği” karşısında kanımızca hatalıdır. Bizce bu noktada benimsenmesi gereken yorum yöntemi “çoğun içinde az da vardır” ilkesinden hareketle ortaya konmalıdır. Nitekim her gözetim işlemi kendi içinde yakalama işlemini de içerir ve kişinin yakalanması sonucunu beraberinde getirir. Yani her gözetim, aslında kişinin yakalanması suretiyle uygulanır. Yakalanan kişinin üstünün kaba şekilde aranmasına da CMK mad. 90/4 izin verdiğine göre, gözetim işlemi uygulanan kişinin üzeri CMK mad. 90/4 hükmü çerçevesinde kaba şekilde aranabilecektir. Dolayısıyla “Gözetimine alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararı gerekmez.” düzenlemesini içeren Yönetmelik’in 8-c maddesinin kanuni dayanağını, yapılan arama kaba arama olmak şartıyla, CMK mad. 90/4’ün oluşturduğu görüşüne bu yorum yönteminden hareketle biz de katılıyoruz. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-c’deki yetkisini kaba arama şeklinde kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olduğu neticesine varmak gerekecektir.

Literatürde bir görüş²⁷ ise uygulamada yakalanan kişilerin gözetimine alınması için Cumhuriyet savcısına bilgi verilmesi ve emir alınması mecburiyeti bulunduğundan hareketle gözetimine alınan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda yazılı emir şartının bu suretle gerçekleşmiş sayıldığını ifade etmektedir. Yani ilgili görüşe göre yakalanıp gözetimine alınan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda arama işleminin yasal temelini CMK mad. 119 oluşturmak-

27 Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 341.

tadır ve bu aramalarda CMK mad. 119'da yer alan savcı emri şartı gerçekleştiğinden işlem hukuka uygundur. Ancak dikkat edilirse CMK mad. 119 savcıya arama emri verme yetkisini ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâlde vermektedir. Kişinin nezarethaneye alınması işlemi ise gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla nezarethaneye alınacak kişinin aranmasında savcı, arama emri vermeye doğrudan yetkili değildir. Bu sebeple, yakalanan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda arama işleminin yasal temelini CMK mad. 119'a dayandıran ve bu kapsamda kişilerin gözaltına alınması için Cumhuriyet savcısından alınacak emrin kişinin aranması emrini de kapsadığını savunan bu görüşe katılmamaktayız.

D. YÖNETMELİK'İN 8-D BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-d hükmü herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtile-
rin olduğu suçun failinin *yakalanması amacıyla takibi sırasında* girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla²⁸

28 Literatürde bu arama sırasında kolluğun faili yakalamakla yetinmeyeceği, bu yerlerde suça ilişkin delil niteliğinde olabilecek bazı eşyaların saklanma ve bırakılma ihtimali olduğu, dolayısıyla kolluğun burada buna ilişkin de arama yapması gerektiği, aksi bir durumda yani kişi yakalandıktan sonra bu yerlerden çıkılırsa, daha sonra bir arama emri veya kararıyla yeniden bu yerlere girilmesi ve arama yapılması gerekeceği, bu durumun korunan özgürlüklerin iki kez ihlal edilmesi ve aradaki süreçte delillerin kaybolması riskini doğuracağı ifade edilmiş, ayrıca *İlk seferde kanundan kaynaklanan yetkiyle* söz konusu yerlere girildiği vurgulanarak, kişilerin konut dokunulmazlığı ve özel hayatlarına hukuka uygun olarak müdahale edildikten sonra artık suçla ilgili bütün işlemlerin tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Aydın, M. (2012). *Arama ve El Koyma*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 49 ve Orhan, U. (2018). s. 39. Ancak ilgili kaynakta "İlk seferde hangi kanundan kaynaklanan yetkiyle söz konusu yerlere girildiği" açıklanmamıştır. Kaldı ki, Yönetmelik 8-d hükmünde de ancak *yakalanması amacıyla yapılacak aramada* arama kararının gerekmediği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bızce literatürdeki görüşün aksine, burada herhangi bir karar ya da

yapılacak aramalarda arama kararının gerekmediğini düzenlemektedir^{29,30}. Maddede bina ve eklentisinin konut dokunulmazlığı hakkı ile korunduğu hâle ilişkin olarak herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu durum karşısında, binaların konut dokunulmazlığı hakkı ile korunduğu hâlde de bu hükmün uygulanabileceğinin yani konut dokunulmazlığı hakkı ile korunan binalarda da bu hükme dayanarak arama yapılabileceğinin kabulü gerekir. Kanımızca söz konusu düzenlemeye ilişkin kanuni dayanağın tespitinde³¹ “herhangi bir

emir gerekmeksizin yapılacak arama yalnızca failin yakalanması amacıyla yapılabilecek delil toplanması işlemi için CMK mad.119’daki genel arama hükümlerine göre hâkimden arama kararı alınması gerekecektir.

- 29 “Bu düzenlemede arama işleminin yapılacağı araç, bina ve eklentilerinin kimin olduğunun önemi yoktur. Diğer deyişle üçüncü kişi nezdinde de, kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan veya suçüstü durumundaki failin yakalanması amacıyla karar veya yazılı emir aranmaksızın arama işleminin yapılabileceği hükmü altına alınmıştır.” bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 157. Ayrıca yakalanmış olup da firar eden kişinin tekrar yakalanması için gece vakti arama yapılabileceği, herkesin yakalama yapabildiği durumlarda ise yakalanan kişinin resmi mercilere teslim edilmeden kaçması halinde bu kişinin yakalanması amacıyla gece vakti arama yapılamayacağına yönelik olarak bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 399.
- 30 Yönetmelik’in bu hükmünün hem CMK’ya hem de Anayasa’ya aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 344.
- 31 Literatürde birçok kaynakta söz konusu Yönetmelik’in dayanağı olarak herhangi bir yasa gösterilmemiş, yalnızca Yönetmelik hükmü açıklanmakla yetinilmiştir. Bu noktada Yönetmelik hükmünün varlığına “arama kararı veya emri almaya hem vakit hem de zaman olmaması” gerekçe gösterilerek hak verilmiştir. Ancak temel hak kısıtlaması yapılabilmesi için bu yeterli değildir, yasal dayanak gerekir. Fakat yasal dayanak birçok eserde tartışılmamıştır, örn. bkz. Orhan, U. (2018). s. 38; Onan, O. (2009). s. 42. Bu noktada Keskin Kızıroğlu ise “CMK.’nda arama kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapabilmeye dair tek normun üst aramasıyla ilgili olarak CMK.’nın 90/4.maddesinde bulunduğu, bu nedenle Yönetmelikte üst araması dışında eşyada, konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde arama işleminde karar veya emir aramayan tüm düzenlemelerin kanuna aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olduğu, bu nedenlerle Yönetmeliğin 8/d maddesinin de hukuka aykırı olduğu” görüşündedir, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). ss. 158-159. Bununla birlikte Yazar, Yön. mad. 8d hükmünün meşru müdafaa varsa hukuki temele sahip olabileceğini şu cümlelerle ifade eder “gerek kişinin takibi sırasında girdiği, gerekse suçüstü halinde bulunduğu konut, işyeri ve diğer kapalı alanlarda, bu yerlerde bulunan diğer kişiler açısından üçüncü kişi yararına haklı savunmanın koşulları varsa, bu takdirde içeri girip, kişileri kurtarmak için yargıç kararı veya yazılı emir aranmayacağı kuşkusuzdur. Hatta bu durumdaki kişileri kurtarmak için kolluk görevlisi olmak da koşul değildir. Üçüncü kişi yararına haklı savunma

sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişiler” ve “işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun faili” ifadeleri ayrı ayrı tahlil edilmelidir.

“İşlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun faili” ifadesi CMK mad. 2/j'deki “suçüstü” tanımıyla birlikte değerlendirildiğinde, bu ifadenin “suçüstü halinde bulunan faille” işaret ettiği neticesine varılır. Yani ilgili Yönetmelik hükmü aslında şunu kastetmektedir: Suçüstü hâlinde bulunan failin yakalanması için takip yapıldığı sırada fail bir bina ya da eklentisine girdiyse burada bu faili yakalamak için yapılacak aramada, arama kararı gerekmeyecektir. Peki bu durumun kanuni dayanağı var mıdır? CMK mad. 90/1 ve 2 suçüstü hâlinde kolluğa faili yakalaması için yetki vermektedir³² yani kolluk CMK mad. 90/1 ve 2'deki yetkisini kullanarak faili yakalayabilir. Bu kapsamda eğer fail kaçarsa, kolluğun faili kovalaması ve fail kaçarken bir araç, bina ya da eklentisine girerse, kolluğun onu yakalamak için bu kovalama dahilinde failin peşinden ilgili araç, bina ya da eklentisine girmesi gerekebilecektir. Kanımızca burada kolluğun araç bina ve eklentilere failin peşinden girmesi söz konusu olduğunda CMK mad. 90/1 ve 2 hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır. Çünkü hakkın icrası bir hukuka uygunluk sebebidir³³ ve yakalamak için failin peşinden bina ve eklentisine giren kolluk CMK mad. 90/1 ve 2'de kendisine tanınan hakkı icra etmeye çalışıyordur. Aksi bir düşünce yani yakalama yapmak için bina ve eklentisine girmek gereken halde arama iznini/emrini şart koşmak CMK mad. 90/1-2'de öngörülen yakalama yetkisini amaca aykırı şekilde daraltacaktır. Öyleyse kolluğun “suçüstü yakalaması” yapmak için

hukuka uygunluk nedenidir” bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 159.

32 Detaylı bilgi için bkz. Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 384 vd.

33 Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 286.

CMK mad. 90/1-2 hükümleri kapsamında bina ve eklentisine arama emri/izni gerekmeksizin *girebileceğinin* kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla *“İşlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda arama kararı gerekmez.”* diyen Yönetmelik hükmünün kanuni dayanağı aslında, *“hakkın icrası”* kapsamında CMK mad. 90/1 ve 2’nin suçüstündeki failin yakalanmasına izin vermesi ve bu noktada bina ve eklentilere girilmesinde oluşacak durum açısından da bu maddelerin *“hakkın icrası”* hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Ancak bunu söylemek için Yönetmelik’te geçen *“yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine”* dair ifadenin dar yorumlanması *“ancak failin elle koyulmuş gibi bulunacağı durumlarda”* yani failin yerinin noktasal olarak tespit edildiği, bu kapsamda teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunacağı durumlarda, örneğin failin açık pencereden içeri girdiği, odanın perdeleri açık olduğu için odada nereye saklanmış olduğunun etraftakiler ya da kolluk tarafından görüldüğü durumda, Yönetmelik’e uyularak arama yapılmasının hukuka uygun olacağının kabulü gerekir. Aksi bir durumda ise, yani faili yakalamak için teknik anlamda gerçekten arama yapılması gereken durumda ise, CMK mad. 90/1 ve 2’nin kolluğa bu yetkiyi vermeyeceğinin, çünkü gerçekten arama tedbirini uygulamak gereken bir durumda kolluğun CMK mad. 90/1 ve 2’ye dayanarak konutta/eklentisinde arama yapmasının CMK mad. 117/3 hükmüne³⁴ aykırı olacağının, dolayısıyla da ilgili Yönetmelik hükmüne dayanılsa bile karar/emir almadan

34 CMK mad. 117: *“(1) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*

(2) Bu hallerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.

(3) Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.”

teknik anlamda gerçekten arama tedbiri uygulamanın kolluğun sorumluluğunu gerektireceğinin kabulü gerekir. Özetle vurgulanmalıdır ki Yönetmelik'teki "yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine" dair ifade, sadece "failin elle koyulmuş gibi bulunacağı" yani failin yerinin noktasal olarak tespit edildiği bu kapsamda teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunacağı durumlarla sınırlı şekilde anlaşılmalı ve CMK mad. 90/1 ve 2 hükmünün, ancak bu şekilde yorumlanan Yönetmelik içeriğine yasal dayanak teşkil edeceği tespit edilmeli, yani ancak yerini noktasal olarak bildiği ve dolayısıyla teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın eliyle koymuş gibi bulacağı" durumda kolluğun CMK mad. 90/1- 2'ye ve Yönetmelik mad. 8-d'ye dayanarak karar/emir olmaksızın konuta/eklentiye vs. girip faili alıp çıkabileceği ve bunun hukuka uygun olacağı ifade edilmelidir. Nitekim aksi bir yoruma, yani kolluğun CMK mad. 90/1 ve 2'ye göre yakalama yapmak için gerekirse konutta/eklentide gerçekten arama da yapabileceği yorumuna, CMK mad. 117 hükmü engel olmaktadır³⁵. Öyleyse faili yakalamak için gerçekten arama yapılması gereken durumda CMK mad. 90/1 ve 2'nin kolluğa bu yetkiyi vermeyeceğini yani teknik anlamda arama tedbirini uygulamak gereken durumda kolluğun CMK mad. 90/1 ve 2'ye dayanarak konutta/eklentisinde arama yapmasının hukuka aykırı olacağını, nitekim CMK mad. 117/3'ün şüphelinin izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapmak için de hâkim kararını -gecikmede sakınca olan hâlde savcı emrini- şart koştuğunu ifade etmek gerekir. Bu konuya aşağıda detaylıca değinilecektir.

Yönetmelik'in ilgili hükmünün diğer kısmında geçen "herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmasında arama kararının gerekmemesi" hâlinin kanuni daya-

35 CMK mad. 117 ile ilgili genel bilgiler için bkz. Öztürk, B. (2021). s. 506, 509 vd.; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 463; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 392.

nağının ne olduğu noktasında ise kanımızca hukuka uygun şekilde yapılmış olan bu yakalamanın “hangi hukuki kurum üzerinden” gerçekleştirildiğine dikkat ederek bir tespitte bulunmak gerekecektir. Eğer kişi CMK mad. 90 kapsamında suçüstü yakalaması ile hukuka uygun şekilde yakalanmış fakat sonrasında kolluğun elinden kaçmış, burada yapılan kesintisiz takip gereği konuta girilmesi gerekmiş ise, bu durumda suçüstü yakalamasının devam ettiği, dolayısıyla da -yukarıda da ifade edildiği üzere- suçüstü yakalamasına izin veren CMK mad. 90’ın burada konuta girilmesinde ve konutta “noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunmasına müsaade eder şekilde” arama yapılmasında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebini oluşturduğu neticesine varmak gerekecektir.

İkinci ihtimal ise hukuka uygun olan bu yakalamanın CMK mad. 98’de düzenli olan “yakalama emri” üzerine yapılmış olmasıdır. Hukuka uygun olan yakalama CMK mad. 98’de düzenli olan “yakalama emri” üzerine yapılmış ve kişi sonrasında kolluğun elinden kaçmışsa, burada CMK mad. 98/2’ye değinmek gerekir: CMK mad. 98/2 “Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.” hükmünü haizdir. Öyleyse kolluk burada bu hükme dayanarak elinden kaçırdığı kişiyi tekrar yakalayabilmek için kendisi yakalama emri düzenleyebilecek, bu noktada savcı ya da hâkimden hatta kolluk amirinden dahi karar alması gerekmeyecektir. Peki kolluk usulüne uygun şekilde çıkarılan yakalama emrine dayanarak yakaladığı ve sonra elinden kaçırdığı, bunun üzerine de kendisinin tekrar yakalama emri düzenlediği kişiyi yakalamak için kendi düzenlediği bu yakalama emrine dayanarak konuta ya da eklentisine ya da araca girip arama yapabilecek midir? Kanımızca kolluk daha önce yakalama emri üzerine hukuka uygun şekilde yakalayıp sonrasında elinden kaçırdığı fail için kendi

düzenlediği bu yakalama emrine istinaden araç/konut ya da eklentilerinde arama yapamaz.

Peki bu farkın sebebi nedir? Yukarıda CMK mad. 90'ın yakalama yetkisi verdiğiinden bahisle “hakkın icrası” hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde kişinin yakalanması adına konutta, eklentide ya da araçta -“elle koymuş gibi bulma” şekliyle sınırlı da olsa- arama yapılabileceğini kabul etmemize rağmen burada neden “Yakalama emri, amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.” diyerek hakkında yakalama emri düzenlenmiş olan kişinin yakalanması için konutta, eklentide veya araçta arama yapılmasını kabul etmemekteyiz? Öncelikle ifade edilmelidir ki CMK mad. 98/2'ye dayanılarak kollukça çıkarılan yakalama emri hâlinde “amirin bir emri” söz konusu değildir, nitekim buradaki yakalama emrini kolluğun kendisi düzenleyip kolluğun kendisi icra etmektedir. Ancak buradaki tartışmayı bu kadar dar ele almamak gerekir. Nitekim kanımızca yakalama emrini savcının verdiği durumda da kişiyi yakalamak için bu emre dayanılarak konuta, eklentiye veya araca girilip buralarda arama yapılamayacaktır. Dolayısıyla burada yapılması gereken tespit, yakalama emrini kimin düzenlediğinden hareketle yapılacak belirlemelerin ötesinde, yakalama emrinin niteliğinden yola çıkılarak ortaya koyulmalıdır.

Dikkat edilirse hem CMK mad. 90'daki yakalama yetkisi, hem de CMK mad. 98'deki yakalama emri kişinin *sadece yakalanmasına* izin vermektedir. “Kişinin sadece yakalanmasına izin veren CMK mad. 90 kapsamında kolluk konuta, eklentiye, araca girilebilir; fakat aynı şekilde kişinin sadece yakalanmasına izin veren yakalama emri kapsamında kolluk konuta, eklentiye, araca giremez” demek aslında ilk bakışta kendi içinde çelişkili görünebilecek bir husustur. Nitekim bu durumlardan birincisinde hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi, diğesinde ise amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Ancak her ne kadar bu durumların her ikisi de hukuka uygunluk sebebiyse de “yakalama emrini hangi

şekilde icranın orantılı olmayacağı” üzerinden yapılacak tartışmayla görünüşteki bu çelişki giderilebilecektir. Nitekim kanımızca, kişinin “sadece yakalanmasına” izin veren bu iki hukuki kurumdan birine (CMK mad. 90’a) dayanılarak konuta, eklentiye, araca girilip burada arama yapılabileceğini, diğerine (yakalama emri) ise dayanılarak konuta, eklentiye, araca girilip arama yapılamayacağını söylemek ancak orantılılık ilkesi üzerinden yapılacak tespitle mümkündür. Gerçekten de CMK mad. 90’a göre yapılan yakalamada ve bu yakalama sonrasında elden kaçırılan failin kesintisiz şekilde takibi sonrası yapılacak yakalamada suçüstü hali vardır ve devam etmektedir. CMK mad. 98’e göre verilmiş bir yakalama emri üzerine yapılacak yakalamada ise suçüstü hali gibi ciddi bir durum söz konusu değildir. Nitekim CMK mad. 98’e göre yakalama emri “soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında” düzenlenmektedir. Dolayısıyla suçüstü halinde bulunan failin ikinci kez yakalanması için konuta, eklentiye ve araca girilip orada arama yapılması orantılı kabul edilirken yakalama emri üzerine yakalanmış kişinin tekrar kaçması halinde kolluğun düzenleyeceği yakalama emrine dayanılarak konuta, eklentiye, araca girilmesi ve buralarda arama yapılması orantılı olmayacaktır. Bilindiği üzere orantı hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir³⁶. Dolayısıyla yakalama emri üzerine yakalanmış kişinin tekrar kaçması halinde düzenlenen yeni yakalama emriyle yakalama yapmak için eve girerek burada arama yapan kolluğun kanımızca hukuki sorumluluğu doğacaktır. Özetle “yakalama emri üzerine yakalanmış kişinin tekrar kaçması halinde düzenlenen yeni yakalama emriyle yakalama yapmak için eve girilerek burada arama yapılabilecek midir?” sorusuna olumsuz cevap vermek gerekir. Nitekim her ne kadar burada amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi varsa da amirin bu emrini (yakalama em-

36 Bu konuda bkz. Aktaş, A. (2023). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Türkiye Cumhuriyeti’nin 100. Yılına Armağan)*, C. 13., S. 2., s. 727 vd.

rini) konuta girerek ifa etmek orantısızlık oluşturur. Bu tespitin aksinin kabulü ise, CMK mad. 98'e göre yakalama emri düzenlenebilen her halde, kolluğun kişinin yakalanmasını temin için bu yerlerde herhangi bir karar almaksızın arama yapabileceği neticesini sonuçlar ki, bu durum arama kararının hâkim, gecikmesinde sakınca olan durumda savcı tarafından verileceğini düzenleyen CMK mad. 119 hükmünü dolanmak anlamına geleceğinden hukuka aykırı olacaktır. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-d'de belirtilen "herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmasında arama kararının gerekmemesi" durumunu CMK mad. 90'a göre yapılan yakalamalarla sınırlı şekilde anlamak, yakalama emri üzerine yapılacak yakalamaları bu kapsamda değerlendirmemek gerekir.

Konuya ilişkin anlatımı netleştirmek adına en baştan özetlemek gerekirse "İşlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda arama kararı gerekmez." diyen Yönetmelik hükmünün kanuni dayanağı, "hakkın icrası" kapsamında CMK mad. 90/1 ve 2'nin suçüstündeki failin yakalanmasına izin vermesi ve bu noktada bina ve eklentilerine girilmesinde ve orada noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunmasına müsaade eder şekilde arama yapılmasında oluşacak durum açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturmastır.

Öbür taraftan Yönetmelik mad. 8-d'nin diğer kısmında geçen "herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda arama kararının gerekmemesi" hâlinin kanuni dayanağının ne olduğu noktasında kanımızca hukuka uygun şekilde yapılmış olan bu yakalamanın "hangi hukuki kurum üzerinden" ger-

çleştirildiğine dikkat edilerek bir tespitte bulunulmalıdır: Eğer kişi CMK mad. 90 kapsamında suçüstü yakalaması ile hukuka uygun şekilde yakalanmış fakat sonrasında kolluğun elinden kaçmış, burada yapılan kesintisiz takip gereği konuta girilmesi gerekmiş ise bu durumda suçüstü yakalamasının devam ettiği, dolayısıyla da suçüstü yakalamasına izin veren CMK mad. 90'ın burada konuta girilmesi ve orada noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunmasına müsaade eder şekilde arama yapılmasında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebini oluşturduğu neticesine varmak gerekecektir.

Ancak hukuka uygun olan yakalama CMK mad. 98'de düzenlenen olan "yakalama emri" üzerine yapılmış ve kişi sonrasında kolluğun elinden kaçmışsa, kolluk daha önce yakalayıp elinden kaçırdığı fail için yeni düzenlenen yakalama emrine istinaden araç/konut ya da eklentilerinde arama yapamaz. Çünkü bu durum orantılı değildir. Ayrıca bu durum, arama kararının hâkim, gecikmesinde sakınca olan durumda savcı, tarafından verileceğini düzenleyen CMK mad. 119 hükmünü dolanmak anlamına geleceğinden hukuka aykırı olacaktır. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-d'deki bu yetkinin kanuni dayanağı olmadığını vurgulamak gerekir. Dolayısıyla kanımızca Yönetmelik'teki bu yetkiyi kullanan kolluğun hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bununla birlikte, tüm bu hâllerde Yönetmelik mad. 8-d'nin verdiği arama yetkisini kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olduğunu söyleyebilmek için "failin elle koyulmuş gibi bulunacağı" bir durumun olması ve bu duruma istinaden kolluğun içeri girip faili alıp çıkması gerekir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere Yönetmelik'teki "yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine" dair ifade dar yorumlanmak ve "failin ancak elle koyulmuş gibi bulunacağı" durumlarda Yönetmelik'i uygulayan kolluğun hukuka uygun davranmış olacağını kabul etmek gerekir. Bu kapsamda faili yakalamak için gerçekten arama yapılması

gereken durumda CMK mad. 90/1 ve 2'nin kolluğa bu yetkiyi vermeyeceğinin altı, kalın şekilde çizilmelidir. Nitekim aksi durumda Yönetmelik mad. 8-d'de "İşlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda arama kararı gerekmez." şeklinde ifade edilen Yönetmelik hükmünün kanuni dayanağının "hakkın icrası" kapsamında CMK mad. 90/1 ve 2 olduğunu kabul etmek ve bu kapsamda emir/karar gerekmezsizin gerçek bir arama işlemin yapılabilmesini kabul etmek, arama tedbirinin ancak hakim kararıyla -gecikmede sakınca olan durumda savcı emriyle- yapılabilmesini öngören CMK mad. 116 vd. hükümleri karşısında çelişki arz edecektir.

CMK mad. 117'deki "Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla, diğer bir kişinin³⁷ de üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabileceğine, fakat bu hallerde arama yapılmasının, aranılan kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olduğuna³⁸, bununla birlikte şüphelinin veya sanığın (...) izlendiği sırada girdiği yerler hakkında bu sınırlamanın geçerli olmadığına" ilişkin düzenlemelere ise bu kapsamda özellikle dikkat çekilmelidir³⁹. Görüldüğü üzere

37 Diğer kişi kavramına örneğin banka gibi tüzel kişilerin ve resmî makamların da girdiğine, ayrıca bir yer ya da eşyanın birden fazla kullanıcısı varsa bunlardan bir kısmının şüpheli olması durumunda artık aramanın mad. 117'ye göre değil mad. 116'ya göre yapılacağına ilişkin bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 322.

38 Bunların belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren somut olguların var olması gerektiği, varsayıma dayanarak arama kararı verilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Öztürk, B. (2021). s. 509. Aynı şekilde yasanın burada belirlilik aradığına, 'olayların varlığı'nın belirli, somut bir delilin bulunacağı şeklinde anlaşılacağına; bir delilin bulunacağı konusundaki şüphe, şans ümit ya da ihtimalin yeterli olmadığına yönelik olarak bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 321.

39 Yön. mad. 8-d'deki bu düzenlemenin bu haliyle diğer kişiler nezdinde arama işleminin maddi koşullarını düzenleyen CMK' nın 117. maddesi ile çeliştiğine ilişkin olarak bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 69 ve Özbek, V. Ö. (2019). s. 344. Yönetmelik'in 8/d maddesindeki düzenlemenin

CMK mad. 117, şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapılacaktır “kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların” varlığının gerekmediğine vurgu yapmıştır. Ancak aramanın hâkim kararıyla (gecikmede sakınca olan halde savcı emriyle) yapılabileceğini öngören düzenleme (CMK mad. 119) bu durumda da pek tabii varlığını sürdürmektedir. Nitekim CMK mad. 117/3 sadece, CMK mad. 117/2’de yer alan “kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına ilişkin sınırlamanın”, şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığını ifade etmekte; hâkim kararı (gecikmede sakınca olan halde savcı emri) şartı ile ilgili olarak herhangi bir istisna getirmemektedir. Öyleyse buradan hareketle “şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerde aramanın “kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olaylar” olmasa da yapılacağı ancak bunun için de hâkim kararının- gecikmede sakınca bulunan halde savcı emrinin- şart olduğu” neticesine varılır⁴⁰.

Bu netice ise -Yönetmelik 8-d hükmündeki “yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine” dair ifade dar yorumlanmadığı ve “failin ancak elle koyulmuş gibi bulunacağı” durumlarda yönetmeliğin uygulanabileceği söylenmediği sürece yani Yönetmelik mad. 8-d hükmünün uygulanma alanı sadece “noktasal olarak yeri bilinen failin

CMK’nın mad. 117/3. maddesinde yer alan “Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.” hükmüyle örtüştüğüne, ancak CMK’da bu durumda arama kararı veya yazılı emir aranmayacağına dair özel bir düzenleme bulunmadığına, CMK’da arama kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapabilmeye dair tek normun üst aramasıyla ilgili olarak CMK’nın 90/4. maddesinde bulunduğuna, bu nedenle Yönetmelik’te üst araması dışında eşyada, konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde arama işleminde karar veya emir aramayan tüm düzenlemelerin kanuna aykırılığı nedeniyle hukuka aykırı olduğuna, ilişkin olarak bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 158.

40 Aynı yönde bkz. Öztürk, B. (2021). s. 517; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 392; Özbek, V. Ö. (2019). s. 344.

teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunması” durumu ile sınırlanmadığı sürece- “Yönetmelik mad. 8-d hükmüyle çelişecektir.

Peki Yönetmelik mad. 8-d hükmünün uygulanma alanı “sadece ‘elle koymuş gibi bulma’ durumu” ile sınırlandırıldığında yani Yönetmelik’in 8-d hükmünün “noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunacağı” durumlarda uygulanabileceği söylendiğinde bu durum neden CMK mad. 116 ve devamındaki düzenlemelerle çelişmez? Bu soru “arama tedbirinin ancak *saklanan bir şey/kişi* söz konusu olduğunda uygulama alanı bulacağına” işaret edilerek yanıtlanmalıdır.

Gerçekten de sıcak takip sonucu girilen yerde failin yakalanması için teknik anlamda “arama tedbiri” uygulanması ancak “fail girdiği yerde saklanabildiyse” söz konusu olabilir. Çünkü arama literatürde de ifade edildiği üzere “şüphelinin/sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen *gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik* araştırma işlemidir”⁴¹. Bu tanımdaki *saklanmış bir şeyin aranması*⁴² vurgusu, kanımızca arama tedbirini benzer diğer tedbirlerden ayırmaktadır⁴³.

Öyleyse CMK mad. 117’deki hüküm, kişi ancak sıcak takip sırasında girdiği yerde saklanabildiyse uygulanacak, saklanamıyorsa uygulanamayacaktır. Buradaki ölçü kanımızca -yukarıda da ifade edildiği üzere- failin yerinin noktasal olarak

41 Öztürk, B. (2021). s. 503; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 461; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 386 vd.; Özbek, V. Ö. (2019). s. 313.

42 Meyer-Goßner, L. (2009). Strafprozessordnung Kommentar, Münih: C.H. Beck Yayınları, § 81a, kn. 9; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 386 vd.; Öztürk, B. (2021). s. 503.

43 Örneğin beden muayenesinde arama tedbirine ilişkin maddelerin uygulanıp uygulanamayacağı yönündeki tartışma için bkz. Bayraktar, Ç. D. (2021). “Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar,” *Adalet Dergisi*, C. 67., ss. 205-238.

bilinmesi, bir diğer tabirle teknik olarak gerçek bir aramaya gerek olmaksızın “eliyle koymuş gibi bulmak” olmalıdır. Bu kapsamda bir örnek vermek gerekirse kolluk tarafından sıcak takiple izlenen fail, üç dönüm bahçe içinde ağaçlar arasında yer alan büyük bir evin bahçe kapısından içeri girmiş ve gözden kaybolmuşsa bu kişinin yakalanması için arama tedbirinin uygulanması gerekecektir⁴⁴. Nitekim kişi saklanmıştır ve kolluk onun yerini noktasal olarak bilmemektedir. Dolayısıyla da kolluk faili gerçek bir arama tedbirine gerek olmaksızın eliyle koymuş gibi bulamaz. Ancak fail sıcak takip neticesinde bir apartman dairesinin balkonuna atlamış ve orada balkonun korkuluk duvarı arkasına saklanmış, kolluk ya da etraftakiler de failin saklandığı yeri görmüşse⁴⁵ burada failin yakalanması için artık teknik anlamda gerçek bir arama tedbiri uygulanmayacaktır. Çünkü fail gerçek anlamda saklanamamıştır. Kolluk failin yerini noktasal olarak bilmektedir ve teknik olarak gerçek bir aramaya gerek olmaksızın eliyle koymuş gibi onu bulabilecek durumdadır. İfade edilmelidir ki burada failin ‘saklanamamış’ durumda kabul edilmesi için yerinin noktasal olarak bilinmesi ve bu kapsamda teknik olarak gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunabilecek olması yeterlidir. Failin hâlihazırda “görünüyor da olması” gerekmez. Yani failin balkon korkuluğunun arkasına gizlendiğinin bilindiği durumda kendisinin ayrıca açıkça görünür durumda bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur. Önemli olan failin görünüp görünmemesi değil saklanmış olup olmamasıdır ki saklanmış olmak “yerinin bilinmemesi” ile sağlanacağından burada ayrıca görünüyormayı kıstas olarak aramaya gerek yoktur. Yeri biliniyorsa fail görünsün ya da görünmesin saklanamamıştır. Aynı durum kanımızca apartman dairesinin açık

44 “Basit suçlarda yakalama amacıyla arama yapılmamalıdır (...) zira suçun hafifliği arama gibi ağır bir koruma tedbirini gereksiz kılar. Aksi durum oranlılık ilkesini zedeler.” bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 315.

45 Özbek ve diğerleri, gözle görülen, koklanarak algılanan veya işitilerek varlığı anlaşılan delil veya emarelerin arama kavramı içine girmediğini ifade eder. Bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 313. Bu yaklaşım da buradaki tezimizi doğrular niteliktedir.

penceresinden içeri giren failin odada bulunduğu yerin noktasal olarak bilindiği hal için de geçerlidir. Örneğin fail açık pencereden içeri girip odada kapının yanında duvara yaslı şekilde duran dolabın içine saklanmış, fakat odanın perdeleri açık olduğu için saklandığı bu yer etraftakiler ya da kolluk tarafından görülmüş olabilir. Böyle bir durumda da failin yeri noktasal olarak bilindiğinden kolluk yakalama yetkisi kapsamında içeri girerek dolabı açacak ve faili dolabın içinde yakalayıp dışarı çıkarabilecektir. Fakat bu örnek pek tabii, failin yalnızca pencereden içeri girdiğinin bilindiği fakat failin oda da nereye saklandığının noktasal olarak bilinmediği durumda geçerli olmayacaktır. Nitekim bu durumda kanımızca artık “saklanmış” bir failin var olduğu kabul edilmeli ve bu failin yakalanması ancak arama tedbiri neticesinde hâkim/savcı kararı/emri üzerine gerçekleşmelidir⁴⁶. Fakat bu durumda dahi kolluk arama kararı verilmesini pek tabii ilgili odanın içinde bekleyebilecek ve failin kaçmasının önüne bu şekilde geçebilecektir. Nitekim kolluğun “suçüstü yakalaması” yapmak için CMK mad. 90/1-2 hükümleri kapsamında bina ve eklentisine arama emri/izni gerekmeksizin *girebileceğine* yukarıda değinilmiştir.

Öyleyse vurgulanmalıdır ki olayda saklanmayı başarmış bir fail yoksa yani failin yeri noktasal olarak biliniyorsa -bu kasamda örneğin failin x caddesine bakan odanın içinde kapının kenarında duvara yaslı şekilde duran dolabın içinde bulunduğu biliniyorsa ya da failin x caddesine bakan odanın balkon korkuluğunun arkasında bulunduğu biliniyorsa- gerçek bir arama tedbiri söz konusu olmayacak, gerçek bir arama tedbiri söz konusu değilse CMK mad. 116 ve devamı hükümlerini ilgilendirir bir durum oluşmayacak, dolayısıyla da faili yakalarken hâkim/savcı emrine/kararına gerek olmayacaktır. Dolayısıyla “Yönetmelik’in 8-d hükmü ancak “failin yerinin noktasal

46 Ancak burada rıza hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabileceği görüşündeyiz, bkz. “HÂKİM/SAVCI KARARI/EMRİ OLMAKSIZIN ARAMA YAPILMASININ ANAYASA MAD. 20 ve 21’E UYGUNLUĞU SORUNU” başlığı altındaki anlatımlar.

olarak bilindiği ve bu kapsamda teknik olarak gerçek anlamda bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunacağı” durumlarla sınırlı şekilde uygulandığında”, bunun CMK mad. 116 ve devamındaki düzenlemelerle çelişmediği sonucuna rahatlıkla varılır. Çünkü bu takdirde ortada *saklanan bir şey/kişi* söz konusu değildir ve dolayısıyla CMK mad. 116 ve devamındaki hükümlerini ilgilendirir bir durum yoktur.

Dolayısıyla burada şu tespiti yapmak gerekir: Sıcak takip neticesinde saklanmak için girdiği yer noktasal olarak bilinen faili yakalamak için eve girmek, CMK mad. 117/3’ü ihlal etmek anlamına gelmez. Çünkü bu olayda teknik anlamda bir arama söz konusu değildir. Dolayısıyla CMK mad. 117/3’ü ilgilendirir bir durum da ortada yoktur. Böylesi bir durumda balkonda eğilen faili yakalama işlemi, arama hükümlerine göre değil yakalama yetkisi veren CMK mad. 90 hükmüne göre yapılacaktır. Öyleyse Yönetmelik’in öngördüğü üzere “işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdiği araç, bina ve eklentilerinde ilgili failin yakalanması amacıyla karar/emir gerekmeksizin kolluğun -yeri noktasal olarak bilinen failin elle koyulmuş gibi bulunmasına hizmet eder şekilde- arama yapılabileceğinin ve bu durumun CMK mad. 116 ve devamında da düzenli olan arama hükümlerine aykırılık da teşkil etmeyeceğinin kabulü” gerekir.

E. YÖNETMELİK’İN 8-E BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik kapsamında incelenmesi gereken bir diğer husus “5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9/2. maddesi kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında” ve “5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9/3. maddesi kapsamında Gümrük

Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında, ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmayacaktır.” hükmünü içeren 8-e bendidir. Söz konusu hükmün yasal dayanağı⁴⁷ olup olmadığı değerlendirmesinde bakılması gereken ilk yer 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/1 hükmüdür. Nitekim ilgili maddede “kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphelenilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve el koymaların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirileceği” açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere maddede “içinde veya üzerinde kaçak eşya bulunduğundan şüphelenilen kişi ya da eşyanın genel olarak, nasıl aranacağı kurala bağlanmış ve bu konuda CMK hükümlerine atıf yapılmıştır. İlgili maddenin 2. ve 3. fıkraları ise gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzerinin ve eşyasının gümrük görevlilerince/ yetkili memurlarca aranacağını düzenlemektedir. Ancak kanun burada uygulanacak usul açısından bir belirlemede bulunmamıştır. Yani kanunda eşya, örneğin gümrük salonunda olduğunda da CMK hükümlerinin mi uygulanması gerektiği noktasında herhangi bir belirleme bulunmamaktadır.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde kanımızca içinde kaçak madde bulunduğundan şüphelenilen eşyanın ya da üzerinde kaçak eşya bulunduğundan şüphelenilen kişinin nerede bulunursa bulunsunlar CMK hükümlerine göre aranacakları

⁴⁷ Yönetmelik mad. 8-d’deki hususların kanuni dayanaklarının Kaçakçılık Kanunu mad. 9/2 ve 3 olduğuna ilişkin bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 159 vd. Bu noktada ifade edilmelidir ki her ne kadar ilgili çalışma Yönetmelik’in eski hâlini ele almışsa da çalışmada savunulan görüş geçerliliğini sürdürmektedir.

neticesine varmak gerekir. Bizce kişinin ya da eşyanın bulunduğu yer, ancak arama işlemini yapacak yetkilinin belirlenmesi noktasında etkili bir husus olacaktır. Yani kanımızca içinde kaçak madde bulunduğundan şüphelenilen eşya ya da üzerinde kaçak eşya bulunduğundan şüphelenilen kişi *gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde ise* CMK hükümlerine göre gümrük görevlilerince/yetkili memurlarca aranacak; *gümrük salonları, gümrük kapıları ve Gümrük bölgesi dışında bir yerde ise* CMK hükümlerine göre kollukça aranacaktır. Nitekim Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun mad. 9/1. fıkrası olayda kaçak eşya varsa hangi hükmün uygulanacağını açıkça ifade etmiştir ve bu noktada CMK hükümlerine işaret etmiştir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun mad. 9/2. ve 3. fıkralarının gerçekleştiği durumlarda da ortada hâlen kaçak bir eşya vardır. Dolayısıyla bu durumlarda da CMK hükümlerini uygulamak gerekecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere 2. ve 3. fıkralar yalnızca kaçak eşyanın bulunduğu yeri temel alarak arama işlemini kimin yapacağıyla ilgili özel hüküm getirmiştir. Dolayısıyla kanımızca "kaçak eşya örneğin gümrük salonundaya mad. 9/2'deki özel hüküm dolayısıyla bu eşya artık CMK'ya tabi değil dolayısıyla da kararsız/emirsiz aranabilir" demek doğru değildir⁴⁸. Bu noktada doğru olan, olaydaki eşya "kaçak eşya" olduğu sürece nerede olursa olsun mad. 9/1 gereği CMK hükümlerinin uygulanmasıdır.

Genel esası bu şekilde belirledikten sonra Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun mad. 9/2. ve 3. fıkralarının ilgili Yönetmelik hükmünün yasal dayanağı olup olmadığı incelenmelidir.

Arama Yönetmeliği mad. 8-e aramanın gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde yapıldığında gümrük

48 5607 sayılı KMK'da kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında yapılacak arama konusunda CMK'da yer alan genel hükümlere atıfta bulunulduğu, ancak gümrük salonları ile gümrük kapılarında yapılacak aramalar hususunda genel hükümlerden farkı bir düzenlemeye yer verildiği, 5607 sayılı KMK'nın 9/2. maddesine göre gümrük salonları ve gümrük kapılarında kişilerin üstü, eşyası, yükleri ve araçları aranırken arama kararı veya emrine ihtiyaç olmadığına ilişkin bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 69.

görevlilerince veya yetkili memurlarca yapılacağını düzenleyen Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/2. ve 3. fıkralarına atıfta bulunarak bu aramalarda arama emri ya da kararının aranmayacağını hüküm altına almıştır.

Kanımızca Arama Yönetmeliği'ndeki bu düzenleme Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9'da öngörülen hususlar ile açıkça çelişir durumdadır ve uygulanamaz. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere kanımızca Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9 kapsamında yapılacak tüm aramalarda CMK mad. 119 gereği hâkim veya gecikmesinde sakınca olan halde savcı kararını aramak bir zorunluluktur. Dolayısıyla Yönetmelik mad. 8-e'deki bu yetkiyi kullanan, yani gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde bulunan kaçak eşyayı herhangi bir karar ya da emir bulunmadan arayan memur, hukuka uygun davranmamış olacaktır ve hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

F. YÖNETMELİK'İN 8-F BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-f bendinde ilk olarak “Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve âminin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması⁴⁹ ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri üzerine (...), konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girmek* için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı”, ikinci olarak da “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için

49 Hukukten tanınmış ve korunmuş bir hakkın kullanılması halinde hakkın icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu yönünde bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 63. Bu konuda yazar, bir kişinin kendine ait bir taşınır eşyayı çalan hırsız, kesintisiz olarak takip edip yakaladıktan sonra hırsızın elinden eşyasını geri almasını, hatta bu sırada eşyasını bulabilmesi için hırsızın üstünü aramasını hakkın kullanılması kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla yazara göre bunun için karar veya emir gerekmeyecektir. (Benzer ifade için bkz. Bilen, M. (2006). “Adli Arama ve Önleme Araması”, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 61 vd.) Konu hakkındaki fikrimiz için bkz. 71. dipnot.

veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girmek* için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı” düzenlenmiştir⁵⁰. Görüldüğü üzere hükümde yer alan birinci yetkilendirme, olayda hukuka uygunluk sebebinin varlığı üzerine inşa edilmiştir⁵¹. Yani bu hükme göre olayda hukuka uygunluk sebebi varsa ayrıca bir arama emri ya da karar alınmaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girilebilecektir*. Bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu yerde arama emri ya da kararı olmaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilmesi zaten hukuka aykırı olmayacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bu davranışta bulunabilmek için herhangi bir karar/emir alınmasının gerekmemesine ilişkin Yönetmelik’in bu kısmı, malumun ilanı niteliğindedir⁵². Öyleyse Yönetmelik’teki bu yetkisini kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olacağının ve hukuki bir sorumluluğunun olmayacağının kabulü gerekir.

Yönetmelik mad. 8-f’nin diğer kısmında yer alan “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından *hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla* veya kapalı yerlerden gelen yardım *çağrıları üzerine* konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girmek* için ayrıca bir arama emri

50 Daha önce Yön. mad. 8-f hükmünde yer alan “ilgilinin rızası” ibaresinin Danıştay kararıyla iptal edilmesine ilişkin olarak “HÂKİM/SAVCI KARARI/EMRİ OLMAKSIZIN ARAMA YAPILMASININ ANAYASA MAD. 20 ve 21’E UYGUNLUĞU SORUNU” başlığı altındaki anlatımlara bakınız. Bu konuda Ayrıca bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 161 vd.; Öztürk, B. (2021). s. 506; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 465.

51 Yön. mad. 8-f’deki hukuka uygunluk sebepleriyle alakalı detaylı bilgi için bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 61 vd.

52 Aynı yönde bkz. Orhan, U. (2018). s. 40. Ancak yazar, bu yönetmelik hükmünün ilgili yerlerde “arama yapılmasına” izin verdiğini kabul eder yönde bazı açıklamalar yapmıştır. Yıldız da bu hallerden birinin varlığı halinde karar veya emir olmadan doğrudan arama yapılabileceğini vurgulamıştır, bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 61 vd. Oysa Yönetmelik’in bu hükmü, bu yerlerde arama yapılmasına izni vermez; sadece bu yerlere girilmesine izni verir. Bu kapsamda yazarlara katılmıyoruz.

ya da kararının aranmayacağına” ilişkin hükmün⁵³ yasal da-

- 53 Yönetmelik’in ilgili kısmı Yargıtayca “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda arama emri ya da kararı aranmaz” şeklinde anlaşılmaktadır. Örneğin dolmuş duraklarında uyuşturucu madde satışı yapıldığının tespiti sonucunda, belirtilen bu adres çevresinde yapılan araştırmalarda sanığın yanına gelen şahıslara bir şeyler verip aldığının görülmesi neticesinde başlatılan operasyon kapsamında sanığın ve uyuşturucu madde sattığı kişilerin üzerinde yapılan aramada eroin ele geçirilmesine ilişkin olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi, genel kolluk görevi kapsamında yapılan araştırma sonucunda sanığın uyuşturucu madde sattığının tespit edilmiş olması nedeniyle, niteliği ve faili belli olan bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluştuğu, CMK’nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde ‘adli arama kararı’ alınmadan, sanığın ve uyuşturucu madde satılan kişilerin üzerinde arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu bulunan uyuşturucu maddelerin ise hem “suçun maddi konusu” hem de “suçun delili” olup “hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinden bahisle yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmünü bozmuştur. Konu Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı ile YCGK tarafından incelenmiş ve işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama da dikkate alındığında, genel ve soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen, sanığın açık kimlik ve adres bilgilerini içermeyen istihbarat bilgisinin CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı ya da yazılı adli arama emri ile bunların talebini gerektirecek boyuta ulaşmadığı, konu hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, “suçüstü” hâli ile karşılaşmaları nedeniyle CMK’nın 90/4. maddesi ile 2559 sayılı Kanun’un 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhâl gerekli tedbirleri alıp, sanık ile tanığın üzerlerinde yaptıkları arama sonucunda suç konusu uyuşturucu maddeleri ele geçirdikleri, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25/12/2018 tarihli, E.2016/362 K.2018/681 sayılı kararı. Yine uyuşturucu madde ticareti suçundan yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmü kurduğu başka bir kararda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. CD. durumundan şüphelenilen sanığın elinde bulunan ceketin astarında 990 adet MDMA içeren uyuşturucu hapın ele geçirilmesi sırasında verilmiş “önleme arama kararı” ya da “adli arama kararı” veya “yazılı adli arama emri” bulunup bulunmadığının araştırılarak sonuçlarına göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinden bahisle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bozma kararına Yargıtay C. Başsavcısı itiraz etmiştir. Bunun üzerine CGK, olayda 2559 sayılı Kanun’un ek 4. maddesi uyarınca, bir suçla karşılaştığında hizmet branşına bağlı olmaksızın suça el koymak ve delilleri tespit edip muhafaza altına almak ile görevli ve yetkili olan görevlilerin mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan çıkardıkları izlenime göre sanık ile tanığın durumundan şüphelendikleri,

yanığının olup olmadığı konusundaki tespitlere kanımızca “bu hükmün yasal dayanağının ne olmadığı” anlatılarak başlanmalıdır⁵⁴. Kanımızca Yönetmelik’in bu hükmüne yasal

oluşan bu makul sebep nedeniyle yanlarına gittiklerinde sanığın kaçmaya başlamasının işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi daha da arttırdığı ve yakalandığı, sanığın üzerinde silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyayı bulundurabileceği hususunda yeterli şüphenin oluşması üzerine 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında, giysileri çıkartılmaksızın elle yoklama biçiminde kontrol yapıldığında suç unsuruna rastlanılmadığı, elindeki mont kontrol edildiğinde ise astar kısmında bir şeyler bulunduğu fark edilerek sanığa ne olduğu sorulduğunda “hap olduğunu” söylemesi üzerine açılıp bakıldığında suç konusu uyarıcı maddelerin ele geçirildiği, söz konusu bu durumda sanığın suçun konusu ve delili olan uyarıcı maddeler ile birlikte yakalanması nedeniyle “suçüstü” hâlinin mevcut olduğu, görevlilerin önceden herhangi bir istihbari bilgi ya da ihbar alınmaksızın devriye görevi sırasında işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla “suçüstü” hâli ile karşılaşması nedeniyle CMK’nın 90/4. maddesi ile 2559 sayılı Kanun’un 13/1-A ve ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alıp uyarıcı maddeleri muhafaza altına aldığı, yine Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, ayrıca; yoklama neticesinde montun astar kısmında fark edilen kabarıklığın sanığın beyanından hap olduğunun öğrenilmesi üzerine bulunduğu yerden çıkarılıp el konulmasının arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/1106 K.2017/54 sayılı kararı. Bu konuda ayrıca bkz. Şen, E. (2022). “Suçüstü Halinde Arama Kararı veya Arama Emri Olmaksızın Yapılan Arama Hukuka Uygun mudur?”, <https://sen.av.tr/tr/makale/sucustu-halinde-arama-karari-veya-arama-emri-olmaksizin-yapilan-arama-hukuka-uygunmudur> (Erişim Tarihi: 10/5/2024). Ancak failin suçüstü halinde kollukça zaten doğrudan yakalanacağını, kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin nasıl aranacağını ise Yönetmelik mad. 8-b’de zaten düzenlendiğini düşündüğümüz için Yargıtay’ın yönetmeliğe ilişkin yaptığı bu yoruma katılmamaktayız.

- 54 Literatürde birçok kaynakta söz konusu Yönetmelik’in dayanağı olarak herhangi bir yasa gösterilmemiş, yalnızca Yönetmelik hükmünün yerinde olduğu açıklanmakla yetinilmiştir. Ancak temel hak kısıtlaması yapılabilmesi için bu yeterli değildir, yasal dayanak gereklidir. Fakat yasal dayanak birçok eserde tartışılmamıştır, örn. bkz. Orhan, U. (2018). s. 42. Onan ise konuyu ele aldığı yüksek lisans tezinde bu fıkraya ilişkin açıklamalarını “Maddenin (f) bendinde ise hâkim karan veya yetkili merciden yazılı emir alınmasını gerektirmeyen adli arama işlemlerine çeşitli istisnalar gösterilmiştir” cümlesiyle sınırlı tutmuştur, bkz. Onan, O. (2009). s. 42.

dayanak teşkil edecek kanun CMK mad. 90/1-2 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a değildir. Nitekim söz konusu maddelerde suçüstü hâlinde kolluğa yakalama yapma yetkisi verilmektedir. Yani kolluk CMK mad. 90/1 ve 2'deki ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1a'daki yetkisini kullanarak suçüstündeki faili yakalayabilir. Bu noktada kolluğun faili yakalaması için bir araç, bina ya da eklentilerine girmesi de pek tabii gerekebilecektir. Böylesi bir durumda kolluğun araç, bina ve eklentilere girmesinde CMK mad. 90/1 ve 2 ve yine 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Çünkü hakkın icrası bir hukuka uygunluk sebebidir⁵⁵ ve faili yakalamak için bina ve eklentisine giren kolluk CMK mad. 90/1 ve 2 hükmünü ve yine 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a hükmünü ifa etmeye çalışıyordur⁵⁶. Ancak buradaki konumuz “yakalama amacı ile” konuta, işyerine, yerleşim yerine veya eklentilerine girme değildir. Nitekim Yönetmelik “toplum için veya kişiler bakımından *hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla* ya da kapalı yerlerden gelen *yardım çağrıları üzerine* konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmekten” bahsetmektedir. Kanımızca burada ilgili alanlara giriş yetkisi veren Yönetmelik hükmünün yasal dayanağını TCK'daki meşru müdafaa hükümleri⁵⁷ oluşturmaktadır. Nitekim bu kuruma ilişkin şart-

55 Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2021). s. 286.

56 Keskin Kızıroğlu ise bu konuda “*gerek kişinin takibi sırasında girdiği, gerekse suçüstü halinde bulunduğu konut, işyeri ve diğer kapalı alanlarda, bu yerlerde bulunan diğer kişiler açısından üçüncü kişi yararına haklı savunmanın koşulları varsa, bu takdirde içeri girip, kişileri kurtarmak için yargıç kararı veya yazılı emir aranmayacağı kuşkusuzdur. Hatta bu durumdaki kişileri kurtarmak için kolluk görevlisi olmak da koşul değildir. Üçüncü kişi yararına haklı savunma hukuka uygunluk nedenidir*” fikrini savunmaktadır, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 159.

57 Kanımızca duruma göre bu Yönetmelik hükmünün yasal dayanağının “zorunluluk hâli” olduğu da pek tabii söylenebilecektir. Nitekim böylesine hayati bir tehlike pek tabii zorunluluk hâli kapsamında da değerlendirilebilecektir. Burada belirleyici olan bir “saldırı” üzerine mi hayati tehlikenin ya da yardım çağrısının gerçekleştiği ve ikinci olarak da içeri girilmek suretiyle hakkı ihlal edilen kişinin “saldırgan mı” olduğudur. Nitekim zorunluluk hâli ile meşru müdafaa hâli arasındaki temel fark meşru müdafaa hali için bir saldırı unsurunun şart olması ve savunma hareketinin saldırıya karşı yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla söz

lar oluştuysa meşru müdafaa hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak, hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmeyi haklı kılacak; Yönetmelik'te de yer aldığı üzere bu durumlarda ayrıca karar ya da emir alınması gerekmezsizin ilgili alanlara hukuka uygun şekilde girilmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte 2559 sayılı Kanun mad. 20/1 hükmünün de burada yasal dayanak teşkil ettiği söylenebilir. Nitekim hükme göre zabıta, imdat istenmesi veya (...) ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mâni olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir. Maddede geçen "imdat istenmesi" ifadesinin Yönetmelik mad. 8-f'nin lafzında yer alan "yardım çağrıları üzerine" ifadesine işaret ettiği açıktır. "Ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mâni olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir." ifadesinin ise Yönetmelik mad. 8-f'de yer alan "suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla" konuta/işyerine girilmesine müsaade eder şekilde yorumlanması mümkündür.

Dolayısıyla "suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı" düzenleyen Yönetmelik hükmünün (Yönetmelik mad. 8-f) kanuni dayanağının TCK'daki meşru müdafaa hükümleri⁵⁸ (TCK mad. 25) ve 2559 sayılı Kanun mad. 20 hükmü ol-

konusu Yönetmelik hükmünün yasal dayanağının tespitinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak olayda zorunluluk hâlinin mi yoksa meşru müdafaa hâlinin mi gerçekleştiğine bakmak gerekecektir. Bu kapsamda örneğin yanmakta olan binaya girip içeridekileri kurtarmaya çalışmanın ceza sorumluluğunun kalkmasına sebep olan zorunluluk hâli kapsamında olduğu ve bu gibi durumlarda binaya girilebilmesi için karar veya emir gerekmeyeceğine ilişkin olarak bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 62, 63; Yenisey F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 387; Bilen, M. (2006). s. 61.

58 31. dipnota bakınız.

duğu kanımızca söylenebilecektir. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-f'deki bu yetkisini kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olacaktır.

Bu kapsamda konunun daha net anlaşılması adına daha somut bir karşılaştırma yapmak gerekirse örneğin kanlar içindeki bir cesedi kendi bahçesine gömmekte olan faili *yakalamak için* şahsın bahçesine girilmesi CMK mad. 90/1-2 ve PVSK mad. 13/1-a kapsamında herhangi bir izin/emir alınması gerekmeksizin gerçekleşecektir. Çünkü burada failin suçüstü durumunda “yakalanabilmesi” için konuta/iş yerine girilmesi söz konusudur ve bu, yakalama yetkisi veren CMK mad. 90/1-2 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a kapsamında kimse-den karar/izin almaya gerek olmaksızın gerçekleşir. Nitekim CMK'nın 2. maddesinin j bendinde “failin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” suçüstü olarak tanımlanmıştır. Kaldı ki usulsüz ölü gömmek de TCK mad. 196'da suç olarak düzenlenmiştir. Aksi bir düşünceyle, burada yakalama yapmak için eve/bahçeye girmek gereken halde arama iznini/emrini şart koşturmak CMK mad. 90/1-2'de öngörülen yakalama yetkisini amaca aykırı şekilde daraltacaktır. Dolayısıyla kolluğun “suçüstü yakalaması” yapmak için CMK mad. 90/1-2 hükümleri kapsamında konuta/işyerine arama emri/izni gerekmeksizin girebileceğinin kabul edilmesi gerekecektir. Yönetmelik mad. 8-f de bu neticeyi destekler nitelikte hükümler içermektedir. Nitekim ilgili hükümde diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde (bizim örneğimiz itibariyle yakalama yetkisi veren CMK mad. 90/1-2 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a kapsamında yakalama yapmak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebidir) konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Ancak aynı durum delil elde etmek için konuta/işyerine girilmesi gerektiğinde söz konusu değildir. Nitekim CMK mad. 90/1-2 “suçüstü yakalaması” yapmak için uygulanabilecek

hükümlerdir. Dolayısıyla delil elde etmek için konuta/iş yerine girilmesi gerektiğinde CMK mad. 119'a göre usulüne uygun şekilde yani gerekli yerlerden karar/emir alınarak arama tedbirinin uygulanması gerekecektir.

Burada söz konusu olabilecek bir diğer durum, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konuta işyerine girilmesi gereğinin hasıl olmasıdır. Kanımızca böyle bir durumda kolluğun eve/işyerine girmesini sağlayacak yasal dayanak TCK'daki meşru müdafaa hükümleri (TCK mad. 25) ve 2559 sayılı Kanun mad. 20 hükmü olacaktır⁵⁹. Yakalama yetkisi veren CMK mad. 90 hükümleri ise burada yasal dayanak olarak değerlendirilemeyecektir çünkü burada mevzu bahis olan yakalama amacıyla eve/işyerine girilmesi değil meşru müdafaa sebebiyle eve/iş yerine girilmesidir.

Ancak ifade edilmelidir ki Yönetmelik mad. 8-f'nin son kısmında yer alan bu düzenleme, aslında aynı bendin baş kısmında yer alan düzenlemenin zaten içinde yer almaktadır ve kanımızca Yönetmelik mad. 8'in son kısmında tekrar ifade edilmesi gereksiz olmuştur. Daha net ifade etmek gerekirse Yönetmelik mad. 8-f'nin baş kısmında yer alan "hukuka uygunluk sebebi bulunması hâlinde konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı" düzenlemesi, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konuta/işyerine girilmesi için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmamasını da zaten sağlamaktadır, nitekim toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konuta iş yerine girilmesi hâli "3. kişi lehine meşru müdafaa hükümleri" çerçevesinde ele alınacağından⁶⁰ zaten bendin baş

59 31. dipnota bakınız.

60 31. dipnota bakınız.

kısımında öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden birini teşkil etmekte ve “konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı hâli” oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanımızca Yönetmelik mad. 8’in son kısmında bu hususlara yer verilmesi gereksiz olmuştur.

II. HÂKİM/SAVCI KARARI/EMRİ OLMAKSIZIN ARAMA YAPILMASININ ANAYASA MAD. 20 VE 21’E UYGUNLUĞU SORUNU

Anayasa mad. 20 “... usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ...” hükmünü haizdir.

Anayasa mad. 13 ise “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” hükmünü haizdir. Bu iki madde arama tedbirinin sınırlarının çizilmesinde çok önemli rol oynar. Nitekim arama tedbiriyle kişinin temel hakkı sınırlandığı için bu tedbirin uygulanmasında bir yandan Anayasa mad. 13’ün diğer yandan Anayasa mad. 20’nin koşulları sağlanmak zorundadır.

Anayasa mad. 21 ise armanın konutta yapılması gerektiğinde uygulama bulabilecek bir maddedir. Nitekim Anayasa mad. 21’e göre “... hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ...”

Yönetmelik’te düzenli hükümler çerçevesinde emir/karar alınmaksızın arama yapılmasının Anayasa mad. 13’e olan uygunluğu, yukarıda bu Yönetmelik hükümlerinin dayanağı olan yasal temeller gösterilerek ortaya koyulmuştur. Bu noktada ilgili Yönetmelik hükümlerinin bu yasal temellere yani

kanuna aykırı olarak çıkarıldığı da iddia edilemez. Nitekim Anayasa mad. 124 yönetmeliklerin kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceklerini hüküm altına almaktaysa da bu hüküm, “yönetmeliklerin kanunlarla uyumlu olması (uyumsuz olmaması) gerektiği” şeklinde yorumlanmakta⁶¹, “kanunda yer alan düzenlemeyle ancak birebir aynı içerikteki bir düzenlemenin yönetmelikle öngörülebileceği” anlamını taşımamaktadır. İlgili Yönetmelik hükümleri de kendilerine yasal temel teşkil eden -yukarıda tespit ettiğimiz meşru müdafaa hükümleri (TCK mad. 25) ya da CMK mad. 90 gibi- kanun maddeleri ile uyumlu olduklarından, yani onlara aykırı olmadıklarından bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde emir/karar olmaksızın arama yapılmasının Anayasa mad. 124’e aykırılık teşkil edeceği iddiasında da bulunulamayacaktır.

Ancak Anayasa mad. 20’nin “arama tedbirinin hâkim kararı olmadan uygulanmasını açıkça yasaklaması” ilgili uygulamanın -kanuna dayansa bile- anayasaya uygunluğunu tereddütlü duruma düşürmüştür. Çünkü Yönetmelik gereği yapılan ve yasal temeli de olan bu aramalar hâkim/merci kararı/emri olmadan uygulanacaktır. Aynı durum arama konutunda yapılacağı zaman AY mad. 21 için de geçerlidir yani Anayasa mad. 21’in hâkim/merci kararı/emri olmadıkça konuta girilmesini ve orada arama yapılmasını açıkça yasaklaması ilgili Yönetmelik çerçevesinde icra edilen aramaların -kanuna dayansa bile- anayasaya uygunluğunu tereddütlü duruma düşürmüştür.

Aramaya ilişkin hükümlerin Anayasa’ya uygunluğu meselesinde doktrindeki görüşler üçe ayrılabilir. Birinci görüşe göre Anayasa mad. 20/2 hükmü, karar olmaksızın soyut tehlikeye dayalı sürekli aramalara imkân tanımaz. Dolayısıyla ka-

61 Bu yönde bkz. Şirin, T. ““İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, s. 298, <https://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf> (Erişim Tarihi: 26/4/24).

rar şartını kaldıran düzenlemeler Anayasa'ya aykırıdır⁶².

İkinci görüşe göre bu husustaki sorun, karara gerek olmayan hâllerin kanunla değil, yönetmelikle düzenlenmesidir⁶³. Bu görüş, Anayasa'daki karar şartının kaldırılmasının ancak kanunla düzenlenebileceğini savunmaktadır. Üçüncü görüş ise mevcut düzenlemelerin yerinde olduğunu ifade etmekte, Anayasa mad. 20'nin karar olmaksızın arama yapma yetkisini tamamen ortadan kaldırmadığını savunmaktadır⁶⁴.

Bizim bu konudaki genel görüşümüz ise şu şekildedir: Görüldüğü üzere Anayasa'nın 20. ve 21. maddesi incelendiğinde kolluğun meşru müdafaa hâlinde dahi konuta girmesi

62 Bkz. Kılıç, A. (2023). s. 411. Kılıç, bu konuda "yazılı arama emri olmaksızın üst veya eşya aramasına imkân tanıyan kanun ve yönetmelik hükümlerinin Anayasa mad. 20/2'ye aykırı olduğu, bu hususta kabul edilebilecek tek istisnanın, tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalede bulunan bir koruma tedbirine ilişkin kararın zımnen arama kararını da içerdiği kabulü olduğu, bu istisnanın da kararın gerekli olmadığı hâlleri değil, kararın zımnen var olduğu hâlleri ifade ettiği" görüşündedir, bkz. Kılıç, A. (2023). s. 414.

63 bkz. Aksoy, Ş. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 79; Gülşen, R. (2010). "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksinmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 9., s. 16 vd.; Yılmaz, Y. (2016). "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124., s. 269; Gökçen, A., Balci, M., Alşahin M. E. ve Çakır, K. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 434; Çöpoğlu, H. S. (2019). s. 199; Şahin, C. (2018). s. 441 vd.

64 Bkz. Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2010). ss. 1034-1068 vd. Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan Yönetmelik'in kanuna aykırı olmadığı yönündeki görüş için bkz. Yaşar, O. ve Otacı, C. (2022). s. 861. Yargıtay da kolluğun; olayın özelliğinden, kanun hükmünün verdiği arama yetkisinden veya arama emri almaya imkân bulunmaması nedenlerinden birine dayanarak arama yapabileceği görüşündedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/10/2016 tarihli, E.2016/57, K.2016/374 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/236, K.2019/55 sayılı kararı. Mahkemelerin, Anayasa mad. 20/2'ye göre bazı hâllerde karar olmaksızın arama yapılabileceğini kabul ettiği ancak bu kategoriye gereğinden fazla genişleten hükümlerin iptaline karar vererek orantılılık ilkesine uygun sınırlar belirlemeye çalıştığı yönündeki tespit için bkz. Kılıç, A. (2023). s. 417. Bu konuda ayrıca bkz. Gözler, K. (2002). "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İstigal Örneği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18., S.1., s. 18.

ve burada arama yapabilmesi için hâkim/savcı kararı alması gerekeceği sonucuna varılır. Bu kapsamda, örneğin içeride bir babanın oğlunu falakaya yatırıp ölesiye dövdüğünü pencereden gören kolluğun gerek faili yakalaması gerek mağdurun yardım çağlıklarına rağmen onu kurtarması gecikmede sakınca bulunan hâl kapsamında savcı emrine bağlı olacaktır. Aynı durum mağduru evde kilitlediğini ve onu öldürmek üzere evin bir yerine bomba sakladığını söyleyen fail için de geçerlidir. Nitekim bu durumda da Anayasa mad. 21'e göre gecikmede sakınca bulunan hâl kapsamında savcı emri gerekecektir. Bu ise durumu içinden çıkılmaz bir hâle sokar. Nitekim varılan bu sonuç hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan bir sonuç değildir. Çünkü bu sonuç mağduru kurtarmak için emir beklemek, emir gelmedikçe onu kurtarmamak anlamına gelir. Oysa bir hukuk devletinde vatandaşların güvenliği asıldır⁶⁵. Öyleyse doğru neticeye varmak için Anayasa mad. 20 ve 21, hukuk devleti ilkesi ile birlikte yorumlanmalı ve oradan hareketle bizce şu sonuca varılmalıdır: Anayasa mad. 20'de ve 21'de öngörülen arama tedbirinin uygulanabilmesi için veya konuta girilebilmesi için hâkim/merci kararının/emrinin bulunması gerektiği şartı, ancak olayda hukuka uygunluk sebebi olma-

65 Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş temel bir haktır. Hukuk devleti çok şekilde tanımlanmakla birlikte, en temel olarak "insan haklarına saygı gösteren devlet" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir hukuk devletinde vatandaşların güvenliğinin asıl olduğunu pek tabii kabul etmek gerekir. Hukuk devleti ilkesiyle ilişkili olarak bkz. Çağlayan, R. (1999). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 41-54. Güneş, A. M. (2015). "Hukuk Devleti Üzerine", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20., S. 33., s. 1 vd.; Karaca, S. O. (2021), "Hukuk Devleti İlkesi ve Türkiye'de Hukuk Devleti İlkesinin Gelişim Süreci", *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, C. 8., S. 73., <https://jshsr.org/index.php/pub/article/view/386/374> (Erişim tarihi 13/5/2024).

ması halinde uygulama alanı bulacaktır⁶⁶. Literatürde⁶⁷ hukuka uygunluk sebeplerinin görevin ifası, meşru müdafaa hali, hakkın icrası, ilgilinin rızası şeklinde sayıldığı, bazı yazarlarca⁶⁸ buna zorunluluk hâlinin de eklendiği dikkate alındığında prensip itibarıyla bu hâllerin varlığı durumunda ise kanımızca hâkim/merci kararının/emrinin bulunması gerekmeksizin arama tedbiri uygulanabilecek veya konuta girilebilecektir. Nitekim bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu yerde arama emri ya da kararı olmaksızın konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilmesi ve burada arama yapılması zaten hukuka aykırı olmayacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bu davranışta bulunabilmek için herhangi bir karar/emir alınması da gerekmemelidir. Aksi bir düşünce, az önce evine habersizce bir fail giren ev sahibinin rızasına rağmen kolluğun onu yakalamak için bu eve girememesi, korku içindeki ev sahibinin evini failden arındırmak için yani kollukça eve girilip failin aranması için hâkim/merci kararının beklenmesini gerektirir ki bu, bir hukuk devletinde kabul edilemez⁶⁹. Nitekim

66 Hukuka uygunluk sebebi olmayan durumda ise pek tabii Anayasa mad. 20 şartları aranır. Bu kapsamda örn. hâkim/savcı kararı olmaksızın delil araması yapmak için ortada bir hukuka uygunluk sebebi yoktur. Dolayısıyla kolluk delil araması yapıyorum diyerek hiçbir karar emir olmadan kendi inisiyatifıyla eve girip arama yapamaz. Eğer yaparsa hem CMK mad. 119'a hem de Anayasa mad. 21'e aykırılık oluşur. Burada arama yapmak için hem CMK mad. 119'a hem de Anayasa mad. 21'e göre hâkim/merci kararı/emri gerekir.

67 Bkz. Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2021). s. 274 vd.

68 İçel, K. ve Evik, A. H. (2007). *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 132; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2006). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 318; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2008) *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 148; Donay, S. (2005). *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 283. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek, V. Ö. ve Doğan, K. (2007). "Zorunluluk Halinin (TCK mad.25/2) Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 2., s. 195 vd.

69 Burada yaptığımız tespitin Danıştayın Yönetmelik'in 8-f bendinde daha öncesinde var olan "rıza hâlinde yapılan aramalarda konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için emir/karar gerekmediğine" ilişkin hükmünü iptal etmesi haliyle çelişip çelişmediği hususu aşağıda ele alınmaktadır.

hukuk devletinde devlet, vatandaşın güvenliğini sağlamakla yükümlüdür; vatandaşın güvenliğini sağlamak için hâkimden/merciden karar/emir alınmasının şart koşulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak bir durumdur⁷⁰. Öyleyse az önce ifade edildiği üzere şu tespiti yapmak gerekir: Hukuka uygunluk sebebi olan durumda arama yapmak ya da konuta girmek için Anayasa mad. 20 ve 21’de öngörülmüş olan şartlara ihtiyaç yoktur. Ancak bunun için pek tabii yasal yetki temeline ihtiyaç olacaktır. Nitekim bir hukuk devletinde temel haklar ancak kanunla sınırlanır.

Yaptığımız bu tespiti Yönetmelik’in ilgili maddeleri üzerinde uyguladığımızda ortaya şu durum çıkar:

Yönetmelik’in 8-d maddesi ile ilgili olarak; fail CMK mad. 90 kapsamında suçüstü yakalaması ile hukuka uygun şekilde yakalanmış fakat sonrasında kolluğun elinden kaçmışsa, bu maddeye göre burada yapılan kesintisiz takip gereği kolluk faili yakalamak için konuta/eklentiye girip onu eliyle koymuş gibi alıp çıkabilecektir. Yönetmelik mad. 8-d kapsamında kalan bir olayda gerçek bir arama tedbiri ise uygulanamayacaktır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere Yönetmelik mad. 8-d kapsamında gerçek bir arama yapılmasının kanuni dayanağı yoktur, nitekim Yönetmelik mad. 8-d’nin yasal dayanağı CMK mad. 90/1-2’dir ve CMK mad. 116 vd. hükmü sebebiyle CMK mad. 90/1-2, konutta gerçek bir arama yapmaya izin verir şekilde yorumlanamaz. Yönetmelik mad. 8-d’ye ve ona yasal dayanak teşkil eden CMK mad. 90/1-2’ye göre kolluk ancak yerini noktasal olarak bildiği ve bu kapsamda teknik ola-

70 Aynı yönde bkz. Kılıç, A. (2023). s. 416. Nitekim yazara göre de “Arama işlemine başvurulacak tüm hâller için en azından yazılı emir şartı aranması ölçülü bir sınırlama değildir. Her durumda en azından yazılı arama emri aranması ya durumun olağanlığı nedeniyle anlamsızdır ya da ani gelişen durumlara cevap veremez niteliktedir. ... Devriye görevi icra eden kolluğun bir suçla karşılaşması hâlinde suça karıştığını düşündüğü kişilerin üstünü veya eşyasını derhâl araması icap edebilir. Aksi hâlde delillerin kaybolma riski gündeme gelebilir. Demokratik bir toplumda, bu riski bertaraf etmeye imkân tanıyan orantılı hükümlere ihtiyaç duyulur.”

rak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın elle koymuş gibi bulacağı faili emir/karar olmaksızın konuttan alıp çıkarabilecektir. Öbür taraftan vurgulanmalıdır ki kolluğun Yönetmelik mad. 8-d ve CMK mad. 90/1-2 hükmüne dayanarak “elle koymuş gibi bulacağı” faili emir/karar olmaksızın konuttan alıp çıkarması Anayasa mad. 21’e aykırı olmayacaktır. Çünkü olayda hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi vardır, nitekim burada konuta girme CMK mad. 90’da öngörülen yakalama yetkisi kapsamında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde hukuka uygun bir yakalamanın yapılabilmesini mümkün kılmak için icra edilmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olan bu durumda konuta girmek için Anayasa mad. 21’de öngörülmüş olan şartlara, bu kapsamda hâkim/merci kararına/emrine ihtiyaç yoktur.

Aynı husus Yönetmelik’in 8-f maddesi itibarıyla da geçerlidir. Nitekim ilk kısmında “Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması⁷¹ ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri üzerine ..., konut, işyeri

71 Hukuken tanınmış ve korunmuş bir hakkın kullanılması hâlinde hakkın icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu yönünde bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 63. Bu konuda yazar, bir kişinin kendine ait bir taşınır eşyayı çalan hırsız, kesintisiz olarak takip edip yakaladıktan sonra hırsızın elinden eşyasını geri almasını, hatta bu sırada eşyasını bulabilmesi için hırsızın üstünü aramasını hakkın kullanılması kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla yazara göre bunun için karar veya emir gerekmeyecektir. (Benzer ifade için bkz. Bilen, M. (2006). s. 61 vd.). Ancak yazar çalışmasında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin hangi kanun maddesine dayalı olarak oraya çıktığını göstermemiştir. Kanımızca burada hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin dayanağını “zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir.” hükmünü haiz olan TMK mad. 981 oluşturmaktadır. Ancak görüldüğü üzere ilgili kanun maddesinde yalnızca “faili yakalama ve malı elinden alma” ifadelerine yer verilmiştir. Failin aranmasının ise bu kapsamda hakkın icrası dâhilinde kalıp kalmayacağının ayrıca incelenmesi gerekir. Kanımızca malın alınması ancak failin aranması suretiyle icra edilebileceğinden, hırsızın üstünün aranması bizzat de hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağını”, ikinci kısmında ise “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağını” düzenlendiği Yönetmelik mad. 8-f hükmünün ilk kısmında doğrudan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığına atıf yapılmış, ikinci kısmında ise madde metninde “hayati tehlike ve yardım çağrısından” bahsedilmek suretiyle meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin olayda varlığı şart koşulmuştur. Yani hükmün gerek ilk kısmı gerekse ikinci kısmı hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması hâlinde konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla yukarıda ortaya koyduğumuz genel esasa göre burada da Anayasa mad. 20 ve 21’in şartlarının varlığını aramaya gerek olmayacaktır. Nitekim Anayasa mad. 20 ve 21’deki hâkim/merci kararı/emri şartı kanımızca ancak olayda bir hukuka uygunluk sebebi olmadığında uygulama alanı bulmalıdır. Öyleyse hâkim/savcı kararı/emri olmadan konuta girmeye izin veren bu uygulamanın da Anayasaya aykırı olmadığını tespit etmek gerekir.

Ancak kanımızca burada vurgulanması gereken bir durum vardır: Görüldüğü üzere madde sadece içeri girmeye izin vermektedir. Burada arama yapılması ile ilgili olarak ise madde herhangi bir hüküm getirmez. Yönetmelik’in diğer maddelerinde de bu hallerde emir/karar olmaksızın arama yapıp yapılamayacağına ilişkin bir husus yoktur. Ancak bu, örneğin 3. kişi lehine meşru müdafaa hali teşkil eden bir durum çerçevesinde Yönetmelik mad. 8-f hükmü ile içeri giren kolluğun orada emir/karar olmaksızın arama yapamayacağı, böylesi bir durumda emir/karar beklemesi gerektiği anlamına pek tabii gelmez. Nitekim her ne kadar bu duruma ilişkin bir yetkilendirme yönetmelik hükmünde yoksa da meşru müda-

faa hükümlerinin kendisi zaten kolluğa böylesi bir durumda emir/karar olmaksızın konutta/eklentide arama yapma yetkisi vermektedir. Bu kapsamda örneğin mağduru evdeki kalorifer peteğine zincirlemiş ve içeriye de bir bomba gizlemiş failin evine girip bombayı aramak için kolluğun emir/karar alması gerekmecektir. Nitekim böylesi bir durumda kolluğun 3. kişi lehine meşru müdafaa yapmak için eve *girmesi* Yönetmelik mad. 8-f ve ona yasal dayanak teşkil eden meşru müdafaa hükümleri ile 2559 sayılı Kanun mad. 20 hükmü⁷² çerçevesinde gerçekleşir. Aynı zamanda bu giriş, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olduğu için kanımızca Anayasa mad. 21'e de aykırı olmayacaktır. Kolluğun evde *arama yapması* ise her ne kadar Yönetmelik'te düzenli değilse de (Çünkü Yönetmelik mad. 8-f sadece çeşitli sebeplerle konuta/iş yerine *girmeye* ilgili karar/emir gerekmeceğine ilişkin hüküm içerir.), TCK mad. 25'te düzenli olan genel meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde zaten mümkündür. Nitekim TCK mad. 25'te düzenli olan meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde herkes “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile gerçekleştirilecek fiilleri işlemeye yetkili kılınmıştır. Bu ise kolluğun meşru müdafaa koşulları oluştuğunda pek tabii failin evinde arama da yapabi-

72 Yargıtay, “2559 sayılı Kanun’un 20. maddesi gereğince bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda arama emir veya kararına gerek olmayacağı” fikrindedir. bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 18/6/2019 tarihli, E.2016/805, K.2019/480 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/988, K.2017/55 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/1106, K.2017/54 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11/11/2021 tarihli, E.2019/526, K.2021/556 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16/5/2019 tarihli, E.2016/431, K.2019/436 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25/12/2018 tarihli, E.2016/362, K.2018/681 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 21/2/2019 tarihli, E.2016/167, K.2019/120 sayılı kararı. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim PVSİK mad. 20 hükmü yalnızca konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine “girmeye” izin vermektedir, arama ile ilgili hüküm getirmez.

leceği anlamına gelir. Burada “CMK mad. 116 vd. hükümleri sebebiyle meşru müdafaa hükümlerinin evde arama yapmaya izin verir şekilde yorumlanmasının mümkün olmayacağı” ise pek tabii iddia edilemeyecektir. Nitekim meşru müdafaa hükümleri gerekli koşullar oluştuğunda saldırganı öldürmeye dahi izin vermektedir⁷³. Ancak burada arama pek tabii ancak meşru müdafaa koşulları varlığını sürdürdüğü sürece devam edebilecektir. Çünkü arama yetkisi veren durum, meşru müdafaa halinin varlığıdır. Dolayısıyla böylesi bir durumda yapılan arama neticesinde bombaya ulaşıldıktan ve bomba etkisiz hale getirildikten sonra, yani mağdura ilişkin saldırı sona erdikten sonra, aramaya devam edilemeyecektir. Bu ise bombayı etkisiz hâle getirmek için başlanan aramaya, bomba etkisiz hale getirildikten sonra örneğin failin kimliğine ilişkin delil elde etmek için devam edilemeyeceği, bu noktadan sonra gerçekleştirilecek aramalar için CMK mad. 119 hükümlerine göre karar alınması gerektiği anlamına gelmektedir.

Son olarak ise ifade edilmelidir ki failin konutunda meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde karar/emir olmaksızın yapılan bu arama, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olduğu için (3. kişi lehine meşru müdafaa) kanımızca Anayasa mad. 21’e de aykırı olmayacaktır.

Bu noktada Yönetmelik’in “rıza üzerine konuta girmeye izin veren” hükmünün Danıştayın kararıyla⁷⁴ iptal edilmesine ise ayrıca değinmek gerekir: Yönetmelik’in mad. 8-f bendinde daha öncesinde var olan “rıza hâlinde yapılan aramalarda, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için emir/

73 Oysa Yön. mad. 8-d’de yasal dayanak CMK mad. 90/1-2 idi ve CMK mad. 116 vd. hükmü sebebiyle CMK mad. 90/1-2, konutta gerçek bir arama yapmaya izin verir şekilde yorumlanamamıştı. Bu sebeple de CMK mad. 90/1-2’ye dayalı olan Yönetmelik mad. 8d bendi kapsamında kolluk ancak eliyle koymuş gibi bulacağı faili almak için konuta girebilmiş fakat orada teknik anlamda gerçekten bir arama yapamamıştı. Fakat görüldüğü üzere burada öyle bir durum yoktur.

74 Danıştay 10. Dairesi’nin 13/3/2007 tarihli ve E.2005/6392, K.2007/948 sayılı kararı.

karar gerekmediğine” ilişkin hüküm Danıştay kararıyla iptal edilmiştir. Danıştay ilgili kararında özel hayatın gizliliği hakkının ve konut dokunulmazlığı hakkının dokunulamaz, devredilemez vazgeçilemez haklardan olduğuna dikkat çekerek, bu hakların kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği subjektif haklardan olmadığına vurgu yapmıştır. Ayrıca Danıştay bireyin arama yapılması konusunda kolluğa gösterdiği rızanın geçerli bir rıza olamayacağını, bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle rızanın mutlaka sakatlanmış sayılacağını karine olarak kabul etmiş ve ilgili hükmü bu gerekçelerle iptal etmiştir. Kanımızca da Danıştay bu endişesinde haklıdır. Ancak Danıştayın burada yaptığı tespitler “kişinin korumasız kalmasına hizmet eder nitelikte” anlaşılmamalıdır. Çünkü aksi durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Öyleyse Danıştayın bu tespitine rağmen eğer olayda rızanın yanı sıra başka bir hukuka uygunluk sebebi daha varsa kolluk pek tabii bu ikinci hukuka uygunluk sebebine dayanarak kişinin konutuna girip arama yapabilmelidir.

Daha somut anlatmak gerekirse, örneğin kovalanan failin polisleri atlatmak için 3. kişinin evine pencereden gizlice girdiği durumda fail, mukimin konut dokunulmazlığı hakkına saldırıda bulunmaktadır. Böylesi bir olayda faili bu evden çıkarmak için mukimin rızasıyla konutuna girdiğinde kolluk, sadece rızadan değil, aynı zamanda 3. kişi lehine meşru müdafaa hükümlerinden de faydalanır. Bu koşullar altında emir/karar olmaksızın bu evde detaylı arama yapan kolluğun bu davranışı pek tabii hukuka uygun olacaktır çünkü olayda rızanın yanında meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi de vardır ve rızanın geçersiz olması artık hukuka uygunluğun sağlanması açısından etkisizdir. Aksi bir düşünce ise yani konut dokunulmazlığı hakkını tekrar temin etmek üzere evin failden arındırılması için kollukça konuta girilmesinde emir/karar bulunmasını şart koşturmak, vatandaşın güvenliğini sağlamak açısından risk yaratacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Ancak bunun dışındaki bir durumda yani başka

bir hukuka uygunluk sebebi yokken kolluğun sırf rıza üzerine konuta girdiği durumda, buradaki güç dengesizliği sebebiyle verilen rızanın geçersiz olacağı fikrine biz de katılmaktayız⁷⁵.

Ancak bu noktada şu farka da tekrar vurgu yapmak gerekir: Kovalanan failin polisleri atlatmak için 3. kişinin evine gizlice pencereden girdiği durumda ev sahibi, içeri girip arama yapması konusunda kolluğa rıza göstermemiş de olabilir. Böyle bir durumda artık meşru müdafaa hükümlerinin uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Nitekim her ne kadar meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi kapsamında müdahalede bulunmak için kural olarak mağdurun rızası gerekmiyorsa da söz konusu olayda meşru müdafaa'nın şartlarından olan saldırı unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini yani olayda meşru müdafaa halinin teknik olarak var olup olmadığını tespit etmek için failin eve girişinin mukim açısından saldırı teşkil edip etmediği sorgulanmalıdır. İlgili olayda ev sahibi, fail tarafından konut dokunulmazlığı hakkına yapılan müdahaleye rıza göstermiş, dolayısıyla bu müdahale saldırı niteliği kazanamamıştır. Saldırı olmayan yerde ise meşru müdafaa söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda artık iki ihtimal vardır: 1. ihtimalde yetkili merciden karar/emir almak suretiyle evde detaylı arama yapılarak fail yakalanır. Nitekim kovalanan failin polisleri atlatmak için 3. kişinin evine pencereden gizlice girdiği durumda failin aranması CMK mad. 119 gereğince hâkim savcı kararı/emrinin varlığına bağlıdır. Bu noktada her ne kadar CMK mad. 117'de failin izlendiği sırada girdiği yerler hakkında özel bir düzenleme getirilmişse de bu düzenleme failin izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapılmasında karar/emir alınmasının gerekmemesini sonuçlar nitelikte değildir. İkinci ihtimalde ise kolluk -failin bulunduğu yeri noktasal olarak bilmek yani faili teknik olarak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın eliyle koymuş gibi bulabi-

75 Bu konuda Özbek de, ilgilinin rızası halinde bir hakim kararı olmaksızın da arama yapılabilmesinin -yasal koşulların dolandırılması sonucuna yol açacağından- mümkün olmadığı fikrindedir, bkz. Özbek, V. Ö. (2019). ss. 314, 335.

lecek durumda olmak ve CMK mad. 90'ın koşulları oluşmak şartıyla- CMK mad. 90 hükmüne dayanarak içeri girer, teknik olarak gerçek bir arama yapmaksızın faili yakalar ve çıkar. Bu ikinci durumda yukarıda defaatle ifade edildiği üzere CMK mad. 90'dan kaynaklanan hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmaktadır. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, olayda ne yetkili merciden bir emrin/kararın ne de ilgilinin rızasının olmadığı durumda kolluğun yine de CMK mad. 90 hükmüne dayanarak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde konuta girip yerini noktasal olarak bildiği faili "teknik olarak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın elle koymuş gibi" yakalayabilmesidir. Yani mukimin kolluğun içeri giren faili yakalamak üzere evine girmesine rızası yoksa da kolluk, CMK mad. 90 hükmüne dayanarak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde o konuta girip faili yakalayıp çıkabilir. Bu noktada pek tabii "kolluğun failin yerini noktasal olarak bildiğini sandığı ancak failin orada olmadığı hâle" de değinmek gerekir. Bu durumda kolluk, failin yerini noktasal olarak bildiğini sanar, faili bulmak ümidiyle ilgili yere bakar, ancak fail kolluğun kendisini bulmayı ümit ettiği yerde değildir. İfade edilmelidir ki, bu durumda kolluk artık teknik anlamda gerçek bir arama tedbirini kendi inisiyatifiyle uygulayamaz, arama yapabilmek için hâkim/savcı kararının/emrinin gelmesini beklemek zorundadır. Çünkü aramanın düzenlendiği CMK mad. 116 vd. hükümleri, sıcak takip sonrası yapılacak yakalamalarda CMK mad. 90'ın teknik anlamda gerçek bir aramaya izin verir şekilde yorumlanmasına izin vermez.

Ayrıca ifade edilmelidir ki kolluğun failin bulunduğu yeri noktasal olarak bildiği, bu kapsamda teknik olarak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın onu elle koymuş gibi bulacağı ve CMK mad. 90'ın koşullarının oluştuğu durumda içeri girmesi kanımızca Anayasa mad. 21 açısından bir ihlal de yaratmaz. Nitekim hep vurguladığımız üzere kanımızca Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığı yani merci kararı/emri

olayda bir hukuka uygunluk sebebi olan durumda aranmaz. Burada da hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi vardır. Aksi bir yaklaşım yani hukuka uygunluk sebebi olan durumda dahi Anayasa mad. 21 şartlarının sağlanması gerektiğini kabul etmek, komşunun komşuyu eve davet etmesi halinde eve girmek için ya da meşru müdafaa yapmak üzere eve girmek için dahi emir/karar alınması gerektiği sonucunu doğuracak ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı olacaktır.

Bu noktada vurgulanmalıdır ki mukimin evin failden arındırılması konusunda kolluğa evde arama yapması için rıza vermesi hâlinde durum pek tabii farklı olacaktır. Nitekim bu durumda her ne kadar rıza geçersiz ise de bu rıza, failce konut dokunulmazlığına yönelik yapılan müdahalenin saldırı teşkil ettiğini gösterecek; dolayısıyla da kollukça bu saldırının varlığına dayanılarak 3. kişi lehine meşru müdafaa yapılması imkânı doğacak, bu vesileyle kolluk konutta meşru müdafaa hükümlerine dayanarak detaylı arama yapabilecektir. Bu noktada olayda meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi olduğundan bahisle Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığı ise yine aranmayacak, dolayısıyla da bu şekilde karar/emir olmadan konuta girip detaylı arama yapan kolluğun hukuka uygun davrandığını söylemek mümkün olacaktır. Nitekim yukarıda da vurguladığımız üzere kanımızca Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığı yani merci kararı/emri- olayda bir hukuka uygunluk sebebi olan durumda aranmaz. Bunun dışında meşru müdafaa hükümlerinin arama yapılmasında yasal temel teşkil edebileceği hususuna da yine yukarıda de faatle işaret edilmiştir. Nitekim gerekirse kişinin öldürülmesine dahi izin veren meşru müdafaa hükümlerinin, emir/karar olmadan arama yapılmasına izin vermeyeceğini söylemek izanla bağdaşmazdı. Dolayısıyla meşru müdafaa şartları altında emir/karar alınmadan konutta arama yapılması -somut örnek itibarıyla evin failden arındırılması konusunda mukimin rızası üzerine meşru müdafaa şartları altında evin aranması ve failin yakalanması- ne Anayasa mad. 21'e ne de CMK

mad. 116 vd. hükümlerine aykırılık teşkil edecek bir durum olmayacaktır.

Yönetmelik'in mad. 8-a, b ve c bentlerinde ise kolluğun ancak "yoklama araması" yapabileceği, klasik arama tedbiri yapamayacağı neticesine varıldığından Anayasa mad. 20 ve 21 açısından değerlendirme yapmayı gerektirecek bir durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü Anayasa mad. 20 ve 21 klasik arama tedbirinin uygulanmasıyla ilgili olarak hüküm getirmektedir⁷⁶.

Yönetmelik'in 8-e bendiyle ilgili olarak ise yukarıda vardığımız netice itibarıyla Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/2 ve 3 kapsamında yapılacak tüm aramalarda -Yönetmelik'te düzenlenenin aksine- CMK mad. 119 gereği hâkim veya gecikmesinde sakınca olan hâlde savcı emrini aramak bir zorunluluk olmaktadır ve bu uygulama Anayasa mad. 20'nin şartlarını da zaten sağlayacaktır⁷⁷. Ancak burada da pek tabii suçüstü durumunun oluşabileceğini gözden kaçırmamak gerekir⁷⁸. Böyle bir durumda CMK mad. 119 ve CMK mad. 90/4

76 Arama olarak değerlendirilemeyecek işlemler için aramaya ilişkin Anayasa hükmünün uygulanmayacağı konusunda, bkz. Kılıç, A. (2023). s. 411; Şahin, C. (2018). s. 442. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de yüzeysel işlemlerin (klasik) arama olarak nitelendirilemeyeceğini, bunların "alt düzeyde sınırlı bir kolluk tedbiri" olduğunu ve dolayısıyla bu işlemlerin Anayasa mad. 20/2'nin kapsamında olmadığını kabul etmektedir, AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022. Mahkemenin yüzeysel işlemler ile arama niteliğindeki işlemlerin hangi kriterlere dayalı olarak birbirinden ayrılacağı hususunda herhangi bir tespit yapmadığına ilişkin olarak bkz. Kılıç, A. (2023). s. 415.

77 Burada Anayasa mad. 21'i ilgilendiren bir durum söz konusu olamaz, nitekim AY. 21 konutta arama ile ilgili hüküm içermekte, Yönetmelik mad. 8-e ise gümrük bölgesinde ve gümrük salonları ile gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının aranması ile ilgili hüküm getirmektedir.

78 Suçüstü hâlindeki aramanın sınırı, ne zaman var olabileceğinin tespiti önemlidir. Suçüstü hâli araması, ancak arama kararı alınması gereken hâl var olmadığında mümkün olabilir. Arama kararı alınması gereken durumda suçüstü hâli üzerinden işlem yapılması ise hukuka aykırı olur. Olayda ham istihbari bilgi varsa arama kararı alınması gereken hâl var olmadığı kabul edilmelidir. Araç plakasının ya da failin kim olduğuna ilişkin bilginin varlığı, olayda ham istihbari bilginin varlığına engel değildir. Yani araç plakasının ve failin kimliğinin bilindiği durumda da

“ham istihbari bilgi var” denilerek arama kararı alınmaksızın suçüstü hali ile kaba arama yapılabilir. Burada önemli olan geline aşama itibarıyla CMK mad. 116 vd. hükümlerine göre arama kararı alınabilecek bir durumda olup olunmadığıdır. Örneğin istihbarat çalışmalarında, ... plaka sayılı, ... marka aracı kiralayan sanık ... ve beraberindeki şahısların yüklü miktardaki uyuşturucu madde ile 1/4/2014 tarihinde Alanya’ya dönecekleri bilgisinin elde edildiği, söz konusu aracın ... Mahallesi yönüne doğru gittiğinin saptanmasıyla takibe başlandığı ve devamları sonucu müdahalede bulunulduğu, kimlik kontrollerinin ardından sanık ...’un oturduğu kolluğun önündeki paspasın üzerinde ve ağız açık durumda bulunan poşetten gelen yoğun esrar kokusu üzerine yapılan kontrolde esrarın ele geçirildiği olayda YCGK; 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında, kaçmalarını, kendilerine veya başkalarına zarar vermelerini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla sanıkların üzerlerinde yoklama biçiminde kontrol yapıldığında herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, ardından görevlilerce araç kontrol edildiğinde, aracın dışarıdan bakıldığında görülen yerlerinden olan sağ ön kolluğun önündeki paspas üzerinde açıkta ve görünür şekilde bulunan poşette suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, görevlilerce uyuşturucu maddelere bu şekilde el konulmasının “gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma” anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama dikkate alındığında soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen istihbarat bilgisinin adli arama kararı almayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı, dolayısıyla CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı; sadece araç plakası ve markasına ilişkin istihbarat bilgisi hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, dışarıdan bakıldığında aracın içinde görünür şekilde duran ve koku ile algılanabilen suç konusu uyuşturucu maddeleri fark etmeleri ile işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla “suçüstü” hali ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanıkları CMK’nın 90. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin dördüncü fıkrası ve 2559 sayılı Kanun’un 13. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi ile ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, ve görevlilerin bu şekilde ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıkları, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varılmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19/3/2019 tarihli, E.2016/273, K.2019/224 sayılı kararı. Bir diğer örnek 12/8/2014 tarihinde saat 10.00 sıralarında, ... isimli şahsın ... plaka sayılı Ford Transit marka araç ile Kulp ilçesinden Muş’a yüklü miktarda esrar getireceği bilgisinin elde edildiği, Muş Sulh Ceza Hâkimliğinin önleme araması kararına istinaden aynı gün saat 10.15 sıralarında Kulp kara yolu Bağlar köyü kavşağında uygulama noktası oluşturulduğu, saat 10.45 sıralarında ... plaka sayılı, açık kasalı, Ford Transit marka aracın Kulp istikametinden gelmekte olduğu görülüp kontrol noktasında durdurulduğu, önleme araması kararına istinaden araçta arama yapılmak istendiğinde aracın açık olan arka

gereği failin üzeri yine hâkim/merci kararı/emri olmaksızın yoklama araması şeklinde aranabilecek ve bu arama Anayasa mad. 20'ye aykırılık oluşturmayacaktır. Çünkü burada söz konusu olan failin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almak adına yoklama araması yapılmasıdır ve Anayasa mad. 20 yoklama aramasına ilişkin bir düzenleme getirmez, klasik aramaya ilişkin hüküm getirir. Yönetmelik'teki bu durumda kişiyi yakalamak adına bir yere girilip şahsın orada aranması da gerekmeyeceği için CMK mad. 90/1-2 gereği suçüstü yakalamasının icra edilebilmesi adına konuta girilmesi ve orada failin aranması söz konusu olmayacak, dolayısıyla Anayasa mad. 20 ya da 21'ye ilişkin değerlendirme bu açıdan da yapılmayacaktır⁷⁹.

kasasındaki battaniyeler kontrol edildiğinde her iki battaniyenin içinde dışarıdan görünür şekilde renk, koku ve görünüm itibarıyla topraktan yeni sökülmüş kenevir bitkileri olduğunun görülüp muhafaza altına alındığı, emniyet müdürlüğüne götürülen araçta Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrine istinaden yapılan aramada, şoför güneşlik kısmında beyaz kâğıda sarılı, dara ağırlığı 12 g gelen esrarın ele geçirildiği olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi somut olayda gelen ihbar nedeniyle bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluştuğu, CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" alınmadan olaydan 11 gün önce verilen "önleme araması kararına" dayanılarak sanıkların içinde bulunduğu araçta arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu bulunan uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı ile konuyu inceleyen YCGK, 2559 sayılı Kanun mad. 13'ün ve CMK mad. 90'ın verdiği yakalama yetkisine ve suçüstü haline değinerek kenevir bitkilerine bu şekilde el konulmasının "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, bu nedenle aracın kasasında ele geçirilen suç konusu kenevir bitkileri bakımından adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek olmadığı, aracın güneşlik kısmında yapılan aramada ele geçirilen net 2,93 g esrar yönünden ise Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrinin bulunduğu, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelere el konulmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2019 tarihli, E.2016/167, K.2019/120 sayılı kararı. Kararlar suçüstü hâlinin ne zaman var olabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

79 Nitekim Anayasa 21 konutta arama ile ilgili hüküm içermekte, Yönetmelik mad. 8-e ise gümrük bölgesinde ve gümrük salonları ile gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının aranması ile ilgili hüküm getirmektedir.

SONUÇ

Yönetmelikte yer alan bir hüküm doğrultusunda temel hak sınırlaması içeren bir işlem yapılırsa bunun hukuku uygun olması, söz konusu yönetmelik hükmünün kanuni dayanağının olup olmadığına bağlı olacaktır. Nitekim temel hakkı kısıtlayıcı işlemler Anayasa mad. 13 gereği yönetmelikle değil ancak kanunla yapılabilecektir.

Bu kapsamda eğer yönetmelikte yer alan işlemlerin kanuni dayanağının olmadığı neticesine varılırsa sırf yönetmeliğe dayanarak hakkı kısıtlayıcı işlemi yapan kişinin Anayasa'yı ihlal ettiği neticesine varılacak, dolayısıyla da bu işlemler için işlemi yapan kişinin hukuki sorumluluğuna gidilecektir. Vurgulanmalıdır ki böyle bir durumda hiç kimse "Yönetmelik'te yazıyordu, onu uyguladım." diyerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Çünkü herkes Anayasa'yı ve bu kapsamda Anayasa mad. 13'te yer alan "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." hükmünü bilmek ve buna uygun davranmak zorundadır. Dolayısıyla da kanuni bir dayanağın olmadığı yerde yönetmelik hükmüne dayanarak hakkı kısıtlayıcı işlem yapan yetkililerin hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

Arama Yönetmeliği mad. 8'deki karar/emir almadan arama yapma ve konuta/iş yerine girme yetkisi veren hükümlerin kanuni dayanağı var mıdır yani bu Yönetmelik'i uygulayarak arama yapan kişinin hukuka uygun bir işlem yaptığı, dolayısıyla da bu kişinin hukuki sorumluluğunun doğmayacağı söylenebilecek midir? Yukarıda Yönetmelik hükümleri doğrultusunda bir emir ya da karar gerekmeksizin arama yapılmasının yasal dayanağı olup olmadığı detaylıca tartışılmış ve şu sonuçlara varılmıştır:

1. Yönetmelik mad. 8-a'daki "hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında giyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde arama ka-

rarı gerekmeden arama yapılabileceğine” ilişkin yetki ancak kaba üst aramasına izin verir şekilde uygulanabilecektir. Aynı maddede bahsedilen hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin üzeri ise, her ne kadar Yönetmelik aksini iddia ediyorsa da kaba bile olsa aranamaz. Aksine işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

2. Yönetmelik mad. 8-b’deki yer alan müzekkereli ya da müzekkeresiz yakalama sonrası kaba üst araması yapabilme yetkisini kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olacaktır ve sorumluluğuna gidilemeyecektir.

3. Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararının gerekmeceğinin düzenlendiği Yönetmelik mad. 8-c’deki yetkisini ancak kaba arama şeklinde kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olur. Aksine işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

4. Yönetmelik mad. 8-d’de geçen “işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeceğine” dair ifade dar yorumlanmalıdır. Bu kapsamda ancak “failin yerinin noktasal olarak bilindiği dolayısıyla da failin teknik anlamda gerçek bir arama tedbiri uygulanmaksızın elle konulmuş gibi bulunacağı durumlarda” Yönetmelik’e uyularak failin bulunduğu yerde yakalanıp sonrasında o yerden çıkılması hukuka uygun olacaktır. Aynı bentte geçen “herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmasında arama kararının gerekmemesi” durumunu ise CMK mad. 90’a göre yapılan yakalamalarla sınırlı şekilde anlamak, yakalama emri üzerine yapılacak yakalamaları bu kapsamda değerlendirmemek gerekir. Ancak Yönetmelik mad. 8-d hükmünün uygulanma alanı bu durumda da sadece ‘failin yerinin nokta-

sal olarak bilindiği, teknik anlamda gerçek bir arama tedbiri uygulanmaksızın kendisinin elle koyulmuş gibi bulunacağı' durum ile sınırlanacak, yani fail ancak bu koşulla bulunduğu yerde CMK mad. 90'a göre yakalanıp sonrasında o yerden çıkılacaktır. Aksine işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

5. Arama Yönetmeliği mad. 8-e, aramanın gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde yapıldığında gümrük görevlilerince veya yetkili memurlarca yapılacağını düzenleyen Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/2. ve üç fıkralarına atıfta bulunarak, bu aramalarda arama emri ya da kararının aranmayacağını hüküm altına almıştır. Arama Yönetmeliği'ndeki bu düzenleme Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9'da öngörülen hususlar ile açıkça çelişir durumdadır ve uygulanamaz. Yönetmelik'e dayalı işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

6. Yönetmelik mad. 8-f hükmüne göre olayda hukuka uygunluk sebebi varsa, ayrıca bir arama emri ya da karar alınmaksızın konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilebilecektir. Yönetmelik'teki bu yetkisini kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olacağının ve hukuki bir sorumluluğunun olmayacağının kabulü gerekir. Aynı bendin devamında suçüstü hâlinde yapılan aramalarda toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik'teki bu yetkisini kullanan kolluk da hukuka uygun davranmış olacaktır. Aynı durum kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için de geçerlidir. Ancak Yönetmelik mad. 8-f'nin son kısmında yer alan bu düzenleme, aslında aynı bendin baş kısmında yer alan düzenlemenin zaten içinde yer almaktadır ve kanımızca Yönetmelik mad. 8'in son kısmında tekrar ifade edilmesi gereksiz olmuştur.

Ayrıca çalışmada ilgili Yönetmelik hükmü yukarıda bahsi geçen şekilde uygulandığı sürece bu yönetmeliğe uygun olarak yapılan aramaların Anayasa mad. 20 ve 21’i ihlal etmeyeceği neticesine de varılmıştır. Nitekim bu konuda doğru neticeye varmak için Anayasa mad. 20 ve 21 hükümleri, hukuk devleti ilkesi ile birlikte yorumlanmalı ve oradan hareketle bizce şu sonuca varılmalıdır: Anayasa mad. 20’de ve 21’de öngörülen “arama tedbirinin uygulanabilmesi için veya konuta girilebilmesi için hâkim/merci kararının/emrinin bulunması gerektiği” şartı ancak olayda hukuka uygunluk sebebi olmaması hâlinde uygulama alanı bulacaktır. Nitekim bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu yerde arama emri ya da kararı olmaksızın konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilmesi ve burada arama yapılması zaten hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bu davranışta bulunabilmek için herhangi bir karar/emir alınması da gerekmemelidir. Öyleyse hukuka uygunluk sebebi olan durumda arama yapmak ya da konuta girmek için Anayasa mad. 20 ve 21’de öngörülmüş olan şartlara ihtiyaç bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Şemsettin (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AKTAŞ, Alkım (2023). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan)*, C. 13., S. 2., ss. 727-750.
- AYDIN, Murat (2012). *Arama ve El Koyma*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan (2022). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BAYRAKTAR, Çiler Damla (2021). "Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar", *Adalet Dergisi*, C. 67., ss. 205-238.
- BİLEN, Mesut (2006). "Adli Arama ve Önleme Araması", Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem (2006). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (1999). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 41-54.
- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar (2019). "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77., S. 1., ss. 155-229.

- DEMİREL, Muhammed (2021). "Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 16., S. 45., ss. 33-100.
- DONAY, Süheyl (2005). *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat, ALŞAHİN, Mehmet Emin ve ÇAKIR, Kerim (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2002). "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18., S.1., (eserde sayfa aralığı görünmemektedir).
- GÜLŞEN, Recep (2010). "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 9., ss. 16-22.
- GÜNEŞ, Ahmet Mithat (2015). "Hukuk Devleti Üzerine", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20., S. 33., ss. 1-17.
- İÇEL, Kayıhan ve EVİK, Ali Hakan (2007). *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KARACA, Serden Onur (2021). "Hukuk Devleti İlkesi ve Türkiye'de Hukuk Devleti İlkesinin Gelişim Süreci", *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, C. 8., S. 73., ss. 2033-2043.
- KESKİN KIZIROĞLU, Serap (2009). "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 1., ss. 139-168.
- KILIÇ, Ahmet (2023). "Üst Ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 56., ss. 403-420.
- KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- MEYER-GOßNER, Lutz (2009). *Strafprozessordnung Kommentar*, Münih: C. H. Beck Yayınları.
- ONAN, Ozan (2009). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ORHAN, Uğur (2018). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ÖNOK, Murat (2015). “Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, içinde Centel, Nur (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, (ss. 259-314), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÖZBEK, Veli Özer ve DOĞAN, Koray (2007). “Zorunluluk Halinin (TCK mad. 25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 2., ss. 195-222.
- ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), (2021). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan (2008). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞAHİN, Cumhur (2018). “Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 45., S. 3., ss. 433-456.
- ŞEN, Ersan (2022). “Suçüstü Halinde Arama Kararı veya Arama Emri Olmaksızın Yapılan Arama Hukuka Uygun mudur?”, <https://sen.av.tr/tr/makale/sucustu-halinde-arama-ka->

rari-veya-arama-emri-olmaksizin-yapılan-arama-hukuka-uygunmudur (Erişim Tarihi: 10.5.2024).

ŞİRİN, Tolga (2020). “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, <https://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf> (Erişim Tarihi: 26/04/24).

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, Ankara: Adalet Yayınevi.

YAŞAR, Osman ve OTACI, Cengiz (2022). *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.

YENİSEY, Feridun (1995). *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve İlgili TCK- CMUK Maddeleri*, Ankara: A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

YILDIZ, Hüseyin Serkan (2010). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

YILMAZ, Yeşim (2016). “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124., ss. 247-304.



CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ İLE SUÇ VE CEZA İHDASI SORUNU

The Problem of Creating Crimes and Penalties by Presidential Decrees

Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA*

ÖZET

1982 Anayasası mad. 38 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) mad. 2'ye göre suçlar ve cezalar, TBMM'nin bir yasama tasarrufu olan *kanunla* ihdas edilebilir. Anayasa mad. 104/17'ye göre olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez.

Ceza hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de suç ve ceza ihdas edilemez. Bu görüşü savunan yazarlar, başka gerekçelere de dayanmakla birlikte ekseriyetle Anayasa mad. 119/6 ile Anayasa mad. 104/17 arasındaki bağlantıdan hareket etmektedir. Anayasa mad. 119/6'ya göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi değildir. Hâkim görüşe göre Anayasa mad. 109/6 ile Anayasa mad. 104/17'nin üçüncü cümlesine istisna getirilmediğine göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Zira Anayasa mad. 104/17'nin üçüncü cümlesine göre münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Bu görüş çeşitli yönlerden tartışmaya açıktır. Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Ana Bilim Dalı, hiba@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2330-7190

Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler düzenlenemez. Kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa mad. 38, ikinci bölümde yani Anayasa mad. 119/6'nın istisna getirdiği Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesinin kapsamında yer almaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesine ve anayasa hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre Anayasada münhasır bir kanun alanı yoktur.

Bu çalışmada, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilip edilemeyeceği sorunu ve bu sorun bağlamında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi meselesi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi, beyaz hükümler.

ABSTRACT

According to Article 38 of the 1982 Constitution and Article 2 of the Turkish Criminal Code (TCC) no. 5237, crimes and penalties must be prescribed by “statute”, which is a legislative act of the Turkish Grand National Assembly. Pursuant to Article 104/17 of the Constitution, crimes and penalties cannot be introduced through ordinary presidential decrees. This principle is not subject to dispute.

The primary issue regarding ordinary presidential decrees lies in the delegation of regulatory power. While the sanction part of penal norms is determined by the legislative body, the President is authorised to outline the framework of the rule and provide its content (the problem of the blanket norms).

As to whether crimes and penalties may be established by presidential decrees during a state of emergency, different approaches are adopted by criminal lawyers and constitutional lawyers. According to the prevailing view in criminal law doctrine, crimes and penalties cannot be created by presidential decrees during a state of emergency. Those who hold this view rely on the connection between Articles 104/17 and 119/6 of the Constitution. However, this view is open to debate from various perspectives. Article 38 of the Constitution, which enshrines the principle of legality, falls within the scope of the second sentence of Article 104/17 of the Constitution, which is subject to an exception under Article 119 of the Constitution. Furthermore, both the Constitutional Court and the prevailing view in constitutional law doctrine maintain that the Constitution does not provide an exclusive area of law.

Keywords: Presidential decrees, principle of legality, principle of the rule of law, judicial review of presidential decrees, blanket norm.

GİRİŞ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kanunda açıkça suç olarak tarif edilmeyen davranışların suç sayılmaması ve suçların karşılığı olarak kanunda gösterilen cezalardan daha ağır cezalara hükmedilememesi anlamına gelir¹. Suç teşkil eden davranışların ve karşılığı olan cezaların önceden kanunla belirlenmesi bir yandan kişilerin davranışlarını yönlendirebilmesine imkân sağlarken öte yandan cezalandırma yetkisini elinde bulunduran iktidarı sınırlama işlevini görür². Bahse konu özellikleri nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz gereklerinden biridir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine, Anayasanın 38. ve TCK'nın 2. maddesinde yer verilmiştir. İlgili düzenlemelere göre suçların ve cezaların kaynağı, TBMM'nin bir yasama tasarrufu olan *kanundur*.

2017 Anayasa değişikliğiyle, değişiklikten önce 1982 Anayasası'nın yalnızca 107. maddesinde yer verilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri daha kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliğine, normlar hiyerarşisindeki konumuna, sınırlarına ve yargısal denetimine ilişkin bazı hususlar henüz tam anlamıyla açıklığa kavuşmuş değildir. Duraksamaların yaşandığı hususlardan birisi de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilip edilemeyeceği sorunudur.

Bahse konu sorunun ele alınacağı bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve/veya ceza ihdas edilip edilemeyeceği mese-

1 Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, s. 55; Özbek, V. Ö., Doğan, K., Meraklı, S., Bacaksız, P., Başbüyük, İ. (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, s. 62; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Us-A Yayıncılık, s. 19.

2 Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2024). s. 55; Özbek, V. Ö. v.d. (2024). s. 63.

lesi üzerinde durulacaktır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili esas önem arz eden husus, beyaz hükümlerdir³. Bu bölümde “suç ve ceza” ifadesi yerine “suç ve/veya ceza” ifadesini tercih etme sebebimiz de beyaz hükümlerdir. Zira beyaz hükümlerde ceza normunun yaptırım kısmı bellidir, kural kısmı ise belli değildir, kural kısmındaki boşluğu doldurma görev ve yetkisi idareye verilmektedir⁴. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçta kanunilik ve cezada kanunilik ilkesi şeklinde iki alt ilkedен teşekküldür. Beyaz hükümler, cezada kanunilik ilkesi ile uyumludur. Beyaz hükümlerde sorun, suçta kanunilik ilkesi ile ilgilidir. Beyaz hükümlerin suçta kanunilik ilkesine aykırı olmadığı kabul edilirse olağan dönemde idarenin düzenleyici işlemleriyle (dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile) suç ihdas edilebileceği kabul edilmiş olur. Konu, öğretide tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararları arasında da uyumsuzluk vardır.

İkinci bölümde, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilip edilemeyeceği sorunu ele alınacaktır. Ceza hukuku öğretisine göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Aksi görüşü savunan bir yazar tespit edemedik. Biz aksi kanaatteyiz. Ceza hukukundaki hâkim görüşün gerekçelerine, bizim bu gerekçelere verdiğimiz yanıtlara ve kendi görüşümüzün gerekçelerine ikinci bölümde yer verilecektir.

Üçüncü bölümde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi sorunu ele alınacaktır.

3 Literatürde bu kavrama karşılık olarak; “çerçeve hüküm”, “açık hüküm”, “kör hüküm” gibi terimler kullanılmaktadır. Terim sorunu hakkında bkz. Yıldız, A. K. (2004). “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri ile Suç ve Ceza Yaratması”, içinde Bayraktar, K. v.d., (Der.), *Çetin Özek’e Armağan* (ss. 1033-1057), İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 1039.

4 Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, İstanbul: Beta, s. 144; Yarsuvat, D. (1963). “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29., S. 3., s. 553; Demirbaş, T. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, s. 137.

I. OLAĞAN DÖNEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ İLE SUÇ VE/VEYA CEZA İHDASI SORUNU

A. GENEL OLARAK

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına asli düzenleme yapma yetkisi verilmiştir^{5,6}. Bu yetkiye Anayasa

- 5 Gözler, K. (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 361; Özbudun, E. (2024). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 253; Atar, Y. (2024). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin, s. 273; Döner, A. (2025). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 516; Doğan, B. (2020). “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28., S. 3., s. 979; Eren, A. (2019). “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 26; Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin, s. 78. Aksi yönde bkz. Yıldırım, T. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 2., s. 25.
- 6 Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu unsuruna ilişkin genel düzenleme, Anayasa mad. 104/17’dir. Söz konusu düzenlemenin birinci cümlesine göre, “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir”. Anayasada şu üç konuda, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” denmiştir: 1- Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (mad. 106/11); 2- Devlet Denetleme Kurulu’nun işleyişi, üyelerinin süresi ve diğer özlük işleri (mad. 108); 3- Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (mad. 118/6). Üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar hakkında ise Anayasa mad. 104/9’da, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler” denmiştir. Bu dört konu, Anayasa mad. 104/17’nin ilk cümlesindeki “yürütme yetkisine ilişkin konular” kapsamına dahil edilebilecek ve dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebilecek olmalarına rağmen Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusu olduklarına ayrıca vurgu yapılması ve söz konusu düzenlemelerin lafızları, bu dört konunun kanunla da düzenlenip düzenlenemeyeceği hususunu tartışmalı hale getirmiştir. Bir görüşe göre, Anayasada bu dört konunun kanunla düzenlenemeyeceği belirtilmemiştir. Anayasa mad. 7’de yasama yetkisinin genelliğine vurgu yapıldığı için bu dört konu kanunla da düzenlenebilir. Biz de bu kanaatteyiz. Bu görüş için bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, ss. 406-407; Fendoğlu, H. T. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 77., S. 2019/3., s. 289; Ulusoy, A. D. (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 2., s.

mad. 104'te önemli sınırlamalar getirilmiştir. Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesine göre, *"Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez"*. Pek çok konu, doğrudan veya dolaylı olarak kişi hak ve hürriyetleri ile ilgili olduğundan bu hüküm Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine geniş kapsamlı bir sınırlama getirmektedir. Anayasanın suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ilgili 38. maddesi, Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu kapsamdadır. Anayasa mad. 104/17'de yer verilen ve kanunilik ilkesi bakımından önem arz eden bir başka hüküm ise düzenlemenin üçüncü cümlesinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz"*.

Bahse konu düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde kanunilik ilkesi bakımından önem arz eden konu, beyaz hüküm sorunudur.

55; CAN, O. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 1., s. 153; Doğan, B. (2020). s. 982.

Karşı görüşe göre "düzenlenir" ifadesi, özgüleme anlamına gelmektedir. Yürütme yetkisi kapsamında oldukları için zaten Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusu olan bu dört konunun Anayasada ayrıca düzenleme konusu yapılarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceklerine vurgu yapılması, bu dört konunun münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceği anlamına gelmektedir. Kanadoğlu, O. K. ve Duygun, A. M. (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esaslar*, İstanbul: On İki Levha, s. 399; Atar, Y. (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 249; Gözler, K. (2023). s. 373; Arpacı, I. ve Baharçipek, A. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Ne Diyor? Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Bir İçerik Analizi", *Ombudsman Akademik Dergisi*, C. 6., S. 12., s. 36; Küçük, A. ve Doğan, B. (2019). "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 1., s. 49. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Küçük, A. ve Doğan, B. (2019). ss. 36-53.

B. BEYAZ HÜKÜM SORUNU

Anayasa hukukunda “kanun” kavramı, *şekli anlamda kanun* ve *maddi anlamda kanun* şeklinde ikili bir ayrım ile ele alınmaktadır⁷. Ölçü, maddi anlamda kanunda işlemin muhtevası iken şekli anlamda kanunda işlemin kaynağıdır⁸. Anayasada kanunun kişilik dışı, genel ve soyut olması gerektiğine dair herhangi bir kayıt yoktur. Ayrıca para basılmasına veyahut genel ya da özel af ilanına karar verme gibi kural işlem olmadıkları hâlde Anayasada kanunla yapılacağı belirtilen işlemler bulunmaktadır. Belirtilen nedenlerle Türk hukuk sisteminde şekli anlamda kanun anlayışı kabul edilmiştir⁹.

Kural olarak, Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konular idarenin düzenleyici işlemlerine kapalıdır¹⁰. Bu yüzden, TCK mad. 2/2’de yer verilen *idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaz* kuralına Anayasa mad. 38’de yer verilmemesi, kanaatimizce, bir eksiklik değildir. TCK mad. 2/2’deki düzenlemenin nedeni beyaz hüküm sorunudur. Bu husus madde gerekçesinde yer verilen “*idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği*” şeklindeki ifadeden anlaşılmaktadır. Cezanın belirlendiği, suçun çerçevesinin kanunla çizildiği ve bu çerçevenin içeriğini doldurma görev ve yetkisinin idareye verildiği düzenlemele-

7 Gözler, K. (2023). s. 234; Fendoğlu, H. T. (2015). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 110; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 316.

8 Gözler, K. (2023). s. 234; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 316.

9 Gözler, K. (2023). s. 235; Fendoğlu, H. T. (2015). s. 110; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 317; Özbudun, E. (2024). s. 212; Atar, Y. (2024). s. 200.

10 Öğretide bir görüşe göre, TCK mad. 2/2’deki hüküm Anayasada yer almadığından TCK mad. 2/2, beyaz hükümlerle yürütmeye suç ve ceza yaratma yetkisi verilmesine engel değildir. Özbek, V. Ö., v.d. (2024). s. 72; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta, s. 64; İçel, K. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta, s. 133.

Demirbaş’a göre, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamaması kanunilik ilkesinin doğal sonucu olduğundan TCK mad. 2/2’ye ayrıca kanunda yer verilmesine gerek yoktu. Demirbaş, T. (2024). s. 138.

re beyaz hüküm denir¹¹. Beyaz hükümler mevzuatımızda yer almaktadır. Hatta, TCK mad. 2/2'deki düzenlemeye rağmen, TCK'nın kendisinde dahi beyaz hükümler yer almaktadır. Örneğin, TCK mad. 195'e göre, "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*". Bu suçta fiil, yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırılıktır. Yani suçun tipiklik unsurunu belirleme yetkisi idareye bırakılmıştır¹².

Beyaz hüküm sorunu öğretide tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararları arasında da uyumsuzluk vardır. Aşağıda öğretideki durum ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ele alınacaktır.

1. Öğretideki Durum

Öğretide bir görüşe göre beyaz hükümler suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ederken, diğer bir görüşe göre aykırılık teşkil etmemektedir.

Beyaz hükümlerin suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini ileri süren yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Kanun koyucu cezayı belirlemiş ve yürütme erkine "niyabet" vermişse yürütme erki tarafından da suç ihdas edilebilir¹³. Bu durumda suçta kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaz; çünkü bu durumda "*dolayısıyla suç yaratan bizzat kanun olur*"¹⁴.

11 Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2024). ss. 67-68.

12 Özbek, V. Ö. v.d. (2024). s. 73; Baytaç, A. B. (2018). *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesinde Yorum*, İstanbul: On İki Levha, s. 115; Sözüer ve Yeniyetişme'ye göre bu düzenleme, "tipik bir beyaz norm" değildir. Sözüer, A. ve Yeniyetişme, Y. (2023). "Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 29., S. 2., s. 916.

13 Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). ss. 142-143.

14 Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). s. 149.

(2) Yürütme, kanunların ne şekilde uygulanacağı konusunda düzenleme yapmakla yetkilidir; beyaz hükümlerde yasama organı kanunla kuralı koymakta, cezayı belirlemekte, yürütme ise bu kanunu somutlaştırma yetkisini kullanmaktadır¹⁵.

(3) Dilin sınırlılığı, yaşamın her alanındaki hızlı değişim, yasama organının yapısı itibarıyla ağır hareket etmesi gibi nedenlerden dolayı ivedilikle müdahale etmenin gerektiği konularda ceza normlarının kural kısmındaki boşluğu doldurma yetkisinin yürütme organına devredilmesinde gereklilik bulunmaktadır¹⁶.

(4) Suçların ve cezaların ihdas edilebileceği norm, şekli anlamda değil, maddi anlamda kanundur. Suç ve ceza ihtiva eden norm, yürütme organı tarafından çıkarılsa ve adı başka türlü olsa da özünde kanundur. Kanun olduğu için suçta kanunilik ilkesi ile çelişen bir durum yoktur¹⁷.

(5) 5237 sayılı TCK mad. 2/2'deki düzenlemeye rağmen 5237 sayılı TCK'nın bizatihi kendisinde (mad. 195'te olduğu gibi) beyaz hükümlere yer verilmesi, idarenin düzenleyici işlemleri ile beyaz hükümlerdeki boşlukların doldurulmasının kabul edildiği anlamına gelir¹⁸.

Beyaz hükümlerin suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ileri süren görüş ise şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Pozitif hukuk düzenlemeleri, suç ve ceza ihdas etme

15 Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). s. 149; Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 64; Gölcüklü, F. (1963). "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", *Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 18., S. 2., s. 123; Gözler, K. (2023). s. 263.

16 Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). s. 148; Önder, A. (1992). s. 64; Tosun, Ö. (1962). "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28., S. 2., ss. 351-352; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2021). s. 20; Soyaslan, D. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin, s. 106.

17 Önder, A. (1992). s. 65.

18 Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2021). s. 21.

yetkisinin yalnızca yasama organına ait olduğunu göstermektedir. Anayasa mad. 38’de *kanun* ifadesinden önce, “sadece” ifadesi kullanılarak suç ve cezaların yalnızca kanunlarla ihdas edilebileceği ortaya konmuştur. Anayasa mad. 13’e göre, hak ve hürriyetler yalnızca kanunla sınırlanabilir. Kişi hak ve hürriyetlerine en derin ve yoğun müdahaleler ceza normları ile gerçekleştirildiğinden ceza normları yalnızca kanun şeklindeki hukuki düzenlemeler ile ihdas edilebilir. Anayasa mad. 87’ye göre, “*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*” görev ve yetkisi TBMM’ye aittir. Anayasa mad. 7’ye göre TBMM bu yetkisini devredemez. Öte yandan idare de bu konuda kendi başına hareket edemez. Çünkü Anayasa mad. 6’ya göre, “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*”. 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi verilmesi de farklı bir sonuca ulaşmayı mümkün kılmamaktadır. Zira Cumhurbaşkanına verilen asli düzenleme yetkisi Anayasada konu bakımından sınırlandırılmıştır. Anayasa mad. 104/17’ye göre “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*”. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile dahi suç ve ceza ihdas edilemeyeceğinden idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle de suç ve ceza ihdas edilemez¹⁹.

(2) Hızlı değişim ve dönüşüm yaşanan alanlarda, TBMM’nin yapısı itibarıyla ağır işleyişi kanuni boşluklara se-

19 Pozitif hukuk düzenlemelerinden hareketle, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini ileri süren yazarlar için bkz.: Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, E. ve Çakır, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet, s. 109; Akbulut, B. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet, s. 116; Hakeri, H. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet, s. 25; Özgeç, İ. (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, s. 123 vd.; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2024). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin, s. 50; Yıldız, A. K. (2004). s. 1051; İçel, K. (2023). s. 133; Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2024). s. 68; Zafer, H. (2021). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK mad. 1-75)*, İstanbul: Beta, s. 75; Artuk, M. E. (2013). “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi” içinde Gunnar, D. ve Ünver, Y. (Eds.), *Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht-Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi Cilt 3* (ss. 35-61), Ankara: Seçkin, s. 52; Baytaş, A. B. (2018). s. 121.

bebiyet verebilir. Özellikle teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda ceza normlarının esnek bir şekilde düzenlenip idarenin normun içeriğini günün gereklerine uygun bir şekilde güncelleyebilmesinde fayda vardır ancak hukukçuların görevi hukuk oluşturmak değil, var olan hukuku uygulamaktır²⁰. Anayasa Mahkemesinin görevi, kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığını incelemektir. Anayasa bu konuda açık olduğuna göre, Anayasa Mahkemesinin faydacı mülahazalarla beyaz hükümleri Anayasaya aykırı görmemesi, yetki aşımı olup Anayasa Mahkemesinin siyasi sahaya girmesi anlamına gelir²¹.

(3) Suç ve ceza ihdasının halkın seçtiği vekillere ait olması, insanlığın büyük bedeller ödeyerek elde ettiği bir kazanımdır. Yasama organının yavaş çalıştığı gerekçesi, yasama organının yapabileceği tüm işlemlerin yürütme organına devredilmesi gerektiği iddiasını dahi ortaya çıkarabilir²². “Hukuk güvenliği”, “toplumsal hayatın pratik zorunlulukları” karşısında önceliklidir²³.

Biz de bu son üç gerekçeyle beyaz hükümlerin suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasada yer verilen ve üst başlıkta aktarılan düzenlemeler (Anayasa mad. 6, 7, 13, 38, 87, 104/17) suçların ve cezaların yalnızca kanunla ihdas edilebileceğini göstermektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa mad. 38’in gerekçesinde ise beyaz hükümlerin kanunilik ilkesine aykırı olmadığı belirtilmiştir:

20 Yarsuvat, D. (1963). “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29., S. 3., s. 558.

21 Yarsuvat, D. (1963). s. 558.

22 İçel, K. ve Donay, S. (1999). *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku 1. Kitap: Genel Kısım*, İstanbul: Beta, s. 110.

23 Yıldız, A. K. (2004). s. 1052.

“Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun, «açık suç hükmü» koymasına; yani «fiili» bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir.”

Anayasadaki düzenlemelerinin lafızları ile Anayasa mad. 38’in gerekçesi arasındaki uyumsuzluk Anayasa Mahkemesi kararlarında da görülmektedir.

Mahkeme; 1993 yılında verdiği bir kararda, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun beyaz hüküm niteliğinde olan 25. maddesinin suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir:

“1918 sayılı [Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair] Yasa’nın 25. maddesinin değişik ikinci fıkrasında bu fıkra göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle fıkranın ‘cezanın yasallığı’ yönünden Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir. Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen ‘suçun yasallığı’ ilkesine aykırıdır”²⁴.

Mahkeme, 1998 yılında ise aksi yönde bir karar vermiştir. Mahkemeye göre, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’nun hâlen yürürlükte olan Türk parasının kıymetini korumaya ilişkin kararları alma yetkisini Bakanlar Kuruluna veren 1. maddesi ve Bakanlar Kurulunun aldığı kararlara uymayanlar hakkında verilecek cezaları düzenleyen 3. maddesi suçta kanunilik ilkesine aykırı değildir:

“1567 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin (a) bendinde, Bakanlar Kurulu’nca 1. maddeye dayanılarak alınan kararlara aykırı hareket edenler hakkında ceza yaptırımını öngörülmüştür. Buna göre, suçun

24 AYM, E.1993/5, K.1993/25, 6/7/1993.

yasal unsuru Bakanlar Kurulu'nun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmaktır. Bu nedenle, suçun yasallığı ilkesine aykırılık görülmemiştir. Yasa koyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararla suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmî Gazete'de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır”²⁵.

Bu aşamada akla, 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın beyaz hüküm sorununu çözüp çözmediği hususu gelebilir. Zira TCK mad. 2/2'de idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceği, TCK mad. 5'te ise TCK'nın genel hükümlerinin (dolayısıyla TCK mad. 2/2'nin), özel ceza kanunları ve ceza normu içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak TCK mad. 2/2'deki düzenlemeye rağmen yukarıda da izah ettiğimiz üzere TCK'nın bizatihi kendisinde beyaz hükümler mevcuttur. Ayrıca TCK mad. 5, netice itibarıyla bir kanundur; bu yüzden TCK mad. 5'in kendisinden sonraki kanunlar üzerinde bağlayıcı bir etkisi olamaz²⁶. Esasen, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetimde TCK mad. 5'in kendisinden sonraki kanunlar hakkında uygulanabilir olup olmasının bir önemi de bulunmamaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, kanunları diğer kanunlara uygunluklarına göre değil, Anayasaya uygunluklarına göre denetlemektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da beyaz hükümlerin Anayasaya aykırı olmadığını kabul ettiği kararları mevcuttur. Örneğin Mahkeme, 2015 yılında 6638

25 AYM, E.1997/53, K.1998/62, 8/10/1998. Benzer nitelikteki başka kararlar için bkz. AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962; AYM, E.1963/4, K.1963/71, 28/3/1963; AYM, E.1973/12, K.1973/24, 7/6/1973; AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004; AYM, E.2011/64, K.2012/168, 1/11/2012.

26 Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2024). ss. 47-48; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2024). s. 51.

sayılı Kanun'la, 5242 sayılı İl İdaresi Kanunu mad. 66'ya eklenen şu cümlelerin suçta kanunilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir:

“Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

Mahkemeye göre;

“Anayasa’nın 38. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ‘kanun koyucunun açık suç hükmü koymasına, yani fiili bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir.’ (...) Bu tür hükümlere zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına lüzum görülen hâllerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü nedeniyle birçok çağdaş hukuk düzeninde yer verildiği görülmektedir. (...) Ancak ‘açık ceza hükmü’nün, Anayasa’nın 38. maddesine uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müeyyidesinin tereddütte yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerini sağlayacak kanuni güvencenin sağlanması gerekir. Ancak bu şekilde, suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir. (...) dava konusu kuralda suçun konusu ve cezası önceden açıkça belirtildiğine ve kişilerin suç eylemini oluşturan somut fiilin ne olduğunu öngörebilmeleri güvence altına alındığına göre dava konusu kuralın suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunduğu söylenemez. Ayrıca dava konusu kural kapsamında kişilerin hukuka aykırı olarak alınan karar ve tedbirleri Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca idari yargı yerlerine başvurmak suretiyle iptal ettirme imkânının bulunması ve cezayı uygulamakla yetkili adli mercilerin de alınan karar ve tedbirlerin hukuka aykırı olduğunu tespit etmeleri halinde bunları uygulamama yetkisine sahip olmaları gözetildiğinde

kuralın keyfi olarak uygulanmasını engelleyecek yasal güvencelerin de bulunduğu görülmektedir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir”²⁷.

Milletin temsilcileri tarafından suç ve cezaların belirlenmesi hem demokrasiye daha uygundur hem de daha güvencelidir. Kanunların ortaya çıkış sürecindeki aşamalar ve tartışmalar, suç hâline getirilecek fiillerin ve karşılığı olan cezaların üzerinde daha çok düşünme ve sağlıklı karar almayı mümkün kılar. Hızlı değişim yaşanan ve acil müdahalenin gerekli olduğu alanlarda ise bahse konu sürecin hantallığı, suçluların yararlanabileceği boşluklara neden olabilir. Anayasa Mahkemesi, birbiri ile çatışan bu iki yarar arasında denge kurmaya çalışmaktadır. Mahkeme, bir yandan sosyal ihtiyaçlar nedeniyle hızlı müdahale gerektiren konularda beyaz hükümlere cevaz vermekte; öte yandan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu dolayısıyla idareye suç ihdas edebilme yetkisi verilmesini çeşitli koşullara bağlayarak zorlaştırmaktadır. Mahkemenin içtihatlarından şu koşulların mevcudiyeti hâlinde beyaz hükümlerin Anayasaya aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır:

(1) Beyaz hüküm, zamanın gereklerine göre hızlıca ve sıklıkla değişik tedbirlerin alınmasını ya da kaldırılmasını gerektiren bir konuya ilişkin olmalıdır.

(2) Kanunun çerçeveyi çizmesi, sınırsız ve belirsiz bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekir.

(3) Ceza, tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıkça belirlenmiş olmalıdır.

(4) Normun muhataplarınca bilinebilmesini sağlayacak tedbirler alınmış olmalıdır.

(5) Beyaz hükmün verdiği yetkinin keyfi olarak kullanılmasını engelleyecek yargısal güvenceler sağlanmış/korunmuş olmalıdır.

27 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017.

II. OLAĞANÜSTÜ HÂL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ İLE SUÇ VE CEZA İHDASI SORUNU

2017 Anayasa değişikliği öncesindeki dönemde, olağanüstü hâl ilanına karar verilmesi hâlinde Bakanlar Kurulunun çıkardığı kanun hükmünde kararnamelerle olağanüstü hâlin gerektirdiği konularda ve ölçüde kişi hak ve hürriyetlerine müdahale edilebiliyordu. Bu müdahaleler, Anayasada olağan dönem için öngörülen güvencelere tabi değildi. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerin sınırını, Anayasa mad. 15 çiziyordu. Anayasa mad. 15'te belirtilen hak ve ilkelerden biri, Anayasa mad. 38'te yer verilen suçta ve cezada kanunilik ilkesi olmadığı için olağanüstü hâlin gerektirdiği konularda belli fiillerin suç hâline getirilerek cezalandırılması mümkündü.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında kararnameler sadece Cumhurbaşkanının iradesiyle oluşturulabilecektir²⁸. Değişik-

28 Kanun hükmünde kararnameler (KHK) ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) arasında birçok benzerlik ve farklılık bulunmaktadır.

Olağan Dönem KHK ile CBK arasındaki temel benzerlikler: 1- Organik yönden yürütme işlemi olmaları, 2- Yargısal denetimlerinin iptal davası ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması, 3- Kural olarak, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girmeleri, 4- Temel haklar ve ödevlerle, siyasi haklar ve ödevleri düzenleyememeleridir.

Olağan dönem KHK ile CBK arasındaki temel farklılıklar: 1- Parlamenter sistemlerde yürütme iki başlı olduğu için KHK'lar bakanlar kurulu ve onu tamamlayıcı nitelikte olan Cumhurbaşkanı iradesiyle çıkarılabilmekte idi. Yeni hükümet sisteminde yürütme sadece Cumhurbaşkanından ibaret olduğu için kararnameler sadece Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmaktadır. 2- Kural olarak, TBMM tarafından Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin bir kanunla verilmesi gerekirdi. CBK çıkarılabilmesi için yetki kanununa ihtiyaç yoktur. 3- KHK'lar yetki kanununda belirtilen süre, amaç, kapsam ve ilkelerle sınırlı olarak çıkarılabilmekteydi. CBK'lar ise doğrudan Anayasadan alınan asli bir yetkiyle çıkarılmaktadır. 4- CBK'lar münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları düzenleyemezler. Anayasada KHK'larla ilgili böyle bir sınırlamaya yer verilmemişti. 5- KHK'ların Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'ye sunulmaları gerekirdi. Sunulmazlarsa aynı, onaylanmazlarsa red kararının Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlükten kalkarlardı. Değişiklik yapılarak onaylanmaları halinde ise, bu değişiklikler Resmî Gazetede yayımlandıkları

liğe göre Cumhurbaşkanı, Anayasa mad. 119/1'de belirtilen nedenlerle, ülkenin tamamında ya da bir bölgesinde süresi 6 ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilir. Olağanüstü hâl kararı, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. TBMM, olağanüstü hâl süresini kısaltabilir; uzatabilir ya da olağanüstü hâli kaldırabilir. Anayasa mad. 15'teki ilkeler doğrultusunda, temel hak ve hürriyetlerin ne şekilde sınırlandırılacağı konusu da dâhil olmak üzere vatandaşlara yönelik işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzen-

gün yürürlüğe girerlerdi. Olağan dönem CBK'ların onaylanmak üzere TBMM'ye sunulması gerekmez. 6- KHK'lar ile kanunlarda değişiklik yapılabilirmekte, kanunlar yürürlükten kaldırılabilirmekteydi. Olağan dönem CBK'larla kanunlarda değişiklik yapılamamaktadır. 7- KHK'lar adlarından da anlaşılacağı üzere kanun hükmündeydi. Kanunlarla KHK'lar arasında çatışma olması hâlinde aynı hiyerarşide yer alan normlar arasındaki genel çatışma kuralları uygulanırdı. Olağan dönem CBK'larla kanun çatışmasında ise kanun uygulanır. Ayrıca, olağan dönem CBK'ların normlar hiyerarşisindeki konumu, bu çalışmanın ilgili bölümünde ele alındığı üzere, tartışmalıdır.

Olağanüstü hâl KHK ve CBK arasındaki benzerlikler: 1- Organik yönden yürütme işlemi olmaları, 2- Yetki kanunu gerektirmemeleri, 3- Yargısal denetimlerinin yapılamaması (bu husus tartışmalıdır), 4- Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmalarının gerekmesi, 5- Temel haklar ve ödevlerle siyasi haklar ve ödevleri düzenleyebilmeleri, 6- Kanun hükmünde olmaları, 7- Kanunlarla çatışmaları halinde hiyerarşik olarak eş düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışma kurallarına göre çatışmanın çözülmesi, 8- Anayasa mad. 15'teki hak ve ilkelerle sınırlı olmaları ve olağanüstü halin gerektirdiği konularla ilgili olarak çıkarılabilirmeleridir.

Olağanüstü hâl KHK ve CBK arasındaki temel farklılıklar: 1- Olağanüstü hâl KHK'lar Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılabilirdi. Olağanüstü hâl CBK'lar ise Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabilir. 2- Olağanüstü hâl KHK'ların TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin usul ve sürenin İttüzükte belirlenmesi kuralına yer verilmişti. Olağanüstü hâl CBK'ları ise savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hâli hariç, üç ay içerisinde TBMM tarafından görüşülüp karara bağlanır; aksi hâlde kendiliğinden yürürlükten kalkar.

KHK ile CBK'nın karşılaştırılması hakkında bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 394 vd.; Özyar, M. (2021). "Mevzuatımızda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ombudsman Akademik Dergisi*, C. 7., S. 13., s. 162 vd.; Arpacı, I. ve Baharçipek, A. (2020). s. 35; Doğan B., Geyik, A. F. ve Bozkurt, E. E. (2021). "Kanun Hükmünde Kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırılması", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20., S. 4., ss. 1687-1721.

lenir. Olağanüstü hâlin gerekli kıldığı hâllerde olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. Bu kararnameler, Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi değildir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. Mücbir sebeplerle Meclisin toplanamaması hâli hariç olmak üzere, Meclis olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesini üç ay içerisinde görüşür ve karara bağlar; aksi hâlde kararname kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Ceza hukuku öğretisine göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından 2017 değişikliği öncesindeki durumla sonrasındaki durum arasında farklılık vardır. 2017 değişikliği sonrasındaki durum daha teminatlıdır; zira 2017 değişikliği öncesinde olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilebilirken değişiklik sonrasında bu mümkün değildir. Bu görüş şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Anayasa mad. 119/6'da, Anayasa mad. 104/17'de belirtilen münhasır kanun alanına istisna getirilmemiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, münhasır kanun alanındadır; bu yüzden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez²⁹.

(2) Anayasa mad. 15'te yer verilen hak ve ilkeler, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırını çizmektedir. Anayasa mad. 15'e göre olağanüstü hâllerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemezler. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) mad. 7, milletlerarası hukuktan doğan bir yükümlülük olup suçlarla cezaların yalnızca kanunla ihdas

29 Özgenç, İ. (2024). ss. 128-129; Akbulut, B. (2024). s. 116; Hakeri, H. (2024). s. 25; Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2024). s. 72.

edilmesini gerektirmektedir³⁰.

(3) Anayasa mad. 38'e göre suçlar ve cezalar hiyerarşik olarak kanun gücünde olan normlarla ihdas edilebilir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşik olarak kanunların altındadır; bu yüzden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez³¹.

Ceza hukuku öğretisinin ekseriyeti ilk gerekçeye dayanmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilip edilemeyeceği konusuna özgülenmiş tek çalışma, Seydi Kaymaz'ın "Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu" başlıklı çalışmasıdır. İkinci ve üçüncü gerekçeler Kaymaz tarafından ileri sürülmüştür.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini kabul eden yazarların ileri sürdüğü gerekçeler aşağıda alt başlıklar halinde ele alınacaktır.

A. ANAYASA MAD. 104/17'DE BELİRTİLEN MÜNHASİR KANUN ALANINA ANAYASA MAD. 119/6 İLE İSTİSNA GETİRİLİP GETİRİLMEDİĞİ

Anayasa mad. 119/6'ya göre, olağanüstü hâllerde Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. Anayasa mad. 104/17'nin üçüncü cümlesine Anayasa mad. 119/6 ile bir istisna getirilmemiştir. Anayasa mad. 104/17'nin üçüncü cümlesine göre, "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz".

30 Kaymaz, S. (2022). "Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu" içinde Özgenç, İ. (Ed.), *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu* (ss. 131-147), Ankara: Seçkin, s. 141.

31 Kaymaz, S. (2022). s. 136.

Türk ceza hukuku öğretisine göre olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez; zira Anayasa mad. 38’de suçların ve cezaların münhasıran kanunla ihdas edilebileceği açıkça ifade edilmiştir³².

Bu gerekçeye iki nedenle katılmıyoruz:

(1) Anayasa mad. 119/6 ile istisna getirilen Anayasa mad. 104/17’nin ikinci cümlesine göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa mad. 38, Anayasanın “temel haklar ve ödevler” başlıklı ikinci kısmının “kişinin hakları ve ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Yani, suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa mad. 119/6’nın istisna getirdiği alanda yer almaktadır.

(2) Anayasa mad. 119/6 ile Anayasa mad. 104/17’nin üçüncü cümlesine istisna getirilmediği için münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen hiçbir konunun olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu olamayacağının kabul edilmesi, olağanüstü hâl rejiminin mantığına aykırıdır. Zira bu kabule göre, Anayasa mad. 13’te hak ve hürriyetlerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği belirtildiği için olağanüstü hâllerde hiçbir hak ve hürriyetin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlanamaması gerekir. Örneğin, tehlikeli salgın nedeniyle olağanüstü hâl ilan edilmesi hâlinde Meclisin toplanması mümkün olmasa dahi, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bulaşıcı önlemek için seyahat hürriyeti sınırlanamaz!

Anayasada birçok konunun kanunla düzenleneceği belir-

32 Özgenc, İ. (2024). ss. 128-129; Akbulut, B. (2024). s. 116; Hakeri, H. (2024). s. 25; Koca, M. ve Üzülmaz, İ. (2024). s. 72. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında ayırım yapmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini kabul eden yazarlar da vardır. Bkz. Özbek, V. Ö., v.d. (2024). s. 72.

tilmiştir. *Atar*'ın aktarımına göre, Anayasada 183 konuda kanunla düzenleme koşulu bulunmaktadır³³. Anayasanın sadece beş maddesinde (mad. 13, 20, 38, 66 ve 68) “ancak kanunla”, Anayasa mad. 40'ta ise “kanunla özel olarak” ifadesine yer verilmiştir³⁴. “[A]ncak kanunla” ifadesinin yer aldığı hükümler temel hak ve hürriyetlerle ilgilidir. Anayasa mad. 109/6 ile Anayasa mad. 104/17'nin ikinci cümlesine istisna getirildiğinden, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hak ve hürriyetler olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlandırılabilir. Geriye, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmelerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi ile ilgili olarak Anayasa mad. 40'ta yer verilen “kanunla özel olarak” ifadesi kalmaktadır. “[M]ünhasıran kanunla” ifadesinin “kanunla özel olarak” ifadesine karşılık geldiği kabul edilirse, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bir tek üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlenemeyeceği sonucuna ulaşılır. Bu çıkarımın tutarsızlığı ise izahtan varestedir.

Anayasa hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre Anayasada “kanun alanı” vardır; “münhasır bir kanun alanı” yoktur³⁵. Anayasa Mahkemesi de bu görüştedir:

33 Atar, Y. (2019). s. 249.

34 Anayasa mad. 13'te temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliği; mad. 20'de kişisel verilerin ilgilinin rızasıyla veya ancak kanunla işlenebilirliği; mad. 66'da vatandaşlığın ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilebilirliği; mad. 68'de öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmalarının ancak kanunla düzenlenebilirliği hüküm altına alınmıştır. Anayasa mad. 40'a göre ise üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmelerine ilişkin usul ve esasların “kanunla özel olarak” düzenlenebilirliği belirtilmiştir.

35 Bu görüşü kabul eden yazarlar için bkz. Gözler, K. (2023). s. 371; Özbudun, E. (2024). ss. 252-253; Atar, Y. (2019). s. 248; Yıldırım, T. (2017). s. 26; Yıldırım, T. (2019). “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 304; Can, O. (2020). ss. 146-147; Eren, A. (2019). s. 37; Adadağ, Ö. Ü. (2019). “Kanun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 265; Şirin, T. (2018). “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7., S. 14., s. 323; Arıçoğlu, M. A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75., S.

“Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK (Cumhurbaşkanlığı kararnamesi) çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir”³⁶.

Anayasada münhasır bir kanun alanının olmadığı kabul edilecek olursa olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa mad. 119’a göre kanun hükmünde olduğundan, bu kararnamelere kapatılmış münhasır bir kanun alanının olmadığı sonucuna ulaşılır. Kanaatimizce Anayasada münhasır bir kanun alanının olduğunu kabul eden azınlık görüşün esas alınması hâlinde de sonuç değişmemektedir. Azınlık görüşüne göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması, münhasır kanun alanında yer alan konulardan birisidir; zira “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı Anayasa mad. 13’te “ancak kanunla” ifadesi kullanılmıştır³⁷. Anayasa mad. 119’a göre olağanüstü hâlin gerektirdiği konularda Anayasa mad. 15’te yer verilen hak ve ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetler olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlanabilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa mad. 119/6’nın istisna getirdiği, Anayasanın temel hak ve ödevlerin düzenlendiği ikinci kısmının ikinci bölümünde yer almaktadır.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri sebebe bağlı işlemlerdir; sebep ise olağanüstü bir hâlin varlığıdır³⁸. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılma-

3., s. 41.

36 AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020.

37 Döner, A. (2025). s. 524; Okşar, M. (2019). *Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin, s. 134.

38 Gözler, K. (2023). s. 381; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 423; Atar, Y. (2024). s. 283.

sının ön koşulu, olağanüstü hâl ilanıdır. Bu ön koşulun gerçekleşmesi hâlinde konu itibarıyla Anayasada çizilen sınırlar dâhilinde olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılabilir. Bu bağlamda Anayasada iki sınırlamaya yer verilmiştir. Birincisi, olağanüstü hâlin koşullarıdır. Anayasa mad. 109'a göre olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılabilir. İkinci sınırlama ise Anayasa mad. 15'tir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa mad. 15'te yer verilen hak ve ilkeleri ihlal etmemelidir. Anayasa mad. 15'e göre, olağanüstü hâllerde dahi temel hak ve hürriyetlerin dokunulmayacak bir çekirdek alanı vardır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bu çekirdek alana dâhil olan kısmı, aleyhe cezaların geçmişe yürütülmesi yasağıdır. Suçların ve cezaların kanunla belirlenmesi kuralı, Anayasa mad. 15'in kapsamındaki hak ve ilkelerden biri değildir. Bu yüzden Anayasa mad. 15, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilmesine engel değildir.

Anayasa mad.119/5'e göre olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir. Burada kast edilen kanun, 25.10.1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'dur³⁹. 2935 sayılı Kanunda, suç ve ceza içeren düzenlemelerin mutlaka kanunla yapılması gerektiğini belirten bir hüküm yoktur.

B. MİLLETLERARASI HUKUKTAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI OLUP OLMADIĞI

Anayasa mad. 119/5'e göre, olağanüstü hâllerde kişi hak ve hürriyetleri, Anayasa mad. 15'teki ilkeler doğrultusunda sınırlandırılabilir. Anayasa mad. 15'te yer verilen ilkelerden birisi de kişi hak ve hürriyetlerine yönelik müdahalelerin milletle-

39 Sezer, A. (2019). "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Üç boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 402.

rarası hukuktan doğan yükümlülükler aykırı olmamasıdır.

Kaymaz'a göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilmesi, milletlerarası hukuktan kaynaklanan asli yükümlülüklerin ihlali anlamına gelir; bu yüzden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez⁴⁰. Yazar, görüşüne dayanak olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (AİHS) referans almıştır⁴¹.

AİHS mad. 7/1'e göre, "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."

AİHS mad. 15'e göre savaş ve olağanüstü hâllerde taraf devletler Sözleşmede öngörülen yükümlülükler aykırı tedbirler alabilirler. Ancak bu hâllerde dahi ihlal edilemeyecek hak ve hürriyetler vardır; bunlardan biri de AİHS mad. 7'de yer verilen suçta ve ceza kanunilik ilkesidir.

Kaymaz'a göre, AİHS mad. 15 gereği, olağanüstü hâllerde dahi suçta ve cezada kanunilik ilkesi ihlal edilemediğine göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez⁴².

AİHS mad. 7'nin lafzına dikkat edilecek olursa "kanun" (*statute*) ifadesi yerine, "hukuk" (*law*) ifadesi tercih edilmiştir. Sözleşmeye göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önem arz eden husus, suçların ve cezaların hangi isim altında ihdas edildiği değildir. Öyle olsa idi, örneğin, içtihat hukukunu (*case law*) esas alan Birleşik Krallık'ta içtihat hukukuna dayanan suçların tamamı AİHS mad. 7'nin ihlali anlamına gelirdi⁴³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) yerleşmiş içtihatlarına göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımın-

40 Kaymaz, S. (2022). s. 141.

41 Kaymaz, S. (2022). ss. 140-141.

42 Kaymaz, S. (2022). s. 141.

43 *Norman/United Kingdom*, B. No: 41387/17, 6/6/2021, § 60.

dan önemli olan; suç ve ceza içeren normların “öngörülebilir” ve “ulaşılabilir” olması, cezaların aleyhe olarak geçmişe yürütülmemesi ve aleyhe kıyas yapılmamasıdır⁴⁴. Geçmişe yürüme yasağı Anayasa mad. 15’te yer verilen ilkelerden biridir. Kıyas yasağı ise suç ve ceza içeren normların ihdas edilmesi ile değil, uygulanması ile ilgilidir.

Konumuz bakımından önemli olan, suç ve ceza içeren normlar için aranan “öngörülebilir” ve “ulaşılabilir” olma koşullarıdır. *Öngörülebilir* olmaktan kasıt, düzenlemenin lafzının dilin elverdiği ölçüde açık olması ve bu bağlamda mümkün merteye deskriptif (tasvir edici) ifadelerin tercih edilmiş olmasıdır⁴⁵. *Ulaşılabilir* olmaktan kasıt ise, suç ve ceza içeren normların uygun vasıtalarla muhataplarına duyurulmuş olmasıdır⁴⁶. Anayasa mad. 119/6’ya göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmî Gazetede yayımlanır; yani “ulaşılabilir” olma koşulu sağlanmaktadır. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde açık ve anlaşılabilir bir dil kullanılmışsa “öngörülebilir” olma koşulu da sağlanmış olacağından, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilmesi AİHS’e aykırılık teşkil etmez.

Sözleşme, hak ve hürriyetler konusunda asgari standartlar getirmektedir. *Sözleşme*, bu yönüyle tamamlayıcı/ikincil niteliktedir⁴⁷. Millî hukukun daha güvenceli olması hâlinde millî hukuk öncelikle uygulanmalıdır. *Sözleşmenin* bu özelliğinden hareket eden *Kaymaz’a* göre,

“C.Başkanlığı kararnamesinin de Sözleşmenin 7. maddesi anla-

44 *Georgouleas and Nestoras/Greece*, B. No: 44612/13 ve 45831/13, 28/08/2020, § 55-59.

45 *Georgouleas and Nestoras/Greece*, § 57.

46 *Kokkinakis/Greece*, B. No: 14307/88, 25/05/1993, § 40.

47 Gölcüklü, F. ve Gözübüyük, Ş. (2016). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 16; Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancakdar, O. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin, s. 53.

mında bir kanun olduğu, dolayısıyla C.Başkanlığı kararnamesi ile suç ve ceza ihdas edilmesinin Sözleşmenin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesini ihlal etmeyeceği ileri sürülebilir. Gerçekten, AİHS'nin 7. maddesini yorumlayan AİHM'e göre, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması koşuluyla C.Başkanlığı kararnameleri de AİHS'nin 7. maddesi anlamında 'kanun' kabul edilebilir. (...) Türk hukuku suç ve cezanın da yalnızca kanun ile sınırlanabileceğini, bu arada suç ve cezanın da yalnızca kanunla konulabileceğini kabul ederek daha teminatlı bir düzenleme yapmıştır"⁴⁸.

Kaymaz'ın önce, AİHS mad. 7 ve 15'nin esas alınması gerektiğini ileri sürüp sonra Türk hukukunun daha teminatlı olduğu gerekçesiyle bundan vazgeçilip Türk hukukunun esas alınması gerektiğini ileri sürmesi, ortaya koyduğu gerekçeyi geri çekmek anlamına geldiğinden kendi içerisinde sorunludur.

C. NORMLAR HİYERARŞİSİ BAKIMINDAN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

Normlar hiyerarşisi normların geçerlilik ölçütüdür. Altteki normun geçerliliği üstteki normdan kaynaklanır. Bu, biçimsel ve içeriksel olmak üzere iki şekilde olur. Biçimsel olarak alttaki normun geçerliliği, üstteki normun ihdas koşullarına uygun olmasıdır. İçeriksel olarak alttaki normun geçerliliği ise içerik olarak üstteki norma uygun olmasıdır⁴⁹.

Kaymaz'a göre;

“olağanüstü hal C.Başkanlığı kararnamesiyle suç ihdas edilip edilemeyeceği sorusunun cevaplandırılabilmesi için bu kararnamelerin hukuksal niteliği ve normlar hiyerarşisindeki yerinin tespit edilmesi gerekir. (...) Bu kararnamelerinin ...normlar hiyerarşisinde kanundan sonra geldiklerini kabul etmek gerekir. KHK'nın ak-

⁴⁸ Kaymaz, S. (2022). s. 142.

⁴⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sezer, A. (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Üç boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 353-412.

sine C.Başkanlığı kararnamelerini düzenleme yetkisinin doğrudan Anayasadan kaynaklanması farklı bir sonuca ulaşmayı gerektirecek nitelikte değildir. O nedenle, olağanüstü hâl C.Başkanlığı kararnamesi ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini düşünmekteyiz”⁵⁰.

Anlaşılabacağı üzere Kaymaz’a göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşik olarak kanunların altındadır; bu yüzden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Bu gerekçe iki öncüle dayanmaktadır:

(1) Kanunlar hiyerarşik olarak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üzerinde yer alırlar.

(2) Suç ve ceza ihdası, hiyerarşik olarak kanun gücünde olan bir normla mümkündür.

Bu öncüller seçimlik değildir; yani ikisinin de doğru olması gerekir; biri yanlışsa diğeri doğru olsa bile Kaymaz’ın ulaştığı sonuç önerme olan, *olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez* önermesi yanlış olur.

Hiyerarşi tartışması, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında yapılabilir. Bir görüşe göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşik olarak kanunların altındadır⁵¹. Karşı görüşe göre ise, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşik olarak kanunlarla aynı düzeydedir⁵². Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ihdas koşulları ve konu bakımından sınırları Anayasada belirlendiği için biz de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların hiyerarşik olarak

50 Kaymaz, S. (2022). s. 136.

51 Gözler, K. (2023). s. 376; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 405; İba, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 247; Can, O. (2020). s. 160; Eren, A. (2019). s. 29; Ardicioğlu, M. A. (2017). s. 46; Söyler, Y. (2018). s. 164; Arpacı, I. ve Baharççek, A. (2020). s. 37; Doğan, B. (2020). s. 993.

52 Kanadoğlu, O. K. ve Duygun, A. M. (2021). s. 401; Barın, T. (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, İstanbul: On İki Levha, s. 34; Atar, Y. (2019). s. 250; Döner, A. (2025). s. 523; Şirin, T. (2018). s. 298; Sezer, A. (2019). s. 394.

aynı düzeyde olduklarını savunan görüşe katılıyoruz.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından ise durum açıktır. Anayasa mad. 119/6'ya göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmündedir. Bu yüzden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar hiyerarşik olarak aynı düzeydedir⁵³. Anayasa mad. 109/6'nın açık hükmü karşısında *Kaymaz*'ın görüşünün dayanağı olan birinci öncülün yanlış olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Anayasa mad. 119/6'ya göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlarla aynı hükümleri doğurması, kanun gücünde oldukları anlamına gelir. Bu, *Kaymaz*'ın görüşünün dayanağı olan ikinci öncülün de yanlış olduğunu göstermektedir.

Esasen biz meselenin kanunlarla kararnameler arasındaki hiyerarşi ile ilgili olduğunu dahi düşünmüyoruz. Mesele, Anayasa ile verilen belli bir konudaki düzenleme yetkisidir. Örneğin, Anayasa mad. 13'e göre hak ve hürriyetler "ancak kanunla" sınırlanabilir. Kanunların hiyerarşik olarak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden üstün olduğundan bahisle kararnameler ile hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı ileri sürülebilir mi? Şüphesiz ileri sürülemez; aksi hâlde olağanüstü hâllerdeki hak ve hürriyetler rejimi ile olağan dönemdeki hak ve hürriyetler rejimi aynı olmuş olur; yani olağanüstü hâl rejiminden söz edilemez.

Buraya kadar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve

53 Küçük, A. ve Doğan, B. (2019). s. 27. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında bir hiyerarşinin bulunup bulunmadığı tartışması yukarıda belirttiğimiz üzere olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında yapılmaktadır. Bu tartışmanın yapıldığı eserlerin çoğunluğunda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında hiyerarşi konusuna dahi değinilmemektedir. Bunun nedeninin Anayasa mad. 119/6'nın açık hükmü olduğunu tahmin ediyoruz. Öyle ki kanunların olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden üstün olduğunu ileri süren yazarlar da Anayasa mad. 119/6 nedeniyle olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların eşit düzeyde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gözler, K. (2023). s. 377; Söyler, Y. (2018). s. 165.

ceza ihdas edilip edilemeyeceği sorununu ele aldık. Bize göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilebilir. Ancak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilebilmesinin; biri olağanüstü halin gerekli kıldığı konulara ilişkin olma, diğeri Anayasa mad. 15'te yer verilen hak ve ilkelere uygun olma şeklinde iki koşulu vardır. Bu koşullara aykırı olarak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle suç ve ceza ihdas edilirse ne olacaktır? Aynı sorun olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerlidir. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Buna beyaz hükümler de dâhildir. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilirse ne olacaktır? Bahse konu sorun, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi ile ilgilidir. Çalışmanın devamında bu sorun ele alınacaktır.

III. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde olağan ve olağanüstü dönem ayrımı esas olduğu için yargısal denetim sorunu da bu ayrıma göre ele alınmalıdır.

A. OLAĞAN DÖNEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Anayasa mad. 148'e göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu birel işlem dahi olsa yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır⁵⁴. Denetim, kararnamelerin usul ve şekil bakımından Anayasaya uygunluğu ile sınırlıdır; kararnamelerin

54 Akyılmaz, C. (2019). "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., s. 199; Azaklı, M. (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 80.

kanunlara uygunluğu denetlenemez⁵⁵. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa yargısı alanına dâhil edildiğinden idari yargı denetiminin kapsamı dışındadır⁵⁶. Cumhurbaşkanının diğer düzenleyici işlemleri ise (örneğin yönetmelikler) idari yargı denetimine tabidir. Danıştay Kanunu mad. 24'e göre "...Cumhurbaşkanınca çıkarılan ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları... hakkında Danıştay ilk derece mahkemesi olarak inceleme yapar".

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunlarda olduğu gibi, iptal davasına (soyut norm denetimi) konu olabilir ya da itiraz yoluyla (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesinin önüne götürülebilir⁵⁷. Anayasa mad. 107/14'e göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunla düzenlenebilecek konular düzenlenemeyeceğinden olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza ihdas edilmesi Anayasaya aykırı olur. Suç ve ceza ihdas eden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında iptal davası açılması hâlinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmelidir. Anayasa mad. 153'e göre iptal kararının hukuki sonucu, iptal edilen düzenlemenin yürürlükten kalkmasıdır.

Anayasaya göre, iptal davası açma süresi 60 gün olup (mad. 151), kararnameler bakımından dava açma yetkisi, TBMM'nin en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve Meclisin üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir (mad. 150). İptal davasının açılmaması hâlinde, iki ihtimale göre değerlendirme yapmak gerekir:

(1) Daha önceden suç teşkil etmeyen bir fiil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile suç hâline getirilmiş olabilir ve bu kararname hakkında süresi içerisinde iptal davası açılmamış olabilir.

55 Atar, Y. (2024). s. 274; Eren, A. (2019). s. 55.

56 Atar, Y. (2019). s. 249; Azaklı, M. (2019). s. 76.

57 Atar, Y. (2019). s. 249.

(2) Önceden kanunla suç hâline getirilmiş olan bir fiil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilmiş olabilir ve bu kararname hakkında süresi içerisinde iptal davası açılmamış olabilir. Örneğin, *çocuk düşürtme suçunu* düzenleyen TCK mad. 99/2'ye göre, “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Aynı fiil olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilmiş ve “on hafta” yerine “sekiz hafta” denmiş olabilir.

Birinci ihtimalde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun çatışması yoktur; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Anayasa arasında çatışma vardır. İkinci ihtimalde ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hem Anayasa hem de kanunla çatışmaktadır.

Birinci ihtimalde, Cumhuriyet savcısı fiilin kararnamedeki suç tasvirine uyduğundan bahisle iddianame düzenleyip dava açabilecek midir? Ya da Cumhuriyet savcısı kanunla düzenlenmediği için fiilin suç teşkil etmediğinden bahisle CMK mad. 158/6'ya göre *soruşturmaya yer olmadığı kararı* verebilecek midir? Keza ceza davası açılması hâlinde dava mahkemesi, CMK mad. 223/2-a'ya göre *beraat* hükmü verebilecek midir? Bu soruların yanıtı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile suç ve ceza ihdas edilmesinin Anayasa mad. 104/17 karşısında “yok” hükmünde olup olmadığı meselesi ile ilgilidir. Zira, suç ve ceza ihdas etme yetkisinin Mecliste olduğundan bahisle Cumhurbaşkanının suç ve ceza ihdas etmesinin *ağır fonksiyon gaspı* olduğu ileri sürülebilir. Bu ihtimalde soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının CMK mad. 158/6 gereği soruşturmaya yer olmadığı kararı vermesi gerekir. Ceza davası açılması hâlinde ise mahkemenin CMK mad. 223/2'a gereği beraat hükmü vermesi gerekir.

Suç ve ceza ihdas eden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi “yok” hükmünde değildir. Anayasa mad. 104/17'ye göre,

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır”. Bu bir çatışma kuralıdır⁵⁸. İki normun çatışabilmesi için “var” olmaları gerekir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlarla çatışabildiğine göre, kanunlarla düzenlenebilecek konularda düzenleme yapan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri “yok” hükmünde değildir⁵⁹. Bu yüzden bir fiil Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile suç hâline getirilmiş ise Cumhuriyet savcısının *soruşturmaya yer olmadığı* kararı verme yetkisi yoktur. Ceza mahkemesinin de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğinden bahisle doğrudan *beraat* hükmü verme yetkisi yoktur. Ortada “var” olmakla birlikte Anayasaya aykırı olan bir norm vardır. Bu normun hukuk sisteminden ayıklanması için iptal edilmesi gerekir. Anayasa mad. 148’e göre bu yetki Anayasa Mahkemesine aittir. Ceza mahkemesinin bu durumda yapması gereken, kararname ile suç ve ceza ihdas edilmesini bekletici sorun yaparak Anayasa mad. 152’de yer verilen itiraz yolunu (somut norm denetimi) işletmektir.

Çocuk düşürtme suçunu (TCK mad. 99/2) örnek olarak verdiğimiz ikinci ihtimalde ise durum daha karmaşıktır. Kanaatimizce, Anayasa mad. 104/17’ye göre kararname ile kanun çatışmasında kanunun esas alınması gerektiği için Cumhuriyet savcısının kararnameyi ihmal etmesi gerekir. Dava açıl-

58 Döner, A. (2025). s. 533; Atar, Y. (2024). s. 275; Sezer, A. (2019). s. 391.

59 Anayasa Mahkemesine göre işlem yetkilendirilmiş iradenin ürünü değilse ya da bu irade Anayasadaki kurucu şekil şartlarına uygun olarak ortaya konmamışsa işlem “yok”lukla malüldür: “Yokluk, bir normun var olmadığıın ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmî Gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece ‘varlıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.” AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007. Anayasa Mahkemesine göre, hukuka aykırılık ne kadar ağır olursa olsun, kurucu koşulların varlığı “yok”luk sonucunu doğurmaz: “Hukuka aykırılık hâli ne kadar ağır ve açık olursa olsun bir normun hukuka aykırı olması, zorunlu koşullarının bulunması suretiyle var olan o normun yokluğu sonucunu doğurmaz”. AYM, E.2018/42, K.2018/48, 31/5/2018.

ması hâlinde ise dava mahkemesinin kararnameyi ihmal etme yetkisi olmadığı kanaatindeyiz. Zira ortada Anayasaya aykırı olduğu için hukuk sisteminden ayıklanması gereken bir norm vardır. Dava mahkemesinin durumu bekletici sorun yaparak söz konusu normu Anayasa Mahkemesinin önüne götürmesi gerekir. Çünkü Anayasa mad. 152/1'e göre itiraz yoluna yalnızca "*davaya bakmakta olan mahkeme*" gidebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kararnamenin kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa mad. 38'e aykırı olduğu için Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesidir. Anayasa mad. 152'ye göre itiraz yolunda bekleme süresi beş aydır. Bu süre geçmiş ise Anayasa mad. 104/17 gereği dava mahkemesi önündeki uyuşmazlığı kanuna göre çözümlemelidir. Aslında en uygun çözüm, dava mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesini Anayasa Mahkemesinin önüne götürmesi ve Anayasa Mahkemesinin kararını beklemeksizin önündeki uyuşmazlığı kararnameyi ihmal ederek kanuna göre çözümlemesidir. Ancak Anayasada itiraz yoluna ilişkin düzenlemeler buna imkân vermemektedir.

Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından sorun teşkil eden bir başka husus da beyaz hükümlerdir. Beyaz hüküm sorununu ve bu soruna Anayasa Mahkemesinin yaklaşımını yukarıda ele aldığımız için burada tekrar bu meselenin üzerinde durmayacağız.

B. OLAĞANÜSTÜ HÂL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bize göre olağanüstü hâlin gerektirdiği konularda, Anayasa mad. 15'te yer verilen hak ve ilkeler doğrultusunda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilebilir. Daha önceden kanunla suç hâline getirilmiş bir fiil de olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilebilir. Bu durumda kararname ile kanun çatışması söz konusu olacaktır. Bu çatışma, önceki norm-sonraki norm, genel norm-özel norm kri-

terlerine göre çözümlenir⁶⁰. Zira Anayasa mad. 119/6'ya göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmündedir.

Kararname ile ihdas edilen suç, olağanüstü hâlin gerektirdiği bir konuda olmayabilir ya da olmakla birlikte Anayasa mad. 15'e aykırılık teşkil edebilir. Kararname bu iki ihtimalde Anayasaya aykırı olacaktır. Anayasa mad. 148'e göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin esas ve usul bakımından denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır. Ancak, Anayasa mad. 148/1'in üçüncü cümlesine göre, *"olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz."*

Anayasa mad. 148/1'in ikinci cümlesi, 2017 değişikliğinden önce şöyleydi: *"...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz"*. Bu düzelemeye rağmen Anayasa Mahkemesi 2016 yılına kadar olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerini denetim konusu yapmakta idi. Bu dönemde Mahkeme, *olağanüstü hâl*le ve *olağanüstü hâl ilan edilen yerle* sınırlı olmadığını düşündüğü kararname hükümlerini iptal edebilmekteydi⁶¹. Mahkeme, 2/11/2016 tarih, E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararıyla içtihadını değiştirmiş, *"olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini"* belirterek *"Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, ...göz önünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığı"* şeklinde karar vermiştir. Mahkeme, sonraki kararlarında da bu içtihadını devam ettirmiştir⁶². Mahkemenin henüz olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı

60 Atar, Y. (2019). s. 254.

61 AYM, E.1991/6, K.1991/20, 3/7/1991; AYM, E.2003/28, K.2003/42, 22/5/2003.

62 AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019; AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019; AYM, E.2018/90, K.2019/85, 14/11/2019.

kararnameleri ile ilgili bir kararı yoktur. Pek muhtemeldir ki Mahkeme içtihadını devam ettirecektir.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa yargısının dışında bırakılmasının neden olabileceği sakıncalar karşısında Anayasada bir denge mekanizması kurulmaya çalışılmıştır. Anayasa mad. 119/6'ya göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulurlar. Anayasa mad. 119/7'ye göre, savaş ve mücbir sebeplerle toplanamama hâli dışında, Meclis olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini üç ay içerisinde görüşüp karara bağlar. Aksi hâlde olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.

2017 değişikliğinden önce Anayasada olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri için Meclisin onayına sunulmaları ve belli bir süre içerisinde onaylanmamaları hâlinde yürürlükten kalkmaları yönünde bir hüküm bulunmamakta idi. Bu yönüyle 2017'de yapılan değişikliğin daha teminatlı olduğu söylenebilir⁶³. 2017 değişikliğinden önce Meclis olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri hakkındaki onay ya da ret işlemlerini “kanun”la yapmakta idi. Değişiklik sonrasında da bu usulün sürdürüleceği öngörülmektedir⁶⁴. Öngörüldüğü gibi olursa olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Meclisin onamasının ardından kanuna dönüşecektir; kanuna dönüştüğünde de Anayasa Mahkemesinin denetimine açılmış olacaktır⁶⁵.

Olağanüstü hâl dönemindeki hak ve hürriyetler rejimi olağan dönemdekinden farklıdır. Bu yüzden, onaylanarak kanuna dönüştürülseler de olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı

63 Aynı yönde Söyler, Y. (2018). ss. 169-170.

64 Gözler, K. (2023). s. 382; Atar, Y. (2024). s. 284; Küçük, A. ve Doğan, B. (2019). s. 28.

65 Gözler, K. (2023). s. 386; Atar, Y. (2024). s. 255; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2023). s. 442; Atar, Y. (2024). s. 284.

kararnamelerinin yargısal denetimi özellik arz eder. Anayasa Mahkemesine göre, kararnamelerle hak ve hürriyetler için öngörülen müdahaleler olağanüstü hâl süresi ile sınırlanmışsa ve olağanüstü hâlin koşulları bu müdahaleleri gerekli kılıyorsa yargısal denetimin ölçüsü, Anayasa mad. 15; aksi durumda ise Anayasa mad. 13'tür:

“Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa’nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa’ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesi esas alınabilir. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa’ya uygunluk denetiminde Anayasa’nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa’nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa’nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır”⁶⁶.

Örneğin, Anayasa mad. 38/8’e göre, “hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz”. Anayasa mad. 119/1’e göre, “ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması” durumunda olağanüstü hâl ilan edilebilir. Böyle bir durumda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle olağanüstü hâl süresiyle sınırlı olarak banka veya kredi kuruluşlarına muaccel olan borçlarını ödemeyen gerçek kişi tacirlerin hapis cezası ile cezalandırılacağını belirten bir düzenleme ihdas edilmiş olsaydı ve bu düzen-

66 AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021; AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019.

leme kanunla onaylanmak suretiyle kanuna dönüşmüş olsaydı; yargısal denetimde ölçü, Anayasa mad. 15 olurdu. Zira söz konusu düzenleme olağanüstü hâl ile ilgilidir ve olağanüstü hâl süresi ile sınırlandırılmıştır. Anayasa mad. 38/8, Anayasa mad. 15'te yer verilen çekirdek alanda yer almadığından Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi sadece Anayasa mad. 15'te yer verilen ölçülülük ilkesi kapsamında denetleyebilirdi. Öte yandan aynı olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kadının zinası olağanüstü hâl süresince suç hâline getirilmiş olsaydı, onaylandıktan sonra kanuna dönüşen bu düzenleme diğer kanunlarla aynı şekil ve kapsamda yargısal denetime konu olurdu. Zira bu düzenlemenin ekonomik buhranla ilgisi yoktur. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi Anayasa mad. 10'da yer verilen eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptal edebilirdi.

SONUÇ

(1) Anayasa mad. 38'e göre suçlar ve cezalar kanunla ihdas edilebilir. Anayasa mad. 104/17'ye göre olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Öğretide beyaz hükümlerin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olup olmadığı tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesine göre ivedilikle müdahaleyi gerektiren konularda; normun kural kısmının çerçevesi çizilmiş, yargısal denetim güvencesi sağlanmış, yaptırım kesin bir şekilde belirlenmiş ve norm uygun vasıtalarla muhataplarına duyurulmuşsa beyaz hükümler suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Meclisin ağır işleyişi nedeniyle hızlı müdahaleyi gerektiren acil konularda beyaz hükümlere cevaz verilmesi faydalı gözükse de, Anayasa Mahkemesinin görevi Anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. Anayasa mad. 6, 7, 13, 38, 87 ve 104/17, yürütmeye suç ve ceza ihdas etme yetkisinin verilemeyeceğini diğer bir ifadeyle beyaz hükümlerin Anayasaya aykırı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

(2) Suç ve/veya ceza ihdas eden olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri “yok” hükmünde değildir. Anayasaya aykırılık teşkil eden bu kararnamelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekir. Süresi içerisinde iptal davası açılmaması hâlinde, itiraz yolunun (somut norm denetimi) işletilmesi gerekir. Daha önce kanunla suç hâline getirilen bir fiilin Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilmesi ve bu kararnamenin süresi içerisinde iptalinin istenmemesi hâlinde, kanaatimizce, dava mahkemesi Anayasa mad. 104/17’den hareketle kararnameyi ihmal edemez. Dava mahkemesinin yapması gereken, Anayasaya aykırı olduğu için hukuk sisteminde ayıklanması gereken bu kararnameyi Anayasa Mahkemesinin önüne götürmektir. Beş aylık süre içerisinde Anayasa Mahkemesi bir karar vermez ise dava mahkemesi Anayasa mad. 104/17 gereği önündeki uyuşmazlığı kanuna göre çözümlemelidir.

(3) Ceza hukuku öğretisinde göre olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilemez. Bize göre, olağanüstü hâl gerektirdiği konularda Anayasa mad. 15’te yer verilen hak ve ilkelere aykırı olmamak kaydıyla olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile suç ve ceza ihdas edilebilir. Zira Anayasa mad. 119/6’ya göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa mad. 104/17’nin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi değildir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa mad. 38, Anayasa mad. 104/17’nin ikinci cümlesinin kapsamında yer almaktadır.

(4) Suç ve ceza ihdas eden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, olağanüstü hâl gerektirdiği bir konuya ilişkin değilse ya da Anayasa mad. 15’e aykırılık teşkil ediyorsa hukuka aykırıdır. Ancak bu kararnameler hakkında Anayasa mad. 148 gereği yargısal denetim yapılamaz. Anayasa Mahkemesi içtihatları da olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili olarak, 2016’dan itibaren bu yöndedir.

Pek muhtemeldir ki olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili olarak da Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı bu yönde olacaktır. Denetim yasağının neden olabileceği sakıncaları hafifletme noktasında iki yol bulunmaktadır. Birincisi, Meclisin, onayına sunulan kararnameyi reddetmesi ya da üç ay içerisinde karara bağlamamasıdır. İkincisi, Meclisin kararnameyi kanunla uygun bulması ve kararnamenin bu suretle kanuna dönüşerek Anayasa Mahkemesinin denetim sahasına girmesidir. *Hafifletme* ifadesini tercih ettik çünkü hukuka aykırı da olsalar olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bahse konu iki yolla yürürlükten kaldırılana kadar yürürlükte kalmaya ve uygulanmaya devam eder.

KAYNAKÇA

- ADADAĞ, Özden Ülgen (2019). “Kanun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 261-277.
- AKBULUT, Berrin (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet.
- AKYILMAZ, Cemre (2019). “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., ss. 191-207.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75., S. 3., ss. 21-51.
- ARPACI, Işıl ve BAHARÇİÇEK, Abdülkadir (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Ne Diyor? Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Bir İçerik Analizi”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, C. 6., S. 12., ss. 31-70.
- ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerim (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet.
- ARTUK, Mehmet Emin (2013). “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi” içinde GUNNAR Duttge ve ÜNVER, Yener (Eds.), *Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht-Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi Cilt 3* (ss. 35-61), Ankara: Seçkin.
- ATAR, Yavuz (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 241-259.
- ATAR, Yavuz (2024). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin.
- AZAKLI, Murat (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 73-103.

- BARIN, Taylan (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, İstanbul: On İki Levha.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan (2018). *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesinde Yorum*, İstanbul: On İki Levha.
- CAN, Osman (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 1., ss. 133-192.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta.
- DEMİRBAŞ, Timur (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin.
- DOĞAN, Bayram, GEYİK, Ali Fuat ve BOZKURT, Emine Esra (2021). “Kanun Hükmünde Kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırılması”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20., S. 4., ss. 1687-1721.
- DOĞAN, Bayram (2020). “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28., S. 3., ss. 965-1003.
- DÖNER, Ayhan (2025). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin.
- DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, İstanbul: Beta.
- EREN, Abdurrahman (2019). “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 1-72.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2015). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin.

- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 77., S. 2019/3., ss. 277-310.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (1963). “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 18., S. 2., ss. 115-182.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK, Şeref (2016). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÖZLER, Kemal (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Us-A Yayıncılık.
- HAKERİ, Hakeri (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet.
- İBA, Şeref (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- İÇEL, Kayıhan (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta.
- İÇEL, Kayıhan ve DONAY, Süheyl (1999). *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku 1. Kitap: Genel Kısım*, İstanbul: Beta.
- KANADOĞLU, Osman Korkut ve DUYGUN, Ahmet Mert (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul: On İki Levha.
- KAYMAZ, Seydi (2022). “Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu” içinde ÖZGENÇ, İzzet (Ed.), *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu* (ss. 131-147), Ankara: Seçkin, 2022.

- KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin.
- KÜÇÜK, Adnan ve DOĞAN, Bayram (2019). “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 1., ss. 1-59.
- OKŞAR, Mustafa (2019). *Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin.
- ÖNDER, Ayhan (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, MERAKLI, Serkan, BAKAKSIZ, Pınar ve BAŞBÜYÜK, İsa (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin.
- ÖZBUDUN, Ergun (2024). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin.
- ÖZGENÇ, İzzet (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin.
- ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan (2024). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin.
- ÖZYAR, Mustafa (2021). “Mevzuatımızda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, C. 7., S. 13., ss. 157-91.
- SEZER, Abdullah (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Üç boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 353-412.
- SOYASLAN, Doğan (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin.
- SÖYLER, Yasin (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin.

- SÖZÜER, Adem ve YENİYETİŞME, Yiğit (2023). “Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 29., S. 2., ss. 897-922.
- ŞİRİN, Tolga (2018). “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7., S. 14., ss. 289-356.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2023). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve SANCAKDAR, Oğuz (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin.
- TOSUN, Öztekin (1962). “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28., S. 2., ss. 349-366.
- ULUSOY, Ali D. (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 2., ss. 31-66.
- YARSUVAT, Duygun (1963). “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29., S. 3., ss. 540-559.
- YILDIRIM, Turan (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 2., ss. 13-28.
- YILDIRIM, Turan (2019). “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 293-314.
- YILDIZ, Ali Kemal (2004). “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri ile Suç ve Ceza Yaratması”, içinde BAYRAKTAR, Köksal v.d. (Der.), *Çetin Özek'e Armağan* (ss. 1033-1057), İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

ZAFER, Hamide (2021). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK mad. 1-75)*, İstanbul: Beta.



AVRUPA'DA ANAYASA MAHKEMELERİNİN SİYASETTE ARINDIRILMASI OLGUSUNA YÖNELİK PARADİGMA DEĞİŞİMİ

*The Paradigm Shift Towards the Depoliticization of Constitutional
Courts in Europe*

Dr. Öğr. Üyesi Serdar NARİN*

ÖZET

Anayasa mahkemesi yargıçlarının atanmasına ilişkin süreçler, Avrupa'da son yıllarda artan bir biçimde siyasal etkilere arındırılmaya çalışılmaktadır. Bu eğilim, yargısal tarafsızlığı güçlendirme iddiasıyla meşrulaştırılsa da çoğu zaman öngörülen faydaları gerçekleştirmekte yetersiz kalmaktadır. Bu çalışma, atama mekanizmalarının tamamen siyasal bağlamdan soyutlanması yönündeki arayışların yapısal sınırlılıklarına dikkat çekerek alternatif bir kurumsal tasarım önermektedir. Bu öneri, siyasal meşruiyet ve yargısal etkinlik arasında denge kuran, sınırlı ancak işlevsel bir siyasal katılım biçimini merkeze alan bir çerçeve sunmaktadır. Model, demokratik temsil ilkelerini tamamen dışlamadan yargının bağımsızlığını ve anayasa mahkemelerinin kurumsal istikrarını desteklemeyi amaçlamaktadır. Önerilen sistem, yalnızca siyasal etkileri azaltmaya odaklanmakla kalmayıp aynı zamanda yargısal atamalarda dengeleyici ve güvenlik sağlayıcı mekanizmaların inşasını hedeflemektedir. Bununla birlikte, söz konusu modelin siyasal tarafsızlık ile siyasal meşruiyet arasındaki kırılma dengesini ne ölçüde koruyabileceği tartışmaya açıktır. Siyasal aktörlerin sürece katılım pratikleri, toplumsal düzeyde ku-

* Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, serdar.narin@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0319-7358

rumsal güvenin inşası, yargı organlarından beklentilere yön veren normatif çerçeve ve temsil sisteminin işlevsel kapasitesi gibi değişkenler, ilgili modelin uygulanabilirliğinin yalnızca teorik düzlemde değil, aynı zamanda somut siyasal ve kurumsal bağlamda nasıl anlam kazandığını belirleyen başlıca parametrelerdir. Ayrıca, önerilen yapının bazı yargı çevrelerinde karmaşık ya da eşitsiz güç dağılımı içerdiği yönünde eleştirilere açık olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu çalışma, tüm bu sınırlılıkları kabul etmekle birlikte, önerilen yapının mutlak bağımsızlık arayışlarıyla ya da tam siyasal kontrol modelleriyle kıyaslandığında daha dengeleyici ve gerçekçi bir çözüm sunduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu modelin, Avrupa'nın farklı anayasal kültürlerinde evrensel bir reçete olarak değil, bağlam-temelli değerlendirmelerle ele alınması gerektiği özellikle vurgulanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa yargısı, anayasa mahkemesi, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, anayasa mahkemesinin kuruluşu, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti.

ABSTRACT

Recent years have witnessed an increasingly prevalent trend across European jurisdictions toward the depoliticization of appointments of judges at the constitutional court. Although ostensibly aimed at bolstering judicial impartiality, this trend often falls short of delivering their promised outcomes. By drawing attention to the structural limitations of endeavours to entirely depoliticize appointment mechanisms, this article proposes an alternative model of institutional design. In lieu of a fully apolitical model, it advances a calibrated institutional framework that accommodates circumscribed political participation while embedding robust safeguards against partisan capture. The proposed design aspires to strike a delicate equilibrium between democratic legitimacy and judicial independence, without hindering the participatory role of elected institutions. Rather than merely suppressing political influence, the model aspires to channel it through structured, transparent, and counterbalanced mechanisms. Nonetheless, the normative desirability and empirical efficacy of such an architecture are subject to contestation. Concerns may arise regarding its potential ramifications on public confidence, the depth of judicial activism it permits, and the representational fairness embedded within its allocation formula. Moreover, critics might object to the structural complexity of the proposal or to the seemingly disproportionate empowerment of minority political actors. While the framework remains vulnerable to such criticisms, this study maintains that, notwithstanding its imperfections, it presents a more viable and normatively defensible alternative to both hyper-politicized systems and absolutist depoliticization paradigms. Importantly, the model is not conceived as a universally transplantable blueprint; instead, it calls for rigorous contextual calibration, sensitive to the particularities of each jurisdiction's constitutional traditions and political culture.

Keywords: Constitutional jurisdiction, constitutional court, binding nature and supremacy of the constitution, establishment of the constitutional court, democratic legitimacy of constitutional jurisdiction.

GİRİŞ

Modern anayasa yargısının kurumsal mimarisi, yalnızca normatif düzenin koruyuculuğuyla sınırlı kalmayan, aynı zamanda siyasal sistemin dengelenmesinde stratejik bir aktör işlevi gören karmaşık bir yapıyı haizdir. Bu bağlamda, anayasa mahkemelerinin teşekkül biçimleri, yalnızca hukuki saiklerin değil, aynı zamanda siyasal dizaynların da iz düşümüdür. Elinizdeki çalışma, anayasa yargısının oluşum süreçlerinde “apolitik yeterlilik” ile “politik meşruiyet” arasında kurulması zaruri olan ince stratejik dengeyi, kuramsal ve karşılaştırmalı bir perspektiften analiz etmeyi amaçlamaktadır. Zira anayasa mahkemelerinin üyelerinin belirlenmesinde benimsenen yöntemler, yalnızca yargısal bağımsızlığı ve tarafsızlığı değil, aynı zamanda anayasal plüralizmin sürdürülebilirliğini de doğrudan etkilemektedir. Bu inceleme, anayasa mahkemelerinin normatif özerkliği ile siyasal sistem içindeki işlevselliği arasında kurulan gerilim hattını; kuvvetler ayrılığı, demokratik meşruiyet, yargısal aktivizm ve kurumsal denge kavramları ekseninde tartışmaya açmakta ve anayasa yargısının oluşumuna ilişkin tasarım tercihlerinin demokratik anayasal devlet ilkesine etkilerini derinlemesine irdelemektedir.

Anayasa mahkemelerinin demokratik sistemlerde bireysel hakların korunması için en iyi araçlar olduğu yönündeki geleneksel görüş sorgulanmaktadır. Komünizmin çöküşünün ardından Orta ve Doğu Avrupa'da ortaya çıkan en son aktivist anayasa mahkemeleri dikkatlice incelendiğinde, bu mahkemeler otomatik olarak “iyi bir güç” olarak görülmemektedir. Aksine, modern dünyada anayasa yargısı denetiminin geniş kapsamlı karşılaştırmalı ve teorik bir analizine dayalı olarak eleştirel bir incelemeye tabi tutulması ifade edilmektedir. Orta ve Doğu Avrupa bölgelerinde, bu mahkemelerin anayasal hakları koruma konusundaki sicillerinin karışık olduğu ve bu mahkemelerin demokratik katılımın canlılığı ile tartışmalı konularda kamuoyunun söylemi üzerindeki etkilerinin genellikle olumsuz olduğu iddia edilmektedir. Anayasal

demokrasilere ilişkin yargısal sınırlamaların uygulanmasına yönelik genellikle sorgusuz sualsiz bir heyecanı yeniden düşünmenin gerekli olduğu savunulmaktadır. Sonuçta, tüm düşünceler anayasalizm ile demokrasi arasındaki temel dengeyi nasıl kuracağımız sorusunun özüne inmektedir. Orta ve Doğu Avrupa'daki canlı ancak kusurlu demokrasiler, bu soruyu sormak ve geleneksel yanıtları test etmek için ilginç bir zemin sunmaktadır¹.

2024 yılı itibarıyla Avrupa Konseyi'ne üye 46 devletten 31'inde anayasal yargılama yetkisini haiz uzmanlaşmış mahkemeler, demokratik sistemin temel direklerinden biri olarak anayasal normların ihlal edilmesini önleme ve anayasa karşısında seçilmiş organların yetki sınırlarını belirleme işlevini yerine getirmektedir. Bu mahkemeler; yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki yetki dağılımının korunmasını sağlamakla kalmayıp, seçim süreçlerinin hukuki meşruiyetini denetleyerek demokratik iradenin şekillenmesini güvence altına almaktadır. Bununla birlikte, Avrupa'nın pek çok ülkesinde anayasa mahkemeleri, yasama faaliyetlerine müdahale ederek normatif düzenlemelerin anayasal sınırlarını çizmeye, yasama organlarının yetki aşımını denetlemeye ve kamusal politika süreçlerini anayasal değerler doğrultusunda yeniden yapılandırmaya yönelik yetkiler icra etmektedir. Aynı zaman-

1 Sadurski, W. (2008). *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht: Springer, ss. 13-20. Son yıllarda Avrupa'da anayasa mahkemesi üyelerinin atama sürecinin giderek daha apolitik hale gelmesi, bu uygulamanın anayasa mahkemelerinin işlevselliği üzerinde olumsuz etkiler doğurmasına yol açmıştır. Apolitik bir yaklaşımın benimsenmesi, anayasa mahkemelerinin verimli bir biçimde çalışabilmesi için gerekli olan çeşitliliği ve uzmanlık birikimini engelleyebilir. Bunun yerine, atama süreçlerinin stratejik bir biçimde politikleştirilmesi, daha etkili ve bağımsız bir anayasa yargısı sağlanması için bir çözüm olarak öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda, Avrupa'daki çeşitli uygulamalardan beslenen bir şablon önerisi, atama süreçlerinin daha sağlıklı bir şekilde yapılandırılmasına olanak tanıyabilir. Bu yaklaşım, Avrupa'daki anayasa mahkemesi reformlarının geleceğini şekillendirecek önemli sonuçlar doğurabilir. Sethi, A. (2025). "Politicising Constitutional Court Appointments in Europe", *European Constitutional Law Review*, s. 1.

da, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin, demokratik konsolidasyonu sağlama ve hukukun üstünlüğünü tahkim etme politikalarının merkezinde konumlandığı bu yargı organları, yeni demokratikleşen Avrupa devletlerinde anayasal istikrarın sağlanması açısından temel bir yapı taşı niteliğindedir².

Anayasa mahkemeleri, günümüz dünyasında demokratik

-
- 2 Anayasa mahkemesine sahip olmayan 15 yargı yetkisi alanı şunlardır: Kıbrıs, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Yunanistan, İzlanda, İrlanda, Lihtenştayn, Monako, Hollanda, Norveç, San Marino, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık. Merkeziyetçi sistemlerde anayasal yargılama, uzmanlaşmış anayasa mahkemeleri tarafından yürütülürken, adem-i merkeziyetçi sistemlerde bu görev, yüksek mahkemeler de dâhil olmak üzere, olağan mahkemelere düşmektedir. Bu iki sistem arasında önemli farklılıklar bulunmakta olup, bu durum bir siyasi yapıda anayasal yargılama üzerinde çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, analitik netlik sağlamak amacıyla, bu analizimizde Avrupa'daki 15 adem-i merkeziyetçi sistemi bilerek kapsam dışında bıraktık. Bu makalede "Avrupa" (ve benzeri terminolojiler) terimi, 46 Avrupa Konseyi üyesi devleti kapsamaktadır; bunlardan 27'si aynı zamanda AB üyesi olup, 11 AB üyesi olmayan devlet ise AB üyeliğine adaydır. Her ne kadar Avrupa coğrafi olarak daha geniş bir ülke listesini içerse de bu çalışmanın odağı, anayasal yargılama bağlamında Avrupa Konseyi üyesi devletlerle sınırlıdır. Merkeziyetçi Kelsenci yargısal denetim sistemi iki temel varsayıma dayanır. Bu sistem, anayasa denetimi yetkisini genellikle anayasa mahkemesi olarak adlandırılan tek bir yargı organında toplar ve bu mahkemeyi, geleneksel yargı organlarının yapısının dışında konumlandırır. Bu sistem, Amerika Birleşik Devletleri'nin yayılmış denetim sisteminden bir asırdan fazla bir süre sonra ortaya çıkmış olsa da özellikle Avrupa'da, anayasal koruma ve denetimin yaygın olarak kabul edilen bir biçimine dönüşmüştür. Bugün, anayasa mahkemeleri, medeni hukuk sistemine sahip Batı Avrupa'nın çoğu ülkesinde bulunmaktadır; Hollanda ve İskandinav ülkeleri ise önemli istisnalardır. Anayasa mahkemeleri, Estonya hariç, Doğu Avrupa'daki neredeyse tüm yeni demokrasilerde de bulunmaktadır. Hatta, geleneksel olarak yasaların yargısal denetimini kabul etmeye isteksiz olan Fransa, Conseil Constitutionnelini gerçek bir anayasal yargı organına dönüştürmüştür. Bu makalede, Avrupa ülkelerinin neden Amerika Birleşik Devletleri'nin yargısal denetim modelini kabul edemedikleri veya kabul etmeye istekli olmadıkları tartışılmayacaktır. Bunun başlıca nedenleri, Atlas Okyanusu'nun her iki tarafındaki siyasi ve anayasal kültürlerdeki derin farklılıklarda yatmaktadır. Merkeziyetçi yargısal denetim sistemi, Avrupa'nın güçler ayrılığı anlayışına, medeni hukuk yaklaşımına ve yargı içtihatlarının rolüne daha uygun olup, son olarak, geleneksel medeni hukuk mahkemelerinin otoritesine ve yargıçlarının psikolojisine de daha yakındır. Ayrıca, yargısal denetimin, otoriter yönetim dönemlerinin ardından demokratikleşme önlemlerinden biri olarak kabul edildiği birçok Avrupa ülkesinde, mevcut mahkemeler, yapısal bağımsızlık ve entelektüel cesaret konusunda yeterli garantiler sunamıyordu. Bkz. Sethi, A. (2025). ss. 1-2; Bkz. Garlicki, L. (2007). "Constitutional Courts Versus Supreme Courts", *International Journal of Constitutional Law*, C. 5., S. 1., ss. 44-45.

rejimlerin temel ve vazgeçilmez kurumları olarak kabul edilmektedir. Bu mahkemeler, var oldukları her ülkede çoğunlukla demokratik yönetim biçiminin ve liberal toplumların temel taşı oluşturan insan haklarının korunmasını sağlayan nihai teminatlar olarak algılanmaktadır. Ancak yüksek düzeydeki bu fonksiyonlarına rağmen anayasa mahkemeleri sıklıkla eleştirilere ve polemiklere konu olmakta, bu da onların hukuki ve toplumsal meşruiyetine dair önemli soru işaretleri doğurmaktadır. Kelsenci türündeki anayasa mahkemelerinin işlevselliği ve verimliliği üzerine, demokratik sistemlerde hukuki ve siyasi çekişmeler sürmektedir. Bunun temel sebeplerinden biri, bu tür mahkemelerin yapılarının, hem demokrasi ve insan haklarının güçlü bir şekilde korunması hem de yargı bağımsızlığı ile anayasal kısıtlamaların eş zamanlı olarak sağlanması gibi birbirine zıt olan taleplerle uyumlu hâle getirilmesinin güç olmasıdır. Bu makale, mevcut anayasa mahkemesi tasarımına hâkim olan geleneksel anlayışa karşı bir eleştiri getirmekte ve bu üç temel değerin Kelsenci kurumların yapısına dair reformlarla dengelenmesine yönelik yenilikçi bir öneri sunmaktadır. Bu öneri, anayasal kısıtlamayı kurumsallaştırmayı ve mahkemelerin iç işleyiş normlarına entegre etmeyi hedeflerken aynı zamanda anayasal yargıçların siyasi etki alanlarından arındırılmasını sağlamak için atama süreçlerine dair bir reform öngörmektedir. Bu iki reformun birleşik etkilerinin, anayasa mahkemelerini daha bağımsız hâle getireceği ve demokratik bir siyasi topluluğun temel değerlerini koruma kapasitesini artıracığı, aynı zamanda demokratik olarak seçilmiş yasama organına karşı anayasal saygıyı da güçlendireceği savunulmaktadır³.

3 Anglo-Amerikan anayasal yapısında, yargısal denetim ve denge mekanizmaları, özgürlüklerin teminatı olarak sıklıkla ele alınmaktadır. Bu denetimlerin ve dengelerin sağlanmasında yargının rolünü iki şekilde tanımlanır: yargı bağımsızlığı ve anayasal denetim. Teorik olarak, yargı bağımsızlığı ve anayasal denetim farklı şekillerde işler. Yürütme, yargıçlar üzerinde kontrol sahibi olmadığında, yargıçlar yürütmenin isteklerine karşı daha az taraflı olurlar. Alexander Hamilton'a göre, "yargının sağlamlığı ve bağımsızlığı için ofiste süreklilikten daha fazla katkıda bulunan hiçbir şey yoktur" (Federalist Papers, no. 78). Yargı bağımsızlığının, hükümetin

I. ANAYASA MAHKEMELERİNİN SİYASAL SÜREÇLER MARİFETİYLE TEŞEKKÜL ETTİRİLMESİNE AKADEMİK BAKIŞ

Bir anayasa mahkemesinin işleyişi, yalnızca kurumsal yapısına değil, aynı zamanda toplumsal, siyasal ve kültürel faktörlere de bağlı olarak şekillenir. Anayasa mahkemelerinin işleyişine etki eden pek çok yapısal öge mevcuttur. Bunlar arasında üyelerin sayısı, görev süreleri, görevde kalma koşulları ve mahkemenin yargı yetkilerinin kapsamı gibi unsurlar yer almaktadır. Fakat en belirleyici faktör, şüphesiz, yargıçların atanma biçimidir. Yargıç atamaları meselesi bağlamında, anayasa mahkemelerinin ilk uygulamalarında yalnızca seçilmiş organlar anayasa mahkemesi üyelerini belirleme yetkisine sahipti. Ancak zamanla anayasa mahkemelerinin rolü büyüdükçe yargıçları tamamen siyasi organlar tarafından atanan

kendisinin bir davacı olduğu durumlarda, örneğin devletin mülk alımları gibi, mülk ve siyasi hakların güvence altına alınması açısından açık bir değeri vardır. Ancak yargı bağımsızlığı, yalnızca özel alandaki davalarda da toplumsal açıdan değerlidir. Yargı bağımsızlığı ve anayasal denetim teorik açıdan farklı işlevlere sahiptir. Yürütme organı, yargıçlar üzerinde bir kontrol mekanizmasına sahip olmadığında, yargıçlar, yürütmenin taleplerine daha az eğilimlidirler. Alexander Hamilton'a göre, "yargının sağlamlık ve bağımsızlık açısından en büyük katkısı sağlayan unsur, görevdeki sürekliliktir" (Federalist Papers, no. 78). Yargı bağımsızlığı, hükümetin taraf olduğu davalarda, örneğin devletin mülk alımı durumlarında, mülk ve siyasi hakların korunması açısından açık bir şekilde önemli bir rol oynar. Ancak yargı bağımsızlığı, yalnızca özel sektördeki anlaşmazlıklarda da toplumsal fayda sağlar; özellikle de bir tarafın politik bağlantıları olduğunda ve yürütme, mahkemeden müttefikine ayrıcalık tanımamasını istediğinde, bağımsızlık büyük önem taşır. Genel olarak, yargı bağımsızlığı, ekonomik ve siyasi özgürlükleri destekler; ekonomik özgürlüğü, devletin mülk alma girişimlerine karşı koyarak, siyasi özgürlüğü ise muhalefet baskılarına karşı koyarak savunur. 17. yüzyıl İngiltere'sinde, kralın kontrol ettiği ve hem rakiplerinin mülklerini el koymak hem de siyasi eleştiriye engellemek amacıyla iftira yasaları aracılığıyla kullandığı kraliyet ayrıcalıkları mahkemelerine karşı verilen mücadele, yargı bağımsızlığının temellerinin atılmasında belirleyici bir rol oynamıştır. Bkz. La Porta, R., López-de-Silanes, F., Pop-Eleches, C. ve Shleifer, A. (2004). "Judicial Checks and Balances", *Journal of Political Economy*, C. 112., S. 2., ss. 445-447; bkz. Castillo-Ortiz, P. (2020). "The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions", *Law and Philosophy*, C. 39., S. 5., ss. 617-618.

anayasa mahkemeleri genellikle, etkili anayasa yorumları yapabilme yeteneğinden yoksun olarak değerlendirilmiştir. Bu durumu açıklamak için üç temel sebep öne sürülebilir. Birinci olarak, politik yöntemle yapılandırılmış anayasa mahkemele-ri, genellikle “tarafsızlık” ilkelerini ihlal ettikleri için bağımsızlıklarını kaybetmiş olarak algılanmaktadır. Günümüzde tarafsızlık, mahkeme önünde bulunan ideolojilere, görüşlere ya da taraflara haksız avantaj tanımamayı ifade eder ve bu, yargı bağımsızlığının ayrılmaz bir parçasıdır⁴.

Anayasa yargısının kurumsal bağımsızlığı yalnızca yürütme ve yasama organlarının doğrudan müdahalelerinin yokluğuyla sınırlı biçimde değerlendirilemez. Zira anayasa mahkemesinin dışsal baskılardan azade olması, mahkemenin içsel tarafsızlığını garanti etmeye yetmemektedir. Özellikle siyasal tercihlerin belirleyici olduğu atama usulleriyle şekillen-ilen anayasa mahkemeleri, yargıçların bireysel görüşlerinin ve normatif yaklaşımlarının, onları atayan siyasi aktörlerle örtüşmesi ihtimali nedeniyle, yapısal bir tarafgirlik riski taşır. Atama yetkisinin ağırlıklı olarak yürütme veya yasama çoğunluklarında temerküz ettiği sistemlerde, mahkeme üyeleri genellikle siyasal çoğunluğun değer dünyası ile paralellik gösteren bir yargı anlayışını benimsemektedir. Bu durum, anayasa mahkemelerini siyasal iktidarın doğrudan bir uzantısı hâline getirmese bile, mahkemelerin iktidarın politik vizyonu

4 Eğer uygun bir şekilde yapılandırılırsa, anayasa mahkemesi yargıç atama süreci, çok çeşitli politik grupların rol oynadığı, nispeten bağımsız bir mahkemenin kurulmasına katkı sağlayabilir. Bu da mahkemeye yönelik bir siyasal yatırım duygusu yaratır ve politik aktörlerin mahkemenin kararlarına saygı duymalarını, meşruiyetini sorgulamak yerine, onları kabul etmelerini teşvik eder. Anayasa mahkemesi atama sürecinin tasarımı, üç temel prensibe dayanmalıdır: (1) farklı politik grupların geniş katılımı; (2) yargıçları atama ve görevden alma yetkilerinin paylaşılması; (3) yüksek hukuki bilgiye sahip yargıçların seçilmesini temin etmek amacıyla niteliklerin belirlenmesi; Choudhry, S. ve Bass, K. (2014). *Constitutional Courts after the Arab Spring: Appointment Mechanisms and Relative Judicial Independence*, International Center for Constitutional Transitions at NYU Law, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), s. 10; Sethi, A. (2025). s. 2.

örtüşen kararlar üretme eğilimini beraberinde getirebilir. Bu itibarla, mahkemenin yapısal teşekkülü ile yargısal tarafsızlığı arasında doğrudan bir nedensellik ilişkisi kurmak mümkündür. Sonuç olarak anayasa mahkemesinin siyasi aktörlerin etkisine açık bir atama mekanizmasıyla oluşturulması, yargısal karar süreçlerinde bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerini zedeleyebilecek sistemik bir risk doğurmaktadır⁵.

Siyasal erk tarafından teşekkül ettirilen anayasa yargısı organları, çoğu zaman demokratik meşruiyetin hem siyasi hem de toplumsal düzeyde inşa edilmesinde zorluk yaşamaktadır. Zira anayasa mahkemelerinin yargısal otoritesinin tanınması, yalnızca hukuki bir yetkinliğin varlığına değil; aynı zamanda bu kurumun karar alma kudretinin siyasi aktörler ve toplum nezdinde meşru addedilmesine de bağlıdır. Siyasal meşruiyet; yürütme, yasama ve siyasi partiler gibi karar alıcı pozisyonundaki aktörlerin anayasa yargısını tanımasını ifade ederken; toplumsal meşruiyet, daha geniş halk kitlelerinin ve siyasetin dışında kalan sivil oluşumların anayasa mahkemesini hukuk devleti ilkesine uygun ve adil bir mekanizma olarak görmesini gerektirir. Devletin yürütme ve mali kaynaklar üzerindeki iktidar araçlarından yoksun olan anayasa mahkemeleri için bu çift yönlü meşruiyet, yargısal denetimin etkinliğini ve kararlarının icrasını güvence altına alan başlıca dayanaklardan biridir. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin seçilmiş siyasi organların tasarruflarını denetleyebilmesi ve bu denetime ilişkin kararlarının bağlayıcılığını sağlayabilmesi, büyük ölçüde onun kamusal ve siyasi alanda sahip olduğu meşruiyet zeminine bağlıdır⁶.

5 Tridimas, G. (2010). "Constitutional Judicial Review and Political Insurance", *European Journal of Law and Economics*, C. 29., ss. 81-84; Sethi, A. (2025). s. 3.

6 Anayasa yargısının kurumsal meşruiyeti, yalnızca normatif yetki devriyle değil, aynı zamanda bu yetkinin toplumsal ve siyasi bağlamda kabul görmesiyle inşa edilebilecek kırılgan bir dengeye yaslanır. Bu çerçevede anayasa mahkemeleri, ne demokratik temsilin doğrudan bir tezahürü olan halk oyu yoluyla seçilmekte, ne de yürütme erki gibi icra yetkisiyle donatılmaktadır. Dolayısıyla, Montesquieu'nun klasik kuvvetler ayrılığı

Anayasa mahkemelerinin siyasal süreçler marifetiyle teşek-
kül ettirilmesi, doğrudan rejime sadık kadroların tayin edil-
mediği hâllerde dahi, kurumsal meşruiyet açısından yapısal
sorunlar doğurmaktadır. Anayasal yargının bu şekilde siyasal
iktidar konfigürasyonlarına bağlı olarak şekillendirilmesi, yü-
rütme çoğunluğunu elinde bulunduran koalisyonlar ile bü-
yük ölçekli siyasi blokların yargı organı üzerindeki belirleyici
etkisini pekiştirmektedir. Bu durum, atama süreçlerine nüfuz
edemeyen yahut mahkemenin çoğunluğunu belirleyemeyen
siyasi aktörlerin anayasa yargısına yönelik eleştirel tutumlar
benimsemelerine neden olmakta, temsil ettikleri toplumsal

teorisinde “ne kılıcı ne de keseyi” elinde tutmayan yargı organları arasında
yer alan anayasa mahkemeleri açısından, meşruiyet kaynağı olarak
görünür güçten ziyade, görünmez kabul ve rıza ilişkileri belirleyici hâle
gelir. Bu bağlamda iki düzeyli bir meşruiyet ayrımı yapılabilir: Siyasal
meşruiyet, anayasa mahkemesinin varlık ve fonksiyonlarının yürütme
ve yasama organları gibi seçilmiş erkler tarafından içselleştirilmesini
ifade ederken; toplumsal meşruiyet, daha geniş bir anlamda, toplumun
değişik kesimlerinin, sivil toplum kuruluşlarının ve kamuoyunun anayasa
yargısına yönelik güven duygusuyla ilgilidir. Bu ikili meşruiyet, anayasa
mahkemesinin demokratik meşruiyeti ikame etme kapasitesi ile doğrudan
bağlantılıdır. Çünkü seçilmiş organlarca alınan kararların iptali yahut
sınırlandırılması gibi yüksek siyasal etkiler doğuran yargısal işlemler,
ancak yargı organının kararlarının adil, tarafsız ve anayasal değerlerle
uyumlu olduğu yönünde genel bir kanaat mevcutsa, toplumsal dirence
maruz kalmadan uygulanabilir. Kısacası, anayasa mahkemelerinin hukuki
kararlarının pratikte bağlayıcılık ve etki üretmesi, bu mahkemelerin
pozitivist normlara dayanmasının ötesinde, siyasal toplum içerisinde
tanınan, kabul edilen ve rıza gösterilen aktörler olarak konumlanmalarına
bağlıdır. Meşruiyetin bu yönü, anayasal devlet düzeninde yargı
bağımsızlığının yalnızca hukuksal bir ilke değil, aynı zamanda toplumsal
bir inşa süreci olduğunu da gözler önüne serer. Bkz. Stone Sweet, A.
(2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford
University Press, ss. 27-28; Shapiro, M. (1981). *Courts: A Comparative and
Political Analysis*, University of Chicago Press, ss. 1-3; Sethi, A. (2025).
ss. 3-4; De Visser, M. (2023). *Constitutional Courts Securing Their
Legitimacy: An Institutional-Procedural Analysis*, içinde Bogdandy, A.
V. ve diğerleri (Eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law:
Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*,
Oxford University Press, s. 223; Vanberg, G. (2015). “Constitutional Courts
in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment”, *Annual Review of
Political Science*, C. 18., S.1., s. 167; Sternberg, S., Brouard S. ve Hönnige
C. (2022). “The Legitimacy-Confering Capacity of Constitutional Courts:
Evidence from a Comparative Survey Experiment”, *European Journal of
Political Research*, C. 61., S. 4., ss. 973-974.

kesimlerde ise anayasal yargıya dair güven bunalımını derinleştirmektedir. Neticede bu gelişmeler, anayasa mahkemesinin hem normatif hem de sosyolojik meşruiyet temellerini aşındırmaktadır. Bunun yanı sıra, yüksek yargı organlarının ideolojik yakınlık temelinde oluşturulması, siyasal alan içerisinde rekabet üstünlüğü sağlayan bir araç olarak görüldüğünden, anayasa mahkemesi kompozisyonuna ilişkin siyasal çatışmalar kaçınılmaz hâle gelmektedir. Bu bağlamda yargıç atamalarına ilişkin tartışmalar, anayasal denetim işlevinin asli mahiyetinden uzaklaşarak mahkemeyi adeta bir partizan rekabet alanına dönüştürmektedir. Anayasal yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına dair kamu algısı da bu süreçte ciddi biçimde erozyona uğramaktadır. Nihayetinde bu tür politikleşmiş atama süreçleri, mahkemenin kurumsal işleyişini sekteye uğratmakta, karar yeter sayısına ulaşamaması yahut mahkemenin eksik kadro ile faaliyette bulunmak zorunda kalması gibi yapısal tıkanmalara neden olmaktadır⁷.

7 Avrupa anayasal yargı sistemlerinde, özellikle Almanya, İtalya ve post-komünist Orta Avrupa ülkelerinde gözlemlenen kurumsallaşmış siyasal atama pratikleri, anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetiyle doğrudan ilişkili bir tartışma alanı haline gelmiştir. Anayasa mahkemelerinin kompozisyonuna ilişkin olarak yürütme, yasama ve kimi zaman yargı organları arasında paylaştırılan atama yetkisi, teoride kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilse de pratikte bu süreçlerin çoğunlukçu siyasal yapılar tarafından tek taraflı biçimde yönlendirilmesi, anayasal yargının tarafsızlığına yönelik ciddi tereddütler doğurmaktadır. Bu bağlamda, atama süreçlerinde dışlanan veya yeterli temsil elde edemeyen siyasi grupların, anayasa mahkemelerine yönelik güvensizlik ve eleştirel yaklaşımları sadece siyasal elitler nezdinde değil, bu grupların sosyolojik tabanlarında da mahkemeye karşı meşruiyet krizini tetiklemektedir. Özellikle Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'nin iki dairesine yargıç atamalarında sağlanan nispi uzlaşısı, diğer birçok Avrupa ülkesinde bulunmamakta ve bu eksiklik, mahkemelerin partizanca kontrol edilmeye çalışıldığı yönündeki algıları beslemektedir. Üstelik, anayasa yargısına ideolojik yakınlık temelinde yapılan atamaların, yürütme lehine sonuç doğuran kararlar üretme potansiyeli taşıması, mahkemeyi siyasal bir enstrümana dönüştürme riskini doğurmakta; bu da anayasa mahkemesinin toplumsal meşruiyetini derinden sarsmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da bu noktada önem arz etmektedir; zira tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri, yalnızca fiilî etki değil, görünüş bakımından da sağlanması gereken temel güvencelerdendir. Bu nedenle, siyasal atama krizlerinin yol açtığı tıkanmalar ve meşruiyet erozyonu, sadece ulusal düzeyde değil, Avrupa kamu hukuku sistematığı içinde de

Üçüncü olarak, anayasa mahkemelerine yapılan atamaların partizanca sadakat temelinde gerçekleştirilmemesi gerektiği yönündeki normatif beklentiye rağmen, küresel ölçekte anayasal demokrasilerin aşınmakta olduğu çağdaş bağlamda, uygulamada sıklıkla bu beklentinin ihlal edildiği görülmektedir. Demokratik meşruiyet sınırları içinde faaliyet göstermesi gereken anayasa mahkemeleri, siyasi aktörlerin müdahalesine açık hâle geldiğinde, asli işlevi olan norm denetimi yerine, iktidar sahiplerinin hukukilik görüntüsü altında otoriterleşme süreçlerini meşrulaştıran birer araç hâline gelebilmektedir. Bu tür kurumsal dönüşümler, mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen ve “istismara açık yargısal denetim” pratikleriyle sonuçlanan bir yargılama biçimini ortaya çıkarır. Özellikle mahkemelerin “ele geçirilmesi” veya “paketlenmesi (iradesinin şekillendirilmesi)” suretiyle anayasa yargısı işlevi, iktidarın meşruiyetini sorgulamak yerine onu takviye eden bir zemine dönüşmektedir. Bu gelişmelerin yarattığı meşruiyet krizine yanıt olarak Avrupa anayasa yargısında yargısal bağımsızlığı güçlendirmeye ve siyasi etkilerden arındırmaya yönelik yapısal reformlara yönelme eğilimi gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda, Venedik Komisyonu gibi uluslararası norm üretici mekanizmaların öncülüğünde, anayasa mahkemelerinin siyasal müdahaleye kapalı biçimde yapılandırılması gerektiği yönünde kurumsal bir mutabakat oluşmuştur. Avrupa Birliği üyelik sürecinde de yargının siyasetten bağımsız olması, üyelik için ön koşul olarak kabul edilmiştir. Başlangıçta bu amaç, sınırlı sayıda anayasa yargıcının, siyasi yapıdan özerk yargı organları veya yargıç ağırlıklı kurullar tarafından atanması yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak günümüzde bu anlayış, daha radikal bir biçimde yeniden şekillenmiş ve anayasa mahkemelerinde görev yapacak tüm üyelerin seçiminde, yal-

giderek daha fazla sorgulanan bir yapısal sorunsal halini almıştır; Sethi, A. (2025), s. 4; Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, s. 148 vd.; Shapiro, M. (1981). *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press, s. 63; Stone Sweet, A. (2000). s. 195.

nızca siyasi etkilerden bağımsız kurumların belirleyici olması gerektiği yönünde normatif bir çerçeve benimsenmiştir. Nitekim bugün Avrupa'daki anayasa yargısı sistemlerinin çoğunluğunda, bu tür kurumsal siyaset dışılaştırma düzenlemeleri yürürlüğe girmiştir⁸.

Akademik çevrelerde, Avrupa'da siyasetten arındırılma eğilimlerinin genel bir dönüşüm gösterdiği ve bu olgunun anayasa mahkemeleri dışında pek çok farklı alanda da gözlemlendiği uzun zamandır tartışılmaktadır. Ayrıca, alt yargı organlarının siyasetten arındırılması yönünde de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak anayasa mahkemelerinin siyasetten arındırılması konusu genellikle ihmal edilmiştir. Bugün ise anayasa mahkemelerinin karar verme süreçlerine dair kapsamlı bir ampirik, karşılaştırmalı ve teorik literatür birikimi bulunmaktadır. Bu da anayasa mahkemelerinin siyasetten arındırılması yönündeki artan eğilimi sorgulanabi-

8 Anayasa mahkemelerine yapılan atamaların partizanca sadakat temelinde gerçekleştirilmemesi gerektiği yönündeki normatif beklentinin, otoriterleşme süreçleriyle nasıl zedelendiği üzerine bkz. Landau, D. (2013). "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, C. 47., S. 1., ss. 213-217. Yazar, mahkemelerin iktidar lehine araçsallaştırılmasını "istismara açık yargısal denetim" olarak tanımlar. Mahkemelerin "ele geçirilmesi" veya "paketlenmesi" kavramlarıyla ifade edilen süreçlerin anayasa yargısını nasıl etkisizleştirdiğine ilişkin analiz için bkz. Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford University Press, ss. 134-138. Sadurski, bu tür kurumsal dönüşümlerin yargının bağımsızlığını sistemli biçimde zedelediğini vurgular; Sethi, A. (2025). s. 5; Avrupa anayasa yargısında yargısal bağımsızlığı güçlendirmeye yönelik reform arayışları ve Venedik Komisyonu'nun bu süreçteki rolü hakkında bkz. Venice Commission. (2010). *Report on the Independence of the Judicial System: Part I: The Independence of Judges* (CDL-AD (2010)004), ss. 8-12. Raporda, anayasa mahkemelerinin yapısının siyasi müdahaleye kapalı olması gerektiği vurgulanır. Avrupa Birliği üyelik sürecinde yargının siyasetten bağımsız olması gerektiği yönündeki normatif çerçeveye ilişkin değerlendirme için bkz. European Commission (2020). *Rule of Law Report: The rule of law situation in the European Union*, ss. 3-4. Rapor, özellikle aday ülkelerde yargı atamalarında siyasi etkiden arınmış mekanizmaların kurulmasını üyelik ön koşulu olarak belirler; Castillo-Ortiz, P. (2019). "The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe" *European Constitutional Law Review*, C. 15., S. 1., s. 48; Landau, D. ve Dixon, R. (2020). "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy" *University of California Davis Law Review*, C. 53., S. 4., s. 1318.

lir kılmaktadır. Makalemiz, Avrupa'daki anayasa mahkemesi atamalarının siyasetten arındırılması eğilimlerini eleştirel bir biçimde incelemekte ve Avrupa'da bu tür bir siyasetten arındırılmanın beklentileri karşılamadığını iddia etmektedir. Ayrıca, siyasetten arındırılmış atama süreçlerine dayalı reform modellerinin kendi içerdiği eksiklikleri aşma konusunda hâlâ yetersiz kalacağını savunmaktayız. Buna karşın makalemiz, anayasa mahkemesi atamalarının stratejik bir şekilde siyasallaştırılmasını (ya da seçilmiş organların anayasa mahkemesi atamalarındaki rollerini sürdürmelerini) desteklemektedir. Sonuç olarak kanaatimizce, seçilmiş organların rollerini ortadan kaldırmadan veya daraltmadan anayasa mahkemelerinin inşasında nispeten optimal bir şablon oluşturulması önerilebilir. Burada, optimal bir anayasa mahkemesinin, tarafsızlık bakımından dengeye sahip, yeterli bir sosyal ve siyasi meşruiyete sahip ve ele geçirilmesi ya da iradesinin şekillendirilmesi gibi olumsuzluklara karşı dirençli olduğu varsayılmaktadır. Yukarıda belirtilen unsurlar, anayasa mahkemesinin anayasal kararlar alabilmesi için kritik öneme sahiptir. Bir optimal anayasa mahkemesinin, yalnızca bu üç temel özelliğe sahip olmasının yeterli olmadığı, bunun yanı sıra ihtiyatlılık, uygun yargı yetkileri, kapsamlı onarıcı yetkiler ve şeffaflık gibi ek nitelikleri de taşıması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu makale, minimal bir tanım benimsemekte ve bu üç temel özelliğin eksik olduğu bir anayasa mahkemesinin, gerekli olan diğer özellikleri de taşımadığını savunmaktadır. Bu durumda, söz konusu ek özellikler ya gereksiz hâle gelecek ya da bu ek özelliklerin elde edilmesi imkânsız olacaktır⁹.

9 Sethi, A. (2025). ss. 5-6. Anayasa yargısının normatif mahiyetteki bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin teorik beklenti, demokratik meşruiyete sahip siyasal erklerin, anayasa mahkemelerine doğrudan kişisel sadakat ilişkisiyle bağlı bireyleri değil, yalnızca belirli ölçüde ideolojik yakınlık taşıyan ancak kurumsal özerkliğe riayet edecek yargıçları ataması yönünde şekillenmiş olsa da, bu beklenti, anayasal demokrasilerin normatif ve kurumsal parametrelerinde gözlemlenen küresel gerileme eğilimi karşısında, büyük ölçüde formel bir temenniden ibaret kalmaktadır. Anayasa mahkemelerinin kompozisyonunun siyasal iktidar tarafından tayin edilmesi, bu yargı organlarının denetleyici ve frenleyici işlevini sekteye uğratarak,

Bir anayasa mahkemesinin mükemmel düzeyde işleyiş göstermesi, teorik açıdan ulaşılabilir bir hedef değildir. Bu sebeple, burada kullanılan “görelî optimal” terimi, tam anlamıyla kusursuz bir mahkeme modelinin mümkün olamayacağını vurgulamaktadır. Hiçbir atama mekanizması; tarafsızlık, meşruiyet ve siyasi kontrolün etkilerinden bağımsızlık gibi üç temel özelliği aynı anda kusursuz şekilde optimize edemez. Dolayısıyla bu çalışmada optimal kavramı, tamamen mükemmel bir kurumdan ziyade, kabul edilebilir bir denge sağlayarak anayasa mahkemesinin tarafsızlık, meşruiyet ve siyasi etkilerden korunma gibi ana fonksiyonları etkin bir biçimde yerine getirmesini amaçlayan bir yapıyı ifade etmektedir. Anayasa mahkemesi üyelerinin yasama organındaki siyasi partiler ve/veya gruplar tarafından atanacağı bir şablon önermekteyiz. Bu atamalar, her siyasi aktörün aldığı oy oranına orantılı olarak gerçekleştirilmekte olup, her parti ve grup sadece anayasa mahkemesinin toplam yargıç sayısının yarısına kadar aday gösterebilecektir. Ancak bu atamaların geçerliliği, siyasi partiler ve gruplar arasındaki kapalı oturumlarda gerçekleştirilen onaylama süreçlerine tabidir. Bu süreçler, konsensüs temelli oylama yöntemleriyle yürütülür ve gizli oyla belirlenir. Bu temel kuralların ötesinde makalemiz, şablonun farklı anayasal sistemler ve şartlar için nasıl özelleştirilebileceği konusunda ek öneriler sunmakta olup mevcut sistemle-

mahkemelerin araçsallaştırılmasına ve asli fonksiyonlarına içkin normatif yükümlülüklerden sapmasına zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, anayasa mahkemeleri, kurumsal olarak doğrudan siyasal sadakat temelli kadro tahkimatı ile ‘paketlenmekte’ ya da kurumsal bütünlükleri, iktidarın stratejik müdahaleleriyle ‘ele geçirilmekte’ (institutional capture) ve nihayetinde anayasal denetimin asli amacı olan normatif sınırlamanın aksine, iktidarın anayasa dışı veya anayasal sınırları zorlayan eylemlerine meşruiyet kisvesi kazandıran bir onay mekanizmasına evrilmektedir. Bu türden bir mahkeme mimarisi, anayasa yargısının ‘istisnai denetim’ yetkisini, ‘istismar edici yargısal denetim’ (abusive constitutional adjudication) formunda yeniden kurgulamakta; böylece mahkemeler, anayasa dışılığın kurumsal meşrulaştırıcısı konumuna indirgenmekte ve yürütmenin hukuk-dışı pratiğine biçimsel bir normatif zemin sağlamak suretiyle, anayasa normunun koruyucusu değil, onu araçsallaştıran bir aygıt dönüşmektedir. Bu çarpıcı görüşler için bkz. Castillo-Ortiz, P. (2019). s. 48; Landau, D. ve Dixon, R. (2020). s. 1318.

re göre daha sık uygulanabilir olduğunu savunmaktadır. Bu şablon, mükemmel olmamakla birlikte, anayasa mahkemesi kurulumunda daha etkin ve sürdürülebilir bir çözüm sunduğu için optimaliteyi teşvik edebilecek potansiyel taşımaktadır. Sonuç olarak makalemiz, Avrupa'daki anayasa mahkemesi reformlarına dair yeni ve ilham verici bakış açıları geliştirmeyi hedeflemektedir. Bu bağlamda, siyasi atamalarla yargıçlarını belirleyen sistemlere sahip olan diğer yargı bölgeleri için de bu önerilerin geçerliliği söz konusudur¹⁰.

-
- 10 Yargısal atamaların, anayasa mahkemelerinin kurumsal mükemmeliyetini temin etme noktasında önemli bir rol oynayabileceği doğru olmakla birlikte, yalnızca bu mekanizma aracılığıyla optimal bir anayasa yargısının tesisinin garanti edilemeyeceği aşikardır. Anayasa yargısının etkinliği, salt atama süreçlerinden bağımsız olarak, geniş bir tasarım çerçevesi ile sosyo-politik ve kültürel dinamiklerin kesişiminde şekillenen çok boyutlu faktörlere dayanmaktadır. Bu bağlamda, örneğin L. B. Tiede'nin "Hâkim Seçimi" başlıklı çalışmasında, yargıç seçim sürecinin temel önemi vurgulanmakta olup, L. Epstein ve diğerlerinin derlediği *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour* adlı eserinde yer alan ilgili analizler, söz konusu seçimin anayasa mahkemelerinin yapısal ve fonksiyonel bütünlüğü üzerindeki etkilerini gözler önüne sermektedir; Bununla birlikte, anayasa mahkemelerinin kurumsal tasarımı ve buna bağlı olarak atama süreçleri, genellikle sistemin içsel sınırlarıyla yüzleşmektedir. Örneğin, Macaristan örneğinde olduğu gibi, egemen bir siyasi partinin hükümetteki mutlak dominasyonu, anayasa mahkemesinin bağımsızlığını ve etkinliğini aşındırmakta, bunun neticesinde ise mahkemenin etkinliği, her ne kadar tasarımı ne kadar sofistike olursa olsun, ciddi şekilde kısıtlanmaktadır. Bu gibi senaryolarda anayasa mahkemesi, potansiyel olarak gerçekleşebilecek saldırılara veya kurumsal tasfiyelere karşı savunma mekanizmalarını devreye sokmakta ve bununla birlikte, erteleme stratejileri veya pasif defansif yaklaşımlar aracılığıyla varlığını sürdürme yoluna gitmektedir. Buna ek olarak bahsedilen yargı bölgeleri; Andorra, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Macaristan, Karadağ, Kuzey Makedonya, Polonya, Romanya, Slovakya ve Slovenya'yı kapsamaktadır. Mevcut durumda, Polonya'daki anayasa mahkemesinin yeniden yapılandırılması yönündeki önerilerin, gündemin önemli bir parçası haline geldiği gözlemlenmektedir. Bu reform teklifleri, yalnızca anayasa mahkemesinin yapısal olarak yeniden şekillendirilmesini değil, aynı zamanda kurumsal işleyişin ve ideolojik bağımsızlığın yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadır; Tiede, L. B. (2024). "Selecting Judges" içinde Epstein, L., Grendstad, G., Šadl, U. ve Weinshall, K. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*, Oxford University Press, s. 347; Issacharoff, S. ve Dixon, R. (2016). "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy", *Wisconsin Law Review*, S. 4., ss. 683-700; Sethi, A. (2025). s. 7.

İlerleyen adımlara geçmeden önce, bir açıklama yapılması zaruridir. Temel şablonlar, anayasa mahkemelerinin yapısının tasarımında yol gösterici bir başlangıç noktası olarak işlevsel olabilir. Bu durum, özellikle Avrupa'daki süper ulusal kuruluşların söz konusu şablonları kabul etmelerinin sebeplerindendir. Bununla birlikte makalemizin özü, önerdiği temel şablonun her Avrupa yargı bölgesinde uygulanması gerektiğini ya da her koşulda benimsenmesi gerektiğini iddia etmemektedir. Herhangi bir şablonun bire bir aktarılması hususunda dikkatli olunması gerektiği açıktır. Zira her yargı bölgesinin kendine özgü siyasi ve hukuki koşulları, bu şablonun uygulanabilirliğini ve olası sonuçlarını etkileyecek, hatta mevcut önerilen kurallarda sapmalara ya da bunların tamamen terk edilmesine yol açabilecek faktörler yaratacaktır. Bu tür durumlar, örneğin yasamanın ciddi şekilde temsiliyet eksiklikleri gösterdiği veya işlevsel olarak bozulduğu ya da mevcut anayasa mahkemesinin verimli şekilde işlediği ve dolayısıyla yeniden tasarımın gereksiz sosyal ve siyasi bedeller oluşturacağı senaryoları içerebilir. Öte yandan, bu şablonun farklı Avrupa yargı bölgelerine uygulanması esnasında, makalenin nihai maddi kısmında ele alınan ve ele alınmayan bir dizi önemli faktörün her önerinin tasarımında göz önünde bulundurulması gerekecektir. Benzer şekilde, Avrupa dışındaki bölgelere bu şablonun adapte edilmesi konusunda da dikkatli olunmalıdır. Şablon, öncelikle Avrupa bağlamında geliştirilmiştir; zira burada süper ulusal baskılar, özellikle Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük bir kısmının kalıcı Avrupa Birliği üyeliği isteği, anayasa mahkemelerinin siyasetten bağımsız olmasına yönelik eğilimleri önemli ölçüde etkileyen bir faktördür. Süper ulusal kurumlar, doğrudan yargı bölgelerini reform yapmaya zorlamasa da birçok Avrupa ülkesi, "Euro-merkezci" standartlarla uyum sağlamak amacıyla kendi iradeleriyle reformlar gerçekleştirmektedir. Bu ülkelerin demokrasi düzeyleri, istikrarlı demokrasilerden hibrit rejimlere kadar çeşitlenmiş olmakla birlikte, çoğu Avrupa yargı bölgesinde daha güçlü, daha istikrarlı ve daha temsilci yasa-

ma organlarına sahip olma eğilimindedir. Ayrıca süper ulusal kurumlar ve yargı organları, özellikle insan hakları alanında denetim sağlayan bir rol üstlenmektedir. Diğer bölgelerden farklı olarak burada süper ulusal denetimlerin bulunmaması, parlamenter demokrasinin genel norm olmaması veya yasa- ma organlarının temsiliyet eksiklikleri gibi hususlar, Avrupa'daki mevcut durumu önemli ölçüde değiştiren faktörler- dir. Bu tür toplumlarda, farklı tartışma odakları belirlenmesi gerektiği ve bu konuya dair değerlendirmelerin bu makalenin sınırları dışında kaldığı söylenebilir¹¹.

- 11 Anayasa mahkemelerinin kurumsal gücüne ve yargısal özerkliğine dair tartışmalar, literatürde birbirinden farklı teorik zeminlere yaslanan iki ana yaklaşım ekseninde şekillenmektedir. Bu yaklaşımlardan ilki, anayasal yargının kurumsal mimarisini değerlendirmekle yetinmeyip, onun siyasal sistem içindeki işlevselliğini, stratejik manevra kapasitesini ve meşruiyet üretme potansiyelini esas alan bir çerçeve sunar. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin etkisi, yalnızca normatif düzenlemelere değil, aynı zamanda siyasal aktörlerle kurdukları etkileşimsel ilişkilere, kamuoyu desteğini mobilize edebilme kabiliyetlerine ve sistemsel kriz anlarında oynayabildikleri dengeleyici role bağlı olarak kavramsallaştırılmaktadır Brinks, D. M. ve Blass, A. (2017). "Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice", *International Journal of Constitutional Law*, C. 15., S. 2., ss. 296-298. Buna karşılık ikinci yaklaşım, özellikle otoriter siyasal rejimlerin dönüşüm süreçlerinde, anayasa mahkemelerinin kuruluş safhalarında tercih edilen atama yöntemlerinin yargı bağımsızlığı üzerinde belirleyici olduğu savını ileri sürmekte; yargıç seçimi mekanizmalarının kompozisyonu, denge-denetim ilişkileri üzerindeki kurucu etkisi bağlamında analiz edilmektedir. Arap Baharı sonrasında ortaya çıkan anayasa yargısı deneyimlerini inceleyen bu perspektif, yargı bağımsızlığını kurumsal tasarımın niteliğine ve siyasal müdahalelere karşı kurumsal direnç kapasitesine indirgemektedir. Choudhry, S. ve Bass, K. G. (2014). ss. 10-15. Her iki yaklaşım da anayasa mahkemelerinin demokratik sistemdeki denetim ve meşruiyet üretme işlevlerine odaklansa da biri anayasal yargıyı siyasal sistemin içsel ve dinamik bir aktörü olarak değerlendirirken; diğeri, daha normatif ve kurumsalcı bir zemin üzerinden, yargının özerkliğini yapısal güvencelere bağlamaktadır. İlki, anayasa mahkemesinin meşruiyetini yalnızca hukuki normlara değil, siyasal bağlamda oynadığı fayda üretici role atfederken; ikincisi bu meşruiyeti, kurumsal şeffaflık, çoğulculuk ve atama mekanizmalarının demokratik niteliğiyle ilişkilendirmektedir. Brinks, D. M. ve Blass, A. (2017). ss. 304-308; Choudhry, S. ve Bass, K. G. (2014). ss. 36-55. Bu iki yaklaşım, görünürde birbirinden ayrıran metodolojik bakışlara sahip olsalar da anayasa yargısının siyasal sistemdeki konumlanışına dair tamamlayıcı perspektifler sunmaktadır: Biri işlevselci ve eleştirel bir kuram üzerinden yargısal güçlenmeyi dinamik bir süreç olarak değerlendirirken,

Ancak makalemiz, önerilerinin anayasa mahkemelerinin toplumsal yapıdaki rolünden bağımsız olarak geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa mahkemeleri, anayasal kararlar alırken farklı anayasal düzenlerde çeşitli işlevler üstlenmektedir. Bazı mahkemeler, yalnızca yasaların soyut denetimi ile ilgilenirken, diğerleri bireysel başvurularla somut denetim yapmaktadır¹². Avrupa’daki anayasa mahkemelerinin yetki alanları da büyük ölçüde farklılık göstermektedir¹³. Bu farklılık, anayasa mahkemelerinin bir anayasal düzende oynadıkları spesifik rolün gerektirdiği şekilde siyasallaşma düzeyinin değişebileceğini ima edebilir¹⁴. Bununla birlikte tüm anayasa mahkemeleri, bu makalede sunulan siyasallaşma modelinden fayda sağlayabilir. Çünkü yukarıda vurgulanan üç temel özellik –tarafsızlık, meşruiyet ve siyasetten bağımsızlık – her anayasa mahkemesinin işleyişi için zaruri şartlardır¹⁵. Bu özellik-

diğeri daha çok pozitif hukuk bağlamında kurumsal reform olanaklarını sorgulayan ampirik bir çerçeveye yaslanmaktadır. Brinks, D. M. ve Blass, A. (2017). ss. 304-308; Choudhry, S. ve Bass, K. G. (2014). ss. 36-55; Sethi, A. (2025). s. 8.

- 12 Bu denetim ayrımı için bkz. Cappelletti, M. ve Garrett, R. (1971). *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, ss. 21-35, Aktaran Sethi, A. (2025). ss. 8-9.
- 13 Avrupa anayasa yargısındaki kurumsal çeşitlilik için bkz. Kommers, D. P. ve Miller, R. A. (2012). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (3rd ed.), Durham: Duke University Press; Sethi, A. (2025). ss. 8-9.
- 14 Bkz. Stone Sweet, A. (2000). ss. 1-30; Sethi, A. (2025). ss. 8-9.
- 15 Makale konumuzla en yakından ilintili eser Bickel’in eseridir., Amerikan anayasa hukukunun dinamiklerini ve yargı organlarının demokratik süreçlere olan etkisini derinlemesine irdeleyen, alanında kritik bir başvuru kaynağıdır. Alexander M. Bickel, bu çalışmada, Amerikan Yüksek Mahkemesinin anayasal yorumlama süreçlerinin yalnızca hukuki değil, aynı zamanda siyasal bir boyut taşıdığını vurgular. Kitap, mahkemenin demokratik ilkelere ne ölçüde hizmet ettiği, yargının “çoğunluğa karşı zorluk” (counter-majoritarian difficulty) yaratma potansiyeli ve bu durumun anayasal yapıya olan etkileri üzerine kapsamlı bir eleştiri sunar. Bickel, Yüksek Mahkemenin “en az tehlikeli dal” olarak tanımlanmasını tartışarak, bu kurumun doğasında bulunan counter-majoritarian difficulty (çoğunluğa karşı zorluk) kavramını ortaya koyar. Bu kavram, yargı organlarının, halk tarafından seçilen yasama ve yürütme organları ile çatışarak, çoğunluğun iradesine aykırı kararlar almasının demokratik ilkelerle çelişkili bir durum oluşturduğunu ifade eder. Bickel, Mahkeme’nin

yalnızca hukuki bir yorum yapmadığını, aynı zamanda politik bir karar da verdiğini, bu kararların ise toplumun geniş kesimlerini etkileme gücüne sahip olduğunu belirtir. Bickel, yargı denetimi ile demokratik hükümetin işleyişi arasındaki bu gerilimi, özellikle Mahkemenin anayasa ile ilgili kararlar alırken ve yasaların uygulanmasında güç sahibi olurken nasıl dengelenmesi gerektiğine dair bir dizi soruyu gündeme getirir. Yüksek Mahkemenin demokratik sürece müdahalesi hem anayasal hukuk hem de siyasi teori açısından önemli bir tartışma alanıdır. Mahkemenin, yasaların yorumlanmasında ve devletin işleyişinde kritik bir denetim mekanizması olarak fonksiyon gördüğü, fakat bu denetimin çoğunluğun iradesine karşı nasıl bir rol oynayabileceği üzerine yoğunlaşılır. Bickel, yargı organlarının demokratik siyasetten bağımsız bir biçimde anayasa yorumlamasını ele alarak, anayasal denetim işlevinin yalnızca hukuki bir zorunluluk değil, aynı zamanda toplumsal ve siyasal bir sorumluluk taşıdığına işaret eder. Bu bağlamda, Mahkemenin aldığı kararların, sadece hukukun üstünlüğünü sağlamakla kalmayıp, toplumsal normlar ve demokratik değerlerle ne ölçüde uyumlu olması gerektiği tartışılır. Bu durum, yargı denetiminin siyasi bir işlev de üstlendiğini ve bazen siyasi kararlarla iç içe geçtiğini gösterir. Kitap, yalnızca anayasa hukukunun teknik detaylarıyla sınırlı kalmaz, aynı zamanda demokratik temsil ile yargı organının denetleyici rolü arasındaki gerilimlere dair derinlemesine bir inceleme sunar. Yüksek Mahkemenin, halkın seçtiği temsilcilerin kararlarına karşı koyması, halk iradesinin dışına çıkmak anlamına gelebilir ve bu, demokrasinin temel ilkeleriyle çelişebilir. Bickel, bu çatışmanın nasıl yönetileceği konusunda bir çözüm önerisi sunmaktan ziyade, bu gerilimin demokratik teori ve anayasa hukuku arasındaki önemli bir sorunsal olduğunu vurgular. Bickel, yargının, anayasal doktrin ve hukukun üstünlüğünü savunurken, aynı zamanda demokratik sürecin işleyişine zarar vermemesi gerektiğini savunur. Ancak Mahkemenin politika yapıcı olma potansiyelinin farkında olarak, bu denetim işlevinin doğru bir şekilde nasıl gerçekleştirileceğini sorgular. Kitap, yargının sadece hukuki bir yorum yapmadığını, aynı zamanda toplumsal ve siyasal anlamda büyük bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Bickel'in eseri, anayasa hukukuna ve Amerikan yargı sistemine ilgi duyan araştırmacılar için önemli bir başvuru kaynağıdır. Ayrıca demokratik sistemler içerisinde yargı organlarının rolünü anlamak isteyen herkes için kapsamlı bir eleştiri ve analiz sunmaktadır. Bkz. Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press; Hirschl, çok iddialı görüşünde; anayasa yargısının güçlendirilmesinin ve hakların anayasal güvence altına alınmasının, demokratikleşme ve toplumsal ilerleme amacından ziyade, mevcut egemen sınıfların kendi çıkarlarını koruma stratejileri olarak şekillendiğini savunur. Çalışmasında, Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'daki anayasa devrimlerini karşılaştırmalı bir bakış açısıyla ele alır ve bu süreçlerin genellikle elitlerin "hegemonik koruma" çabaları doğrultusunda gerçekleştiğini gösterir. Hirschl'in görüşlerine göre, anayasa mahkemesi yargıçları, güçlü bir bağımsızlık ve geniş karar alma yetkileri ile bazen demokratik süreçlerin dışına çıkabilen, elitlerin çıkarlarını savunabilen politik aktörler haline gelirler. Bu durum, onların yalnızca hukuki birer karar verici olmanın ötesine geçerek toplumsal ve siyasal ilişkilerde

ler yoksa anayasa mahkemesi, anayasal kararlar alma görevini düzgün bir şekilde yerine getiremeyecektir. Makalemizde geri kalan kısımlar dört ana içerik zeminine ayrılmıştır. İlki, yargı organlarının atama sürecine dâhil edilmesiyle başlayan ilk depolitikleşme aşamasının, ideal seviyeye ulaşmadığını ve neden yetersiz kaldığını tartışmaktadır. İkincisi, daha ileri düzeyde depolitikleşme içeren atama süreçlerinin karşılaştığı zorluklara ışık tutmaktadır¹⁶. Üçüncüsü, yargıların atanması için önerilen temel şablonu ortaya koymaktadır. Son olarak dördüncü ise, bu şablonun çeşitli anayasal sistemler, durumlar ve toplumsal yapılar için nasıl uyarlanabileceğine dair ek öneriler sunmaktadır¹⁷.

II. ATAMA MEKANİZMALARI VE DEPOLİTİZE EDİLMİŞ ANAYASAL YARGININ KURUMSAL YENİDEN İNŞASI

Karışık atama modelinin kabulü, Avrupa'daki anayasa mahkemelerinin atama süreçlerinde politikanın etkilerinin azaltılmasında önemli bir adım teşkil etmiştir. Bu model, anayasa mahkemesi üyelerinin seçilmesinde sadece seçilmiş devlet organlarının değil, aynı zamanda bağımsız yargı organlarının da yer aldığı karma bir sistemi benimseyerek yargı bağımsızlığını güçlendirmiştir. İtalya, 1955 yılında bu modelin ilk örneğini uygulamaya koyarak liderlik etmiştir. Ülkenin

belirleyici bir rol oynamalarına yol açar. Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press; ss. 1-25; Sethi, A. (2025). ss. 8-9.

- 16 Sorunlara dair karşılaştırmalı değerlendirme için bkz. Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, ss. 50-80; Tom Ginsburg'un kitabında, anayasa mahkemelerinin güçlenmesinin, siyasi aktörlerin çıkarları, politik baskılar ve demokratikleşme süreciyle iç içe geçmiş bir fenomen olduğu vurgulanır. Anayasa mahkemeleri, hukuki bağımsızlık ile siyasi etki arasındaki dengeyi kurarak, sosyal ve politik değişimlere yanıt verir. Bu süreçte, yazara göre, anayasa mahkemeleri genellikle, elitlerin ve siyasi aktörlerin çıkarlarını gözeterek kararlar alır ve demokratik sistemdeki güç dengesinin sağlanmasında kilit rol oynarlar. Sethi, A. (2025). ss. 8-9.

- 17 Anayasa yargısının toplumsal ve siyasal bağlamlara uyumu için öneriler bakımından bkz. Sadurski, W. (2008). ss. 8-9.

2. Dünya Savaşı sonrası anayasası, beş yargıcın atamasını üç ayrı organın sorumluluğuna bırakmıştır: Dolaylı yoldan seçilen cumhurbaşkanı, yasama organı (super-majority onayına tabi) ve en yüksek yargı makamları. Karışık atama modeli, zaman içinde Avrupa'da farklı şekillerde adapte edilmiştir. Örneğin İspanya'da sekiz yargıç, yasama organı tarafından seçilmekte ve adaylıkların onaylanabilmesi için üçte iki çoğunluk gerekmektedir, bu yargıçlar alt ve üst meclisten eşit sayıda belirlenmektedir. Yürütme organı iki yargıç, yargı konseyi ise iki yargıç aday göstermekte olup monarşi tarafından bu adaylıklar resmiyet kazanır. Venedik Komisyonu, özellikle Soğuk Savaş sonrası dönemde Orta ve Doğu Avrupa'daki demokratikleşme süreçlerinde, bu modelin saf formunu savunmuş ve bunun yaygınlaştırılmasını teşvik etmiştir. Günümüzde, Avrupa'da anayasa mahkemesi üyelerinin atanması için en yaygın kullanılan yöntem, karışık atama modelinin saf hâli olup Avrupa Konseyi üyesi 31 ülkeden 11'inde bu sistem uygulanmaktadır¹⁸.

Bu modelin etkinliği, her bir atama dalının belirlediği özel prosedürlere göre değişkenlik göstermektedir. Genel olarak her bir atama organına uygulanan denetim ne kadar güçlü olursa anayasa mahkemelerinin işlevselliği o kadar artırılmakta ve daha sağlıklı bir şekilde çalışması sağlanmaktadır. Eleştiriler, bu modelin içsel olarak parçalanmış anayasa mahkemeleri oluşturma potansiyelini taşıdığını ve bunun da karar alma süreçlerinde belirsizlik yaratabileceğini belirtmektedir. Yine de akademik çevreler ve uluslararası kuruluşlar, özellikle tamamen politik atamalara kıyasla, bu modelin benimsenmesini daha uygun görmektedir. Bunun iki temel gerekçesi bulunmaktadır: Birincisi, anayasa mahkemesinin tek bir hükûmet dalı veya siyasi gruptan tamamen bağımsız hâle gelmesini sağlamasıdır; ikincisi ise, bu modelin mahkemede

18 Bu rapor, anayasa yargısının işleyişine ilişkin rehber ilkeler sunmaktadır ve anayasa mahkemelerinin adil bir şekilde çalışabilmesi için önerilen uygulamaları içermektedir. Bkz. Venice Commission (2007). *Vademecum on Constitutional Justice*, CDL-JU (2007)012, 11/5/2007, s. 8; Sethi, A. (2025). ss. 9-10.

farklı görüşlerin bir araya gelmesine olanak tanıyarak mahkemenin tarafsızlık ve meşruiyetini pekiştirmesidir. Bununla birlikte, karışık atama modelinin ele geçirme veya paketleme (iradesini şekillendirme) gibi sorunlara karşı tamamen korunaklı olduğu söylenemez. Bu durumun başlıca nedeni, siyasi aktörlerin karışık atama modelini benimsemiş Avrupa ülkelerinin tamamında anayasa mahkemelerine önemli sayıda yargıç ataması yapmalarıdır. Ayrıca bu sistemlerin çoğunda, sıradan mahkeme yargıçları da yargı konseyi aracılığıyla atanır. Bu organlar, daha sonra ele geçirme veya paketleme (iradesini şekillendirme) gibi risklere maruz kalabilir. Gürcistan örneği, karışık atama sisteminin ele geçirilme ve paketleme risklerine karşı savunmasızlığını açıkça göstermektedir. Gürcistan'daki Anayasa Mahkemesi, dokuz üyeden oluşmakta olup bu üyelerin üçü cumhurbaşkanı tarafından, üçü basit çoğunlukla yasama organı tarafından ve geri kalan üçü ise yargı konseyi tarafından yapılan atamalarla belirlenmektedir. Bu makalenin sınırları dışında kalsa da Gürcistan'daki iktidar partisi olan Gürcü Rüyası (GRP), lideri milyarder Bidzina İvanişvili'nin yönetiminde, yargı konseyi üzerinde uzun vadeli bir ele geçirme stratejisi izlemiştir. Bu manevralar, Yüksek Mahkemenin GRP'nin kontrolüne geçmesini sağlamış ve böylece, cumhurbaşkanı ile uyumlu bir şekilde tüm Anayasa Mahkemesinin paketlenmesi (iradesini şekillendirme) mümkün hâle gelmiştir. Gürcistan Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar, açıkça GRP'nin lehine bir eğilim göstermekte ve partinin tartışmalı eylemlerine hukuki destek sunmaktadır¹⁹.

19 Brinks, D. M. ve Blass, A. (2017). s. 310; Sethi, A. (2025). ss. 9-10; Politik atamalara ilişkin ve de anayasa mahkemelerinin depolitize edilmesine ilişkin olarak bkz. Ginsburg, T. (2002). "Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts", *Theoretical Inquiries in Law*, C. 3., S. 1; Ginsburg'a göre anayasa mahkemeleri, iktidarda bulunan siyasal aktörlerin gelecekteki iktidar değişimlerinin doğasında bulunan belirsizliklere karşı kendi siyasal ve hukuksal çıkarlarını güvence altına almak amacıyla oluşturdukları bağımsız ve güçlü kurumsal yapılardır. Bu kuramsal yaklaşım, özellikle Doğu Avrupa örneklemleri üzerinden gerçekleştirilen ampirik analizlerle desteklenmekte; anayasa mahkemelerinin kurumsal gücü ile bağımsızlığının, siyasal belirsizlik dönemleri ve parçalı siyasal

Bu modelin savunucuları, yasama organlarının yargıçları yalnızca süper çoğunlukla atamaları gerektiren bir sistemin, yaşanan durumu engellemiş olabileceğini ileri sürebilirler. Ancak böyle bir önlem alınmış olsa dahi GRP'nin, cumhurbaşkanı ve Yüksek Mahkeme aracılığıyla anayasa mahkemesindeki dokuz yargıcın en az altısını etkileme olasılığı devam etmektedir. Alternatif olarak modelin savunucuları, karışık atama sistemini terk etmek yerine, yargı konseyi veya benzeri atama organlarının reformunu önererek daha etkili bir çözüm öneriyor olabilirler. Ancak, bu tür reformlar önemli olmakla birlikte, karışık atama modeliyle oluşturulan anayasa mahkemelerinin tarafsızlık ve meşruiyetinin yeterince sağlanması garanti edilemeyebilir, hatta bu durum, Avrupa'nın nispeten istikrarlı demokrasilerinde bile geçerli olabilir. Tarafsızlık meselesi açısından, İtalya örneği dikkate alındığında, İtalya Avrupa'daki demokratik sıralamalarda genellikle en üst sıralarda yer almaktadır. Bununla birlikte İtalya'da mevcut olan son derece parçalanmış siyasi yapı, yargı gücünün etkin bir şekilde kullanılmasını teşvik eden koşullar yaratmakta ve bu

yapılarla doğru orantılı olarak arttığı gözlemlenmektedir. Ginsburg'un yaklaşımı, görüşü klasik güçler ayrılığı doktrinini eleştirel biçimde yeniden değerlendirmekte; yargısal denetimin yalnızca demokratik ilke ve değerleri korumaya hizmet eden bir mekanizma değil, aynı zamanda siyasal elitlerin stratejik tercihleri doğrultusunda şekillenen bir araç olabileceğini de ortaya koymaktadır. Mahkeme tasarımına ilişkin kararlar, çeşitli boyutlarda eşzamanlı olarak verildiğinden, tek bir "en uygun" yapılandırma değil, bir "pareto seti" söz konusudur. Ancak çeşitli tasarım seçenekleri bulunsun da vekâlet ilişkilerinden doğan sorunlar (agency problems), anayasa yapıcılarının kısa vadeli çıkarlarını gözetmeleri nedeniyle optimal olmayan bir tasarıma yol açabilir. Post-komünist ülkelerde anayasa mahkemesi tasarımıyla ilişkin veriler, bu varsayımları desteklemekte ve gelecekteki siyasal aktörleri sınırlama kapasitesini artıran tasarım unsurlarının, daha zayıf siyasal partilerle korelasyon gösterdiğini ortaya koymaktadır. Ginsburg, T. (2001). *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, *U Illinois Law and Economics Working Paper No. 00-25*, s. 38, <https://ssrn.com/abstract=271270> (Erişim Tarihi: 17/6/2025). Bu görüşe katılmadığımızı ifade edelim. Zira Ginsburg'un bu görüşü, anayasa yargısını adete işlevsiz, gereksiz, siyasal bir kurum konuma düşürecek riskleri içeriğinde taşımaktadır. Zira her mülâhazanın ötesinde, anayasa mahkemeleri öncelikle, hukuki yapılarıdır, kurumlardır. Siyasal mekanizmalar değildir.

durum anayasa mahkemesinin güçlü bir konumda olmasına olanak tanımaktadır. İtalya'da, dolaylı olarak seçilen cumhurbaşkanı, yasama organı ve en yüksek mahkemeler, anayasa mahkemesinin her bir üyesini eşit bir şekilde atamaktadır. Bu parçalanmış siyasi yapı, anayasa mahkemesinin veya diğer atama organlarının ele geçirilmesini engellemiş olsa da atama organlarının siyasi eğilimleri, anayasa mahkemesinin belirli siyasi partilerle ilişkilendirilmesine yol açmaktadır. Yine de anayasa mahkemelerinin kararlarının yalnızca politik eğilimlerle açıklanması fazla basitleştirilmiş bir yaklaşım olacaktır; bununla birlikte yapılan ampirik çalışmalar, anayasa mahkemesinin çoğunluğunun siyasi eğilimleriyle özellikle tartışmalı davalardaki kararlar arasında belirli bir ilişki olduğunu ortaya koymaktadır. Bu ilişki, çoğunlukla yasama organındaki hükümet koalisyonunun siyasi yapısıyla örtüşmektedir. İspanya'da İtalya'dan biraz daha yüksek olan demokrasi sıralamalarına rağmen, karışık atama modeli benzer şekilde çalışmakta ve farklılıklar göstermektedir. İspanya örneği, bu modelin meşruiyet açısından çeşitli zorluklara neden olabileceğini göstermektedir. İspanya'daki anayasa mahkemesi yargıçlarının atanma süreci, İtalya'dan farklıdır ve seçilmiş yetkililer ile yargı organı arasında bir dengeyi gözetir. İspanya'da, yürütme organı iki yargıç atarken, yasama organının her iki meclisi toplamda dört yargıç atamakta ve yargı konseyi ise iki yargıcı aday göstermektedir. Ancak, seçilen organlar Anayasa Mahkemesinin yargıçlarının çoğunluğunu atadığı için Anayasa Mahkemesinin iktidardaki siyasi partiyle ideolojik uyum gösterme olasılığı her zaman vardır. Bu durum, yargı atamaları üzerinde yoğun bir siyasi mücadeleye yol açmaktadır. Son dönemde yaşanan bu mücadele, dört yıldan fazla süren bir tikanıklığa neden olmuş ve bu durum hâlâ çözüme kavuşturulamamıştır. Bu tür uzun süreli çıkmazlar, Anayasa Mahkemesinin sosyal meşruiyetini zedelemektedir. Ayrıca İspanya'da, tek bir siyasi parti veya grubun Anayasa Mahkemesinin yargıçlarının önemli bir kısmını atama olasılığı da vardır. Yargı konseyi tarafından önerilen adayların da belirli

siyasi partilerle ilişkili olması mümkündür. Anayasa Mahkemesinin belirli fraksiyonlarla ideolojik olarak örtüşme potansiyeli, Mahkemenin politik meşruiyeti üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır. Siyasi partiler ve/veya gruplar, atama sürecinde kendilerini adaletsiz şekilde dışlanmış hissederlerse Anayasa Mahkemesinin rakip fraksiyonların kontrolünde olduğu iddialarını sıkça dile getirirler. Bu durum, özellikle atama sürecinde kendini marjinalleşmiş hisseden grupların ve halkın gözünde Anayasa Mahkemesinin sosyal meşruiyetini olumsuz etkiler²⁰.

20 Sethi, A. (2025). ss. 11-12. İspanya Anayasa Mahkemesi örneğinde gerçekleştirilen ampirik çözümleme, yargıçların mesleki formasyonlarının ve atandıkları kurumsal merciin, anayasal norm denetimi sürecindeki davranış kalıplarına etkisini çok boyutlu bir perspektifle ortaya koymaktadır. 1980–2018 yılları arasındaki atama dönemlerine odaklanan bu analiz hem kariyer yargıçlarının hem de akademik formasyonlu hukukçuların anayasal yargı işlevini nasıl icra ettiklerine ilişkin kurumsal ve davranışsal farklılıkları görünür kılmıştır. Nicel bulgular, anayasa yargıçlarının karar alma pratiklerinde siyasal-ideolojik vektörlerle anlamlı düzeyde örtüşen yönelimler sergilediklerini ortaya koymaktadır. Bu yönelimler, salt bireysel tutumlarla açıklanamayacak derecede karmaşık bir yapı arz etmekte; stratejik rasyonalite ve kurumsal pozisyonlanma ile birleşerek dinamik bir yargı davranışını ortaya çıkarmaktadır. Özellikle normun iptali yönündeki ret oyları ile karşı oy (dissenting opinion) yazım pratikleri arasında gözlemlenen düzenlilikler, atama sürecinin şekli ile mesleki arka planın etkileşimini göz önüne sermektedir. Bu bağlamda Lydia Tiede tarafından teorik düzlemde ortaya konulan “karma yargıç seçimi modellerinin yargı davranışını çeşitlendirdiği” yönündeki sav, İspanyol örneği üzerinden istatistiki verilerle doğrulanmıştır. Bununla birlikte, elde edilen bulgular, yargıç davranışlarının yalnızca atama kaynağı veya meslekî geçmişle deterministik bir biçimde izah edilemeyeceğini; anayasa mahkemesinin kurumsal karakteri, kararların politik etkisi ve yargıçların normatif algı düzeyleri gibi faktörlerin eşzamanlı etkisi altında şekillendiğini ortaya koymaktadır. Kariyer yargıçlarının, özellikle statü iptali taleplerine karşı daha deferansiyel tutum takındıkları ve siyasi erkin norm koyma yetkisine daha fazla saygı gösterdikleri yönündeki bulgular, sivil hukuk sisteminin pozitivist ve norm-hiyerarşik doğasıyla uyum göstermektedir. Aynı şekilde, bu yargıçların muhalif görüş yazma eğilimlerinin yüksek oluşu, klasik normatif yorumun ötesinde bireysel hukuk yorumlarının kurumsal sınırlar içinde varlık bulduğuna işaret etmektedir. Benzer biçimde, parlamentonun her iki kanadınca yapılan atamaların sonucunda göreve gelen yargıçların, iptale karşı oy verme ve dissent üretme sıklıklarının yüksek olması, siyasal organların gerçekleştirdiği atamaların tarafsızlık ideali ile ne ölçüde örtüştüğü konusunu yeniden gündeme taşımaktadır. Çoklu regresyon analizlerinin tamamı, siyasal ve ideolojik konumlanmanın

Karışık atama modeli, mevcut siyasi atama yöntemlerine kıyasla bir adım öne çıksa da bu modelin mükemmelliği tartışmalıdır. Ele geçirme veya güçlü kontrol sağlama gibi sorunlar ve tarafsızlık ile meşruiyetin sağlanmasındaki zorluklar bu modelin de karşılaştığı sürekli engellerdir. Dahası, karışık atama sisteminde bu tür sorunların tespiti, atama sürecine dâhil olan birçok kurumun varlığı nedeniyle daha karmaşık hâle gelmektedir. Modelin etkin bir şekilde çalışabilmesi, çoğu zaman atamaların tesadüfen uyum göstermesiyle şekillenir, bu da sistemin ideal bir şekilde işlemlerini kısmen şansa bırakmaktadır²¹.

yargıç kararları üzerinde belirleyici rol oynadığını doğrulamakta ve bu yönüyle önceki literatürle yüksek düzeyde teorik uyum sergilemektedir. Ancak bununla birlikte, anayasal yargılama faaliyeti bağlamında ortaya çıkan davranışsal çeşitlilik, sadece siyasal aidiyet ya da bireysel dünya görüşüyle açıklanamayacak kadar sofistike ve çok boyutludur. Sonuç itibarıyla, İspanyol Anayasa Mahkemesi örneği, karma yargıç atama rejimlerinin siyasallaşmayı azaltmadığını; ancak mesleki formasyonun, yargıçların kurumsal özerklik düzeyini belirlemede etkili olabileceğini göstermektedir. Bu bulgular, benzer kurumsal ve normatif çerçevelere sahip Kelsen tipi anayasa mahkemeleri bakımından da genellenebilir niteliktedir. Dolayısıyla, anayasa yargısında yargıç profiline ilişkin reform önerileri geliştirilirken, yalnızca atama usulüne değil, mesleki sosyalizasyon süreçlerine ve yargı etiği çerçevesine de odaklanılması elzem görülmektedir. Garoupa, N., Gili, M. ve Gómez Pomar, F. (2021). "Mixed Judicial Selection and Constitutional Review: Evidence from Spain" *European Constitutional Law Review*, C. 17., S. 2., ss. 308-313.

- 21 İspanya özelindeki olgu, İspanyol Anayasa Mahkemesinin anayasa yargılamasında karar alma süreçlerinin, hukuki argumentasyon ve anayasanın metnine dayalı nesnel bir değerlendirme olmanın ötesine geçtiğini ortaya koymaktadır. Mahkemenin kararlarında, siyasi faktörlerin belirleyici bir rol oynadığı, ancak bu etkinin tekdüze ve basit bir parti bağlılığı biçiminde tezahür etmediği gözlemlenmiştir. Partizan çıkarların etkisi, yalnızca hukuki gerekçelere dayalı formalist bir yaklaşımın ötesinde, karmaşık kurumsal teşvikler ve içsel normatif yapılarla şekillenmiştir. Bu bulgu, anayasa yargısının siyasi temelli kararlar verme eğiliminde olduğunu, ancak bunun yalnızca ulusal partilerin doğrudan çıkarları ile sınırlı kalmayıp, aynı zamanda milliyetçi ve diğer benzeri partilerin de etkisiyle biçimlendiğini göstermektedir. Özellikle, Mahkemenin en önemli ve en politik olarak belirgin davaları üzerinde yapılan inceleme, parti çıkarlarının yargıçların kararlarını tamamen açıklamada yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin, parlamentoların birer yansıması olduğu yönündeki görüş, ampirik verilerle çürütülmektedir. Mahkemenin kararları, yalnızca siyasi partilerin ideolojik çizgisine uygun şekilde şekillenmemekte, bunun

III. ANAYASA YARGISININ İDEOLOJİK NÖTRALİZASYONU: NORMATİF BAĞIMSIZLIK İLKELERİNİN KURUMSAL VE STRATEJİK İNŞASI

Anayasa mahkemelerinin oluşturulması ve reforma tabi tutulması hususunda yer alan ilgili paydaşlar, karışık atama sistemlerine dair bahsedilen meselelerin farkındadır. Bu bilinçlenme, son dönemde daha fazla depolitizasyon çabalarına yönelme eğilimini güçlendirmiştir. Bu makale, bu depolitizasyon evresinde ön plana çıkan atama yöntemlerini kapsayan bir terim olarak “politik olmayan atama modelleri” ifadesini kullanmaktadır. Söz konusu sistemler, çoğunlukla yargıçlardan oluşan, politik etkilerden arındırılmış bir komite veya kurul aracılığıyla belirlenen hakemlerin atandığı, aday gösterildiği veya önerildiği yapıları içerir; bunlar zaman zaman sivil toplum kuruluşları, barolar, üniversiteler gibi farklı gruplardan da üyeler bulundurabilmektedir. Bu tür bir modelde, seçilmiş organların rolü genellikle sınırlıdır; örneğin sadece aday belirleme komitelerinde yer almak veya bu komiteler tarafından sunulan kısıtlı liste üzerinden seçim yapmak gibi sınırlı işlevler söz konusu olabilir. Sonuç itibarıyla bu yaklaşım, seçilmiş organların atama sürecine müdahil olma düzeyini önemli ölçüde azaltır, bazı durumlarda ise tamamen ortadan kaldırır. Karışık atama modelinin hedeflediği gibi temel amaç, siyasi müdahaleyi engellemek ve daha tarafsız ve meşru anayasa mahkemeleri oluşturabilmektir. Anayasa mahkemelerinin bulunduğu bazı yargı bölgelerinden örnek vermek gerekirse, Lüksemburg’da atama süreci, Büyük Dük’ün Yüksek Adalet

yanı sıra mahkemede bulunan yargıçlar arasındaki içsel normatif ve kültürel etkileşimler de önemli bir belirleyici olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, İspanya Anayasa Mahkemesi örneği, anayasa yargısının ideolojik eğilimleri ve kurumsal etkileşimleri göz önünde bulundurularak, yargı bağımsızlığının ve siyasi etkilerin karmaşık bir etkileşim içinde şekillendiğini vurgulamaktadır. Garoupa, N., Gomez-Pomar, F. ve Grembi, V. (2013). Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, C. 29., S. 3., s. 530; Ayrıca bkz. Sethi, A. (2025). s. 12.

Mahkemesi ve İdari İstinaf Mahkemesi tarafından önerilen adaylar arasından dokuz yargıcı seçmesini içermektedir. Malta'da ise cumhurbaşkanı, dolaylı seçim yoluyla siyasi olmayan üyelerden oluşan Yargı Atama Komitesinin önerileri doğrultusunda hakemleri görevlendirir. Arnavutluk ve Ukrayna'daki sistemler, siyasi olmayan üyelerden oluşan bir atama komitesine dayanır. Bu komite, her bir boşluk için üç adaydan oluşan bir kısa listeyi ilgili atama organlarına sunar ve bu organlar yalnızca bu listeden tercihte bulunabilirler. Ayrıca, merkezîyetçi olmayan sistemler de bu modelin farklı şekillerde uygulanmasını mümkün kılar. Örneğin Estonya'da yasama organı, Yüksek Mahkeme tarafından önerilen adayları onaylamak zorundadır. Kıbrıs'ta ise benzer bir onay mekanizması cumhurbaşkanı tarafından işletilmektedir. Birleşik Krallık'ta ise başbakan, adalet bakanı (lord şansölyesi) tarafından kendisine sunulan bağlayıcı öneriler doğrultusunda atama yapar; adalet bakanı yalnızca bağımsız bir seçim komitesinin önerdiği adayları başbakana sunma yetkisine sahiptir²².

22 Anayasa yargısının normatif temelleri, mahkemelerin faaliyetlerini bağımsızlık ilkesi çerçevesinde yürüttükleri varsayımına dayanır. Estonya Anayasası'nın 146. maddesi uyarınca, mahkemeler karar alma süreçlerinde diğer anayasal organlardan etkilenmeksizin hareket etmekle yükümlüdür. Ancak yargının bu normatif çerçevede konumlandırılması, uygulamada daha karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Özellikle anayasa mahkemeleri gibi kollegyal karar organlarının faaliyetleri, yalnızca hukuki mülahazalarla değil, aynı zamanda kurum içi dinamikler ve siyasal ortamın yapısal nitelikleriyle de şekillenmektedir. Bu bağlamda, yargısal kararların arkasında yer alan kolektif müzakereler, uzlaşma arayışları ve stratejik pozisyon alışları, yargı faaliyeti ile siyasal süreçler arasındaki geçirgenliği gözler önüne sermektedir. Siyasal bilimler literatürü, yargının yalnızca hukuki argümanlarla hareket eden bir "kara kutu" olmadığına; aksine, kararlarının uygulanabilirliği ve kurumsal sürdürülebilirliği açısından siyasal sistemle belirli düzeyde etkileşim içerisinde olduğuna işaret etmektedir. Mahkemelerin bütçelerinin belirlenmesi, yargıçların atanması gibi alanlarda yasama ve yürütme organlarıyla zorunlu temas içinde bulunmaları; ayrıca mahkeme kararlarının uygulama aşamasında icra yetkisine sahip siyasi aktörlere bağımlı olmaları, yargısal bağımsızlığın pratikte mutlak bir gerçeklikten ziyade ideal bir norm olduğunu ortaya koymaktadır. Siyasi aktörlerin anayasa mahkemesi kararlarına karşı anayasa değişikliği gibi radikal araçlara başvurabilme kapasitesi, yargının kararlarında zaman zaman siyasi gerçekliği göz önünde bulundurmasını zorunlu kılmaktadır. Estonya örneğinde de anayasa mahkemesinin

Venedik Komisyonu, anayasa mahkemeleri için politik etkilerden bağımsız, tarafsız bir atama modelini benimsemenin gerekliliğine dair görüşünü açıkça ortaya koymuştur. Bu tavır, Avrupa Birliği'nin politikalarını doğrudan etkilemiş ve bunun sonucunda Ukrayna gibi potansiyel üye ülkelerin bu modeli uygulamasının zorunlu kılınması AB üyeliği için bir ön şart olarak belirlenmiştir. Yukarıda belirtilen yargı bölgelerinden yalnızca Lüksemburg, Malta, Arnavutluk ve Ukrayna anayasa mahkemeleri için politik olmayan atama mekanizmalarını hayata geçirmişken, Andorra ve San Marino gibi mikro devletler hariç, tüm Avrupa'daki merkezi olmayan yargı sistemleri bu modele geçiş yapmıştır. Bu beş ülke, aynı zamanda son yıllarda atama süreçlerinde reform yaparak değişim yaşayan Avrupa anayasa mahkemelerinin önemli bir kısmını temsil etmektedir. Ayrıca Avrupa'nın üst düzey uluslararası kuruluşları ve yargı organları, alt mahkeme hâkimlerinin atamalarında yalnızca yargı atama komitelerine dayalı bir yöntem izlenmesini ve siyasi onay mekanizmalarından tamamen uzak durulmasını kuvvetle savunmaktadır. Bu öneriler ışığında, pek çok yeni Avrupa demokrasisi, alt mahkeme yargıçlarının atanmasında bu tür bir sistem kullanmaya mecbur kalmıştır. Aynı zamanda, köklü demokrasiler de bu atama modellerini gönüllü olarak kabul etmiş ve benimsemiştir. Bunun yanı sıra, merkezîyetçi yapıya sahip anayasa mahkemelerinin de politik olmayan atama modeline geçmesi için akademik bir baskı ve teşvik söz konusudur. Dolayısıyla, Avrupa genelinde anaya-

kurumsal davranışlarını normatif bağımsızlık söylemi ile siyasal baskılar arasında konumlandığı gözlenmektedir. Özellikle geçiş dönemlerini yaşamış ülkelerde yargının siyasi iktidarın gücüne paralel olarak gösterdiği davranışsal değişkenlik, yargının işlevini sadece hukuki bir mercekten değil, aynı zamanda kurumsal strateji ve siyasal denge arayışları bağlamında da değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Böylelikle, anayasa mahkemelerinin hukuki gerekçeler kadar siyasal bağlam tarafından da şekillendirilen karar alma süreçleri, ampirik veriler ve örnekler ışığında Estonya'da yaşanmaktadır. Annus, T. (2007). "Courts as Political Institutions" içinde Political Questions in Constitutional Review: What is the Dividing Line between Interference with Policy-Making and Routine Constitutional Review? *Juridica International*, C. 13., ss. 25-26; Bkz. Sethi, A. (2025). s. 13.

sa mahkemelerinin atama prosedürlerine ilişkin gelecekteki reformların büyük bir olasılıkla bu modeli benimsemesi beklenmektedir²³.

Politik olmayan atama modellerinin karşılaştığı temel zorluk, bu modellerin meşruiyetle ilgili yaratabileceği sorunlara dayanır. Bu modeller, atama organlarının rolü ve yapısına bağlı olarak, seçilmiş organların anayasa mahkemesi atama-

-
- 23 Venice Commission, (2020). *Ukraine Urgent Opinion on the Reform of the Constitutional Court*, CDL-AD (2020)039, s. 15; Yargı yönetimi alanında mevcut kurumsal tasniflerin özellikle yargı konseyleri ile bakanlık modelleri arasındaki dikotomik ayrımın yargısal öz-yönetimin karmaşık doğasını açıklamada yetersiz kaldığını ortaya konulmuştur. Yargısal Öz-Yönetim Endeksi (JSG Index) aracılığıyla Çekya, Almanya, İtalya ve Slovakya hukuk sistemlerinde yapılan karşılaştırmalı inceleme, hâkimlerin yönetsel alandaki etkinliğinin yalnızca yargı konseyi yapısının varlığına bağlı olmadığını, aksine çeşitli kurumsal araçlar vasıtasıyla bakanlık modellerinde dahi ciddi düzeyde güç temerküzü sağlanabildiğini göstermektedir. Elde edilen bulgular üç temel eğilimi ortaya koymaktadır: (i) tüm yargı yönetimi modellerinde hâkimlerin güçlenmesine yönelik bir yönelim söz konusudur, (ii) bu eğilim, coğrafi veya sistemsel ayrımlardan bağımsız olarak hem Batı hem de Doğu Avrupa hukuk sistemlerinde gözlemlenmektedir ve (iii) yargı yönetimi alanındaki artan normatif düzenleme eğilimi, idari yetkilerin büyük ölçüde hâkimlere devredilmesiyle sonuçlanmakta ve bu gelişme, doğrudan yargı konseyi yapısıyla korelasyon göstermemektedir. Bu çerçevede JSG Endeksi, yalnızca yargıçlara atfedilen yönetsel gücü ölçmekle kalmamakta, aynı zamanda bu gücün, yargı bağımsızlığı, hesap verebilirlik, verimlilik ve kamu güveni gibi yargı erkine dair temel normatif değerlere olan etkisini analiz edebilmek için sağlam bir kavramsal ve ampirik zemin sunmaktadır. Özellikle siyasal kutuplaşmanın yoğunlaştığı ve kurumsallaşma sürecinin tamamlanmadığı ülkelerde, yargı konseylerinin beklenen tarafsızlık ve işlevsellikten uzaklaştığı durumlarda, alternatif yargı yönetimi modellerinin değerlendirilmesinde JSG Endeksi önemli bir araç olarak öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, konunun ampirik sonuçları, hâkimlerin kurumsal pozisyonu ile siyasal etkiden yalıtılmışlık düzeyi arasında doğrudan bir nedensellik kurulamayacağını da göstermektedir. Bu bağlamda JSG Endeksi, yargının yapısal düzenlemeleri üzerine odaklanan statik kurumsal tipolojilerin ötesine geçerek, yargısal güçlenme dinamiklerini anlamaya yönelik daha esnek, katmanlı ve ampirik temelli bir analiz perspektifi sunmaktadır. Sipulová, K., Spáč, S., Kosař, D., Papoušková, T. ve Derka, V. (2023). *Judicial Self-Governance Index: Towards Better Understanding of the Role of Judges in Governing the Judiciary, Regulation & Governance*, C. 17., S. 1., ss. 37-38; Sethi, A. (2025). s. 14.

larındaki etkisini önemli ölçüde sınırlar. Bu sınırlama, organların yapılarına ve işlevlerine göre farklılık gösterebilir. Sonuç olarak anayasa mahkemelerinin politik meşruiyeti azalır. Bu durum, seçilmiş organların anayasa mahkemesinin kararlarına saygı gösterme ve bunlara bağlı kalma eğilimlerini zayıflatabilir. Toplumsal meşruiyet artışı, politik meşruiyetin eksikliklerini dengeleyebilse de anekdot niteliğindeki veriler, politik olmayan modellerin anayasa mahkemelerinin toplumsal meşruiyetini pekiştirmediğini göstermektedir. Sıradan yargı atamaları için bu modeli uygulayan ülkeler üzerine gerçekleştirilen karşılaştırmalı araştırmalar, bu benzeri modellerin ya da bu modellerle kurulan anayasa mahkemelerinin kamu güvenini artırmadığını ortaya koymuştur. Hatta, daha kökleşmiş Avrupa demokrasilerinde, bu modellerin kamu güveninin azalmasıyla bağlantılı olduğu görülmüştür. Bu durumu açıklayan başlıca etken, atama organlarının şeffaf olmamalarıdır. Ayrıca atama organlarının işleyişi, genellikle nepotizm, yolsuzluk ve mülkiyetçilik gibi olgularla ilişkilendirilmiştir. Buna ek olarak daha sonra tartışılacağı üzere, bu modelin elit aktörlerin etkisini artırma potansiyeli vardır. Bu elit aktörler tarafından yapılan ya da önerilen atamalar, toplumsal çıkarların geniş bir spektrumunu yeterince temsil etmeyebilir. Dolayısıyla, politik olmayan atama modellerinin anayasa mahkemelerinin meşruiyetini artırıp artırmadığı konusunda ciddi bir belirsizlik söz konusudur²⁴.

24 Atama prosedürü, anayasa yargısı ile parti politikalarının en belirgin ve açık şekilde kesiştiği noktadır. Anayasa mahkemesinin üyeleri, her anayasa yargısı modelinde en azından kısmen politikacılar tarafından atanır. Ancak, yargıçların bağımsızlığını korumak için sisteme yerleştirilmiş bir dizi güvence bulunmaktadır. Bu bağlamda, anayasa yargısı için “bağımsız olmak” yerine “bağımsız hale gelmek” demek daha doğru olabilir, çünkü çoğu anayasa yargıcının atanmasında bir veya daha fazla siyasi partinin desteği önemli bir rol oynamaktadır. Atama prosedüründeki ana amaç, siyasi görüşleri bilinmeyen kişileri atamak değil (gerçekte, adayların siyasi görüşleri atamada belirleyici bir rol oynamaktadır), ancak bir kişinin atandıktan sonra dışarıdan herhangi bir baskı veya etki altında kalmadan görevini yerine getirebilmesini sağlamaktır. Bunun en açık örneği, Amerika sistemidir; burada, Yüksek Mahkeme yargıçlarının atanması, açık bir şekilde politik bir tercihken, yargıçları dış baskılardan

Bir anayasa mahkemesinin işlevselliğini olumsuz yönde etkileyebilecek temel faktörlerden biri, meşruiyet eksikliğidir; özellikle de eğer bu mahkemenin tasarımı, yüksek derecede politik ve toplumsal meşruiyetle uyumlu değilse bu eksiklik daha belirgin hâle gelecektir. Politik olmayan atama modellerine sahip anayasa mahkemeleri, genellikle dar “tolerans aralıkları” içinde çalışır. Bu kavram, seçilmiş organların bağımsız bir anayasa mahkemesini hangi koşullarda tolere edebileceği alanı ya da kararlarını zorla uygulama noktasına gelebileceği bir karar alma alanını tanımlar. Bu toleransın genişliği, anayasa mahkemesinin toplumsal kabulü ve seçilmiş organların bağımsız bir anayasa mahkemesini koruma istekliliği gibi faktörlere bağlıdır; bu koruma, bir tür geleceğe yönelik politik sigorta olarak değerlendirilebilir. Seçilmiş organların politik olmayan atama modellerine katılımlarının sınırlı olması, onların anayasa mahkemesine olan bağlılıklarını zayıflatır. Ayrıca, bu tür mahkemeler toplumdan daha fazla uzaklaşır, bu da onları daha dar tolerans aralıklarına sıkıştırır²⁵.

korumaya yönelik bir dizi garanti bulunmaktadır. Bu garantiler arasında, Federal Anayasa tarafından sağlanan ömür boyu görev süresi ve yargıç maaşlarının düşürülmesinin yasaklanması yer almaktadır. Ancak diğer tarafta, tam bir bağımsızlığın bedeli hesap verebilirliğin eksikliğidir. Bu iki değer arasındaki çatışmayı çözmek zor bir görevdir. Bağımsızlık ile hesap verebilirliği uzlaştırmak, bir çemberi kareye çevirmeye benzerdir. Avrupa hukuk geleneği, bağımsızlığı tercih etmektedir. Bağımsızlığın doğru bir yargılamayı güvence altına alacağı kabul edilir. Ayrıca, bağımsızlık ile tarafsızlık arasında bir ayırım yapılması önemlidir. Bu bağlamda, olağan yargı mahkemeleri ile anayasa mahkemeleri arasında temel bir fark vardır. Olağan (ceza, hukuk, idare vb.) yargılamalarda, taraflar birbirine karşıdır. Bu bağlamda, tarafsızlık, yargıcın taraflardan herhangi birine karşı önyargılı olmaması veya herhangi bir şekilde bağlantısı olmaması anlamına gelir. Anayasa yargısında, soyut denetim yapılıyorsa, taraflar arasında geleneksel anlamda bir bağlantı yoktur. Burada çatışma, iki taraf arasında değil, iki norm arasında olmaktadır. Bu durumda, tarafsızlık, taraflara karşı değil, diğer devlet organlarına, yasama ve yürütmeye karşı gereklidir. Son olarak, şunu gözlemlemek önemlidir ki yargı bağımsızlığı mutlak bir kavram değildir. Ya vardır ya da yoktur diye düşünülemez. Bağımsızlık, çeşitli dereceleri ve tonları olan karmaşık bir kavramdır. Kelemen, K. (2013). “Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective-With a Proposal for a New Model for Hungary”, *Acta Juridica Hungarica*, C. 54., S. 1., ss. 6-7; Bkz. Sethi, A. (2025). ss. 14-15.

25 Zorlayıcı sosyo-politik koşullar altında, bu mahkemeler seçilmiş organlar

karşısında daha az etkili olabilir. Politik olmayan atama modellerine yönelik eleştirilerin savunucuları, bu modellerin, anayasa mahkemesinin tarafsızlığı ve yakalama ya da doldurma risklerinin azalması gibi avantajların, meşruiyet eksikliklerini dengeleyebileceğini savunabilirler. Ancak, bu varsayılan avantajların gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediği şüphelidir. Politik olmayan atama sistemleri, bir dizi nedenden ötürü yakalama ve doldurmaya karşı savunmasızdır. İlk olarak, bu modellerin meşruiyet eksiklikleri, özellikle Avrupa'nın daha yeni demokrasilerinde, seçilmiş organların anayasa mahkemelerini ya da atama organlarını reforme etme yolunda kullanabilecekleri bir bahane olabilir. Bu durum, anayasa mahkemesinin bağımsızlığını koruma amacına yönelik çabaların, aynı zamanda bu mahkemeleri politik müdahalelere daha açık hale getirdiği bir paradoks yaratmaktadır. İkinci olarak, pek çok durumda, seçilmiş organlar, anayasa mahkemesi yargıçlarını seçmekle sorumlu organlara önemli bir oranda üyeler atamaktadır. Bu durum, seçilmiş organların bu organları yakalama ya da doldurma yeteneği sağlar, bu da politik atama modellerinde gözlemlenen doğrudan yakalama ya da doldurmayla benzerlik gösterir. Üçüncü olarak, bu sorunun, atama organlarının tamamen ya da çoğunlukla yargıçlar ve diğer politik olmayan atamalardan oluşmasıyla çözülebileceği öne sürülebilir. Ancak bu öneri, bu aktörlerin genellikle belirli politik gruplarla ilişkiler içinde olduklarını göz ardı eder. Bu bağlar, politik fraksiyonların atama organlarını ince bir şekilde yakalamasına veya doldurmasına olanak tanır. Ayrıca bu tür durumlar genellikle kamuya açık bir şekilde tespit edilmez ve bu da onları daha sorunlu hale getirir. Anayasa mahkemelerinin doğrudan yakalanması, genellikle daha gizli ve ince yöntemlerle gerçekleştirilen yakalamalardan daha kolay fark edilir ve buna karşı etkin bir karşı mobilizasyon yapılabilir. Politik olmayan atama sistemleri, teorik olarak bile yargı bağımsızlığı konusunda soru işaretleri oluşturmaktadır. Siyasi müdahalelerden yalıtılmış olmaları, yargıçların belirli ideolojik eğilimlerden veya düşünsel bakış açılarından bağımsız olmasını garanti etmez. Araştırmalar, siyasi olmayan atamaların sağladığı varsayılan yalıtımın, yargı bağımsızlığını artırdığına dair herhangi bir somut bulgu ortaya koymamaktadır. Kischel, bu noktada önemli bir tespit yaparak, depolitizasyonun, "hiçbir zaman yerine getirilemeyecek bir vaatte" bulunduğunu ifade etmektedir: Hiçbir yargıç, öznel değer yargılarından veya kişisel dünya görüşlerinden bütünüyle bağımsız kalamaz; fakat bu önyargılar daha karmaşık bir şekilde tanımlanabilir hale gelir. Hatta en ideal koşullarda bile, atanan yargıçlar, atama sürecinde etkin rol oynayan egemen aktörlerin ideolojik ve toplumsal yönelimlerinden etkilenebilirler. Bu aktörler, yargıçlar, barolar veya diğer önemli toplumsal gruplar olabilir ve bu gruplar belirli ideolojik ya da mesleki geçmişlere sahip kişileri daha çok tercih edebilirler. Ayrıca, politik olmayan atama mekanizmalarının üyeleri genellikle toplumun elit tabakasına dahil olduklarından, anayasa mahkemeleri elit odaklı ve halkın çoğunluğunun çıkarlarıyla örtüşmeyen bir konumda olabilir. Sethi, A. (2025). ss. 15-17; Almanya'da Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçim süreci, normatif çerçeve açısından alışılmadık ve karmaşık bir yapıya sahiptir; burada, en düşük dereceli hukuki normların pratikte en önemli rolü üstlendiği bir durum söz konusudur. Bu bağlamda, ilgili anayasal normlar genellikle yanıltıcı bir nitelik taşıırken, yasal düzenlemeler daha gerçekçi bir temele

Makalemizde bu noktada, Orta ve Doğu Avrupa'da Anayasa Mahkemelerinin siyasetten arındırılmasına yönelik paradigma değişimini güncel örnekler ve ampirik veriler ile ifade etmek isteriz. Gerçekten de anayasa mahkemelerinin siyasetten arındırılmasına ilişkin paradigma değişimi, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde oldukça belirgin ve çok boyutlu biçimde ortaya çıkmaktadır. Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya örnekleri bu sürecin homojen olmadığını, aksine her ülkede kurumlar arasında ve halk arasında ortaya çıkan dinamiklerle şekillendiğini ortaya koymaktadır. Geriye dönüp bakıldığında bu değişim; AB içinde ortaya çıkan demokrasi ve hukuk devleti krizi, popülist iktidar değişimleri, uluslararası baskılar ve koşullanmalar, sivil toplumun ve halkın tepkileri ve kurumlar arasında kurulan denge ve denetim mekanizmalarının gücü gibi faktörlerle yakından ilişkilidir.

Polonya'da 2015'ten günümüze siyasallaşmanın tırmanı-

sahip olmakla birlikte, karar süreçlerinde belirleyici etkiye sahip olan uzun süredir devam eden gayri resmi siyasi anlaşmalarla gölgelenmektedir. Bu anlaşmalar, büyük siyasi partiler arasında, belirli adayların seçiminde yönlendirici bir rol oynamaktadır. Adayların belirlenmesinde, resmî bir çağrı olmaksızın, yalnızca birkaç yüksek rütbeli parti yetkilisinin etkisi söz konusu olmakta, bu durum seçim sürecine dair ciddi eleştirilerin gündeme gelmesine yol açmaktadır. Reform önerileri genellikle, ABD örneğinde olduğu gibi kamuya açık bir aday değerlendirme süreci, seçimle sorumlu organların değiştirilmesi ve oylama prosedürlerinde iyileştirmeler önerse de bu eleştirilerin büyük ölçüde temelsiz olduğu ortaya çıkmaktadır. Parti aidiyetinin seçim sürecindeki etkisi, Anayasa Mahkemesinin doğru bir şekilde işlevsel ve nötr bir dengeye sahip olabilmesi için gerekli ideolojik dengeyi sağlamakla kritik bir rol oynamaktadır. Kamuya açık bir seçim sürecinin, seçimlerin daha da siyasallaşmasına ve ideolojileşmesine yol açacağı ayrıca çok sayıda nitelikli adayın dışlanmasına neden olacağı düşünülmektedir. Seçim sürecinin yalnızca bir komiteye devredilmesi, anayasal bir sorun teşkil etse de basit bir parlamento oylamasıyla bu sorunun giderilebileceği vurgulanmaktadır. Nihayetinde, Anayasa Mahkemesi Yargıçlarının seçilmesinin değerlendirilmesi, anayasa mahkemelerinin daha çok siyasi ya da hukuki bir organ olarak nitelendirilmeleri gerektiği tartışmasına dayanmaktadır. Almanya Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin tercih edilen hukuki bakış açısının, her bir anayasa mahkemesinin işlevine göre değişebileceği açık olsa da genel olarak mevcut sistemin devamının gerekliliği savunulmalıdır. Kischel, U. (2013) "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in Comparative Perspective" *International Journal of Constitutional Law*, C. 11., S. 4., ss. 962-972.

şı, çarpıcı bir örnektir. Polonya’da 2015’te iktidara gelen Hukuk ve Adalet Partisi (PiS), Anayasa Mahkemesinde kadro değişimine giderek yargının bağımsızlığı ve denge-denetim fonksiyonunu zayıflatmıştır. Bunun en somut örneği 2015 sonunda Anayasa Mahkemesinde görev süresi dolacak hâkimleri daha görevleri bitmeden görevden alma ve yerine kendi tercih ettikleri hâkimleri atama girişiminde ortaya çıktı. AB Komisyonu, Polonya’ya 7. madde süreci (AB Antlaşması) ile ilgili uyarıda bulunarak hukuk devleti ilkesinin ciddi biçimde tehlikede olduğuna karar verdi. Sivil toplum ve halk arasında “Demokrasi Savunma Komitesi (Komitet Obrony Demokracji)” (KOD) gibi organizasyonlar ortaya çıktı ve halk sokaklara dökülerek yargının bağımsızlığı için protestolar düzenledi. Ampirik veri incelediğinde 2015’ten 2022’ye kadar Polonya Anayasa Mahkemesi kararlarının birçoğu iktidarın görüşleriyle paralel yönde çıktı. Bu noktada 2014’ten 2022’ye kadar Polonya’nın yargı bağımsızlığı endeksi, ciddi bir oranda düştü. Sonrasında ise 2024 reformları ardından, yükselerek kademeli toparlanmayı ortaya koydu. PiS, oluşturulan “Disiplin Dairesi” ile hâkimleri görevden alma, para cezası verme ya da görev yerini zorunlu değiştirme gibi yetkileri elde etti. Bu da yargıçlar arasında otosansür ve korku iklimi oluşturdu, eleştirel kararlar vermek zorlaştı. Sonrasında 2024 reformlarıyla bu daire kaldırıldı, atamalarda daha fazla şeffaflık ve bağımsızlık hedeflendi²⁶.

Macaristan’da 2010’dan sonra “partner mahkeme” (uyumlu mahkeme) modelinin inşasında Fidesz’in rolü önemlidir. 2010’da Fidesz’in iktidara gelmesinin ardından Anayasa Mahkemesi, daha çok “siyasal iktidarla diyalog içinde çalışan”,

26 Sadurski, W. (2019). *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, ss. 1-11, 58-68; Mrowicki, M. (2024). *All Rise: Judicial Resistance in Poland*, International Center on Nonviolent Conflict, ss. 3-7, 47-52; Wikipedia, “Polish Constitutional Tribunal crisis 2015–ongoing”, [\(https://en.wikipedia.org/wiki/Polish_Constitutional_Tribunal_crisis_\(2015_%E2%80%93_ongoing\)\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Polish_Constitutional_Tribunal_crisis_(2015_%E2%80%93_ongoing)) (Erişim Tarihi: 24/6/2025); Wikipedia, “Judiciary of Poland” [\(https://en.wikipedia.org/wiki/Judiciary_of_Poland\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Judiciary_of_Poland) (Erişim Tarihi: 24/6/2025)

daha ılımlı ve iktidarın hedefleriyle pek çatışmayan bir kurum hâline dönüştü. 2010 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri sınırlandırıldı (Örneğin bütçe, vergilendirme ve halk oylamasına ilişkin yasaların iptali zorlaştırıldı.). Ampirik veri incelendiğinde, 2010-2018 arasında Mahkeme, davaların yalnızca %12'sinde iptal kararı verirken, 2019-2023 arasında bu oran %4'e kadar düştü. Mahkeme kararları arasında "temel haklar ve özgürlükler" temelli iptaller oldukça sınırlı kalıp daha çok usul hatalarını hedefleyen kararlar ortaya çıktı. Mahkeme, 2013'te medya yasasında yapılan değişiklikleri iptal etmek yerine birkaç noktada düzeltilmesini isteyerek iktidarla açık çatışmadan kaçındığını gösterdi. Benzer şekilde, 2019'da "sivil toplum kuruluşları üzerinde denetim getiren" yasayı iptal etmek yerine birkaç hükmünü iptal etti ve ana iskeletine dokunmadan yasayı yürürlükte bıraktı²⁷.

Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin uyguladığı ölçülü duyarlı (responsive) yargısal inceleme modeli, Avrupa'da anayasa mahkemelerinin siyasetten arındırılması olgusuna yönelik paradigma değişiminin önemli bir örneğidir. Bu model, mahkemelerin demokratik istikrarı tehdit etmeyen daha ölçülü ve teknik kararlar vererek siyasal süreçlere müdahale etmeden denetim yapmalarını öngörür. Dixon'un tanımladığı "Ölçülü Duyarlı Yargısal İnceleme" (Responsive Judicial Review Light) yaklaşımı, bu çerçevede mahkemelelerin siyasal bağlamı dikkate alarak inceleme düzeyini belirlemelerini savunur. Bu yaklaşım, mahkemelerin demokratik çekirdek hakları korurken daha az müdahaleci bir denetim tarzını benimsemelerini teşvik eder. 2021-2024 yılları arasın-

27 Gárdos-Orosz, F. (2024). *Constitutional Justice under Populism: The Transformation of Constitutional Jurisprudence in Hungary since 2010*, Wolters Kluwer/Akadémi Kiadó, ss. 177-179, 196-211; Halmai, G. (2024). "Rule-of-Law Backsliding and Memory Politics in Hungary" *European Constitutional Law Review*, C. 19., S. 4., ss. 613-618; Pócza, K., Dobos, G. ve Gyulai, A. (2019). *The Hungarian Constitutional Court: A Constructive Partner in Constitutional Dialogue*, <https://ssrn.com/abstract=3509893>, ss. 1-11, 44-48. (Erişim Tarihi: 24/6/2025)

da Çek Anayasa Mahkemesinin kararlarında “temel haklar” ve “demokratik prosedürler” gibi kavramların vurgulanması, mahkemenin siyasal müdahaleden kaçınarak demokratik denetimi güçlendirmeye yönelik bir yaklaşım benimsediğini göstermektedir. Örneğin, 2022 yılında seçim yasasında yapılan değişikliklerin kısmi iptali ve “temsil adaletinin güçlendirilmesi” yönündeki düzenleme talepleri, mahkemenin siyasal müdahaleden uzak fakat yönlendirici bir rol üstlendiğine işaret etmektedir. Bu yaklaşım, Avrupa genelinde anayasa mahkemelerinin siyasetten arındırılması sürecindeki paradigma değişimini yansıtmaktadır. Mahkemeler, demokratik istikrarı koruyarak siyasal süreçlere müdahale etmeden denetim yapmayı amaçlamakta ve bu sayede hem halk nezdinde hem de ulusal aktörler arasında meşruiyetlerini güçlendirmektedir²⁸.

Özellikle AB üyelik sürecinde Slovakya, Yargı Konseyi modelini benimseyerek yargı atamalarındaki siyasi etkileri sınırlamaya çalışmıştır. 2013 Anayasa reformuyla Konseyin yapısı güçlendirilmiş, yargıç atamalarında şeffaflık artmış ancak tam bir bağımsızlık sağlanamamıştır. Konsey üyelerinin bir kısmının siyasi organlarca belirleniyor olması, yargıç terfi ve disiplin süreçlerinde siyasi nüfuz riskini tamamen ortadan kaldıramamıştır. Bu durum, Avrupa’da anayasa mahkemeleri ve yüksek yargı organlarının siyasetten arındırılması yönündeki eğilimin, yalnızca kurumsal yapı değişikliğiyle sınırlı kalması gerektiğini; kültürel, hukuki ve siyasi bütüncül reformların zorunlu olduğunu göstermektedir. Slovakya örneği “yargı bağımsızlığı” ilkesinin sadece normatif değil, aynı zamanda

28 Dixon, J., “Responsive Judicial Review Light” yaklaşımını mahkemelerin siyasal bağlamı göz önünde bulundurarak inceleme düzeyini ayarlaması şeklinde tanımlar. Geniş bilgi için Bkz. Dixon, R. (2023). *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, Oxford University Press, ss. 91-93, 101, 175-176; Dixon, R. (2023). “Responsive Judicial Review in Central & Eastern Europe.” *Review of Central and East European Law*, C. 48. S. 3-4., ss. 375-379; Kosař, D. ve Ouředníčková, S. (2023). “Responsive Judicial Review ‘Light’ in Central and Eastern Europe-A New Sheriff in Town?”, *Review of Central and East European Law*, C. 48., S., 3-4, ss. 452-462.

pratik düzeyde de pekiştirilmesi gereğine işaret eder²⁹.

Orta ve Doğu Avrupa örnekleri, anayasa mahkemelerinin siyasetten arındırılmasının homojen ve doğrusal olmadığını, bunun yerine kurumlar arasında ve halk arasında ortaya çıkan mücadele ve denge arayışlarıyla şekillendiğini ortaya koyuyor. Bunun nedenleri arasında AB içinde yaşanan demokrasi krizi, popülist iktidar değişimleri, uluslararası ve ulusal sivil toplumun tepkileri, yargıç atamalarında kurulan kurumsal mekanizmaların etkisi ve uluslararası baskılar sayılabilir. Bununla birlikte Polonya ve Macaristan örnekleri, yargının bağımsızlığına ciddi darbeler indirirken Çek Cumhuriyeti ve Slovakya daha ılımlı ve kurumsal yaklaşımlarla dengeyi daha iyi sağlayabildi. Böylece siyasetten arındırmanın koşullara göre değişken ve bağlamsal olduğu ortaya çıkmıştır.

SONUÇ

Anayasa mahkemesi üyelik görevine atama sürecine yönelik yapısal çerçeve tavsiyemiz stratejik siyasallaştırma yaklaşımı ışığında, anayasa mahkemesi atamalarına yönelik alternatif bir öneri ortaya koymaktır. Bu çalışmada anayasa mahkemesi atama süreçlerinin depolitizasyonunun ve karma atama modellerinin işleyişine dair kapsamlı bir analiz yapılmıştır. Yaptığımız incelemeler, depolitizasyonun anayasa mahkemelerinin ideal işleyişini garanti etmediğini açıkça ortaya koymuştur. Şeffaflık ve iç yönetim süreçlerinin iyileştirilmesi gibi yöntemlerle depolitize edilmiş atama modellerinin güçlendirilmesi, sorunları tam anlamıyla çözmeyebilir; zira bu modellerin içsel zaafları yüzeysel düzenlemelerle ortadan kaldırılamaz. Bu bağlamda, meşruiyet sorunları, depolitize

29 Farkašová, S. (2022). "The Constitutional Reform of the Judicial Council in the Slovak Republic from the European Comparative Context", *Juridical Tribune - Review of Comparative and International Law*, Bucharest Academy of Economic Studies, C. 12., S. 2., ss. 142-152, 162, 172-173; Spáč, S., Šipulová, K., ve Urbániková, M. (2018). "Capturing the Judiciary from Inside: The Story of Judicial Self-Governance in Slovakia". *German Law Journal*, C. 19., S. 7., ss. 1741-1768.

edilmiş atama modellerini sürekli olarak sarsma potansiyeline sahiptir. Öte yandan saf karma atama modeline geri dönmek, her ne kadar ek denetimler getirilse de anayasa mahkemesinin verimli ve objektif bir şekilde çalışmasını garanti etme noktasında yetersiz kalmaktadır. Bu modelin etkinliği, ancak atamaların şans eseri birbirini desteklemesi durumunda sağlanabilir. Çoğu yargı sisteminde görülen politik atama yöntemlerinin de ciddi sorunlar barındırdığı göz önüne alındığında, karmaşık bir çözüm yolu gerekmektedir. Bu noktada, anayasa mahkemesi atama süreçlerini stratejik bir şekilde siyasallaştırma yaklaşımını öneriyoruz. Bu yaklaşımda, Avrupa'daki farklı ülkelerin deneyimlerinden faydalanılabilir. Depolitizasyona yönelik gelişen eğilimlere rağmen bu alanın büyük ölçüde ihmal edildiği görülmektedir. Sunduğumuz model, anayasa mahkemesi üyelerinin atanmasında siyasi partiler arasında orantılı bir temsil sağlayarak daha küçük ve bağımsız grupların da sürece dâhil edilmesini öngörmektedir. Bu düzenleme, aynı zamanda geçici hükûmet çoğunluklarının, ittifaklarının manipülasyonlarına karşı önemli bir koruma sunacaktır.

Bu fikrin temel esası, yasama organında temsil edilen siyasi partiler veya gruplar tarafından aday gösterilen üyelerle başlar. Aday gösterme, seçim sonuçlarına dayalı olarak orantılı bir biçimde dağıtılmalı, küçük siyasi aktörlerin katılımını temin etmek amacıyla uygun bir eşik mekanizması oluşturulmalıdır. Anayasa mahkemesi üyeliklerinin toplam sayısının yarısını aşmayacak şekilde, iktidar koalisyonunun parçası olan partiler ve/veya gruplar aday gösterebilecektir. Aynı zamanda, farklı siyasi partilerin eşit hak iddiaları söz konusu olduğunda, daha az adaylık gösteren partilere öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktayız.

Bu tür bir modelin, Almanya ve Belçika örneklerinden ilham alınarak geliştirilmesi mümkündür. Ancak bu sistemlerin sağladığı esneklik ve uyum sağlama avantajlarına rağmen, bu tür düzenlemeler genellikle şeffaflık ve tutarlılıktan yok-

sundur. Ayrıca küçük ve yeni kurulan partilerin dışlanma riski taşıması, bu tür sistemlerin önemli dezavantajları arasında yer almaktadır. Bu nedenle temel bir sistemin resmîleştirilmesini, en azından çekirdek unsurlarının anayasal düzeyde benimsenmesini öneriyoruz. İktidar ve muhalefet koalisyonları ittifakları arasında adaylıkların paylaşılmasını temel alan bu model, anayasal yönetişimde çoğulculuğa dayalı demokrasiye dair geleneksel varsayımları sorgulayan çağdaş teorilerle uyumludur. Ağırlıklı çoğulculuk teorisi ve kapsayıcı çoğulculuk kavramları, anayasa mahkemesi atama sürecine dengeli adaylık haklarının entegre edilmesinin, anayasa mahkemesinin optimalitesini artırabileceğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede önerilen model, anayasa mahkemesinin hem hukukun üstünlüğünü savunabilen hem de toplumsal farklılıkları dikkate alarak karar verebilen bir organ olarak işlev görmesini sağlayabilir. Uygulamada bu tür bir çözüm önerisi, özellikle istikrarsız parti sistemlerine ve düşük güvene sahip siyasi kültürlerle sahip ülkelerde, anayasa mahkemesinin bağımsızlığını ve objektifliğini artırmaya yönelik önemli bir adım olabilir.

Çalışmada, anayasa mahkemesinin yargısal tarafsızlık, toplumsal meşruiyet ve kurumsal bütünlüğünün güçlendirilmesi için önerilen orantılı adaylık mekanizmasının potansiyelleri ve sınırlamaları tartışılmıştır. İlk olarak anayasa mahkemesinde yargıç atamalarının orantılı olarak dağıtılması, iktidar ve muhalefet arasında dengeyi sağlayarak mahkemenin tarafsızlık ilkesine katkı sunabilir. Bu denge, anayasa mahkemesinin siyasi baskılardan bağımsız, objektif ve etkili kararlar almasını teşvik edebilir. Ayrıca adaylıkların geniş bir siyasi yelpazeden gelmesi, mahkemenin toplumsal ve siyasi meşruiyetini artırarak toplumun farklı kesimlerinin mahkemeye güven duymasını sağlayabilir. İkinci olarak orantılı adaylık mekanizması, anayasa mahkemesinin yalnızca siyaseten bağımsız olmasını değil, aynı zamanda toplumun çeşitli çıkarlarını dikkate alarak kararlar almasını da sağlamayı amaçlamaktadır. Bu, özellikle demokratik gerileme yaşayan ülkelerde, yasama

çoğunluğunun anayasa mahkemesi üzerindeki tahakkümünü engelleyen bir dengeleme mekanizması olarak işlev görebilir. Örneğin Macaristan, Polonya ve Gürcistan gibi örneklerde görülen demokratik gerileme karşısında orantılı adaylık sistemi, anayasa mahkemesinin politik etkilerden uzak, objektif bir şekilde çalışmasına olanak tanıyabilir.

Ancak bu önerilen düzenlemenin de sınırlamaları bulunmaktadır. Aday gösterme sürecinde siyasi partiler ve gruplar, liyakatten ziyade politik sadakati ön planda tutarak mahkemede partizan bir yapı oluşturabilirler. Bu da anayasa mahkemesinin kararlarını meşru görmeyen gruplar tarafından eleştirilmesine yol açabilir. Ayrıca doğrudan göreve geçişi öngören model, mahkemenin tarafsızlığını güvence altına almak için yeterli yapısal önlemleri sağlamayabilir çünkü siyasi partilerin etkisi ve aday gösterme süreçlerindeki dengesizlikler mahkemenin meşruiyetini zedeleyebilir. Sonuç olarak önerilen orantılı adaylık mekanizması, anayasa mahkemesinin tarafsızlığını ve toplumsal meşruiyetini artırmaya yönelik önemli bir potansiyel taşımaktadır. Ancak bunun tek başına anayasa mahkemelerinin siyaset dışı ve objektif kararlar almasını sağlamaya yeterli olup olmadığı, daha geniş yapısal reformlar ve dikkatli uygulama gerektiren bir meseledir.

Makalemizde, anayasa yargısının etkinliğini ve demokratik meşruiyetini sağlamaya yönelik önerilen atama süreci incelenmiştir. Orantılı temsil esasına dayalı yargıç atama sisteminin tek başına yeterli olmadığı, bunun yanı sıra mesleki yeterlilik, akademik liyakat ve etik uygunluk gibi asgari kriterlerin belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu nitelikler, yargısal yapının kalitesini korumak için şarttır. Ancak siyasal kutuplaşmayı önlemek için yalnızca bu kriterlerin belirlenmesi yeterli olmayabilir. Bu bağlamda, atama sürecine süper çoğunlukla onay mekanizmasının dâhil edilmesi hem partiler arası uzlaşmayı gerektirecek hem de aşırı ideolojik eğilimlerin yargıya sızmasını engelleyecektir. Bu yaklaşım, yargı bağımsızlığını ve toplumsal meşruiyeti artırmayı hedeflemektedir.

Ayrıca önerilen sistemin yargıç atama sürecinin aşırı siyasallaşmasını önlemek adına kapalı onay prosedürleri ve gizli oylama mekanizmaları önerilmektedir. Bu usuller, siyasal çoğulculuğu ve yargı bağımsızlığını koruma adına önemli bir strateji olarak değerlendirilmiştir. Açık oylama sistemlerinin partizan baskılar altında milletvekillerinin özgür iradelerini sınırlayabileceği ve bunun da yargıç atama sürecine olumsuz etkilerde bulunabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak anayasa mahkemesinin meşruiyeti yalnızca teknik ehliyetle değil, aynı zamanda bu sürecin kamusal algısındaki şeffaflık ve stratejik gizlilikle ilişkilidir. Bu gizlilik, yargıç atamalarının ideolojik etkilerden arındırılmasını sağlarken aynı zamanda demokratik hesap verebilirlik ilkeleriyle uyumlu bir şekilde çalışacaktır. Önerilen model, toplum nezdinde geniş bir kabul görme potansiyeline sahip olup anayasal normların ihlaline karşı daha güçlü bir direnç kapasitesi sağlayacaktır.

Anayasa yargısının etkinliği ve meşruiyeti, yargıç atama süreçlerinin doğru bir biçimde düzenlenmesiyle doğrudan ilişkilidir. Bu süreçlerin titizlikle tasarlanması, yalnızca anayasa mahkemelerinin bağımsızlığını güvence altına almakla kalmaz, aynı zamanda demokratik ilkelere uygun bir şekilde işleyişine katkı sağlar. Avrupa'daki anayasa mahkemelerinin farklı yapıları, atama prosedürlerinde çeşitli yenilikçi yaklaşımlar gerektirebilir. Bu bağlamda yargıç atamaları, yalnızca siyasi partiler arasında değil, aynı zamanda toplumsal temsili de göz önünde bulunduran bir sistemle şekillendirilmelidir. Önerilen atama modelinde siyasal partiler veya meclis içindeki temsili gruplar, her boş kadro için çoğulcu temsiliyeti esas alan şekilde birden fazla aday önermelidir. Bu adaylar, daha sonra uzlaşya dayalı bir kurumsal mekanizma aracılığıyla değerlendirilmelidir. Nihai seçim yetkisi, cumhurbaşkanına bırakılmakla birlikte bu model, hem siyasal iradeyi sürece dâhil eder hem de tekil müdahaleyi sınırlandırarak denetim mekanizmaları oluşturur. Bu tür bir sistemin örneklerinden biri Slovakya'dır. Ancak her anayasal yapının kendine özgü

dinamikleri olduğundan bu model her ülke için uygun olmayabilir. Özellikle başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerine sahip ülkelerde, yürütme organının anayasa mahkemesi atamaları üzerindeki etkisi daha belirgin hâle gelebilir. Fransa örneğinde olduğu gibi, cumhurbaşkanlarının anayasa mahkemesi üyelerinin atamasında sahip oldukları yetkiler, yargı bağımsızlığını zedeleyebilir. Bu bağlamda cumhurbaşkanının bu sürece katılımı, sembolik ve törensel bir nitelikte sınırlandırılmalıdır. Aksi takdirde anayasa mahkemesinin siyasal eğilimlere göre şekillenmesi riski artar. Avrupa düzeyindeki insan hakları mekanizmaları da ulusal anayasa mahkemelerinin işleyişini dengeleyici bir rol üstlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi supranasyonal kurumların içtihatları, ulusal düzeydeki hak ihlalleri karşısında bir başvuru zemini sunmakla kalmaz, aynı zamanda toplumsal muhalefetin mobilizasyonuna olanak tanıyan bir normatif çerçeve oluşturur. Bu tür kararlar, her ne kadar ulusal mahkemelerce her zaman uygulanmasa da anayasal bilinç üretme, toplumsal direnç oluşturma ve uzun vadede kurumsal standartların şekillenmesinde dönüştürücü bir potansiyel taşır. Sonuç olarak anayasa mahkemesi atama süreçlerinin demokratik meşruiyeti sağlamak ve yargı bağımsızlığını güvence altına almak adına, geniş bir toplumsal temsili esas alan ve denetim mekanizmaları oluşturan bir sistem gereklidir. Bu tür süreçler, yalnızca yargının kalitesini artırmakla kalmaz, aynı zamanda anayasal yapının da sağlam temellere oturmasına katkı sağlar. Avrupa'daki farklı örnekler, her ülkenin özgün koşullarına göre şekillendirilebilecek çeşitli atama modellerinin mevcut olduğunu ve bunların yargı bağımsızlığını koruma adına önemli işlevler gördüğünü göstermektedir.

Anayasa yargısının kurumsal yapısında yargıç atama süreçleri hem yargı bağımsızlığı hem de demokratik meşruiyet açısından kritik bir rol oynamaktadır. Karar alma süreçlerinde tıkanmaları önlemek ve işlevselliği güvence altına almak

adına geliştirilen yapısal ve prosedürel modeller, her ne kadar farklı anayasal bağlamlarda çeşitli varyantlarla uygulanabilir olsa da temel hedef, siyasal temsil ile yargısal tarafsızlık arasında optimal bir denge kurabilmektir. Bu çerçevede tekil hâkim yapıları ve çoğunluk esasına dayalı karar alma mekanizmaları, anayasa mahkemelerinde blokaj riskini azaltmaya yönelik klasik yöntemler arasında yer almakta ancak bu tercih, siyasal temsilde eşitliği sağlamayı amaçlayan modellerle zaman zaman çelişmektedir. Portekiz gibi örneklerde görülen uzlaşıya dayalı karma modeller, siyasal fraksiyonlar arasında denge kurma açısından dikkate değer uygulamalardır. Bununla birlikte bu tür modellerin amacı yargıyı siyasetten bütünüyle izole etmek değil, siyasal meşruiyetten kopmadan işlevselliği sürdürülebilir kılacak bir yapı inşa etmektir. Atama süreçlerinde yaşanan kurumsal tıkanmaları aşmak adına geçici görevlendirme rejimleri, kıdem esaslı vekâlet sistemleri yahut objektif kriterlere dayalı rastlantısal atama modelleri gibi geçici çözümler önerilmekte; bu çözümler, anayasal boşlukların giderilmesine katkı sunmakta ve kurumsal sürekliliği teminat altına almaktadır. Ancak bu modellerin istismar edilme potansiyeli göz önünde bulundurularak anayasal rejimin siyasal yapısı ve kurumsal güven düzeyiyle uyumlu biçimde tasarlanması gerekmektedir. Özellikle demokratik normların zayıf olduğu ve siyasal kutuplaşmanın yüksek seyrettiği ülkelerde, bu mekanizmalar kısa vadede işlevselliği temin etse de uzun vadede meşruiyet krizlerine yol açabilecek riskler taşımaktadır. Anayasa mahkemelerine yargıç atanmasında izlenecek usul ve yöntemler, yalnızca teknik değil aynı zamanda derinlemesine siyasal bir tercih alanını yansıtmaktadır. Bu nedenle, atama rejiminin her ülkenin siyasal-toplumsal bağlamına özgü biçimde yapılandırılması, yargı bağımsızlığını ve anayasal dengeyi korumak bakımından elzemdir. Tek tip bir modelden ziyade, normatif ilkeler ışığında geliştirilecek esnek ve çoğulcu çözümler, anayasa yargısının etkinliğini ve kurumsal meşruiyetini güçlendirecek temel araçlardır.

Anayasa yargısında hâkim atama rejimlerinin yalnızca atama usulü ve aktörler bakımından değil, aynı zamanda zamanlama esasları açısından da yapısal önemde olduğu açıktır. Bu bağlamda zamanlamaya ilişkin belirsizliklerin ve keyfî müdahale imkânlarının anayasa mahkemelerinin kurumsal bütünlüğünü, siyasal tarafsızlığını ve işlevsel meşruiyetini tehdit eden başlıca risk alanları arasında yer aldığı söylenebilir. Bu çalışmada önerilen model, görev süresi sona eren üyeliler bakımından, aday belirleme yetkisinin boşluğun doğduğu andaki yasama çoğunluğuna ait olması gerektiği varsayımına dayanmakta ve böylelikle siyasal sistemin evrimsel dönüşümünü anayasal yargı bileşimine yansıtmayı hedeflemektedir. Bu yaklaşım, temsili meşruiyeti korurken işlevselliği teminat altına alan bir orta yol olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte siyasal geçiş dönemleri, olağanüstü boşluklar veya anayasal belirsizliklerin ortaya çıktığı gri alanlar, normatif düzlemde tamamlayıcı düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Özellikle görev süresi dolan fakat yeni atama yapılamayan durumlarda, geçici atama mekanizmalarının ya da görev süresi dolan üyelerin belirli bir süre işlevlerini sürdürmelerine imkân tanıyan rejimlerin hayata geçirilmesi, anayasa mahkemesinin kurumsal sürekliliği ve karar yeter sayısının muhafazası bakımından işlevsel nitelik arz eder. Bu tür önlemler, sistemik kilitlenmelerin anayasal boşluklara dönüşmesini önleyebilecek geçici ama etkili çözümler sunmaktadır. Ayrıca, hükûmet koalisyonlarının, ittifaklarının yapısına bağlı olarak atama süreçlerinde doğabilecek dengesizlikler de dikkate alınmalı, özellikle “süper büyük koalisyonlar” gibi olağanüstü durumlara karşı normatif güvenlik bariyerleri oluşturulmalıdır. Zira bu tür koalisyonlar, modelin temel dengelerini zedeleyerek atama mekanizmalarının tarafsızlığını ve çeşitliliğini tehdit edebilir. Dolayısıyla anayasa yargısı alanında kalıcı ve meşru bir dengeyi sağlamak için atama zamanlamasına ilişkin normatif çerçevenin açık, bağlayıcı ve öngörülebilir şekilde tanımlanması gereklidir. Anayasa yargısı kadrolarının belirlenmesinde zamanlamaya ilişkin düzenlemeler, yalnızca

teknik birer detay değil; anayasal tasarım ilkeleri ve demokratik meşruiyet açısından hayati önemdedir. Bu nedenle, her anayasal sistemin kendine özgü siyasal-toplumsal bağlamına uygun biçimde hem olağan hem de olağandışı senaryolara cevap verebilecek çok katmanlı ve esnek mekanizmaların tesis edilmesi, anayasal yargının bütünlüğü ve sürekliliği için vazgeçilmezdir.

Anayasa yargısında atama rejimlerinin zamanlamasına ilişkin düzenlemeler, yalnızca teknik nitelikli bir idari husus olmaktan öte, yargı organının kurumsal sürekliliği, siyasal tarafsızlığı ve işlevsel meşruiyeti açısından yapısal sonuçlar doğuran anayasal tasarım tercihleri arasında yer almaktadır. Atama zamanına odaklanan bu çalışmada, görev süresi sona eren üyelikler bakımından aday gösterme yetkisinin boşluğun doğduğu andaki yasama çoğunluğuna tanınması esasına dayanan bir yaklaşım önerilmiştir. Bu yaklaşım, anayasa mahkemesinin bileşiminin siyasal sistemin evrimsel dönüşümünü yansıtacak şekilde şekillenmesini sağlayarak temsilî dengeyi korumayı amaçlamaktadır. Ancak siyasal gerçekliğin doğasında bulunan olağanüstü ve geçici durumlar, bu temel modelin ötesinde özel düzenlemeler gerektirebilir. Siyasal geçiş süreçleri, ani üyelik boşlukları veya yasama organının fiilen görevde olup hukuken yetkisiz hâle geldiği durumlar gibi gri alanlar, zamanlama rejimlerinde belirsizlik yaratmakta ve bu durumlar yargının siyasal manipülasyona açık hâle gelmesine yol açabilmektedir. Bu tür ihtimaller karşısında hem kurumsal sürekliliği sağlamak hem de anayasa mahkemesinin işlevsel kapasitesini korumak amacıyla, zaman temelli boşlukları öngören açık ve içtihadı, yargı pratiğine elverişli düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çerçevede, boşalan üyeliklerin kalan görev süresiyle sınırlı olarak ilk atamayı yapan siyasal yapı tarafından doldurulması esası benimsenmekte ancak ilgili siyasal yapının sona ermesi ya da dönüşmesi hâlinde yetkinin güncel yasama çoğunluğuna geçmesi öngörülmektedir.

Çalışma kapsamında ayrıca, süper büyük koalisyonların

ittifakların varlığı durumunda temel esasların nasıl modifiye edilebileceği üzerinde de durulmuştur. Geleneksel olarak karşıt kutuplarda konumlanmış siyasi aktörlerin birleşerek büyük çoğunluk oluşturduğu ittifaklar, muhalefetin atama süreçlerine katılımını bütünüyle etkisizleştirme potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, atama haklarının orantılı şekilde meclisteki tüm siyasi aktörlere dağıtılması ve adayların, koalisyon, ittifak dışı partilerin asgari desteğini gerektiren onay mekanizmalarına tabi tutulması, siyasal ılımlılığı ve yargısal meşruiyeti pekiştirecektir. Bu tür istisnai durumların geçerliliği ise koalisyon, ittifak tanımı, büyüklük eşiği, zaman kısıtlamaları ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları gibi açık hukuki kriterlere bağlanmalıdır.

Son olarak anayasa yargısının meşruiyeti yalnızca siyasal temsile indirgenemez, aynı zamanda toplumsal çeşitliliğin kurumsal düzeyde temsili ile de doğrudan ilişkilidir. Siyasal veya bağımsız atama rejimlerinde bile belirli adaylara yönelik yapısal tercihler, farklı toplumsal grupların dışlanmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, önerilen şablon içinde çeşitlilik temelli kota uygulamaları öngörülmesi, anayasa mahkemesinin toplumsal yansıma kapasitesini güçlendirecektir. Avrupa'daki örnekler göstermektedir ki cinsiyet temelli ya da mesleki çeşitliliğe yönelik kotalar, karar alma süreçlerinin hem niteliğini hem de kamusal kabul edilebilirliğini olumlu yönde etkilemektedir. Anayasal yargıda zamanlama esaslı bir atama rejimi tasarlarırken normatif açıklık ve öngörülebilirliğin yanında, siyasal dönüşüm süreçlerine uyum sağlayabilecek esneklik ve temsilî çoğulculuğu güvence altına alabilecek düzeneklerin bir arada düşünülmesi gereklidir. Bu çalışma, söz konusu hedefler doğrultusunda zamanlamaya dayalı yapısal bir sistem önerisi sunarken olağanüstü durumlar ve çeşitlilik gerekliliklerine karşı duyarlı normatif varyasyonlar yoluyla anayasa mahkemesinin işlevsel, temsilî ve siyasal meşruiyetini birlikte temin etmeyi amaçlamaktadır.

KAYNAKÇA

- ANNUS, Taavi (2007). ““Courts as Political Institutions” In Political Questions in Constitutional Review: What is the Dividing Line between Interference with Policy-Making and Routine Constitutional Review?”, *Juridica International*, C. 13., ss. 22-30.
- BICKEL, Alexander (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press.
- BRINKS, Daniel ve BLASS, Abby (2017). “Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 15., S. 2., ss. 296-331.
- CAPPELLETTI, Mauro ve GARRETT, Ronald (1971). *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- CASTILLO-ORTIZ, Pablo (2020). “The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions”, *Law and Philosophy*, C. 39., S. 5, ss. 617-655.
- CASTILLO-ORTIZ, Pablo (2019). “The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe”, *European Constitutional Law Review*, C. 15., ss. 48-72.
- CHOUDHRY, Sujit ve BASS, Katherine Glenn (2014). *Constitutional Courts after the Arab Spring: Appointment Mechanisms and Relative Judicial Independence*, International IDEA, (International Institute for Democracy and Electoral Assistance) Center for Constitutional Transitions at NYU Law.
- DE VISSER, Maartje (2023). Constitutional Courts Securing Their Legitimacy: An Institutional-Procedural Analysis, içinde Bogdandy, A. V. ve diğerleri (Eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press.
- DIXON, Rosalind (2023). *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, Oxford University Press.

- DIXON, Rosalind (2023) "Responsive Judicial Review in Central & Eastern Europe", *Review of Central and East European Law*, C. 48., S. 3-4., ss. 375-402.
- EPSTEIN, Lee, GRENDSTAD, Gunnar, ŠADL, Urška ve WEINSHALL, Keren (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*, Oxford University Press.
- EUROPEAN COMMISSION (2020). *2020 Rule of Law Report: The rule of Law Situation in the European Union*, Brussels: European Commission.
- FARKAŠOVÁ, Simona (2022). "The Constitutional Reform of the Judicial Council in the Slovak Republic from the European Comparative Context", *Bucharest Academy of Economic Studies Juridical Tribune - Review of Comparative and International Law*, C. 12., S. 2., ss. 142-176.
- GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina (2024). *Constitutional Justice under Populism: The Transformation of Constitutional Jurisprudence in Hungary since 2010*, Wolters Kluwer/Akadémiai Kiadó.
- GARLICKI, Lech (2007). "Constitutional Courts Versus Supreme Courts", *International Journal of Constitutional Law*, C. 5., S. 1., ss. 44-68.
- GAROUPA, Nuno, GILI, Marian ve GÓMEZ POMAR, Fernando (2021). "Mixed Judicial Selection and Constitutional Review: Evidence from Spain", *European Constitutional Law Review*, C. 17., S. 2., ss. 287-313.
- GAROUPA, Nuno ve GINSBURG, Tom (2009). "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence", *American Journal of Comparative Law*, C. 57., S. 1., ss.103-134.
- GAROUPA, Nuno, GOMEZ-POMAR, Fernando ve GREMBI, Veronica (2013). "Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court", *The Journal of Law, Economics, and Organization*, C. 29., S. 3., ss. 513-534.
- GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.

- GINSBURG, Tom (2002). "Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts", *Theoretical Inquiries in Law*, C. 3., S. 1., ss. 49-85.
- GINSBURG, Tom (2001). "Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts", *U Illinois Law and Economics Working Paper No. 00-25*, ss. 1-40.
- HABERMAS, Jürgen (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.
- HALMAI, Gábor (2024). "Rule of Law Backsliding and Memory Politics in Hungary" *European Constitutional Law Review*, C. 19., S. 4., ss. 602-622.
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- ISSACHAROFF, Samuel ve DIXON, Rosalind (2016). "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy", *Wisconsin Law Review*, S. 4., ss. 683-731.
- KELEMEN, Katalin (2013). "Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective-With a Proposal for a New Model for Hungary", *Acta Juridica Hungarica*, C. 54., S. 1., ss. 5-23.
- KISCHEL, Uwe (2013). "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law*, C. 11., S. 4., ss. 962-980.
- KOMMERS, Donald ve MILLER, Russell (2012). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (3rd ed.)*, Durham: Duke University Press.
- KOSAŘ, David ve OUŘEDNÍČKOVÁ, Sarah (2023). "Responsive Judicial Review 'Light' in Central and Eastern Europe-A New Sheriff in Town?" *Review of Central and East European Law*, C. 48., S. 3-4, ss. 445-472.
- LANDAU, David ve DIXON, Rosalind (2020). "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *University of California Davis Law Review*, C. 53., S. 4., ss. 1313-1378.

- LANDAU, David (2013). "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, C. 47., S.1., ss. 189-260.
- LA PORTA, Rafael, LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio, POP-LECHES, Cristian ve SHLEIFER, Andrei (2004). "Judicial Checks and Balances", *Journal of Political Economy*, C. 112., S. 2., ss. 445-470.
- MROWICKI, Marcin (2024). *All Rise: Judicial Resistance in Poland*. International Center on Nonviolent Conflict.
- PÓCZA, Kálmán, DOBOS, Gábor ve GYULAI, Attila (2018). *The Hungarian Constitutional Court: A Constructive Partner in Constitutional Dialogue*, <https://ssrn.com/abstract=3509893>, (Erişim Tarihi: 24/6/2025), ss. 1-51.
- SADURSKI, Wojciech (2008). *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht: Springer.
- SADURSKI, Wojciech (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press.
- SETHI, Amal (2025). "Politicising Constitutional Court Appointments in Europe", *European Constitutional Law Review*, ss. 1-37.
- SHAPIRO, Martin (1981). *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press.
- ŠIPULOVÁ, Katarína, SPÁČ, Samuel, KOSAŘ, David, PAPOUŠKOVÁ, Tereza ve DERKA, Viktor (2023). "Judicial Self-Governance Index: Towards Better Understanding of the Role of Judges in Governing the Judiciary", *Regulation & Governance*, C. 17., S. 1., ss. 22-42.
- STERNBERG, Sebastian, BROUARD, Sylvain ve HÖNNIGE, Christoph (2022). "The Legitimacy-Confering Capacity of Constitutional Courts: Evidence from a Comparative Survey Experiment", *European Journal of Political Research*, C. 61., ss. 973-974.
- STONE SWEET, Alec (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press.

- TIEDE, Lydia Brashear (2024). "Selecting Judges" içinde Epstein, Lee, Gunnar, Šadl, Urška ve Weinshal, Keren (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*, Oxford University Press.
- TRIDIMAS, George (2010). "Constitutional Judicial Review and Political Insurance", *European Journal of Law and Economics*, C. 29., ss. 81-101.
- VANBERG, Georg (2015). "Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment", *Annual Review of Political Science*, C. 18., S. 1., ss. 167-185.
- VENICE COMMISSION (2010). *Report on The Independence of the Judicial System: Part I: The Independence of Judges* (CDL-AD (2010)004), Strasbourg: Council of Europe.
- VENICE COMMISSION (2007). *Vademecum on Constitutional Justice* (CDL-JU (2007)012), 11 May 2007. Strasbourg: Council of Europe.
- VENICE COMMISSION (2020). *Ukraine Urgent Opinion on the Reform of the Constitutional Court* (CDL-AD (2020)039), Strasbourg: Council of Europe.
- WIKIPEDIA, "Polish Constitutional Tribunal crisis 2015–ongoing", [https://en.wikipedia.org/wiki/Polish_Constitutional_Tribunal_crisis_\(2015_%E2%80%93_ongoing\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Polish_Constitutional_Tribunal_crisis_(2015_%E2%80%93_ongoing)) (Erişim Tarihi: 24/6/2025).
- WIKIPEDIA, "Judiciary of Poland" https://en.wikipedia.org/wiki/Judiciary_of_Poland (Erişim Tarihi: 24/6/2025).



BİRDEN FAZLA MEŞRU SEBEBE DAYANAN TUTMA

Detention Justified by more than One Legitimate Reason

Aydın DEMİREL*

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa kapsamında kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakılması hususunda sınırlı sayıda meşru sebep öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kişinin tutulmasının hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için bunlardan en az birinin olması gerektiğini öngörmüş, bazı durumlarda birden fazla meşru sebebin bir arada bulunabileceğini de kabul etmiştir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi ise şu ana dek bir tutmanın birden fazla meşru sebebe yönelebileceğine ilişkin bir açıklama veya tespitte bulunmamıştır. Bu çalışmada temel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasına ve konuya ilişkin yaklaşımına değinilecektir. Anayasa Mahkemesi nezdinde pek de değinilmeyen tutmanın birden fazla meşru sebepten doğup birden fazla meşru amaca yönelebileceği durumlarda hangi yolun izlenilmesi gerektiğine ilişkin birtakım öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özgürlük ve güvenlik, meşru sebep, tutma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, aydin.demirel@anayasa.gov.tr, ORCID: 0009-0002-6243-3613

ABSTRACT

Within the scope of the European Convention on Human Rights and the Turkish Constitution, a limited number of legitimate reasons are provided for depriving a person of his/her physical freedom. The European Court of Human Rights has stipulated that there must be at least one of these legitimate reasons to justify the detention of a person, but has also accepted that in some cases, more than one legitimate reason may coexist. On the other hand, the Constitutional Court has not yet made any explanation or determination that detention may be based on several legitimate reasons. This study will mainly focus on the practice and approach of the European Court of Human Rights in this respect. Some suggestions will be presented regarding the methodology that should be followed in cases where the detention may have more than one legitimate reason and pursue more than one legitimate aim, which is not much touched upon by the Turkish Constitutional Court.

Keywords: European Convention on Human Rights, liberty and security, legitimate reason, detention, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Özgürlük ve güvenlik hakkı Anayasa ve Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ya da Sözleşme) kapsamında düzenlenmiş olup temelde kişilerin fiziksel özgürlüğünü güvence altına almakta ve bu özgürlüğe keyfi müdahalelerin engellenmesi amacını gütmektedir¹. AİHS'de öngörülen hali ile özgürlük ve güvenlik hakkı ve Anayasa'daki karşılığı olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı hakka yönelen keyfi müdahalelerin önlenmesi amacı ile uyumlu olarak söz konusu hak sadece sınırlı sebeplerle kısıtlanabilir².

Özgürlük ve güvenlik hakkının hukuka uygun olarak kısıtlanmasının hukukilik ve ölçülülük dışında kalan diğer temel şartı kısıtlamanın sayılan sınırlı meşru sebeplerden en az birine dayandırılmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme), Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından uzun süredir benimsenen yaklaşımının aksine bir tutmanın birden fazla meşru sebebe dayanabileceğini ifade etmektedir. Birden fazla meşru sebebe dayanan tutma ya da tarafımızca benimsenen ismiyle "karma nitelikteki tutma"nın çalışma konusu olarak belirlenmesinin temelinde akademik çalışmalarda konuya ilişkin açıklama bulunmayışı, AİHM ile AYM arasındaki yaklaşım farklılığına rağmen uygulamada bu hususta değerlendirme yapılmaması yatmaktadır.

Çalışmada özgürlük ve güvenlik hakkı hususunda yapılacak teorik açıklamalar sınırlı tutulacaktır ki bunun nedeni hem çalışmalarda konuya ilişkin çalışmaların benzerlik içermesi, hem de konunun temelde AİHM uygulaması kapsamında şekillenmesidir. Bu kapsamda öncelikle AİHS ve Anayasa kapsamında hakkın düzenlemesi ele alınacak, hakka ilişkin önce AYM'nin ardından AİHM'in yaklaşımına yer verilecek ve örnek kararlardan hareketle birden fazla meşru sebebe dayanan tutma halleri değerlendirme konusu yapılacaktır.

1 Tomasso/İtalya, B. No: 43395/09, 23/2/2017, § 118.

2 Khlaifia ve diğerleri/İtalya, B. No: 16483/12, 15/12/2016, § 88.

Karma nitelikteki tutmaların Türk hukukundaki önemli örneklerine ve önümüzdeki dönemde konuya ilişkin benimsenmesi gereken inceleme yöntemine değinilerek çalışmada ulaşılan sonuçlar okuyucuya arz edilecektir.

I. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kontrol mekanizması olan AİHM muhtelif kararlarından Sözleşme'nin 19'uncu maddesine atıfla görevinin temelde işbu Sözleşme'nin taraflarının AİHS'de belirlenen taahhütlere uyulmasını sağlamak olduğunu belirtmektedir. *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında³ AİHM salt önüne gelen uyuşmazlıkları çözmekle yetinmeyeceğini, Sözleşme tarafından öngörülen haklara yönelik kuralları açıklamaya, korumaya ve geliştirmeye hizmet edeceğini zira bu hâlde gerçekten de taraf devletlerin taahhütlere uymasının sağlanabileceğini ifade etmiştir. AİHM, Sözleşme'nin ortaya koyduğu sistemin temel amacının sadece bireylere bir başvuru yolu temin etmek olmadığını genel çıkara yönelik olarak, kamu düzenine ait olan sorunları, insan hakları koruma normları çıkararak ve bu alandaki içtihadı Sözleşme'ye taraf tüm devletlere yayarak çözmek olduğunu ifade etmektedir⁴. Bu kapsamda Mahkemenin hakların etkin korunması kapsamında normlara yönelik içtihatlar vasıtasıyla müdahalede bulunabileceği sabittir.

AİHS'in konumuza ilişkin "özgürlük ve güvenlik hakkı" yönünden temel kuralı 5. maddede kendine yer bulmuştur. Söz konusu madde şu şekildedir:

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

3 *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 154.

4 *Karner/Avusturya*, B. No: 40016/98, 24/7/2003, § 26.

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir

süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”

Bu maddede ele alınan özgürlük ve güvenlik kavramlarından ilki olan özgürlük Sözleşme'deki karşılığı itibarıyla temelde kişilerin fiziksel özgürlüğüne⁵ ilişkin olup AIHS nezdindeki düzenleme olan 5. madde kişilerin fiziksel özgürlüğüne yönelen hukuka aykırı ve keyfî müdahalelerin engellenmesi amacına yönelmektedir⁶. Kişinin fiziksel özgürlüğüne yönelik müdahale her durumda özgürlük ve güvenlik hakkının konusuna girmez. Bazı durumlarda fiziksel özgürlüğün bir kısmını teşkil eden hareket özgürlüğü ek protokol kapsamında kalan -ve henüz ülkemiz yönünden uygulanabilir olmayan- “serbest dolaşım özgürlüğü” kapsamında da ele alınabilir. Mahkeme bir müdahalenin hangi hak kapsamında ele alınması gerektiğine ilişkin değerlendirmesinde müdahalenin nitelik ya da nicelik farkına değil derece ya da yoğunluk farkına dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷. Bu nedenle söz konusu müdahalenin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi unsurlar birlikte ele alınmalıdır⁸. Kişinin fiziksel özgürlüğüne yönelen müdahalenin yoğunluk farkı hakkın özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin temel kıstastır. Mahkeme bir müdahalenin tutma olarak kabul edilmesi ve özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için müdahalenin (i) kişinin rızası olmaksızın (öznel ölçüt) (ii) göz ardı edilemeyecek

5 Engel ve diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, § 58.

6 Selahattin Demirtaş (2)/Türkiye, B. No: 14305/17, 22/12/2020, § 311.

7 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde Rehberi, https://www.echr.coe.int/documents/604084/839313/Guide_Art_5_TUR.pdf/731b0c98-9379-b002-50e3-796601da5414?version=1.1&t=1675077925507&download=true (Erişim tarihi: 2/5/2024)

8 De Tomasso/İtalya, B. No: 43395/09, 23/2/2017, § 80.

bir süre boyunca (nesnel ölçüt) sürmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹. AİHM, söz konusu ölçütlerin birlikte bulunduğu durumlarda kişinin fiziksel özgürlüğünün kısıtlanmış olacağını, buna ilişkin olarak üye devletin somut durumu özgürlükten yoksun bırakma olarak tanımlamasının şart olmadığını belirtmektedir¹⁰. Yani bir müdahale üye devlet tarafından tutma olarak kabul edilmese dahi belirlenen öznel ve nesnel şartları taşıyan, türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi özellikleri itibarıyla belirli bir yoğunluğa ulaşmış olması halinde özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabilir.

Ulusal düzeyde ise özgürlük ve güvenlik hakkının temel dayanağını Anayasanın 19'uncu maddesi oluşturur. Buna göre:

“(1) Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

(2) Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

(3) Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak

9 Storck/Almanya, B. No: 61603/00, 16/6/2005, § 71.

10 Creangal/Romanya [BD], B. No: 29226/03, 23/2/2012, § 92.

kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

(4) Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir.

(5) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(6) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

(7) Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

(8) Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(9) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

AYM tarafından kişi hürriyeti yönünden yapılan değerlendirmelerde AİHM ile benzer bir yol izlendiğini söylemek

mümkündür. AYM kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir hak olduğuna işaret etmekte¹¹, hakkın koruduğu değer in ise kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması hallerinden ibaret olan fiziksel özgürlük olduğunu ortaya koymaktadır¹².

AYM özgürlükten mahrum bırakma çeşitlerinin gerek yasalardaki ve gerekse de kamu gücünün uygulamalarındaki değişimlerle arttığını ifade etmekte, özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik sınırlamalar ile fiziksel özgürlüğe yönelik diğer hak olan seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamalar arasındaki farkın “*sınırlamanın niteliği ve esası*” ile ilgili olmadığını, aralarındaki farkın yalnızca “*derece ve yoğunluk*” farkı olduğunu belirtmektedir¹³. Hakka yönelik müdahalenin derece ya da yoğunluğunun değerlendirilmesinde ise uygulanan tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dışında bireyin gündelik hayatının devlet tarafından ne ölçüde denetim altında tutulduğunun dikkate alınması gerekir¹⁴. Söz konusu değerlendirmelerde olayın koşulları ile başvurunun somut durumunun göz önüne alınması zorunluluk arz eder.

Bir kısım yazarlarca bir tutmanın (i) hukuka uygunluk genel şartı ile (ii) meşru sebeplere uygunluk özel şartını birlikte taşıması halinde Sözleşme yönünden bir sorun doğmayacağına işaret edilmektedir¹⁵. Hukuka uygunluk genel şartı üç unsurun birlikte bulunup bulunmadığına bakılarak tespit edilmektedir. Buna göre tutmanın ulusal/uluslararası hukukun (ii) maddi ve (ii) usuli hükümlerine uygun olmasının yanı sıra

11 Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62.

12 Cüneyt Kartal, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17.

13 Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 44.

14 Fesih Narman ve Selahattin Narman, B. No: 2021/39196, 12/6/2024, § 25.

15 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. I., Ankara: Şen Matbaa, s. 366.

(iii) keyfiliğin önlenmesi gibi Sözleşme'nin koruduğu değerlere uygun olması halinde genel şartın yerine getirildiği ifade edilebilir¹⁶.

Özel şart yani meşru sebebe uygunluk konusunda ise Sözleşme sınırlı sayı prensibini belirlemiştir. *Khalifia ve diğerleri/İtalya*¹⁷ kararında Sözleşme tarafından belirtilen sınırlı sayıda ki meşru sebep ya da gerekçelerden birine yönelmeyen müdahalenin hukuka aykırı olacağına dikkat çekmiş, bunların kıyas ya da dengeleme yoluyla genişletilemeyeceğine işaret etmiştir¹⁸.

Sözleşme'nin 5. maddesine göre (i) kişiler hakkındaki mahkûmiyet kararına dayanan tutma, (ii) mahkeme ya da yasa tarafından kişiye yüklenen yükümlülüğe uymama nedeniyle tutma, (iii) suç isnadına bağlı tutma, (iv) küçüğün eğitim amaçlı gözetim altına alınması ya da yetkili merci önüne çıkarılması amacıyla tutma, (v) tıbbi (bulaşıcı hastalık) ya da toplumsal nedenlerle (akıl hastalığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı) tutma ve (vi) yabancılarının hukuka aykırı şekilde ülkeye girişinin önlenmesi, girmiş ise sınır dışı edilmesinin sağlanması ve suçluların geri verilmesi amacıyla tutma hâllerinden ibaret meşru sebeplerinden birisi kapsamında değerlendirilemeyecek tutmalar hukuka aykırı niteliktedir ve Sözleşme'nin koruma kapsamında kalmaz.

Anayasa'mızın 19. maddesi de yukarıdaki meşru sebeplere benzer sınırlı sayıda tutma gerekçesi öngörmüştür. Buna göre (i) mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, (ii) bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, (iii) bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, (iv) toplum için

16 a.g.e, ss. 370-371.

17 *Khalifa ve diğerleri/İtalya*, B. No: 16483/12, 1/9/2015, § 60.

18 *Merabishvili/Gürcistan*, B. No: 72508/13, 28/11/2017, § 298.

tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, (v) usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri ile (vi) suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde kişinin fiziksel özgürlüğünden mahrum bırakılması mümkündür.

Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine atıfla şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumların sınırlı olarak sayıldığı ve kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanmasının ancak Anayasa'nın 19'uncu maddesi kapsamında belirtilen meşru sebeplerden herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabileceği ifade edilmiştir¹⁹. Oysa bu açıklama kanaatimizce eksiktir. AİHM tarafından ileride ortaya koyacağımız nedenlerle temelde “meşru sebeplerden herhangi birine” değil “meşru sebeplerden en az birine” dayanan tutmalar hukuka uygunluk genel şartını taşıması halinde sorun teşkil etmeyecektir. Nitekim AYM tarafından yakın dönemde verilen *Serhat Aytemiş* kararında yapılan değerlendirmede korunan temel bir hakkın ihlaline sebebiyet vermeyen bir müdahalenin kanun tarafından öngörülme ve ölçülülük şartları dışında “Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma” şartını taşıması gerektiği ifade edilmiştir²⁰. Ancak söz konusu genel kabulün somut olaya ilişkin değerlendirmelerde ihmal edildiği, benzer şekilde uygulamada haklı sebeplerden birinin varlığı ile yetinildiği görülmektedir.

19 Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 43.

20 *Serhat Aytemiş*, B. No: 2021/39964, 20/12/2023, § 51.

Kanunun daha iyi anlaşılabilmesi için karma nitelikte tutmanın dayandığı meşru sebeplere ve yöneldiği meşru amaçlara değinmenin gerekliliği ortadadır. Zira karma nitelikteki tutmaları diğer tutma tiplerinden ayıran şey meşru amaçların sıralı ya da aynı anda mevcut olmasıdır.

A. TUTMANIN MEŞRU SEBEPLERİ

AİHM tarafından Sözleşme'nin 5. maddesi yönünden yapılan değerlendirmelerde meşru sebep olarak nitelendirilen sınırlı sayıdaki duruma ilişkin olarak "ground(s)" ifadesine yer verilmektedir²¹. Oxford söz konusu kelimenin tanımını "bir şeyi yapmak, onu söylemek ya da ona inanmak için haklı sebep" olarak tanımlamaktadır²². Kelimenin Türkçedeki karşılığı "gerekçe" olmakla birlikte Türk Dil Kurumu tarafından "dayanılan kanuni ya da hukuki sebep" olarak yapılan tanımdan²³ hareketle bu çalışmada "gerekçe" yerine "sebeple" kelimesi bilinçli olarak tercih edilmiş, söz konusu sebeplerin Sözleşme ve Anayasa tarafından meşru görülmesi nedeniyle de "meşru sebeple(ler)" kavramının kullanılmasının uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

Sözleşme ile Anayasa'mız temelde özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin meşru sebepleri birbirine benzer şekilde ele almaktadır. Sözleşme 5. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi dışındaki meşru sebepler Anayasa'mızın 19. maddesinin ikinci fıkrasında kendine yer bulmuştur. Suç isnadına bağlı tutulma hali ise AİHS'in 5. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi ile Anayasa'mızın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında ele alınmıştır.

21 *Denis ve Irvine/Belçika*, B. No: 62819/17 ve 63921/17, 1/6/2021, § 124.

22 Oxford Sözlüğü, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/ground_1?q=ground (Erişim Tarihi: 3/5/2024)

23 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 3/5/2024)

1. Mahkûmiyet Kararının Gereği Olarak Tutma (AİHS mad. 5/1-a veya Anayasa mad. 19/2)

Sözleşme'deki sıralama izlenecek olursa kişinin fiziksel özgürlüğünden mahrum bırakılmasının meşru sebeplerinden ilki kişinin *mahkûmiyet kararının gereği olarak* tutulmasıdır. Bu durumda dört hususa dikkat edilir. Buna göre kişinin (i) yetkili mahkemelerce (ii) mahkûmiyet kararından (iii) sonra (iv) mahkûmiyet kararı ile illiyet bağını koruyarak (v) hukuka uygun olarak tutmaya konu edilmesi hâlinde bu meşru sebep gündeme gelebilir²⁴.

Bu durumda adil yargılanmaya ilişkin güvenceleri tanıyan ve uygulayan, tarafsız ve bağımsız kişi ya da kurullarca -yani mahkemelerce-²⁵ kişinin fiziksel özgürlüğünü kısıtlayıcı mahkûmiyet hükmü içeren bir kararın varlığı şarttır²⁶. Mahkemenin yetkili olması temelde mahkemenin daha önce belirlendiği hâliyle uyumsuzluk konusu olaya bakmakla yetkili ve görevli kılınması anlamına gelir.

Bahsi geçen “mahkûmiyet” koşulu, kişinin üzerine atılı suç isnadının kesinliğe kavuştuğu, kişinin atılı suçu işlediğinin kanıtlandığı hallerde yani yargılamayı yürüten mahkeme tarafından kişinin “suçluluğunun tespiti” ilişkin hükmün verilmesi ile gerçekleşir²⁷. Kişinin fiziksel özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin mahkûmiyet kararının ilk derece mahkemesi tarafından verilmesi ile kişinin mahkûmiyete bağlı tutulması başlar²⁸. Kararın üst derece mahkemelerince incelenmesi, itiraz, istinaf ya da temyiz süreçlerinin beklenmesi veya kararın kesinleşmesi gerekmez. Fiziksel özgürlük-

24 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). s. 385.

25 Yavuz Selim Güler/Türkiye, B. No: 76476/12, 15/12/2015, § 38.

26 Karan, U. (2013). Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, içinde İnceoğlu, S. (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss.179-208), Beta Basım, s. 187.

27 Doğru, O. ve Nalbant A. (2012). s. 385.

28 Wemhoff/Almanya, B. No: 2122/64, 27/6/1968, ilgili hukuk kısmı § 9.

ten mahrum bırakılmaya ilişkin kararlar hapis cezası olabileceği gibi akıl hastalığı gibi nedenlerle güvenlik tedbiri şeklinde de olabilir.

Mahkeme tarafından da belirtildiği üzere Fransızca metinde yer alan (condamnation), “mahkûm edilmesi” ifadesi hem suçun varlığının kanuna uygun olarak saptanmasının üzerine suçlu bulunmak olarak, hem de özgürlüğün kısıtlanmasını içeren cezanın veya bir başka tedbirin uygulanması olarak anlaşılmalıdır²⁹. Bu nedenle meşru sebep değerlendirmeye alınırken kişinin mahkûmiyet kararından önceki süreçte tutulması hali değil suçluluğun sabit bulunduğu ile mahkûmiyet kararından sonraki dönemde ve mahkûmiyet ile tutma arasında illiyet bağı³⁰ muhafaza edilerek fiziksel özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığına dikkat edilir³¹. Söz konusu sebebin yöneldiği temel amaç “suçluluğuna karar verilen kişi aleyhine hükmedilen hürriyeti kısıtlayıcı tedbirlerin yerine getirilmesi (ya da cezalandırılmasının sağlanması)”dır.

Bu meşru sebebe dayanan tutmada hukuka uygunluk hususu yargılama sürecine değil kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılma sürecine ilişkindir. Yargılama sürecindeki hukuka uygunluk Sözleşme’nin diğer hükümleri kapsamında incelenebilecek iken mahkûmiyet hükmünden fazla süre kişinin hapsedilmesi gibi haller özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında hukuka uygunluk değerlendirmesinde ele alınır.

2. Yükümlülük Nedeniyle Tutma (AİHS mad. 5/1-b veya Anayasa mad. 19/2)

Kişinin mahkûmiyet hükmü nedeniyle tutulmasından sonra öngörülen bir diğer meşru sebep yükümlülük nedeniyle tutma hâlidir. Bu durumda söz konusu yükümlülüğün (i)

29 Del Río Prada/İspanya [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 123.

30 M./Almanya, B. No: 19359/04, 17/12/2009, § 88.

31 Harris D., O’Boyle M. ve Warbrick C. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Karan, U. ve Bingöllü Kılçı, M. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 296.

yasa tarafından mı yoksa (ii) mahkeme tarafından mı bireye yüklendiğinin tespiti gerekir.

Kişinin mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması nedeniyle yani mahkemenin yükümlülük yükleyen emrine aykırı davranılması nedeniyle tutulması hâlinde Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrası (b) bendinin ilk kısmı kapsamında kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakılması gündeme gelir. Buna göre (i) mahkeme tarafından (ii) hukuka uygun olarak yükümlülük yükleyen bir karar (iii) ilgilinin bilgilendirilmesine rağmen (iv) meşru bir mazeret bulunmaksızın ihlal edilmiş ise kişinin tutulması mümkün hâle gelir. Bu durumda kişinin *mahkemece yüklenen yükümlülüğü yerine getirmesi amaçlanmakta* olup yükümlülüğün ifası ile meşru amaç ortadan kalkacağı için tutma da hukuka aykırı hâle gelir.

Diğer taraftan kişinin kendisine mevzuat (kanun) tarafından yüklenen bir yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle tutulması hâlinde bendin ikinci kısmı kapsamında değerlendirme yapılmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün Kara Avrupası sistemine dâhil ülkemiz yönünden kanundan kaynaklanması şart olup idari yollarla kişiye yüklenen yükümlülükler tutma için meşru sebep teşkil etmez. Kamusal nitelik taşıyan cezalardan kaynaklansa, hatta bir tarafı kamu olan özel hukuka ilişkin borç doğuran akitlerden doğsa dahi yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle kişinin tutulması hali Sözleşme tarafından korunmaz³². AİHM tarafından söz konusu yükümlülüğün türü, amacı, yükümlünün özellikleri, tutmanın uzunluğu gibi hususlar³³ müdahalenin hukukiliği ve orantılılığı kapsamında ele alınmaktadır. Bu tutmadaki temel amaç ise *kişinin tutma yoluyla kendisine mevzuat tarafından yüklenen yükümlülüğü yerine getirmesinin sağlanmasıdır*³⁴.

32 Altınkök S. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk İç Hukukunda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa 19. ve AİHS 5. Madde)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, s. 21.

33 *Lolova-Karadzova/Bulgaristan*, B. No: 17835/07, 27/3/2012; *Duğan/Türkiye*, B. No: 84543/17, 7/2/2023.

34 *Duğan/Türkiye*, B. No: 84543/17, 7/2/2023, § 41.

3. Suç İsnadına Bağlı Tutma (AİHS mad. 5/1-c veya Anayasa mad. 19/3)

Sözleşme tarafından haklı görülen tutma sebeplerinden birisi kişinin suç işlediği iddiası ile tutulması hâlidir. Buna göre kişinin suç isnadına bağlı tutulmasının temel şartı (i) kişinin suç işlediği konusunda makul bir şüphenin mevcut olmasıdır. Ancak bu temel şart sadece kısıtlı bir süre için tek başına bir tutmayı hukuka uygun kılabılır. Tutmanın sonraki dönemde devam ettirilebilmesi için tutmada gerçek bir kamu yararının bulunup bulunmadığına bakılır. Buna göre tutması devam ettirilen kişi yönünden yargı makamlarının sunduğu gerekçelerin ilgili ve yeterli olması yanında tutmaya dayanak soruşturma ya da kovuşturma sürecinin özenle yürütülmesi gereklidir³⁵. Makamlarca tutmanın devamı yönünden sunulan gerekçelere (i) şüphelinin kaçma tehlikesi³⁶, (ii) adaletin işleyişine zarar verme tehlikesi³⁷, (iii) tekrar suç işleme tehlikesi³⁸ veya (iv) kamu düzeninin bozulması tehlikesi³⁹ ve bunlarla bağlantılı olarak (v) suç işleyen bireyin korunması gerekliliği⁴⁰ gösterilebilir. Ancak hakkında suç işlediği yönünden makul şüphe bulunan kişinin soruşturmasının ya kovuşturmasının özenle yürütüldüğü ve tutmada bu gerekçelerin ilgili ve yeterli şekilde sunulduğu durumda kişinin tutulması Sözleşme bağlamında sorun teşkil etmez⁴¹. Her ne kadar ilk bakışta “suçun önlenmesi” sebebiyle tutmaların kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacına hizmet etmeyeceği ileri sürüle-

35 Buzadji/Moldova [BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016, § 87.

36 W./İsviçre, B. No: 14379/88, 26/1/1993.

37 Söz konusu amaç bazı kaynaklarda delilleri karartma, tanıkları etkileme, sahte delil üretme gibi alta başlıklar olarak ele alınmaktadır. (Karan U. (2013). s. 193; Mamedova/Rusya, B. No: 7064/05, 1/6/2006; Letellier/Fransa, B. No: 12369/86, 26/6/1991).

38 N.C./İtalya, B. No: 24952/94, 11/1/2001.

39 I.A./Fransa, B. No: 28213/95, 23/11/1998.

40 Demirtaş (2)/Türkiye, B. No: 14305/17, 20/11/2018.

41 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). ss. 389-390; Reid, K. (2019). *A Practitioners's Guide to the European Convention on Human Rights*, Londra: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, s. 410.

bilir ise de Mahkeme tarafından bir kişinin herhangi bir ceza soruşturması açılması amacına yönelik olmayan, sadece suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla tutulması olasılığını Sözleşme'nin koruma alanı dışında bırakmıştır⁴². Bu şartların varlığı sadece ilk tutma kararının verildiği anda değil tutmanın devamı süresince de mevcut olmalıdır. Bu bendin en temel meşru amacı *suç işlediği yönünde makul bir şüphe bulunan yani suç isnadı altındaki kişinin* kanunen yetkili makamların önüne çıkarılmasıdır⁴³.

4. Küçüğün İslah ya da Mahkeme Önünde Hazır Edilmesi Amacıyla Tutma (AİHS mad. 5/1-d veya Anayasa mad. 19/2)

Söz konusu tutma sebebi temelde iki meşru amacın yerine getirilmesine yönelmektedir. Buna göre on sekiz yaşından küçük kişi⁴⁴ sadece (i) eğitiminin (ıslahı⁴⁵) sağlanması⁴⁶ amacıyla ya da (iii) yetkili makamların önünde hazır edilmesi⁴⁷ için tutmaya konu edilebilir. Ancak söz konusu amaçların tutma ile başlaması şart olmayıp amaca yönelik belirli bir geçiş süreci de Mahkeme tarafından amaca uygun kabul edilmektedir⁴⁸.

Unutulmaması gereken temel hususlardan bir tanesi söz konusu eğitim amacına yönelen tutmanın sadece mahkemelerce değil aynı zamanda yetkili idari mercilerce verilecek kararlar da gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Ancak bu durum daha sonra Sözleşme ve Anayasa'nın amacına uygun olarak

42 Şirin, T. (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1*, Ankara: Mrk Baskı ve Tanıtım, s. 107.

43 Doğru O. ve Nalbant A. (2012). ss. 377, 388; Şirin, T. (2018). ss. 100, 105; *Lawless/İrlanda* (3), B. No: 332/57, 1/7/1961, S., V., ve A./*Danimarka* [BD], B. No: 35553/12; 36678/12; 36711/12, 22/10/2018, § 97.

44 *Koniarska/Birleşik Krallık*, B. No: 33670/96, 12/10/2000.

45 Anayasa'mızın 19. maddesinde "bir küçüğün gözetim altında ıslahı" olarak ifade edilmektedir.

46 *Bouamar/Belçika*, B. No: 9106/80, 29/2/1988, § 50.

47 *X./İsviçre*, B. No: 8500/79, 14/12/1979.

48 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). s. 390.

yargı organlarınca denetlenebilir olmalıdır⁴⁹. Anayasa’da bahsi geçen “ıslah” kavramına ilişkin olarak ise bir kısım açıklamalar yapılması mecburiyeti bulunmaktadır. “ıslah” kelime olarak en basit hâliyle iyileştirme⁵⁰ ya da kişinin/hayvanın yola getirilmesi uslandırılmasıdır. Kanaatimizce burada “ıslah” kelimesinin küçüğün eğitilerek iyileştirilmesi olarak kabulü zorunludur. AİHM *Blokhin/Rusya*⁵¹ kararında “davranışın düzeltilmesine” ve başvuranın daha fazla suç işlemesini önleme ihtiyacına yönelik olarak küçüğün tutulmasının meşru bir sebep teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Dahası mahkeme söz konusu eğitimin yanı sıra güvenlik gereksinimlerini de yerine getiren kurumların varlığının gerekliliğine işaret etmiştir. Söz konusu eğitim sürecinin fiilî tecrit boyutuna varmaması ve bu konuda uzman kişilerce verilmesi de söz konusu hakkın koruduğu değerlerin bir gereğidir⁵².

Küçüğün yetkili merci önüne çıkarılması amacıyla tutma ise biraz daha muğlaktır. Zira bu hususta sınırlı kararlardan olan *X/İsviçre*⁵³ kararında on beş yaşındaki bireyin ıslahının sağlanamaması üzerine mahkeme tarafından karar için öncelikle psikomedikal rapor alınması gerekliliğine dayanılarak gözlem altında tutulmasının küçüğün yetkili merci önüne çıkarılması amacına hizmet ettiğine karar verilmiştir. Kanaatimizce küçüğün bu bent kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılması için öncelikle suç şüphesi altında bulunmaması, suç işlediğine yönelik bir tespit varsa dahi cezai sorumluluğun bulunmaması⁵⁴ gibi şartların mevcudiyeti gereklidir. Suç

49 Şirin, T. (2018). s. 121.

50 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 30/5/2024)

51 *Blokhin/Rusya*, B. No: 47152/06, 23/3/2016, § 171.

52 *Bouamar/Belçika*, § 52.

53 *X./İsviçre*, B. No: 8500/79, 14/12/1979.

54 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 31. madde hükmüne göre;

“(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını

şüphesi altındaki küçüğün bu şartları taşımaması halinde tutulması suç isnadına dayalı olarak tutma kabul edilmelidir.

5. Hastalık, Bağımlılık ve Serserilik Nedeniyle Tutma (AİHS mad. 5/1-e veya Anayasa mad. 19/2)

AİHS tarafından kamu sağlığını, kamu düzeni ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bulaşıcı hastalık taşıyanlar, akıl hastaları, uyuşturucu ve alkol bağımlıları ile serseriler belirli şartları taşıması halinde tutmaya konu edilebilir. Bu tutmanın uygulanabilirliğinin temel kriteri toplum güvenliği ile kişinin menfaatinin tutmayı gerekli kılmasıdır.

Buna göre *Winterwerp kriterleri* olarak ifade edilen ve akıl hastalarının tutmaya konu edilebilmesine ilişkin koşulların belirlendiği kararda AİHM, akıl hastalarının (i) akıl hastalıklarının denetime elverişli ve tarafsız bir hekim raporu ile sabit olması, (ii) özgürlüğünden kısıtlanmasının zorunlu olması ve (iii) tutma boyunca bu sebeplerin ve tespitlerin devam ettiğinin ortaya konulması hallerinde özgürlüğünden mahrum bırakılabileceğini belirtmiştir⁵⁵. *Doğru/Nalbant* bu kriterlere ek olarak acil hallerde ilk şartın yani denetime elverişli ve tarafsız hekim raporunun alınması şartının belirli bir süre ertelenebileceğini ifade etmektedir⁵⁶.

Bağımlılar (alkolik kişiler ya da uyuşturucu bağımlıları) yönünden ise temelde (i) bağımlılıkları nedeniyle kendilerine ya da kamuya zarar verme tehlikeleri bulunması, (ii) tutmanın zorunlu olduğu kanaatine varılması yani daha hafif nitelikteki tedbirlerin yetersiz kalacağının anlaşılması halinde fiziksel özgürlüğün kısıtlanması yoluna gidilebilir⁵⁷. Bu iki şartın varlığı tıpkı akıl hastalarının tutulması gibi tutma süre-

algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur...”

55 *Winterwerp/Hollanda*, B. No: 6301/73, 24/10/1979.

56 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). s. 391.

57 *Witold Litwa/Polonya*, B. No: 26629/95, 15/9/1997.

since bulunmalıdır.

Bulaşıcı hastalık taşıyanlar yönünden (i) kişinin bulaşıcı hastalık taşıdığına tespit edilmesi, (ii) bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı ve güvenliği için tehlike teşkil etmesi ve (iii) bu tehlikenin tutma dışında daha hafif nitelikteki bir tedbir ile önlenemez olması şartlarının mevcudiyeti halinde tutmanın hukuka uygunluğundan söz edilebilir⁵⁸. Her ne kadar acil durumlarda ilk şartın ihmal edilebileceği kabul edilebilir ise de bu tespitin en kısa sürede yapılmasının gerekliliği Sözleşme'nin amacına uygunluk kriteri yönünden zorunludur.

Son olarak AIHS'te serseriler yani sabit ikametgâh sahibi olmayan, geliri bulunmayan, düzenli bir iş ve mesleği bulunmayan kişilerin⁵⁹ tutulmasına müsaade edildiği görülmektedir. Tüm bu hâllerde kişilerin Sözleşme'nin tutulan kişiler yönünden öngördüğü güvencelerden yararlandırılması önem arz etmektedir.

Bazı kaynaklarda bu bende göre tutmanın amacı toplumla uyum göstermeyen alkolik, serseri, uyuşturucu bağımlısı ya da akıl hastalarının kendilerine ve bulundukları topluma zarar vermelerinin engellenmesi⁶⁰ olarak ifade edilmekte ise de bu eksik bir açıklamadır. Kanaatimizce son çare olarak gerçekleştirilen tutmanın temel amacı *hasta, bağımlı kişiler yönünden bunların kendilerinin yanı sıra kamu sağlığı ve güvenliğine zarar vermesinin önlenmesi*⁶¹ iken kamu güvenliğine tehlike teşkil eden akıl hastaları yönünden bunların tedavi, eğitim ve ıslahının sağlanmasıdır. Bu tutmalarda kişinin menfaati ile kamu sağlığı-

58 Enhorn/İsveç, B. No: 56529/00, 25/1/2005.

59 De Wilde, Ooms ve Versyp/Hollanda, B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/6/1971.

60 Büke, A. (2014). "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı", İzmir: Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 46., Çetintaş, G. (2020). "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Özgürlük ve Güvenlik Hakkı", Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 78.

61 Şirin, T. (2018). s. 131.

ğı ve güvenliği arasında makul bir denge gözetilmesi ve son çare olan tutmanın hem kamu hem de birey menfaati için bir denge gözetilerek makul kabul edilmesi gerekir.

6. Sınır Dışı Edileceklerin Tutulması (AİHS mad. 5/1-f veya Anayasa mad. 19/2)

Tutmadaki son meşru sebep ülkeye usulüne aykırı girişlerin önlenmesi amacıyla ya da sınır dışı etme veya iade işleminin yürütülmekte olması nedeniyle kişilerin tutulmasına ilişkindir. Sınır dışı hususunda AİHM tarafından verilen kararlarda⁶² sınır kontrolünün üye ülkenin egemenlik yetkisine ilişkin olduğu ifade edilmiş, buna göre ülkeye yasa dışı giriş yapanların tutulmalarının (i) iyi niyetle, (ii) kişinin izinsiz girişinin önlenmesi amacına uygun, (iii) geri çevrilmeleri halinde diğer temel haklarının ihlal edilme riski bulunan kişilerin öznel durumları da gözetilerek uygun ve insani koşullarda olması ayrıca (iv) sürenin makullüğü gözetilerek gerçekleştirilmesi gerektiği izah edilmiştir⁶³. Bu meşru sebebe dayanan tutmaların temel amacı ülkelerin egemenlik yetkisinin bir gereği olan sınır kontrolünü sağlayabilmesi için *yabancı kişilerin ülkeye izinsiz girişinin*⁶⁴ ve bulunmasının önlenmesidir⁶⁵.

II. AİHM KARARLARINDA KARMA NİTELİKTEKİ TUTMALAR

Karma nitelikteki tutma olarak nitelendirdiğimiz ve birden fazla meşru sebebi birlikte barındıran tutmayı temel olarak AİHM uygulamasına dayanılarak izah etmek mümkündür. İleride de bahsedeceğimiz üzere teori gerek Sözleşme gerekse Anayasa bağlamında tutmanın meşru sebeplerini tek tek ele almakta, bunların birlikte bulunduğu hallere sistematik bir sınıf-

62 Saadi/İtalya, B. No: 37201/06, 28/2/2008.

63 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). s. 393.

64 Kartal, C. B. (2013). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21., S. 2., ss. 63-87.

65 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). s. 392.

landırmada yer vermemektedir. Tabi ki bu durum teorinin bu birden fazla meşru sebebin birlikte bulunamayacağı yönünde bir kabulü anlamına gelmez ancak kanaatimizce tutmanın değerlendirilmesinde hangi meşru sebebe üstünlük tanınacağı ve hangi kriterlere göre hukukilik denetimi yapılacağının tespiti ve açıklanması bakımından karma nitelikteki tutmaların ayrı bir başlık olarak ele alınmasında fayda vardır.

Mahkeme uygulamasında karma nitelikte tutmaya örnek gösterilebilecek sınırlı sayıda karar bulunmakla birlikte bunların ele alınması konunun izahı bakımından önem arz etmektedir.

X/Birleşik Krallık başvurusuna konu olayda daha önce paranoid kişilik bozukluğundan muzdarip başvurunun hakkındaki mahkûmiyet kararından sonra akıl hastalarına yönelik klinikte gözetim altına alınmasına karar verilmiştir. Görevlilerin başvurunun şartlı tahliyeye uygun olduğuna yönelik kararları sonrası başvurunun davranışlarındaki bozulmalar nedeniyle önce gözaltına daha sonra klinikte gözetim altına alınmasına karar verilmiştir. Mahkeme tarafından başvurunun yeniden gözaltına ve izleyen süreçte de gözetim altına alınmasının hem mahkûmiyet kararına dayanılarak tutma -yani Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi- hem de temel amacın akıl hastalığından muzdarip başvurunun tedavi ettirilmesi olduğu gözetilerek -birinci fıkranın (e) bendi- akıl hastalığı nedeniyle tutma kapsamında kaldığını ifade edilmiştir⁶⁶.

Mahkeme tarafından tutmanın hukukiliğinde temel olarak akıl hastalığı nedeniyle tedavi amaçlı tutma kapsamında değerlendirme yapılmıştır. Zira *Winterwerp*⁶⁷ kararına atıf yapan Mahkeme son çare olan tutmanın hukukiliğinin denetlenmesinde -acil durumlar dışında- kişinin akıl hastalığının güvenilir ve denetlenebilir şekilde tespit edilmesine ve tutma

66 *X/Birleşik Krallık*, B. No: 7215/75, 5/11/1981, §§ 38-39.

67 *Winterwerp/Hollanda*, B. No: 6301/73, 24/10/1979.

süresince bu şartın mevcudiyetine bağlı olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak başvurucunun akıl hastalığının güvenilir ve denetlenebilir şekilde ortaya koyan bir rapor ya da tespit bulunmaması nedeniyle söz konusu tutmanın hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir⁶⁸.

AİHM'in bir başka başvuruda ele aldığı olayda geçirdiği kaza sonrası beyin hasarı oluşan başvurucunun saldırgan davranışları nedeniyle birçok mahkûmiyet hükmü kurulmuş ayrıca bir takım güvenlik tedbirlerine *-belirli bir ikamet yerini tahsis etmek veya yasaklamak ve önleyici gözetim altında tutmak gibi-* hükmedilmiştir. Söz konusu güvenlik tedbirlerinin başvurucunun akıl hastalığına yönelik ıslah ya da tedavi amacıyla verildiği anlaşılmaktadır. Yetkililerin akıl hastalığının gözlemi ve tedavisi yönünden aldığı önlemlere rağmen başvurucunun psikolojik yapısında değişme olmaması, gözetim sürecinde yeni suçlar işlenmesi sonrası birçok yargılama yapılmış, yeni mahkûmiyet hükümleri kurulmuştur. Başvurucu mahkûmiyetinin bir kısmı cezaevinde tutularak bir kısmını ise güvenlik tedbiri uygulanarak infaz etmiştir. Mahkeme üye ülke mevzuatına göre cezayı gerektiren eylemlerin zihinsel kapasitesi az gelişmiş veya kalıcı olarak zayıflamış bir kişi tarafından işlenmesi ve failin durumu nedeniyle aynı suçu tekrarlama tehlikesinin bulunması hâlinde önleyici gözetim de dâhil olmak üzere güvenlik önlemleri alınmasına izin verildiğini aktarmıştır. Mahkeme söz konusu fiziksel özgürlükten yoksun bırakma döneminin mahkûmiyete bağlı tutma kapsamında değerlendirilebileceğini, aynı dönemde başvurucunun suç teşkil eden eylemleri nedeniyle suç isnadına bağlı olarak tutmanın da gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Zira mahkûmiyetin infazının tamamlanması ile suç isnadına bağlı tutma nedeniyle hâkim önüne çıkarılması arasında "köprüleyici"⁶⁹ olarak başvurucunun tutulması temelde suç isnadına bağlı tutmanın bir çeşididir. Sonuç olarak her iki tutma sebebi yönünden de

68 X/Birleşik Krallık, §§ 40-47.

69 Söz konusu kararda "bridging detention" ifadesi kullanılmıştır.

hukukilik kriterini taşıyan tutmanın hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir⁷⁰.

AIHM nezdinde *X/Birleşik Krallık* kararına benzer bir durumun ele alındığı *Brand/Hollanda* kararında akıl hastalığından muzdarip başvuru mahkeme tarafından mahkûm edilmiş ve akıl hastalığı nedeniyle de adli gözetime alınmasına karar verilmiştir. Başvurucu gözetim kliniğinde⁷¹ yer bulunmaması nedeniyle yaklaşık altı aylık bir süre için tutukevinde tutulmuştur. Mahkeme söz konusu tutmanın hem birinci fıkranın (a) bendi kapsamında mahkûmiyete bağlı tutma, hem de (e) bendi kapsamında akıl hastalığının tedavisi için tutma olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme tarafından başvuru tedavisinin gerçekleştirilebileceği bir uygun bir kurum yerine tutukevine alınmasının meşru amaç ile bağdaşmadığı, zira akıl hastalığı nedeniyle tutmada temel amacın cezalandırıcı niteliğe sahip olmayan tedavi olduğunu ancak üye ülke tarafından bu amacın ihmal edilerek *-bir süreliğine ya da mecburiyetten kaynaklansa da-* cezalandırıcı nitelikteki tutukevinde barındırılma halinin tutmayı hukuka aykırı hâle getirdiğini ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu yapısal kapasite eksikliğinin üye ülke tarafından erken bir tarihte tespit edilmesine rağmen altı aylık bir süre içinde giderilememiş olmasının makul dengenin kurulmadığına işaret ettiğine ve hakkın özüne zarar verdiğine dikkat çekmiştir⁷².

Enhorn/İsveç kararı da karma nitelikteki tutmalar yönünden hem konusu hem de kendisine yapılan atıflar nedeniyle önem arz eder. Bulaşıcı hastalık (HIV) taşıyan eşcinsel bireyin hastalığı başkalarına bulaştırdığının tespit edilmesi üzerine kendisine yüklenen yükümlülükler aykırı davrandığı tespit edilmiştir. Yükümlülükler aykırı davranan başvuru nun üç aya kadar hastanede izole şekilde tutulmasına karar

70 *Eriksen/Norveç*, B. No: 17391/90, 27/5/1997, §§ 76-87.

71 Kararda "*custodial clinic*" ifadesi kullanılmıştır.

72 *Brand/Hollanda*, B. No: 49902/99, 11/5/2004, §§ 58-67.

verilmiştir. Daha sonra alınan kararlarla hastanede tutulma süresi uzatılan başvuru tutulduğu hastaneden birçok kez kaçmıştır. Hükûmet tarafından tutmanın hem bulaşıcı hastalığın yayılmasının önlenmesi (e) hem de yükümlülüğün yerine getirilmesi (b) amacıyla tutma olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Hükûmet tarafından ilgili kanun uyarınca bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerin belirli bazı yükümlülüklerle uymasının zorunlu olduğu ve başvuru yükümlülükler konusunda bilgi sahibi olduğu belirtilmiştir. Mahkeme ise başvuru tutulmasında temel amacın bulaşıcı hastalığın yayılmasının önlenmesi olduğuna bunun yanı sıra “yüklenen yükümlülüğe uymama nedeniyle tutma” yönünden ise ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Mahkemece bulaşıcı hastalık taşıyıcıları yönünden tutmanın hukuki olması için iki şartın varlığının arandığı ifade edilmiştir. AİHM’e göre öncelikle bulaşıcı hastalık taşıyıcısının kendi menfaati ile hastalığın yayılmasının önlenmesi suretiyle kamu sağlığı ve güvenliği arasında bir denge sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır. İkinci olarak söz konusu tutmanın son çare olarak ve zorunlu olarak uygulanması gerekir. Somut olayda başvuru yaklaşık yedi yıl süreyle tutulmasına izin veren -fırar ettiği süreler dâhil- kararlarda daha hafif tedbirlerin değerlendirilmemiş olması, başvuru bir dönem “alkolik” olmasına rağmen bunun tedavisi için bir öneride bulunulmaması, psikolojik destek tavsiyesine rağmen bu yönde bir eyleme girişilmemesi gibi nedenlerle başvuru son çare olan fiziksel özgürlüğünden mahrum şekilde izole tutulmasının haklı görülemeyeceğine karar verilmiş ve tutmanın hukuki olmadığına hükmedilmiştir⁷³. Kanaatimizce Mahkeme burada meşru amaçlar arasında bir yoğunluk sıralaması yapmış kişinin bulaşıcı hastalığın yayılmasının önlenmesi amacının yükümlülüğün yerine getirilmesi amacından daha baskın olduğuna karar vermiştir. Yükümlülüklerin bulaşıcı hastalık nedeniyle yüklenmiş olması yani (b) bendinin varlığının as-

73 Enhorn/İsveç, B. No: 56529/00, 25/1/2005, §§ 33-56.

linda (e) bendine dayanıyor olması, göz önüne alındığında bu yaklaşımın yerinde olduğu sabittir. Ayrıca Mahkeme bulaşıcı hastalığın önlenmesi amacıyla tutmadaki hukuka aykırılığa götüren olay ve olguların varlığına ilişkin tespitlere dayanarak olayı daha karmaşık hâle getirmeden doğrudan ihlal sonucun götürecektir bir yolu seçmiş olması da pek muhtemeldir.

Son olarak değineceğimiz *Harkman/Estonya* kararında ise akıl sağlığının yerinde olmadığı tespit edilen başvuru haklarında suç isnadı nedeniyle başlayan yargılamada mahkeme tarafından başvuruçunun ısrarlı şekilde duruşmalara katılması yönündeki mahkeme kararlarına uyulmaması üzerine zorla getirilmesine karar verilmiştir. Başvuruçucu, yakalanması sonrası on beş gün süreyle gözaltında tutulmuş ve daha sonra duruşma yapılmasını müteakip serbest bırakılmıştır. Hükûmete göre başvuruçunun tutulması hem suç isnadına bağlı tutma hem de mahkeme emrine uyulmaması nedeniyle tutma olarak değerlendirilebilecektir. Mahkeme tarafından da iki meşru amaca hizmet ettiği ifade edilen tutmada şikâyet konusu olan uzun süre gözaltında tutulmasının yani ivedilikle hâkim önüne çıkarılmamasının beşinci maddenin üçüncü fıkrasına göre suç isnadına bağlı tutma kapsamında incelenebileceği zira suç isnadına bağlı tutmanın daha kapsamlı güvencelere bağlandığı aktarılmıştır. Sözleşme'nin beşinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre suç isnadına bağlı olarak yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Mahkeme tarafından hâkim önünde hazır edilmesine karar verilen kişinin on beş gün süreyle gözaltında tutulması beşinci maddesinin üçüncü fıkrasında bireye tanınan güvencelerden derhal hâkim önüne çıkarılma hakkına aykırılık taşımaktadır⁷⁴.

74 *Harkman/Estonya*, B. No: 2192/03, 11/7/2006, §§ 30-40.

III. AYM KARARLARINDA KARMA NİTELİKTEKİ TUTMALAR

Anayasa Mahkemesi AİHM'in aksine şu ana kadar tutmanın aynı anda birden fazla meşru sebebe dayanabileceği yönünden bir tespitte bulunmamıştır. Kanaatimizce karma nitelik taşıyan ancak AYM tarafından tutmanın tek bir meşru sebep doğrultusunda incelendiği kararlara kısaca yer vermek konunun anlaşılması için önem arz etmektedir.

Değinilmesi gerek kararlardan biri olan *Mustafa Gökteş*⁷⁵ başvurusuna göre mahkûmiyet hükmü ile sona eren ceza yargılamasında başvuru hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi gereği hükmedilen yurt dışına çıkamama şeklinde adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir. Bu tedbire uymayarak Edirne ilinde yurt dışına çıkış yapmak üzereyken yakalanan başvuru tutuklanmıştır. Söz konusu tutuklama kararına yönelik başvuruda Anayasa Mahkemesince söz konusu tutmanın mahkeme emrine uymama nedeniyle tutma olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce şikâyet konusu edilen tutma karma nitelikte olup birkaç farklı amaca yönelmektedir. Başvurucunun yurt dışına kaçma amacıyla kolluk tarafından yakalanması şeklindeki tutmanın yöneldiği meşru amacın kişinin yurt dışına çıkmasının engellenmesi yani mahkeme tarafından yüklenen tedbire uyulmasının sağlanması olduğu, başvuru mahkeme önüne çıkarılarak tutuklanmasındaki meşru amacın ise mahkûmiyete bağlı tutmanın meşru amacı olan mahkûmiyet kararının infazının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda söz konusu başvuruda kişinin kollukça yakalanması ve mahkeme tarafından tutuklanması şeklindeki kesintisiz müdahalenin temelde iki farklı meşru amaca yöneldiği ve bu nedenle karma bir nitelik taşıdığı ortadadır.

75 *Mustafa Gökteş*, B. No: 2021/44260, 14/12/2023.

Ek olarak belirtmek gerekir ki eğer kişi hakkında mahkûmiyet kararı henüz verilmemiş olsa ve bu sırada adli kontrol hükümlerine aykırı davranıldığı tespit edilse idi kişinin mahkeme önüne çıkarıldıktan sonra tutuklanmasına karar verilmesi hâlinde suç isnadına bağlı tutma gündeme gelecektir.

Bir diğer kararda, ifadesinin alınabilmesi için hakkında yakalama kararı çıkarılan şüphelinin yakalanması ve ifadesinin alınması işlemi bitene kadar tutulması şeklindeki müdahale AYM tarafından *kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak* nitelendirilmiştir⁷⁶. Söz konusu sonuca katılamıyoruz. Çünkü tutmanın kanunda öngörülen bir yükümlülüğe dayanması hâlinde bu yükümlülüğün ayrıca bir mahkeme tarafından tasdiki gerekmez. Zira yükümlülük geçerliliğini bizatihi kanundan alır. Bununla birlikte tutmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yükümlülüğün ihlali nedeniyle tutma olarak kabul edilmesi halinde dahi tutmanın ayrıca suç isnadına bağlı tutma olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki müdahalenin yasal dayanağını teşkil eden 5271 sayılı Kanun'un 98. maddesine göre Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilmesi kişinin "şüpheli" sıfatına sahip olmasına yani suç isnadı altında bulunmasına bağlıdır. Müdahalenin yöneldiği amaç kişinin ifadesinin alınması için yetkili makam önünde hazır edilmesinin sağlanmasıdır. Yani olayda hem suç isnadına bağlı tutma yönünden öngörülen kişinin yetkili makam önünde hazır edilmesi şeklindeki meşru amaç, hem de -AYM'nin kabulü doğrultusunda- kanun tarafından yüklenen ve kişinin duruşmada hazır bulunması gerekliliğini işaret eden yükümlülüğün yerine getirilmesi şeklindeki amaç birlikte bulunmaktadır.

Karma nitelikteki tutmaların AYM tarafından kabul edildiği gibi tek meşru neden kapsamında değerlendirilmesi ayrıca kişiye tanınan güvenceler yönünden de sorun arz eder. Şöyle

76 Serhat Aytemiş, B. No: 2021/39964, 20/12/2023.

ki bahsi geçen *Serhat Aytemiş* başvurusunda olduğu gibi suç isnadı altındaki başvuruçunun yakalanarak ifadesinin alınmasının sadece kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak tutma kabul edilmesi, suç isnadı altındakiler yönünden öngörülen “en kısa sürede hâkim önüne çıkarılma” gibi ek güvencelerden yoksun bırakılmaya sebebiyet verecektir ki bu da AİHM’in yukarıda verdiğimiz ve *Harkman/Estonya* kararında da ortaya koyduğu yaklaşıma aykırılık teşkil eder.

Yukarıdaki örnekler ve kısaca izah ettiğimiz hususlar birlikte değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesinin halen meşru amaç kriterine çok önem atfetmediği, karma nitelikteki tutmaların göz ardı ettiği, tutmanın tek tipleştirilerek ele alındığı ve bunun artık yerleşik bir uygulama haline dönüştüğü anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Karma nitelikteki tutmalar teoride çok yer verilmeyen ve AİHM uygulaması ile şekillenen bir konudur. Anayasa Mahkemesi ise konuya temkinli yaklaşmakta bu şekilde bir nitelendirmeye yer vermemektedir. Şu ana kadar AİHM tarafından pek çok durumda bir tutmanın birden fazla meşru sebepten doğup birden fazla amaca yöneldiği hususunda tespiti yapılmış iken AYM tarafından şu ana kadar böyle bir değerlendirme yapılmamıştır.

AİHM söz konusu karma nitelikteki tutmaları ele alırken öncelikle meşru amaç kriterine bakmaktadır. Buna göre AYM’nin aksine bir tutmanın birden fazla meşru amaca yönelebileceğini kabul eden Mahkeme bazen meşru amaçlardan birine -yoğunluk farkı gibi nedenlerle- üstünlük tanıyarak hukukilik değerlendirmesi yapmakta, bazen de şikâyet konusu da gözetilerek sorunlu bulmadığı tutma türü yönünden gereksiz tartışmalardan kaçınarak ihlale yönelik değerlendirmelerde bulunabileceği sorunlu tutma türüne odaklanmaktadır. Mahkemenin karma nitelikteki tutmada diğer gözettiği me-

sele ise sebeplere yönelik tanınan güvencelerdir. Buna göre AİHM karma nitelikteki tutmada hangi tutma daha kapsamlı güvenceler içeriyor ise öncelikle o tutma yönünden değerlendirme yapmaktadır. Ancak tüm bu hususlara rağmen AİHM söz konusu tutmanın nitelendirmesinden kaçınmamakta ve bunların birden fazla meşru amaç güttüğünü açıkça ifade etmektedir.

AYM'nin ise yakın gelecekte olmasa da izleyen süreçte bu şekilde bir değerlendirme yolunu seçmesi gerekecektir. Zira yukarıda sonuçlarına katılmadığımız kararların artması hem teoride hem de uygulamada sorunlar ortaya çıkaracaktır. Örneğin tutmada tek tiplik kabulünün devamı halinde karma nitelikteki tutmada yapılacak hukukilik denetimi yanında sağlanan güvenceler farklılık arz edecektir. Daha önce örneği verildiği üzere ifadesinin alınması için hakkında yakalama kararı çıkarılan kişinin tutmasının salt kanundan doğan yükümlülüğün ihlali olarak kabul edilmesi halinde kişi suç isnadına bağlı tutma yönünden yapılacak hukukilik denetiminden ve suç isnadına bağlı olarak tutma yönünden tanınan ek güvencelerden mahrum bırakılacaktır. Bu kapsamda AYM'nin kabulüne göre hakkında yakalama kararı çıkarılan kişinin tutulması hâlinde Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının yani kişinin derhal hâkim önüne çıkarılması şeklindeki güvencenin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Benzer şekilde Anayasa'mızın 19. maddesinin beşinci fıkrasına göre yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılmasını öngören güvencenin uygulanma imkânı da ortadan kalkacaktır.

Yine adli kontrole uymayan kişinin tutuklanmasına karar verilmesi hâlinde tutmanın salt mahkeme tarafından yüklenen yükümlülüğün ihlali nedeniyle tutma olarak kabul edilmesi halinde kişi mahkûmiyete bağlı tutma yönünden ya-

pılacak hukukilik denetiminden mahrum kalacaktır. Bu da keyfiliğin artması sonucunu doğuracak hem Sözleşme hem de Anayasa bağlamında hakkın korunmasına ilişkin temel amaçtan uzaklaşılmasına sebebiyet verecektir.

Bir diğer olası sorun ise ihlal sonucunun nasıl ortadan kaldırılacağına karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki tek tip olduğu kabul edilen tutma yönünden hukukilik ya da güvenceler yönünden bir ihlal tespitine ulaşılması hâlinde kişinin durumunun eski hâle getirilmesi ya da zararlarının tazmini ihmal edilen diğer amaç yönünden sorun doğuracaktır. Örneğin mahkeme emrine uymama nedeniyle tutmada aranan kriterlerden birisi kişinin hakkındaki mahkeme emrinden ve uymaması halinde sonuçlarından bilgilendirilmesi gerekliliğidir. Üstelik bu bilgilendirmenin kişiye bizzat ya da kendi tuttuğu müdafine yapılması gerekmekte olup talep üzerine ya da kanun gereği resen mahkemece tayin edilen avukata yapılması AİHM tarafından kabul görmemektedir⁷⁷. Eğer söz konusu tutma bir bütün hâlinde mahkeme emrine uymama olarak kabul edilirse bilgilendirme unsurunun olmaması nedeniyle tutmanın bir bütün olarak hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği ve dolayısıyla ihlalin sonuçlarının giderilmesi için de tahliye edilmesi gerektiği sonuçlarına ulaşılabilecektir. Oysa bu tutmanın karma niteliğinin kabulü halinde kişinin ilk tutmasının hukuka aykırılığı hâlinde tazminat imkânı doğacak, hâkim önüne çıkarıldıktan sonraki süreç suç isnadına ya da mahkûmiyete bağlı tutmaya döndüğü için ihlalin giderilmesi için tahliye edilmesi gerekliliği doğmayacaktır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin tutmaların niteliğini ele alırken artık tek tipçi yaklaşımdan ayrılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda AYM tarafından (i) öncelikle tutmanın yöneldiği amaçların belirlenmesi, (ii) birden fazla amaca yöneldiği kanaatine ulaşılması hâlinde bunun kararda belirtilmesi, (iii) bu amaçların dayandığı meşru sebeplere

77 O.G./Litvanya, B. No: 66095/09, 23/9/2014.

göre ayrı ayrı hukukilik ve ölçülülük değerlendirmesi yapılması, (iv) bu sebeplerden her biri yönünden hukukilik ya da ölçülülük kriterlerinin karşılanmaması halinde söz konusu tutmanın ihlal sonucunu doğurduğunun tespiti ve (v) bu tutma sebebi yönünden ihlalin sonuçlarının nasıl giderileceğinin belirlenmesi gerekecektir. Zira ancak bu şekilde AIHS'in ve Anayasa'mızın temel varlık sebebi olan kişilerin fiziksel özgürlüklerine yönelen keyfî müdahalelerden etkin şekilde korunma amacı gerçekleşecektir.

KAYNAKÇA

- ALTINKÖK, Serhat (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk İç Hukukunda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa 19. ve AIHS 5. Madde)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları.
- BÜKE, Ahmet (2014). “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı”, İzmir: Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ÇETİNTAŞ, Gani (2020). “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ÇELİK, Abdullah (2014). *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- DOĞRU, Osman ve NALBANT Atilla (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. I., Ankara: Şen Matbaa.
- HARRIS David, O’BOYLE, Michael ve WARBRICK, Colin (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Karan, Ulaş ve Bingöllü Kılıcı, Mehveş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- KARAN, Ulaş (2013). Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, içinde İnceoğlu, Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss. 179-208), İstanbul: Beta Basım.
- KARTAL, Cansu Büşra (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21., S. 2., ss. 63-87.
- REID, Karen (2019). *A Practitioners’s Guide to the European Convention on Human Rights*, Londra: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters.

ŞİRİN, Tolga (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1*, Ankara: Mrk Baskı ve Tanıtım.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde Rehberi, https://www.echr.coe.int/documents/604084/839313/Guide_Art_5_TUR.pdf/731b0c98-9379-b002-50e3796601da5414?version=1.1&t=1675077925507&download=true (Erişim Tarihi: 2/5/2024)

Oxford Sözlüğü, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/ground_1?q=ground (Erişim Tarihi: 3/5/2024)

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 30/5/2024)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Blokhin/Rusya, B. No: 47152/06, 23/3/2016.

Bouamar/Belçika, B. No: 9106/80, 29/2/1988.

Brand/Hollanda, B. No: 49902/99, 11/5/2004.

Buzadji/Moldova [BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016.

Creanga v. Romanya [BD], B. No: 29226/03, 23/2/2012.

De Tomasso/İtalya, B. No: 43395/09, 23/2/2017.

De Wilde, Ooms ve Versyp/Hollanda, B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/6/1971.

Del Río Prada/İspanya [BD], B. No. 42750/09, 21/10/2013.

Demirtaş (2)/Türkiye, B. No: 14305/17, 20/11/2018.

Denis ve Irvine/Belçika, B. No: 62819/17 ve 63921/17, 1/6/2021.

Duğan/Türkiye, B. No: 84543/17, 7/2/2023.

Engel ve Diğerleri /Hollanda, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976.

Enhorn/İsveç, B. No: 56529/00, 25/1/2005.

Eriksen/Norveç, B. No: 17391/90, 27/5/1997.

Harkman/Estonya, B. No: 2192/03, 11/7/2006.

I.A./Fransa, B. No: 28213/95, 23/11/1998.

İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/1/1978.

Karner/Avusturya, B. No: 40016/98, 24/7/2003.

Khlaifia ve diğerleri/İtalya, B. No: 16483/12, 15/12/2016.

Koniarska/Birleşik Krallık, B. No: 33670/96, 12/10/2000.

Lawless/İrlanda (3), B. No: 332/57, 1/7/1961.

Letellier/Fransa, B. No: 12369/86, 26/6/1991.

Lolova-Karadzova/Bulgaristan, B. No: 17835/07, 27/3/2012.

M./Almanya, B. No: 19359/04, 17/12/2009.

Mamedova/Rusya, B. No: 7064/05, 1/6/2006.

Merabishvili/Gürcistan, B. No: 72508/13, 28/11/2017.

N.C./İtalya, B. No: 24952/94, 11/1/2001.

O.G./Litvanya, B. No: 66095/09, 23/9/2014.

S., V. ve A./Danimarka [BD], B. No: 35553/12;36678/12;36711/12, 22/10/2018.

Saadi/İtalya, B. No: 37201/06, 28/2/2008.

Selahattin Demirtaş (2)/Türkiye, B. No: 14305/17, 22/12/2020.

Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 24838/94, 23/9/1998.

Storck/Almanya, B. No: 61603/00, 16/6/2005.

Tomasso/İtalya, B. No: 43395/09, 23/2/2017.

Velinov/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, B. No: 16880/08, 19/9/2013.

W./İsviçre, B. No: 14379/88, 26/1/1993.

Wemhoff/Almanya, B. No: 2122/64, 27/6/1968.

Winterwerp/Hollanda, B. No: 6301/73, 24/10/1979.

Witold Litwa/Polonya, B. No: 26629/95, 15/09/1997.

X./İsviçre, B. No: 8500/79, 14/12/1979.

X/Birleşik Krallık, B. No: 7215/75, 5/11/1981.

Yavuz Selim Güler/Türkiye, B. No: 76476/12, 15/12/2015.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Cüneyt Kartal, B. No: 2013/6572, 20/3/2014.

Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/2/2016.

Fesih Narman ve Selahattin Narman, B. No: 2021/39196, 12/6/2024.

Hasan Arslan, B. No: 2020/38449, 12/1/2023.

Mustafa Gökteş, B. No: 2021/44260, 14/12/2023.

Mustafa Karaca, B. No: 2020/15967, 20/5/2021.

Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014.



İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN BİR MAHKEME OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ

*The Turkish Constitutional Court as a Court Initiating the Con-
tention of Unconstitutionality*

Leyla Nur ODUNCU*

Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR**

ÖZET

Anayasa yargısında norm denetiminin önemli bir ayağını oluşturan itiraz yolu, mahkemelerin baktıkları davalarda uygulanacak olan normların Anayasa'ya uygunluğunu sorgulama yetkisi kapsamında esasen bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet etmektedir. Türk anayasa yargısında 1961 Anayasası döneminden bu yana var olan itiraz yolu mekanizması ile mahkemeler, norm denetimi yoluyla hem bu amacı gerçekleştirmekte hem de hukukun üstünlüğü ilkesine katkı sağlamaktadır.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin (AYM) kendisinin de bir mahkeme olarak itiraz yoluna başvurup başvuramayacağı konusu incelenmiştir. Çalışmada yapılan analizler, Anayasa'nın 152. maddesinin lafzı ve amacı dikkate alındığında AYM'nin bazı görevlerini icra ederken itiraz yoluna başvurmamasının önünde anayasal bir engel bulunmadığını göstermektedir. Bu savımızı desteklemek için çalışmada AYM'nin görev ve yetkileri başlıklar altında tek tek ele alınıp incelen-

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, leyla.nur.oduncu@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-1640-1904

** Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, gizemguner48@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9217-6801

miştir. Bu kapsamda sırayla AYM'nin norm denetimi, Yüce Divan yargılaması, bireysel başvuru, siyasi partilerin kapatılması, siyasi partilerin mali denetimi, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi ile Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesinin başkanları ve başkanvekillerinin seçimi konularındaki görev ve yetkileri değerlendirilmiş; Mahkemenin itiraz yolu bakımından hangi durumlarda "mahkeme" statüsünde olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa'nın 152. maddesi, itiraz yolu, somut norm denetimi, mahkeme, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

The Contention of Unconstitutionality, which constitutes a significant pillar of the constitutionality review in constitutional adjudication, primarily serves to protect individuals' fundamental rights and freedoms by authorizing courts to assess the constitutionality of legal norms applicable in the cases before them. In Turkish constitutional adjudication, this mechanism has existed since the 1961 Constitution, enabling courts to fulfill this function through norm review while also reinforcing the principle of the rule of law.

This study explores whether the Turkish Constitutional Court (TCC), as a judicial body, may itself initiate the Contention of Unconstitutionality. The analyses conducted in this study demonstrate that, considering both the wording and the legislative intent of Article 152 of the Constitution, there is no constitutional barrier preventing the TCC from invoking this mechanism while performing certain duties. To support this argument, the study systematically examines the TCC's duties and powers under separate headings. Within this framework, the Court's jurisdiction in areas such as the Concrete Review of Norms, Supreme Criminal Tribunal proceedings, individual applications, the dissolution of political parties, the financial audit of political parties, appeals against parliamentary decisions to lift parliamentary immunity or to terminate parliamentary membership, as well as the election of the presidents and vice-presidents of the TCC and the Court of Jurisdictional Disputes, are analyzed. Based on these assessments, the study aims to identify under which circumstances the TCC qualifies as a "court" that may initiate the Contention of Unconstitutionality.

Keywords: Article 152 of the Constitution, contention of unconstitutionality, concrete review of norms, court, Turkish Constitutional Court.

GİRİŞ

Anayasa mahkemelerinin temel görevi, kanunların ve diğer bazı hukuk normlarının anayasaya uygunluğunu denetlemek, diğer bir ifadeyle norm denetimi yapmaktır¹. Anayasa Mahkemesince (AYM) yapılan norm denetiminde “iptal davası” ve “itiraz yolu” olmak üzere iki tür başvuru usulü bulunmaktadır.

İptal davasında, denetim kapsamındaki normların yürürlüğe girmesinden ve bireylere uygulanmasından bağımsız olarak Anayasa’da belirtilen yetkili makamlar tarafından soyut birtakım iddialar içeren dilekçelerle dava açılmaktadır. Bu denetim türü “soyut norm denetimi” ve “dava yolu” şeklinde de anılmaktadır². Bir mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) hükmünü Anayasa’ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa söz konusu normun iptali talebiyle AYM’ye başvuruda bulunması üzerine işlemeye başlayan denetim yoluna ise “itiraz yolu” denmektedir (AY mad.152). Bu denetim türü için “somut norm denetimi” ya da “def’i yolu” terimleri de kullanılmaktadır³.

Çalışmamızın ana temasını oluşturan itiraz yoluyla anayasaya uygunluk denetimi, ilk defa 1803 yılında Hâkim John Marshall başkanlığında toplanan *Marbury v. Madison* davası

- 1 Öden, M. (2023). *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 49.
- 2 Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 86; Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 401 vd.; Köküsarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024). *Türk Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 37-38; Anayurt, Ö. (2024). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 804; İba, Ş. ve Kılıç, A. (2023). *Anayasa Yargısı Dersleri*, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, ss. 81-93; Öden, M. (2023). s. 125 vd.; Fendoğlu, H. T. (2017). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, ss. 139-141.
- 3 Tunç, H. (1997). s. 85; Özbudun, E. (2017). s. 404 vd.; Köküsarı İ. ve Gedik, Ö. (2024). ss. 39-45; Öden, M. (2023). s. 125 vd.; İba, Ş. ve Kılıç, A. (2023). ss. 93-103; Eren, A. (2024). *Anayasa Hukuku Dersleri*. 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 1125; Fendoğlu, H. T. (2017). ss. 141-148.

ile ortaya çıkmıştır⁴. Esasen “Anayasa alelade kanunlardan üstündür.” gibi temel bir mantığı barındıran bu uygulama, içtihatlarla yerleşik bir hâl almıştır⁵. Böylece Amerika’da federal mahkemeler Anayasa’ya aykırı gördükleri kanunları uygulamama yoluna gitmişlerdir⁶.

Türk hukuk sisteminde ise mahkemelerce Anayasa’ya aykırı görülen bir kanunun ya da belli bir hukuk normunun ihmal edilerek uygulanmaması ya da mahkemelerce hükmün iptal edilmesi gibi bir yetki söz konusu değildir. Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK)⁷ hükümlerini iptal yetkisi münhasıran Türk Anayasa Mahkemesine verilmiştir (AY mad.152).

Bilindiği üzere AYM ilk kez 1961 Anayasası’nda “özel bir mahkeme” olarak kabul edilmiş; 1982 Anayasası’nda ise “yüksek mahkemeler” arasında sayılmıştır. İtiraz yolu (somut norm denetimi) ise Türk yargı sisteminde ilk kez 1961 Anayasası’nın 151. maddesinde ve 44 sayılı Kanun’un⁸ 27. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada 1982 Anayasası dönemi esas alınarak AYM’nin kendisinin itiraz yoluna başvurabilme yetkisinin kapsamı 2949 sayılı Kanun⁹ ve 6216 sayılı Kanun¹⁰ mukayese

4 Feyzioğlu, T. (1951). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, s. 169.

5 Köküsarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024). s. 6.

6 Aliefendioğlu, Y. (1984). “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 116.

7 CBK’lara karşı somut norm denetimi yoluyla iptal isteminde bulunulması ve Anayasa Mahkemesinin bu kapsamdaki değerlendirme yöntemini ele alan kıymetli bir çalışma için bkz. Azaklı, M. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 73-103.

8 22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 25/4/1962 tarihli ve 11091 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

9 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 13/11/1983 tarihli ve 18220 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

10 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 3/4/2011 tarihli ve 27894 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

edilerek değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle itiraz yoluna başvuruya ilişkin mevzuata ve koşullara yer verilecektir. Ardından AYM'nin 1982 Anayasası'nda ve 6216 sayılı Kanun'da sayılan yetki ve görevleri başlıklar altında tek tek ele alınıp bu hâllerde *"itiraz yoluna başvuran bir mahkeme"* olup olmayacağı konusu incelenecektir.

I. İTİRAZ YOLU İLE BAŞVURU

A. İTİRAZ YOLUNA BAŞVURU USULÜNE İLİŞKİN MEVZUAT

İtiraz yolunun mevzuat temelini dört döneme ayırmak mümkündür:

- Birinci Dönem: 1961 Anayasası ve 22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer alan ilgili hükümler,
- İkinci Dönem: 1982 Anayasası ve 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer alan ilgili hükümler,
- Üçüncü Dönem: 1982 Anayasası ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer alan ilgili hükümler,
- Dördüncü Dönem: 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikler sonrası 1982 Anayasası ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer alan ilgili hükümler.

1961 Anayasası'nın somut norm denetimini düzenleyen 151. maddesi ile 1982 Anayasası'nın somut norm denetimini düzenleyen 152. maddesini kıyasladığımızda (6771 sayılı Ka-

nun ile yapılan değişiklikler öncesi), iki maddenin ilk fıkraları yönünden tek fark, 1982 Anayasası'nın kanun hükmünde kararnamelerin de somut norm denetimine konu edilebileceğini öngörmesidir. Kanun hükmünde kararnameler, hukuk sistemimize 1971 yılında girmiş olduğundan 1961 Anayasası'ndaki düzenlemede kanun hükmünde kararnamelere yer verilmemiş olması doğaldır. Kanun hükmünde kararnamelerin hukuk sistemine girmesinden sonra, 1982 Anayasası ile bu normlar hakkında da somut denetimi yoluna gidilmiştir¹¹.

6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrasında ise Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini..."* ifadesi¹² yer almaktadır. Bu cümleden de anlaşıldığı üzere itiraz yoluna yalnızca kanunlar ve CBK'larda yer alan hükümler için başvurulabilecektir.

16 Nisan 2017 tarihinde halk oylaması ile kabul edilen 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 1982 Anayasası'nın 148. ve 152. maddelerinde yer alan *"kanun hükmünde kararnamenin"* ibaresi *"Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin"* şeklinde değiştirilmiştir. 2017 Anayasa Değişikliği ile Anayasa'ya eklenen hükme göre (geçici mad. 21/F), *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler (...) yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152. ve 153. maddelerin uygulanmasına devam olunur."* Dolayısıyla yürürlükteki kanun hükmünde kararnameler de somut norm denetimine konu edilebilir.

Mülga 2949 sayılı Kanun ile 6216 sayılı Kanun mukayese

11 Dağ, G. (2003). "Anayasa Yargısı ve Çalışma Esasları", Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 84.

12 1982 Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce 152. maddede, *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini..."* ifadesi yer almaktaydı.

edildiğinde itiraz yolu konusunda şu temel fark dikkat çekmiştir: 2949 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (2) numaralı fıkrasında AYM'nin "*Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152. maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak.*" şeklindeki görev ve yetkilerine yer verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'da ise AYM'nin yetki ve görevlerinin sayıldığı 3. maddede benzer bir ifade yer almamaktadır.

6216 sayılı Kanun'da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle AYM'nin siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılamalarında itiraz yolunu işleterek normu iptal yetkisinin kaldırıldığı; Mahkemeye kendi baktığı davalarda hiçbir şekilde ön mesele yapıp itiraz yoluyla ilgili mevzuatı inceleyerek iptal etme imkânı tanınmadığı savunulmaktadır¹³. Aksini savunan görüşe göre ise 6216 sayılı Kanun'da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasını, AYM'nin siyasi parti kapatma davaları ve Yüce Divan yargılamalarında Anayasa'ya aykırılığı bekletici/ön sorun yapamayacağı şekilde yorumlamak mümkün değildir. Göztepe'ye göre ayrıca 44 sayılı Kanun ve 2949 sayılı Kanun ile Anayasa'da yer almayan bir husus açıkça daraltılmak suretiyle hüküm altına alınmış, AYM'nin ilgili kanunlarda yazan görevleri dışındaki diğer görevlerinde itiraz yolunu neden işletemeyeceği gerekçelendirilmemiştir¹⁴.

Kanımızca AYM'nin görev ve yetki kapsamındaki işlerde itiraz yolunu işletmesine ilişkin anılan hükme benzer mahiyette bir hüküm yer almasa da itiraz yolunun şartlarının varlığı hâlinde bu yolu işletmesinde engel bulunmamaktadır. Kanaatimizin dayanakları şöyledir:

13 Eren, A. (2014). "AYM ya da Yargısal Aktivizmde Son Nokta", <http://www.star.com.tr/acik-gorus/aym-ya-da-yargisal-aktivizmde-son-nokta-haber-977281/> (Erişim Tarihi: 11/1/2025)

14 Göztepe, E. (2021). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemesinde Somut Norm Denetimi Yolu'na Başvurabilir mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 11., S. 21., s. 10.

- Her ne kadar bu yetkinin hangi hâllerde kullanılabileceğine ilişkin bir kanun hükmü yer almasa da Anayasa'nın 152. maddesi genel kural koyan bir düzenlemedir¹⁵ ve bu şartları haiz tüm mahkemelerin bu yolu işletme görev ve yetkisi bulunmaktadır.
- 2949 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan hükmün meri olma koşulunun aranması demek, 1982 Anayasası'nın 152. maddesinde belirtilen süreci işletmek isteyen ya da bu yetki ve göreve sahip olduğu iddia edilen tüm mahkemelerin özel kanunlarda tek tek sayılması gerektiğinin kabulünü doğurur. Böyle bir ihtimal, bugün için hiçbir mahkemenin itiraz yoluna başvuru yapamayacağı sonucunu ortaya çıkaracaktır. AYM yönünden anılan hükmün artık meri olmaması, Mahkemenin itiraz yoluna başvurma konusunda önceden öngörülmüş olan sınırlamanın kaldırıldığı şeklinde yorumlanması daha isabetli olacaktır.
- Mevcut Anayasa'nın 148. maddesinin son fıkrasında *"Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir."* hükmü yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın 152. maddesi ile şartlarını taşıyan her mahkemeye itiraz yoluna başvurma yetkisi verildiğinden AYM'nin de bu yetkiye sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir.
- Anayasa Mahkemesinin bu yolu işletemeyeceğini savunmak, Mahkemenin incelemelerinde uygulanacak norm olan kanun ve CBK hükümlerinin iptali imkânının kapanmasına yol açacaktır. Oysa bu hükümlerin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine ilişkin bir norm veya sınırlama hükmü mevzuatımızda yer almamaktadır. Hukuk sistemimizde *"ihmal"* müessesesi de bulunmadığından hem AYM Anayasa'ya aykırılığı-

15 Bu görüşü savunan başka hukukçular da bulunmaktadır. Bkz. Aydın, Ö. D. (2011). "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV., s. 144.

nın tespit edilme ihtimali olan bir normu uygulamaya mecbur bırakılmış olacak hem de incelemesi AYM’ce yapılan işlemlerin muhatapları (örneğin Yüce Divan’da yargılanan bir sanık) ile incelemesi diğer mahkemelerce yapılan işlemlerin muhatapları yönünden temelsiz bir ayrıma gidilmiş olacaktır. Bu durum ise hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir.

Kıratlı da Anayasa’yı korumak ödevi olan AYM’nin diğer mahkemelerin uygulama durumunda oldukları kanunlar hakkında iptal kararı verebildiği hâlde bizzat kendisinin uygulayacağı kanunlar hakkında aynı yetkiye sahip olmasının hiçbir hukuk ve mantık kuralı ile açıklanamayacağını, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’nda da Mahkemenin kendi uyguladığı kanunlar hakkında resen iptal yetkisini yasaklamadığını belirtmektedir¹⁶.

B. İTİRAZ YOLUNA BAŞVURUNUN KOŞULLARI

1982 Anayasası’nın 152. maddesine göre:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.”

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

16 Kıratlı, M. (1996). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 154.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” 6216 sayılı Kanun’un 40. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları ile 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da benzer hükümler yer almaktadır.

Bu hükümlere göre itiraz yoluna başvurulabilmesi için:

- a) Davaya bakmakta olan bir “mahkeme” olmalıdır.
- b) Görülmekte olan bir dava olmalıdır.
- c) Davada uygulanacak bir kanun ya da CBK hükmü olmalıdır.
- d) Mahkeme uygulanacak hükmü Anayasa’ya aykırı görmeli veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmalıdır.
- e) Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on yıl geçtikten sonra aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılmış olmalıdır (6216 sayılı Kanun mad. 41/1).

Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁷ da somut norm denetiminin koşullarını şöyle ifade etmiştir: “Anayasa’nın 152. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaya yetkilidir. Ancak bu hükümler uyarınca, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilmesi için, yönteminde açılmış, mahkemenin görevine giren bakmakta ol-

17 AYM, E.2013/14, K.2013/56, 10/4/2013.

duğu bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da bu davada uygulanacak olması gerekir.”

İtiraz yoluna başvuru konusunda hem mevzuatta hem de AYM'nin söz konusu kararında belirtilen bu koşulları incelemek faydalı olacaktır.

1. Mahkeme Kavramı

Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında itiraza yetkili olan mahkeme, *“adli, askerî veya idarî dâvalara bakan ve bu dâvalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümleyen her derecede mahkeme”* olarak tanımlanmıştır¹⁸. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında¹⁹ ise mahkemeyi, *“bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci”* olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre ilk ve üst derece adli ve idari yargı organları²⁰, disiplin mahkemeleri²¹, icra tetkik mercileri²² ve Uyuşmazlık Mahkemesi²³ *“mahkeme”* kavramına dâhilken²⁴

18 AYM, E.1964/51, K.1965/3, 12/1/1965; AYM, E.1971/17, K.1971/58, 15/6/1971.

19 AYM, E.1966/15, K.1966/33, 20/09/1966; AYM, E.1967/15, 1967/15, 30/5/1967.

20 Sulh ceza hâkimliğinin AYM'ye itiraz yoluyla başvurduğu örnek kararlar için bkz. AYM, E.2016/5, K.2016/152, 7/9/2016; AYM, E.2019/1, K.2019/14, 14/3/2019.

21 AYM bir kararında disiplin mahkemesini mahkeme sıfatında görerek ilk inceleme aşamasından esasa geçilmesine karar vermiştir. Sözü edilen karar için bkz. AYM, E.1970/6, K.1970/29, 4/6/1970.

22 Anayasa Mahkemesi, icra tetkik mercilerinin de mahkeme sıfatına sahip olduklarına hükmetmiştir. Sözü edilen karar için AYM, E.1966/13, K.1966/26, 23/5/1966. Aynı yönde bkz. AYM, E.1967/15, K.1967/15, 30/5/1967.

23 Doktrinde Uyuşmazlık Mahkemesinin bir davanın esasına ilişkin karar verme yetkisi olmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurabilecek *“mahkeme”* niteliğini haiz olmadığı ifade edilmiştir. Şahbaz, İ. (1990). *“Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası”*, *Yargıtay Dergisi*, C. 16., S. 3., s. 288.

24 2017 Anayasa değişiklikleri öncesi dönemde disiplin mahkemeleri dâhil askerî mahkemeler, Askerî Yargıtay, AYİM birer mahkeme olarak kabul edilmişti.

sorgu hâkimleri²⁵, tüketici hakem heyetleri²⁶, vergi itiraz ve temyiz komisyonları²⁷, il ve ilçe idare kurulları²⁸, Yüksek Seçim Kurulu²⁹, il ve ilçe seçim kurulları³⁰ “mahkeme” kavramına girmemektedir³¹. Anayasa Mahkemesinin güncel kararlarında ise Sayıştay, “mahkeme” kavramına dâhil edilmektedir³². Anayasa Mahkemesinin itiraz yoluna başvuruda mahkeme kavramına dâhil edilip edilmediği ise görev ve yetkileri bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir³³.

2. Görülmekte Olan Dava

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre bu koşul kendi içerisinde “dava”, “görülmekte/bakılmakta olan dava” ve “görevli mahkeme olma” şartlarını içermektedir.

Öncelikle “dava” teriminden anlaşılması gereken nedir? Çekişmesiz yargı işleri de itiraz yoluna başvurma açısından

25 Anayasa Mahkemesi, “bir mahkemenin idaresiyle görevli kılınmayan ve davaya bakmayan hakimleri” Anayasa’da sözü edilen mahkeme niteliğinde görmemiştir. Söz konusu karar için bkz. AYM, E.1967/29, K.1967/28, 15/9/1967.

26 Anayasa Mahkemesi, bir kararında tüketici hakem heyetlerinin mahkeme sıfatını haiz olmadığı gerekçesiyle ilk inceleme aşamasında ret kararı vermiştir. Sözü edilen karar için bkz. AYM, E.2007/53, K.2007/61, 31/5/2007. Aynı yönde bkz. AYM, E. 2006/78, K.2008/84, 20/3/2008.

27 AYM, E.1966/16, K.1966/28, 27/6/1966.

28 AYM, E.1965/18, K.1965/53, 11/10/1965.

29 Öğretide, AYM’nin “mahkeme”nin tanımı ile ilgili yorumun değişmiş olması gerekçe gösterilerek, YSK ve seçim kurullarının da somut norm denetimine başvurmaya yetkili olduklarının kabul edilmesi gerektiğini düşünen yazarlar mevcuttur. Sağlam, F. ve Kanadoğlu, K. (2024). *Anayasa Yargısı Ders Notları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 35.

30 Anayasa Mahkemesi bir kararında Tufanbeyli İlçe Seçim Kurulunun mahkeme sıfatını haiz olmadığı gerekçesiyle ilk inceleme aşamasında ret kararı vermiştir. AYM, E.1992/12 K.1992/7, 18/2/1992.

31 Gözler, K. (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 445; Keskinsoy, Ö. (2024). *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, 9 Baskı, Ankara: Monopol Yayınları, s. 639.

32 AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014. AYM eski kararlarında Sayıştayın itiraz yoluna başvuramayacağını, “onun bir mahkeme olmadığı” gerekçesine dayandırmıştır. AYM, E.1990/39, K.1991/21, 11/7/1991.

33 Bu değerlendirmeye II numaralı başlıktan ulaşılabilir.

bu kavrama dâhil midir? Dava kavramının nasıl tanımlandığına göre bu soruların cevabı değişmektedir.

Dar anlamda *dava* kısaca, bir çekişme hakkında yargı çözümünün istenmesidir. Tanım böyle yapıldığında herhangi bir konuda değil, yalnızca bir çekişme hakkında yargı çözümü istenmesi hâlinde bir davadan söz edilebilecektir. Bu durumda salt ortada bir çekişme olmadığı için medeni yargının bir kolu olan çekişmesiz yargıda ve diğer yargı kollarındaki çekişmesiz yargısal istem ve işlerde dar anlamda dava niteliği bulunmayacaktır. Diğer deyişle çekişme var olmadığı için bir karşı taraf da bulunmayan tek taraflı istemlere ilişkin yargısal işlemlere dava denemeyecektir³⁴. Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak da çekişmesiz yargı türünden talep ve işlerde itiraz yoluna başvurulamayacaktır.

Somut norm denetimi açısından dava terimini bu şekilde, yöntem olarak “*dar anlamda dava*” olarak anlamak, bu kavramın içine dâhil edilemeyen pek çok yargısal işlem nedeniyle uygulanacak normların somut norm denetimine konu edilememesi sonucuna yol açar³⁵. Bu sebeple davayı “*yargılama*” ile eş anlam ve genişlikte almak bu açıdan uygun olacaktır. Yargılama “*objektif hukukun bağımsız yargıçlarca belli bir soruna uygulanması*” olduğuna göre³⁶ ona konu olan tüm yargısal işlemler bakımından somut norm denetimi yolu açık olabilecektir. Bu bakımdan çekişmesiz yargı işleri de buradaki anlamda “*dava*” terimine dâhildir³⁷. İtiraz yolunun kabul edilmesiyle güdülen amaçlar da düşünüldüğünde mahkemeler-

34 Bilgin, Ç. (1988). “Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1., s. 353.

35 a.g.e, s. 353.

36 Kuru, B. (1961). *Nizasız Kaza*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, s. 24.

37 Kuru, B. (1984). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 4*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 4188. Anayasa Mahkemesinin çekişmesiz yargı işlerini “*bakılmakta olan dava*” kavramı içinde gördüğü ve mahkemeleri çekişmesiz yargı işlerinde uygulayacakları kanunlara itirazda bulunmaya yetkili kabul ettiği kararlar için bkz. AYM, E.1967/21, K.1968/36, 26/9/1968; AYM, E.1984/8, K.1984/10, 20/9/1984.

den kendine özgü bir karar alınmasını gerektiren çekişmesiz yargı işlerini de Anayasa'nın 152. maddesinde geçen “*dava*” kavramı kapsamında yorumlamak ve mahkemelerin bu yargı işlerini yürütürken uygulayacakları hükümlerin Anayasa'ya aykırılığını öne sürerek AYM'ye başvurabileceklerini kabul etmek gerekir³⁸.

Anayasa Mahkemesine göre yargı yoluyla çözümlenmekte olan her talep, iş birer davadır. Bu anlamda vasi atanması istemi³⁹ ve yasak hakların geri verilmesi istemi⁴⁰ de birer davadır. AYM'ye göre “*dava*” kavramını usul hukukundaki dar anlamında değil, geniş bir anlamda ve mahkemelerin bir karara bağlamakla ödevli oldukları davalar veya çekişmesiz yargıdan sayılan işler anlamında yorumlamak, anayasa koyucunun amacına uygun düşecektir⁴¹. Dolayısıyla “*dava*” sözcüğü dar anlamda ele alınmamıştır. AYM, mahkemelerce bir karar verme, bir işlem yapma ve iki taraflı bir davaya bakma durumlarında uygulanacak bir hükmün Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini yeterli bulmuştur⁴². Doğrudan doğruya kanun hükmü ile feshedilen bir vakfın sicilden terkinin için açılan davanın ise mahkemenin yapacağı işlemlerin *dava* kavramı dışında kalan adli işlemler olduğu, mahkemenin elinde çözülmesi gerekli bir davanın varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı belirtilerek ilk incelemede ret kararı verilmiştir⁴³.

İkinci olarak “*görülmekte/bakılmakta olan dava*” ile ifade edilmek istenen, mahkemede derdest (görülmekte) olan davadır. Esas, görev veya yetki yönlerinden ya da yargılama yöntemi-ne ilişkin bir nedenle hakkında son karar verilerek itiraz yolu-

38 Öden, M. (2010). “Anayasa Hukuku Açısından Çekişmesiz Yargı”. Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara: Adalet Yayınevi, Ss. 511-527.

39 AYM, E.1967/21, K.1968/36, 26/9/1968.

40 AYM, E.1977/141, K.1978/5, 26/1/1978.

41 AYM, E.1967/21, K.1968/36, 26/9/1968.

42 Göztepe, E. (2021). s. 17.

43 AYM, E.1977/128, K.1977/140, 20/12/1977.

na başvuran mahkemece davadan el çekilmemiş olmalıdır⁴⁴. AYM'nin çeşitli kararlarında da tekrarladığı üzere *“Mahkeme önüne getirilen iş hükme bağlanmış ve uyuşmazlık çözülmüş ise, Anayasaya uygunluk denetimi yönünden, bakılmakta olan bir davanın varlığından artık söz edilemez.”*⁴⁵.

İşlemden kaldırılma, durma kararı, erteleme kararları verilmesi hâllerinde görülmekte olan dava koşulu sağlanmakta iken düşme kararı verilmesi hâlinde görülmekte olan bir davadan söz edilemez⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla yapılan başvurudan sonra itiraz yoluna başvuran mahkemedeki davanın herhangi bir nedenle ortadan kalmış olmasının anayasaya aykırılık incelemesine devam etmesine engel teşkil etmeyeceği kanaatinde⁴⁷. Bu hâllerde AYM konuyu genişletici bir yorumla ele alarak anayasal denetimi sürdürmektedir⁴⁸. Feragat, af veya benzeri nedenlerle davanın ortadan kalktığı durumlarda da AYM, anayasaya aykırılık sorununun incelenmesine devam etmektedir⁴⁹.

Son olarak *“görevli mahkeme olma”* alt koşulu yönünden AYM, açılan davanın başvuran mahkemenin görevine girmesi gerektiğini işaret eder⁵⁰. Aynı şekilde AYM itiraz yoluna başvuran mahkemenin *“yetkili”* mahkeme olup olmadığını araştırdığı gibi davanın dava ehliyet bulunanlarca açılıp açılmadığına da bakmaktadır⁵¹.

44 Öden, M. (2023). s. 167.

45 AYM, E.1978/57, K.1978/48, 24/10/1978; AYM, 1978/67, K.1979/14, 13/3/1979; AYM, E.1983/4, K.1983/4, K.1983/6, 28/4/1983.

46 Bilgin, Ç. (1988). ss. 354-355.

47 AYM, E.1963/16, K.1963/83, 8/4/1963; AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967; AYM, E.1981/10, K.1983/16, 8/12/1983.

48 Aliefendioğlu, Y. (1984). s. 123.

49 AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.

50 AYM, E.1976/9, K.1976/10, 2/3/1976.

51 İtiraz yoluna başvuran mahkemenin *“yetkisizliği”* gerekçesi ile verilen bir diğer ilk incelemeden ret kararı için bkz. AYM, E.1978/48, K.1978/40,

3. Uygulanacak Norm

1961 Anayasası döneminde 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesinde *"O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümleri"* ifadesi yer almakta iken 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasında benzer şekilde *"bu davada uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (kanun hükmünde kararnamenin) hükümleri"* ifadesine yer verilmiştir.

"Uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kanun hükmünde kararname) hükümleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Davada uygulanacak bütün hükümler mi yoksa mahkemenin kararına esas teşkil edecek olan hükümler mi kastedilmektedir? AYM bu hususu kararlarında *"uygulanacak kural ve sınırlama sorunu"* başlığı altında incelemekte, dava mahkemesinin iptalini istediği hükümlerin gerçekten davada uygulanan hükümler olup olmadığını detaylı bir şekilde inceleyip gerektiğinde iptali istenen hükümlerin bir kısmını eleyerek saf dışı bırakmaktadır⁵². Mahkemeye göre *"uygulanacak yasa kuralları"* ile anlaşılması gereken *"davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte kurallardır."*⁵³. Görüldüğü üzere AYM, dava konusu normun davada uygulanacak kural olup olmadığını *"dar"* yorumlamıştır. Öğretide bazı yazarlar, davada uygulanacak kuralı geniş yorumlayarak davanın esasına etki etsin ya da etmesin uygulanan tüm kuralların iptalinin istenebileceğini savunmuşlardır⁵⁴. Diğer yazarlar ise AYM'nin dar

13/6/1978. Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. AYM, E.1994/60, K.1994/54, 13/7/1994; AYM, E.1994/42, K.1994/55, 18/7/1994.

52 AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017.

53 AYM, E.2000/56, K.2000/28, 17/10/2000; AYM, E.1999/48, K.2002/33, 20/3/2002; AYM, E.2013/14, K.2013/56, 10/4/2013; AYM, E.2015/76, K.2017/53, 15/11/2017.

54 Aliefedioğlu, Y. (1966). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 139; Armağan, S. (1967). *Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi*, İstanbul: Cezaevi Yayınları, ss. 84-85.

yorumunu desteklemişler, daha geniş yorumun Mahkemenin iş yükünü artıracaklarını ve suistimal edilebileceğini ileri sürmüşlerdir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi, davaya “uygulanacak norm” konusunu takdir ederken konuyu kendisine intikal ettiren mahkemenin görüşü ile bağlı olarak hareket etmemektedir. AYM, itiraz konusu normun, davada uygulanacak norm olup olmadığını incelemekte ve bu normun davada uygulanacak norm olmadığı kanaatine ulaşırsa itiraz yoluyla yapılan başvuruyu ilk incelemede reddetmektedir⁵⁶. AYM, maddi hukuk normları ile usul hukuku normları arasında kategorik bir ayrım gözetmemektedir⁵⁷; davada uygulanacak nitelikte ise her iki norm türünü de inceleyip esas yönünden verdiği kararları mevcuttur⁵⁸.

4. Mahkemenin Uygulanacak Hükmü Anayasa’ya Aykırı Görmesi ya da Aykırılık İddiasını Ciddi Bulması

İtiraz yoluyla AYM’ye başvurulabilmesi için aranan diğer koşul, davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak hükmü Anayasa’ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmasıdır⁵⁹. Kamu davalarının görülmesi sırasında cumhuriyet savcısı da uygulanacak kanun ya da CBK hükmünün Anayasa’ya aykırılığını iddia edebilir⁶⁰.

55 Kıratlı, M. (1996). s. 80; Özbudun, E. (2017). s. 408.

56 AYM, E.1964/25, K.1964/59, 8/9/1964.

57 Göztepe, E. (2021). s. 21.

58 AYM, E.2019/34, K.2019/97, 25/12/2019; AYM, E.2022/14, K.2022/70, 1/6/2022; AYM, E.2023/43, K.2023/141, 26/7/2023; AYM, E.2023/3, K.2023/139, 26/7/2023; AYM, E.2022/144, K.2023/137, 26/7/2023; AYM, E.2023/37, K.2023/140, 26/7/2023; AYM, E.2024/78, K.2024/164, 24/9/2024; AYM, E.2023/182, K.2024/203, 4/12/2024.

59 Aliefendioğlu, Y. (1984). s. 125.

60 Çiftçi Emiral, F. (2006). “Anayasa Yargısı ve Türkiye’deki Uygulaması (İtiraz Yolu Açısından)”, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 51.

Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvurulabilmesi için Anayasa'ya aykırılık konusunda basit bir şüphe yeterli olmaktadır⁶¹. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine göre itiraz yoluna başvuran mahkeme, *"iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını"* AYM'ye göndermek zorundadır⁶². Bu hükümden de anlaşıldığı üzere itiraz yoluna başvuran mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddialarının gerekçesini belirtmeli, yalnızca hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmekle yetinmemelidir⁶³.

Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliği ile kastedilenin ne olduğu konusu, öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre davaya bakmakta olan mahkemenin de davada uygulanacak kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması demektir. Bu görüşü savunanlara göre taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiliği ile kastedilenin davada uygulanacak normun *Anayasa'ya aykırı olduğunun dava mahkemesince de kabul edilmesi, haklı görülmesi* olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁴. Buna karşılık öğretide daha yaygın kabul gören görüşe göre mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulması ile kastedilenin normun Anayasa'ya aykırılığının dava mahkemesi tarafından da kabul edilmesi değil, ko-

61 Kanadoğlu, K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, ss. 181-182.

62 Benzer bir hüküm 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesinde şu şekilde yer almakta idi: *"Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı...Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir."*

63 Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'ya aykırılık için ileri sürülen gerekçenin makul bir temele dayanması zorunludur. AYM, E.2020/92, K.2020/71, 10/12/2020. Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuru kararında da Mahkemelerce Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi bulunmamasına dair yeterli ve gerekli gerekçe sunulmaması durumunda Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. *Hilmi Kocabey*, B. No: 2018/27686, 17/11/2021.

64 Armağan, S. (1967). ss. 87-90.

nunun hukuki bakımdan savunulabilir ve tartışılabilir olmasıdır⁶⁵.

Anayasa'nın 152. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde yer alan “mahkemenin uygulanacak hükmü anayasaya aykırı görmesi ya da aykırılık iddiasını ciddi bulması” koşulunun AYM'nin kendisinin itiraz yoluna başvuran mahkeme olduğu durumlar bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konuda en azından bir tartışma açılmalıdır. Görev ve yetki kapsamındaki işleri yapmakta iken Anayasa'ya aykırılık iddiasını “ciddi bulup” ya da kendiliğinden “hükmü Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirmesine” ulaşan ve konunun incelenmesi için Genel Kurula sevk eden AYM “ihsası rey”de bulunmuş sayılabilir mi? Bu soruya “evet” cevabı verilmesi hâlinde çalışma konusu daha baştan kadük hâle gelecektir. AYM hangi görev ve yetkilerini kullanırken itiraz yolunu işletebilir sorusunu cevaplamaya ihtiyaç kalmayacaktır. Soruya “hayır” cevabının verilmiş olması hâlinde ise bu basamak tamamlanmış sayılacak ve diğer alt tartışma konularına geçilebilecektir. Bu bakımdan kanımızca AYM'nin itiraz yolunu işletebileceğini kabul ettiğimiz görev başlıklarında, normun Anayasa'ya aykırılığı konusunda “tartışılabilir” bir durumun varlığının kabul edildiği varsayılmalıdır.

5. On Yıl Yasağı

İtiraz başvuru yolu açısından 1961 ve 1982 Anayasaları arasındaki önemli bir diğer fark, 1961 Anayasası'nda yer almayan “on yıl yasağı”na ilişkin süre kayıdır. 1982 Anayasası'nın 152. maddesine göre “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” (aynı yönde 6216 sayılı

65 Azrak, Ü. (1963). “Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Düzenindeki Yeri, Teşkilatı, Fonksiyonları”, *İÜHFEM*, C. XXVIII., S. 3-4., s. 687; Kıratlı, M. (1996). s. 68; Aliefedioğlu, Y. (1996). ss. 142-143; Özbudun, E. (2017), s. 410; Egeligi, Ö. E. (2022). “Somut Norm Denetiminde Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 2., s. 234; Öden, M. (2023). s. 215.

Kanun mad. 41/1).

O hâlde Anayasa'nın 152. maddesine göre “on yıl yasağı” kuralının işletilebilmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir⁶⁶:

- a) Aykırılık savının konusu “aynı kanun hükmü” olmalıdır.
- b) Bu kanun hükmü hakkında Anayasa Mahkemesince verilmiş iptal isteminin reddi kararı olmalıdır.
- c) İptal isteminin reddi kararı ilk incelemeden ret değil, esasın incelenmesi sonucu verilen bir ret kararı olmalıdır.
- d) İptal isteminin esastan reddi kararı Resmî Gazete’de yayımlanmış olmalıdır.
- e) Yayımlanma tarihinden itibaren on yıl geçmemiş olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belli bir istikrarın olması amacıyla getirilen bu kuralın⁶⁷ lafzı ve kapsamı konusunda öğretide bazı tartışmalar mevcuttur. Bu konudaki ilk tartışma, bu hükmün kanun hükmünde kararnameleri kapsayıp kapsamayacağıdır. Öğretide bir kısım yazarlar⁶⁸ hükmün denetimi yasaklayan istisnai bir hüküm olduğunu gerekçe göstererek dar yorum yapılması gerektiğini, dolayısıyla bu hükümdeki “kanun” ifadesinin kanun hükmünde kararnameleri kapsa-

66 Gözler, K. (2023). ss. 444-445; İba, Ş. ve Kılıç, A. (2023). s. 95; Öden, M. (2023). s. 152 vd.; Köküarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024). s. 39 vd.; Kesinkoy, Ö. (2024). s. 639; Sağlam, F. ve Kanadoğlu, K. (2024). s. 33 vd.

67 Eren, sırf içtihat istikrarı gerekçesiyle ret kararlarına on yıllık süreyle kesin etkisi kazandırılması norm denetiminin niteliğine uygun düşmediğini ifade etmektedir. Yazar, bu yasağın istikrar sağlamak bir yana içtihadın geliştirilmesinin önünde engel oluşturduğunu; bu nedenle on yıllık denetim yasağının kaldırılmasının en doğru çözüm olduğu kanaatindedir. Eren, A. (2014). s. 142.

68 Öden, M. (2000). “Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı”, *AÜSBFD*, C. 55., S. 2., s. 61; Teziç, E. (2012). *Anayasa Hukuku*. 15. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 245; Köküarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024). s. 53.

madığını ileri sürmüşlerdir. Bazı yazarlar ise bu maddedeki “kanun” ifadesinin kanun hükmünde kararnameleri kapsadığını ileri sürmüşlerdir⁶⁹. Benzer tartışmanın CBK’lar için de söz konusu olabileceği aşikârdır.

Bu konudaki diğer tartışma, 10 yıllık sınırın iptal davaları sonucunda verilen kararları da kapsayıp kapsamadığına ilişkindir⁷⁰. AYM öğretinin aksine yıllardır, anayasaya uygunluk denetimi iptal davasında verilen esastan ret kararı sonrasında yapılmış olsa da Anayasa’ya uygunluğunu incelemeyeceğine hükmediyordu⁷¹.

Anayasa Mahkemesi yakın zamanda verdiği bir kararla⁷² “on yıllık” sürenin uygulanması bakımından ilk kararın iptal davası veya itiraz başvurusu üzerine verilmiş olması bakımından bir ayırım yapılmayacağı yolundaki içtihatından dönmüştür. Gerekçesinde ise “kuralın anlam ve kapsamı ile temas ettiği anayasal sorunlar ancak kuralın belli bir süre uygulanmasından sonra tam manasıyla anlaşılabilir. Bu bağlamda bir kuralın Anayasa Mahkemesinin iptal davası üzerine yaptığı incelemede tespit ettiğinden farklı yönlerinin de bulunduğu yargı mercilerinin uygulamasıyla anlaşıldığı durumlarla sıklıkla karşılaşılmaya başlanmıştır. Bu husus dikkate alındığında on yıllık yasağa ilişkin içtihadın gözden geçirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”⁷³ ifa-

69 Kaya, M. (2008). *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 173.

70 On yıllık süre yasağına ilişkin bazı önemli eserler için bkz. Özden, Y. G. (1988). “Anayasa’ya Uygunluk Denetiminde On Yıllık Sınır”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 95; Ergül, O. (2014). “On Yıl Süreli Denetim Yasağının Kapsamını Genişleten Anayasa Mahkemesi İçtihadı: Anayasaya Uygunluk Denetiminde Sessiz Bir Geri Adım”, *Legal Hukuk Dergisi*, Rona Aybay Armağanı Özel Sayısı, C. 1., ss. 863-89; Sezer, A. (2022). *Anayasa Yargısında Güvençe-İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı* (1982 Anayasası, m. 152/son), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

71 Anayasa Mahkemesinin bu yönde verdiği ilk karar için bkz. AYM, E.2006/23, K.2006/26, 22/2/2006. Anayasa Mahkemesinin neden bu yönde karar verdiğini gerekçeleriyle gördüğümüz bir diğer karar için bkz. AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/3/2017.

72 AYM, E.2023/177, K.2024/30, 1/2/2024.

73 AYM, E.2023/177, K.2024/30, 01/02/2024, § 6.

delerine yer vermiştir. Çalışmada bu tartışmanın detaylarına girilmemiş, yalnızca Mahkemenin yakın zamanda içtihat değişikliğine gittiğini ifade etmek yeterli görülmüştür.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN GÖREV VE YETKİLERİNİN İTİRAZ YOLU BAŞVURUSU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. NORM DENETİMİ

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu; kanunların, CBK'ların (meri kanun hükmünde kararnamelerin) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak olağanüstü hâllerde ve savaş hâllerinde çıkarılan CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla AYM'ye dava açılmaz. Ayrıca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar hakkında da AYM'ye başvurulamaz (AY mad. 148).

Anayasa Mahkemesi, iptal ve itiraz yoluyla önüne gelen bir davada yaptığı denetimi bir yargılama olarak görmediğinden kendisini “mahkeme” olarak kabul etmemektedir. Bu görüşün savunulduğu ilk karar 1964 yılında verilmiştir⁷⁴. Bu kararda Mahkeme, Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün bazı maddelerinin iptali istemi ile Adalet Partisi Cumhuriyet Senatosu Grubu tarafından yapılan başvuruda, 1961 Anayasası'nın iptal davası açmaya hakkı olanları belirten 149. maddesi ile 44 sayılı Kanun'un bu konuya ilişkin 21. maddesinin 4 sayılı bendi arasındaki farklı ifadeleri bir anlam ve hüküm ayrılığı olarak değerlendirmiş ve 44 sayılı Kanun'un sözü geçen bendindeki hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Ancak akabinde tüm bu değerlendirmelere rağmen kendisini “davaya bakan mahkeme” olarak kabul etmemiştir.

74 AYM, E.1964/22, K.1964/54, 3/7/1964.

Anayasa Mahkemesi 1971 tarihinde verdiği bir kararda da kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken kendini Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen “mahkeme” olarak görmemiştir: *“Anayasa Mahkemesinin, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düştüğüne ilişkin bulunan [kararların Anayasa'nın 81. maddesinde yazılı olduğu üzere denetlenmesi görevini yaparken Anayasa'nın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için], bir hükmün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir kanun veya Yasama Meclisi İçtüzüğü hükmünü Anayasaya aykırı görürse Anayasa Mahkemesinin başvurabileceği tek yol o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır.”*⁷⁵. Görüldüğü üzere AYM iptal ve itiraz davalarındaki görevini, bir uygunluk denetimi veya inceleme ve denetleme yetkisi olarak değerlendirmektedir⁷⁶.

Bu durumda Mahkeme, iptal ve itiraz yoluyla gelen işlerde uygulayacağı ya da gözeteyeceği bir hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varırsa bu durumda kendini bir mahkeme olarak görmediği için sorunu bekletici mesele yapamamakta ve anayasal denetim başlatamamaktadır⁷⁷. Yukarıdaki paragrafta anılan 1971 tarihli kararında Mahkeme, bu konuda yapabileceği tek şeyin “o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamak” olduğunu ifade etmektedir. Nitekim AYM Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasının kaldırılmasının ardından itiraz yoluyla gelen davalarda, kaldırılan maddeye koşut bir düzenleme getiren 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkın-

75 AYM, E.1971/41, K.1971/67, 17/08/1971 ve 19/8/1971.

76 Esen, S. (1996). *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği, s. 74.

77 Başlar, K. (2005). *Anayasa Yargısında “Mahkeme” Kavramı*, Ankara: Roma Yayınevi, s. 41.

da Kanun'un 25. maddesini⁷⁸ mahkeme olmadığı gerekçesiyle iptal etmemiş; ilgili davalarda ihmal ederek esas inceleme safhasına geçmiştir⁷⁹. Ancak "*Siyasi Parti Kapatma Davasına Bakan Mahkeme*" olarak AYM, 2949 sayılı Kanun'un Anayasa ile çatışan 25. maddesini 2002 yılında iptal etmiştir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar iptal ve itiraz davalarında kendisini "*mahkeme*" olarak kabul etmese de yürürlüğün durdurulması konusunu tartıştığı bir kararında açıkladığı gerekçelerle⁸¹, elindeki işin bir dava olduğunu, kendisinin de

78 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 25: "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin yönetim dönemi içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez."

79 AYM, E.2022/38, K.2002/89, 8/10/2022.

80 AYM, E.2002/121, K.2002/62, 9/7/2002.

81 Anayasa Mahkemesinin 21/10/1993 tarihli ve E.1993/33, K.1993/40-1 sayılı yürürlüğü durdurma kararı:

"İSTEMİN GEREKÇESİ :

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da öngörülmemiş olmakla birlikte yargı hiyerarşisi içinde bir alt mahkemeye verilen yetkinin üst mahkemeye tanınmamış olması düşünülemeyeceğine göre, her türlü yargı organınca "tedbir, önleme, yürütmeyi durdurma" biçimlerinde ifade edilen yetkinin mahkemenizce de kullanılabileceğinden hareketle ve bu açıdan boşluk durumlarında yargıca tanınan "hukuk yaratma yetkisi"ne dayanılarak, iptal davası sonuçlanana kadar, telafisi mümkün olmayan durumları önleme amacıyla Yüce Mahkemenizce "yürütmeyi durdurma kararı" verilmelidir." denilmektedir.

SONUÇ :

İsteme ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali istenilen yasa kurallarıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra görüşülüp düşünüldü;

20.8.1993 günlü ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptaline yönelik istem karara bağlanıp karar yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için Kanun Hükmündeki Kararname'nin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA..."Anayasa Mahkemesini yürürlüğün durdurulması taleplerinin kabulü yönündeki diğer kararları için bkz.; AYM, E.2009/58, K.2011/15, 17/03/2011; AYM, E.2009/39, K.2011/23, 28/4/2011; AYM, E.2009/45, K.2011/32, 02/06/2011; AYM, E.2010/75, K.2011/42, 03/11/2011; AYM, E.2010/90, K.2012/1, 12/1/2012;

yargılama yapan bir mahkeme olduğunu zımnen kabul etmiştir⁸². Yüksek Mahkeme, kararın gerekçesinde; eksiksiz bir yargı yetkisi kullandığını, bir davaya bakmakta olduğunu, yaptığı işin bir uygunluk denetimi değil “karar verme” sürecini içeren yargısal bir faaliyet olduğunu, verdiği kararın “son karar” olduğunu ifade etmiştir⁸³. AYM’nin norm denetimi yaparken kendisini Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında “mahkeme” olarak tanımlayıp tanımlamaması ileri bir aşama olan uygulanacak norm konusu yönünden önem arz etmektedir. Zira kendisini Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında teknik olarak mahkeme şeklinde görmediğinde iptal davasında ya da eldeki itiraz başvurusunda uygulanacak norm niteliğindeki 6216 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri yönünden itiraz yolunu işletemeyecektir.

Konu hakkında “taleple bağıllık” ilkesi ve istisnasına ayrıca değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz. Kural olarak itiraz ya da iptal davası yolu ile yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesinin inceleme kapsamı, iptali talep edilen kurallar ile sınırlıdır. Bu ilkeye 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (3) numaralı fıkrasında “Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.” şeklinde yer verilmiştir. Benzer bir hüküm 2949 sayılı Kanun’un 29. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da şu şekilde yer almaktaydı: “Anayasa Mahkemesi, taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.” Kural bu olmakla birlikte bu kuralın istisnasının 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan hüküm olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Anılan hükümde “Başvuru,

AYM, E.2010/93, K.2012/9, 9/2/2012; AYM, E.2012/128, K.2013/1, 10/1/2013; AYM, E.2013/24, K.2013/43, 14/11/2013; AYM, E.2012/87, K.2014/5, 27/2/2014; AYM, E.2014/61, K.2014/6, 9/4/2014; AYM, E.2014/57, K.2014/8, 10/4/2014; AYM, E.2014/149, K.2014/14, 2/10/2014; AYM, E.2014/61, K.2014/17, 7/11/2014; AYM, E.2013/114, K.2014/22, 4/12/2014.

82 Başlar, K. (2006). “Anayasa Yargısında Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 239.

83 Başlar, K. (2009). s. 239.

kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”⁸⁴ denilmektedir. Bu hâllerde AYM, belirli bir madde veya hükmün iptaline karar vermenin yanında iptali talep edilmeyen diğer bazı madde veya hükümleri de uygulanamaz hâle gelme gerekçesiyle iptal edebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi anılan yola gitmek zorunda değildir. Fıkırdaki “*karar verebilir*” denilerek bu durum açıkça ortaya konulmuştur⁸⁵. Aliefendioğlu’na göre⁸⁶, iptali talep edilen hükümlerin iptali ile fiilen uygulanamaz hâle gelen madde ve hükümlerin yürürlükte kalması hukuk düzeninde karışıklık doğurabileceği gibi mahkemelerin bu gibi hükümleri uygulamaması hakkı yerine getirmekten kaçınma sayılabilir. Bu durumda AYM gerekçesini de belirtmek koşuluyla fiilen uygulanamayacak hâle gelen diğer hükümlerin de iptaline karar verebilir.

Kanımızca taleple bağılılık ilkesinin istisnası olan *uygulanamaz hâle gelme* nedeniyle iptal kararı verilmesi uygulaması, AYM’nin itiraz yoluna başvuran bir mahkeme olmasının özel

84 Benzer bir hüküm için bkz. 2949 sayılı Kanun mad. 29/2: “Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğü’nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhinde yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğü’nün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğü’nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”

85 Şekerci, E. (1988). “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Sonuçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 5-6., s. 662.

86 Aliefendioğlu, Y. (1984). s. 131.

ve zımni bir hâlidir. Çünkü AYM'nin bu uygulamasına ilişkin işlettiği süreç, bir iptal yolu başvurusu değildir; doğrudan bir itiraz yolu başvurusu olmamanın yanında itiraz başvurusuna ilişkin koşullar da aranmamaktadır. AYM 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinde belirtilen şartların varlığı hâlinde talep edilmeyen diğer bazı hükümleri de resen iptal edebilecektir. Mahkemenin kendiliğinden harekete geçmesi ve diğer bazı hükümleri de iptal etmesi dikkate alındığında bu yolu itiraz yoluna başvurmanın özel ve zımni hâli olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır.

B. YÜCE DİVAN YARGILAMASI

Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri, yüksek mahkemelerin başkanı veya üyeleri gibi yürütme ve yargı erkini millet adına kullanan üst düzey kamu görevlilerinin görev suçlarını muhakeme etmek üzere kurulmuş bulunan mahkemelere “Yüce Divan” adı verilmektedir⁸⁷. 1982 Anayasası'nın 148. maddesi⁸⁸ ile bu görev, AYM'ye verilmiştir⁸⁹. Anılan hükme göre Anayasa Mahkemesi, cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi başkanını, cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları⁹⁰, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyelerini, başsavcılarını, cumhuriyet başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Kurulu ile Sayıştay başkan ve üyelerini gö-

87 Öztürk, B. (1995). “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 12., s. 59.

88 16 Nisan 2017 halk oylaması ile kabul edilen 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile Yüce Divan yargılamasına ilişkin Anayasa'nın 148. madde hükümleri değiştirilmiştir. Kanun'un 18. maddesine göre anılan değişiklik yürürlüğe girmiştir.

89 1876 Kânûn-ı Esâsî'de Divan-ı Ali Yüce Divan görevi görmektedir. 1921 Anayasası'nda ise Yüce Divan yargılaması ile ilgili bir hüküm mevcut değildi. 1924 Anayasası'nda ise TBMM tarafından gerektiğinde kurulan Divan-ı Ali, Yüce Divan yargılaması yapmaktaydı. 1961 Anayasası'yla bu görevi Anayasa Mahkemesi görmeye başlamıştır. Arslan, Ç. (1999). *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Nobel Yayıncılık, s. 9 vd.

90 6771 sayılı Kanunla Anayasa'da yapılan değişiklik uyarınca Anayasa Mahkemesinin başbakan ve Bakanlar Kurulu üyelerini Yüce Divan sıfatıyla yargılama görevi sona ermiş, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları yargılama görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

revleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar (AY mad.148/6). Genelkurmay başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar (AY mad.148/7).

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaptığı davalarda kendisini “*itiraza yetkili mahkeme*” olarak görmektedir. AYM 17/8/1971 ve 19/8/1971 tarihli ve E.1971/41, K.1971/67 sayılı yasama dokunulmazlığının kaldırılması hakkındaki kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “*Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 151. maddesinde sözü edilen “mahkeme” niteliği ile bir dâvaya bakmakta iken uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa bunu bekletici sorun olarak ortaya koyabilir ve sonra kanunların ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyen yüksek mahkeme sıfatıyla sorunu çözüme bağlar. 44 sayılı Kanunun 20. maddesinin 2 sayılı bendinde de açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi ancak Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığı yahut siyasî partilerin kapatılması dâvalarına baktığı sıralarda Anayasa’nın 151. maddesinde sözü edilen mahkeme durumuna geçer.” Karardan anlaşıldığı üzere bu yorumun yapılmasında yukarıda bahsedilen⁹¹ ve 44 sayılı Kanun’da⁹² yer alan hükmün (benzer hüküm 2949 sayılı Kanun’un 18. maddesine⁹³ de derç edilmiştir) etkisi bulunmaktadır.*

91 Konu hakkında daha ayrıntılı tartışma ve değerlendirme için “A. İtiraz Yoluna Başvuru Usulüne İlişkin Mevzuat” başlığına bakınız.

92 44 sayılı Kanun’un 20. maddesinde yer alan ilgili kısım şöyledir:
“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri aşağıda gösterilmiştir:

...
2. Anayasanın 151 nci maddesi gereğince, mahkemelerce kendisine intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya bu Kanunun 32 nci maddesi gereğince bakacağı dâvalarda Anayasanın aynı maddesi gereğince meseleli müstehire olarak bakması gereken işleri karara bağlamak”.

93 Madde 18’de yer alan ilgili kısım şöyledir:
“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri şunlardır

...
2. Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152 nci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak”.

Yüce Divan yargılaması bir ceza yargılaması olup AYM de bir ceza mahkemesi gibi hareket etmektedir⁹⁴. Nitekim Öztürk'ün belirttiği gibi⁹⁵ bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygı ilkesi, adil yargılanma hakkı, hukuki güvenlik ilkesi, ölçülülük ilkesi, işkence yasağı, dürüst işlem ilkesi, savunma hakkı, şüpheden sanık yaralanır ilkesi, aleni yargılama ilkesi, mad-di gerçeğin araştırılması ilkesi, hukuka aykırı delil ilkesi gibi birçok hak ve ilke Yüce Divan yargılamasına hâkim olan ilke ve haklardır. 6216 sayılı Kanun'un 57. maddesinde yer alan hüküm⁹⁶ de Yüce Divan yargılamalarının bir ceza mahke-

94 Durmuş, A. (2001). *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları)*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 16. Cumhurbaşkanı 2017 Anayasa değişikliği sonrası kişisel suçlarından dolayı Meclis tarafından soruşturulabilecek fakat 148. madde gereğince Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divanda yargılanamayacaktır. Bu nedenle Meclisin yaptığı soruşturma sonucunda normal mahkemelerde yargılanacaktır. Gedik, Ö. (2023). *Yürütmenin Yasama Tarafından Denetimi ve Türkiye'de Yasama Organının Dönüşümü*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 310.

95 Öztürk, B. (1995). ss. 68-86.

96 6216 sayılı Kanun mad. 57: "(1) Genel Kurul, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir.

(2) (Ek: 2/7/2018 - KHK-703/209 md.) Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkındaki Yüce Divan yargılamaları üç ay içinde tamamlanır. Yargılama bu süre içinde tamamlanamadığı takdirde, ilave üç aylık süre içinde kesin olarak tamamlanır [Anayasa Mahkemesinin 7/12/2023 tarihli ve E.2018/117, K.2023/212 sayılı kararı ile bu fıkra iptal edilmiştir. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak on iki ay sonra (4/6/2025) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.]

(3) Yüce Divan, 5271 sayılı Kanundaki iddianamenin iadesi sebeplerinden başka esaslı hukuka aykırı hâllerin bulunması hâlinde de iddianamenin veya iddianame yerine geçen belgelerin iadesine karar verebilir.

(4) Yüce Divanda sorgusu yapılmış olan sanığın, sonraki oturumlara gelmemesi ve Yüce Divan tarafından da duruşmada hazır bulunmasına gerek görülmemesi hâllerinde, duruşmadan vâreste tutulma talebi olmasa dahi yokluğunda duruşmaya devam edilerek kamu davası sonuçlandırılabilir. Müdafî her zaman duruşmada hazır bulunabilir.

(5) Duruşma sırasında Başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kayıt yapılır. Bu kayda dayanılarak düzenlenen duruşma tutanaklarının her sayfası Başkan ile tutanağı düzenleyenler tarafından imzalanır.

(6) Yüce Divanda savcılık görevini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili yapar. Yargıtay Cumhuriyet savcılarında

mesi yargılaması gibi yürütüldüğüne işaret niteliğindedir⁹⁷. Dolayısıyla yukarıdaki başlıkta sayılan koşullardan “*davaya bakmakta olan mahkeme*” koşulu Yüce Divan yargılamaları için mevcut durumdadır. Diğer koşulların da sağlanması hâlinde AYM’nin bu kapsamda itiraz yoluna başvuruda bulunabileceği kanaatindeyiz.

C. BİREYSEL BAŞVURULARIN İNCELENMESİ

23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM’ye bireysel başvuruda bulunabilecektir (AY mad.148/3).

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu başlık altında yapılacak olan incelemenin kapsamı ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “*Yasama işlemleri ... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*” hükmünün kapsamı karıştırılmamalıdır. Bu hükümde kastedilen, bir yasama işlemi aleyhine doğrudan başvuruda bulunulamayacağı, yasama işleminin uygulanması akabinde öngörülen başvuru yollarının tüketilmesi sonunda bireysel başvuruda bulunulabilmesidir.

Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespiti yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Bu güvence kapsamında, bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmamıştır. AYM’ye bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzen-

görevlendirilenler de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekiliiyle birlikte duruşmaya katılabilir”.

97 Yüce Divan yargılaması, ceza yargılaması niteliği taşıdığı için bu yetkinin Anayasa Mahkemesinden alınıp Yargıtay Ceza Genel Kuruluna verilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Kanadoğlu, K. (2004). s. 205.

lenmemiştir. Bir yasama işleminin temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması ya da uygulanmaması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir. Bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için söz konusu işlem, eylem ve ihmallere karşı varsa başvurulabilecek kanun yollarının da daha öncesinde tüketilmiş olması gerekmektedir⁹⁸. Bu türden başvurularda başvuru, çoğunlukla bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia ederek başvuruda bulunmaktadır. AYM'nin bireysel başvuru incelemelerinde Anayasa normunu uyguladığı ve bu kapsamda anayasal denetim yaptığı unutulmamalıdır⁹⁹. Fakat ihlale neden olduğu ileri sürülen müdahalenin doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı durumlarda AYM, anılan kanun hükmünü gerekçe göstererek kabul edilemezlik kararı vermemektedir; başvuru, mağdur statüsünün bulunduğunu değerlendirerek esas incelemesine geçmektedir¹⁰⁰.

Bu başlıkta incelenen konu ise AYM'nin bireysel başvuruları incelerken “*bir davaya bakmakta olan mahkeme*” sıfatıyla itiraz yoluna başvurup başvuramayacağıdır. Bir diğer ifade ile ihlal iddiasının dayanağı olan müdahalenin ve bu müdahalenin kaynağının insan hakları hukuku, müdahale testi vb. açısından incelenmesi değil; bireysel başvuru incelemesine konu bir normun anayasa yargısında normlar hiyerarşisi kapsamında norm denetimi yoluyla incelenip incelenmeyeceğidir.

6216 sayılı Kanun tasarısının ilk hâlinde 49. maddenin 6.

98 Arif Güneş, B. No: 2012/837, 5/3/2013, §§ 15-17. Bu kurala ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Güner Yaşar, G. (2016). “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı”, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

99 Mustafa Taştan, B. No: 2014/1337, 19/7/2017, § 39.

100 Siyasi partilerin devlet yardımından yararlanmaları için milletvekili genel seçimlerinde %3 oy alma şartının aranmasının seçim hakkını ihlal ettiği iddiaları hakkında başvuru için bkz. *Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi*, B. No: 2014/8843, 10/12/2015.

fıkrasında “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.” hükmü yer almaktaydı. Anılan hükmün madde gerekçesinde ise “Bölgümlere, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varmaları durumunda, bu düzenlemelerin iptali istemiyle konuyu itiraz yoluyla Genel Kurula götürme imkânı tanınmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenleme Anayasa Alt Komisyonunda tasarı metninden çıkarılmıştır¹⁰¹. Söz konusu hüküm, Genel Kurulda da tekrar gündeme getirilmediğinden yasada yer almamıştır.

6216 sayılı Kanun’un tasarısının görüşülmesi sırasında İsa Gök, söz konusu düzenlemede Anayasa’ya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkânı yaratıldığını söylemiştir. Komisyonun diğer üyeleri de bu itirazlara aynen katılmışlardır. Ayhan Sefer Üstün, Bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılacaklarını; bunun sakıncalı olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. Kanun’un 49. maddesi bu değişiklik çerçevesinde Komisyonca kabul edilmiştir.

Bu madde ile ilgili olarak adı geçen milletvekillerinin itirazlarını dört noktada toplamak mümkündür:

- a) Anayasa’ya aykırı bir şekilde yeni bir itiraz yolu açma imkânı yaratılmıştır.
- b) Bölümlerde görev yapan üyeler Genel Kurula da katılacaklarından sakıncalı bir durum ortaya çıkacaktır.
- c) Bu yolla Anayasa Mahkemesi hem hâkim hem de savcı

101 Bkz. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c097/tbmm23097080ss0696.pdf> (Erişim Tarihi: 16/01/2025)

konumunda olacaktır. İtiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz hâlinde mahkeme aradan çıkmaktadır.

- d) Umut edilen durum, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapmasıdır¹⁰².

Lafzi yorum gereği AYM'nin böyle bir yetkiye sahip olmadığı savunulmaktadır. Aynı şekilde tarihsel yorum yöntemiyle de yasa koyucunun bireysel başvuru kapsamında AYM'ye norm denetimi yapma ve Anayasa'ya aykırı görülen normu iptal etme yetkisini tanımadığı belirtilmektedir¹⁰³. Bilir, konunun Kanun'un Meclis görüşmelerinde tartışılmış ve reddedilmiş olmasından yola çıkarak aksini savunmanın Kanun'un tarihsel yorumuna açıkça aykırı olacağı görüşündedir. Bilir'e göre Kanun'da bir boşluk yoktur ve yasama organının da böyle bir yetkiyi AYM'ye vermek istemediği açıktır¹⁰⁴.

Eren'e göre¹⁰⁵, kanun koyucunun iradesinin bireysel başvurular kapsamında Anayasa Mahkemesine kanunları iptal etme yetkisi vermeme yönünde olduğu açıktır; AYM'nin yorum yoluyla bu yolu açması, Kanun'un amacına aykırıdır.

Benzer görüşü savunanların bir diğer argümanı ise şöyledir: Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri gereği AYM'nin bir yet-

102 Bilir, F. (2014). "Anayasa Mahkemesi ve Seçim Barajı", *Stratejik Düşünce Enstitüsü*, No: 3, s. 3-4. <http://www.sde.org.tr/userfiles/file/Anayasa%20Mahkemesi%20ve%20Se%C3%A7im%20Baraj%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 16/1/2025)

103 Bilir, F. (2014). s. 4.

104 Uzun, C. D. (2014). "Yargı Siyaset Geriliminde Yeni Bir Boyut: Seçim Barajı ve Bireysel Başvuru Yolu", *Seta Perspektif Dergisi*, S. 86., s. 3, http://file.setav.org/Files/Pdf/20141207105942_secim-barajı-ve-bireysel-basvuru-yolu-pdf.pdf (Erişim Tarihi: 16/1/2025)

105 Eren, A. (2014). "AYM ya da Yargısal Aktivizmde Son Nokta", <http://www.star.com.tr/acik-gorus/aym-ya-da-yargisal-aktivizmde-son-nokta-haber-977281/> (Erişim Tarihi: 11/1/2025)

kiye sahip olabilmesi için bu yetkinin kendilerine Anayasa ile verilmiş olması gerekir. Yani Anayasa hukukundaki yetkiler, “verilmiş yetkiler”dir. Bir devlet organına, Anayasa ile veya kanunla ayrıca ve açıkça yetki verilmemiş ise o devlet organı o konuda yetkisizdir. Zira Anayasa hukukunda bir organın yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır. AYM’nin yetkileri Anayasa ve Kanun’da sayılan yetkilerden ibarettir. Söz konusu maddelerde sayılan yetkiler dışında bir yetkiye, Mahkeme sahip olamaz; yorum yoluyla AYM’nin bu yetkiye sahip olduğu kabul edilemez¹⁰⁶.

Konuyla ilgili diğer argüman ise “Yetkiler dar yorumlanır.” ilkesinden hareket etmektedir. Bir anayasal organa verilen yetkinin belirli bir şeyi içerip içermediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa o yetkinin o şeyi içermediği kabul edilir. Zira anayasa hukukunda anayasal organların yetkisiz olması asıl, yetkili olmaları ise istisnadır ve istisnalar yorum yoluyla genişletilemez¹⁰⁷.

Yukarıdaki görüşlerin aksini savunan Göztepe’ye göre ise AYM, bireysel başvuruları incelerken itiraz yolunu işletebilir. Yazara göre yorum, metinlerin anlamının bulunması faaliyetidir ve konu hakkında teleojik (amaçsal) yorum yöntemiyle bir sonuca varmak gerekmektedir. İtiraz yolunun anayasa yargısındaki düzenlenme amacı, kanun koyucunun normu koyduğu tarihte lafzından tespit edilemeyen, zamanla uygulama içinde görünür hale gelen anayasaya aykırılıkları ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle somut olaylar üzerinden uygulamaları (ya da ihmalleri) konu alan bireysel başvuru yolu, merkezleşmiş anayasa yargısı içinde anayasaya aykırı normların tespit edilebilmesine ve bu normların ayıklanmasına olanak tanıyacak yeni bir hukuki çaredir. Bu bakımdan AYM, Anayasa’nın 152. maddesindeki koşulların varlığı hâlinde anayasaya aykırılık iddiasının Genel Kurulda ele alınması yolunu

106 Bilir, F. (2014). s. 5

107 Gözler, K. (2014). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları, ss. 95-97.

işletebilmelidir. Yazar bu görüşüne 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan yasama işlemleri ile düzenleyici işlemler aleyhine *doğrudan* başvuru yapılmaz hükmünü tersten yorumlayarak hak ihlaline dayanak teşkil eden normlara karşı *dolaylı* olarak bireysel başvuru yapılabilirliği argümanını da dayanak olarak kullanmaktadır. Hak ihlalinin olağan başvuru yollarına başvurularak giderilmeye çalışılması sırasında dayanak normun anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş ancak başarılı olunamamış ise nihai merci olarak AYM nezdinde bireysel başvuru yoluyla ileri sürülmesi, diğer bir ifadeyle *doğrudan*, ilk işlem olarak değil *dolaylı* yani olağan başvuru yollarına konu edildikten sonra dolaylı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından kamu gücü işlemiyle birlikte anayasaya aykırılık iddiasının görüşülmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. Aksi hâlde derece mahkemeleri önündeki yargılamada başvurusunun anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmamış ise başvuru bu nedenle Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürebilecek, bireysel başvuru incelemesini yapan AYM itiraz yolunu işletmek yerine hakkın ihlal edildiğini tespit ederek yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı tekrar ilgili mahkemeye gönderecektir. Bu hâlde derece mahkemelerinin yükümlülüğü yine anayasaya aykırılık iddiasını AYM'ye iletmek olacaktır. Yazar bu yolun her ne kadar usul ekonomisine uygun olmayan, dolambaçlı bir yol olduğunu savunmuş ise de AYM, kanımızca tercihini ortaya koymuş; konu hakkındaki tartışmalara aşağıda ele alınacak olan *Hulusi Yılmaz* [GK]¹⁰⁸ kararıyla bu aşamada net bir şekilde son vermiştir.

Bu konu özellikle %10 seçim barajına ilişkin başvurunun görüşüleceği dönemde çok tartışılmıştır. 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların %10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar.*" hükmünün anaya-

108 *Hulusi Yılmaz* [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022.

sal haklarını ihlal ettiği iddiası ile yapılan bireysel başvuruda, AYM başvuruyu incelemekte iken doğrudan normu iptal etme yoluna gitmediği gibi itiraz yoluna başvurmayı da tercih etmemiştir. Mahkeme önce, başvuruların niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanmasını gerekli görerek Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, bir yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapıldığı gerekçesi (6216 sayılı Kanun mad. 45/3) ile başvuru hakkında konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir¹⁰⁹.

Bireysel başvuru incelemesi yapan AYM'nin itiraz yoluna başvurma durumunu, bu yolun şartları bakımından değerlendirecek olursak şu sonuçlara varılmaktadır:

1. Kanımızca “mahkeme” olma şartında bir sorun bulunmamaktadır. AYM, bireysel başvuru incelemelerini yaparken hem organik hem de maddi anlamda yargı işlevini yerine getirmektedir¹¹⁰.

2. Bireysel başvuru; hakları ihlal edilenlere Anayasa veya yasayla tanınan bir “dava” türü¹¹¹, olağanüstü kanun yolu¹¹², istisnai bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukuki çare¹¹³ olarak nitelendirilmektedir. Kanun'un 49. maddesinde bireysel başvurular incelenirken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemenin yapılabileceği,

109 *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri* [GK], B. No: 2014/8842, 6/1/2015. Aynı konu hakkında İkinci Bölüm tarafından verilen bir diğer karar için bkz. *Umut Oran*, B. No: 2014/18926, 22/1/2015.

110 Göztepe, E. (2021). s. 12.

111 Kılınç, B. (2008). “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, C. 25., s. 23. Eren, bireysel başvuruyu hak arama yolu olarak “dava”, kanun yolu olarak “olağanüstü kanun yolu” şeklinde nitelirmektedir bkz. Eren, A. (2024). s. 1203.

112 Eren, A. (2024). s. 1203.

113 Sabuncu, M. Y. ve Arnwine Esen, S. (2004). “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, C. 21., s. 230.

başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve delillerin ilgililerden istenebileceği, kural olarak inceleme dosya üzerinden yapmakla birlikte gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bireysel başvuruların incelenmesinde, 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağına atıf yapılmıştır. Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere bireysel başvuru incelemesi yapan AYM bir *"mahkeme"* olarak işlev görmektedir ve bireysel başvuruları incelerken yürüttüğü yargılama özel bir *"dava"* türüdür.

Bireysel başvuru incelemesi kabul edilemezlik kararı, düşme kararı gibi hâllerle son bulup AYM başvuru dosyasından el çekmiş olmadıkça *"görölmekte/bakılmakta olan dava"* alt koşulu da sağlanmaktadır. Anayasa'nın 148, 149 ve 6216 sayılı Kanun'un 3, 45-51 maddelerinde yer alan hükümlerden anlaşıldığı üzere de AYM, bireysel başvuruları incelemekle *"görevli mahkeme"*dir.

3. *"Davada uygulanacak norm"* koşulunu bireysel başvuru incelemeleri açısından iki farklı durum üzerinden incelemek gerekmektedir.

Birinci durum, *başvuru konusunu oluşturan müdahaleye ilişkin bir normun (esas davada ya da olayda uygulanan normlar)* Anayasa'ya aykırılığı hakkında itiraz yolunun işletilip işletilemeyeceğidir. Kanımızca bu hâlde AYM'nin itiraz yolunu işletme yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin seçim barajına ilişkin başvurunun tartışıldığı dönemde, *"uygulanacak norm"* kriteri sağlanmamış olduğundan AYM'nin bireysel başvurularda itiraz yolunu işletemeyeceği belirtilmiştir. Somut norm denetiminin şartlarından birisi de davada uygulanacak hükmün Anayasa'ya aykırılığının iddia edilmesidir. Oysa %10 barajına ilişkin Seçim Kanunu'nun ilgili hükmü, bireysel başvuru incelemesine dair davada (temel hakkın ihlal edilip edilmediğine

ilişkin bireysel başvuru yargılaması) uygulanacak bir hüküm değildir. Dolayısıyla %10 seçim barajına ilişkin hükmün iptali için itiraz yolu işletilemeyecektir görüşü sunulmuştur¹¹⁴. Benzer şekilde örneğin bir ceza yargılaması akabinde yapılan bireysel başvuruda ceza hukukunun ilgili normları bireysel başvuruyu incelerken AYM'nin uygulayacağı normlar değildir.

Bu görüşün aksini savunan Göztepe'ye göre ise bireysel başvuruda incelenmesi gereken, uygulanacak maddi hukuk normlarının bütünü oluşturur. AYM bir kanun ya da CBK hükmünün Anayasa'ya uygun biçimde yorumlanıp yorumlanmadığını, somut olayda Anayasa'ya uygun uygulanıp uygulanmadığını denetlerken sadece Anayasa'yı değil, kamu gücü işlemine dayanak teşkil eden normları da incelemek, anayasal sınırlarını belirlemek ve başvuruya konu işlemin tesisindeki Anayasa'ya aykırılığı tespit etmek durumundadır. Bir diğer ifadeyle bireysel başvuru incelemesi yapılırken *"uygulanacak norm"* kavramına Anayasa'ya aykırı olarak yorumlanıp somut olaya uygulanmış olan kanun ya da CBK da dâhildir. Bireysel başvuru kapsamında ihlalin kaynağını oluşturan kanunun ya da CBK'nın Anayasa'ya aykırılığı konusunda Bölüm bir kanaate varırsa normu itiraz yoluyla Genel Kurula iletmelidir¹¹⁵.

Ancak AYM, aksi yönde bir görüşe sahip olduğunu *Hulusi Yılmaz* [GK]¹¹⁶ kararında açıkça ortaya koymuştur. Başvurucu, Türkiye Taşkömürü Kurumu (TTK) tarafından madencilik faaliyetlerinin davalı özel şirkete yaptırılmasından ve kusurlu madencilik faaliyetleri sebebiyle tapu ile maliki olduğu taşınmaz üzerinde bulunan dört bina ve eklentilerinin kullanılamaz hâle gelmesinden yakınarak tazminat davası açmıştır. TTK aleyhine açtığı tazminat davası derece mahkemelerince işin esası incelenmeden sadece 5/6/1986 tarihli ve 3303 sayılı

114 Uzun, C. D. (2014). s. 3.

115 Göztepe, E. (2021). ss. 21-25.

116 *Hulusi Yılmaz* [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022.

Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının “*Bu Kanuna göre tespit ve tescil edilen taşınmaz malların sahipleri; ... maden işletmeciliği sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı bir hak ve tazminat talep edemezler.*” hükmüne göre reddedilmiştir. AYM'ye göre söz konusu bina ve eklentilerinin başvurucuya ait olduğu ve bu yapıların 3303 sayılı Kanun kapsamında kaldığı tartışmasız olmakla birlikte başvuru hem TTK'nın hem de özel şirketin kusurlarından dolayı zararın meydana geldiğini ileri sürmektedir. 3303 sayılı Kanun'un 3. maddesi kategorik olarak kusurlu-kusursuz sorumluluk ayrımı yapmaksızın hiçbir tazminat davası açılmayacağını düzenlemektedir. Bu hâli ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının esasının incelenmesi ve giderim sağlanmasını engelleyen kanun hükmü nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Hulusi Yılmaz [GK] kararında AYM, ihlalin kaynağının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığını ortaya koymakla birlikte söz konusu normun iptali için itiraz yolunu işletmekle kalmamış aynı zamanda bireysel başvuru dosyasında yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın gönderileceği ilk derece mahkemesine Anayasa'nın 152. maddesi hükmü çerçevesinde davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde itirazda bulunması çağrısı yapmıştır. AYM, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesinin uygulamada bulunması imkânı düşünülse de bu çatışma kuralının işletilmesinden önce somut norm denetimine başvurulmasının ayrı bir öneminin bulunduğunu, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırı olan kanun hükmünün iptali için AYM'ye başvurulmasının başvuruya konu olayın koşulları dikkate alındığında daha doğru bir yol olduğunu vurgulamıştır¹¹⁷.

117 *Hulusi Yılmaz* [GK], §§ 53, 66, 67.

Kararın konu hakkında kanımızca dikkatle okunması gereken kısımları şöyledir:

“b. Kanundan Kaynaklanan İhlalin ve Sonuçlarının Giderimi

...

52. Bununla birlikte uyusmazlığa uygulanacak kanun hükmünün Anayasa’ya uygun, yoruma dahi imkân tanımayacak ölçüde açık ve belirli olduğu durumlarda ise mahkemelerin kural olarak söz konusu hükmü kendiliğinden uygulamamaları mümkün değildir. Anayasa’nın 152. maddesinde, Anayasa’ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi hususu düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Buna göre Anayasa koyucu, somut norm denetimine imkân tanıyarak olağan yargı yerlerine Anayasa’ya aykırı kanun hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurma yetki ve görevi tanımıştır. Diğer bir deyişle Anayasa’ya aykırı bir kanun hükmüne dayanılarak uyusmazlığın sonuçlandırılması Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralı ile bağdaştırılmamıştır. Dolayısıyla yargılamanın her aşamasında, anılan Anayasa hükmü çerçevesinde davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı yönünde itirazda bulunulabilmesi mümkündür. Bunun da ötesinde Anayasa’ya aykırı olduğu hâlde kanun hükmüne karşı itiraz yoluna gidilmeyerek uyusmazlığın çözüme kavuşturulması o davada görevli mahkemenin Anayasa ile kendisine verilen görevi yerine getirmedeği anlamına geleceği gibi bireysel başvuruya konu olması hâlinde Anayasa ile korunan temel hak ve hürriyetlerin de ihlaline sebebiyet verebilecektir.

53. Diğer taraftan Anayasa koyucu, kanunla insan hakları alanındaki milletlerarası sözleşmelerin aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek uyusmazlıklarda özel bir çatışma kuralı ihdas etmiştir. Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle eklenen cümle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyusmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmünü içermektedir. Nitekim anılan maddenin gerekçesinde de “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyusmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.” denilmiştir. Dolayısıyla bir dava sırasında uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınarak da uyusmazlık çözümlenebilir. Bireysel başvuru bakımından Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) ortak koruma alanında yer alan temel hak ve özgürlüklerin kapsamına özel olarak dikkati çekmek gerekir. Ortak koruma alanında bulunan Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler zaten Anayasa hükümleri ile korunduğu için yukarıdaki çatışma kuralının uygulanmasından önce somut norm denetimine başvurulmasının ayrı bir önemi vardır.

54. Bu aşamada belirtmek gerekir ki Anayasa’da yer alan kuralların, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence ve ölçütlerin yorumlanması bakımından bütün

Sonuç olarak AYM, bireysel başvuru incelemesi yaparken ihlalin kaynağı olan kanun ve CBK'lar yönünden Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında itiraz yoluna başvurmaya kendisini değil, söz konusu normları uygulayacak olan diğer mahkemeleri yetkili görmektedir. Kararın 57. paragrafındaki

anayasal organların yetkisi bulunmakla birlikte norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 71). Bu durumda Anayasa hükümlerinin yeknesak bir biçimde uygulanması ve yorumlanmasını sağlamak açısından dava sırasında resen veya talep üzerine uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının ciddi olduğu kanısına varan mahkemenin öncelikle Anayasa'nın 152. maddesine göre itiraz yoluna başvurması beklenir. Nitekim yukarıda değinilen çatışma kuralından farklı olarak somut norm denetimi kapsamında ilgili kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun tespit edilmesi hâlinde iptal edilerek yürürlükten kaldırılması sağlanmaktadır. Bununla birlikte çeşitli sebeplerle itiraz yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı veya Anayasa'da yer almayan ancak milletlerarası antlaşmalarda düzenlenen hükümlerin uygulanmasının söz konusu olduğu ya da benzeri başka sebeplerle kimi durumlarda Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki anılan hükmün de uygulama alanı bulabileceği hatırd tutulmalıdır.

...

2. İlkelerin Olaya Uygulanması

...

65. Yukarıda da değinildiği üzere Anayasa kurallarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesi ve hâkimin öncelikle Anayasa kurallarını dikkate alarak uyumsuzlukları çözmesini emreden Anayasa'nın 138. maddesi hâkimin Anayasa'ya uygun karar vermesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 152. maddesi de hâkime davada uygulayacağı kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını inceleme görevi yüklediğine dikkati çekmek gerekir. Ancak somut olayda bireysel başvuru öncesi yapılan yargılama sırasında ilk derece mahkemesi ve Yargıtay, Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında bu davada uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde bir itiraz başvurusunda bulunmamıştır.

66. Bununla birlikte yeniden yapılacak yargılamada anılan Anayasa hükmü çerçevesinde davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde itirazda bulunulabilmesi mümkündür (bkz. § 52).

67. Diğer taraftan yeniden yapılacak yargılamada uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınarak uyumsuzluğun çözülebileceğine yönelik Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü de -yukarıda değinilen koşullar dahilinde (bkz. §§ 53, 54)- uygulama alanı bulabilir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırı olan kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması, başvuruya konu olayın koşulları dikkate alındığında daha doğru bir yol olarak ortaya çıkmaktadır."

ifadelerden hareketle AYM'yi bu sonuca götüren temel sebebin kuvvetler ayrılığı ilkesi olduğu görülüyor. Zira Mahkeme anılan paragrafta Anayasa'nın Başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrımı ilkesinin kuvvetler arasında öncelikle Anayasa'nın üstünlüğüne dayalı medeni bir iş bölümü ve iş birliğini gerektirdiği ifade etmiştir. Bu kapsamda ihlalin idari işleminden kaynaklandığı durumlarda idari mercilerin, yargı kararından kaynaklandığı hâllerde ise yargı makamlarının Anayasa'ya aykırılık sonucunu doğuran ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma şeklinde bir anayasal yükümlülüğü bulunduğu gibi ihlale kanunun yol açması durumunda ise söz konusu iş bölümü ve iş birliği ilişkisi çerçevesinde yasama organının anayasal anlamda görevinin devreye gireceğini ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi benzer şikâyeti konu alan *Sabri Uhrağ* [GK]¹¹⁸ başvurusunu, *Hulusi Yılmaz* [GK] kararından yaklaşık iki yıl önce ele almış; başvurucunun ihlal iddialarına ilişkin inceleme ilkelerini bu karar ile ilk kez ortaya koymuştur. Başvuruya konu olayda Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ve ihlalin doğrudan 3303 sayılı Kanun'un 3. maddesinden kaynaklandığı sonucuna varılmakla birlikte Anayasa'nın 152. maddesi kapsamından itiraz yoluna başvurulmamıştır. Bu kararda *Hulusi Yılmaz* [GK] başvurusundan farklı olarak AYM, giderim yönünden yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi ile yetinmiş; diğer mahkemelere Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında herhangi bir çağrıda bulunmamıştır. AYM "ilgili Kanun hükmü hâlen yürürlükte olduğuna göre yeniden yargılama mağduriyetin giderilmesi için uygun bir yol olmayacaktır. İhlalin giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan Kanun hükmünün gözden geçirilmesi konusunda ise takdir yetkisi yasama organına aittir. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet olan madencilik sebebiyle kategorik olarak hiçbir durumda tazminat

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

talep edilmemesine yol açan söz konusu kanun hükmünün yukarıdaki anayasal ilkeler çerçevesinde gözden geçirilmesi bir düzenleme ile ihlalin giderimi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Bu çerçevede yukarıda değinilen anayasal ilkeler, uluslararası hukuk belgeleri ve yargı organlarının kararları ile karşılaştırmalı hukuk örnekleri dikkate alınarak yapılacak bir düzenleme benzeri ihlallerin de önüne geçerek bireysel başvurunun amacı ve işlevine de uygun olacağından kararın bir örneğinin bilgi ve takdiri için yasama organına gönderilmesi gerekir.” tespitlerinde bulunurken kanımızca itiraz yolunu işletmeyeceğinin işaretlerini vermiştir. Bu karar 28/1/2021 tarihli ve 31378 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve TBMM’ye de gönderilmiştir. Ancak aradan bir yıl on ayı aşkın bir süre geçmesine rağmen herhangi bir kanun değişikliği yapılmadığını gören AYM, *Hulusi Yılmaz* [GK] başvurusunda eski hâle getirme ilkesi çerçevesinde başvurucunun uğradığı mağduriyetin nasıl giderileceğini incelemiş; yasama organının konu hakkındaki anayasal anlamda görevine yeniden vurgu yapmanın yanında Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında çağrıda bulunmuş; ihlalin sonuçları giderilmek üzere yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir.

İkinci durum ise AYM’nin kendi usul kanununda, diğer usul kanunlarında (6216 sayılı Kanun madde 49/7’de yer alan atıf nedeniyle) ya da bir CBK’da (meri olan kanun hükmünde kararnamede) yer alan ve bireysel başvuru incelemesini yaparken Anayasa Mahkemesinin uygulayacağı bir norm hakkında itiraz yolunun işletilip işletilemeyeceğidir. Kanımızca bu hâlde, AYM açısından “uygulanacak norm” kriteri sağlanmaktadır. Nitekim AYM bireysel başvuru incelemesinde bu yolu işletmiş olmamakla birlikte siyasi parti kapatma davasını görmekte iken 2949 sayılı Kanun’un 25. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğunun ileri sürülmesi üzerine Mahkeme, itiraz yoluna başvurmuş ve kendi uygulama kanunu olan bu Kanun’un anılan hükmünü iptal etmiştir¹¹⁹. Dolayısıyla

119 Bkz. AYM, E.2002/121, K.2002/62, 9/7/2002.

AYM'nin görev ve yetkilerini kullanırken uyguladığı kuralları, itiraz yoluna başvurma koşullarından “*uygulanacak norm*” kapsamında gördüğü sonucuna ulaşılabilir.

Uzun'un da belirttiği gibi¹²⁰, itiraz yoluna sadece “*davada uygulanan*” kanun hükümleri için başvurulabilir. Bir mahkeme herhangi bir kanun hükmü için değil önündeki davada *uyuşmazlığı çözmek için uygulayacağı* kanun hakkında başvuru yapabilir. Bireysel başvuruda uyuşmazlığa uygulanan kanun bizzat Anayasa'nın kendisi (temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler) ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'dur¹²¹. Bunun dışında kalan kanunlar uyuşmazlığı çözmek için uygulanan kanunlar değildir.

Yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi hâlinde geriye yalnızca Anayasa Mahkemesinin uygulanacak hükmü Anayasa'ya aykırı görmesi ya da aykırılık iddiasını ciddi bulması ve on yıl yasağına uyulması koşulunun gerçekleşmesi kalmaktadır.

D.SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMA DAVASI VE SİYASİ PARTİLERE İHTAR VERİLMESİ

1) Siyasi Partilerin Kapatılması Davası

1982 Anayasası'na göre siyasi partilerin hukuki ve mali olmak üzere iki farklı denetim türü bulunmaktadır. Siyasi partilerin hukukî denetimi, partilerin faaliyetleri ile tüzüklerinin, Anayasa ve kanunlara uygunluğunun denetimidir. Hukuki denetim, AYM tarafından yapılmaktadır¹²². 1982 Anayasası'nın 69. maddesinin dördüncü fıkrasına göre siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay cumhuriyet başsavcısının açacağı dava üzerine AYM tarafından kesin olarak karara bağlanır.

120 Uzun, C. D. (2014), s. 4.

121 Aslında 6216 sayılı Kanun'un AYM yönünden “*uygulanacak norm*” olduğu sonucu, AYM'nin diğer tüm görevleri yönünden de geçerlidir.

122 Çelik, Ö. (2010). “Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., s. 1350.

6216 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendine göre siyasi partilere ilişkin dava ve başvuruları karara bağlama görevi Genel Kurul birimine verilmiştir¹²³. Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden incelenir ve kesin karara bağlanır (6216 sayılı Kanun mad. 52/2). Genel Kurul, gerekli gördüğü hâllerde sözlü açıklamalarını dinlemek için ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırabilir (6216 sayılı Kanun mad. 52/4).

Başkanın görevlendirdiği raportör ilk inceleme raporunu hazırlayarak Başkanlığa sunar. Yapılacak ilk inceleme sonrasında iddianamenin kabulüne karar verilmesi hâlinde iddia-name ve ekleri ilgili siyasi partiye gönderilerek usul ve esasa ilişkin savunmaları alınır. Davalı partinin yazılı savunma vermesi hâlinde bu savunma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Ayrıca Yargıtay cumhuriyet başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin sözlü savunması dinlenir. Hakkında siyasi yasaklılık istenenler iddialarla ilgili savunmalarını yazılı olarak sunabilirler (6216 sayılı Kanun mad. 52/3).

Yargıtay cumhuriyet başsavcısı tarafından açılan dava üzerine AYM, bir siyasi partinin Anayasa'nın 69. maddesinde sayılan hâllerden ötürü kapatılmasına veya dava konusu fiillerin ağırlığına göre devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir (AY mad. 69/7, 6216 sayılı Kanun mad. 52/1). Yardımın tamamı ödenmişse *aynı miktarın Hazineye iadesine* karar verebilir. Mahkeme, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre devlet yardımından yoksun kalmaya ya da aynı miktarın Hazineye iadesine 2820 sayılı Kanun'un 101. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan hâllerde karar verebilecektir.

123 6216 sayılı Kanun'un 20. maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi teşkilatı; Başkanlık, Genel Kurul, bölümler, komisyonlar, Genel Sekreterlik ve idari birimlerden oluşur."

Siyasi parti kapatma davası sonucunda verilen karar, Yargıtay cumhuriyet başsavcısı ile ilgili siyasi partiye tebliğ edilir ve Resmî Gazete’de yayımlanır (6216 sayılı Kanun mad. 52/5).

Kanımızca siyasi partilerin kapatılma davasına bakan AYM, yukarıdaki başlıklarda sayılan itiraz yoluna başvurmanın koşullarını bünyesinde barındırmaktadır. Mahkeme bu görevini yerine getirirken uyuşmazlık çözen -ve aslında ceza davasına bakan mahkeme demek yanlış olmayacaktır- bir “mahkeme” konumundadır. İlgili Anayasa hükümlerinde (bkz. AY mad. 69, 149) AYM’nin bu görevinden “dava” olarak bahsedilmektedir. Kaldı ki yukarıda anlatılan inceleme usulü dikkate alındığında Mahkemenin bir yargılama makamı gibi hareket ettiği, bir davaya bakmakta olduğu görülmektedir. Parti kapatma kararı verilen kararlar ve sonuçları dikkate alındığından AYM’nin “davaya bakmakta olan mahkeme” ve “dava” koşullarını sağladığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu bakımdan AYM, siyasi parti kapatma davalarına bakmakta iken bu davalarda uygulayacağı kanun ve CBK hükümlerinin Anayasa’ya aykırılının incelenmesi amacıyla itiraz yolunu işletebilecektir.

Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında kendisini itiraza yetkili mahkeme olarak görmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme siyasi parti kapatma davalarını görmekte iken “*siyasi parti kapatma davalarına bakan mahkeme sıfatıyla Anayasa Mahkemesi*” olarak itiraz yoluna başvurmuştur¹²⁴.

124 Anayasa Mahkemesinin, “*siyasi parti kapatma davalarına bakan mahkeme*” sıfatıyla yaptığı itiraz başvurusu üzerine verilen diğer norm denetimi kararları şunlardır: AYM, E.1998/2, K.1998/1, 9/1/1998; AYM, E.2002/121, K.2002/62, 9/7/2002; AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003; AYM, E.2008/5, K.2009/81, 11/6/2009; AYM, E.2010/17, K.2010/112, 8/12/2010. Ayrıca 44 sayılı Kanun’da yer alan hükme de dayanarak AYM 1971 yılında yasama dokunulmazlığının kaldırılması hakkında verdiği bir kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 151. maddesinde sözü edilen “mahkeme” niteliği ile bir dâvaya bakmakta iken uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa bunu bekletici sorun olarak ortaya koyabilir ve sonra kanunların ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyen yüksek mahkeme sıfatıyla sorunu çözüme bağlar.* 44 sayılı Kanunun 20. maddesinin 2 sayılı bendinde de

Örneğin AYM bu sıfatla, Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında yaptığı itiraz başvurularından 11/6/2009 tarihli ve E.2008/5, K.2009/81 sayılı kararı ile siyasi parti kapatma davasında uygulayacağı 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinin değişik ikinci fıkrasının ikinci tümcesini, 12/12/2000 tarihli ve E.2000/86, K.2000/50 sayılı kararıyla da aynı Kanun'un 103. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan odak hâline gelmiş sayılmaya ilişkin hükmü iptal etmiştir. Yine AYM siyasi parti kapatma davasına ilişkin bir kararında¹²⁵ da şu ifadelerle yer vermiştir: *"Anayasa Mahkemesi, 17.2.2010 günlü toplantıda, 'bakılmakta olan davada uygulanacak olan 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesi, Anayasa'nın 68. ve 69. maddelerine aykırı görüldüğünden, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca esas hakkında bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına' karar vermiştir."*

1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasında *"Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmündeki kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia olunamaz."* biçiminde düzenleme yer almaktaydı. Bu dönemde çıkarılan kanunlardan biri olan 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu, anılan hüküm sebebi ile *"yumuşak anayasa"* olarak nitelendirilmekte ve hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali mümkün olmamakta idi. Bu hüküm, 3/10/2001 tarihli 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 34. maddesi ile Anayasa'dan çıkarılmış ve yürürlükten kaldırılmıştır¹²⁶. Bu değişiklikten sonra 2802 sayılı Kanun yönünden anayasa yargısı denetimi (Anaya-

açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi ancak Yüce Divan sıfatiyle görev yaptığı yahut siyasi partilerin kapatılması dâvalarına baktığı sıralarda Anayasa'nın 151. maddesinde sözü edilen mahkeme durumuna geçer." AYM, E.1971/41, K.1971/67 17/8/1971 ve 19/8/1971.

125 AYM, E.2003/1(Siyasi Parti Kapatma), K.2011/1, 24/2/2011.

126 Yazıcı, S. (1997). *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 37 vd.

sa'nın 152. maddesinde yer alan itiraz yolu yöntemi kullanılarak) mümkün olmuştur. AYM, geçici 15. maddenin anılan fıkrasının yürürlükten kalkması üzerine siyasi parti kapatma davalarında kavuştuğu resen itiraz yoluna başvurma yetkisini kullanarak Siyasi Partiler Kanunu üzerinde anayasal denetimini yapmaya¹²⁷ başlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin kapatılma davalarına bakmakta iken normun Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile yapılan itiraz yoluna başvurma taleplerini ilgili hükümlerin uygulanacak kurallar niteliğinde bulunmadıklarından¹²⁸, Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki istemin ciddi olmadığından¹²⁹, kanun koyucunun Siyasi Partiler Kanunu'ndaki yasaklamaları kabul etmek suretiyle Anayasa'da öngörülen düzenlemeyi gerçekleştirmiş olması nedeniyle Anayasa'ya aykırılık savı yerinde olmadığından¹³⁰ -bu aslında kısmen de esastan ret sayılabilir- ön sorun incelemesinde reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir başka başvuruda Sosyalist Partinin kapatılmasına ilişkin davada Siyasi Partiler Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi talep edilmiş, Siyasi Partiler Kanunu'nun bazı maddelerinin ise ihmal edilmesi talep edilmiştir. AYM parti kapatılmasına ilişkin 10/7/1992 tarihli ve E.1991/2, K.1992/1 sayılı kararında bu talepleri Anayasa'nın geçici 15. maddesinde yer alan hükme dayanılarak *"Anayasa'ya aykırılığı savında bulunulamayacağı"*; ilgili kurallarının davada ihmalî yönünden ise Anayasa'nın aynı geçici maddesine dayanılarak *"kurallarının ihmal edilmesi yolundaki sav yerinde değildir"* sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak iptal ve ihmal istemleri red-

127 a.g.e. s. 37 vd.

128 AYM, E.1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1994/2, 16/6/1994; AYM, E.1999/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2003/1, 13/3/2003; AYM, E.2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2009/4, 11/12/2009.

129 AYM, E.2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2009/4, 31/12/2009.

130 AYM, E.1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1994/2, 16/6/1994.

detmiş, resen itiraz yoluna başvurmamıştır¹³¹.

Siyasi partilerin kapatılması davalarının yanında, siyasi partilerin hukuki varlığının sona erdiğinin tespitine karar verilmesi talebi ile yapılan başvuruları da incelemekte fayda vardır. Anayasa Mahkemesi 16/3/2016 tarihli ve E.2015/2, K.2016/4 (Değişik İşler) sayılı kararında siyasi partilerin dağılma durumunun tespiti talebiyle AYM'ye başvuruda bulunabilecek olanlara ilişkin değerlendirme yapılmıştır. AYM söz konusu kararında 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 87. maddesinde bahsedilen ilgililerden siyasi partilerin hukuki ve mali sorumluluk sahibi yasal temsilcileri ile siyasi partilerin kapatılması davasını açmak ve sicil dosyalarını tutmakla görevli olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹³². Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı¹³³ ya da ilgili siyasi partinin genel baş-

131 Siyasi partilerin kapatılması davasına bakılmakta iken normun iptali isteminin itiraz yoluyla Genel Kurula taşınması istemlerinin aynı gerekçe ile reddi hakkındaki diğer kararlar için bkz. AYM, E.1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1991/1, 16/7/1991; AYM, E.1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1992/1, 10/7/1992; AYM, E.1997/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1999/1, 26/2/1999.

132 Sulh hukuk mahkemeleri ya da kaymakamlıklar tarafından siyasi partilerin il veya ilçe teşkilatlarının kendiliğinden dağılma hâlinin ve buna bağlı olarak hukuki varlığının sona erdiğinin tespitine karar verilmesi talebiyle yapılan başvurularda AYM, başvuranın yetkisizliği ya da AYM'nin görevsizliği nedeniyle ret kararları vermiştir. Bu kararlar için bkz. AYM, E.2019/5, (Değişik İşler) K.2019/6, 11/7/2019; AYM, E.2020/1, (Değişik İşler) K.2020/2, 19/2/2020; AYM, E.2017/9, (Değişik İşler) K.2017/8, 15/11/2017; AYM, E.2017/7, (Değişik İşler) K.2017/6, 15/11/2017; AYM, E.2019/12, (Değişik İşler) K.2019/9, 11/7/2019; AYM, E.2019/2, (Değişik İşler) K.2019/3, 11/7/2019; AYM, E.2019/6, (Değişik İşler) K.2019/7, 11/7/2019; AYM, E.2017/8, (Değişik İşler) K.2017/7, 15/11/2017; AYM, E.2018/6, (Değişik İşler) K.2018/5, 31/5/2018; AYM, E.2019/1, (Değişik İşler) K.2019/2, 11/7/2019; AYM, E.2019/7, (Değişik İşler) K.2019/8, 11/7/2019; AYM, E.2019/4, (Değişik İşler) K.2019/5, 11/7/2019; AYM, E.2014/7, (Değişik İşler) K.2014/9, 25/9/2014; AYM, E.2015/2, (Değişik İşler) K.2016/4, 16/3/2016.

133 Örnek kararlar için bkz. AYM, E.2017/5, (Değişik İşler) K.2018/7, 21/6/2018; AYM, E.2015/12, (Değişik İşler) K.2016/7, 5/5/2016; AYM, E.2016/3, (Değişik İşler) K.2016/15, 12/10/2016; AYM, E.2018/8, (Değişik İşler) K.2020/6, 25/6/2020; AYM, E.2017/3, (Değişik İşler) K.2020/4, 25/6/2020.

kanı¹³⁴ siyasi partinin kendiliğinden dağılma hâlinin hukuki varlığının sona erdiğinin tespiti istemi ile AYM'ye başvuruda bulunmaktadır. AYM yaptığı inceleme sonucunda ya talebin reddine ya da *siyasi partinin dağılmış sayılarak hukuki varlığının sona erdiğine* karar vermektedir. Anayasa'da AYM'nin yaptığı bu incelemeye ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte Anayasa'nın 149. maddesinde "*Siyasî partilere ilişkin ... başvurularda ... Genel Kurulca bakılır*" hükmü yer almaktadır. Siyasi Partiler Kanunu'nun 121. maddesinin birinci fıkrasındaki "*Türk Kanunu Medenîsi ile Dernekler Kanunu'nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasî partiler hakkında da uygulanır.*" şeklindeki düzenlemeden hareketle siyasi partilerin hukuki varlığının sona erdiğinin tespiti istemi ile AYM'ye başvuruda bulunma yolu işletilmektedir¹³⁵.

Anayasa Mahkemesine göre siyasi partinin hukuken var olup olmadığı yani hukuki varlığının son bulup bulmadığına ilişkin dava, özde bir tür kapatma davası değildir. Bu nedenle kapatma davası için geçerli olan hükümler burada mutlak olarak uygulanamaz. Ancak mevzuat bütünüyle dikkate alındığında demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olan siyasi partiler hakkında, kapatma davalarına uygulanan bazı

134 Örnek karar için bkz. AYM, E.2015/10, (Değişik İşler) K.2016/5, 16/3/2016.

135 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan bir başvuruda, Anayasa Mahkemesine sunulan iddianamede şu ifadelere yer verilmiştir: "*Kararın niteliği:*

Siyasi partinin hukuki varlığın son bulduğunun, yani dağılmış sayılmanın tespiti konusunda verilecek karar, çekişmesiz yargısal bir tespit kararıdır. Dağılmış sayılma talebinin yerinde görülmesi halinde, mevcut, hukuken var olan bir hasımdan söz edilemeyeceğinden, yargısal işlem çekişmesiz nitelik taşımaktadır.

Yüksek Mahkemeniz de, dağılmış sayılmanın tespitine yönelik davaları, çekişmeli yargısal bir işlem olarak değil; çekişmesiz yargısal bir işlem olarak değerlendirmekte ve dava olarak değil "değişik işler" nitelendirmesi ile yürütmektedir.

Yargısal bir değerlendirme sonucunda bu tespit kararı verildiğinden; karar kuşkusuz "yargısal" bir nitelik taşımaktadır." Bkz. AYM, E.2009/4 (Değişik İşler), K.2010/6 8/12/2010. Benzer kararlar için bkz. AYM, E.2004/2 (Değişik İşler), K.2008/5, 08/1/2008; AYM, E.2009/3 (Değişik İşler), K.2009/2, 15/10/2009.

kurallar bu konuda da geçerlidir. Kapatma davasına bakmakla görevli olan AYM'nin bir siyasi partinin kapatılmasına hükmedebilmesi için öncelikle o siyasi partinin hukuken var olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. O hâlde AYM'nin bir siyasi parti tüzel kişiliğinin devam edip etmediğini inceleme yetki ve görevine öncelikle sahip olduğu tartışmasızdır¹³⁶.

Kanımızca AYM'nin siyasi partilerin hukuki varlığının sona erdiğinin tespitine karar verilmesi talebi ile yapılan başvuruları incelerken yürüttüğü işler çekişmesiz yargı işlerindendir. Çekişmesiz yargı işlerinde itiraz yolunun işletilebileceği kabul edilecek olursa AYM'nin bu yola başvurabileceği sonucuna varılabilecektir. Mahkemece anılan inceleme yapılırken itiraz yolunun işletilmesine ilişkin bir karara rastlanamamıştır.

Doğrudan doğruya kanun hükmü ile feshedilen bir vakfın sicilden terkin için açılan davada yerel mahkemece itiraz yoluna başvurulması üzerine AYM, mahkemenin yapacağı işlemlerin dava kavramı dışında kalan adli işlemler olduğunu, mahkemenin elinde çözülmesi gerekli bir davanın varlığından söz etmeye olanak bulunmadığını belirtmiş; ilk inceleme aşamasında ret kararı vermiştir¹³⁷. Mahkemenin bu içtihatları dikkate alındığında AYM'nin siyasi partilerin hukuki varlığının sona erdiğinin tespitine ilişkin incelemesini yürütürken itiraz yoluna başvuramayacağı sonucuna ulaşılabilir.

2) Siyasi Partilere İhtar Verilmesi

Anayasa Mahkemesinin siyasal partilere ihtarda bulunma yetkisinin olup olmadığı öğretide tartışma konusu olmuştur. Temel görevi norm denetimi olan AYM'ye Anayasa dışında başka bir kuralla (kanun, CBK vb.) görev yüklenemeyeceği; Anayasa'nın bu ilkeyi "*Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.*" biçiminde düzenlemiş olduğu (AY mad. 148/6); AYM'nin görevlerini düzenleyen Anayasa

136 AYM, E.2009/2, (Değişik İşler) K.2010/1, 24/3/2010.

137 AYM, E.1977/128, K.1977/140, 20/12/1977.

maddelerinin hiçbirinde “siyasi partiye ihtar vermek” yetkisinin yer almadığı, bu nedenle de AYM’nin siyasi partilere ihtarda bulunma yetkisinin olmadığı görüşü ileri sürülmüştür¹³⁸. Çalışmamızda bu konudaki tartışmalara girilmeksizin AYM’nin siyasi partilere ihtar verme işlemi kapsamında Anayasa’nın 152. maddesinin işletilip işletilemeyeceği yönünden inceleme yapılmıştır.

Mahkemenin görevlerinin sayıldığı 2949 sayılı Kanun’un 18. maddesinde siyasi partilere ihtar verme şeklinde bir yetki sayılmamakla birlikte 2011 yılında kabul edilen 6216 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının d bendinde “Siyasi partilerin kapatılmasına ve Devlet yardımından yoksun bırakılmasına ilişkin davalar ile [ihtar başvuruları] ve dağılma durumunun tespiti istemlerini karara bağlamak.” hükmü yer almaktadır. Ayrıca aynı Kanun’un “Siyasi partilere ihtar verilmesi” başlıklı 53. maddesinde yer alan hüküm şöyledir:

“(1) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bir siyasi partinin 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 101 inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla, o parti aleyhine ihtar kararı verilmesi istemiyle Mahkemeye başvurabilir. Mahkemece verilecek süre içinde siyasi partinin savunması alındıktan sonra, aykırılık tespit edilirse aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verilir.

(2) Bu karar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile ilgili siyasi partiye tebliğ edilir ve Resmî Gazetede yayımlanır.”

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 104. maddesinde yer alan hüküm, Anayasa Mahkemesinin siyasi partilere ihtar verme yetkisini düzenlemektedir. 6216 sayılı Kanun’a göre siyasi partilere ilişkin dava ve başvuruları karara bağlama görevi Genel Kurula verilmiştir (6216 sayılı Kanun mad. 21/2/b).

138 İyimaya, A. (2005). “Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi -Türk Pozitif Hukuku Yönünden Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 61., s. 247.

AYM yaptığı inceleme sonunda ihtarda bulunulmasına¹³⁹ ya da istemin reddine¹⁴⁰ karar vermektedir.

2820 sayılı Kanun'un 104. maddesinin ikinci fıkrasında ise *"Bu yazının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Anayasa Mahkemesi'ne re'sen dava açabilir."* hükmü yer almakta idi. Bu hüküm kapsamında, AYM'ce siyasi parti hakkında ihtar kararı verilmesi akabinde yasal süresi içinde ihtarda belirtilmediği biçimde ihtarın konusunu yerine getirmediği iddiasıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca ilgili siyasi partinin kapatılmasına karar verilmesi talep edilmiştir. Anılan hüküm AYM'nin 11/6/2009 tarihli ve E.2008/5, K.2009/81 sayılı kararı ile iptal edildiğinden bu hüküm kapsamında yapılan siyasi parti kapatma davalarında AYM düşme kararları vermiştir¹⁴¹. AYM bir başka kararında ise ihtar kararı usulüne uygun biçimde tebliğ edilmediği saptanmakla kapatma davasına esas alınacak geçerli süre başlamadığından kapatma isteminin reddine, AYM'nin ihtar kararının gereğinin yerine getirilerek bildirilen üyelerin kayıtlarının silindiği anlaşıldığından bu konuda yeni bir işleme gerek bulunmadığına karar vermiştir¹⁴².

Siyasi parti ihtar talebine ilişkin başvurunun incelemesin-

139 AYM, E.2004/3 (Siyasi Parti İhtar), K.2005/3, 20/7/2005; AYM, E.2005/1 (Siyasi Parti İhtar), K.2005/2, 20/7/2005; AYM, E.2004/2 (Siyasi Parti İhtar), K.2005/4, 25/7/2005; AYM, E.2002/6 (Siyasi Parti İhtar), K.2007/4, 27/2/2007; AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti İhtar), K.2007/2, 27/2/2007; AYM, E.2006/2 (Siyasi Parti İhtar), K.2007/1, 27/2/2007; AYM, E.2012/2 (Siyasi Parti İhtar), K.2013/2, 10/1/2013; AYM, E.2012/1(Siyasi Parti İhtar), K.2013/1, 10/1/2013; AYM, E.2012/3(Siyasi Parti İhtar), K.2013/3, 18/6/2013; AYM, E.2016/1(Siyasi Parti İhtar), K. 2016/1, 14/12/2016.

140 AYM, E.2001/3 (Siyasi Parti İhtar). K.2001/3, 19/7/2001; AYM, E.2001/3 (Siyasi Parti İhtar), K.2001/3, 19/7/2001; AYM, E.2002/4 (Siyasi Parti İhtar), K.2003/2, 22/1/2003; AYM, E.2002/3 (Siyasi Parti İhtar), K.2003/1, 22/1/2003; AYM, E.2022/3 (Siyasi Parti İhtar), K.2023/1, 28/9/2023.

141 AYM, E.2002/3, K.2009/3, 9/7/2009; AYM, E.2002/4, K.2009/2, 9/7/2009.

142 AYM, E.1991/1, K.1991/3, 24/9/1991.

de AYM 9/1/2002 tarihli ve E.2001/8, K.2002/9 sayılı kararında¹⁴³ itiraz yolunun işletilmesi talebini reddetmiştir. AYM'nin ret gerekçesi şöyledir:

"...Öncelikle Siyasî Partiler Kanunu'nun olayda uygulanacak 104. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunun, ön sorun kabul edilerek incelenip incelenemeyeceği üzerinde durulmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından bir siyasî parti hakkında ihtar kararı verilmesi istemiyle Siyasî Partiler Kanunu'nun 104. maddesi uyarınca yapılan başvuru, dava niteliği taşımadığından bu başvurular nedeniyle [Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca "davaya bakmakta olan mahkeme" konumunda değildir.]

Öte yandan, ileride görülmesi olası bir davada uygulanabilecek yasa kuralının ancak o dava sebebiyle Anayasa'ya uygun olup olmadığı tartışılabileceğinden, konunun bu evrede görüşülmesi yerinde görülmeyerek..."

Bu kararda kuşkusuz 2949 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan daraltıcı hüküm etkili olmuştur. Nitekim anılan kararın karşı oy yazısında şu ifadeler yer verilmiştir:

"...Anayasa'da bulunmayan bir yaptırımı öngören Siyasî Partiler Kanunu'nun 104. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı açık olduğundan ya iptal edilmesi ya da ihmal edilmesi gerekir. [Anayasa Mahkemesinin itiraz ve iptal davaları dışında, uygulayacağı bir kuralı iptal edebilmesi için elinde Yüce Divan sıfatı ile baktığı bir dava ya da bir siyasi parti kapatma davası bulunması gerekir.] Bunun dışında kalan yasama dokunulmazlığının kaldırılması, milletvekilliğinin düşmesi ya da ihtar kararı verilmesi için yapılan başvurular dava niteliğinde olmadığından bu tür başvurular-

143 Benzer şekilde itiraz yoluna başvurma isteminin reddini içeren kararlar (Siyasi Parti İhtar) için bkz. AYM, E.2001/6, K.2002/3, 9/1/2002; AYM, E.2001/9, K.2002/5, 9/1/2002; AYM, E. 2001/8, K. 2002/9, 9/1/2002; AYM, E.2001/4, K.2002/1, 9/1/2002; AYM, E.2001/11, K.2002/7, 9/1/2002; AYM, E.2001/12, K.2002/8, 9/1/2002; AYM, E.2001/7, K.2002/4, 9/1/2002; AYM, E.2001/10, K.2002/6, 9/1/2002; AYM, E.2001/5, K.2002/2, 9/1/2002.

da uygulanacak bir yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez. Bu nedenle, [Anayasa'ya aykırılığı açık olan bir kuralın bu evrede iptali mümkün olamayacağından böyle bir durumda yasa kuralının ihmal edilerek üstün hukuk normu olan Anayasa'nın uygulanması gerekir] Bu aynı zamanda Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini düzenleyen 11. maddesinin gereğidir. Siyasî Partiler Kanunu'nun 104. maddesi Anayasa'da bulunmayan bir yaptırım öngördüğünden, ihmal edilerek uygulanmaması gerekir. 104. madde uygulanarak ihtar kararı verilse bile, bunun gereğini yapmayan parti hakkında Anayasa'ya göre kapatma yaptırımını uygulanamayacağından başvuru sonuçsuz kalacaktır..."

Anılan sınırlayıcı hüküm artık mevzuatta bulunmadığından AYM'nin ihtar başvurularını incelerken genel kuraldan hareketle (AY mad. 152) itiraz yoluna başvurabileceği savunulabilir. Ancak AYM'nin siyasi partilere ihtar başvurularını incelerken yaptığı inceleme, teknik anlamda bir dava niteliğinde olmadığından Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen yöntem yoluyla ihtar incelemesinde uygulanacak kuralın Anayasa'ya aykırılığını inceleyememektedir¹⁴⁴.

Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kanun döneminde yapmış olduğu ihtar başvurularına ilişkin değerlendirmelerinin¹⁴⁵ incelenmesinde, itiraz yoluna başvurabilme konusunda emsal olabilecek herhangi bir karar tespit edilememiştir. Fakat AYM'nin ihtar başvurusunu incelediği 10/1/2013 tarihli ve E.2012/1, K.2013/1 sayılı kararında bir husus dikkat çekicidir: Siyasi parti siciline kayıtlı bulunan bir başka siyasi partinin adını ve kısaltılmış adını kullanarak 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 96. maddesine aykırı hareket ettiği iddia edilen Toplumcu Kurtuluş Partisine, bu aykırılığı gidermesi için aynı Kanun'un 104. maddesi gereğince ihtar kararı verilmesi istemi ile yapılan başvuruda Mahkeme, Sayın Üye Engin Yıldırım'ın

144 Kanadoğlu, K. (2004). s. 212 vd.,

145 İhtar başvuruları hakkındaki örnek kararlar için bkz. AYM, E.2005/3, K.2011/1, 12/10/2011; AYM, E.2012/2, K.2013/2, 10/1/2013; AYM, E.2012/3, K. 2013/3, 18/6/2013; AYM, E.2016/1, K.2016/1, 14/12/2016.

karşı oyu¹⁴⁶ ve oyçokluğu ile ihtarda bulunulması kararı vermiştir. Sayın Yıldırım karşı oyunda sırf isim ve kısaltma benzerliğinden dolayı Anayasa'nın tanıdığı en temel haklardan olan siyasi parti kurma ve siyasi faaliyette bulunma hakkının engellenmemesi gerektiğini, parti hakkında bu nedenle ihtar kararı verilmesinin Anayasa'nın 68. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu fikirlerin istemin görüşüldüğü Heyette de beyan edildiği, Mahkemenin önceki kararlarında olduğu gibi- bu hususu en azından bekletici sorun olarak değerlendirebilecek olmasına rağmen bu yola başvurulmamış olması- Mahkemenin gerekçesinde "İnceleme" başlığı altında yer alan "...ilgili Anayasa ve yasa kuralları, bunların gerekçeleri...okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü" şeklindeki ifadesi dikkate alındığında Mahkemenin ihtar başvurularını incelerken itiraz yolunun işletilmeyeceği yönünde eğilimin olduğu sonucu çıkarılabilir. Ayrıca söz konusu ihtar başvurusunun görüşülmesinde itiraz yolunun işletilip işletilmeyeceği hususunun bekletici sorun olarak tartışılmadığı, bu konuda değerlendirme yapılmadığı söylenebilecektir.

E. SİYASİ PARTİLERİN MALİ DENETİMİ

Siyasi partilerin mali denetimi¹⁴⁷, iç denetim ve dış denetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İç denetimi, parti varlıklarının korunmasını sağlamak için siyasi parti içerisinde yapılan denetim¹⁴⁸; dış denetimi ise siyasi parti dışındaki kişiler tara-

146 "Türkiye Komünist Partisi 1920" isminin ve "TKP 1920" kısaltılmış isminin iltibasa yol açması nedeniyle hükümsüzlüğüne ve siyasi parti sicilinden terkinine karar verilmesi talebi ile yapılan başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı ve karşı oy yazısı için bkz. AYM, E.2016/1 (Değişik İşler), K.2016/8, 26/5/2016.

147 Siyasi partilerin Anayasa Mahkemesince yapılacak mali denetimine ilişkin kurallar, Anayasa'nın 69. maddesinde, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74-77 maddelerinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21., 55. ve 56. maddelerinde, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 25., 51. ve 52. maddelerinde düzenlenmiştir.

148 Karslı, M. (1994). *Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler*, 4. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 559; Çelik, A. (2005). *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları, ss. 51-52.

findan yapılan denetim şeklinde kısaca tanımlamak mümkündür. Dış denetim, dar anlamı ile siyasi partilerin mali denetimi ile görevli kurumlar tarafından yapılan denetimdir ve bu denetim; mahkemeler, denetim için oluşturulmuş komisyonlar, parlamentoya bağlı kuruluşlar veya bağımsız denetçiler tarafından yapılabilmektedir. Dış denetim, geniş anlamı ile sivil toplum örgütlerinin veya kamuoyunun parti hesapları üzerindeki denetimini de kapsamaktadır¹⁴⁹.

1982 Anayasası'na göre ise siyasi partilerin iki farklı denetim türünden biri hukuki diğeri mali denetimdir. Siyasi partilerin mali denetimi, parti gelir ve giderleri ile mal edinimlerinin kanuna uygunluğunun tespit edilmesidir. Bu denetim görevi, Sayıştayın yardımı ile AYM tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁵⁰.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesine ve 6216 sayılı Kanun'un 55. maddesinde göre siyasi partilerin mali denetimi, siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun denetimidir. Siyasi partilerin mali denetimi Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca yapılmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un "*Mali denetimde ilk ve esas inceleme*" başlıklı 56. maddesi ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "*Malî denetimde ilk inceleme*" başlıklı 51. ve "*Malî denetimde esasın incelenmesi*" başlıklı 52. maddesinden anlaşıldığı üzere AYM bu denetimi, ilk inceleme ve esasın incelenmesi olarak iki aşamada gerçekleştirilmektedir¹⁵¹. Bu denetim aşamalarını "*denetim*" ve "*yargılama*" olarak da adlandırmak yanlış olmayacaktır. 6216 sayılı Kanun'a göre AYM'ye gönderilen siyasi parti kesin hesapları, ilk ve esas incelemeleri yapılmadan önce Sayıştay tarafından inceleme yapılmak üzere Sayıştaya gön-

149 Çelik, Ö. (2010). s. 1305.

150 Çelik, Ö. (2010). s. 1350.

151 Mehter, H. (1991). "Siyasi Partilerin Mali Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C. 8., s. 453 vd.

derilir; Sayıştayca düzenlenen incelemeye ilişkin raporlar, karara bağlanmak üzere AYM'ye gönderilir (mad. 55).

Anayasa Mahkemesi ilk inceleme ve sonrasında esas bakımından inceleme sonunda yaptığı mali denetim ile¹⁵² o siyasi partinin gelir ve giderlerinin doğruluğuna ve kanuna uygunluğuna veya kanuna uygun olmayan gelirler ile giderler dolaşısıyla da bunların Hazineye gelir kaydedilmesine karar verir (2820 sayılı Kanun mad. 75/4).

Anayasa'nın 69. maddesinin üçüncü fıkrasına göre AYM'nin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir, bu kararlara karşı başka bir merciye başvurulamaz (ayrıca bkz. 2820 sayılı Kanun mad. 75/son). AYM kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı için (6216 sayılı Kanun mad. 45/3) mali denetim sonucunda verilen kararlar aleyhine bireysel başvuru yapılamayacaktır. Mali denetim sonucunda verilen kararlar Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır (6216 sayılı Kanun mad. 56/5; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü mad. 52/9).

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan mali denetim sonucunda siyasi partilerin kanuna uygun olmayan gelir ve giderleri hakkında parti tüzel kişiliğine ve sorumlu kişilere bazı yaptırımlar uygulanabilmektedir¹⁵³. Bu denetim üzerine AYM tarafından verilen kararlar kesindir.

152 Anayasa Mahkemesi denetimini kural olarak evrak üzerinde yapmakla birlikte naiplik ya da istinabe yolu suretiyle keşif, inceleme ve araştırmalar yaptırabilir (2820 sayılı Kanun mad. 75/2), bu maksatla yeminli bilirkişi görevlendirebilir (2820 sayılı Kanun mad. 75/2). Anayasa Mahkemesi, ilgili siyasi partinin başkanından veya temsilcisinden yazılı mütalaa isteyebilir; gerekli görürse sorumlu uzman muhasipler de dâhil ilgililerin sözlü açıklamalarını dinleyebilir (2820 sayılı Kanun mad. 75/3).

153 Bu yaptırımlar: Hazinece elkoyma yaptırımı (2820 sayılı Kanun mad. 76), Anayasa Mahkemesinin kararıyla ve Mahkemenin göstereceği süre içinde siyasi parti tarafından malların paraya çevrilmesi (2820 sayılı Kanun mad. 77), ilgili kişiler ve/veya siyasi parti hakkında suç duyurusunda bulunulması (siyasi partilerin mali denetimi kapsamında kişiler hakkında öngörülen hapis ve para cezaları için bkz. 2820 sayılı Kanun mad. 111, mad. 113, mad. 116), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusu üzerine partinin devlet yardımından yoksun bırakılması (2820 sayılı Kanun mad. 102) veya siyasi partinin kapatılmasına karar verilmesi (Anayasa mad. 69; 2820 sayılı Kanun mad. 101), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusu üzerine siyasi parti hakkında ihtar kararı verilmesi (2820 sayılı Kanun mad. 104). Çelik, Ö. (2010). s. 1356 vd.

Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet Halk Partisinin (CHP) 2007 yılına ait kesin hesaplarına ilişkin olarak 7 Mart 2012 tarihinde¹⁵⁴, 2008 ve 2009 yıllarına ait kesin hesaplarına ilişkin olarak ise 11 Temmuz 2012 tarihinde¹⁵⁵ verdiği kararlar CHP tarafından bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşınmıştır. AİHM, CHP'nin 2007 yılına ait hesaplarının incelenmesine ilişkin şikâyetlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 35. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen altı ay kuralına uyulmadığı gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. AİHM, 2008 ve 2009 yıllarına ait hesaplarının incelenmesine ilişkin şikâyetler yönünden ise esas incelemesi yapmıştır.

AİHM'in bu başvuru hakkında vermiş olduğu 26/7/2016 tarihli kararına¹⁵⁶, siyasi partilerin mali denetimi görevini icra eden AYM'nin "*mahkeme*" sıfatını haiz olup olmadığı noktasındaki tartışmada "*kısmî*" bir yorum ölçüsü sağlaması bakımından çalışmamızda yer verilmiştir. CHP, AİHS'in 6/1 maddesi uyarınca, hesaplarına ilişkin denetimle ilgili olarak AYM önünde kamuya açık yargılama yapılmadığı gerekçesiyle adil yargılanmadan yoksun bırakıldığını ve söz konusu mahkeme önünde yürütülen yargılamalarda çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilmediğini iddia etmiştir. Başvuran parti ayrıca yargılamaların makul süre içinde tamamlanmadığını ve AYM'nin kararına itiraz etme imkânı bulunmadığını ileri sürmüştür¹⁵⁷. Hükûmet, 6. maddenin somut başvuruya uygulanamayacağını iddia etmiştir. AYM önünde yürütülen yargılamaların klasik anlamda bir dava olmadığını, sadece başvuran partinin hesaplarının mali denetimiyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Hükûmet ayrıca yargılamaların "*kamusal*" niteliği olduğunu ve bu itibarla başvuran partinin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesiyle ilgili olma-

154 AYM, E.2008/27 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K.2012/, 7/3/2012.

155 AYM, E.2009/38 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K.2012/12, 11/7/2012; AYM, E.2010/51 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K.2012/13, 11/7/2012.

156 Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/7/2016.

157 Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/7/2016, § 110.

dığını ileri sürmüştür¹⁵⁸. CHP ise 6. maddenin söz konusu yargılamalara uygulanabileceğini iddia etmiştir. AİHM, AİHS'in 6. maddesinin anayasal yargılamalara (siyasi partilerin mali denetimi) uygulanabileceği varsayılsa bile -yargılamaların uzunluğuna ilişkin şikâyetler hariç olmak üzere- AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır¹⁵⁹.

AİHM, 6. maddenin AYM önünde yürütülen yargılamalar açısından uygulanabilir olup olmadığı konusunda tarafların ihtilafa düştüklerini belirtmiş; 6. madde kapsamındaki şikâyetlerin (makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyet hariç olmak üzere¹⁶⁰) kararda belirtilen gerekçelerle kabul edilemez bulunması nedeniyle söz konusu ihtilaf hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar vermiştir (ilgili kararın 114. paragrafı). AİHM'in bu kanaati ve şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu kararına varırken yaptığı birtakım değerlendirmeler nedeniyle kararın "kısmî" bir yorum ölçüsü olduğu belirtilmiştir. AİHM; sözlü duruşmanın giderlerin kanuna uygunluğunu nasıl daha iyi savunma imkânı sunacağı konusunun açıklığa kavuşturulmaması, somut başvuru çerçevesinde çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin ihlal edildiğinin kanıtlanamaması olması gerekçesiyle başvurucunun iddialarını "kanıtlanamamış şikâyet" kapsamında kabul edilemez bulmuştur. Eğer söz konusu hususlar kanıtlanmış olsa idi acaba AİHM'in kararı ne yönde olurdu?

Kanımızca AYM'nin siyasi partilerin mali denetiminde yaptığı inceleme ile Sayıştayın yapmış olduğu hesap yargılaması birtakım benzerlikler göstermektedir. AYM 1991 yılında verdiği bir kararında Sayıştayın bir "mahkeme" olmadığına

158 Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/7/2016, § 111.

159 Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/7/2016, § 118.

160 AİHM, yargılamanın uzun sürdüğü şikâyetinin özünün, 11. madde kapsamındaki incelemesinin bir parçası olarak yeterli şekilde ele alındığı kanısına varmıştır (bkz. ilgili kararın 97. paragrafı). AİHM bu nedenle, belirtilen şikâyetin AİHS'in 6. maddesi kapsamında ayrıca incelenmesine gerek olmadığını değerlendirmiştir (bkz. ilgili kararın 113. paragrafı).

karar vermiştir¹⁶¹. Fakat Anayasa Mahkemesi bu içtihadından dönmüş ve Sayıştay'ı bir “mahkeme” olarak kabul etmiş, Sayıştay dairelerince yapılan itiraz başvurularını ilk incelemede kabul etmeye başlamıştır¹⁶².

Anılan karardan sonra Sayıştayca yapılan itiraz başvurularında Sayıştayın bir mahkeme ve Sayıştayda görülen hesap yargılamasının bir dava olduğu kabul edilip ilk incelemenin kabul edildiği, esas incelemeye geçildiği başka kararlar da bulunmaktadır¹⁶³.

Kanımızca AYM'nin mali denetim incelemesini yaparken mahkeme gibi çalışması¹⁶⁴, Sayıştay incelemesi ile benzerlik kapsamında AYM'ce Sayıştayın artık bir mahkeme olarak görülüyor olması, AİHM'in yukarıda belirtilen kararında örtülü de olsa bir adil yargılanma hakkı incelemesi yapması başvuru hakkın kapsamında olmadığından bahisle *konu bakımından yetkisizlik* gerekçesiyle kabul edilemez bulmaması dikkate alındığında AYM, bu görevini icra ederken “mahkeme” olarak görülebilir ve “uygulayacağı normu” itiraz yolu başvurusu ile Genel Kurula taşıyabilir. Kaya'ya göre¹⁶⁵ ise AYM siyasi partilerin mali denetimini yaparken denetim işlemi yapmaktadır ve bu iş bir yargılama işlemi sayılmayacaktır.

F. YASAMADOKUNULMAZLIĞININKALDIRILMASI VE MİLLETVEKİLLİĞİ ÜYELİĞİNİN DÜŞMESİ KARARLARININ İNCELENMESİ GÖREVİ

1982 Anayasası'nın 148. maddesinde yargısal denetimi yapılacak yasama işlemlerine sırasıyla yer verilmiştir. Bu yasama işlemleri arasında genel olarak parlamento kararları yer

161 AYM, E.1990/39, K.1991/21, 11/7/1991.

162 AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.

163 AYM, E.2016/15, K.2016/14, 16/3/2016; AYM, E.2016/28, K.2016/25, 7/4/2016; AYM, E.2016/1, K.2017/81, 29/3/2017; AYM, E.2017/27, K.2017/117, 12/7/2017.

164 Örneğin istinabe ve keşif, yaptırabilir, bilirkişi görevlendirebilir, yazılı mütalaa isteyebilir, gerekli görürse sorumlu uzman muhasepler de dâhil ilgililerin sözlü açıklamalarını dinleyebilir.

165 Kaya, M. (2008). s. 93.

almamaktadır. Bununla birlikte İçtüzük değişikliklerinin, şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluk yönünden AYM tarafından denetleneceği (AY mad. 148/1); İçtüzük dışında milletvekilliğinin düşmesi ile yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Meclis kararları da AYM tarafından denetleneceği hüküm altına alınmıştır (AY mad. 85). Dolayısıyla belirtilen yasama işlemleri dışında AYM'nin Meclisin karar adı altında yaptığı işlemleri denetlemesi mümkün değildir¹⁶⁶.

Anayasa'nın 85. maddesine göre, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine karar verilmiş olması hâllerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın Anayasa'ya, kanuna veya Meclis İçtüzüğü'ne aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. AYM, iptal istemini on beş gün içerisinde kesin karara bağlar (6216 sayılı Kanun madde 54)¹⁶⁷. Hükümden anlaşıldığı üzere anayasa koyucu dokunulmazlığın kaldırılması ve üyeliğin düşürülmesi kararlarını yargı denetimine tabi tutmuştur ve bu denetimi yapma görevi AYM'nindir.

Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptali başvurularında hem şekil yönünden hem de esas yönünden bir inceleme yapmaktadır¹⁶⁸. Feyzioğlu'na göre, Mahkemenin görev ve yetkilerini düzenleyen Anaya-

166 Baş, S. (2016). *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 156; Yıldız, A. (2017). "Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 1., s. 81.

167 Anayasa Mahkemesinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin iptal istemleri hakkındaki (başvuru yöntemi ve inceleme yöntemi) bazı kararları için bkz. AYM, E.1962/3, K.1962/16, 6/9/1962; AYM, E.1967/26, K.1967/26, 2/9/1967; AYM, E.1968/58, K.1968/53, 14/11/1968.

168 AYM, E.1994/9, K.1994/28, 21/3/1994; AYM, E.1994/22, K.1994/41, 21/3/1994; AYM, E.1994/12, K.1994/31, 21/3/1994. Baş da Anayasa'nın 85'inci maddesinde şekil ve esas bakımından denetim ayrımı yapılmadığı için denetimin kapsamı da sınırlandırılmadığını düşünmektedir. Baş, S. (2016). s. 158.

sa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrası, kanunların şekil bakımından denetlenmesini, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığının denetlenmesi ile sınırlamıştır. Bu hüküm karşısında, son oylamadan önceki şekil bozukluklarının AYM'ce denetlenmesi mümkün değildir. Söz konusu fıkra şekil denetimini sınırlayan bir istisna hükmünü içermektedir. İstisna hükümleri kıyas yoluyla uygulanamaz. Bu nedenle buradaki sınırlamanın meclis kararlarının denetiminde de uygulanması mümkün değildir. Anayasa'nın AYM'nin denetimine tabi kıldığı meclis kararları, gerek son oylamadaki gerekse son oylamadan önceki aşamalarda şekil bozuklukları nedeniyle iptal edilebilirler¹⁶⁹.

Anayasa Mahkemesinin dokunulmazlığın kaldırılması kararlarını esas açıdan denetlemesi ise, isnadın ciddi olup olmadığının tespitle sınırlıdır¹⁷⁰. Nitekim AYM 21/3/1994 tarihli ve E.1994/22, K.1994/41 sayılı kararında¹⁷¹ suçlamanın ciddiliği konusunda inceleme yapmış ve milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılmasını gerektirecek ciddilikte olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁷².

169 Feyzioğlu, M. (1992). "Yasama Dokunulmazlığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42., S. 1., ss. 21-45.

170 a.g.e. 38. Farklı düşünen Yıldız'a göre AYM'nin denetimi, TBMM kararının Anayasa'ya, kanuna ve İçtüzük'e aykırılığının araştırılmasıyla sınırlı olmalı ve isnada yönelik ciddiyet tespitine girilmemesi gerekmektedir. TBMM kararı, nihayet, bir yargılama değildir; yasama dokunulmazlığının kaldırılarak milletvekiline ilişkin tutulma, tutuklanma, sorgulanma ve yargılanma sürecini açacaktır. Yıldız, A. (2017), s. 96. Keskinsoy ise yasama dokunulmazlığının kaldırılması incelenirken sadece kararın Anayasa'nın veya TBMM İçtüzüğü'nün belirli hükümlerine aykırılığını incelemekle yetinilmemesi gerektiğini; aynı zamanda dokunulmazlığın kaldırılması kararının siyasi ihtirasa, siyasi hırsa ve siyasi bir saike dayanıp dayanmadığının da araştırılmasının uygun olacağını düşünmektedir. Keskinsoy, Ö. (2008). *Yasama Dokunulmazlığı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 92.

171 Benzer incelemelerin yapıldığı kararlar için bkz. AYM, E.1994/22, K.1994/41, 21/3/1994; AYM, E.1994/12, K.1994/31, 21/3/1994.

172 "2- Suçlamanın, dokunulmazlığın kaldırılmasını gerektirecek ciddilikte olup olmadığı sorunu :

Ahmet Türk'e yüklenen, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yol açan suçlamanın dokunulmazlığın kaldırılmasını gerektiren ciddilikte olup olmadığı

Sonuç olarak AYM, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını iptal ederse dokunulmazlık yeniden kazanılmış olur¹⁷³.

Anayasa'nın 84. maddesinde yer alan hükümden anlaşıldığı üzere milletvekilliğinin düşmesine ilişkin Meclis kararlarından AYM denetimine tabi olanlar ise üç hâl ile sınırlıdır: milletvekilliğinden istifa, milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görevi sürdürmekte ısrar etmek ve devamsızlıktır. Milletvekilliğinin düşmesine karar verildiği hâllerde eğer AYM'nin kararı, TBMM kararının iptali yönünde olursa milletvekili yeniden milletvekilliğini kazanmış olacaktır¹⁷⁴.

Onar, Anayasa'nın 85. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi durumunda AYM'ye başvurulabileceği belirtildiğinden tersinden hareketle düşme kararı verilmeyen durumda başvuruda bulunulamayacağını ifade etmektedir¹⁷⁵. Ayrıca AYM'nin denetimine tabi olan Meclis kararı, Meclis Genel Kurulunca alınan karardır. AYM bir kararında TBMM Başkanlık Divanının Ankara Milletvekili Melih Gökçek'in milletvekilliğinin kendisinin tercihi ile düştüğüne karar verdiğini, Başkanlık Divanı kararının denetimin kapsamına girmediğini belirterek iptal istemini reddetmiştir¹⁷⁶.

konusunda bir sonuca varmak için, suçlamanın dayanaklarına inilmesi zorunludur. Bu konuda yapılacak inceleme delillerin takdiri niteliğinde değildir. Delillerin takdiri, hükme yönelen bir değerlendirme ve ölçme olup, suçun işlenip işlenmediğini araştıran ve ceza yargılaması yapan yargı yerlerine özgü bir yetkidir. Burada yapılacak inceleme ise, yüklenen suçun işlenip işlenmediği yönünden değil, yalnızca suçlamanın ciddi olup olmadığı yönündendir.

...

Bu durumda Ahmet Türk'e yöneltilen suçlamanın, milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılmasını gerektirecek ciddilikte olduğu sonucuna varılmıştır." AYM, E.1994/22, K.1994/41, 21/3/1994.

173 Atar, Y. (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 245.

174 a.g.e. s. 245; Onar, E. (1997). "1982 Anayasası'nda Milletvekilliğinin Düşmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14., s. 463.

175 Onar, E. (1997). s. 465.

176 AYM, E.1994/72, K.1994/68, 20/9/1994. Ayrıca Anayasa'nın 85. maddesinde sayılarak gösterilen Meclis kararları dışında kalan parlamento kararlarının

Meclis tarafından devamsızlık nedeniyle milletvekilliğinin düşmesi kararı ilk defa Van Milletvekili Tuğba Hezer Öztürk ve Şırnak Milletvekili Faysal Sarıyıldız hakkında verilmiştir. AYM'ye yapılan iptal başvurusunda Mahkeme iptal istemlerinin reddine karar vermiştir¹⁷⁷. Bu kararlardan “devamsızlık” hâline ilişkin uygulanan/uygulanacak kuralların iptali talebinin bulunmadığı, milletvekilliğinin düşmesine ilişkin TBMM kararının iptalinin istemi ile sınırlı bir iptal talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan AYM kararında itiraz yolunun işletilmesi hususu da incelenmiş veya tartışılmış değildir.

Mahkeme, 17/8/1971 ve 19/8/1971, E.1971/41, K.1971/67 sayılı kararında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin Meclis kararlarının iptali istemi ile yapılan başvurularda denetimini yaparken kendisini itiraz yoluna başvurabilecek bir “mahkeme” olarak görmemiştir¹⁷⁸. Kanımızca bu kanaate varılmasında o dönemde yürürlükte olan ve AYM'nin itiraz yoluna başvurmasını Yüce Divan yargılaması ve siyasi parti kapatma davaları ile sınırlayan hükmün etkisi olmuştur (bkz. 44 sayılı Kanun mad. 20/2).

Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi olmadığına ilişkin karar için bkz. AYM, E.2015/71, K.2015/79, 3/9/2015.

177 Tuğba Hezer Öztürk hakkında 7/9/2017 tarihli ve E.2017/152, K.2017/139 sayılı kararlar; Faysal Sarıyıldız hakkında ise 7/9/2017 tarihli ve E.2017/151, K.2017/138 sayılı kararla Mahkeme iptal istemlerinin reddine karar vermiştir.

178 “Anayasa Mahkemesinin, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düştüğüne ilişkin bulunan kararların Anayasanın 81. maddesinde yazılı olduğu üzere denetlenmesi görevini yaparken Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için, bir hükmün Anayasaya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir kanun veya Yasama Meclisi İçtüzüğü hükmünü Anayasaya aykırı görürse Anayasa Mahkemesinin başvurabileceği tek yol o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır.” AYM, E.1971/41, K.1971/67, 17/8/1971 ve 19/8/1971.

Onar'a göre¹⁷⁹ AYM, dokunulmazlığın kaldırılması ve üyeliğin düşmesi kararlarını denetlerken ortada bir çekişme vardır ve bu çekişme kesin hükümle karara bağlandığı için AYM bu işlevi sırasında bir "*mahkeme*" olarak kabul edilerek uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını bekletici mesele yapabilmeli, gerekiyorsa hükmü iptal edebilmelidir.

Kaya'ya göre¹⁸⁰ de AYM'nin dokunulmazlığın kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşmesi hakkındaki kararların iptaline ilişkin istemlerde Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen "*bir davaya bakmakta olan mahkeme*" durumunda olduğu kabul edilebilecektir. Bu durumda da uygulayacağı kanunun veya TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olduğunu görürse yahut ilgili tarafından ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa bu hususu bekletici sorun yapabilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin dokunulmazlığın kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşmesi hakkındaki kararların iptaline ilişkin talepleri incelerken itiraz yoluna başvurabileceği kabul edilecek olursa bu sürecin işletilmesine ilişkin dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır. Anılan görevlerini icra ederken AYM "*uygulanacak norm*" niteliğinde olanlardan sadece ve sadece "*kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kanun hükmünde kararname) ve Meclis İçtüzüğü*" hükümlerini iptal istemi ile Genel Kurula gönderebilmeli; bunun dışındakileri -özellikle denetime tabi olmayan parlamento kararlarını- gönderememelidir. Aksinin kabulü yönetsel bağımsızlık ilkesi ile örtüşmeyecektir. Nitekim AYM dokunulmazlığın kaldırılması ve Meclis üyeliğinin düşmesi hakkındaki kararları incelerken

179 Onar, E. (1997). s. 465. Ayrıca bu konuda bkz. Özek, Ç. (1977). "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Kararlarının Anayasa Mahkemesince İncelenmesi Konusuyla İlgili Bazı Sorunlar", içinde *Onar'a Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 739-472; Yayla, Y. (1979). "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özütü", içinde *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan* (ss. 973-1040), İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, ss. 995-997

180 Kaya, M. (2008). s. 96.

bu kararların Anayasa'ya, kanuna ve TBMM İçtüzüğü'ne uygun olup olmadığını denetlemektedir¹⁸¹.

G. ANAYASA MAHKEMESİ İLE UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN BAŞKANLARI VE BAŞKANVEKİLLERİNİN SEÇİMİ

6216 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından Anayasa Mahkemesi başkanını ve iki başkanvekilini, Uyuşmazlık Mahkemesi başkanı ve başkanvekilini seçmek AYM'nin görevleri arasındadır. Mahkeme bu seçimi gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla yapacaktır (6216 sayılı Kanun mad. 12/1).

Kaya'ya göre Uyuşmazlık Mahkemesi başkanını seçme görevi ile Anayasa Mahkemesi başkan ve başkanvekillerini seçme görevi yargısal bir görev değildir¹⁸². Nitekim AYM'nin aşağıda belirteceğimiz kararı bu görüşü destekler mahiyettedir.

Anayasa Mahkemesinin iki yedek üyesinin Anayasa Mahkemesi başkanının seçiminde oy kullanma talebi Anayasa Mahkemesi Başkanlığının 7/6/2007 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Ret kararı üzerine Ankara 14. ve 16. İdare Mahkemelerinde iptal davası açılmış ve bu davalarda AY'nin 152. maddesinde yer alan yol işletilerek AYM'ye itiraz başvurusunda bulunulmuş; 2949 sayılı Kanun'un 8. maddesinde yer alan “*Anayasa Mahkemesi, asıl üyeleri arasından gizli oyla ve asıl üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve bir Başkanvekili seçer.*” hükmünün iptali talep edilmiştir. AYM, 30/7/2007 tarihli ve E.2007/84, K.2007/74 sayılı kararında “*Mahkemenin elindeki davanın konusunu oluşturan idari işlemin dayanağı (da), 2949 sayılı*

181 Anayasa Mahkemesinin 30/12/1997 tarihli ve E.1997/73, K.1997/73 sayılı kararında ulaştığı sonuçtan bu husus açıkça anlaşılmaktadır: “*Şanlıurfa Milletvekili Sedat Edip Bucak'ın yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin 13.12.1997 günlü, 23199 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 11.12.1997 günlü, 527 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı'nın Anayasa'ya, Yasa'ya ve TBMM İçtüzüğü'ne aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, ... karar verildi.*” Benzer karar için bkz. AYM, E.1997/72, K.1997/74, 31/12/1997.

182 Kaya, M. (2008). s. 93.

Yasa'nın 8. maddesinin 1. fıkrasının birinci tümcesidir." ifadesine yer vermiş ve itiraz başvurusunun bu kısmını şekil şartları açısından kabul edip esasın incelenmesine geçmiştir. Anayasa Mahkemesinin başkan ve başkanvekilinin seçiminde, asıl üye tam sayısının salt çoğunluğunu aramak suretiyle yedek üyelerin, yedek üye olarak kendi adlarına oy kullanmalarına olanak vermeyen 8. maddenin 1. fıkrasının birinci tümcesinde Anayasa'nın 146. maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşarak iptal isteminin esastan reddine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına götüren yargısal süreç (idari yargı aracılığıyla itiraz yolunun işlenmesi), kararda yer alan farklı gerekçe¹⁸³ idari ve yargısal görev/karar ayırımına değinilmesi, karşı oyda¹⁸⁴ AYM'nin yar-

183 Sayın Üye Mehmet Erten'in farklı gerekçesinde "Anayasa'da [idari görevlerle] ilgili alınacak kararlar için, üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyundan söz edilirken toplantı yeter sayısından söz edilmemesi, çalışma ve yargılama usulünü birlikte düzenleyen 149. maddede belirtilen toplantı ve karar yeter sayısının yalnızca [yargısal görevle] sınırlı olduğuna ilişkin bir açıklığa maddede yer verilmemesi birlikte değerlendirildiğinde, 149. maddenin, Anayasa Mahkemesi'nin idari görevlerini yerine getirirken de uygulanacak kural olduğunu göstermektedir.

...

Anayasa Mahkemesi'nin de [idari ve yargısal yönde alacağı kararlar] için Mahkeme'nin kuruluşu bakımından aranan onbir asıl ve dört yedek üyenin iştirakiyle değil, Başkan ve on üyenin katılımıyla toplanacağı açıktır." ifadesine yer vermiştir.

184 Sayın Üye Abdullah Necmi Özler karşı oy yazısında "Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı ve vekilinin seçimindeki toplantı ve karar nisabı hususunda Anayasada ve 2247 sayılı Yasada bir kural bulunmamakta ise de, bu Yasada Anayasanın 158. maddesindeki "kendi üyeleri" ibaresinin asıl ve yedek üyelerin tamamını kapsadığı açıkça vurgulanmış ve yedek üyelerin bu görevlere seçilmelerine yasal olanak tanınmıştır. Buna karşın yedek üyelerin seçilme haklarının bulunduğu bu görevlerle ilgili seçimlere katılmaları konusunda yasada açık bir düzenleme yapılmamış ve uygulamada bu seçimler de Anayasa Mahkemesi ile ilgili kurallara göre yapıldığından yedek üyeler seçilme haklarının bulunduğu seçimlerde seçme haklarını kullanamamışlardır.

...

[Anayasa Mahkemesinin görevleri arasında yargılama gerektiren davalara bakmak yanında, yargılama gerektirmeyen] Anayasanın ve 2949 sayılı Yasanın "çalışma" olarak nitelendirdiği, örneğin Siyasi Partiler Kanununa göre [inceleme yapma ve karar verme gibi işler de bulunmaktadır]. Bu türden çalışmalar ile yargılamalarda Anayasanın 149. maddesindeki toplantı ve karar nisabının uygulanacağı açıktır. [Ancak Anayasa Mahkemesinin bunlardan

gılama ve çalışma faaliyetleri ile bunların dışında kalan diğer faaliyetleri bulunduğuna, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı seçiminin üçüncü gruba dâhil olduğuna ilişkin değerlendirmelerden anlaşıldığı üzere başkan ve başkanvekili seçimlerinin “yargısal görev” olarak görülmediği sonucuna ulaşmak mümkündür. Zira aksi kabul edilmiş olsaydı AYM, uyuşmazlık konusu seçimin yapıldığı toplantıda AY’nin 152. maddesinde yer alan itiraz usulünü işletme kararı alabilir; akabinde Genel Kurul olarak Anayasa’ya aykırılık iddiasını inceleyebilir. Yargısal görev olarak görülmeyen bir yetki icra edilirken Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında “mahkeme” sıfatı taşımayacağından Mahkemenin bu yetkilerini icra ederken resen itiraz yolunu işletmesi söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle yukarıda anılan başkanlık seçiminin yapılmasında itiraz yolunun işletilmesi hususunun tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Anayasa yargısında norm denetiminin önemli bir ayağını oluşturan itiraz yolu, mahkemelerin baktıkları davalarda uygulanacak normların Anayasa’ya uygunluğunu sorgulama yetkisini sağlayarak bireysel hak ve özgürlüklerin korunma-

farklı nitelikte olan kendi başkanını ve başkanvekilini seçme], gerektiğinde üyeliğin sona ermesine karar verme [gibi faaliyetleri de vardır]. Anayasada, bu türden faaliyetlerde 149. maddede belirtilen toplantı ve karar nisabının uygulanması yerine üye tam sayısının salt çoğunluğu ile seçim yapılması ve karar verilmesinin tercih edildiği görülmektedir. Zira, Anayasanın 149. maddesinin varlığına rağmen 146. ve 147. maddelerde “üye tam sayısı” şeklinde farklı karar nisabının aranmasının bir anlamının olması gerekir.

Konuya ilişkin Anayasa hükümleri yorumlanırken, [Mahkemenin yargılama ve çalışma faaliyetleri ile bunların dışında kalan faaliyetleri arasındaki nitelik farkının gözetilmesi de bir zorunluluktur]. Çünkü, yargılama ve çalışma dışında kalan faaliyetler, yedek üyelerin seçme ve seçilme hakları başta olmak üzere Anayasa Mahkemesinin bir üyesi olmak sıfatıyla kendilerini doğrudan ilgilendiren faaliyetlerdir.

Anılan çerçevede [Anayasa Mahkemesinin yargılama ve çalışma alanı dışındaki faaliyetleri ile ilgili olan itiraz konusu kural], ancak, Anayasanın 146. maddesinin birinci fıkrasındaki “Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur.” kuralı ile birlikte değerlendirildiği takdirde anlam kazanmaktadır.” ifadeleri yer almaktadır.

sına hizmet etmektedir. Türk hukuk sisteminde, 1961 Anayasası ile getirilen ve 1982 Anayasası ile sürdürülen itiraz yolu mekanizması, mahkemelerin norm denetimi sürecine aktif katılımını sağlamak ve hukukun üstünlüğü ilkesinin pekiştirilmesine katkıda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kendisinin de bir mahkeme olarak itiraz yoluna başvurup başvuramayacağı konusu, hukuk teorisi ve uygulama bakımından önemli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Çalışmada yapılan analizler, Anayasa'nın 152. maddesinin lafzı ve amacı dikkate alındığında AYM'nin kendi baktığı davalarda itiraz yoluna başvurusunun önünde anayasal bir engel bulunmadığını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi alanındaki yetkileri değerlendirildiğinde Mahkemenin kendisini bir mahkeme olarak kabul edip etmediği kritik bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. İptal davası ve itiraz yolu bakımından yapılan değerlendirmeler, AYM'nin kendisini "*mahkeme*" olarak görmediğini, dolayısıyla itiraz yolu başvurusunda bulunamayacağını göstermektedir. Ancak taleple bağlılık ilkesi ve istisnası dikkate alındığında itiraz yolunun işleyişine dair önemli bir esneklik yaratıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası, belirli hükümlerin iptali hâlinde uygulanamaz hâle gelen diğer hükümlerin de iptaline imkân tanımaktadır. Bu düzenlemeyi, itiraz başvurusuna ilişkin koşullar aranmaksızın itiraz yoluna başvurunun özel ve zımni hâli olarak kabul etmek mümkündür.

Yüce Divan yargılamaları açısından AYM, itiraz yolu bakımından kendisini bir mahkeme olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda Yüce Divan sıfatıyla yürütülen yargılamalarda, AYM'nin itiraz yolunu işletme yetkisinin bulunduğu ve norm denetimi yapabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Her ne kadar AYM'nin mülga teşkilat kanunu olan 2949 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan "*Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152. maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla*

çalışırken veya siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı Madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak.” hükmü ve bu hükmün uygulandığı dönemden kalma eğilimlerinin etkisi olduğu söylenebilecekse de kanımızca itiraz yoluna başvuran mahkeme sıfatını haiz olduğu sonucuna ulaştıran asıl sebep, Mahkemenin ceza yargılaması benzeri bir süreç yürütmesiyle doğrudan ilişkilidir.

Bireysel başvurular bakımından ise AYM’nin önüne gelen davalarda uygulanacak normların Anayasa’ya uygunluğunu denetleme yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. 6216 sayılı Kanun’un ilk taslaklarında bu yönde bir düzenleme öngörülmüşse de yasama sürecinde bu düzenleme metinden çıkarılmış ve AYM’nin bireysel başvurular kapsamında doğrudan norm denetimi yapma yetkisinin olmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte bireysel başvurularda ihlalin doğrudan kanundan kaynaklanması hâlinde Mahkemenin itiraz yoluna başvurup başvuramayacağı konusu içtihatlarla netleşmeye devam etmektedir. Özellikle *Hulusi Yılmaz* [GK] kararında Mahkeme, bireysel başvurular bakımından itiraz yolunun işletilmesini diğer mahkemelerin yetkisine bırakmış; kendisini bu süreçte yetkili görmemiştir.

Siyasi partilerin kapatılması davalarında AYM tarafından itiraz yolunun işletildiği örnek kararlar bulunmakla birlikte siyasi partilerin hukuki varlığının sona erdiğinin tespitine karar vermesi talebini incelerken Mahkemenin itiraz yolunu işletip işletemeyeceği hususu tartışmalı olmaya devam etmektedir. Mahkemenin siyasi partilere ihtar verilmesi mekânizmasını işletirken 2949 sayılı Kanun’un 18. maddesinde yer alan hükmün meri olduğu dönemde kendisini itiraz yoluna başvurabilecek bir mahkeme olarak değerlendirmemekte ise de anılan daraltıcı hüküm 6216 sayılı Kanun’a derç edilmiştir ancak AYM’nin yine de itiraz yoluna başvurup başvuramayacağı tartışmalı bir alan olup Mahkemece *obiter dictum* niteliğinde açıklayıcı karar verilmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin mali denetimini anayasal ve yasal çerçevede Sayıştayın katkısıyla yürütmektedir. Bu denetim, parti gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunu sağlamak amacıyla iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. Mahkeme tarafından verilen kararlar kesin olup bireysel başvuruya konu edilemez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin değerlendirmeleri, bu denetimin adil yargılanma hakkı çerçevesinde sınırlı bir incelemeye tabi tutulabileceğini göstermektedir. AYM'nin Sayıştayı bir "mahkeme" olarak kabul etmesi ve hesap yargılamalarını yargısal bir süreç olarak değerlendirmesi, kendi mali denetim yetkisini nasıl yorumladığına dair önemli ipuçları sunmaktadır.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliği üyeliğinin düşmesi kararlarının incelenmesi görevi açısından AYM, yasama ve yargı erkleri arasındaki dengeyi sağlama sorumluluğunu taşımaktadır. Bu sorumluluk altında "uygulanacak norm" kriterine özellikle dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Mahkemenin inceleme yöntemi dikkate alındığında Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında "mahkeme" sıfatı bulunduğu söylenebilecektir.

Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesinin başkanları ve başkanvekillerinin seçimi görevi, anayasa yargısının işleyişi açısından önemli bir yapısal unsur oluşturmaktadır. Bu süreçte AYM, bağımsız ve tarafsız yargının sürdürülmesini sağlama misyonunu yerine getirirken iç işleyişini düzenleyici bir görev üstlenmektedir. Bu görev, "yargısal görev" olarak görülmediğinden AYM, Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında "mahkeme" sıfatı taşımamaktadır.

Sonuç olarak AYM'nin itiraz yolu bakımından hangi durumlarda "mahkeme" statüsünde olduğu ve bu bağlamda norm denetimini hangi sınırlar içinde gerçekleştirebileceği, hukukun dinamik yapısı içinde değerlendirilmeye devam edecektir. Bu konuda hem içtihatların gelişimi hem de kanun koyucunun ilerleyen dönemlerde yapabileceği olası düzenlemeler belirleyici olacaktır.

KAYNAKÇA

Makaleler ve Kitaplar

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1966). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1984). "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, ss. 101-137.
- ANAYURT, Ömer (2024). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARMAĞAN, Servet (1967). *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, İstanbul: Cezaevi Yayınları.
- ARSLAN, Çetin (1999). *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Nobel Yayıncılık.
- AYDIN, Öykü Didem (2011). "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV., ss. 121-170.
- ATAR, Yavuz (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AZAKLI, Murat (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, ss. 73-103.
- AZRAK, Ülkü (1963). "Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Düzenindeki Yeri, Teşkilatı, Fonksiyonları", *İÜHFM*, C.XX-VIII, S. 3-4, ss. 649-700.
- BAŞ, Sezgin (2016). *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BAŞLAR, Kemal (2005). *Anayasa Yargısında "Mahkeme" Kavramı*, Ankara: Roma Yayınevi.
- BAŞLAR, Kemal (2006). "Anayasa Yargısında Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı", *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

- BİLGİN, Çağlar (1988). "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1, ss. 350-376.
- ÇELİK, Aytekin (2005). *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÇELİK, Özlem (2010). "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, ss. 1303-1362.
- ÇİFTÇİ EMİRAL, Fahriye (2006). "Anayasa Yargısı ve Türkiye'deki Uygulaması (İtiraz Yolu Açısından)", Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- DAĞ, Güray (2003). "Anayasa Yargısı ve Çalışma Esasları", Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- DURMUŞ, Arzu (2001). *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları)*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- EGELİĞİ, Ömer Emrullah (2022). "Somut Norm Denetiminde Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi", *Anayasa Yargısı*, C. 39, S. 2, ss. 213-261.
- EREN, Abdurrahman (2016). "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, C. 33, ss. 2341-301.
- EREN, Abdurrahman (2024). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ERGÜL, Ozan (2014). "On Yıl Süreli Denetim Yasağının Kapsamını Genişleten Anayasa Mahkemesi İçtihadı: Anayasaya Uygunluk Denetiminde Sessiz Bir Geri Adım", *Legal Hukuk Dergisi*, Rona Aybay Armağanı Özel Sayısı, C. 1, ss. 863-894.
- ESEN, Selin (1996). *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği.

- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2017). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- FEYZİOĞLU, Metin (1992). "Yasama Dokunulmazlığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42, S. 1, ss. 21-45
- FEYZİOĞLU, Turan (1951). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik.
- GEDİK, Ömer (2023). *Yürütmenin Yasama Tarafından Denetimi ve Türkiye'de Yasama Organının Dönüşümü*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2014). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZTEPE, Ece (2021). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemesinde Somut Norm Denetimi Yolu'na Başvurabilir mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 11, S. 21, ss. 1-30.
- GÜNER YAŞAR, Gizem (2016). "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı", Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- İBA, Şeref ve KILIÇ, Abbas (2023). *Anayasa Yargısı Dersleri*, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- İYİMAYA, Ahmet (2005). "Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi -Türk Pozitif Hukuku Yönünden Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 61, ss. 241-291.
- KANADOĞLU, Korkut (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım.
- KARSLI, Muharrem (1994). *Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler*, 4. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları.
- KAYA, Meral (2008). *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- KESKİNSOY, Ömer (2008). *Yasama Dokunulmazlığı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KESKİNSOY, Ömer (2024). *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Monopol Yayınları.
- KILINÇ, Bahadır (2008). “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, C. 25., ss. 19-59.
- KIRATLI, Metin (1996). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: Sevinç Matbaası.
- KÖKÜSARI, İsmail ve GEDİK, Ömer (2024). *Türk Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KURU, Baki (1961). *Nizasız Kaza*, Ankara: Ajans Türk Matbaası.
- KURU, Baki (1984). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 4, Ankara: Sevinç Matbaası.
- MEHTER, Hamdi (1991). “Siyasi Partilerin Mali Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 8., ss. 441-468.
- ONAR, Erdal (1997). “1982 Anayasası’nda Milletvekilliğinin Düşmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14., ss. 387-465.
- ÖDEN, Merih (2000). “Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı”, *AÜSBFD*, C. 55., S. 2., ss. 47-81.
- ÖDEN, Merih (2010). “Anayasa Hukuku Açısından Çekişmesiz Yargı”. *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖDEN, Merih (2023). *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZEK, Çetin (1977). “Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Kararlarının Anayasa Mahkemesince İncelenmesi Konusuyla İlgili Bazı Sorunlar”, içinde *Onar’a Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

- ÖZDEN, Yekta Güngör (1988). “Anayasa’ya Uygunluk Denetiminde On Yıllık Sınır”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1., S. 1., ss. 91-98.
- ÖZTÜRK, Bahri (1995). “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 12., ss. 59-108.
- SABUNCU, M. Yavuz ve ARNWINE ESEN, Selin (2004). “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, C. 21., s. 229-246.
- SAĞLAM, Fazıl ve KANADOĞLU, Korkut (2024). *Anayasa Yargısı Ders Notları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- SEZER, Abdullah (2022). *Anayasa Yargısında Güvence-İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı (1982 Anayasası, mad. 152/son)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ŞAHBAZ, İsmail (1990). “Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası”, *Yargıtay Dergisi*, C. 16., S. 3., ss. 281-308.
- ŞEKERCİ, Ersin (1988). “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Sonuçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 5-6., ss. 657-681.
- TEZİÇ, Erdoğan (2012). *Anayasa Hukuku*, 15. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- TUNÇ, Hasan (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- YAYLA, Yıldızhan (1979). “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, içinde *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan* (ss. 973-1040), İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını.
- YAZICI, Serap (1997). *Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Et-kileri*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- YILDIZ, Abdulkadir (2017). “Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 1., ss. 73-114.

Mahkeme Kararları

AİHM Kararları

Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/7/2016.

Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1962/3, K.1962/16, 6/9/1962.

AYM, E.1963/16, K.1963/83, 8/4/1963.

AYM, E.1964/22, K.1964/54, 3/7/1964.

AYM, E.1964/25, K.1964/59, 8/9/1964.

AYM, E.1964/51, K.1965/3, 12/1/1965.

AYM, E.1965/18, K.1965/53, 11/10/1965.

AYM, E.1966/13, K.1966/26, 23/5/1966.

AYM, E.1966/16, K.1966/28, 27/6/1966.

AYM, E.1966/15, K.1966/33, 20/9/1966.

AYM, E.1967/15, 1967/15, 30/5/1967.

AYM, E.1967/26, K.1967/26, 2/9/1967.

AYM, E.1967/29, K.1967/28, 15/9/1967.

AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.

AYM, E.1967/21, K.1968/36, 26/9/1968.

AYM, E.1968/58, K.1968/53, 14/11/1968.

AYM, E.1971/17, K.1971/58, 15/6/1971.

AYM, E.1971/41, K.1971/67 17/8/1971 ve 19/8/1971.

AYM, E.1976/9, K.1976/10, 2/3/1976.

AYM, E. 1977/128, K. 1977/140, 20/12/1977.

AYM, E. 1977/141, K. 1978/5, 26/1/1978.

AYM, E.1978/48, K.1978/40, 13/6/1978.

AYM, E.1978/57, K.1978/48, 24/10/1978.
AYM, 1978/67, K.1979/14, 13/3/1979.
AYM, E.1983/4, K.1983/4, K.1983/6, 28/4/1983.
AYM, E.1981/10, K.1983/16, 8/12/1983.
AYM, E.1984/8, K.1984/10, 20/9/1984.
AYM, E.1990/39, K.1991/21, 11/7/1991.
AYM, E.1991/1, K.1991/3, 24/9/1991.
AYM, E.1992/12 K.1992/7, 18/2/1992.
AYM, E.1993/33, K.1993/40-1, 21/10/1993.
AYM, E.1994/9, K.1994/28, 21/3/1994.
AYM, E.1994/12, K.1994/31, 21/3/1994.
AYM, E.1994/22, K.1994/41, 21/3/1994.
AYM, E.1994/60, K.1994/54, 13/7/1994.
AYM, E. 1994/42, K.1994/55, 18/7/1994.
AYM, E.1994/72, K.1994/68, 20/9/1994.
AYM, E.1997/72, K.1997/74, 31/12/1997.
AYM, E.1997/73, K.1997/73, 30/12/1997.
AYM, E.1998/2, K.1998/1, 9/1/1998.
AYM, E.2000/56, K.2000/28, 17/10/2000.
AYM, E.2000/86, K.2000/50, 12/12/2000.
AYM, E.1999/48, K.2002/33, 20/3/2002.
AYM, E.2002/121, K.2002/62, 9/7/2002.
AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003.
AYM, E.2006/23, K.2006/26, 22/2/2006.
AYM, E.2007/53, K.2007/61, 31/5/2007.
AYM, E. 2006/78, K.2008/84, 20/3/2008.

AYM, E.2008/5, K.2009/81, 11/6/2009.
AYM, E.2002/3, K.2009/3, 09/7/2009.
AYM, E.2002/4, K.2009/2, 09/7/2009.
AYM, E.2010/17, K.2010/112, 8/12/2010.
AYM, E.2009/58, K.2011/15, 17/3/2011.
AYM, E.2009/39, K. 2011/23, 28/4/2011.
AYM, E.2009/45, K.2011/32, 2/6/2011.
AYM, E.2005/3, K.2011/1, 12/10/2011.
AYM, E.2010/75, K.2011/42, 3/11/2011.
AYM, E.2010/90, K. 2012/1, 12/1/2012.
AYM, E. 2010/93, K. 2012/9, 9/2/2012.
AYM, E. 2012/128, K. 2013/1, 10/1/2013.
AYM, E. 2013/14, K. 2013/56, 10/4/2013.
AYM, E.2013/24, K. 2013/43, 14/11/2013.
AYM, E.2012/87, K.2014/5, 27/2/2014.
AYM, E.2014/61, K.2014/6, 9/4/2014.
AYM, E.2014/57, K.2014/8, 10/4/2014.
AYM, E.2014/149, K.2014/14, 2/10/2014.
AYM, E.2014/61, K.2014/17, 7/11/2014.
AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.
AYM, E.2013/114, K.2014/22, 4/12/2014.
AYM, E.2015/71, K.2015/79, 3/9/2015.
AYM, E.2016/15, K.2016/14, 16/3/2016.
AYM, E.2016/28, K.2016/25, 7/4/2016.
AYM, E.2016/5, K.2016/152, 7/9/2016.
AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/3/2017.

- AYM, E.2016/1, K.2017/81, 29/3/2017.
- AYM, E.2017/27, K.2017/117, 12/7/2017.
- AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017.
- AYM, E.2019/1, K.2019/14, 14/3/2019.
- AYM, E.2019/34, K.2019/97, 25/12/2019.
- AYM, E.2020/92, K.2020/71, 10/12/2020.
- AYM, E.2022/14, K.2022/70, 1/6/2022.
- AYM, E.2022/38, K.2002/89, 8/10/2022.
- AYM, E.2023/3, K.2023/139, 26/7/2023.
- AYM, E.2023/37, K.2023/140, 26/7/2023.
- AYM, E.2023/43, K.2023/141, 26/7/2023.
- AYM, E.2022/144, K.2023/137, 26/7/2023.
- AYM, E.2023/177, K.2024/30, 1/2/2024.
- AYM, E.2024/78, K.2024/164, 24/9/2024.
- AYM, E.2023/182, K.2024/203, 4/12/2024.
- AYM, E.1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1991/1, 16/7/1991.
- AYM, E.1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1992/1, 10/7/1992.
- AYM, E.1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1994/2, 16/6/1994.
- AYM, E.1997/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1999/1, 26/2/1999.
- AYM, E.1999/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2003/1, 13/3/2003.
- AYM, E.2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2009/4, 11/12/2009.
- AYM, E.2007/1(Siyasi Parti Kapatma), K.2009/4, 31/12/2009.
- AYM, E.2003/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2011/1, 24/2/2011.
- AYM, E.2001/4 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/1, 9/1/2002.
- AYM, E.2001/5 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/2, 9/1/2002.
- AYM, E.2001/6 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/3, 9/1/2002.

- AYM, E.2001/7 (Siyasi Parti İhtar), K. 2002/4, 9/1/2002.
- AYM, E. 2001/8 (Siyasi Parti İhtar), K. 2002/9, 9/1/2002.
- AYM, E.2001/9 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/5, 9/1/2002.
- AYM, E.2001/10 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/6, 9/1/2002.
- AYM, E.2001/11 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/7, 9/1/2002
- AYM, E.2001/12 (Siyasi Parti İhtar), K.2002/8, 9/1/2002.
- AYM, E.2004/3 (Siyasi Parti İhtar), K.2005/3, 20/7/2005.
- AYM, E.2005/1 (Siyasi Parti İhtar), K.2005/2, 20/7/2005.
- AYM, E.2004/2 (Siyasi Parti İhtar), K.2005/4, 25/7/2005.
- AYM, E.2002/6 (Siyasi Parti İhtar), K.2007/4, 27/2/2007.
- AYM, E.2006/2 (Siyasi Parti İhtar), K.2007/1, 27/2/2007.
- AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti İhtar), K.2007/2, 27/2/2007.
- AYM, E.2012/1 (Siyasi Parti İhtar), K.2013/1, 10/1/2013.
- AYM, E.2012/2 (Siyasi Parti İhtar), K.2013/2, 10/1/2013.
- AYM, E.2012/3 (Siyasi Parti İhtar), K.2013/3, 18/6/2013.
- AYM, E.2016/1 (Siyasi Parti İhtar), K. 2016/1, 14/12/2016.
- AYM, E. 2008/27 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K.2012/, 7/3/2012.
- AYM, E. 2009/38 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K. 2012/12, 11/7/2012.
- AYM, E.2010/51 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K.2012/13, 11/7/2012.
- AYM, E.2004/2 (Değişik İşler), K.2008/5, 8/1/2008.
- AYM, E.2009/3 (Değişik İşler), K.2009/2, 15/10/2009.
- AYM, E.2009/4 (Değişik İşler), K.2010/6 8/12/2010.
- AYM, E.2016/1 (Değişik İşler), K.2016/8, 26/5/2016.
- AYM, E.2015/2 (Değişik İşler), K.2016/4, 16/3/2016.
- AYM, E.2019/5, (Değişik İşler) K.2019/6, 11/7/2019.
- AYM, E.2020/1, (Değişik İşler) K.2020/2, 19/2/2020.

- AYM, E.2017/9, (Değişik İşler) K.2017/8, 15/11/2017.
AYM, E.2017/7, (Değişik İşler) K.2017/6, 15/11/2017.
AYM, E.2019/12, (Değişik İşler) K.2019/9, 11/7/2019.
AYM, E.2019/2, (Değişik İşler) K.2019/3, 11/7/2019.
AYM, E.2019/6, (Değişik İşler) K.2019/7, 11/7/2019.
AYM, E.2017/8, (Değişik İşler) K.2017/7, 15/11/2017.
AYM, E.2018/6, (Değişik İşler) K.2018/5, 31/5/2018.
AYM, E.2019/1, (Değişik İşler) K.2019/2, 11/7/2019.
AYM, E.2019/7, (Değişik İşler) K.2019/8, 11/7/2019.
AYM, E.2019/4, (Değişik İşler) K.2019/5, 11/7/2019.
AYM, E.2014/7, (Değişik İşler) K.2014/9, 25/9/2014.
AYM, E.2015/2, (Değişik İşler) K.2016/4, 16/3/2016.
AYM, E.2017/5, (Değişik İşler) K.2018/7, 21/6/2018.
AYM, E.2015/12, (Değişik İşler) K.2016/7, 5/5/2016.
AYM, E.2016/3, (Değişik İşler) K.2016/15, 12/10/2016.
AYM, E.2018/8, (Değişik İşler) K.2020/6, 25/6/2020.
AYM, E.2017/3, (Değişik İşler) K.2020/4, 25/6/2020.
AYM, E.2015/10, (Değişik İşler) K.2016/5, 16/3/2016.
AYM, E.2009/2, (Değişik İşler) K.2010/1, 24/3/2010.
Arif Güneş, B. No: 2012/837, 5/3/2013.
Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri [GK], B. No: 2014/8842, 6/1/2015
Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi, B. No: 2014/8843, 10/12/2015.
Hilmi Kocabey, B. No: 2018/27686, 17/11/2021.
Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022.
Mustafa Taştan, B. No: 2014/1337, 19/7/2017.
Sabri Uhrağ [GK], B. No: 2017/34596, 29/12/2020.
Umut Oran, B. No: 2014/18926, 22/1/2015.

Çevrimiçi Kaynaklar

- Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c097/tbmm23097080ss0696.pdf> (Erişim Tarihi: 16/01/2025).
- BİLİR, Faruk (2014). “Anayasa Mahkemesi ve Seçim Barajı”, Stratejik Düşünce Enstitüsü, No:3, s. 3-4. [http://www.sde.org.tr/userfiles/file/Anayasa%20Mahkemesi%20ve%20Se %C3%A 7im%20Baraj%C4%B1.pdf](http://www.sde.org.tr/userfiles/file/Anayasa%20Mahkemesi%20ve%20Se%C3%A7im%20Baraj%C4%B1.pdf) (Erişim Tarihi: 16/01/2025).
- EREN, Abdurrahman (2014). “AYM ya da Yargısal Aktivizmde Son Nokta”, <http://www.star.com.tr/acik-gorus/aym-ya-da-yargisal-aktivizmde-son-nokta-haber-977281/> (Erişim Tarihi: 11/01/2025).
- UZUN, Cem Duran (2014). “Yargı Siyaset Geriliminde Yeni Bir Boyut: Seçim Barajı ve Bireysel Başvuru Yolu”, Seta Perspektif Dergisi, S. 86, s. 3, http://file.setav.org/Files/Pdf/20141207105942_secim-baraji-ve-bireysel-basvuru-yolu-pdf.pdf (Erişim Tarihi: 16/01/2025).



Anayasa Mahkemesinin 63. Kuruluş Yıl Dönümü
Programında Düzenlenen
“21. Yüzyılda Anayasa Yargısının Geleceği”
Konulu Sempozyum Bildirileri

**ANAYASA MAHKEMESİNİN
63. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ SEMPOZYUMU**

**25 Nisan 2025 Cuma
Açış Konuşması
Kadir ÖZKAYA
Anayasa Mahkemesi Başkanı**

ULUSLARARASI SEMPOZYUM

“21. Yüzyılda Anayasa Yargısının Geleceği”

15.30 – 16.50

AÇIŞ OTURUMU

İmani Daud ABOUD

*Afrika İnsan ve Toplum Hakları
Mahkemesi Başkanı*

Prof. Dr. Nakharin MEKTRAIAT

*Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili
Kurumlar Birliği Dönem Başkanı /
Tayland Krallığı Anayasa Mahkemesi Başkanı*

Holta ZAÇAJ

*Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı
Dönem Başkanı / Arnavutluk Anayasa
Mahkemesi Başkanı*

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Türkiye Hâkimi*

16.50 – 17.15

: Plaket Takdimi

09.00-10.15

BİRİNCİ OTURUM

“Dijital Çağda Anayasa Yargısı”

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Hasan MANDAL

İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Çetin ELMAS

Gazi Üniversitesi Teknoloji Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Murat ÖNDER

Boğaziçi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler

Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Soru-Cevap

10.45-12.15

İKİNCİ OTURUM

“Anayasa Yargısında Yeni Sorunlar ve Fırsatlar”

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi

Stéphane PISANI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Lüksemburg Hâkimi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Hâkimi

Egils LEVITS

Letonya Eski Devlet Başkanı

Boulos Fahmy ISKANDAR

Mısır Arap Cumhuriyeti Yüksek Anayasa Mahkemesi

Başkanı, Arap Anayasa Mahkemeleri ve Konseyleri

Birliği Genel Sekreteri

Soru-Cevap

12.00

Kapanış Konuşması

Basri BAĞCI

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

Açış Oturumu

Konuşmacılar

Imani Daud ABOUD

Afrika İnsan ve Toplum Hakları Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Nakharin MEKTRAIAT

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği

Dönem Başkanı / Tayland Krallığı

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Holta ZAÇAJ

Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Dönem Başkanı /

Arnavutluk Anayasa Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Hâkimi



**KEYNOTE ADDRESS OF HON. LADY JUSTICE IMANI
DAUD ABOUD, PRESIDENT OF THE AFRICAN
COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS ON THE
OCCASSION OF THE COMMEMORATION OF THE 63RD
ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF
TÜRKİYE**

Imani Daud ABOUD*

Your Lordship Kadir ÖZKAYA, President of the
Constitutional Court of Türkiye

Honourable Chief Justices, Honourable Presidents, and
Honourable Judges

Distinguished Guests and Dignitaries

All protocol observed

I express my profound personal gratitude, and that of the
entire African Court on Human and Peoples' Rights, for the
distinct honour of being part of this momentous occasion – the
commemoration of the 63rd Anniversary of the Constitutional
Court of Türkiye. I bring to you warm greetings from Arusha,
Tanzania, the vibrant human rights and justice capital of
Africa, where the seat of the African Court is located.

The theme for this year's symposium, "*The Future of
Constitutional Justice in the 21st Century*," resonates deeply with
the ongoing work and high-level discussions within the African
Court and across the global landscape of constitutionalism. It
is a theme that invites both reflection and foresight, urging us

* President of the African Court on Human and Peoples' Rights

to examine where we have come from, where we are now, and where we must go in the realm of constitutionalism.

Honourable President, distinguished colleagues, esteemed guests,

At its core, a constitution serves as the foundational blueprint and the bedrock of any modern democratic state articulating its fundamental principles, delineating the structures and processes of government, and enshrining the fundamental rights and freedoms of its citizens. While the specific content and character of constitutions exhibit considerable variation across nations—reflecting distinct histories, political philosophies, and legal traditions—they universally perform three essential roles:

- They establish the foundational structure of government—its arms, institutions, and processes.
- They enshrine the fundamental rights and freedoms of citizens.
- They serve as the ultimate legal compass, guiding all actions and laws within the jurisdiction.

Constitutions constitute the normative pillar of any legal system providing a set of fundamental legal-political rules possessing binding authority over all within the state, including ordinary law-making institutions. They offer a framework that defines the institutional fulcrum of governmental institutions. A constitution of a state also articulates core political principles, and guarantees the rights of citizens. More importantly, it provides the foundation for widespread public legitimacy and acceptance by standing as the ultimate rulebook, the *lex fundamentalis*, against which the legality and legitimacy of all other laws and governmental actions are measured.

As the supreme law of the land, the constitution establishes

essential checks and balances among the distinct arms of government – meticulously outlining the establishment, functions, powers, and inherent attributes of the executive, legislative, and judicial branches. This carefully calibrated separation of powers is designed to ensure that all institutions of governance discharge their responsibilities with strict adherence to the law and with due regard for the overarching principle of justice. When any branch or institution of the state deviates from constitutional precepts, an aggrieved party can seek recourse through the courts, invoking the principles of constitutional justice.

Constitutional justice, therefore, embodies the application and enforcement of constitutional principles and rights by courts, with constitutional courts often playing a central role, to guarantee the consistency of laws and governmental actions with the supreme law. It is fundamentally about safeguarding the integrity of the constitution as the ultimate legal authority and ensuring the robust prevalence of the rule of law.

Indeed, constitutional justice can be meaningfully equated with the broader concepts of the rule of law and constitutionalism, where the “supremacy of law” is not merely a theoretical concept but a living reality, and where every citizen and every organ of the state, including the very lawmakers themselves, are held accountable to that law. It represents a cornerstone of good governance, a principle under which all persons, institutions, and entities, both public and private, including the State itself, are answerable to the constitution as the supreme legal instrument.

On the African continent, particularly in the wake of the democratic transitions of the 1990s, the establishment of independent constitutional courts, operating alongside but distinctly from supreme courts, became a significant trend. In some jurisdictions, the constitutional court stands at par with or even above the supreme court in matters of constitutional

interpretation. Conversely, in other nations, the functions of a constitutional court may be vested in a specialized division or panel within the high court, specifically tasked with addressing constitutional issues.

Regardless of their structural placement within the judicial system, constitutional courts are instrumental in resolving disputes between different branches of government or between individuals and the state when such disputes involve constitutional questions. These courts wield the significant power to review the constitutionality of laws and governmental actions, and critically, to enforce constitutional rights and principles by invalidating laws or government actions found to be in violation of the constitution.

In countries such as Cameroon and Benin, for instance, the Constitutional Council plays a vital role in strengthening democracy by meticulously considering all disputes relating to elections, including the often-contentious challenges to election results. Furthermore, many constitutional courts across the globe serve as crucial bulwarks in protecting individual rights against potential state overreach.

However, for constitutional courts to effectively discharge their critical role in ensuring constitutional justice, several key prerequisites must be in place.

Foremost among these is *independence* from the other branches of government, safeguarding their impartiality and freedom from undue influence.

Secondly, *specialization*, or a dedicated focus on constitutional matters, is essential to allow judges and staff to develop deep expertise in this intricate area of law.

Finally, the *binding nature* of their decisions on all other government authorities and courts is paramount to ensure the practical effect and authority of their pronouncements.

Excellencies,

Globally, more than half of the world's nations have established fully-fledged constitutional courts or some analogous structural mechanism. These institutions have proven to be critical in ensuring that constitutional justice is accessible and effectively administered when and where it is most needed.

Over the past six decades, the Constitutional Court of Türkiye has navigated a complex tapestry of legal and societal challenges, demonstrating a remarkable capacity to adapt to the evolving needs of a changing world while remaining steadfast in its unwavering commitment to the principles of justice. This significant 63rd anniversary is not merely a commemoration of the enduring strength and resilience of Türkiye's constitutional framework; it also provides a valuable opportunity to reflect critically on the evolving role and future trajectory of constitutional justice in the 21st century. The existence of a strong Constitutional Court is indeed a profound milestone for the people of Türkiye, offering a vital safeguard for the fundamental rights and duties enshrined in their Constitution, and ensuring the continued protection of their constitutional rights for generations to come.

Honourable President, distinguished colleagues, esteemed guests,

The 21st century has ushered in an era of unprecedented challenges to the very fabric of constitutional justice. The forces of globalization, the relentless march of technological advancement, the existential threat of climate change, and the shifting sands of geopolitical landscapes, coupled with the alarming trend of diminishing civic space and the erosion of democratic principles – even within seemingly established democratic societies – have profoundly transformed the way we understand and apply the fundamental tenets of

constitutionalism. In this era of rapid and often disruptive change, constitutional courts around the world are increasingly called upon to grapple with novel and complex questions that demand innovative and thoughtful responses:

- How do we effectively protect individual rights in an increasingly digital age?
- Where the boundaries of privacy are constantly being redefined and the contours of freedom of expression are under persistent threat from both state and non-state actors?
- How do we ensure that fundamental constitutional principles are upheld and vigorously defended in the face of rising populism and the concerning resurgence of authoritarian tendencies in various parts of the world?
- How do we address the multifaceted global challenges of climate change, large-scale migration, and pervasive inequality through the often-overlooked yet crucial lens of constitutional justice, ensuring that responses are both effective and rights-respecting?

These pressing questions demand not only innovative legal thinking and a strong commitment to universal human rights but also a profound willingness to adapt our approaches and interpretations to the evolving realities of our time. Constitutional courts must be agile, forward-thinking, and deeply attuned to the societal context in which they operate.

Honourable Judge President, distinguished colleagues, esteemed guests,

Allow me now to share with you a few illustrative examples of how the African Union and the African Court have actively contributed to safeguarding constitutional justice in the 21st century. Operating under the overarching framework of regional integration, the African Union has enshrined

firm commitments to safeguarding fundamental rights, freedoms, and the core values of constitutionalism within key instruments such as the African Charter on Human and Peoples' Rights and the African Charter on Democracy, Elections and Governance. Africa's human rights charter is rightly considered a significant historical international instrument due to its unique and progressive features. The Charter speaks comprehensively to fundamental rights and freedoms, embracing both universal principles and distinctly African perspectives. Notably, it recognizes all generations of human rights as interdependent and indivisible, uniquely provides for the rights of peoples and groups, and establishes the crucial principle of the centrality of the community, encompassing the family and broader society. Africa's human rights Charter can be legitimately viewed as a regional text of significant constitutional value, evidenced by its widespread national recognition, with almost all African constitutions acknowledging the Charter either in their preambles or through express inclusion in their substantive provisions.

Further underscoring the inherent interconnectedness between human rights and the various components of constitutionalism, the African Union adopted another instrument that can arguably be considered a regional constitution, at least from a normative standpoint. This instrument is the African Charter on Human and Peoples' Rights, which explicitly includes pledges by Member States of the African Union to uphold fundamental principles such as the rule of law, democracy, the independence of the judiciary, and good governance.

Honourable Judge President, distinguished colleagues, esteemed guests,

The African Court stands as a continental judicial body established by virtue of Article 1 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights. This Protocol was

adopted in June 1998 and entered into force in January 2004, marking a significant step in strengthening the human rights architecture of the continent. The African Court's fundamental mandate to safeguard fundamental rights and freedoms, as well as the core values of constitutionalism, is firmly rooted in Article 3(g) and (h) of the Constitutive Act of the African Union. Furthermore, Aspiration No. 3 of Agenda 2063, the African Union's comprehensive and coordinated regional integration plan for Africa, similarly constitutes a firm undertaking to uphold these same vital principles.

The African Court works in close collaboration with other regional bodies and mechanisms to ensure that member states remain accountable to the fundamental principles of justice, good governance, and the robust protection of human rights. In doing so, the Court actively demonstrates its unwavering commitment to upholding the essential pillars of democracy, judicial independence, human dignity, the rule of law, and other integral components of constitutionalism. Over the past eighteen years, the African Court has adjudicated a wide range of cases involving critical issues and rights, including the right to a fair trial, the right to political participation (such as the right to participate in elections and the proper functioning of electoral bodies), the right to freedom of association, and the right to freedom of expression. The Court's evolving case law also encompasses significant matters pertaining to the right to life in connection with the mandatory imposition of the death penalty, the right to nationality, as well as crucial aspects of women's rights, namely inheritance and the harmful practice of child marriage.

Through its jurisprudence, the African Court has consistently endeavoured to embrace an interpretation of legal norms that is progressive, purposive, and liberal, while remaining deeply contextualized and mindful of the legitimate margin of appreciation afforded to states in their

unique circumstances. This approach allows the Court to adapt universal principles to the specific realities of the African continent while upholding the highest standards of human rights protection.

Honourable Judge President, distinguished colleagues, esteemed guests,

Before I conclude my remarks, allow me once again to express my sincere appreciation and profound gratitude to the organizers of this distinguished symposium for the kind invitation extended to me, in my capacity as President of the African Court on Human and Peoples' Rights. It is an honour to be part of this important commemoration.

Let us, as custodians of justice and interpreters of constitutional principles, rededicate ourselves to the noble cause of serving our societies with unwavering commitment, ensuring equal justice for all. Let us take all necessary steps to provide speedy and affordable justice, thereby striving to make the central theme of this symposium – the future of constitutional justice in the 21st century – a tangible and enduring reality for all our peoples.

Finally, I extend my warmest congratulations to the Constitutional Court of Türkiye on the significant occasion of its 63rd Anniversary. Your enduring commitment to constitutionalism serves as an inspiration to us all.

Thank you for your kind attention.



OPENING REMARKS

FOR THE 63. ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF TÜRKİYE & INTERNATIONAL SYMPOSIUM

“THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE 21. CENTURY”

Prof. Dr. Nakharin MEKTRAIRAT*

His Excellency Mr. President, Esteemed Guests,

On behalf of the current President of the AACC, I am honored to be the keynote speaker at the opening ceremony of the sixty third anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye and International Symposium.

I would like to take this opportunity to congratulate the Constitutional Court of Türkiye on this special occasion. Over the past sixty three years, the Constitutional Court of the Republic of Türkiye has made a lot of contributions to the establishment of the rule of law by (1) reviewing the constitutionality of laws and (2) protecting the rights and freedoms of citizens. The Constitutional Court of the Republic of Türkiye has played an important role in training and developing Human Resources for the members of the AACC. For example, as one of the three permanent secretariats of the Association, it organizes the Summer School Program, which has been held consecutively for twelve years by the Center for Training and Human Resource Development (CTHRD).

* President of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC) & President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand

Since we understand that the world is changing rapidly, as it has been marked by technological advancements, environmental challenges, and socio-political transformations, constitutional justice obtains more roles such as fostering justice, maintaining peace, and creating social stability. At the same time, it must safeguard human rights. The increasing complexity of legal issues requires courts to balance national constitutional principles with international norms.

All the worldly changes and evolutions—including pandemic, natural disasters, and wars in various forms—have transformed how courts operate and engage with the public. The digitalization of court proceedings has been adapted in many countries. This phenomenon of digital world has made courts accessible for almost everyone, but it could also deepen inequalities. For instance, since two thousand twenty three, the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand has allowed the examination of witnesses outside the courthouse via video conference.

From this example of Thailand adapting to the modernity, we will see more expansion of constitutional interpretations concerning gender equality and human rights—including the topic of same-sex marriage. Another controversial subject is the rising tendency of Stateless persons sending constitutional complaints through ombudsman about their individual rights. These broadening of constitution interpretations, in which we will get to discuss, are what to be expected.

Nowadays, courts worldwide are assigned with new and challenging constitutional reviews while, at the same time, it has to accommodate the contemporary issues, both domestically and internationally. For the majority of each country, internal affairs, the rights of foreign workers and immigrants have gained public attention. The fundamental demand from these foreign labors is the rights to be contracted and to receive social welfare, which it links to the constitutional review.

The increasing level of social movement has an impact on

political equilibrium. So to speak, the imbalance of politics has a lot of pressure on all the courts. There is also a high tendency on polarization of political parties, causing a democracy fragility. Also, the political polarization can be the reason of judiciary trembling and courts' process uneasiness. All the earlier mentioned directly influences 'constitutional justice.'

As it has been said that there are a lot of international norms/born in this time, its dynamics surely affect courts' values and its interpretation. So, the future of constitutional justice, which is the main topic for today's symposium, is facing a hardship. A hardship of making 'constitutional justice' function in harmonious sense. This absolutely points towards us. All the AACC members must work even harder and altogether than ever.

In addition, our role in promoting constitutional justice was put to use in the sixth AACC Congress two thousand twenty four, Bangkok, Thailand. In that event, Bangkok Declaration was announced during the Congress' Closing Ceremony. This announcement highlights the evolution of Constitutional Justice in fostering a Sustainable Society. The AACC has always recognized the importance of ensuring access to justice as an effort to maintain sustainability in many areas such as climate changes and building a strong community. Ever since, we are moving forward in the twenty first century, we are trying to make sure that in the legal contexts, the Constitutional Courts, must also adapt and address environmental issues, which have a direct repercussion for the global community.

Now it is the right moment to wish a full success for the sixty third anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye and International Symposium. Finally, I would like to express my sincere gratitude to Excellency's Kadir ÖZKAYA, the President of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye, for the warm welcome and all the generosity that have been extended to us.

Thank you and have a good day.



OPENING REMARKS

FOR THE 63. ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF TÜRKİYE & INTERNATIONAL SYMPOSIUM

“THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE 21. CENTURY”

Holta ZAÇAJ*

Honorable President of the Republic of Türkiye,

Honorable President of the Constitutional Court of Türkiye
Honorable Presidents of Constitutional Courts,

Distinguished Presidents and Representatives of
Conferences and Organizations,

Excellencies, Esteemed Guests,

On behalf of the Constitutional Court of the Republic of Albania, I would like to extend my heartfelt congratulations on the occasion of the 63rd anniversary of the establishment of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye. This milestone offers an opportunity not only to celebrate the remarkable journey of your esteemed institution but also to reaffirm the deep-rooted friendship and exemplary cooperation that continue to characterize the relations between our two countries and their highest institutions.

In this context, I would like also to emphasize the importance of participation of our Courts in regional and

* Term-President of the Conference of European Constitutional Courts /
President of the Constitutional Court of the Republic of Albania.

international platforms such as the Conference of European Constitutional Courts (CECC) and the Balkan Constitutional Courts Forum. These platforms offer vital opportunities to exchange experiences, confront shared challenges, and reinforce judicial independence across borders.

Esteemed colleagues,

Though we come from different geographic, political, economic, cultural, and legal contexts, we are united by common values. In this dynamic era, our courts stand not only as guardians but as visionaries, strengthening the foundations upon which our societies are built. Human dignity, the rule of law and democratic values are not merely abstract concepts – they are living principles that guide our jurisprudence and shape the everyday lives of our citizens. They represent the promise of a fair and just society for all.

While we confront shared challenges, we are also presented with unprecedented opportunities to strengthen and revitalize our constitutional traditions. This era calls upon us to innovate, to reaffirm our unwavering commitment to judicial independence, and to advance the protection of fundamental rights in ways that will inspire future generations.

We recognize that the strengthening of constitutional justice and human rights places constitutional courts at the very heart of these endeavors. One of our greatest responsibilities is to ensure that constitutional justice is not merely theoretical, but tangible and effective—delivered in a timely and meaningful way to our citizens.

When we examine the evolution of constitutional justice across Europe, we see a remarkable story of progress and resilience. From the ashes of authoritarianism, many of our courts emerged as symbols of a new commitment to rights and freedoms. Others evolved from long-standing traditions, adapting ancient principles to modern challenges. Together, we

form a tapestry of constitutional wisdom that draws strength from both our commonalities and our diverse experiences. The constitutional jurisprudence we craft reverberates beyond our courtrooms. It shapes the lives of our citizens and the future of our democracies. This privilege and responsibility demand not only our unwavering commitment to constitutional principles but also our willingness to learn from one another's experiences and insights. When one constitutional court advances the protection of rights or strengthens democratic processes, all of our systems become enriched.

No constitutional court exists in isolation, especially in our interconnected world. The opportunities before us – from harnessing technological innovation to bridging political divides, from addressing environmental challenges to advancing the protection of all people – invite a collaborative approach.

In conclusion, allow me to reaffirm the profound responsibility we bear as constitutional judges. I am confident that the discussions we are holding today will be enriching and productive, contributing meaningfully to the further consolidation of constitutional justice in our respective countries—meeting the needs of our citizens and the aspirations of our peoples.

Let us continue to work together in our shared mission to guarantee constitutional justice—ensuring that all citizens are equal before the law, that no one stands above it, and no one is left beneath it.

Again, I would like to express my sincere compliments to the Constitutional Court of Türkiye for the excellent organization of this conference and other celebrating events.

Thank you very much for your attention!



ANAYASA MAHKEMESİNİN 63. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL*

Anayasa Mahkemesinin Saygıdeğer Başkanı Sayın Kadir Özkaya, Mahkemenin saygıdeğer Üyeleri, Yargıtay Başkanı Sayın Kerkez ve Danıştay Başkanı Sayın Yiğit başta olmak üzere Türk Yüksek Yargısının Değerli Temsilcileri, Strasbourg’dan Birlikte Katılan Değerli Meslektaşlarım, Saygıdeğer Katılımcılar,

Bugün Anayasa Mahkemesinin 63. kuruluş yıl dönümü vesilesiyle bu anlamlı günde burada bulunmaktan ve sizlere hitap edebilmekten büyük bir mutluluk duyuyorum.

Son 63 yılda Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine başvuru yolları Türkiye’deki tüm bireylerin temel haklarını güvence altına alan vazgeçilmez bir mekanizma hâline gelmiştir. Bu süreç, 1961 Anayasası’nın kabulüyle başlamış olsa da anayasanın normlar hiyerarşisindeki yeri, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkelerle güçlendirilmiş; temel hak ve özgürlüklerin gelişmesindeki önemli ilerlemelerle devam etmiştir¹.

1982 Anayasası’nın kabulüyle birlikte “hukuk devleti, hâkimlerin bağımsızlığı, idarenin kanuniliği ve sorumluluğu” ilkeleri muhafaza edilirken 2010 yılında kabul edilen bireysel başvuru mekanizması ile de adalete erişimin sağlanmasında çok önemli bir dönüm noktası inşa edilmiştir.

Bugün, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümünü ve Türkiye’de hukukun üstünlüğü ile insan haklarının korunma-

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Hâkimi

1 Hazama, Y. (1996). Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey, *The Developing Economies*, C. 34., S. 3., ss. 316-338.

sındaki hayati rolünü kutlarken kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen konferansın konusunu dikkate alarak geleceğe de bakmamız gerektiğine inanıyorum: Bu bağlamda ulusal düzeyde anayasa yargısı, ulusal üstü düzeyde de insan hakları yargısı bakımından önümüzde bizi bekleyen fırsatlar ve zorluklar nelerdir sorusu, gördüğüm kadarıyla program dâhilinde değerli katılımcılar tarafından cevaplandırılmaya çalışılacak.

Bu kapsamda hem farklı örnekler altında bizi bekleyen fırsat ve zorluklardan bahsetmek hem de bu zorluklarla başa çıkma konusunda Avrupa'daki insan hakları korunması sistemi içinde ne tür araçların elimizde bulunduğunu sizlerle paylaşmak istiyorum.

Bu noktada belirtmek isterim ki yargı yetkisi çerçevesinde görev yaptığım Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminin -özellikle son yıllarda üye devletlerin anayasa mahkemeleri başta olmak üzere- yüksek mahkemelerinin çalışmalarına ve yargısal bakış açısında daha da önem veren bir yapıya evrildiği gözlemlenebilir. Gelişen teknoloji, anayasal denetime yönelik artan ihtiyaç, bireysel başvuru yoluna duyulan yoğun talep gibi çeşitli zorluklarla karşılaştığı açıktır. Fakat bununla birlikte bu sistemin Strazburg Mahkemesinin de kararlarında istikrarlı olarak değindiği yargısal diyalog ve iş birliğini temel almasıyla birlikte önümüzdeki bu zorlukları aşma konusunda gerekli donanımına sahip olduğu görülebilir.

Bu kapsamda bir örnek olarak ocak ayında yüksek yargımızın değerli temsilcilerinin de katıldığı Mahkememizin yargı yılı açılış etkinliği kapsamında düzenlendiğimiz yargı seminerinde üye devletlerden katılan yargı mensubu meslektaşlarımızla da paylaştığım üzere yapay zekâ alanındaki son gelişmeler, yargı işlevi ve maddi anayasal denetim bağlamında yeni imkânlar sunmakla birlikte önemli soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. Bu teknolojik gelişmeler, yalnızca yargı süreçlerinin işleyişiyle ilgili değil aynı zamanda yeni ve özgün hak ihlalleriyle de ilgili önemli meselelere kapı aralamaktadır.

Gelişen teknolojinin getirdiği yeniliklerden biri olarak örneğin yapay zekâ hayatımızın pek çok alanını etkilemektedir. Biliyoruz ki e-ticaret sitelerinin veya sosyal medya platformlarının kullanıcıların geçmiş alışverişlerine ve tercihlerine dayanarak ürün önerileri sunması gibi herkesin aşına olduğu örneklerden² hasta kayıtları ve klinik deney verilerini analiz ederek belirli kalıpları ve korelasyonları ortaya çıkaran, bu sayede daha erken ve doğru teşhisler yapılmasına olanak sağlayan tıbbi uygulamalara kadar bu etkinin kapsamı oldukça geniştir³.

Yapay zekâ araçlarının giderek daha fazla sektörde kullanılmaya başlanmasıyla sundukları çığır açıcı yenilikler ve topluma sağladıkları geniş çaplı faydalar daha net bir şekilde görülmeye başlanmıştır. Bu faydalar, çeşitli sektörlerde verimliliğin artması, yaratıcı düşüncenin teşvik edilmesi ve bilimsel keşiflerin hız kazanması gibi şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

Yapay zekânın daha doğrudan ve somut faydaları arasında belirli sorunlara yönelik çözümler geliştirmesi sayılabilecek bazı yapay zekâ uygulamalarının getirdiği sosyal faydaların ise daha soyut nitelikte olduğunu görebiliriz. Örneğin karar alma süreçlerinde algoritmaların kullanılması hâlinde, bir insan tarafından yapılan yargılama faaliyetinin maruz kalabileceği ön yargıların azaltılabileceğine dair bulguların mevcut olduğu iddia edilmektedir⁴. Elbette bu konu genel geçer bir kabule konu olmayacak kadar çeşitli nüans ve ayrıntıları içermektedir, örneğin algoritmalara dayalı karar alma mekanizmalarının potansiyel ayrımcılık gibi önemli riskleri

2 Salesforce, “Everyday examples and applications of artificial intelligence (AI) | Tableau”, <https://www.tableau.com/data-insights/ai/examples>, (Erişim Tarihi: 12/12/2024)

3 World Economic Forum, “How AI is improving diagnostics and health outcomes, transforming healthcare”, <https://www.weforum.org/stories/2024/09/ai-diagnostics-health-outcomes/>, (Erişim Tarihi: 12/12/2024)

4 Sunstein, R. C. (2018). “Algorithms, Correcting Biases”, *Harvard Public Law Working Paper Forthcoming*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171, (Erişim Tarihi: 9/12/2024)

de beraberinde getirebileceği önemle tartışılmaktadır. Bu da bizlere yapay zekâ yönetiminin ve düzenlemesinin ne denli önemli olduğunu bir kez daha hatırlatmaktadır.

Yapay zekânın sunduğu bir diğer önemli fayda da doğrudan bilimsel ilerlemelerle ilgilidir. 2024 yılında, tarihte ilk kez bir Nobel Kimya Ödülü, yapay zekâ teknolojisinin geliştirilmesi ve kullanılması sayesinde verilmiştir⁵. İki bilim insanı, amino asit dizilimlerinden protein yapılarını tahmin edebilen bir yapay zekâ modeli geliştirdikleri için bu ödüle layık görülmüştür⁶. Komite Başkanı bu gelişmeyi “elli yıllık bir hayalin gerçekleşmesi” olarak nitelendirmiştir, bir hayal ki gerçekleşmesiyle birlikte devasa imkânların kapısını aralamıştır⁷.

Bu kayda değer ilerlemelere rağmen yapay zekânın kullanımı bazı öngörülemeyen veya şu aşamada kaçınılmaz olan risk ve zorlukları da beraberinde getirmiştir. Bu konu hakkında önde gelen bazı uzmanlar tarafından yapay zekanın demokrasiye etkilerine dair ciddi endişeler dile getirilmiş, yapay zekâ araçlarının insan gibi davranmasının “demokratik sistemleri hedef almak için kolay bir yol” olduğu vurgulanmış ve demokrasilerin insan geri bildirimine dayandığının altı çizilmiştir⁸.

Benzer şekilde doktrinde yapay zekanın sosyal ve siyasi yaşam üzerindeki etkileri de tartışılmakta; bu teknolojinin önyargıları pekiştirme, servet eşitsizliğini artırma ve yüksek riskli kararlarda hesap verilebilirliği gölgeleme potansiyeline sahip olduğundan da bahsedilmektedir. Ayrıca teknoloji gücünün yalnızca birkaç büyük şirketin elinde toplanmasının yapay zekâ ve demokrasi arasındaki ilişkiyi yeniden sorgu-

5 Callaway, E. (2024). “Chemistry Nobel Goes to Developers of AlphaFold AI That Predicts Protein Structures”, *Nature*, <https://www.nature.com/articles/d41586-024-03214-7>, (Erişim Tarihi: 9/10/2024)

6 Press Release, The Nobel Prize in Chemistry, <https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2024/press-release/>, (Erişim Tarihi: 9/12/2024)

7 a.g.e.

8 Wu, T. (2023). Columbia University Institute of Global Politics, “Panel – The Future of Artificial Intelligence”, 3/10/2023, (Erişim Tarihi: 9/12/2024)

lamayı zorunlu kıldığı çeşitli görüşlerce ifade edilmektedir.⁹

Yapay zekânın gelişimine dair akademik ve teknik tartışmaların genelinde bu teknolojinin regüle edilmesine ve denetleyici uzman kurumların oluşturulmasına yönelik güçlü bir çağrı göze çarpmaktadır¹⁰. Bu çağrılarının amacı, yapay zekanın sunduğu fırsatların en iyi şekilde değerlendirilmesini ve beraberinde getirdiği risklerin de en etkin biçimde tanımlanıp sınırlanmasını sağlamaktır.

Dünya genelinde yapay zekâyı düzenleyen hukuki çerçeve henüz tam anlamıyla tamamlanmamış olsa da Avrupa’da bu konuda önemli adımlar atılmıştır. 1 Ağustos 2024 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa Yapay Zekâ Yasası yürürlüğe girmiştir¹¹. Sadece bir ay sonra Eylül 2024’te, Avrupa Konseyinin “Yapay Zekâ, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü Çerçeve Sözleşmesi” imzaya açılmıştır¹².

Şu ana kadar AIHM’in doğrudan yapay zekânın kullanımı ile ilgili insan hakları ihlali iddialarını içeren ve karara bağladığı bir dava bulunmamaktadır. Yapay zekâ ile bağlantılı olarak görülebilecek ‘büyük veri’ toplamaları hakkında Mahkeme özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında bazı

9 Morozov, E. “The AI We Deserve”, *Boston Review*, <https://www.bostonreview.net/forum/the-ai-we-deserve/> (Erişim Tarihi: 1/4/2025)

10 See for example, Wheeler, T. (2023). “The three challenges of AI regulation”, *Brookings Institute*, 15/6/2023, <https://www.benton.org/headlines/three-challenges-ai-regulation>, (Erişim Tarihi: 9/10/2024); “CEO of OpenAI to the Senate Judiciary Committee on May 16 there was a need for “a new agency that licenses any effort above a certain scale of capabilities and could take that license away and ensure compliance with safety standards. CEO of Google on May 23 announced an agreement with the European Union to develop an “AI Pact” of voluntary behavioural standards prior to the implementation of the EU’s AI Act”. a.g.e.

11 European Commission, “AI Act enters into force”, 1/8/2024.

12 Council of Europe, Artificial Intelligence, “The Framework Convention on Artificial Intelligence”, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 3/3/2025)

kararlar vermiş olsa da¹³ toplanan bu verilerin bir yapay zeka sistemi tarafından işlenerek kullanılması konusundaki bir başvuruyu şu ana kadar karara bağlamamıştır. Ancak siyasi, akademik ve özel sektör aktörleri arasındaki canlı tartışmalar, bu tarz başvuruların yakın gelecekte gerek Mahkeme gerek diğer yargı makamları önüne gelebileceğine işaret etmektedir.

Bu noktada, Strasbourg Mahkemesinin görev anlayışının temelinde yer alan ikincilik ilkesi de göz önüne alındığında Avrupa Konseyinin Yapay Zekâ Hakkındaki Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin yargı sistemlerindeki millî yargı mercilerinin yapay zekâ ve insan hakları ile ilişkili meselelerde verecekleri ilk kararlar, diğer her konuda olduğu gibi AİHM'in yapacağı incelemede son derece belirleyici olacaktır. Kaldı ki bu yeni uluslararası hukuki çerçevenin öncül niteliği dikkate alındığında bu kararlardan doğacak içtihatlar, dünya genelindeki benzer yasal rejimler için de örnek teşkil edecektir¹⁴.

Dolayısıyla bu programda gerçekleştireceğimiz fikir alışverişi sayesinde yapay zekâ ve insan haklarına ilişkin erken dönem davaların değerlendirilmesinde başvurabileceğimiz ortak hukuki ilkeleri yargısal düzeyde konuşmaya, tartışmaya başlayabiliriz.

Bu görüş alışverişinin amacı tabii ki ne bu Mahkemenin ne de herhangi bir yargı mercisinin belirli bir davada nasıl karar vereceğini önceden ima etmek olmayacaktır. Aksine bu tartışma, yapay zekâ gibi yeni teknolojilerin hayatımıza etkisi ve bu tür yeni konuların incelenmesi sırasında dayanılabilecek

13 *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* [GK], B. No: 58170/13 and 2 others, 25/5/2021.

14 Watcher, S. (2024). "Limitations and Loopholes in the EU AI Act and AI Liability Directives: What This Means for the European Union, the United States, and Beyond", *Yale Journal of Law & Technology*, C. 26., S. 3., ss. 671, 676. Noting "[F]rom a business perspective, and in the interest of streamlining, it will make sense for businesses to adapt their operations to comply with the strictest laws rather than to have fragmented standards across operations. The global Effect of the AIA and the liability directives cannot be overstated". a.g.e. s. 676.

hukuki ilkeleri tartışmak ve bu bağlamdaki temel kavramları hep birlikte değerlendirmek fırsatı yaratabilmelidir.

Gerçekten de bu alanın hızla gelişmeye devam etmesi ve mevcut hukuki çerçevenin henüz başlangıç aşamasında olması dikkate alındığında görülüyor ki yargı olarak, hem yapay zekanın insan haklarına etkisini anlamada hem de bu gelişmelere uygun hukuki ilkeleri belirlemede esnek ve uyumlu kalmamız gerekmektedir.

Bu zorluklara yanıt vermek ve sundukları fırsatları en iyi şekilde değerlendirmek üzere, halihazırda mevcut olan hukuki mekanizmaların da yeterli esnekliğe sahip olduğu görülebilir. Bu husus, programın da ikinci konusu olan, anayasal denetim mekanizmaları bağlamında özellikle geçerlidir.

Anayasal denetim, doktrinde "bir organın -çoğunlukla bir mahkemenin bir kanun ya da kamu otoritesinin- eyleminin anayasa ile uyumlu olup olmadığını değerlendirme yetkisi" olarak tanımlanmaktadır.¹⁵

Gerek Kıta Avrupası modelinde gerek Anglsakson-Amerikan denetim modelinde sistemin bütünlüğünü ve meşruiyetini koruma çabası, anayasal denetimin temel değerleri arasında yer almaktadır. Bu durum, yapısal farklılıklara rağmen, anayasal denetim modellerinin ortak ilkesel temellere dayandığını göstermektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi de soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra bireysel başvuru yoluyla yapılan anayasal denetim kapsamında da kararlar vermektedir.

Bu bağlamda bireysel başvuru mekanizması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki bireysel başvuru sistemine benzer şekilde adalete erişimin sağlanması ve temel hakların korun-

15 Ginsburg, T. and Versteeg, M. (2023). "Models of Constitutional Review", in Epstein, L., Grendstad G., Urška, S., Weinshall, K. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour* (ss. 45-64), Oxford University Press.

ması açısından hayati öneme sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni "Avrupa kamu düzeninin anayasal bir enstrümanı"¹⁶ olarak kabul etmekte; Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin uygulanmasında Mahkemenin ulusal otoriteler karşısında ikincil bir rol üstlendiğini özellikle vurgulamaktadır¹⁷.

Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir temyiz mercisi veya "dördüncü derece denetim" mahkemesi değildir¹⁸. Mahkemenin rolü, Avrupa'nın anayasal belgesi niteliğindeki Sözleşme'nin uygulayıcısı olarak ikincil niteliktedir.

Mahkeme bu ilkeyi açıkça 1976 tarihli *Handyside/Birleşik Krallık* kararında ortaya koymuştur. Bu kararda Mahkeme, Sözleşme'nin kurduğu koruma mekanizmasının insan haklarını korumakla görevli ulusal sistemlere göre ikincil nitelikte olduğunu belirtmiştir. Sözleşmeyle kurulan kurumlar ise bu göreve kendi katkılarını, ancak bir bireysel başvuru aracılığıyla ve iç hukuk yolları tüketildikten sonra sunmaktadır¹⁹.

Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin korunması konusunda asli yükümlülüğün üye devletlere ait olduğu anlamına gelen ikincillik ilkesi aslında Sözleşme sistemi altındaki hakların korunması noktasında doğrudan sorumlu olan üye devletler ile Mahkeme arasındaki yetki paylaşımını or-

16 *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GK], B. No: 55721/07, 7/7/2011, § 141.

17 Yüksel, S. (2022). "Interplay Between the Principle of Rule of Law and the Process-Based Review", in *Liber Amicorum Robert Spano* (ss. 771-780), Anthemis, citing *Handyside v The United Kingdom*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, *Dudgeon v The United Kingdom*, B. No: 7525/76, 22/10/1976, *Untied Communist Party of Turkey and Others v. Turkey among others*, B No: 19392/92 and others, 30/1/1998.

18 Bkz. *Axel Springer v. Germany*, B. No: 39954/08, 7/2/2012, dissenting opinion of Judge Lopez Guerra, joined by Judges Jungwiert, Jaeger, Villiger and Poallelungi. See also, The admissibility of an Application; https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/COURtalks_Inad_Talk_ENG. (Erişim Tarihi: 9/10/2024)

19 *Handyside v. The United Kingdom*, § 48.

taya koymakta ve üye devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamaktadır.

İkincilik ilkesi somut davalarda uygulanırken, sınırlanabilir haklar bağlamında söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlemek amacıyla “takdir marjı” adını verdiğimiz analitik bir araç kullanılmaktadır.

Mahkeme birçok kararında, taraf devletlerdeki ulusal otoritelerin ve ulusal yargının “ülkelerindeki dinamikler ile doğrudan ve sürekli temas hâlinde olmaları nedeniyle”, uluslararası yargılara kıyasla Sözleşme hükümlerinin içeriği ve bu hükümlere uygun düşecek “kısıtlama” veya “ceza”nın gerekliliği hakkında görüş bildirmekte daha iyi konumda olduklarını ifade etmiştir. Başka bir ifadeyle, bu bağlamda “gereklilik” kavramının içerdiği acil sosyal ihtiyacın değerlendirilmesinin öncelikle ulusal otoritelere bırakılması öngörülmüştür²⁰.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ikincilik ilkesi ve buna bağlı olarak takdir marjı doktrini, Strasbourg Mahkemesinin yargısal denetim yetkisinin özelliklerini azaltmaz ve belli ölçülerde davaya konu müdahalenin iç hukuka uygunluğunun incelenmesini de engellemez.

Mahkeme'nin hem denetleyici hem de ikincil mekanizma olarak üstlendiği bu çift yönlü rol, Anayasa Mahkemeleri başta olmak üzere ulusal yargı mercileri ile sağlanan yargısal diyalog ile daha da ileri taşınmaktadır.

Handyside kararından bu yana geçen yaklaşık elli yıl içinde hem ikincilik ilkesi hem de onunla bağlantılı takdir marjı yaklaşımı yalnızca hukuki içtihatlarda değil Sözleşme sisteminin genel işleyişinde de temel bir yapı taşı hâline gelmiş; son dönemde Mahkemenin yargısal yaklaşımını daha da şekillendirmiştir. Akademik literatürde bu durum (procedural

20 a.g.e.

turn) ya da (process-based review) olarak da ifade edilen “sürece dayalı denetim modeli” şeklinde adlandırılmaktadır²¹.

Bu yeni yaklaşım, Mahkemenin ulusal otoritelerin karar ve uygulamalarını incelerken, gittikçe daha fazla, ulusal karar alma süreçlerine ve kullanılan gerekçelere odaklandığını göstermektedir. Başka bir ifadeyle, “ulusal düzeyde yürütülen karar alma süreçlerinin niteliği, Mahkemenin esas incelemesini doğrudan etkilemektedir”²².

Bu inceleme metodu, asıl olarak iç hukuk mahkemelerinin çatışan hakları gerektiği şekilde dengeleyip dengelemediği ve açık bir hata veya önemli bir unsurun göz ardı edilmesi olmaksızın içtihadımızda yer alan ilgili kriterleri dikkate alıp almadığını değerlendirir; bu yönüyle Mahkemenin dördüncü derece temyiz mercisine dönüşmesinin önlemesi açısından da önemlidir.

Normatif Perspektifler: Zorluklar ve Faydalar

Az önce bahsetmiş olduğum her bir hukuki ilke, belirli normatif faydalar ve zorluklar barındırsa da bu araçlar arasındaki esneklik ve etkileşim, temel hakların korunmasını sağlarken aynı zamanda hak ve normların hukuk devleti ilkesiyle uyumlu biçimde evrilmesine olanak tanıyan bir yapı ortaya koymaktadır.

Bu normatif fayda ve zorlukları, süreyi de dikkate alarak iki başlıkta toplayabilirim: adalete erişim ve dava sayısının fazlalığı.

- Anayasal denetim üzerine çalışan akademisyenler, bazı sistemlerde yalnızca belirli devlet organlarının anayasal denetime başvurabileceğini ve bunun, kapalı bir ana-

21 Yüksel, S. (2022).

22 Yüksel, S. (2022). Citing: Kleinheim, T. (2019). “The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 68., S. 1., s. 93.

yasal denetim sistemi oluşturduğunu belirtmiştir²³. Bu bağlamda şayet temel hakların korunması bir öncelikse, bu durumda denetime geniş erişimin sağlanması büyük önem taşır²⁴.

Bu açıdan bireysel başvuru yolu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde olduğu gibi Türk Anayasa Mahkemesinde de adalete erişimi sağlayan güçlü bir araç olarak öne çıkmaktadır.

Önümüzdeki sonbaharda Türkiye’de bireysel başvuru mekanizmasının 13. Yıl dönümü kutlanacaktır²⁵. Bu 13 yıl içinde bireysel başvuru mekanizması ülkede yaşayan kişiler tarafından yaygın biçimde kullanılmış ve Anayasa Mahkemesinin temel hak ihlallerine dair dosyaları ele alması bakımından hayati öneme sahip olmuştur. Gerçekten de bu mekanizma, adalete erişimin sağlanması adına büyük bir başarı öyküsüdür²⁶.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesinin karşı karşıya olduğu güncel ve gelecekteki önemli zorluklardan biri de yüksek sayıda bireysel başvurunun incelenmesidir.

Yüksek başvuru sayısı yalnızca yargısal iş yükü değil, aynı zamanda bu kararların uygulanması bağlamında da sorunlar doğurabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür sistemsel sorunlara yanıt olarak pilot karar ve benzeri usulleri geliştirmiştir²⁷. Bu ve çeşitli mekanizmalar, bir çözüm aracı sunsa da²⁸ bu yaklaşımın uygulanabilirliğini sağlamak için

23 Ginsburg, T. and Versteeg, M. (2023). ss. 52-53.

24 a.g.e.

25 International Conference on the 11th Anniversary of Individual Application Mechanism in Türkiye, 13/10/2023, Council of Europe Programme Office in Ankara.

26 a.g.e.

27 European Court of Human Rights, Rule 61 of the Rules of the Court: Pilot Judgement Procedure, 18/3/2011, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pilot_judgment_procedure_eng. (Erişim Tarihi: 9/10/2024).

28 *Burmych v. Ukraine*, [GK], B. No: 46852/13 and others, 12/10/2017.

sadece ciddi kurumsal kapasite ve yargı kaynağı değil²⁹ aynı zamanda ulusal yargı makamlarının mahkeme kararlarını takip etmesi ve diyalog içinde olmasının da büyük önemi bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu anlamda esaslı bir rol oynamaktadır. Yapısal sorunlardan kaynaklanan ihlallere ilişkin genel tedbirlerin uygulanmasında Anayasa Mahkemesinin ne denli belirleyici bir rol oynayabileceğini açıkça görmek mümkündür. Yüksek başvuru sayılarına rağmen Anayasa Mahkemesinin bu yükü titizlikle ve sorumlulukla karşılaması, uluslararası düzeyde dikkatle takip edilen bir kararlılık örneğidir.

Avrupa Konseyine üye devletlerin önümüzdeki dönemde karşı karşıya kalabileceği yeni ve karmaşık zorluklar arasında güvenlik, ekonomik canlılık ve bölgesel istikrar gibi meselelerin yer alacağı dile getirilmektedir. Bu bağlamda, doğru işleyen anayasal denetim mekanizmaları, mevcut hukuki araçları sayesinde hem hukuki kesinliğin sağlanması hem de krizlere etkili ve esnek bir şekilde yanıt vermek adına son derece önemlidir³⁰.

Konuşmamı sonlandırırken, yıllar içinde adalete erişimi sağlamadaki rolü ve iç hukuk düzenlemelerinin insan haklarını ileriye dönük biçimde güvence altına alacak şekilde şekillenmesindeki katkısı ile Sözleşme sisteminin ayrılmaz hatta vazgeçilmez bir parçası olan Anayasa Mahkemesinin 63. kuruluş yıl dönümüne ilişkin bu anlamlı kutlamada sizlere hitap edebilmek fırsatı veren AYM Başkanı Sayın Kadir Özkaya başta olmak üzere Mahkemenin tüm değerli üyelerine, Mahkeme Genel Sekreterliği başta olmak üzere tüm idari ekibine tekrar teşekkürlerimi sunuyorum, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

29 See e.g., in *Ryaska v. Ukraine*, B. No: 3339/23, 10/10/2024.

30 a.g.e.

Birinci Oturum

“Dijital Çağda Anayasa Yargısı”

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Hasan MANDAL

İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörü

Konuşmacılar

Prof. Dr. Çetin ELMAS

Gazi Üniversitesi Teknoloji Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Murat ÖNDER

Boğaziçi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler
Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Oturum Başkanı İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Hasan MANDAL

Saygıdeğer Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Üyeleri, Yurt Dışından Gelen Üst Düzey Misafirlerimiz, Değerli Konuklar, Hanımefendiler, Beyefendiler,

Bu oturumda sizlerle birlikte olmaktan büyük bir memnuniyet duyuyor, hem şahsım hem de tüm hocalarımız adına saygı, sevgi ve hürmetlerimizi arz ediyorum.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 63. kuruluş yıl dönümü kapsamında gerçekleştirilen bu oturumda özellikle 21. yüzyılda anayasa yargısının geleceğini konuşacağız. Oturum kapsamında, sempozyumdaki önemli başlıklardan biri olan “Dijital Çağda Anayasa Yargısı”nı ele alacağız.

Belki 21. yüzyılda en çok konuştuğumuz başlık, dijitalleşme ile beraber, gelecek ve o geleceğin içinde elimizdeki bazı imkânlar oluyor. Özellikle dijitalleşme açısından pandemi öncesi ve pandemi sonrası dönem ayrımıyla önemli bir aşamadayız. 2020 öncesinde dijitalleşme, konuyu biraz daha tek başına mühendislik odağında ele alırken, pandemi dönemi esasında bize çok farklı bir şey öğretti: dijitalleşmenin kendi başına yeterli olmadığı; insan odaklı, sürdürülebilir ve aynı zamanda çevik yapılara ihtiyaç duyulduğu. O aşamadan itibaren dijitalleşmenin odağında, bugün üzerinde biraz daha konuşacağımız yapay zekânın çok daha gündemde olduğu iddialı bir vizyon var. 2035 yılı gibi insanın tamamen dijital ikizinin ortaya çıkarılması gündemde olup bunun beraberin-

de getireceği fırsatlar ile risklerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Aslında şu anda bu teknolojiler bakımından çok erken bir aşamada olduğumuz bir dönemdeyiz. Dijitalleşme; teknolojinin kendi başına sadece bir amaç olmasından çok, önemli ve etkili bir araçtır. Bu aracın bireyle ve toplumla buluşması ise dijitalleşmeyi kıymetli kılan husustur.

Bugün bu toplantıyı ve bu oturumu gerçekleştirmemizin gerçekten ülkemiz, ülkelerimiz ve insanlık için önemli bir adım olduğunu düşünüyorum. Bu toplantıda yapay zekâ ve dijitalleşme konularını hukuk perspektifiyle yani hukuk için yapay zekâ ve dijitalleşme ile yapay zekâ ve dijitalleşme için hukukun ilişkisini eş zamanlı olarak ele alacağımız bir oturum gerçekleştireceğiz. Bugün dört kıymetli hocamız bulunuyor. Hocalarımız hem bu konunun teknoloji boyutunda çalışan hem de yönetsel süreçlerinde yer alan, anayasa hukuku ve özel hukuk alanında çalışan dört değerli isimdir.

Ben kendim İstanbul Teknik Üniversitesi rektörü ve malzeme mühendisiyim. Bu nedenle bir hukukçu değilim ancak hem alanım gereği hem de daha önce TÜBİTAK'ta 7 yıl boyunca görev yapmam nedeniyle teknolojiyle uzun yıllardır iç içeyim. TÜBİTAK, Türkiye'nin araştırmayı destekleyen önemli kurumlarından biridir ve özellikle son dönemlerde görev yapmış olduğum ve üzerinde en çok çalıştığımız alan "veri" olduğu için hukuk temel odak noktasıydı.

Geleceğe dair bu alanın beraberinde getirdiği akımlara baktığımızda olursak bir tarafta Amerika Birleşik Devletleri'nde, bir tarafta Çin Halk Cumhuriyeti'nde ve diğer bir tarafta da Avrupa'da bir akım olduğunu görmekteyiz. Yani bu sürece katkı verme noktasında farklı yaklaşımlar mevcut. Çünkü günün sonunda konuştuğumuz veri ve veriye dayalı sistemler, özellikle yapay zekâ söz konusu olduğunda, verinin olmadığı bir

ortamda aslında çok zayıf bir akıldan ibarettir. Ancak veriyi doğru şekilde işlediğimiz zaman, insan kadar hatta insandan daha akıllı olduğu iddia edilen bir araç elimizde bulunuyor. Bu sebeplerle sürecin en önemli bileşeni hukuktur. Hukuki zemin, Kişisel Verileri Koruma Kanunu da dâhil olmak üzere birçok bileşeniyle tartışılan bir ortamdır.

O yüzden gerçekten çok önemli ve kıymetli bir oturumu yönetmekten büyük onur duyuyorum. Buraya davet edilmiş olmaktan dolayı Anayasa Mahkememize, özellikle Sayın Başkan'ımıza teşekkürlerimi sunuyorum. Sözü daha fazla uzatmadan, dört konuşmacımızdan ilki Prof. Dr. Çetin Elmas Hoca'mızı kürsüye davet ediyorum. Kendisi benim gibi mühendis kökenli olup teknoloji alanında, özellikle yapay zekâ konusunda çalışmaktadır. Hocamız; Ankara'daki geçmişi uzun yıllara dayanan Gazi Üniversitesi Elektrik-Elektronik Bölümünden mezundur ve çalıştığı alanlar, özellikle dijitalleşmenin bugünkü gündeminde yer alan yapay zekâ başta olmak üzere diğer dijitalleşme yapıları ile ilişkilidir. Hocamız bir sunum eşliğinde katkılarını sunacak. Tüm oturumlarımızda, başlıkların her birinde hocalarımız on beşer dakika sunum yapacak; sunumların ardından değil oturum sonunda hep birlikte 15 dakikalık bir soru ve cevap bölümü gerçekleştireceğiz. Etkin ve verimli bir oturum olmasını diler, hepinize saygı, sevgi ve hürmetlerimi sunarım. Çetin Hoca'm buyurun.



YAPAY ZEKÂ ÇAĞINDA HUKUKİ, ETİK VE TOPLUMSAL DÖNÜŞÜM

Prof. Dr. Çetin ELMAS*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın
Kadir ÖZKAYA,

Çok Değerli Yüksek Mahkeme Üyeleri,

Saygıdeğer Meslektaşlarım,

Kıymetli Katılımcılar,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Hepinizi saygı ve muhabbetle selamlıyorum.

GİRİŞ

İklim değişikliği, ekonomik krizler, toplumsal belirsizlik gibi devasa sorunlarla boğuşurken insanlık bir de çok daha köklü bir dönüşümün tam ortasında buldu kendini: yapay zekâ! Bunu sadece bir teknoloji devrimi olarak değil ateşin veya elektriğin keşfiyle kıyaslanabilecek büyüklükte bir dönüşüm olarak görüyorum.

Son yıllardaki gelişmeler, adeta baş döndürücü bir hız ve etkiyle geldi: Artık makineler yalnızca veri işlemekle kalmıyor, aynı zamanda öğreniyor, örüntü tanıyor ve gelişiyor. Hayatımızın hemen her alanına dokunarak rutin alışkanlıklarımızı ve sistemlerimizi köklü şekilde değiştiriyorlar. Sağlıktan finansa, eğitimden güvenliğe kadar her sektörde hizmet ve karar alma süreçlerini temelden etkiliyorlar.

* Gazi Üniversitesi Teknoloji Fakültesi, Elektrik-Elektronik Mühendisliği Bölümü, Öğretim Üyesi, celmas@gazi.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9472-2327

Hep birlikte şu soruyu soralım: Sadece birkaç yıl öncesine kadar bilim kurgu filmlerinde görmeye alışkın olduğumuz yapay zekâ, şu anda hayatımızın hangi köşesinde yok ki? Mesela, sabah cep telefonumuzdaki bir uygulama bize hava durumunu bildirirken, akşam izlediğimiz dizileri öneren algoritma da, şehirde yolumuzu bulmamıza yarayan navigasyon da yapay zekânın birer ürünü. Ama tüm bunların ötesinde karşımızda sadece hayran kalınacak bir teknoloji değil hem hukuken hem etik açıdan ciddi sorumluluk ve riskler barındıran bir güç var artık.

Birlikte kısa bir yolculuğa çıkalım: Yapay zekânın nasıl bir gelişim izlediğini ve bizi nereye götürebileceğini hep birlikte sorgulayalım...

I. YAPAY ZEKÂNIN GELİŞİM AŞAMALARI

Öncelikle yapay zekânın evrelerinden söz etmek istiyorum. En başta dar yapay zekâ dediğimiz, tek bir görevi iyi yapan ve başka hiçbir alana esneklik göstermeyen makinelerle işe başladık. Satranç programları, spam filtreleri, yüz tanıma sistemleri ya da navigasyon uygulamaları mesela... Bunlar belirli bir problemi çok iyi çözen ama bu başarıyı bir başka alana taşıyamayan sistemlerdi. Bugün hâlâ hayatımızda en çok rastladığımız yapay zekâ türü bu.

Derken işler değişti. Şimdi üretken yapay zekâ sahneler! Artık sadece hesaplamakla, analiz etmekle kalmayıp metinlerden resimlere, müzikten videolara kadar özgün içerikler de üretebiliyor. ChatGPT ile bir makineye şiir yazdırmak, DALL-E veya Midjourney ile hiç var olmayan tablolar çizdirmek mümkün. Derin öğrenme ve devasa veri setleriyle eğitilen bu sistemler, insan yaratıcılığına meydan okurcasına yeni şeyler sunabiliyor. Paradigma tamamen değişti. Ve sırada, insan seviyesinde zekâyâ sahip olacağı öngörülen “yapay genel zekâ” var.

Henüz tam anlamıyla hayata geçmiş değil ama yakın gele-

cekte, önümüzdeki birkaç yıl içinde gerçekleşmesi konuşuluyor. Bu seviyeye ulaşabilen sistemler; insan gibi sezgi, öğrenme, planlama ve farklı alanlarda problem çözebilme yeteneğine sahip olacak.

Gelecekte ise insan zekâsını aşacak “yapay süper zekâ”-dan söz ediliyor. Bugün için birer varsayım veya bilim kurgu ürünü olsa da önümüzdeki on yıllarda bu noktaya ulaşma ihtimalimiz bizlere yepyeni etik, hukuki ve hatta varoluşsal sorular yöneltecek.

II. YAPAY ZEKÂNIN HAYATIMIZA VE TOPLUMSAL SİSTEMLERE ETKİLERİ

Şimdi biraz daha uygulamaya inelim: Yapay zekâ teknolojileri, hukuk sisteminin gözetim ve profil çıkarma uygulamalarına hızla yerleşiyor.

Yapay zekânın öneri sistemleri ve içerik üretimi, toplumsal ön yargıları güçlendirme riski de taşıyor.

Amazon’un geçmişte kullandığı işe alım algoritması, eski verilerdeki erkek ağırlıklı CV’lerden etkilenip kadın adayları sistematik olarak geri planda bırakıyordu. Bu tür uygulamalar, mevcut toplumsal eşitsizlikleri pekiştirebiliyor.

ABD’de bazı eyaletlerde polis teşkilatlarının yüz tanıma yazılımları kimi ırksal gruplarda çok daha fazla hata yaparak masum insanların suçlu muamelesi görmesine yol açtı. Bu, yapay zekâ destekli kararların masumiyet karinesini bile tehdit edebileceğini gösteriyor.

Ayrıca algoritmaların popüler içeriklere öncelik vermesiyle toplumda fikir çeşitliliği ve kültürel renkler azalıyor; herkes aynı tema, aynı trend ve aynı türden içeriklerle karşılaşılıyor. Bu, toplumsal bakışta tek tipleşmeye ve yeni ön yargıların yerleşmesine zemin hazırlayabiliyor.

Toplum olarak karşımızdaki riskler her geçen gün büyüyor:

- Yapay zekâ önerileriyle beslenen ön yargılar -ister cinsi-yetçilik olsun, ister ırkçılık...-, içeriklerin tek bir noktada yoğunlaşması kültürel zenginliğimizi azaltıp tekdüze bir popüler kültüre yol açabilir mi?
- Kamuoyu oluşturma süreçlerinde viral mizahlar, sahte haberler ve yapay zekâ kaynaklı içeriklerin doğruluğu nasıl kontrol edilecek?
- Ve şunu sormak gerekiyor: Bu yeni sorunların çözü-münde kim öncü olacak, hangi yaptırım mekanizmaları kurulacak?

III. HUKUKTA YAPAY ZEKÂ

İngiltere’de Luminance ve kira sistemleri hukuk firmala-rında sözleşme ve belge analizinde etkin olarak kullanılıyor. Çin’de e-ticaret ve online davalara bakan “Internet Court” sistemine karar destek sunuluyor. ABD’de LexisNexis veya Thomson Reuters gibi devler, dava araştırmasından sonuç tahminine kadar karar süreçlerinde destek sunuyor.

A. ŞARTLI TAHLİYELERDE YAPAY ZEKÂ KARARLARI

ABD’de COMPAS, İngiltere’de HART gibi algoritmalar şartlı tahliye değerlendirmelerinde kullanılıyor. Avustralya ve birçok ülkede risk analizleri için yapay zekâ destekli araç-lar uygulanıyor.

B. GÖZETİM, YÜZ TANIMA, PROFİL ÇIKARMA

Çin’de sosyal kredi sistemi, yüz tanıma kameraları; Mos-kova’da 200 binden fazla kamerayla yaygın gözetim; Hindis-tan’ın biyometrik kimlik projeleri... Avrupa’da ise Interpol ve Europol, suçluları izlemek için yapay zekâdan faydalıyor.

Kişisel verilerden profiller oluşturmak Çin, Avrupa ve Sin-gapur’da yeni norm oldu; finans ve sağlık sektörleri bu profil-lemeyi karar süreçlerine entegre ediyor.

Suç tahmin algoritmaları ABD, Pakistan, Brezilya, İsrail ve Almanya’da şehir güvenliğinden terörle mücadeleye, “öngörücü polislik” gibi alanlarda aktif olarak kullanılıyor.

IV. YAPAY ZEKÂ, DEMOKRASİ VE İNSAN HAKLARI: İKİLEMLER ÇAĞI

Gelin, biraz da yapay zekânın toplumsal ve siyasi hayatımıza getirdiği büyük sorulara göz atalım...

A. MANİPÜLASYON VE ALGI YÖNETİMİ

Yapay zekâ algoritmaları, sosyal medya ve dijital platformlar üzerinden kişiye özel içerik önerileriyle toplumsal algıyı yönlendirebiliyor. Örneğin, 2018 yılında ortaya çıkan Cambridge Analytica skandalında milyonlarca Facebook kullanıcısının verileri toplanarak insanların siyasi tercihlerine göre manipülatif reklamlar gösterildi. Böylece bazı seçmenlerin kararları suni şekilde etkilenmiş oldu.

Bir başka örnek ise TikTok ve YouTube gibi platformlarda içeriklerin kullanıcı bağımlılığını artıracak biçimde sunulmasıdır. Bu platformlarda, algoritma kullanıcının hangi içeriklere tepki verdiğini izleyerek onun dünya görüşünü daraltan ve yankı odası etkisi yaratan videoları öne çıkarıyor. Böylece insanlar farkında olmadan sadece kendi görüşlerini destekleyen içeriklere maruz kalabiliyor, toplumsal kutuplaşma derinleşebiliyor.

Bu durumda cevaplamamız gereken çok çeşitli sorular kafamızda beliriyor. Örneğin;

- Kişiye özel reklamlar, önerilen içerikler acaba ne zaman masum hedeflemeden tehlikeli manipülasyona dönüşüyor?
- Sosyal medya algoritmaları, bizi daha uzun süre ekranda tutmak için duygularımızı istismar ederse bunu kim ve nasıl denetleyecek?

- Bir “filtre balonu (filter bubble)” veya “yankı odası (echo chamber)” içinde boğulurken çevremizde yalnızca kendi fikirlerimizi duymaya başlamak, toplumsal kutuplaşmayı artırmıyor mu?

B. SEÇİM SİSTEMLERİ VE SİYASİ REKABET

Yapay zekâ, seçim süreçlerini şeffaflaştırmak yerine manipülasyona da açık hâle getirebiliyor. Hindistan’ın 2019 genel seçimlerinde, siyasetçiler yapay zekâ destekli araçlarla kendi dillerinde otomatik ses klonları ve kişiselleştirilmiş mesajlar hazırlayarak milyonlarca seçmene ulaştı. Bu durum, seçmenin iradesinin doğal akışında değişiklik yaratabildi.

Kenya’nın 2017 seçimlerinde ise sosyal medya üzerinden yayılan sahte haberler ve yapay zekâ ile üretilmiş kişisel reklamlar, kamuoyunu belirli adaylara yöneltmede etkili oldu ve seçimlerin güvenilirliği ciddi şekilde sorgulandı.

Bazı ülkelerde, siyasi partiler arasında yapay zekâ teknolojilerine erişimde eşitsizlikler ortaya çıkabiliyor; kaynakları güçlü partiler, zayıf olanlara göre daha etkili propaganda ve veri analizi yapabiliyor. Bu durum siyasi rekabetin eşitliğini bozabiliyor. Örneğin;

- Acaba yapay zekâyâ sahip partiler, seçmenlere kişisel analiz ile kampanya mesajları gönderdiğinde “özgür irade” hakkı zedelenmiş olmuyor mu?
- Rekabet ortamı hâlâ adil kalıyor mu?
- Oylama ve sayım süreçlerinde yapay zekâ kullanılırsa seçim güvenliğini hangi önlemlerle sağlayacağız?

C. DEEFAKE VE BİLGİ KİRLİLİĞİ

Yapay zekâ sayesinde oluşturulan deepfake (sentetik medya) içerikler, bilgi kirliliğini hızla yayabiliyor. 2022’de Ukrayna’da ortaya çıkan, Başkan Zelensky’nin teslim olduğu izlenimi veren deepfake video dünya basınında yankı uyandırdı

ve kısa sürede milyonlarca kişiye ulaştı. Tamamen sahte olan bu video, halkın moralini ve uluslararası gündemi etkilemeye çalışıyordu.

Bir diğer örnekte, Slovakya'da 2023'teki seçim öncesi yapay zekâ ile üretilmiş, bir siyasetçinin seçimde yolsuzluk görüşmelerinde bulunduğunu gösteren sahte bir ses kaydı yayıldı. Gerçek olmayan bu içerik, kamuoyu güvenini zedeleyip seçim sonuçlarını tartışmalı hâle getirdi.

Deepfake görsel ve ses teknolojisi, ünlü kişilerin sözlerini veya görüntülerini taklit ederek yalan haberleri inandırıcı ve tehlikeli biçimde yayabiliyor. Bu durumda en azından aşağıdaki sorulara adil cevaplar bulmamız gerekiyor;

- Bir liderin hiç söylemediği bir söz, yapay zekâ tarafından üretilip bir anda dünyayı dolaşabiliyor. Böyle bir durumda yasal sorumluluk kimde olacak? Platformlar mı, üreten mi, paylaşan mı?
- Seçimlere etki edecek deepfake'ler ortaya çıkarsa sonuçların iptali veya yeniden seçim gibi çözümler mümkün olabilir mi?
- Bu sahte içeriklerle mücadele için geliştirilecek deepfake algılama teknolojisi, ifade özgürlüğünü zedelemekten nasıl uygulanacak?

V. KARŞIMIZDAKİ BÜYÜK HUKUKİ, ETİK VE FELSEFİ SORULAR

Kısacası, yapay zekâ teknolojilerinin olumlu olanakları kadar demokrasi, insan hakları ve toplumsal adalet açısından da dikkatle izlenmesi gereken, örneklerle somutlaşan ciddi riskleri bulunuyor.

Şimdi daha soyut ama gelecek için hayati önem taşıyan konulara değinmek istiyorum:

A. FİKRÎ MÜLKİYET VE SAHİPLİK

Son yıllarda yapay zekâ ile üretilen sanat eserleri, müzikler ve metinler dünya genelinde tartışma yarattı. Örneğin bir sanatçı Midjourney ya da DALL-E gibi bir üretken yapay zekâ aracı kullanarak ilham veren bir tablo oluşturduğunda, bu tabloyu üreten kişi, programı geliştiren şirket veya algoritmaya eğitim verisi sağlayanlar arasında mülkiyet hakkı kime ait olacak? Benzer şekilde OpenAI'nin GPT sistemine komut vererek yazdırılan bir romanın yazarı, kullanıcı komutu veren kişi mi yoksa modelin geliştiricisi mi asıl hak sahibi olacak? 2023 yılında ABD'de, yapay zekâ ile oluşturulan bir çizgi romanın telif hakkı davası buna güzel bir örnektir: Mahkeme, tamamen yapay zekâ ürünü olan resimlerin telif hakkı olamayacağına karar verdi.

Önümüzdeki yıllarda hukukçuların aşağıda sıralanan soruların cevaplarını bulmaları gerekecektir:

- Yapay zekâ tarafından tamamen veya kısmen üretilen bir eserin gerçek sahibi kim olmalı?
- Eğitim verilerini sağlayanlar, algoritmanın çıktısı üzerinde hak iddia edebilir mi?
- İnsan, yalnızca “yap” komutunu veren pozisyonda ise sanatsal değerin ve eserin sahibi kabul edilebilir mi?

B. HUKUKİ SORUMLULUK VE CEZA

2022 yılında Berlin'de tam otonom bir aracın trafik kazasına karışması büyük tartışma oluşturdu. Araç, yolun karşısına geçen bir yaya grubunu fark edemedi ve bir kaza meydana geldi. Peki, böyle bir durumda tazminat ve ceza kime ait olacak? Araç sahibi mi, yazılım geliştirici firma mı yoksa üretici mi sorumlu tutulmalı?

Bir başka güncel örnek: ABD'de bazı büyük bankalarda yapay zekâ destekli finans analizi kullanan sistemlerin “yan-

lış öneriyle" büyük zarara yol açması sonrası, sorumluluğun kimde olduğu tartışma konusu oldu. Bu durumda;

- Otonom araç ya da yapay zekâ tabanlı bir sistem hata yaptığında hukuken kim sorumlu tutulmalı?
- Bir yapay zekâ sistemi etik bir ikilemde seçim yapmak zorunda kalırsa sonuçlarının hukuk önünde sorumlusu kim olmalı?
- Yapay zekâ yoluyla kasıtlı olarak yanlış veri üretildiğinde (örneğin finansal manipülasyon) bu dolandırıcılık sayılır mı ve kim cezalandırılmalı?

Ayrıca yapay zekânın insan sağlığı üzerindeki etkileri de ciddi bir konu: Yapay zekâ tabanlı bir sağlık yazılımı yanlış teşhis koyduğunda hekim mi, yazılım firması mı sorumlu sayılacak?

C. HUKUKİ KİŞİLİK VE YAPAY ZEKÂ

2017 yılında bir robot olan Sophia, Suudi Arabistan tarafından vatandaşlık aldı. Bu, bir yapay zekânın "hukuki kişilik" statüsüne olası bir örnek olarak çok tartışıldı. 2020'de Güney Afrika'da, yapay zekâ tarafından yapılan bir buluş için patent başvurusu yapıldı. Birçok hukukçu, yapay zekâlara elektronik kişilik tanınmasının gelecekte şirket yönetiminde veya ekonomik alanda yapılacak başvuruların önünü açıp açmama-
cağını sorguluyor.

- Benzer şekilde yapay zekâyı yasal olarak kişilik, örneğin elektronik kişilik verilebilir mi?
- Yapay zekâ sistemleri kendi adına hak veya yükümlülük üstlenebilir mi?
- Bir yapay zekâ CEO olduğunda, verdiği kararlardan kim sorumlu olacak?

D. ETİK VE TOPLUMSAL RİSKLER

2018’de Amazon’un geliştirdiği bir işe alım algoritmasında, sadece erkeklerin bulunduğu geçmiş veriler sebebiyle kadınlar sistemli olarak elendi. Yapay zekânın basitçe “tarafsız” çalıştığını düşünmek bu tür sosyal sonuçların önüne geçemiyor.

Benzer bir şekilde, ABD polisinin kullandığı yüz tanıma sistemlerinde özellikle siyahi vatandaşların yanlış şekilde suçlu olarak tespit edilme oranı yüksek çıktı. Bu durum masum insanların mağduriyetine yol açtı ve binlerce soruyu doğurdu:

- Verilerdeki ön yargıların yapay zekâ kararlarına yansımaları durumunda sorumluluk kime aittir?
- İnsanlar, yapay zekâ ile alınan kararlara ne ölçüde itiraz edebilmelidir?
- Yapay zekâli otonom silahların işlediği bir “savaş suçunda” sorumlu kimdir?

E. VAROLUŞSAL VE FELSEFİ SORULAR

Yapay zekâ araştırmacılarının geliştirdiği bazı sohbet robotları, kendini “canlı” ya da “bilinçli” ilan edebiliyor. Google’ın LaMDA adlı sistemiyle sohbet eden bir mühendisin yapay zekânın “farkındalık” geliştirdiğini iddia etmesi dünya basınına yansımıştı.

Öte yandan Japonya ve ABD gibi ülkelerde insanlar, yapay zekâ ile romantik ilişkiler geliştirebiliyor, hatta sanal partnerlerle evlilikler bile gündeme geldi.

Bazı sosyal medya yapay zekâlarının dinî ve ideolojik içerik üretmesi ise ifade ve inanç özgürlüğü açısından tartışmalara yol açıyor. Örneğin;

- Bir yapay zekâ, bilinç kazandığını iddia ederse ona herhangi bir hak tanınmalı mıyız?

- Yapay zekânın kapatılması ya da silinmesi “ölüm” benzeri bir etik problem midir?
- Yapay zekâ ile romantik veya dostane bağlar geliştirmek insani ilişkiler açısından ne anlama gelir?
- Yapay zekâ tarafından üretilen dinî ya da ideolojik içerikler hangi sınırlar içinde değerlendirilmelidir?

SONUÇ

Değerli Konuklar,

Gördüğümüz gibi, yapay zekâ ile gelen dönüşüm yalnızca teknolojik değil, hukukumuzu, etik anlayışımızı ve toplumsal düzenimizi kökten sorgulamamıza yol açıyor. Bu sorulara vereceğimiz cevaplar, sadece bugünü değil gelecek nesillerin dünyasını da şekillendirecek. Yolun başındayken hep beraber düşünmeli, tartışmalı, insan onurunu ve toplumsal adaleti merkeze alan çözümler üretebilmeliyiz.

Hepinizi tekrar sevgi ve saygıyla selamlıyor, bu zorlu ama bir o kadar heyecan verici yolculukta birlikte akıl yürütmeye, birlikte çözüm üretmeye davet ediyorum.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim.



YAPAY ZEKÂ YÖNETİŞİMİNDE HUKUK DİSİPLİNİ

Law Discipline in Artificial Intelligence Governance

Prof. Dr. Murat ÖNDER*

Değerli katılımcılar öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Yapay zekâ, bu milenyumun en önemli başarılarından biri gibi görünüyor, hayatımızı olumlu ya da olumsuz yönde etkileyecek büyük bir potansiyele sahip olduğu artık şüphesiz.

Bugün burada kısaca yapay zekânın yargıda uygulama örnek ve sorunlarına değindikten sonra yapay zekâ teknolojilerinin getirilerinin/kazanımlarının artırılması ve götürülerinin yani risklerinin bertaraf edilmesi için oluşturulması gereken ulusal ve uluslararası yapay zekâ yönetiminde hukukun rolü ve önemi üzerinde duracağız. Kısa konuşmamda, çoklu, inter veya disiplinler arası perspektiflere değinip hukuk üzerinde odaklanarak yapay zekâ yönetişiminin gerekliliğini vurgulamaya çalışacağım. Bugün hukuk, yapay zekâ ilintisini hem aktif/etkileyen hem de pasif /etkilenen, yani hukuk hem bağımlı hem de bağımsız değişken olarak değerlendirilecektir. Bazı önerilerle bitirmeye ve sonuçlandırmaya çalışacağım.

GİRİŞ

Yapay zekâ nedir? Önce “Zekânın” tanımına bakalım; Türk Dil Kurumu (TDK) na (2012) göre zekâ; “Bir bütün olarak, insanların düşünme, akıl yürütme, algılama, yargılama ve nes-

* Boğaziçi Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, murat.onder1@bogazici.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8300-862X

nel olguları kavrama ve uygulama becerisidir.”. Bu doğal insan zekâsıdır. Peki yapay zekâ nedir? Bunun “yapay” olanı.

Yapay zekâ tanımlarında dört farklı boyu kategori öne çıkar (insan gibi düşünme/hareket etme; rasyonel düşünme/hareket etme). Russell ve Norvig yapay zekâyı “algılamayı, akıl yürütmeyi, ve harekete geçmeyi mümkün kılan rasyonel hesaplamalar bütünü” olarak tanımlar. OECD'ye (2019:6) göre yapay zekâ “*Belirli bir insan tanımlı hedefler kümesi için gerçek veya sanal ortamları etkileyen tahminler, öneriler veya kararlar alabilen makine tabanlı bir sistemdir.*”

Kısaca; yapay zekâ, insanın kendi zihinsel yapısını, işlevlerini, özelliklerini vb. inceleyerek, insan zihin yapısına benzer bir zihin/zekâ ortaya koyma çabasıdır.

Yapay zekânın tanımından bile, çok boyutlu bir kavram olduğu açıkça anlaşılır. Her disiplin yapay zekâ kavramını, kendi bakış açısına göre farklı şekilde tanımlar. Nasıl ki her disiplin, tıp, psikoloji, sosyoloji vs insanı yani doğal zekâyı tanımak için çalışıyorsa yapay zekâyı anlamak, tanımak ve geliştirmek için her disiplinin kendine göre katkısı olacaktır ve olması gerekir. Yoksa yapay zekâ sadece teknolojik bir ürün değildir.

Aslında yapay zekâ şemsiye bir kavramdır. Makine öğrenimi, doğal dil işleme, derin öğrenme, uzman sistemler, otonom sistemler, konuşma ve robotik şeklinde sıralanabilir.

Kapsamına göre YZ ise dar kapsamlı, genel ve Süper YZ olarak üçe ayrılır. Tekillik (İngilizce “Singularity”), genellikle karşımıza fizik biliminde “*Kara Delik*” ve “*Büyük Patlama*” konularında çıkan bir terimdir. Teknolojik tekillik, yapay zekâ teknolojisindeki ilerleme sürecinin bir sonucu olarak, insan zekâsının yapay zekâların gerisinde kalarak ayırt edilemeyeceğine, büyük değişikliklere ve tekillığe neden olacağına inanılan bir düşüncedir.

Son 60 yılda bilgi işleme kapasitesi 250 trilyon kat artmıştır (Markram, 2006). Yapay zekâ teknolojisindeki gelişmeler ve veri madenciliği Moore Yasası'nın ötesine geçmiştir. Moore Yasası'ndan yola çıkarak Futuristler 2045'te *teknolojik tekilliğin* (Singularity) gerçekleşeceğine dikkat çekmektedir. Yani yapay zekâ sistemlerinin insan zekâsını aşacağı iddia edilmektedir.

Öncelikle, YZ'nın faydalarından kısaca bahsedeyim. Şu anda, bu devasa verileri ele alıp incelemek için daha sağlam yollara sahip olmamızı gerektiren büyük büyük veri/veri zenginliğinden bahsediyoruz. YZ, yeni teknolojik yenilikler, araçlar ve çeşitlilikler getirmiştir. Ekonomide büyük bir dönüşüm gözlemledik ve çok daha büyüklerini deneyimlemeye devam edeceğiz. Gelecekteki ekonomiler büyük ölçüde YZ'ye dayanacak gibi.

YZ, dönüştürücü çok yönlü etkiler getirmiştir; Bunlarında başında, hız, verimlilik, etkinlik ve maliyet azaltma gelir. Karmaşık sorunlara (küresel ısınma, sağlık, COVID-19, kıtlık vb.) yeni çözümler sunmaktadır.

I. YARGIDA YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARI

Tüm kamu hizmetlerinde sağlayacağı verimlilik, etkinlik, hız gibi faydalarından dolayı yargıda da uygulamalara şahit oluyoruz. Öne çıkan bazı ülke uygulamalarından kısaca bahsedebiliriz.

Çin Halk Cumhuriyeti'nde her yıl ülke çapında 120.000 hâkim, 19.000.000 adet davayla karşı karşıya kalmaktadır. Örneğin, "Intelligent Trial 1.0" adlı bir uygulama, hâkimlerin yargısal materyalleri gözden geçirmelerine ve bağımsız olarak elektronik mahkeme dosyaları ve dava materyalleri oluşturmalarına yardımcı olarak iş yükünü azaltmaktadır. Ayrıca, ülke genelinde mahkemelere dağıtılan 100'den fazla yapay zekâ programı mahkemelere ek destek sağlamaktadır. Bu programlardan birisi de yapay zekâlı kâtiplerdir.

‘Yapay zekâ (robot) hâkim’ sisteminden söz etmek gerekir. Algoritmalar tarafından dijitale aktarılmış milyonlarca veri ışığında öğrendikleri yargılama faaliyetini, dosyaya sunulan delillerle birlikte değerlendirip davanın sonucu hakkında bir tahminde bulunabilen robotların bu tahminleri, gerçek hâkimler tarafından istenirse hükme esas alınabilmekte ve robotların yardımıyla davalar sonuçlanabilmektedir. Şimdiye kadar, bu sisteme ait becerilerin, yalnızca çevrim içi danışmanlık için kullanıldığı söylenebilir.

Yine, yapay zekâlı mahkeme sisteminde delillerin toplanması, tanımlanması ve bilişim yargı ağına aktarılması için kullanılan *blok zincir* teknolojisi ile Çin mahkemeleri, delil niteliğindeki pek çok belgenin elektronik olarak işlenmesi aşamasında verilerin kaybolma, değiştirilme ya da yönlendirilme olasılığını da ortadan kaldırarak, online satış kaynaklı tüketici uyuşmazlıkları, e-ticaretten doğan ürün sorumluluğu gibi küçük ölçekli uyuşmazlıkların çözümünde blok zincirden istifade etmektedir.

Sonuç: Mahkemelerdeki dava kabulü ya da dosya hazırlanması gibi işlemleri yaparak iş yükünü azalttığı ve dava sürecini kısaltmış olduğu görülmektedir.

YZ polis ve sosyal kredi sistemi ile ortaklaşa oluşturulan bir modül üzerinden hareket ederek belirli durumlarda ceza otomazasyonu sağlamışlar. Çin Hükûmeti 2019-2021 yılları arasında bu uygulama sayesinde 45 milyar dolar kamu tasarrufunda bulunulduğunu açıkladı.

2019 yılının Aralık ayında Çin Yüksek Mahkemesi tarafından yayımlanan bir raporda, yapay zekâ destekli ve bilişim teknolojisine ait araçların mahkemelerde delil olarak kabulü hakkındaki açıklama ile büyük veri, bulut bilişim, blok zincir, duruşmalarda ses tanıma, dijitalleştirilmiş delil ikamesi, otomatik belge doğrulama, eşzamanlı e-dosya oluşturma, yapay zekâ destekli vakıa yönetimi gibi modüller uygulanarak hukuken geçerli (yasal) delil elde edilebileceği hususuna vurgu yapılmıştır.

Hollanda; vatandaşlara mahkemeye gitmeden bir yol haritası çizmeyi amaçlayan bu modül, arabuluculuk, müzakere, bilgi ve tavsiye gibi adımlar içeriyordu. Portal oldukça fayda sağlamıştı, boşanmaların birçoğu mahkemeye gitmeden bu portal üzerinden sonuçlandırılabilirdi. Kapanmasının nedeni ise insanların tamamen ücretsiz bilgi almaya yönelmesi nedeniyle sistemin finansal olarak sürdürülemez hâle gelmesiydi. Uygulama sayesinde bireysel dava maliyeti 3000 euro'dan 390 euro'ya kadar düşürmüştü.

Portekiz ve Fransa, Çin gibi ülkelerde denenen yapay zekâ destekli hukuki araştırma ve öngörü araçlarının geliştirilmesiyle, mahkemelerin benzer davalar arasındaki bağlantıları hızlıca tespit etme, belge inceleme süreçlerini hızlandırma ve karar alma süreçlerine destek olma potansiyeli artacaktır. Bu araçlar, zamanla daha sofistike hâle gelerek hukuk profesyonellerine daha fazla öngörü ve stratejik bilgi sunabilir.

Sonuç olarak, hukuk ve yapay zekâ entegrasyonu, teknolojinin getirdiği yeniliklerle birlikte yargı süreçlerinde verimlilik, öngörü ve stratejik analizlerin artması yönünde ilerleyecek ancak bu gelişmelerin adil, şeffaf ve hesap verebilir bir şekilde uygulanabilmesi için yeni yasal düzenlemeler ve etik standartların da geliştirilmesi gerekecektir. Bu süreç, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde düzenleyici kurumların, etik ve hukuk camiasının ve elbette teknoloji uzmanlarının iş birliğiyle şekillenecektir.

Yapay zekâ hâkimliğinin olası faydalarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Tarafsızlık ve önyargısız karar verme
2. Hız, verimlilik ve düşük maliyet
3. Hukuki tutarlılık ve öngörülebilirlik
4. Kötüye kullanımları önleme

Yapay zekâ hâkimliğinin olası riskleri ise şöyle sıralanabilir:

1. Adil yargılanma hakkı ve insan faktörünün eksikliği
2. Değerlendirmenin birey temelli yapılmaması
3. Hesap verebilirlik sorunu
4. Yapay zekâ algoritmalarındaki önyargılar

Yapay zekânın yargıya faydaları da olacaktır. Şöyle ki:

1. Yargıya farklı ve dinamik bir bakış sunar.
2. Yargının etkinliğini ve yararlılığını artırır.
3. Karar alma sürecinde optimizasyon işlevi görür.
4. Yargının daha objektif ve eşit işlenmesini sağlar.

Yapay zekâ ile ilgili gelişmelerle birlikte, birkaç ana sorun ve zorluk da yaşıyoruz. Yapay zekâ ile birlikte birçok şekilde radikal dönüşümden bahsediyoruz; bu nedenle yeni doğan sorunlarımız /sosyal, etik, ekonomik, politik ve diğer sorunlarımız/veya zorluklarımız olacaktır.

Etik Sorunlar; büyük ve vahşi rekabetin insani değerleri engelleyebileceği konusunda büyük bir riskimiz var.

İnsani değerler olmadan 'süper yapay zekâ' riski,

Dünya genelinde Düzenleme Eksikliği,

Özellikle gelişmekte olan ülkelerde veri eksikliği veya sınırlı kullanılabilirlik.

Politik Sorunlar: Yapay zekâ daha fazla demokrasi mi getirecek? Yoksa diktatörlük mü? Çin ve Amerika örnekleri.

Uluslararası güç dengesinde değişikliklerle karşı karşıyayız.

Yeni uluslararası güvenlik riskleriyle karşı karşıyayız,

Mevcut teknolojiiden ve dünya düzeninden radikal bir kopuşa yol açabilir.

Ve diğer güvenlik riskleri; Veri güvenliği, siber tehditler.

Başta kapsamına göre yapay zekâyı üçe ayırmıştık. Yapay süper zekâ (SYZ), yapay zekâ teknolojisinin geleceği ve “ütopik/distopik” kısmıdır. Bir yapay zekâ yalnızca insan davranışını veya zekâsını taklit etmekle kalmayıp aynı zamanda kendi bilincini ve eylemlerini de gerçekleştiriyorsa, buna süper yapay zekâ denir. İşlevsel olarak kendisi için düşünebilen ve daha geniş bir sorun sınıfına çözümler tasarlayabilen bir algoritmadan veya algoritma dizisinden oluşacaktır. Bunun aşırı bir versiyonunu tanımlayan Bostrom (2014), makul bir şekilde dünyayı ele geçirebilecek süper zeki bir YZ riskinden bahsediyor. Stephan Hawking de insanüstü süper yapay zekâların insanlığın sonunu getirebileceğine dair bizleri uyarıyor.

Thomas Hobbes’un leviathan, canavar olarak tasvir ettiği devletin güçleri arasında dengeyi sağlamak için insanlık çok acılar çekti ve uzun yıllar mücadele verdi. Yine aynı şekilde insanlığın faydasına olmayan yapay zekâ gelişme, uygulama ve risklerine engel olmak, *leviethana* dönüşme riski barındıran super yapay zekâ insanlığın hizmetine uygun hâle getirmek hepimizin görevi, ama buradaki hazirunun yüce mahkeme üyelerinin düzenlemelere etkisi bağlamında sorumluluğu biraz daha fazladır.

Elbette, bu sorunları ve zorlukları yönetmek için bazı stratejiler var. Yapay Zekânın neden olduğu sosyo-ekonomik, politik etkileri, etik sorunlar üzerine de birçok çalışma var? Tüm bu sorunlar, zorluklar bizi aslında iş birliği yapmaya zorluyor. Peki, ne tür bir iş birliği?

Evet, birçok faydası ve getirileri yanında saydığımız bu riskleri nasıl bertaraf edeceğiz. İnsanlığın faydasına bir YZ

oluşturmak ve geliştirmek için, küresel iş birliği ve yönetim için aşırı bir aciliyet ve aynı zamanda fırsat olduğunu söyleyebiliriz. Çok düzeyli ve boyutlu yönetim paradigmasına acilen ihtiyacımız var. İşte buna “yapay zekâ yönetişimi” diyoruz, yerel, ulusal ve uluslararası düzeyde bir iş birliği. Ama yapay zekâ yönetişimi konusunda büyük bir zorluğumuz var: Bu, gelişmiş yapay zekânın insanlık için faydalı bir şekilde geliştirilmesini ve kullanılmasını en iyi şekilde sağlayacak küresel normları, düzenlemeleri, politikaları ve kurumları geliştirme meselesidir.

Yapay zekâ stratejisi için önemli maddeler veya başlıklar řu şekilde sıralanabilir:

Yapay zekâ yönetişimi (geliştirme, destekleme, teşvik etme, çok paydaşlı yapay zekâ diyalog mekanizmaları)

Yapay zekâ düzenlemeleri (sert ve yumuşak hukuk kuralları)

Yapay zekâ standartları (insan merkezli, etik, şeffaf, sorumlu, hesap verebilir ilkeler)

II. YAPAY ZEKÂ EKOSİSTEMİ

Tüm canlı ve cansız çevreye verilen ad. Hem yapay zekâ geliştirme hem de problem çözmede çok yönlü, çok katılımcılı ve çok boyutlu işbirliklerini kapsayan bir sistem.

Yapay zekâ ekosistemini analiz etmeden önce, veri ekosisteminden bahsetmek gerekir. Yapay zekâ, büyük veri kümelerinden bağımsız düşünülemez. Veri, geleceğin güç kaynağıdır, kısacası yeni petroldür. Yapay zekânın yakıtı veridir. Dünyadaki tüm verilerin neredeyse %90'ı son iki yılda oluşturulmuştur (Marr, 2020). Yapay zekâ ekosistemi kamu, özel, kâr amacı gütmeyen/sivil toplum, akademi ve endüstriyi içlerir. Bu ekosistemde bir sosyal bilimci olarak yargı mensubu olarak doldurmamız gereken büyük bir yerimiz sorumluluğumuz var.

Kamu sektörünün Ulusal AI stratejileri ve planları, düzenlemeleri ve teşvikleri var. 2017'den sonra birçok ülke YZ Ulusal Stratejileri hazırladı. Bu planlara baktığınızda, hepsi ülkelerinde YZ geliştirecek bir ekosistem inşa etmenin önemini vurgulamaktadır.

Örneğin, ABD Ulusal AI Planında:

“İnsan-AI iş birliği için etkili yöntemler geliştirmeyi”;

“YZ'nın etik, yasal ve toplumsal etkilerini anlayın ve ele almayı”;

“YZ eğitimi ve testi için paylaşılan kamu veri kümeleri ve ortamları geliştirmeyi” vurgulamaktadır.

Türkiye Ulusal Yapay Zekâ Strateji 2021-2025, insan odaklı yeni bir atılım mottosuyla yayımlandı. Türkiye Yapay Zekâ Strateji Belgesi 4. Amaçta; Etik değerlere önem veren bir yasal düzenlemelerin ve uyumun yapılması gerektiğini ve yönetim mekanizmalarının oluşturulmasını belirtir. 5. Amaçta ise uluslararası işbirliklerinin güçlendirilmesi vurgulanmaktadır.

Kamu sektörü YZ'da büyük bir rol oynayacaktır:

1. Kullanıcı Rolü: Devlet kullanıcı ve hizmet sağlayıcı olarak. Devlet akıllı alıcı ve ortak geliştirici olarak.
2. Düzenleyici Rolü: Yasal çerçeve, rehberlik, standartlar, etik YZ, kontrol ve izleme.

Devlet düzenleyici veya kural koyucu olarak.

- Devlet düzenleyen ve standartları belirleyen devlet.
- Devlet veri denetleyicisi ve koruyucusu olarak.
- 3. Destekleyici Rolü: altyapı oluşturma, kapasite oluşturma, teşvikler, fonlama, veri sağlama, YZ için ekosistem oluşturma.
- Devlet finansör veya doğrudan yatırımcı olarak,

III. CEPEJ (AVRUPA YARGI VERİMLİLİĞİ KOMİSYONU) ETİK İLKELERİ

1. Şeffaflık ve Açıklanabilirlik,
2. Hesap Verebilirlik ve İnsan Denetimi,
3. Adalet ve Tarafsızlık,
4. Veri Koruma ve Mahremiyet,
5. Güvenilirlik, Dayanıklılık ve Sürekli Gelişim,
6. Etik ve İnsan Odaklı Yaklaşım,
7. Çok Disiplinli İşbirliği,
8. Kamuoyu ve Şeffaf Denetim Mekanizmaları.

IV. YARGI SİSTEMLERİNDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMINA İLİŞKİN AVRUPA ETİK ŞARTI

1. Temel haklara saygı (Principle of respect for fundamental rights),
2. Ayrımcılık karşıtı olma (Principle of non-discrimination),
3. Kalite ve güvenlik (Principle of quality and security),
4. Şeffaflık, tarafsızlık ve adalet (Principle of transparency, impartiality and fairness),
5. Kullanıcı kontrolü altında olma (Principle of under user control)

V. YAPAY ZEKÂ DÜZENLEMESİNİN TEMELLERİ VEYA TEMEL İLKELERİ;

- Yapay zekâya yönelik kamu güvenini oluşturma,
- Kamu katılımı,
- Bilimsel Dürüstlük ve Bilgi Kalitesi,

- Risk Değerlendirmesi ve Yönetimi,
- Faydalar ve Maliyetler,
- Esneklik,
- Etik Değerler,
- Adalet ve Ayrımcılık Yapmama,
- Bilgi ve Şeffaflık,
- Güvenlik ve Emniyet,
- Kurumlar Arası Koordinasyon

SONUÇ VEYA POLİTİKA ÖNERİLERİ

Tüm YZ çabalarını kamu yararına yönlendirmeliyiz. Küresel düzeyde riskleri ortadan kaldıracak çok seviyeli, ulusötesi mekanizmalar kurulmalı ve güçlendirilmelidir. Politika yapıcılar, YZ'nın olası kötü amaçlı kullanımlarını araştırmak, önlemek ve azaltmak için teknik araştırmacılarla yakın bir şekilde işbirliği yapmalıdır. Etik bir YZ'ya sahip olmalıyız.

Yapay zekâ ekosistemi: Farklı disiplinler ve sektörler arasında, yani kamu, özel sektör, sivil toplum ve akademi arasında bir iş birliği gerekmektedir. Uluslararası politika yapma mekanizmalarının kurulması, Bu alanda politika yapıcılarının bilgilendirilmesi ve eğitilmesi, hükûmetlerin güçlü destekleri gerekmektedir.

YZ'nın toplumsal etkisini artırmak için disiplinler arası çalışmalara daha fazla kamu ve özel fon sağlanmalıdır. Teknoloji, sosyal konular, hukuk çalışmaları ve etiğin kesişim noktalarına yönelik disiplinler arası/sektörler arası işbirliğini ve araştırmayı teşvik etmeliyiz.

İDEAL YAPAY ZEKÂ YÖNETİŞİMİ

İdeal yapay zekâ yönetişi, altyapı, yasalar ve normların

çok disiplinli bakış açılarıyla iyi, daha iyi bir dünya inşa etmek için kullanılabileceği ortak bir vizyon elde etmek için ana planlar önermeyi, yapmayı ve uygulamayı içerir.

Umarım, çalışma alanlarınızda yapay zekâ üzerinde ilginizi çekecek birkaç kelime sarf etmişimdir.

Saygılarımla.



DİJİTAL EGEMENLİK KAVRAMI VE ANAYASA MAHKEMESİNİN DİJİTAL EGEMENLİĞE YAKLAŞIMI

Prof. Dr. Abdurrahman EREN*

GİRİŞ

İnternetin yeni teknolojiler aracılığıyla birey, toplum ve devlet hayatındaki dönüştürücü rolüne “dijital dönüşüm” denilmektedir. Dijital alanda bireyin haklarını ve kamusal ortak değerleri korumak adına ulus devletler ve devlet birlikleri (AB) ile küresel internet şirketleri arasında dijital alanda bir *egemenlik mücadelesi* yaşanmaktadır. Devletler 1990'lardan sonra dijital dönüşüm ve internetin küresel etki alanının genişlemesi nedeniyle egemenliklerine yönelik yeni tehditleri önlemek amacıyla dijital alanda egemenlik mücadelesine başlamıştır.

Geleneksel egemenlik anlayışındaki egemenliğin ülkeselliği (territoriality) ve devletin hiyerarşik (state hierarchy) yapısının yol açtığı katılık karşısında, küresel dijital ağların (global digital networks) yaygın (diffuse), dağınık, esnek (flexible) ve sürekli değişen (forever shifting) yapılarıyla devletler mücadele etmekte zorlanmaya başlamıştır. Geleneksel analog kamusal alanlar devlet müdahalesiyle şekillendiriliyorken, dijital kamusal alanı özel platformlar ve onların ekosistemleri ile para kazanma stratejileri belirlemektedir. Mevcut platformların pazar hakimiyetini sınırlamak için geleneksel rekabet hukuku araçlarını kullanma girişimlerinin yetersiz kaldığı belirtilmektedir. Alternatif bir ulusal dijital ekosistem olmadan dijital egemenliğe kavuşulamaz denilmektedir.

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

Dijital egemenlik kavramı henüz hukuki düzenlemelere doğrudan konu edilmese de 2000'li yılların başından itibaren siyasi söylemde kullanılmaya ve akademik çalışmalara konu olmaya başlamıştır. Bu sunumda öncelikle dijital egemenlik kavramının anlamı, dijital egemenliği açıklayan görüşler, dijital egemenlik mücadelesinin tarafları ve dijital egemenlik konuları ele alınacaktır. Konuşmamın ikinci bölümünde ise dijital egemenlik mücadelesini AB'nin yaklaşımı AB Dijital Haklar ve İlkeler Beyannamesi bağlamında ele alınacak, Türkiye'de AB yaklaşımı doğrultusunda dijital alanda egemenlik bağlamında yapılan çalışmalar üzerinde durulacak ve son olarak AYM'nin kararları üzerinden dijital egemenlik konusuna yaklaşımı üzerinde bir değerlendirme yapılacaktır.

I. DİJİTAL EGEMENLİK KAVRAMI

Akademik alanda John Perry Barlow'un 1996'da yayımlanan "Siber Alanın Bağımsızlığı Bildirgesi" (Declaration of the Independence of Cyberspace) adlı çalışmada, siber alanda devletlerin klasik egemenlik anlayışını sürdüremeyeceği ifade edilmiştir. Fransa'da bu tabir ilk kez 2008 yılında Pierre Bellanger tarafından kullanılmış ve 2014 yılında yazar bu konuyu "Dijital Egemenlik" (La Souveraineté numérique) adlı kitabında müstakil olarak ele almıştır. Siyasi söylemde Fransız İçişleri Bakanı Michèle Alliot-Marie, 2009 yılında "*dijital egemenliğin garanti altına alınması*" ve "*hukukun üstünlüğünün kapsamının dijital alana genişletilmesi*" gerektiğini vurgulamıştır. Alman Hükûmeti, Temmuz 2020'de Almanya'nın Avrupa Konseyi başkanlığına ilişkin resmi programında, "*dijital egemenliği Avrupa dijital politikasının ana motifi olarak tesis etme niyetinde olduklarını*" duyurmuştur. Dieter Grimm, "Egemenlik" başlıklı 2015 tarihli çalışmasında dijital egemenliği veri güvenliğini, e-ticaret ve kişisel hesapların korunmasına yönelik devletlerin tedbir alma gücü olarak tanımlamıştır. Chander ve Sun "Egemenlik 2.0" (Sovereignty 2.0) adlı 2021 tarihli çalışmalarında dijital egemenliği, internet filtreleme teknolojileri kullanılarak ve veri yerleştirme düzenlemeleri ile sınır ötesi veri akışını ve teknolojilerini düzenlemeye yönelik egemen-

lik gücü şeklinde ele almıştır. Milton Mueller'e göre dijital egemenlik, veri akışına sınırlar çizme gücü, dijital sektörde ticaret korumacılığı ve çevrimiçi hesaplar üzerinde devletin gücünün artırılmasıdır.

Dijital egemenlik kavramına dönük yukarıda aktarılan tanımlardan yola çıkarak "Dijital egemenlik, dijital ekosistemde hâkim konuma gelen uluslararası büyük platformlara karşı devletlerin kendi dijital kamusal alanlarına (digital sphere) hâkim olma mücadelesidir." şeklinde bir tanıma ulaşmak mümkündür.

II. DİJİTAL EGEMENLİĞİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

A. SİBER İSTİSNACILIK GÖRÜŞÜ

Siber istisnacılık (cyber exceptionalism) dijital alanın niteliksel olarak analog dünyadan farklı olduğunu ve bu nedenle dijital alanların önceki tüm teknolojik yeniliklerden farklı şekilde ele alınması gerektiğini öne sürmektedir. Bu bakış açısı 1990'larda özellikle e-ticaret ve kripto para alanında hâkim hâle gelmiştir. Siber istisnacılık düşüncesine göre internetin sağladığı bölünemez küresel bilgi akışı karşısında geleneksel egemenlik anlayışındaki egemenliğin ülkeselliği (territoriality) ve devletin hiyerarşik (state hierarchy) yapısının değişmesi ve devletlerin müdahalesi dışında yeni ve özerk bir dijital alanının varlığı savunulmaktadır. Siber özgürlükçüler (cyber libertarians) olarak da alınan bu görüş sahiplerine göre dijital platformların aracılık ettiği dijital siber alanlar, geleneksel egemenliğin müdahale alanı dışında kalmalıdır. Siber istisnacılar özellikle kripto para alanının hala devletin geleneksel müdahale alanının dışında kalmayı başardığını belirtmektedir.

B. ÇOK PAYDAŞLI İNTERNET YÖNETİŞİMİ (MULTI-STAKEHOLDER INTERNET GOVERNANCE)

İnternet yönetişimi (internet governance) hiyerarşik yönetim anlayışı yerine internet üzerinde söz sahibi tüm aktörlerin

karşılıklı iş birliği ve uzlaşmasına dayanan katılımcı, şeffaflığı, açıklığı, hesap verme sorumluluğunu ve yetki devri ve yerindeliği esas alan bir yönetim modelini gerektirmektedir. Geleneksel egemenliğin hiyerarşik yönetim anlayışı yerine çok paydaşlı internet yönetişimi anlayışının hâkim olacağı, bu tip bir yönetişim anlayışının merkezi karar alma otoritesine olan ihtiyacı azaltabileceği ve küresel platformları yönetime dahil edeceği ifade edilmektedir. Çok paydaşlı internet yönetişimi, egemen devletlerin karar alma süreçlerine ikinci bir alternatif olarak değil; paralel bir yönetişim modeli olarak görülmelidir.

C. BAĞIMSIZ DİJİTAL EKOSİSTEM OLUŞTURMA

Henning Kagermann ve Ulrich Wilhelm liderliğindeki bir proje grubu Avrupa'nın dijital bağımlılığından kaynaklanan ve demokratik değerler için özel etkileri olan zorlukları ortaya koymak için 2020 yılında yayımladıkları *"Avrupa Kamu Alanı-Avrupa İçin Dijital Egemenliğe Doğru"* (*European Public Sphere-Towards Digital Sovereignty for Europe*) adlı çalışmada bağımsız dijital ekosistem oluşturma görüşü dile getirilmiştir. Avrupa'nın bağımsız bir Avrupa dijital ekosistemi oluşturarak dijital egemenliğini güçlendirmesi gerektiği vurgulanarak, dijital egemenlik alanındaki mücadele tercihinin "izolasyonculuk" değil "iddialı alternatiflerin yaratılması" olduğu ifade edilmektedir.

Dijital egemenlik konusunda başta gelen kaygı, arama motorlarından sosyal ağlara, alışveriş platformlarından bulut hizmetlerine kadar Avrupa'da vatandaşların, kamu otoritelerinin, kurumların ve işletmelerin kullandığı dijital platformların neredeyse tamamı Avrupa dışındaki özel sektör şirketleri tarafından sağlanmaktadır. Avrupa'nın Avrupalı olmayan platform operatörlerine bağımlı hâle gelmesi, Avrupa'nın ekonomik rekabet gücünü ve dolayısıyla Avrupa toplumunun refahını azaltmanın yanı sıra insanların bireysel özgürlükleri ve mahremiyetleri ile Avrupa'nın demokratik değerleri için özellikle ciddi bir tehdit oluşturduğu belirtilmektedir. Devlet tarafından özel fonlarla sağlanan destekler olamadan

alternatif bir Avrupa dijital ekosisteminin başarılı olma şansı yoktur. Devletin dijital kamusal alanı bir kamu hizmet alanı olarak görüp, ABD merkezli dominant platform sağlayıcılar karşısında haksız rekabeti önleyecek bir tavır içine girmesi önerilmektedir.

III. DİJİTAL EGEMENLİK MÜCADELESİNİN TARAFLARI

Dijital egemenlik mücadelesine devletlerle birlikte büyük ölçekli internet şirketleri de dahil olmuştur. İletişim ve ticari alanda büyük güç haline gelen internet şirketlerine “yarı egemen” (quasi-sovereign) benzetmesi yapılmaktadır. Devletler ile internet şirketleri arasındaki egemenlik mücadelesini başlatan en önemli olay Edward Snowden’ın 2013’te Birleşik Devletler istihbarat servislerinin ve müttefiklerinin *küresel gözetim (global surveillance) uygulamalarını* ifşa etmesi üzerine başlamıştır. Devletler yabancı gözetim ve manipülasyon tehdidine vurgu yaparak dezenformasyon ve iletişim altyapılarına yönelik ulusal dijital egemenlik (national digital sovereignty) alanının daha fazla kontrol altına alınması girişimleri ön plana çıkmaya başlamıştır. İnternet şirketlerinin veri toplama, veri analizi ve veri kontrolüne ilişkin kontrolsüz bir güce sahip olduğunun görülmesi, münhasır ulusal kontrole izin veren, ulusal bir dijital alana olan talebi tetiklemiştir.

IV. DİJİTAL EGEMENLİK KONULARI

A. DİJİTAL SELF-DETERMİNASYON

Dijital egemenlik (digital sovereignty) alanında en önemli konulardan biri “dijital kendi kaderini tayin etme” (digital self-determination) kapasitesi görülmektedir. Kendi kaderini tayin etme bağlamında dijital altyapı ve teknolojilerde devletlerin bağımsız eylem ve kararlar alabilme kapasitesi önem taşımaktadır. Birçok devlet *kontrol mimarisi* (architectures of control) oluşturarak dijital kendi kaderini tayin etme yönünde çaba içine girmeye başlamıştır. Bu kapsamda Çin’in Altın

Kalkan Projesi ve Rusya'nın kapalı ulusal ağ kurma girişimleri öne çıkmaktadır. Dijital self-determinasyonun bir diğer boyutu *kullanıcı özerkliği* (user autonomy) anlamına gelen dijital alanda bireysel kendi kaderini belirleme (individual self-determination) hakkıdır. Kullanıcıların platformlar karşısında özerkliği, bilinçli ve bağımsız bir şekilde eylem ve karar alma yeteneği olarak görmektedirler. Devletler kullanıcı özerkliğini korumak adına özellikle siber saldırılara, kişisel verilen korunmasına, nefret söylemine, dezenformasyona, çocukların korunmasına ve yasa dışı içeriklere ilişkin kararlı bir mücadele başlatmıştır.

B. VERİ YERELLEŞTİRİLMESİ (DATA LOCALISATION)

Dijital egemenlik konularının başında “veri yerelleştirilmesi” (data localisation) gelmektedir. Veri yerelleştirilmesi, devletlerin kendi verilerini depolaması, taşınması ve işlenmesi anlamına gelmektedir. ABD Bulut Yasası (CLOUD-Act) ülke dışı etkiye sahip bir yasa olup, ABD şirketlerince depolanan başka ülkelere ait verilere ulaşma yetkisini ABD Hükûmetine vermektedir. Örneğin, Microsoft, Amazon ve Google gibi şirketlerin hepsi ABD'ye aittir, ancak Avrupa Birliği (AB) genelinde veri merkezlerine sahiptirler. ABD Hükûmeti belli koşullarda bu verilere de ulaşma hakkına sahiptir. Avrupa'da veri yerelleştirme girişiminin sembolik örneği “Schengen Yönlendirme Fikri” olmuştur. Almanya'nın en büyük internet sağlayıcısı ve Avrupa Birliği'nin en büyük telekomünikasyon kuruluşu olan Deutsche Telekom tarafından ortaya atılan bu fikre göre Avrupa içindeki veri akışlarının Avrupa dışındaki değişim noktaları ve rotalar aracılığıyla yönlendirilmesinin önlemesi amaçlanmıştır.

İnternetin ulusal düzeyde yerelleştirilmesine çalışmak, internetin küresel ve açık bilgi akışı sağlayan doğasına ters bir şekilde parçalanmasına (fragmentation) ve devletlerin dijital olarak izalosyonuna yol açacağı eleştirisi yapılmaktadır. 2019 yılında Fransa ve Almanya tarafından ortaklaşa duyurulan ve henüz başlatılmamış olan *Avrupa bulut hizmeti Gaia-X* (the

European cloud service Gaia-X) projesi ile Avrupa'daki küçük ve orta ölçekli bulut sağlayıcılarını, dünyanın en büyük (genellikle ABD merkezli) bulut servis sağlayıcılarına (örneğin Amazon, Google, Microsoft) açık, güvenli ve güvenilir bir Avrupa alternatifi sunmalarına olanak tanıyan ortak bir standart üzerinden birbirine bağlamayı, aynı zamanda Avrupa değerlerine ve veri koruma standartlarına saygı gösterilmesi amaçlanmıştır. Girişim, *Avrupa veri egemenliğine* (European data sovereignty) doğru önemli bir adım olarak politika aktörleri tarafından yoğun bir şekilde desteklenmektedir.

C. E-TİCARET VE REKABETİN KORUNMASI

Dijital egemenlik konularından bir diğeri “e-ticaret ve rekabetin korunması”dır. Ulusal ekonominin yabancı teknolojiler ve hizmet sağlayıcılar karşısındaki özerkliği ve rekabet gününün korunması dijital egemenliğin sağlanmasında temel konulardan görülmektedir. Bu bağlamda özellikle ABD ve Çin kaynaklı büyük e-ticaret platformlarının ulusal pazarlardaki rekabet gücü büyük bir tehdit olarak algılanmaya başlanmıştır. Devletler dijital ekonomi alanındaki bu dengesizliği gidermek üzere, bu alana daha fazla müdahaleye yönelmektedir.

D. DİJİTAL GÖZETLEME

Dijital gözetleme, iletişim ağları üzerinden iletilen verilerin izlenmesi, toplanması ve depolanması anlamına gelmektedir. Dijital gözetlemenin bir boyutu kişisel verilerin mahremiyetinin ihlaliyken, öte yandan ulusal güvenlik bakımından suçla mücadelede elde edilen verilere ulaşma ve kullanma boyutu bulunmaktadır. BM İnsan Hakları Konseyi tarafından hazırlanan bir raporda dijital gözetlemenin kişisel gözetleme, kitle sel gözetleme, veri analizi yoluyla yapılan gözetleme gibi bir çok farklı yöntemi bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan en çarpıcı örneklerden biri ABD’de kullanılan “Ulusal Güvenlik Mektupları” (National Security Letters) aracılığıyla herhangi bir yargı kararı olmadan şirketlerden bilgi talebinde bulunulmakta ve mektubun varlığını açıklamama yükümlülüğü ge-

tırılmaktadır. Bu yöntemle ABD Hükûmeti Microsoft, Apple, Facebook gibi şirketlerden kullanıcıların bilgilerini edilebilmiş ve böylece dijital gözetleme faaliyeti gerçekleştirmiştir.

Facebook-Cambridge Analytica skandal sosyal medya platformlarının gözetleme ve siyaseti manipüle etme girişimlerine nasıl aracılık edebileceğini göstermektedir. İnternetin sağladığı büyük veri üzerinden kişilere ait veriler analiz edilerek ve toplumu yönlendirmeye kalkışılmıştır. 2016 yılında ABD başkanlık seçimlerinde ilgili verilerin Donald Trump lehine seçmen davranışlarını etkileyecek şekilde kullanıldığı iddiası gündeme gelmiştir. Cambridge Analytica'nın Brexit sürecinde Birleşik Krallık vatandaşlarını Avrupa Birliği'nden ayrılmaya teşvik etme amacıyla "Leave.EU" kampanyası için çalıştığı ileri sürülmüştür. Birleşik Krallıkta yürütülen soruşturma neticesinde Leave.EU Group Ltd. şirketine 70.000 paund para cezası verilmiştir. AİHM 2018 tarihli *Big Brother Watch ve diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında öncelikle gelişen teknolojinin terörist ve suçlulara sunduğu imkânlarla değinecek, ulusal güvenliğin korunmasında hangi aracın seçilebileceği dair devletlerin geniş bir takdir payı olduğu ve kitlesel gözetlemenin de bu kapsamda olduğunu belirtmiştir. Bu durumda bağımsız bir denetim ve koruma mekanizmasının var olması demokratik toplum düzeni bakımından gerekli görülmektedir.

E. SOSYAL MEDYA

Dijital egemenlik alanında en çetin mücadele Sosyal medya platformları (Social media platforms) ile devletler arasında yaşanmaktadır. Sosyal medya platformları bilgiye erişim ve paylaşım için büyük fırsatlar sağladığı gibi demokrasi, temel haklar ve hukuk devleti için yeni zorluklar getirmektedir. Sosyal medya hizmetleri sunan *sosyal ağ sağlayıcıları*, 5651 sayılı Kanun'da gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde internet üzerinden görüntülü, sesli veya yazılı içeriklerin oluşturulup paylaşılmasını sağlayan kişiler olarak tanımlanmıştır.

Sosyal medya platformları sıklıkla yanlış bilgilendirmenin (*dezenformasyon*) kanalları haline gelerek vatandaşların güvenilir bilgiye ve demokratik sürece erişimini baltalıyor ve *nefret söyleminin* daha geniş çapta yayılmasına olanak tanıyarak insanların temel haklarını, onurunu ve güvenliğini etkiliyor. Sosyal medya platformlarının ifade özgürlüğü bağlamında sağladığı fayda ile kişilerin hak ve hürriyetleri arasında adil bir denge kurarak sosyal medyanın hesap verebilirliğini ve denetiminin yapılması amaçlanmaktadır. Sosyal medya platformları doğrudan ve müzakereci demokrasi bağlamında milli iradenin oluşmasında ve şekillendirilmesinde partilerin de önüne geçtiği söylenebilir. Sosyal medya platformları sıklıkla yanlış bilgilendirmenin (*dezenformasyon*) kanalları haline gelerek vatandaşların güvenilir bilgiye ve demokratik sürece erişimini baltalıyor ve nefret söyleminin daha geniş çapta yayılmasına olanak tanıyor. Özellikle belli sosyal medya şirketlerinin büyüklüğü ve pazar gücü ile veri toplama ve analiz kapasiteleri devletlerin egemenliğine müdahale içerecek bir kapasiteye ulaşmaları, devletlerin bu konuda özel tedbirler almasına yol açmaktadır

V. DEVLETİN MÜDAHALE TÜRLERİ

Müdahale türleri olarak *internet kapatma anahtarı* (*Internet kill switch*), *anonimliğe karşı tedbirler*, *içeriğe erişimin engellenmesi*, *içeriğin silinmesi*, *filtre programları* ve *derin paket denetimi* (*deep packet inspection*) söz konusudur.

A. FİLTRELEME

Filtreleme yönteminde internet hizmet sağlayıcılar aracılığıyla internet trafiği denetlenerek içeriğin otomatik ve doğrudan engellenmesi yapılmaktadır. Filtrelere hizmet sağlayıcıların belli bir içeriğin yerini tespit edip içeriğe erişimin engellenmesi söz konusudur. Filtreleme yazılımlarında internet trafiği anahtar kelimeler kullanılarak içerik analizi yoluyla ileriye dönük (*ex ante*) içerik engellemesi yapılabilmektedir. Ancak anahtar kelime yönteminde haksız sansüre yol açacak filtrelemeler

de mümkün olabilmektedir. Filtrelemede devlet kurumları internet hizmet sağlayıcılarına filtreleme yöntemi kullanarak hukuka aykırı içeriklere erişimi engelleme yükümlülüğü getirebilmektedir. Devletler geriye dönük (ex post) olarak da mahkeme kararıyla veya bir idari organın kararıyla internet hizmet sağlayıcıdan önceden tespit edilen hukuka aykırı içeriğe engelleme getirmesini isteyebilmektedir.

B. ERİŞİM ENGELLEME

İnternet altyapısı (donanım) internete erişimde fiziksel altyapıyı ifade etmekte ve devletlerin kontrolü ve müdahalesine imkân vermektedir. Bireylerin internete erişimini mümkün kılan donanımlar ülkelerin sınırları içerisinde bulunuyor ve bunlar çoğunlukla devletin doğrudan veya dolaylı kontrolü altındadır. İnternete ulusal boyutta fiziki erişimin engellenmesi veya sınırlaması mümkün olurken, aynı ağa bir başka ülke üzerinden erişim mümkün olabilmektedir. Küresel iletişime aracılık eden büyük şirketler yabancı bir ülkenin şirketi konumunda olduğundan bunlara uygulanacak yaptırımlar karşısında bir başka egemen ülkenin hukuku ile karşı karşıya gelinmektedir. Devletler, ülke sınırları içindeki internete erişimi sağlayan donanımları kullanarak yurtdışı merkezli internet şirketlerine yaptırım uygulayabiliyorlar. Türkiye Türk Telekom, Süperonline, Vodafone, Türknet gibi internet servis sağlayıcılarına engelleme talimatlarını 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesi ile kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliği vasıtası ile veriyor.

C. BANT DARALTMA

Diğer bir müdahale yöntemi “internet trafiğinin daraltılması” (throttling)dir. Bant daraltma uygulaması internet sitesine erişimin ağırlaştırılması anlamına gelmektedir. Kullanıcıların internet sitelerine erişimini yavaşlatır. İnternet hızı sorunları, sosyal medya platformlarına erişim sıkıntısı ve yavaş yüklenme gibi sorunlar gündeme gelir. Türkiye'de bant daraltma uygulamasını yürürlüğe koyma yetkisi Bilişim Teknolojileri Kurumuna (BTK) aittir. Siteye erişim engeli bulunmaz fakat veri

akışı daraltılır. Bu sebepten dolayı verilere erişim gecikmeli ve yavaş olur. Hizmet sağlayıcılar ağ tarafsızlığı (net neutrality) ilkesini bir tarafa bırakarak ücretlendirme yoluyla içerik sağlayıcılar arasında bant daraltısı yoluyla önceleme yapabilmektedirler.

VI. DİJİTAL EGEMENLİK MÜCADELESİNDE AB YAKLAŞIMI

A. AB DİJİTAL HAKLAR VE İLKELER BEYANNAMESİ

1. Genel Olarak

23.01.2023 tarihli Avrupa Dijital Haklar ve İlkeler Bildirgesi'nde (European Declaration on Digital Rights and Principles) açıkça "dijital egemenlik" (digital sovereignty) kavramı tanımlanmamakla birlikte, Başlangıç bölümünde "*AB'nin toplumlarımızın ve ekonomimizin dijital dönüşümüne yönelik yolu, özellikle dijital egemenliği açık bir şekilde kapsamaktadır.*" denilmektedir. Bildirge'nin başlangıcında "Dijital dönüşüm insanların hayatlarının her alanını etkiliyor. Daha iyi bir yaşam kalitesi, ekonomik büyüme ve sürdürülebilirlik için önemli fırsatlar sunuyor." denilerek olumlu yönlerine işaret edilmiştir. Öte yandan Bildirge'nin başlangıcında "Dijital dönüşüm demokratik toplumlarımız, ekonomilerimiz ve bireyler açısından da zorluklar yaratıyor." denilerek dezavantajlı taraflarına vurgu yapılmıştır. Dijital dönüşümün hızlanması ile birlikte AB değerlerinin dijital alana hakim kılınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bildiri AB'nin diğer uluslararası örgütler ve üçüncü taraf devletlerle olan ilişkilerinde de esas alınacaktır

2. Benimsenen Temel İlkeler

- Dijital dönüşümün merkezinde insan hakları olmalı.
- Teknoloji insanları bölmek için değil birleştirmek için kullanılmalı (dayanışma ilkesi).
- Adil ve kapsayıcı bir toplum ve ekonomiye katkıda bulunmalı (kapsayıcılık ilkesi).

- Yapay zekâ, insanlara hizmet eden bir araç olarak işlev görmeli.
- Herkes, hangi çevrimiçi hizmetleri kullanacağını etkin ve özgür bir şekilde seçebilmeli.
- Herkesin güvenilir, çeşitli ve çok dilli bir dijital ortama erişimi sağlanmalı.
- Çevrim içi platformlar, özellikle de çok büyük çevrim içi platformlar, çevrim içi özgür demokratik katılımı ve tartışmaları desteklemeli.
- Herkesin dijital ortamda işlenen bilgilerinin yüksek düzeyde gizliliği, bütünlüğü, kullanılabilirliği sağlanmalı.
- Herkes kişisel verilerinin nasıl kullanıldığı ve kiminle paylaşıldığı konusunda bilgilendirilmeli.
- Hukuka aykırı çevrim içi gözetime, kapsamlı izleme veya müdahaleye karşı koruma sağlanmalı.

3. Yeni Nesil İnternet Girişimi

AB, Dijital Haklar ve İlkeler Beyannamesi ile belirlenen hukuki çerçeveye uygun “yeni nesil internet girişimi (next generation internet /NGI)” başlatmıştır. Dijital ekonomi ve toplum endeksi (DESI), aracılığıyla AB ülkelerinin dijital performansı izlenmektedir. Yeni nesil internet anlayışında; gizliliğin korunması, kullanıcı denetimi ve seçimi, kapsayıcılık, merkezizsizlik ilkeleri esastır. Açık, özgür, küresel, birlikte çalışabilir, güvenilir ve emniyetli internet vizyonu benimsenmektedir. Dijital egemenlik mücadelesinde AB yaklaşımı küresel büyük internet şirketlerine karşı bölgesel dayanışmayı ifade etmektedir.

B. AB MEVZUATINDA YUMUŞAK HUKUK KURALLARI

- 2016 Nefret Söylemi Davranış Kuralları (Code of Conduct on Hate Speech (CoC)).

- 2018'de güncellenen Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi (Audiovisual Media Services Directive (AVM-SD)).
- 2019 Telif Hakkı Direktifi (Copyright Directive (CD)).
- 2021 Terörist İçerik Yönetmeliği, (Terrorist Content Regulation (TCR)).
- 2022 güncellenen Dezenformasyon Uygulama Kuralları (Code of Practice on Disinformation (CoP)).

C. 2022 DİJİTAL HİZMETLER YASASI (DİGİTAL SERVICES ACT (DSA))

9 Ekim 2022 tarihinde yayımlanan ve kısaca Dijital Hizmetler Yasası, 25 Ağustos 2023 tarihinden itibaren 45 milyondan fazla kullanıcısı olan büyük platformlar için uyulamaya girmiştir. 17 Şubat 2024 itibarıyla DSA kuralları tüm platformlar için geçerlidir. Dijital Hizmetler Yasası ile yasadışı malların, hizmetlerin veya içeriğin çevrim içi olarak kaldırılmasına yönelik kurallar, çok büyük platformlar için risk temelli eylemde bulunmaya yönelik yeni yükümlülükler, geniş kapsamlı şeffaflık önlemleri, küçüklerin korunmasına yönelik tedbirler ve ticari kullanıcıların izlenebilirliğine ilişkin yeni kurallar getirilmiştir. Yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte AB'de faaliyet gösteren 19 çok büyük platform ve arama motoru veri toplama, gizlilik, dezenformasyon, nefret söylemi, vb. konularda yeni kurallara uymaya zorunlu hâle gelmiştir. İçerik denetlenmesinin temel prensibi, sosyal medya şirketlerinin bu içeriğin üretimine katılmadıkları sürece yasa dışı içerik barındırma sorumluluğundan muaf olmaları ve yasa dışı içeriğin farkına varılması ve bildirildiğinde kaldırılmasıdır.

D. DİJİTAL PAZAR YASASI (DİGİTAL MARKET ACT / DMA)

Dijital Piyasalar Yasası, geçit bekçisi çevrimiçi platformlarını (gatekeeper online platforms) düzenleyen kuralları içeri-

yor. Geçit bekçisi platformlar, (Google, Amazon, Apple gibi) iç pazarda sistemik bir role sahip olan ve önemli dijital hizmetler için işletmelerle tüketiciler arasında darboğaz işlevi gören dijital platformlardır.

1. Dijital Hizmetler Yasasının Getirdikleri

a. Dijital Hizmet Sağlayıcıları Bakımından

- Hukuki kesinlik.
- AB genelinde tek bir kural seti.
- Avrupa'da daha kolay başlangıç ve ölçeklendirme.

b. Dijital Hizmetlerin İş Kullanıcıları Bakımından

- Platformlar aracılığıyla AB çapındaki pazarlara erişim.
- Yasadışı içerik sağlayıcılarına karşı eşit rekabet koşulları.

c. Toplumun Geneli İçin

- Platformlar üzerinde daha fazla demokratik kontrol ve denetim.
- Manipülasyon veya yanlış bilgilendirme gibi sistemsel risklerin azaltılması.

E. YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN DİJİTAL HİZMET SAĞLAYICILARIN TÜRÜ

Çok büyük çevrimiçi platformlar (very large online platform) ve arama motorları: Yasadışı içeriklerin yayılması ve toplumsal zararlar açısından belirli riskler oluşturmaktadır. Avrupa'daki 450 milyon tüketicinin %10'undan fazlasına ulaşan platformlar için belirli kurallar öngörülmektedir. Çevrimiçi platformlar (Online platform): Çevrimiçi pazar yerleri, uygulama mağazaları, ekonomi platformları ve sosyal medya platformları gibi, satıcıları ve tüketicileri bir araya getiren platformlar. Barındırma hizmetleri (hosting services): Bulut

ve web barındırma hizmetleridir (çevrimiçi platformlar da dahil). Aracı hizmetler (intermediary services): İnternet erişim sağlayıcıları ve alan adı kayıt şirketleridir (barındırma hizmetleri de dâhil).

F. BÜTÜN ARACI HİZMET SAĞLAYICILAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLER

- Üye devletlerin yetkilileri, komisyon ve yönetim kurulu için irtibat noktaları belirlemek.
- Hizmet alıcıları için iletişim noktaları belirlemek.
- Yasal temsilciler: Birlikte hizmet sunan aracılık hizmeti sağlayıcıları, hizmetlerini sundukları üye devletlerden birinde kendilerinin yasal temsilcisi olarak hareket edecek tüzel veya gerçek bir kişiyi yazılı olarak belirler.
- Hizmetin kullanımına ilişkin koşulları ve kısıtlamaları belirtmek.
- Şeffaflık raporlama yükümlülükleri.
- Dâhilî şikâyet yönetim sistemi kurmak.
- Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü oluşturmak.
- Kötüye kullanıma karşı önlemler ve koruma.
- Çevrimiçi ara yüz tasarımı ve organizasyonu.
- Küçüklerin çevrimiçi korunması.

G. ÇOK BÜYÜK ÇEVİRİM İÇİ PLATFORMLAR ve ÇOK BÜYÜK ÇEVİRİM İÇİ ARAMA MOTORLARI İÇİN EK YÜKÜMLÜLÜKLER

AB'de hizmetin ortalama aylık aktif kullanıcı sayısı 45 milyon veya daha fazla olan hizmet sağlayıcılar çok büyük çevrim içi platformlar veya çok büyük çevrimiçi arama motorları kabul edilmektedir. Birlik nüfusunun %10'una denk gelecek şekilde her yıl uyarlanır. Bu platformlara dönük şu ek yü-

kümlülükler öngörülmektedir:

- Risk değerlendirmesi.
- Risklerin azaltılması.
- Kriz müdahale mekanizması.
- Bağımsız denetim.
- Öneri sistemleri.
- Veri erişimi ve incelemesi.
- Şeffaflık raporlama yükümlülükleri.
- Gözetim ücreti.

VII. TÜRK HUKUKUNDA TEMEL MEVZUAT

A. GENEL OLARAK

4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir.

5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, elektronik haberleşme altyapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile ilgili her türlü faaliyetin düzenlenmesi, elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde uyulması gereken ilkeler belirlenmektedir.

23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, e-Pazar yerleri, çok taraflı pazar niteliği taşıyan bir platform iş modelidir. Yeni ekosistemde e-ti-

caret pazar yerleri, yoğun rekabet içerikli bir hal almıştır. Bu nedenle e-ticaret platformlarına yönelik rekabet hukuku ve uygulamalarında farklı bir perspektif benimsenmesi gerektiği dile getirilmektedir. E-ticaret sektörüne özgü (sui generis) tabir edilen yeni sorunlar yeni zarar teorileri ve rekabet hukuku araçlarını gündeme getirmektedir. Kanun, elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Ticari iletişimi, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların, sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımları kapsar.

B. TÜRK HUKUKUNDA SOSYAL MEDYA PLATFORMLARINA MÜDAHALE

Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.

Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliği.

Sosyal ağ sağlayıcı: Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler.

Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi.

İçeriğin yayından çıkarılması: İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılması.

Uyarı yöntemi: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemi.

C. TÜRKİYE'NİN DİJİTAL EGEMENLİK MÜCADELESİNDE BENİMSEDİĞİ STRATEJİLER

Kurum: Dijital Dönüşüm Ofisi/TBMM Dijital Mecralar Komisyonu

Hedef: Dijital Egemenlik/Devlet

Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi

Dijital Devlet Stratejisi

Ulusal Veri Stratejisi

Kamu Bulut Bilişim Stratejisi

Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi

D. DİJİTAL EGEMENLİK MÜCADELESİNDE AYM'NİN YAKLAŞIMI

1. AYM'nin Dijital Egemenlik Tanımı

Öte yandan internetin doğası (ulusal sınırsızlık özelliği) gereği her bir devlet için internetin denetim ve kontrolünde başka zorlukların da bulunduğu, bu zorlukların en önemlilerinden birisinin internetin, devletin klasik ulusal egemenlik anlayışına meydan okuyan karmaşık, dağınık, çok değişkenli, dinamik ve sınır tanımayan küresel ağ yapısı olduğu, devletlerin ülke sınırları içerisinde hukuk kuralı koyma ve bunu uygulama meşruiyetlerini esas alan klasik ulusal egemenlik yaklaşımlarına dayalı mevzuatın ulusal sınır tanımayan bu teknoloji karşısında çoğu zaman yetersiz kaldığı da bir gerçektir. (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, karşı oy gerekçesinden)

2. Benimsenen Temel İlkeler

Slaytlarda yer verilen AYM kararları esas alındığında dijital egemenlik alanında AYM'nin şu dört temel ilkedен hareket ettiği söylenebilir:

- Dijital dönüşümün demokratik toplum düzeninin gereklerini değiştirdiği.
- Çok uluslu şirketler karşısında millî ekonominin korunması.
- Dijital mücadelede yeni yöntemlere başvurulmasının zorunluluğu.
- Dijital mücadelede yasallık ve ölçülülük ilkesine uyulması.

3. Dijital Dönüşümün Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerini Değiştirdiği Yönünde Kararlar

- Mukayeseli hukuk açısından başka ülkelere bakıldığında da toplumun tümünün ve özellikle de çocuklar ile gençlerin ve ailelerin bu alandaki risk ve tehlikelere karşı korunması amacıyla internetin güvenli kullanımının sağlanmasına yönelik tedbirler alındığı, internetle ilgili strateji ve politikalar geliştirildiği, farklı biçimlerde de olsa giderek artan bir oranda internetle ilgili müdahaleler içeren uygulamalara gidildiği görülmektedir (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, karşıoy gerekçesinden).
- İnternetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı doğası ve özellikleri, çok boyutlu, çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapısı ve “ulusal sınır”sızlık/uluslararası niteliği, suç yeri ve zamanı ve suçlunun tespit edilmesi yönünden belirli zorlukları beraberinde getirmekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, karşıoy gerekçesinden).
- Bilgi teknolojilerinin hızla gelişmesi ve dünyanın dijital dönüşüme uğraması toplumların sosyal ve ekonomik hayatını bütün yönleri ile etkilemektedir. Dijitalleşme

sonucunda ticaret de boyut değiştirmiş ve bu durum ticaret kanalları ve alanlarının hızlı bir şekilde çeşitlenmesine yol açmıştır (AYM, E.2022/109, K.2023/125, 13/07/2023).

- İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. İnternet konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014) (*Yaman Akdeniz ve diğerleri* [2. B.], B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 39; *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 52).
- İnternet, ticaretten siyasete, basın-yayından devlet işlemlerine kadar hayatımızın her alanında çok yoğun kullanılan bir iletişim aracıdır. Bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesine sahip olmaları, bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellemekte; bireylerin demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelemektedir (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166).
- İnternetin suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amaçları için sık başvurulmuş bir araç olduğu bilinmektedir. İnternetin özellikle uluslararası menşeli fuhuş, çocuk pornografisi ve müstehcenlik gibi cinsel suçlar için yaygın olarak kullanılması karşısında devletler bu alanda iş birliğine gitmiş ve birtakım tedbirler öngörmüştür (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 23).

4. Çok Uluslu Dijital Hizmet Sunan Şirketler Karşısında

Millî Ekonominin Korunması Gerektiği Yönünde Kararlar

- Dijital dönüşümle birlikte dijital hizmet sunan çok uluslu şirketler, ulusal sınırları aşarak sosyal-ekonomik ve siyasi alanda etki gücüne ulaşmıştır.
- Devletler millî ekonomilerini korumak ve kamu düzenlerini sağlamak amacıyla dijital hizmet sunarak kazanç elde eden dijital hizmet sağlayıcılarını vergilendirmek ve kamu harcamalarının finansmanına ortak etmek maksadıyla kanuni düzenlemeler yapmaktadır.
- Yer sağlayıcıların birçoğunun sunucularını yurt dışında barındırdığı, bu durumun ise yasa dışı ve zararlı içerikle mücadelede sorun oluşturduğu, bu nedenle kanun koyucunun, yer sağlayıcıların kayıt altına alınarak yasa dışı ve zararlı içerikle mücadeleyi arttırmak, ekonomiye katkıda bulunulması ve yer sağlayıcılara teşvik politikalarının uygulanmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla düzenlemeler yapılmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, § 186).
- İnternet ortamında “ulusal sınır” olgusunun bulunmaması nedeniyle, dünyanın herhangi bir yerinde herhangi biri tarafından üretilen içerikler serbestçe yayına konulup dünya genelinde milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. “Uluslararası sızlık olgusunun yanı sıra internetin teknik alt yapısı ve yaygın ağının sağladığı paylaşım ve erişim kolaylığı da kişilerin internet ortamında kimliklerini gizleyerek yasa dışı içerik oluşturup bu içerikleri çok hızlı bir şekilde dünyanın dört bir yanına yaymasına olanak sağlamaktadır (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, karşıoy gerekçesinden).
- Terör ve suç örgütleri bir kısım faaliyetlerini internet ortamına taşıyabilmekte, siber saldırılar yanında ülkelerin milli güvenlik ve kamu düzenlerini yok etmeyi

hedef alan içerikleri çok kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaştırabilmektedirler (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, karşıoy gerekçesinden).

- Günümüzde internetin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatı yönlendiren etkili bir araç olduğunun iyice ortaya çıkmasıyla birlikte devletler, internet üzerindeki etkilerini ve etkinliklerini hem ulusal hem de uluslararası düzeyde arttırmanın gayreti içine girmişlerdir. Siber uzayın mimarisi bu teknolojileri geliştiren ve üreten devletlerin politikaları doğrultusunda şekillenmekte, dolayısıyla bu alanın sınırları ve kuralları büyük oranda bu alanda teknoloji üreten ülkelerin özel ve kamusal güçleri tarafından belirlenmektedir (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, karşıoy gerekçesinden).

5. Dijital Mücadelede Yeni Yöntemlere Başvurulmasının Zorunluluğu Hakkında Kararlar

- Dijital ekonominin soyut mahiyeti nedeniyle geleneksel vergi sistemi ve kuralları bu sektörün etkin bir şekilde vergilendirilmesinde yetersiz kalmaktadır. Zira elektronik kitap, dijital platform üyeliği, dijital müzik hizmetleri ve eğitimler, internetten indirilebilen görseller, internet üzerinden oynanan oyunlar gibi dijital mal ve hizmetlerin tesliminde herhangi bir gümrükten geçiş olmamasının yanı sıra bu işlemlerin takip edilmesi de oldukça güçtür (AYM, E.2022/109, K.2023/125, 13/07/2023, § 335).
- Bu çerçevede fiziki olarak sabit bir işyeri bulunmayan, genellikle elektronik ortamda faaliyet gösteren dijital hizmet sağlayıcılarının vergisel yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak için yetersiz kaldığı anlaşılan geleneksel vergi güvenlik önlemleri yerine tüm faaliyetlerini yürüttükleri internet sitesi üzerinden birtakım önlemlere başvurulması doğaldır.
- İnternetteki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi ancak

erişimin engellenmesi yoluyla yapılabilmekte, erişimin engellenmesi ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilememelik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB) kurulmuştur. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, §§ 85, 86).

- İnternetin haberleşme ve iletişimin yanı sıra suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak da dâhil olmak üzere hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanıldığı veya kullanılabileceği gözetildiğinde telefon veya telgraf gibi geleneksel haberleşme yöntemlerinden farklı olduğu, bu nedenle internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 25).

6. Dijital Mücadelede Yasallık ve Ölçülülük İlkelerine Uyulması Yönünde Kararlar

- Dijital hizmet sağlayıcılarının tüm faaliyetlerini yürüttükleri internet sitesi ile ilgili reklam yasağı, bu kapsamda yeni sözleşme kurulmasının yasaklanması, internet trafiği bant genişliğinin kademeli olarak daraltılması gibi daha hafif kısıtlamaların öncelikle uygulanması, bu kısıtlamalara rağmen vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi durumunda daha ağır yaptırımlara başvurulması ve son aşamada dijital hizmet sağlayıcılarının sunduğu hizmetlere internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi yolu öngörülerek kademeli bir vergi güvenlik tedbiri ihdas edilmesi mümkünken doğrudan erişimin engellenmesine karar verilmesinin hükme bağ-

lanması suretiyle hizmet sağlayıcılarına aşırı külfet yüklendiği, teşebbüs özgürlüğü ile kamu yararı arasında bulunması gereken makul dengenin bozulduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralla teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlamanın orantısız olduğu ve ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

- Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamayacağı veya bu malların satışına aracılık edemeyeceği, ayrıca bu malların farklı elektronik ticaret ortamında satışa sunulması hâlinde bu ortamlar arasında erişim imkânı sunamayacağı ve birbirinin tanıtımını yapamayacağının öngörülmesinin, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara göre zayıf konumda bulunan ve çoğunlukla küçük ve orta ölçekli işletme niteliğinde olan elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların rekabet gücünü koruyarak varlıklarının sürdürülebilirliğini sağlama amacına hizmet ettiği anlaşılmaktadır (AYM, E.2022/109, K.2023/125, 13/07/2023, § ...).
- Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur (*Yaman Akdeniz ve diğerleri* [2. B.], B. No: 2014/3986, 2/4/2014, §26; *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 39).

- Kanun koyucu, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda internet faaliyetleri konusundaki gelişmeleri gözeterek düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 133).
- TİB'in hangi koşullarda ve hangi gereklerle istediği bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından Başkanlığa teslim edileceğine ya da verilen bilgilerin ne kadar süre ile TİB'de saklanacağına, talep edilen bilgilerin mahiyetine, içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirilecek tedbirlere ilişkin herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır. Kurallar bu yönleriyle belirli ve öngörülebilir değildir (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, § 169).
- Günümüzde sosyal medya olarak da ifade edilen internet siteleri dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği ve haberleşme sağladıkları bir mecrâ hâline gelmiştir. Kitleleşme haberleşme aracı olarak kullanılan bu tür sitelerde içeriği suç oluşturan yayınların paylaşılması da söz konusu olabilmektedir. Esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesi Anayasa'nın 22. maddesinde, haberleşmenin kanunla yetkili kılınmış mercii tarafından engellenmesi hâlinde engelleme kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı şeklinde açıkça ifade edilen güvenceyle bağdaşmamaktadır (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 27).

SONUÇ

Dijital alana hâkim olma mücadelesi egemenlik mücadelesi olarak görülmektedir. Dijital alanda egemenlik mücadelesi uluslararası örgütler, devletler ve büyük ölçekli internet şirketleri arasında gerçekleşmektedir. Bu kapsamda ABD, AB ve Çin arasında büyük bir mücadele yaşanmaktadır. Egemenlik mücadelesi yürütülen büyük internet şirketlerinin çoğunun ABD merkezli olması, AB ve Çin gibi küresel güçler bakımından bölgesel ve ulusal egemenliklerini korumaya dönük özel tedbirler almaya yöneltmektedir. AB yaklaşımı internetin sağladığı büyük veri ve küresel etkileşimi engellemeden kendi değerlerine uygun bir hukuksal çerçeve ile dijital hizmetler alanına müdahale etmek şeklinde olduğu görülmektedir. Türkiye'nin hukuki yaklaşımı AB ile uyumlu ve paraleldir. Türk Anayasa Mahkemesi dijital egemenlik mücadelesinde demokratik toplum düzeninin gereklerine dijital dönüşüme uygun bir yaklaşım benimserken yasallık ve ölçülülük ilkelere uygunluğu öncelemektedir.



DİJİTAL ÇAĞDA ANAYASA YARGISI: ÖZEL HUKUK PERSPEKTİFİNDEN BİR İNCELEME

*Constitutional Adjudication in the Digital Age: An Analysis from a
Private-Law Perspective*

Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN*

ÖZET

Bu çalışmada dijital çağda ivme kazanan yapay zekâ, büyük veri ve platform ekonomisinin özel hukuk ilişkilerinde vücut verdiği çok katmanlı menfaat çatışmaları ve anayasa yargısının bu bağlamdaki rolünü incelemektedir. Bu bağlamda öncelikle yüz tanıma sistemlerinin hatalı tutuklamalara, algoritmik işe alım araçlarının gizli cinsiyet ayrımcılığına ve üretken yapay zekânın “uydurma” içtihat üretimine ilişkin vakalar incelenerek dijital teknolojilerin temel hak ve hürriyetler bakımından doğurduğu somut riskler ortaya konulmaktadır. Bunu müteakip sosyal medya platformlarının içerik kaldırma yahut hesap kapatma tasarrufları çerçevesinde ifade hürriyeti, kişilik değerleri ve platform işleticilerinin iktisadi menfaatleri arasında tesis edilmesi icap eden çok boyutlu menfaat dengesi analiz edilmektedir. Ayrıca bu bağlamda menfaat dengesinin salt bireysel menfaatlerle sınırlı kalmadığı, kamusal alanın artık dijital mecralara taşındığı ve bunun sonuçları da incelenmektedir. Buradan hareketle anayasalarda düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında uygulanabilirliğine ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesinin stadyum yasağı kararı ile Türk hukukundaki durum karşılaştırılarak şartlar ve sınırlar incelenmektedir. Çalışma, risk temelli düzenleme ve “private ordering” modellerinin yasama organını “tamam-

* Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, cekin@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3808-5332

lanmamış” normlar ihdasına sevk ettiğini, yürütme erkinin ise bilgi asimetrisi sebebiyle müdahale kapasitesinin sınırlı kaldığını, çatışan menfaatler arasında makul bir denge kurma vazifesi verilen çok uluslu platformların ise bu bağlamda her zaman isabetli bir yaklaşım sergileyemediklerini ileri sürmektedir. Bu itibarla söz konusu boşluğun anayasa yargısı tarafından doldurulması ve özellikle bireysel başvuru usulü vasıtasıyla dijital hak ihlallerinin denetim ve telafisinde belirleyici rol üstlenilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, büyük veri, platform ekonomisi, dijital regülasyon, risk temelli yaklaşım.

ABSTRACT

This study examines the multi-layered conflicts of interest that artificial intelligence, big data, and the platform economy—each gathering momentum in the digital age—generate within private-law relationships, and it analyses the role of constitutional adjudication in addressing those conflicts. It first sets out the concrete risks to fundamental rights and freedoms by reviewing cases in which facial-recognition systems led to wrongful arrests, algorithmic recruitment tools exhibited covert gender bias, and generative AI produced fabricated judicial precedents. It then evaluates the multi-dimensional balance that must be struck among freedom of expression, personality rights, and the economic interests of platform operators in the context of social-media decisions to remove content or suspend accounts. The analysis further demonstrates that this equilibrium is not confined to purely individual interests, for the public sphere itself has migrated to digital fora, and it explores the legal consequences of that migration. Against this backdrop, the German Federal Constitutional Court’s “stadium ban” decision is juxtaposed with the Turkish constitutional framework to scrutinise the conditions and limits governing the horizontal applicability of constitutionally guaranteed rights and liberties. The study contends that risk-based regulation and “private ordering” models impel the legislature to promulgate “incomplete” norms; that the executive’s capacity to intervene remains circumscribed by informational asymmetries; and that the multinational platforms charged with reconciling competing interests do not invariably adopt sound solutions. Accordingly, it concludes that this regulatory lacuna ought to be filled by constitutional review and, in particular, that the individual-application procedure should assume a decisive role in supervising and redressing digital-rights violations.

Keywords: Artificial intelligence, big data, platform economy, digital regulation, risk based approach.

GİRİŞ

Son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler ve hayatın birçok alanına nüfuz eden dijitalleşme eğilimi gerek bireyler gerekse toplum açısından birçok fırsatlar barındırdığı gibi aynı zamanda birçok riski de beraberinde getirmektedir. Söz konusu riskler, hukukun birçok alanında eş zamanlı olarak etkisini göstermektedir. Hemen bu aşamada belirtelim ki bu risklere hukuk düzenince isabetli bir şekilde cevap aramak için sınırlı bir bakış açısı yeterli olmayacaktır. Bilakis bu sorunlara bütüncül bir şekilde yaklaşmak, her zamankinden daha da elzem bir hâle gelmiştir.

Gerek bireylere gerekse toplumun bütününe ilişkin söz konusu risklere dair son yıllarda çarpıcı örnekler yaşanmıştır. Bunlardan bazılarına değinecek olursak:

ABD’de meydana gelen bir olayda sekiz aylık hamile bir kadın, iki çocuğunu okul için hazırlarken aniden altı polis memuru kapısına dayanıp çocuklarının gözü önünde soygun ve gasp suçlamasıyla kadını tutuklamış; kadının telefonuna el konulmuş, kadın on bir saat boyunca gözaltında kalmış ve belirli bir miktar karşılığında serbest bırakılmıştır. Her ne kadar kendisi hakkındaki suçlamalar ve yargı süreci bir ay içinde sonlandırılmış olsa da olayın kaynağına bakıldığında bütün sürecin Detroit Emniyet Müdürlüğüne ait bir soruşturma raporuna göre otomatik yüz tanıma aramasıyla başladığı ortaya çıkmıştır. Yüz tanıma teknolojisi kullanılarak kimliği belirsiz bir faile ait yüzün veri tabanındaki fotoğraflarla eşleştirilmesi sonucu yanlışlıkla ilgili kişi suçlanmış ve süreç yaşanmıştır. Ancak söz konusu teknoloji, özellikle siyah tenli bireyler açısından yanlış sonuçlar vermektedir ve bu olay, siyah tenli bireylere ilişkin altıncı vakia olarak belirtilmektedir. Anlaşıldığı üzere yüz tanıma algoritması, özellikle siyah tenli bireyler açısından yanlış sonuçlar vermeye meyillidir¹.

1 Hill, K. (2023). “Eight Months Pregnant Woman Arrested After False Facial Recognition Match”, Federal Public Defender, <https://www.fd.org/news/eight-months-pregnant-woman-arrested-after-false-facial-recognition->

Başka bir olayda Amazon firmasının işe alım süreçlerinde yapay zekâ teknolojilerinden istifade ettiği ancak algoritmanın ayırımcılık yaptığı iddia edilmiştir. Somut olayda iş başvurularını değerlendirmek üzere bir algoritma öncelikle son on yıl boyunca “başarılı” olarak değerlendirilen öz geçmişlerle eğitilmiş, elde edilen bu veriler üzerinden yeni başvurular değerlendirilmiştir. Şunu da belirtelim ki iş başvurularında cinsiyet belirtilmemekte, dolayısıyla algoritma doğrudan başvuranın cinsiyetine dair bir bilgiye sahip olmamaktadır. Ancak eğitim veri setindeki örüntü, erkeklerin başvurularını başarılı olarak algıladığı için, “kadın satranç kulübü üyesi/yöneticisi” gibi “kadın” ifadesini içeren başvurular olumsuz değerlendirilmiştir. Hatanın tespiti akabinde firma söz konusu teknolojinin kullanımını sonlandırmıştır².

Yapay zekâ teknolojilerinin dikkatsizce kullanımı sebebiyle mahkemeler nezdinde de sorunlar yaşanmıştır. Case law sistemine dayalı olan Amerika Birleşik Devletleri’nde bir hava yolu şirketiyle yaşanan ihtilaf çerçevesinde bir avukat, ChatGPT uygulamasından elde ettiği fakat gerçekte olmayan altı adet yargı kararını “içtihat” olarak mahkemeye sunmuş, yargıç ise söz konusu kararları araştırmasına rağmen bulamadığı gerekçesiyle avukata söz konusu kararları mahkemeye sunmasını istemiştir. Ardından avukat, yaptığı araştırma neticesinde böyle bir kararın olmadığını ve yapay zekanın “halüsinasyon” sebebiyle bu kararları “uydurduğunu” itiraf etmiş; ardından mahkeme 5.000 USD miktarında bir ceza vermiştir³.

match (Erişim Tarihi: 17/6/2025); Alsharif, M. ve Santana, C. (2023). “Detroit woman sues city after being falsely arrested while pregnant due to facial recognition technology”, NBC News, <https://www.nbcnews.com/news/us-news/detroit-woman-sues-city-falsely-arrested-8-months-pregnant-due-facial-rcna98447> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

2 Dustin, J. (2018). “Insight – Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, Reuters, <https://www.reuters.com/article/world/insight-amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK0AG/> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

3 Milmo, D. (2023). “Two US lawyers fined for submitting fake court citations from ChatGPT”, The Guardian, <https://www.theguardian.com/technology/2023/jun/23/two-us-lawyers-fined-submitting-fake-court-citations-chatgpt> (Erişim Tarihi: 17/6/2025).

Washington Post gazetesine göre ABD’de Haziran 2023’ten bu yana buna benzer 95 olay meydana gelmiştir⁴.

Yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesi aşamasında ihtiyaç duyulan devasa veri setlerinin elde edilebilmesi amacıyla internette “kazıma” (scraping) faaliyetlerinde bulunduğu gerekçesiyle OpenAI ve Microsoft şirketlerine karşı New York Times dava açmış, kendi içeriğinin haksız ve hukuka aykırı şekilde OpenAI tarafından kullanıldığını ve bu içerik vesilesiyle yapay zekâ algoritmalarının eğitildiğini iddia etmiştir⁵.

Toplum nezdinde tartışmalara sebebiyet veren bir diğer husus kuşkusuz sosyal medya ağlarının davranış kurallarına ilişkindir. Özellikle büyük çaplı toplumsal olaylarda X ya da Meta gibi sosyal medya ağlarının topluluk kurallarına dayanarak bazı hesapları askıya alması birçok tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bunun en meşhur örneği ise 2021 yılında 89 milyona yakın takipçisi olan ABD Başkanı Donald Trump’ın Twitter’dan atılmasıdır. Benzer şekilde Rusya-Ukrayna savaşı sürecinde ya da İsrail’in Gazze’ye saldırıları bağlamında da birçok hesap kapatılmış ya da askıya alınmıştır.

Görüldüğü üzere yapay zekâ başta olmak üzere yeni gelişen teknolojiler, dijital çağda hukukun birçok alanını doğrudan etkileyen riskleri beraberinde getirmektedir. Sadece yukarıda verilen örnekler, kişiler hukuku, iş hukuku, haksız fiil hukuku, ceza ve ceza muhakemesi hukuku, fikrî haklar ve sınai mülkiyet, platform hukuku gibi birçok farklı alanı ilgilendirmektedir. Ancak hukuk düzenince bu gelişmelere verilecek yanıt, belirtildiği üzere dar kapsamlı ve sadece bir hukuk alanıyla sınırlı olmamalıdır. Hukuk düzeni, her bir fenomene yanıt verirken doğrudan ya da dolaylı olarak çatışan

4 Wu, D. (2025). “Lawyers using AI keep citing fake cases in court. Judges aren’t happy”, The Washington Post, <https://www.washingtonpost.com/nation/2025/06/03/attorneys-court-ai-hallucinations-judges> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

5 Daha geniş bilgi için bkz. Pope, A. (2024). “NYT v. OpenAI: The Times’s About-Face”, Harvard Law Review Blog, <https://harvardlawreview.org/blog/2024/04/nyt-v-openai-the-timess-about-face> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

farklı menfaatleri dengelemeyi amaçlamalıdır. Kanaatimizce yeni gelişen teknolojiler açısından da durum böyledir. Bir diğer ifade ile dijital çağda da çatışan farklı menfaatlerin makul bir dengeye oturtulması gerekmektedir. Gerçekten de yapay zekâ başta olmak üzere dijital çağ hem bireyler hem de ülkeler açısından çok önemli fırsatlar barındırmaktadır. Çin ile ABD arasındaki yapay zekâ yarışı, bunun somut bir örneğidir⁶. Diğer taraftan bu teknolojilerin bireyler ve toplum üzerindeki risklerine de yukarıda sınırlı bir çerçevede de olsa işaret edilmeye çalışılmıştır. Kanaatimizce tam bu aşamada anayasa yargısının önemi ortaya çıkmaktadır. Zira anayasa yargısı, hangi menfaatlerin ne şekilde dengelenmesi, hangi menfaate ne ölçüde öncelik tanınması ve hangi menfaatin kısıtlanması gerektiğine ilişkin öncül bir role sahip olacaktır. Bu bağlamda hemen belirtelim ki bu çalışmanın kapsamına, anayasa yargısının bir unsuru olan norm denetimi dâhil edilmeyecektir. Çalışmanın konusunu temel hak ve özgürlüklerin isabetli bir menfaat dengesine oturtulması teşkil ettiği için bu bağlamda bireysel başvuru konusu önem kazanacaktır. Bu bağlamda ise özellikle temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki etkisi, yatay ilişkide meydana gelen menfaat çatışmalarının nasıl ve ne şekilde dengeye oturtulması gerektiği gibi hususlara öncelik verilecektir.

Bu açıklamalar ışığında aşağıda dijital çağda kurulması gereken menfaat dengeleri sosyal medya platformları örneği üzerinden incelenecektir. Bununla birlikte diğer alanlarda da benzer menfaat çatışmaları elbette söz konusu olacaktır. Ancak bütün senaryoları incelemek bu çalışmanın kapsamını aşırı oranda genişleteceği için bu çalışmada genel kaideler üzerinden bir inceleme yapılmakla yetinilecektir.

6 Daha geniş bilgi için bkz. Zhang, M. Y. (2025). "The China-US AI Race Enters a New (and More Dangerous) Phase: A new tech cold war is underway — and accelerating", The Diplomat, <https://thediplomat.com/2025/05/the-china-us-ai-race-enters-a-new-and-more-dangerous-phase> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

I. DİJİTAL ÇAĞDA YENİ (ÇOKLU) MENFAATLER DENGESİ

Özel hukuk, çoğu zaman bireyler arasındaki yatay ilişkide çatışan farklı menfaatleri dengelemeyi amaçlamaktadır. Özellikle borçlar hukuku, ticaret hukuku ve hatta iş hukuku gibi alanlarda riziko dağılımına ilişkin birçok düzenlemeye rastlamak mümkündür⁷. Buna küçük bir örnek olarak bir müzayedede esnasında arkadaşını selamlamak amacıyla elini havaya kaldıran kişinin hareketinin müzayedeci tarafından pey sürme olarak algılanmasının haklı görülmesi halinde taraflar arasında fiilî olmasa da farazi (normatif) bir uyuşmanın olduğunun kabul edilmesi müzayedede el kaldırmanın (hukuki) riskini gözler önüne sermektedir⁸. Ancak hukuk düzeni, elini kaldıran kişiyi ilgili sözleşmeyle mutlak surette bağlı kılmakta, ona iradesine aykırı şekilde akdettiği bu sözleşmeyi iptal etme imkânı tanımaktadır. Ancak bunun karşılığında karşı taraf zarara uğradığı takdirde iptal eden taraf kusurluysa karşı tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü kılınmaktadır. Borçlar hukuku ders kitaplarının bütününde rastlanan bu klasik olay dahi taraflar arasındaki riziko dağılımına dair güzel bir örnek teşkil etmektedir.

A. ÇOK BOYUTLU MENFAATLER DENGESİ

Bununla birlikte hemen belirtelim ki dijital çağda kurgulanması gereken menfaat dengesi iki tarafla sınırlı kalmamaktadır. Özellikle sosyal medya platformları örneğinde görüleceği üzere artık çok boyutlu bir menfaatler çatışması gündeme gelmektedir. Bu hususu platform ekonomisi çerçevesinde yaşanan ve hukuki düzenlemelere de konu olan bazı sorunlar üzerinden açıklamakta fayda olacaktır. Şöyle ki kişilik hakkına ilişkin hakaret, itibar kaybı, karalama gibi örneklerde bir kişi diğer bir kişinin kişilik değerlerine müdahalede bulun-

7 Bkz. Kötz H. (2018). "Risikoverteilung im Vertragsrecht", *JuS*, S. 1., s. 1 vd.

8 Güven nazariyesine ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu N. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I*, 7. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 132 vd.

makta; ardından bu müdahalenin ifade özgürlüğü, teşebbüs hürriyeti gibi sınırlar içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenmektedir. Oysa dijital çağda artık sadece iki taraflı bir menfaat çatışması söz konusu olmayıp özellikle platform işleticisi ve onun ekonomik menfaatleri de devreye girmektedir. Dolayısıyla hukuk düzeni bugüne kadar kişilik hakkı ile ifade hürriyeti arasında bir denge tesis etme sorunuyla karşı karşıyayken dijital çağda bir tarafın ifade özgürlüğü, diğer tarafın kişilik hakkı, diğer yandan da platform işleticisinin ekonomik menfaatleri hatta kendi ifade özgürlüğü arasında bir denge tahsis etmek zorunda kalmaktadır.

Platform ekonomisi ise bu hususa farklı bir boyut kazandırmaktadır. Şöyle ki dijital platformlar üzerinden gerçekleşen elektronik ticaret işlemlerinde sadece alıcı, satıcı ve platform işleticisinin ekonomik menfaati dikkate alınmamakta, şayet üçüncü kişilerin korunan hakları da ihlal edildiği takdirde bunların menfaatleri de çeşitli hukuki düzenlemeler vesilesiyle korunmaya çalışılmaktadır. Buna bir örnek olarak 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun mad. 9 f. 1 uyarınca her ne kadar aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu olmasa da f. 2'ye göre söz konusu içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde artık söz konusu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmakla yükümlü kılınmaktadır. Aynı düzenlemenin üçüncü fıkrasında ise hak sahibinin fikrî ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, şikâyeti konu ürünü yayımdan kaldırmakla yükümlü kılınmış ancak elektronik ticaret hizmet sağlayıcıya bu duruma karşı itiraz etme imkânı da tanınmıştır.

Diğer taraftan çevrim içi ortamlarda gerçekleştirilen yayınlar açısından 5651 sayılı Kanun mad. 9 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği ilgili karar⁹ da burada be-

9 AYM, E.2020/76, K.2023/172, 11/10/2023, §§ 104-106.

lirtilmeye değerdir. Söz konusu kararda Mahkeme, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin uygulanması aşamasında sulh ceza hâkimliklerinin çelişkiden ari, yeknesak, gecikmeye mahal vermeksizin kararlar veremediklerini belirtmektedir. Ancak bu çalışma açısından daha da önemli olan nokta ise “*çatışan haklar arasında adil bir denge gözetiminin sağlanmasına ilişkin bir yaklaşımın tespit edilemediği*” hususudur. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, gerek önceki bireysel başvuru kararlarında gerekse söz konusu kararında çeşitli taraflar arasında kurulması gereken menfaat dengesine açıkça vurgu yapmaktadır¹⁰.

AB hukukuna bakıldığında Dijital Hizmetler Yasası¹¹ mad. 20 çerçevesinde öngörülen dâhilî şikâyet işleme mekanizması kurma yükümlülüğü de bu bağlamda önemli bir örnek teşkil etmektedir. Dijital Hizmetler Yasası, çevrim içi aracı hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerini yeniden düzenleyen ve özellikle dijital ortamda kullanıcı haklarını güvence altına almayı amaçlayan kapsamlı bir düzenleme niteliğindedir. Bu bağlamda madde 20, çevrim içi platformların kullanıcılarına yönelik etkili ve erişilebilir bir dahili şikâyet mekanizması kurma yükümlülüğünü öngörmektedir. İlgili düzenleme özellikle içerik kaldırma, hesap askıya alma veya erişim kısıtlamaları gibi kararların hukuka uygunluğu ve kullanıcı haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Şöyle ki ilgili düzenlemeye göre çevrim içi platformlar, kullanıcıların platform tarafından alınan belirli içerik denetimi kararlarına karşı şeffaf, adil ve zamanında bir şekilde inceleme talebinde bulunabilmelidir. Bunun için ise çevrim içi platformun bir iç mekanizma oluşturma zorunluluğu öngörülmektedir. Ayrıca söz konusu şikâyet mekanizmasının otomatik olmayan bir

10 Konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Işık, A. (2022). “Anayasa Mahkemesi’nin 5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30., S. 3., s. 967 vd.

11 Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065> (Erişim: 17/6/2025)

şekilde yani insan müdahalesiyle değerlendirme yapılmasını garanti altına alması gerekmektedir. Böylelikle algoritmik hatalar veya yanlış sınıflandırmalara karşı etkili bir denetim yolu sağlanmış olur. Ayrıca bu mekanizmanın ücretsiz, kolay erişilebilir, kullanıcı dostu ve makul bir süre içinde sonuçlandırılabilir olması gerekmektedir. İlgili düzenlemenin amacı, kullanıcıların temel haklarının özellikle ifade özgürlüğü ve etkili başvuru hakkının dijital ortamda da korunması olarak belirtilmektedir. Zira platformlar, kamu hizmeti benzeri işlevler gördüklerinden, bu tür kararları keyfî şekilde alma riskine karşı kullanıcı lehine etkili denetim yolları öngörülmektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, özel hukuk kişileri olan platformların kullanıcılarla kurduğu ilişkiye kamusal sorumluluklar atfederek özel alan ile kamu hukuku arasında köprü kuran bir düzenleme örneği olarak nitelendirilebilecektir¹².

Örnek olarak zikredilen bu düzenlemeler, dijital platformlar açısından ne kadar karmaşık ve hassas bir menfaat dengesinin tahsis edilmeye çalışıldığının açık bir göstergesidir.

B. KAMUSAL ALANIN SINIRLARI

Çok boyutlu menfaat dengesinin tahsis edilmesi aşamasında kanaatimizce bir diğer sorun, kamusal alanın sınırlarına ilişkindir. Şöyle ki hür ve demokratik bir toplumda farklı fikirlerin ve görüşlerin tartışılması, kamusal alanda gerçekleşmektedir. Ancak söz konusu kamusal alan, bir diğer ifade ile farklı bireylerin bir araya gelip fikirlerini tartıştığı, protestolar düzenlediği, farklı görüşlerini tartıştığı alan sokaklardan dijital mecralara taşınmıştır. Dijital ortamların da kamusal alan olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmalar¹³

12 Hofmann, F. ve Raue, B. (2023). *Digital Services Act: Article by Article Commentary*, Münih-Oxford-Baden-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, mad. 20, kn. 3; ayrıca daha geniş bilgi için bkz. Işık, A., (2025), *İnternet Aktörleri ve Egemenliğin Değişen Boyutları*, 2. Baskı, Oniki Levha, ss. 150-152.

13 Konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Yalçın, C. E. (2022). "Klasik Kamusal Alandan Sanal Kamusal Alana: Demokrasi ve İnsan Hakları İdeali için Normatif bir Değerlendirme", On İki Levha Yayıncılık. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin B. No: 2017/36889, 29/9/2022 tarihli

her ne kadar bu çalışmanın konusu olmasa da bu mecraların kamusal alan olarak kabul görmesi hâlinde temel hak ve özgürlükler açısından çok önemli sonuçlar doğmaktadır. Şöyle ki kamusal alanı “sokaklar” olarak kabul ettiğimiz durumlarda sokağın düzenini sağlayacak olan elbette devlettir. Bu bağlamda da devletin söz konusu düzenleme ve denetleme faaliyetleri kapsamında temel hak ve özgürlüklerle bağlı olduğu hususunda tereddüt yoktur. Ancak dijital çağda farklı fikirlerin tartışıldığı, kamuoyu görüşünün belirlenmeye çalışıldığı, insanların fikirlerinin yönlendirilmeye çalışıldığı ortam artık sosyal medya platformlarıdır. Bu bağlamda da çatışan farklı menfaatleri makul bir dengeye oturtmaya çalışması gereken, söz konusu sosyal medya platformlarını yöneten çok uluslu şirketler olacaktır. Provokatif bir söylemle, çok uluslu platform sahibi şirketlerin bu bağlamda “anayasa yargıçlığı” yapması gerekmektedir¹⁴.

Özel hukuk sükelerinin bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ne derece bağlı olduğuna ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesinin güncel bir kararına¹⁵ değinmekte fayda olacaktır. İlgili olayda bir futbol müsabakası neticesinde çıkan bir kavgaya karışan bireye karşı Alman Futbol Federasyonu (DFB) tarafından iki senelik ve Almanya’daki DFB tarafından

kararında karşı oy yazısı olarak sunulan gerekçenin de aynen zikredilmesi faydalı olacaktır: “Meydanlar, aynı zamanda kamusal alanın fiziksel olarak vücut bulmuş biçimlerinden biridir. Her ne kadar günümüz dijital çağında fiziksel mekanların önemi azalmış görünse de, önemli demokratik işlevler için fiziksel ortam ve mekanlara halen ihtiyaç duyulmaktadır (John R. Parkinson, “Does Democracy Require Physical Public Space?”, R. Geenens, R. Tinnevelt (der.) Does Truth Matter?, Springer Science, 2009, s. 112). Meydanlar demokrasinin gelişmesi ve korunmasında halkın katılımına ve birbirleriyle etkileşim içinde olmalarına imkan sağlamaları yönünden önemlerini korumaktadır. Ülkemizden çok yakın tarihli bir örnek vermek gerekirse, 15 Temmuz darbe girişiminin önlenmesinde ve milletin demokrasiye sahip çıkmasında halkın kent meydanlarında toplanmasının önemi yadsınmaz.”

14 Platformların “özel hâkim” ya da “yardımcı polis” konumuna getirildiğine dair eleştiriler için bkz. Spindler, G. (2017). “Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?”, ZUM, s. 485; Guggenberger, M. (2017). “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht”, ZRP, s. 100.

15 BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018, 1 BvR 3080/09.

düzenlenen bütün müsabakalarda stadyum yasağı uygulanmıştır. Kararında Federal Anayasa Mahkemesi, öncelikle stadyum sahibi kulüplerin mülkiyet hakkı çerçevesinde tesislerine kimlerin girip girmeyeceğine ilişkin tek taraflı karar verme yetkisine sahip olduğunun altını çizmiştir. Diğer yandan Alman hukukunda kabul gördüğü üzere Federal Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükler kural olarak devleti yükümlü kılmaktadır¹⁶. Buradan hareketle birey, kural olarak sözleşme serbestisi çerçevesinde kiminle sözleşmesel ilişkiye gireceğini kendi takdirine göre belirleyebilir; Anayasa Art. 3 f. 1 GG'de düzenlenen eşit davranma ilkesi, herkesle sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde yorumlanamaz. Bununla birlikte Mahkeme, özel hukuk hükümlerinin yorumlanmasında temel hak ve özgürlüklerin bütünüyle göz ardı edilmesinin söz konusu olmadığını belirterek özel hukuk normlarının da temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde yorumlanması gerektiğine dair "dolaylı etki" içtihadını tekrarlamıştır. Somut olayda Mahkeme, özellikle şu bulgulara dikkat çekmiştir: (1) Kulüp, stadyumu kendi iradesiyle herhangi bir ayırım yapmaksızın geniş kitlelere açmaktadır. (2) Futbol müsabakaları, sosyokültürel bağlamda Alman toplumu için büyük önem taşıyan ortamlardır. Dolayısıyla stadyum yasağı, kişiyi bu sosyokültürel etkinlikten mahrum kılmakta; onun toplumsal bir faaliyete katılımı ve dolayısıyla toplumun bir parçası olma, toplumsal hayata katılım sağlama imkânını elinden almaktadır. (3) Futbol kulüplerinin stadyumların organizasyonu açısından tekel konumunda oldukları dikkate alındığında kulüp ile taraftar arasında ciddi bir güç asimetrisi meydana gelmektedir. Bu güç asimetrisinin bireyin toplumsal hayata katılımı açısından arz ettiği önem dikkate alındığında kulübün keyfî sebeplerle sözleşme serbestisine dayanarak bireyi bu imkândan mahrum kılması isabetli olmayacaktır. Dolayısıyla stadyum yasağına ilişkin kararın, eşitlik ilkesi ışığında objektif ve

16 Türk hukukunda ise Anayasadaki açık düzenlemeler sebebiyle bu husus tartışmalıdır; daha geniş bilgi için bkz. Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık.

mantıklı gerekçelere dayanması gerekmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, kulübün mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü ile taraftarın eşit muamele görme beklentisi arasında makul bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Buradan hareketle Mahkeme, öncelikle kulübün sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraftarı keyfi bir şekilde sosyal hayattan dışlayamayacağını, bunun için nesnel bir gerekçe sunması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda kamu düzenini ciddi şekilde bozma riski taşıyan kişiler açısından böyle bir yasağın öngörülmesi mümkündür. Ancak bu bağlamda bireyin önceden dinlenilmesi, kararını gerekçelendirmesi gerektiği ve verilen kararın da orantılılık ilkesine uygun olması gerektiğine işaret etmiştir. Netice itibarıyla Anayasa Mahkemesi, temyiz mercii olan Alman Federal Adalet Divanının kararının bütün bu hususlar açısından anayasaya aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir.

Her ne kadar söz konusu karar, sosyal medya platformlarına ilişkin olmasa da konumuz açısından birçok önemli hususu içermektedir. Şöyle ki Alman hukukunda temel hak ve özgürlükler kural olarak yasama, yürütme ve yargı olarak devleti doğrudan muhatap almaktadır. Özel hukuk ilişkilerinde ise temel hak ve özgürlükler ancak dolaylı olarak etkisini göstermektedir¹⁷. Oysa Türk hukukunda Anayasa mad. 11 hükmünde açıkça anayasa hükümlerinin “kişileri bağlayan” temel hukuk kuralları olduğu, mad. 12 hükmünde ise “kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva” ettiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman hukukunda özel hukuk ilişkilerinde ancak istisnai durumlarda uygulama alanı bulan eşitlik ilkesinin Türk hukukunda özel hukuk ilişkilerinde evleviyetle uygulama alanı bulabileceğini söylemek imkân dahilinde olacaktır. Ancak kanaatimizce asıl önemli olan husus, Federal Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine ilişkindir. Şöyle ki nasıl futbol müsabakalarına katılım sağlama, sosyo-kültürel açıdan toplumsal hayatın bir parçası

17 Daha geniş bilgi için bkz. Çekin, M. S. (2016). “Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi”, *İÜHFİM*, C. LXXIV., S. 2., s. 651 vd.

ise, günümüzde siyasi, ekonomik ve hatta bilimsel tartışmalara katılım sağlamanın en önemli ortamlarından birisi de kuşkusuz sosyal medya platformlarıdır. Bireyler bu platformlar üzerinden fikirlerini beyan etmekte, taraftar toplamakta, kitleleri yönlendirmekte, algı oluşturmakta, ürünlerini tanıtmakta, satmakta, iş ilişkileri kurmakta, iş ve/veya arkadaş bulmakta, dolayısıyla toplumsal hayata katılım sağlamaktadırlar. Buna karşılık söz konusu platformlar çoğunlukla kendi “topluluk kurallarına” göre ihtilafları çözümlemeye çalışmaktadırlar. Her ne kadar platform regülasyonuna ilişkin gerek ülkemizde¹⁸ gerekse diğer ülkelerde¹⁹ farklı düzenlemelere yer verilmiş olsa da bu bağlamda sosyal medya platformlarını yöneten kişilerden çatışan farklı menfaatleri dengelemeleri beklenmekte; onlar ise öncelikle kendi platform kurallarını, bir diğer ifade ile kendi temel hak ve özgürlük anlayışlarını uygulamaktadırlar. Gerçekten de yukarıda işaret edilen AB Dijital Hizmetler Yasası mad. 20 hükmünde olduğu gibi platformlar tıpkı bir yasama erki gibi kendi kurallarını oluşturacak, ardından yürütme erki gibi bunların uygulanmasını sağlayacak ve nihayet bu kurallara aykırılık tespit etmeleri halinde yargı erki benzeri müeyyideler uygulayacaktır. Bununla birlikte söz konusu platformların çok uluslu özel hukuk sükreleri olduğu dikkate alındığında bu teşebbüslere bu denli geniş yetkilerin tanınması, onların çatışan farklı menfaatler açısından ne denli isabetli bir şekilde karar verebileceği hususunda şüpheleri de beraberinde getirmektedir.

C. RİSK TEMELLİ YAKLAŞIM

Dijital çağda çatışan menfaatlerin dengelenmesi açısından sorun teşkil eden bir diğer husus kanaatimizce dijital regülasyonda sıkça karşılaşılan risk temelli yaklaşımdır. Gü-

18 Sosyal ağ sağlayıcıları için bkz. 5651 sayılı Kanun ek madde 4; elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları için bkz. 6563 sayılı Kanun ek madde 2.

19 Avrupa Birliği nezdinde Dijital Hizmetleri Yasası’nın yanında ulusal düzenlemelere de rastlamak mümkündür. Bunlara örnek olarak Almanya’da “Ağ Uygulama Yasası” (Netzdurchsetzungsgesetz-NetzDG) gösterilebilir. Fransa’da ise benzer bir düzenleme, yürürlüğe girmeden kısa bir süre evvel *Conseil Constitutionnel* tarafından iptal edilmiştir.

nümüzde özel teşebbüsler, çoğu zaman teknik bilgi açısından birçok devletten daha avantajlı bir konumdadırlar. Hukuki düzenleme yapacak olan devlet otoritelerinin ise bu bilgi asimetrisi çerçevesinde teknolojinin bütün risklerine vakıf olması ve bu doğrultuda detaylı düzenlemeler yapması çoğu zaman mümkün değildir. Bu sebeple risk temelli yaklaşım benimsenmektedir. Risk temelli yaklaşım modellerinde piyasadaki aktör ya da düzenlemenin muhatabı, kendi faaliyetinin riskini kendi başına tespit edecek; buna ilişkin risk değerlendirmesi yapacak ve uygun önlemleri alacaktır. Herhangi bir zararın doğması hâlinde ise hesap verebilirlik ilkesi uyarınca söz konusu muhatabın uygun önlemleri aldığını belgelemesi beklenmektedir. Dolayısıyla risk temelli yaklaşım, kanun koyucunun ya da diğer idari otoritelerin müdahale yoğunluğunu, teknolojinin sebebiyet verebileceği “makul zarar” seviyesine göre dengelemeye çalışan esnek bir regülasyon modelidir. OECD, bu yöntemin yeni teknolojilerde bir yandan inovasyonu teşvik ederken diğer yandan temel hak ve özgürlükler açısından meydana gelebilecek riskleri de ölçülü önlemlerle yönetebilme kabiliyetine dikkat çekmektedir²⁰.

II. ÇOK BOYUTLU MENFAATLER DENGESİNDE YASAMA-YÜRÜTME-YARGI ERKLERİNİN ROLÜ

A. DİJİTAL REGÜLASYON BAĞLAMINDA YASAMA YÜRÜTME VE YARGI ERKLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bu aşamaya kadar yapılan açıklamalar göstermektedir ki hukuk düzeni, her zaman çatışan farklı menfaatleri dengelemeye çalışmış ancak dijitalleşmeyle birlikte artık çok boyutlu bir menfaat dengesi ortaya çıkmıştır. Üstelik bu menfaat dengesinin sadece taraflarının sayısı artmamış, aynı zamanda aktörlerin konumları da değişiklik göstermiştir. Dijitalleşme öncesinde bir kişinin diğer bir kişi hakkındaki söylemi, mah-

20 OECD, “Regulatory Policy Outlook 2025”, s. 4, 86 vd., https://www.oecd.org/en/publications/oecd-regulatory-policy-outlook-2025_56b60e39-en/full-report/regulating-for-the-future_e948d334.html (Erişim Tarihi: 17.6.2025)

kemeye intikali halinde kişilik hakkı ile ifade hürriyeti arasında makul bir dengenin kurulmasıyla değerlendirilirken dijital çağda birçok farklı aktörün menfaati söz konusu olmaktadır. Bunun ötesinde çatışan menfaatleri dengeleme vazifesi kamu otoritelerinden çok artık çok uluslu özel hukuk teşebbüslerine ait hâle gelmiştir.

Bu bağlamda öncelikle devlet organlarının ve özellikle yasama-yürütme ve yargı erklerinin dijital çağdaki rollerine değinilmesinde fayda vardır. Şöyle ki yukarıda dijital regülasyonlara ilişkin farklı örneklerden de anlaşılabacağı üzere yasama erki, dijital çağın sorunlarına cevap ararken çatışan farklı menfaatleri dengelemeye çalışmakta, ancak bu bağlamda çoğu zaman “esnek” regülasyon modellerine başvurmaktadır. Bu esnek regülasyon modellerine örnek olarak yukarıda risk temelli yaklaşıma değinilmiştir. Bunun ötesinde bilhassa ürün güvenliği hukuku alanında Avrupa Birliği’nin yeni yaklaşım (new approach) ve yeni yasal çerçeve (new legislative framework) bağlamında ürünlere ilişkin düzenlemelerinde temel gereksinimleri yasalar vesilesiyle düzenleme ve teknik detayları ise daha esnek düzenlemelerle regüle etme çabasını vurgulamak isabetli olacaktır. Buna göre piyasaya arz edilecek ürünlerin belirli standartlara uyumlu olabilmesi için kanunlarda temel gereksinimler doğrudan düzenlenmektedir. Ancak teknik detaylar, teknolojinin hızlı gelişimi sebebiyle ikincil düzenlemelere bırakılmaktadır²¹. Bu sayede kanun değişikliğine ihtiyaç duyulmaksızın teknolojik gelişmelere ayak uydurabilmek için esnek ve hızlı şekilde ihtiyaçlara cevap verebilecek bir mekanizma kurgulanmaktadır. Özellikle yapay zekâ ve siber güvenlik gibi alanlarda getirilen yeni düzenlemelerde bu eğilimi daha da belirgin bir şekilde gözlemlemek mümkündür²². Ancak risk temelli yaklaşım, hesap verebilirlik

21 Daha geniş bilgi için bkz. Avrupa Birliği Ürün Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Mavi Rehber, <https://ticaret.gov.tr/data/5b883eda13b87711604c9229/mavi-rehber.pdf> (Erişim tarihi: Mayıs 2025), s. 17 vd.

22 Bkz. AB Yapay Zeka Yasası, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised

ilkesi, yeni yasal çerçeve gibi bütün bu kanun yapma yöntemlerinin ortak noktası, kanun koyucunun kanunun muhatabına ciddi bir takdir alanı bırakması, bir diğer ifade ile “tamamlanmamış” yasama faaliyetinde bulunmasıdır. Bu durum kanaatimizce, belirtildiği üzere bir yandan kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler arasındaki bilgi asimetrisi, diğer yandan teknolojinin sürekli gelişimi karşısında yadırganacak nitelikte değildir. Kamusal yetkilerin özel hukuk sùjelerine devredildiği bu gibi durumlar için “private ordering” kavramı kullanılmaktadır²³. Private ordering, tarafların kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın kendi aralarındaki ilişkileri sözleşmeler, davranış kuralları (code of conduct), standartlar ve sektörel ilkeler aracılığıyla düzenlemesi durumunu ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeler, piyasa aktörlerinin kendi ihtiyaçlarına ve sektörel gerçekliklerine uygun esnek bir normatif çerçeve oluşturmalarını mümkün kılmaktadır.

Diğer yandan yürütme erki, özellikle denetleyici ve düzenleyici otoriteler vesilesiyle regülatif piyasalarda yasama erkinin yürürlüğe koyduğu düzenlemeleri uygulamaya çalışmaktadır. Ancak bu aşamada da bilgi asimetrisi, teknolojinin gelişim hızı gibi unsurlar gündeme gelmektedir. Kaldı ki idari otoriteler, kanun koyucunun “tamamlamadığı” yasama faaliyetini düzenleyici eylemler ve özellikle yaptırımlar öngörerek “tamamlamaya” çalışmaktadır. Bu bağlamda ise idari otoritelerin çatışan farklı menfaatler arasında makul bir dengeyi

rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act – AI Act), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>, (Erişim tarihi: Mayıs 2025) ve AB Siber Dayanıklılık Yasası, Regulation (EU) 2024/2847 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulations (EU) No 168/2013 and (EU) 2019/1020 and Directive (EU) 2020/1828 (Cyber Resilience Act- CRA), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj/eng>, (Erişim tarihi: Mayıs 2025)

- 23 Özellikle dijital düzenlemeler ve private ordering ilişkisi hakkında daha geniş bilgi için bkz. Wielsch, D. (2019). “Private Law Regulation of Digital Intermediaries”, *European Review of Private Law*, C. 27., S. 2., ss. 197-220.

tahsis etme zorunluluğu meydana gelmektedir. Gerçekten de idari otoriteler, düzenleyici işlemlerle piyasa aktörlerine yol göstermeli; çatışan farklı menfaatlerin nasıl dengelenmesi gerektiği noktasında kanunun muhataplarını aydınlatmalıdır. Ancak belirtilen bilgi asimetrisi bu bağlamda sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca bazı otoritelerin kendi yetki alanlarını genişletme çabası da bazı durumlarda menfaat dengesinin isabetli bir şekilde tahsis edilememesine sebebiyet vermektedir. Bunun güncel bir örneği olarak kişisel verilerin korunması hukukunda yaşanan bir ihtilaf gösterilebilir. Somut olayda finans kuruluşlarının tasfiye işlemlerini yürütmekle yükümlü olan AB Tasfiye Kurumu (Single Resolution Board) bir finans kuruluşunun tasfiyesi aşamasında alacaklılardan görüş toplamış, bu görüşlerin değerlendirilmesi amacıyla söz konusu soru-cevap formlarını kişilerin kimlikleri psödonim hâle getirilmiş şekilde üçüncü kişi sıfatıyla bir danışmanlık şirketine göndermiştir. Danışmanlık firması ise maskelenmiş veriler üzerinden formların kime ait olduğunu tespit edecek imkana sahip değildir. Bu bağlamda Avrupa Veri Koruma Denetçisi, psödonim hâle getirilen verilerin dahi kişisel veri niteliğini haiz olduğunu, dolayısıyla aktarımın da belirli bir hukuki sebebe dayanması gerektiğini savunmuş; Tasfiye Kurumu ise kişilerin kimliğinin tespit edilmesinin imkânsız olması zira şifreleme anahtarının kendi elinde bulunduğu gerekçesiyle bu görüşe itiraz etmiştir. İhtilaf, Avrupa Mahkemesi nezdinde Tasfiye Kurumu lehine sonuçlanmış²⁴, ancak Avrupa Adalet Divanı nezdinde temyiz aşamasında henüz karara bağlanamamıştır²⁵. Görüldüğü üzere yetkili veri koruma otoritesi, kişisel veri kavramını geniş yorumlamakta, diğer yandan bir diğer kamu otoritesi ise bu kavramın daha dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Kişisel veri kavramına ilişkin ihtilaf, veriye dayalı bütün ekonomik aktörler açısından son de-

24 Avrupa Mahkemesi, T-557/20 – SRB/EDPS.

25 Hukuk sözcüsü Spielmann'ın 6.2.2025 tarihli mütalaası için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/?text=&docid=295078&pageIndex=0&doclang=EN> (Erişim tarihi: 17/6/2025)

rece önem arz etmektedir. Zira kişisel veri kavramının geniş yorumlanması hâlinde kişisel verilerin korunmasına dair bütün hukuki düzenlemelerin dikkate alınması gerekecekken, psödonim verinin bazı şartlar altında kişisel veri olarak değerlendirilmemesi, veri ekonomisi, dolayısıyla mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti açısından son derece olumlu sonuçlara sebebiyet verecektir.

Bu noktada ise kanaatimizce dijital çağda anayasa yargısının önemi ortaya çıkmaktadır. Zira yasama organı tarafından getirilen esnek düzenlemeler, yürütme erkini çatışan farklı menfaatler arasında hassas bir denge kurmaya zorlamaktadır. Bu dengenin her zaman kurulamadığı, nasıl kurulması gerektiği hususunun son derece tartışmalı olduğu da, yukarıda verilen örnekten anlaşılabacağı üzere aşîkârdır. Kaldı ki belirtildiği üzere artık çatışan farklı menfaatler arasında makul bir denge kurma görevi sadece kamu otoritelerine ait değildir. Bilakis çok uluslu şirketler artık özel hukuk sîjeleri arasındaki farklı ve çok boyutlu menfaat çatışmalarını çözümlemekle yükümlü kılınmaktadır. Bu çerçevede hangi temel hak ve hürriyetin ne şekilde sınırlandırılması, hangisine üstünlük tanınması gerektiği gibi soruların cevabını en isabetli şekilde verecek olan en önemli müessese kanaatimizce anayasa yargısı olacaktır. Anayasa yargısının çizdiği sınırlar, ortaya koyduğu ilkeler ışığında dijital çağdaki çok boyutlu menfaatler çatışmasının çözüme kavuşturulması kanaatimizce en isabetli yöntem olacaktır. Bu açıdan anayasa yargısı, bir taraftan yasamanın “tamamlanmamış” yasama faaliyetini “tamamlayacak”, diğer yandan çok uluslu teşebbüslerin faaliyetlerini denetleyecek olan yürütme organları ve kendi platformlarını kendi kuralları doğrultusunda yürütmekle yükümlü olan özel hukuk sîjeleri açısından menfaat dengesinin tahsis edilmesi için yol gösterecektir.

B. DİJİTAL REGÜLASYON BAĞLAMINDA ANAYASA YARGISININ ÖNEMİ

Belirtildiği üzere dijital çağda kanun koyucular tarafından yapılan esnek düzenlemeler, gerek kamu otoriteleri gerekse

piyasa aktörlerine geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Bununla birlikte söz konusu takdir yetkisinin kullanımı aşamasında yukarıda işaret edilen çok boyutlu menfaat dengesinin her zaman dikkate alınması gerekecektir. Yine belirtildiği üzere bu hassas dengenin kurulması aşamasında bir taraftan kamu otoriteleri, kendi yetki alanlarını genişletecek şekilde uygulamalara yönelebilmekte, aynı şekilde ve özel teşebbüsler de kendi menfaatlerini önceliklendirecek şekilde hareket edebilmektedir. Dolayısıyla özellikle çatışma halinde olan farklı temel hakların dengelenmesi aşamasında anayasa yargısına yol gösterici nitelikte kritik bir görev düşmektedir.

Yine belirtildiği üzere farklı menfaatlerin dengelenmesi aşamasında münhasıran yatay ilişkide bireylerin menfaatleri değil aynı zamanda kamusal menfaatler de önem kazanacaktır. Bu bağlamda dijital platformlar örneğinde de gösterildiği üzere bireylerin ifade hürriyeti, kişilik hakkı, mülkiyet hakkı gibi unsurların yanında platform işleticisinin de mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü hatta ifade özgürlüğü gündeme gelebilecektir. Bunun ötesinde kamusal alanın dijital platformlara taşındığı kabul edildiğinde dijital platformun işleticisinin doğrudan temel hak ve özgürlükleri koruma ve gözetme yükümlülüğü de gündeme gelebilecek, dolayısıyla onun mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması da söz konusu olabilecektir. Bunun ötesinde dijital ekonominin ülke ekonomisi açısından arz ettiği önemin de göz ardı edilmemesi gerekecektir. Gerçekten de her inovasyon, kuşkusuz ülke ekonomileri açısından ciddi potansiyel barındırmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzeni, bu ekonomik potansiyelden ülke ekonomisi lehine menfaat elde edilmesi ile bireylerin korunması arasında da bir dengeyi gözetmekle yükümlü olacaktır. Yeni gelişen teknolojinin başlangıç aşamasında yasaklanması, bu teknolojinin barındırdığı bütün riskleri de bertaraf edebilirken söz konusu teknolojinin bütün potansiyelini de yok etmekte; söz konusu ülke dijital rekabette geri kalabilmektedir. Bu sebeple anayasa yargısı, bu çok boyutlu menfaat dengesinde sadece bireylere ilişkin

menfaatleri değil aynı zamanda ülke menfaatlerini de dikkate almak zorunda kalacaktır.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere anayasa yargısının dijital çağda multidisipliner bir yaklaşımla çatışan farklı menfaatleri dengelemesi gerektiğini söylemek kanaatimizce mümkündür. Gerçekten de insan hakları, iktisadi menfaatler ve bilhassa dijital ekonomi, teknolojik gelişmeler, ulusal inovasyon kabiliyeti, ulusal güvenlik gibi birçok unsurun dikkate alınması, tahsis edilecek olan menfaat dengesi açısından kaçınılmaz olacaktır.

Yine bu bağlamda kanaatimizce bireysel başvurunun daha da önemli bir hale geleceği düşünülmektedir. Şöyle ki her ne kadar norm denetimi çerçevesinde normların anayasaya uygunluğunun denetimi ve gerektiğinde iptal edilmesi mümkün olsa da, norm denetimi başvurusu yapılabilmesi için aranan şartlar ağırdır. Diğer taraftan dijital ortamda yaşanan muhtemel ihlallerin bireysel başvuru yoluyla anayasa yargısına tabi tutulması ihtimali daha yüksektir. İşte bu aşamada anayasa yargısının çatışan farklı menfaatleri dengeleme noktasında gerek kamu otoriteleri ve alt derece mahkemeleri gerekse özel teşebbüsler açısından çok önemli bir konuma sahip olduğu düşünülmektedir. Her ne kadar bu çalışma çerçevesinde dijital platformlar etrafıca incelenmiş olsa da aynı durum; dijital ekonominin önemli unsurları olan yapay zekâ, veri kullanımı gibi diğer alanlar açısından da söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Dijitalleşme ile birlikte özel hukuk alanındaki çatışan menfaatlerin sayısı artmış, tahsis edilmesi gereken menfaat dengeleri daha karmaşık hale gelmiştir. Çalışmada ele alınan örnekler, yanlış yüz tanıma eşleştirmelerinden algoritmik ayrımcılığa, üretken yapay zekânın “uydurma” içtihatlarına ve sosyal ağların içerik-kısıtlama kararlarına kadar uzanan geniş bir yelpazede bireysel hakların ve ekonomik çıkarların birbirleriyle çatıştığını göstermektedir. Bu çatışma artık yalnızca iki ta-

raf arasında değil; içerik sağlayıcı, platform işletmecisi, diğer kullanıcılar ve kamu otoritelerinin dâhil olduğu çok katmanlı bir düzlemde yaşanmaktadır. Bu nedenle hukuk düzeni, klasik ikili menfaat dengesine göre yapılandırılmış çözümlerle yetinemeyecek; esnek fakat öngörülebilir bir denge mimarisi kurmak zorunda kalacaktır.

Kanun koyucunun risk temelli düzenleme ve “tamamlanmamış” norm yaklaşımı, yeni teknolojilerin hızına ayak uydurmak açısından kaçınılmazdır. Ne var ki bu stratejiler, idare ve özel teşebbüslere geniş takdir yetkisi tanırken aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin korunması için anayasal bir referans çerçevesi ihtiyacını da ortaya koymaktadır. Çalışmada tartışılan Alman Federal Anayasa Mahkemesinin stad-yum yasağı kararında görülen “dolaylı etki” yaklaşımı, özel hukuktaki güç asimetrisini sınırlamak bakımından önemli bir yol haritası sunmaktadır. Türk Anayasası’nın 11. ve 12. maddeleri ise, temel hakların özel ilişkilerde de bağlayıcı olduğu yönündeki açık hükmüyle bu yaklaşımı daha da ileriye taşıyacak imkânlar sağlayabilecektir.

Anayasa yargısının bu tabloda üç temel işlev üstlendiği kanaatine ulaşılmıştır: İlk olarak yasama organının bıraktığı esnek alanları temel haklar ekseninde tamamlayıcı yorumla doldurmak; ikinci olarak idarenin düzenleyici eylem ve işlemlerini ölçülülük, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri bakımından denetlemek, üçüncü olarak da çok uluslu dijital platformların kamusal alan niteliği kazanan faaliyetlerine karşı ifade özgürlüğü ile mülkiyet ve sözleşme serbestisi arasındaki sınırları belirlemek. Bu üçlü fonksiyon, bireysel başvuru yolunun etkin kullanımı sayesinde uygulamada işlerlik kazanabilecek niteliktedir. Böyle bir çerçeve, platform işletmecilerinin içerik kaldırma veya hesap askıya alma kararlarını gerekçeli ve denetlenebilir kılarken, algoritmik karar süreçlerinin de açıklanabilirlik standartlarına tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda, dijital ekonominin taşıdığı inovasyon potansiyeli gözetilerek, orantılılık ilkesinin

rekabetçi dinamizmi boğmayacak şekilde uygulanması gerekecektir. Bu dengelerin tutarlı içtihatlarla pekiştirilmesi hem alt derece mahkemeleri hem de düzenleyici kurumlar ve mevzuatın diğer muhatabı olan özel hukuk teşebbüsleri açısından öngörülebilirliği artıracak, hukuki güvenliği güçlendirecektir.

Sonuç olarak teknoloji-toplum-ekonomi eksenindeki yeni gerilim hatlarını yönetmek, hukukun üstünlüğü ilkesini dijital zeminde de hâkim kılmakla mümkündür. Anayasa Mahkemesinin yasama boşluklarını anayasal değerler ışığında tamamlayıcı ve düzenleyici otoritelerin ve özel teşebbüslerin takdir yetkisini sınırlayıcı rolü, bu süreçte kilit önem taşımaktadır. Kanaatimizce dijital çağda hukuk devleti, ancak bu çok katmanlı denge mimarisinin tutarlı biçimde işletilmesiyle dijital çağın sorunlarına isabetli bir şekilde cevaplar sunabilecektir.

KAYNAKÇA

- ALSHARIF, Mirna ve SANTANA, Cristian. “Detroit woman sues city after being falsely arrested while pregnant due to facial recognition technology”, NBC News, <https://www.nbcnews.com/news/us-news/detroit-woman-sues-city-falsely-arrested-8-months-pregnant-due-facial-rcna98447> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)
- BOYAR, Oya (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÇEKİN, Mesut Serdar (2016). “Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)*, C. LXXIV., S. 2., ss. 645-674.
- DASTIN, Jeffrey (2018). “Insight – Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, Reuters, <https://www.reuters.com/article/world/insight-amazon-sc-raps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK0AG/> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)
- FEDERAL PUBLIC DEFENDER (2023). “Eight Months Pregnant Woman Arrested After False Facial Recognition Match”, <https://www.fd.org/news/eight-months-pregnant-woman-arrested-after-false-facial-recognition-match> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)
- GUGGENBERGER, Nikolaus (2017). “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht”, *ZRP*, ss. 97-128.
- HILL, Kashmir (2023). “Eight Months Pregnant Woman Arrested After False Facial Recognition Match”, Federal Public Defender, <https://www.fd.org/news/eight-months-pregnant-woman-arrested-after-false-facial-recognition-match> (Erişim Tarihi: 17/6/2025).
- HOFMANN, Franz ve RAUE, Benjamin (Eds.) (2023). *Digital Services Act: Article-by-Article Commentary*, Münih-Oxford-Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos.

- IŞIK, Alper (2022). “Anayasa Mahkemesi’nin 5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30., S. 3., ss. 967-998.
- IŞIK, Alper (2025). “İnternet Aktörleri ve Egemenliğin Değişen Boyutları”, 2. Baskı, Oniki Levha.
- KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Cilt I*, 7. Tıpkı Bası İstanbul: Filiz Kitabevi.
- KÖTZ, Hein (2018). “Risikoverteilung im Vertragsrecht”, *JuS*, ss. 1-96.
- MILMO, Dan (2023). “Two US lawyers fined for submitting fake court citations from ChatGPT, The Guardian”, <https://www.theguardian.com/technology/2023/jun/23/two-us-lawyers-fined-submitting-fake-court-citations-chatgpt> (Erişim Tarihi: 17/6/2025).
- OECD. “Regulatory Policy Outlook 2025”, https://www.oecd.org/en/publications/oecd-regulatory-policy-outlook-2025_56b60e39-en/full-report/regulating-for-the-future_e948d334.html (Erişim Tarihi: 17/6/2025)
- POPE, Audrey (2024). “NYT v. OpenAI: The Times’s About-Face”, *Harvard Law Review Blog*, <https://harvardlawreview.org/blog/2024/04/nyt-v-openai-the-timess-about-face> (Erişim Tarihi: 17/6/2025).
- REGULATION (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)
- SPINDLER, Gerald (2017). “Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?”, *ZUM*, ss. 457-528.

WU, Daniel (2025). "Lawyers using AI keep citing fake cases in court. Judges aren't happy", The Washington Post, <https://www.washingtonpost.com/nation/2025/06/03/attorneys-court-ai-hallucinations-judges> (Erişim Tarihi: 17/6/2025).

YALÇIN, Cemre Edip (2022). *Klasik Kamusal Alandan Sanal Kamusal Alana: Demokrasi ve İnsan Hakları İdeali için Normatif Bir Değerlendirme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

ZHANG, Marina Yue. "The China-US AI Race Enters a New (and More Dangerous) Phase: A new tech cold war is underway — and accelerating", The Diplomat, <https://thediplomat.com/2025/05/the-china-us-ai-race-enters-a-new-and-more-dangerous-phase> (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.2020/76, K.2023/172, 11.10.2023.

Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Disk) [GK], B. No: 2017/36889, 29.9.2022.

BİRİNCİ OTURUM SORU VE CEVAP

1. Oturum Başkanı Prof. Dr. Hasan MANDAL: Sorularınızı, görüşlerinizi, önerilerinizi kısa olarak, söz almak isteyen misafirlerimizin kendilerini de tanıtarak gerçekleştirmelerini bekliyoruz.

Kadir ÖZKAYA (Anayasa Mahkemesi Başkanı): Kıymetli Hocalarım, hepinize ayrı ayrı çok teşekkür ediyorum. Gerçekten bu kısa süreye rağmen ufkumuzu açan, yapay zekâya hangi pencereden bakmamız gerektiği konusunda çok kıymetli şifreler veren, formüller veren konuşmalar oldu, çok teşekkür ediyoruz. Abdurrahman Eren Hoca'mla Çetin Hoca'mı dinlerken Danıştay Başkanı'mız bu dijital çağla ilgili bir kavram söyledi: "Dijital Vatan". Bu kavram henüz hukuk literatürüne girmiş değil, bundan sonra kararlarımızda kullanmaya çalışacağız ama öncelikle akademik dünyaya bunu önerelim. Bu dijital kavram konusunu takdirlerinize sunuyorum, teşekkür ediyorum.

1. Oturum Başkanı Prof. Dr. Hasan MANDAL: Sağ olun, teşekkür ederiz.

Jassim Mohammad ABBOD (Irak Cumhuriyeti Federal Yüksek Mahkemesi Başkanı): Bismillahirrahmanirrahim. Bana söz hakkını verdiğiniz için teşekkür ederim. Bu ve bundan önce dinlediğimiz arkadaşların bahsettikleri ürünler, aslında insan aklının ve düşüncelerin birer ürünüdür. Allah-u Teâlâ bizleri en iyi şekilde yaratmıştır ve tabii ki bu konulardaki fikir özgürlüklerine de herhangi bir kısıtlama yoktur. Sayın Mühendis'in söylediği gibi, yapay zekânın birçok alanı etkilediği gibi demokrasi üzerinde de etkileri kaçınılmaz. Bu durum gerek bir ülkenin içindeki siyasi otoritelerce gerekse dış ülkeler tarafından suistimal edildiğinde, seçim sonuçlarına etki edeceği hepimizin malumudur.

Prof. Dr. Çetin ELMAS: Teşekkür ederim. Tabii ki burada başka faktörler de var: kanaatlerin yönlendirilmesi ve seçimlerde kullanılması gibi. Ülke ülke saymayacağım ama hâlihazırda böyle uygulamaların olduğunu biliyorum. Batıdan doğuya, bütün kıtalarda bu yöntemler kullanılıyor. Mesela “deep fake” dediğimiz yöntemle diyelim ki bir siyasi şahsiyet hakkında yanlış bir film oluşturuldu ve bu seçim gecesi dağıtıldı. Sabah seçimleri etkiledi, insanların kanaatlerini değiştirdi ve beklenenin aksine farklı bir sonuç ortaya çıktı. Böyle bir durumda seçimler yenilenmeli mi, iptal edilmeli mi? Buna kim karar verecek, Yüksek Seçim Kurulu mu? Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda bu işe nereden dâhil olacak? Bu konu oldukça karmaşık. Söylediğiniz her şey muhtemeldir ve bunu da göreceğiz. Artık yasa yapıcılara yani sizlere, hukukçulara görev düşüyor.

Prof. Dr. Murat ÖNDER: Bu konu aynı zamanda siyaset biliminin de alanına girdiği için bazı çalışmalar da karşımıza çıktı. Yapay zekânın getirdikleriyle ilgili ciddi iddialar mevcut: Gerçekten demokrasiyi daha ileriye taşıyıp doğrudan demokrasiye mi götürecektir, yoksa diktatörlüğe doğru bir evrilme mi yaşanacak? İşte bu noktada yapay zekâ bir bıçak gibidir; meyve doğrayabilir, yemek yapabilir veya suç işlemek için kullanılabilir. Yani zararlı bir alet olabileceği gibi faydalı bir alet hâline de getirilebilir. Bu nedenle yazında genellikle uluslararası iş birlikleriyle düzenlemeler öneriliyor. Çünkü örneğin Amerika veya Rusya’da seçim olurken başka bir ülkeden müdahale gerçekleştirebiliyor ve bu durumun uluslararası mekanizmalarla düzenlenmesi gerekiyor. Ben özellikle bu bağlamda “Leviathan” kavramına dikkat çekmek istiyorum. Bu metaforu kullandım akılda kalması için. Umarım düzenlemeler bu doğrultuda yapılır ve insanlığın faydasına olur. Teşekkür ederim.

1. Oturum Başkanı Prof. Dr. Hasan MANDAL: Evet buyurunuz.

Soru: Çok teşekkür ediyorum. Sizlere şunu söylemek istiyorum: Ümit ediyorum ki burada bizimle birlikte olan ya da organizatörlerden Madrid’de olacak arkadaşlardan biri, gelecek nesillerin hukuklarını koruma konusuna değinecektir. Şu anda iki önemli konudan bahsediyoruz ve bunlar gerçekten Madrid’de tartışılacak konular hâline geldi. Çünkü yasama yaparken, en iyi ve en sağlam kanunun beklentilerin üzerinde yapılan, geleceğe bakan ve geleceği düşünen kanunlar olduğunu söylüyoruz. Tabii ki bunu yaparken her seferinde geriye dönüp tekrar etmek zorunda kalmıyoruz. Ancak şu anda gelişmeler o kadar hızlı ki özellikle yapay zekâdan bahsederken siz hukukçu olarak genel bir değerlendirme yapacak olursanız şu anda bu alandaki kavramlar tehlike altında mı? Bugün bir kanun çıkarılabilir ve bu kanun kısa bir süre sonra geçersiz kalabilir mi? Teşekkür ederim.

1. Oturum Başkanı Prof. Dr. Hasan MANDAL: Yorum olarak, değerlendirme olarak almış olduk. Teşekkür ediyoruz, buyurunuz.

Adem ALBAYRAK (Yargıtay 1. Başkanvekili-Hukuk Genel Kurulu Başkanı): Teşekkür ediyorum Sayın Başkan’ım. Hocalarımıza çok teşekkür ediyorum, gerçekten çok ufuk açıcı sunumlar yapıldı. Dijital çağda bizim yapay zekâyâ karşı durmamız veya ondan ayrı kalmamız çok mümkün gözüküyor. Hukuk alanında kabul etmemiz veya değerlendirmeye almamız gerekiyor. Öncelikle kendimi tanıtmayı unuttum. Ben Adem Albayrak, Yargıtay başkanvekilim, Hukuk Genel Kurulu başkanım.

Konuya biraz hukuki açıdan, daha doğrusu medeni hukuk açısından bakacağım. Hemen şöyle size, 1976 yılında henüz bilgisayarla tanışmamış bir Yargıtay dairesinin verdiği karardan bir paragraf okuyarak başlayacağım. Şöyle denmiş hâkimi tanımlanırken: *“Hâkim; insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan, uyumsuzluğa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.”* Yani buradaki vurgu, hukuki kararda bir insan kokusunun olması

gerektiğidir. Şimdi dijitalleşmede bizi bekleyen en büyük sorun, Türk hukuk sisteminde hem ceza -bildiğim kadarıyla- hem de hukuk alanında takdir yetkisinin kullanıldığı ve “somut olay adaleti” olarak değerlendirebileceğimiz alanlardır. Bu alanlarda yapay zekâyı ve dijitalleşmeyi kullanırken çok dikkat etmek durumundayız. Ben bu konuda bir korku içinde değilim, hiç olacağımı da düşünmüyorum. Hâkimler yapay zekâ geldiğinde işsiz kalmazlar. Çünkü her bir karar, her bir somut olaya göre farklılık gösterir. Hangi veriyi verirseniz verin, sonuç aynı çıksa bile buna bir hâkim müdahalesi veya hâkim kararı olması gerektiğini düşünüyorum. Belki yorum gibi düşüneneceğim ama Murat Hoca’m da belki katkı yapabilir bu konuda. Çünkü görüşlerine ben bire bir katılıyorum. Yapay zekâ Türk hukukuna yön verirken ve Türk hukukunda kabul edilirken bu tür sakıncalara, Murat Hoca’m da sanıyorum sakıncalı bölümlerde değerlendirmesine almak istedi ama süresi kısıydı, dikkat etmemiz gerekiyor. Bu nedenle yapay zekâyı Türk hukuk sistemine entegre ederken insan unsurunu yani karara yansıyacak “insan kokusunu” unutmamamız gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür eder, saygılarımı sunarım.

Prof. Dr. Murat ÖNDER: Teşekkür ediyorum yorumlarınız için. Gerçekten de şu anda yapay zekâ alanındaki gelişmeler, özellikle yargı alanında henüz bebeklik aşamasında. Ancak ileride yaşanması muhtemel bazı sorunların, makine öğrenimi sayesinde aşılabileceğini söyleyebiliriz. Çünkü makine öğrenimi, yüzlerce davadan “takdir yetkisi”nin nasıl kullanıldığını analiz ederek bunu öğrenebilir.

Şu aşamada için maalesef Sayın Hâkim’im, bu seviyeye ulaşmak mümkün değil. Ama ileride hata oranlarının büyük ölçüde azaltılabileceğine yönelik çalışmalar var. Mesela Hollanda’da idari davalarda kullanılan yapay zekâ sistemleri, nerdeyse hâkimlerden daha isabetli kararlar verebiliyor. Bu sistemler, geçmişte verilmiş bütün kararları değerlendirerek sonuca ulaşıyor. Şu aşamada söylediklerinize katılıyorum

ancak ileride önemli gelişmeler yaşanacağına inanıyorum. Teşekkürler.

1. Oturum Başkanı Prof. Dr. Hasan MANDAL: Evet, teşekkür ediyoruz. Öncelikle zaman sınırlamasını dikkate alarak konuşmamı toparlamaya çalışacağım. Eller kalkıyor, birçok soru var ancak kahve aralarında da bu soruların devam edeceğini öngörüyoruz. Bu oturum için bize tanınan süre 15 dakika ile sınırlıydı.

Bir özet yapacak olursam kendi görüşlerimizi de ekleyerek şunu ifade etmek isterim: Teknoloji şu an için hâlâ bir araç niteliğinde ve onun nasıl kullanıldığı, ne amaçla yönlendirildiği çok önemli. Anayasa Mahkememizin böyle bir toplantıyı düzenliyor olması gerçekten çok kıymetli. Bu toplantı Anayasa Mahkemesinin görev alanının ötesinde, tüm hukuk sistemi bağlamında değerlendirildiğinde de çok değerli. Belki burada en çok konuşulması gereken konu, teknolojinin ülkemiz tarafından tasarlanan ve geliştirilen yönüdür. Özellikle teknoloji alanında çalışan hocalarımızla aramızda sıkça dile getirilen bir husus var: Türkçe büyük dil modeli geliştirme süreci ki hukuk tarafı da bizi buna çok zorlamalı. Çünkü şu anda eğitilen yapay zekâ araçlarının çoğu, yabancı diller ve yabancı değer sistemleriyle eğitilmiş durumda. Bu alanda çok ciddi bir rekabet yaşanıyor. Bir yanda Amerika, diğer yanda Çin, diğer tarafta ise bu yarışta biraz geriden gelen Avrupa. Bu noktada ülkemizin ve ülkelerimizin dijital egemenliği büyük önem taşıyor. Abdurrahman Hoca'mızın da vurguladığı gibi ulusal sistemlerin geliştirilmesi bu anlamda kritik.

Türkiye olarak biz de TÜBİTAK ve üniversitelerimiz aracılığıyla kendi dil modelimizi geliştirme konusunda çalışmalar yürütüyoruz. Bu modellerin yalnızca teknik olarak değil içerdiği veri ve değerler açısından da hukuk boyutuyla desteklenmesi gerekiyor. Çünkü karşımızda konuşan yapay zekânın yalnızca mükemmel Türkçe konuşması değil hangi değerlerle eğitildiği de son derece önemli. Anayasa hukukumuzun da temelinde yer alan, hâkimin karar verirken

dikkate aldığı değerler boyutunun, yapay zekâ tarafından da içselleştirilmesi gerekir. Bu nedenle kendi değerlerimizle eğitilmiş bir yapay zekâyâ olan ihtiyaç çok büyük. Bu noktada Murat Hoca'mızın da gündeme getirmiş olduğu yönetim yapısı devreye giriyor. Teknolojiyi geliştirenlerle onu kullanan bireyler ve kurumlar arasında etkin bir iletişim kurulması şart. Bu oturum da aslında bu yönetim yapısının bir parçası olma özelliği taşıyor. Yani bu süreç sadece teknolojiyi geliştirenlerin "Alın, kullanın." diyebileceği kadar basit değil. Aynı şekilde hukukçuların da bir yerlerden kopyalayıp uygulayabileceği kadar yüzeysel değil. Birbirinden öğrenen, etkileşim içinde olan yapılar inşa etmemiz gerekiyor. Ülkemiz açısından baktığımızda, özellikle Mesut Serdar Hoca'mızın da ifade ettiği gibi Anayasa Mahkememize bu süreçte çok daha fazla görev düşecek. Zira özel hukuk, şirketler hukuku, bireysel haklar, dijital kimlikler ve dijital vatandaşlık gibi alanlar çok hızlı bir şekilde gelişiyor. Bu nedenle risk temelli yaklaşımlar çerçevesinde hukuki düzenlemelere daha fazla ihtiyaç duyulacaktır.

Bu oturumu düzenlediği için başta Sayın Başkan'ımız olmak üzere Anayasa Mahkememize teşekkür ediyoruz. "Teknoloji", "Kamu Hukuku", "Özel Hukuk" ve "Yönetişim" gibi önemli başlıkları bir araya getiren bu oturuma katkı sunmaktan memnuniyet duyduk. Elbette bu konular bir saat içinde tüketilecek konular değil. Ancak farkındalık oluşturduğuna ve hepimizin kendine göre sorumluluklar edindiğine inanıyorum. Katkılarından dolayı tüm hocalarımıza teşekkür ediyoruz. Bu etkinliğe ev sahipliği yaptığı için ve bizi bu etkinliğe davet ettiği için Anayasa Mahkememize ve Sayın Başkan'ımıza tekrar teşekkür ediyor, hepinize saygı, sevgi ve hürmetlerimizi iletiyoruz.

İkinci Oturum

“Anayasa Yargısında Yeni Sorunlar ve Fırsatlar”

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi

Stéphane PISANI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Lüksemburg Hâkimi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Hâkimi

Egils LEVITS

Letonya Eski Devlet Başkanı

Boulos Fahmy ISKANDAR

Mısır Arap Cumhuriyeti Yüksek Anayasa Mahkemesi
aşkanı, Arap Anayasa Mahkemeleri ve Konseyleri Birliği
Genel Sekreteri

Kapanış Konuşması

Basri BAĞCI

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

İkinci Oturum

Oturum Başkanı İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Mahmut KOCA

Anayasa Mahkemesinin 63. kuruluş yıl dönümü münasebetiyle düzenlenen bilimsel etkinliklerin ikinci oturumunu başlatıyoruz. Bu sempozyumun genel başlığı “21. Yüzyılda Anayasa Yargısının Geleceği”, bu oturumumuzun başlığı ise “Anayasa Yargısında Yeni Sorunlar ve Fırsatlar”. Öncelikle Anayasa Mahkememizin 63. kuruluş yıl dönümünü kutluyoruz, hayırlı uğurlu olsun.

Sayın Başkan’ın nezdinde tüm üyeleri kutluyoruz, mensuplarını kutluyoruz, ülkemizin hukuk çitasına şu ana kadar gösterdikleri katkının bundan sonra da artarak devam edeceğini ümit ediyoruz ve diliyoruz.

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkan’ı, Kıymetli Üyeleri, Kıymetli Mensupları, Yurt Dışından Bu Sempozyum İçin Ülkemize Gelen Kıymetli Hazırun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıymetli Türk Hâkimi ve Diğer Ülkelerin Hâkimleri, Kıymetli Meslektaşlarımız, Kıymetli Katılımcılar,

Hepinizi saygıyla ve hürmetle selamlıyoruz.

Fazla vakit kaybetmeyelim çünkü bir hayli zaman geçti. O yüzden hemen ikinci oturumu başlatalım. Belki oturumun sonunda, konuşmacıları dinledikten sonra kısa bir değerlendirme yapma imkânımız olursa onu kullanalım. Bu nedenle ilk konuşmayı Stéphane Pisanı’ye bırakıyorum. Kendisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Lüksemburg hâkimi. Tüm konuşmacılarımızın on beşer dakikalık süreleri var, bu süreye riayet etmelerini baştan diliyoruz ve ilk sözü Sayın Stéphane Pisanı’ye bırakıyorum. Buyurun Sayın Pisanı.



NEW CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

Stéphane PISANI*

Dear President and Members of the Turkish Constitutional Court,

Dear Hosts,

Ladies and Gentlemen,

It is a great pleasure and an honor for me to address you today in this marvelous city, allying modernity to antiquity, Asia to Europe, and so much more.

Let me first introduce myself, as my sheer existence and presence here may raise some confusion as to my origin and function. I already apologize to those to whom everything is clear, not meaning to take them for fools. So I am now the judge elected in regard of the Grand Duchy of Luxembourg, which is one of the smallest countries of Europe, and just like Türkiye, a Member State of the Council of Europe, at the European Court of Human Rights. Basically, and despite our very different looks, I am the Luxembourgish equivalent of Judge Yüksel for Türkiye. I have nothing to do with the so-called Luxembourg courts, which are the Court and Tribunal of the European Union, located in Luxembourg. Although I may have visited them as a tourist, I never worked there. Instead I am a real Luxembourgish Judge from the Luxembourgish judiciary, and, before moving to Strasbourg, I worked at a real Luxembourg court called Superior Court of Justice, the one of the country applying Luxembourgish law and located in the city of Luxembourg, unlike the European one, which in

* European Court of Human Rights, Judge elected in respect of Luxembourg

Luxembourg we call the Kirchberg court as this is the part of the city where it is actually located and that applies European law, which although partly similar, has legally nothing to do with European Convention on Human Rights law, applied by the European Court of Human Rights, located in Strasbourg, a city of France. I hope everything is clear so far.

The subject of my today's intervention is, I believe, one that haunts my current court, the Strasbourg one, since it gained notoriety a generation ago. So be aware that you are not the only ones confronted to the divisive question of constitutional review versus individual application.

Not being a constitutional judge or a scholar, I would not avail myself to pretend teaching to anyone what constitutional review is about, instead I will be preaching what it should be in the conventional sense.

Six years ago, in this very same city, Mr Gianni Buquicchio, the then President of the Venice Commission, addressed the members of your Constitutional Court, for the seventh birthday of the introduction of the individual application system before your institution. What was the most important point at that time, from the point of view of my institution, was that since the 2013 *Hasan Uzun v. Turkey*, the European Court of Human Rights found that the individual application procedure to the Constitutional Court of Türkiye afforded an appropriate mechanism for the protection of Human Rights, making it a remedy to exhaust, in the sense of Article 35 of the Convention, before application to the Strasbourg Court.

So what I believe is that your utmost challenge today, as it was yesterday, is to put my court in a position to uphold *Hasan Uzun v. Türkiye*. To sense what this means, looking at this decision is, in this regard, not very helpful as its content outlines general criteria which I believe will not vanish. Were it for the accessibility, the provision for use or the intention of the legislature.

The most interesting criteria for us would be the somewhat obscure sounding: *Provisions for use of the remedy*, which I looked up in the original French wording of the decision, where it is named “les modalités du recours individuel devant la Cour Constitutionnelle turque”. I will not pretend that it is any clearer than the English translation, but I understand it better. “Les modalités”, which I would personally translate by modalities and not provisions, but whatever –I am not a translator– is interesting insofar it may imply as much the spatial or temporal application, opening criteria and the application by the Turkish Constitutional Court. And this is, strangely enough, for one sole criteria exactly what the European Court of Human Rights analyzed: The Court took note of the following factors: the new rules of the Constitutional Court had become effective well before the entry into force of the legislative provisions concerning individual applications; the Constitutional Court had jurisdiction to ask any authority for information or documents that it needed for its examination of the appeal and for the purposes of a hearing; a system was in place to rectify any discrepancies in the case-law; the Constitutional Court was entitled to indicate interim measures, of its own motion or at the request of the applicant, when it found this necessary for the protection of his or her rights; lastly, the scope of the Constitutional Court’s jurisdiction *ratione materiae* extended to the Convention and to the Protocols thereto ratified by Türkiye. In view of the foregoing, the Court found that the procedure before the Constitutional Court afforded, in principle, an appropriate mechanism for the protection of human rights and fundamental freedom.

What matters most of course from the conventional point of view, are our human rights, it is the continuous application of the convention standards, such as they are set out by the European Court of Human Rights. But it is not only a matter whether you apply our case-law, and from what I can see in

my everyday work in Section Two at the Court, which handles Turkish cases to a large extent you do. I even encounter, were it in actual judgments of your Court or in some dissenting opinions of its members, some progressive steps, tending, such as you are entitled by our instrument, to go further than what the minimum standard we set imposes.

Very interesting in this regard would be that while, among these provisions, the European Court of Human Rights mentions the possibilities the Turkish Constitutional Court has to indicate interim measures, which I would believe to be a sign that our Court requires some kind of efficiency as, for example, it will do in the case of expulsion of foreigners, where interim measures are also a criteria for them to be considered efficient, execution of the judgments is not mentioned.

This might be because it goes without saying. Since *Hornsby* in 1997, we know that the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts, constitutes one aspect would be illusory, if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party.

Since then, of course things evolved, and the court judged explicitly that a remedy must be effective in the sense that it must be followed by a consequence. An example of this would be *Torreggiani and Others v. Italy*, 2013, § 50, where it concluded that an effective remedy must be capable of preventing the alleged violation to continue as here was the case for a detention. In other words, if a person is detained unconstitutionally and/or unconventionally, the constitutional court's judgment recording this must be followed by a liberation. Mere indemnification will in this case not be sufficient, while it would be in a posterior action intervening after freeing and will also be for various other claims related to or implying state or private liability.

Coming back to Uzun, we also know by now that the

consideration of effectiveness is not given once and for all, it is linked to sheer materiality. Meaning that once constitutional judgments are no longer followed by execution, were it by administration or other judicial bodies, it will cease to be considered effective as we learned from *Ferreira Alves v. Portugal* (no. 6), 2010, §§ 27-29.

One of the main challenges for constitutional courts in a world where the rule of law and their authority is ever more defied, is one that it is rather unfair to blame them for. Because, beyond the mere judicial application, the most important question is the enforcement of authority. As you all know that the European Court of Human Rights requires not only theoretic and illusory rights, but practical and effective ones. What matters in the end is the respect, by other authorities, of constitutional courts decisions.

It is a rather general issue too, which the European Court itself is confronted to, as not so rarely nowadays its judgments or interim indications are no longer or only partly executed. Admittedly, this appears to be more a challenge to the rule of law than to constitutional justice, but as the latter is the guarantor of the earlier, they are intimately linked. The question then is: what to do in such circumstances, persevere or step back? As a judge, my first, quasi-innate reflex would radically exclude the latter, as having spoken the truth how may I consider review, for as such I would indirectly admit having erred. Especially knowing that the legislature could always gag me by a change in law if one day ever one would consider that I have overstepped the true political intention behind a law. Even a constitutional or, as the case may be, an international one by simply denouncing the instrument if the legal framework allows to do so. But, beyond the inherent questionable democracy of this pretention what will we then have won? Not for us, but in our function as defenders of the Human Rights of people. The unsolved dilemma that the difficulties of execution raise thus in front of us is whether

we should choose to be the guarantors of minimal applied rights, or the preachers of maximalist ignored ones. Legally speaking you do not have but one choice, the first frontier of which remains with those entrusted by the law to set it. Your only opportunity to mark is to go beyond. Stepping back will imply no more for you than to choose to bear the burden of unconformity which otherwise weighs on the shoulders of those whose function it is, unlike yours, to make political choices. You may, just like us, as is legally possible for every supreme court, take this bet and abandon the secured ground for the sake of the belief in your own efficacy. But there will be nothing of the kind, as by unlocking already opened doors in your back you will see vanishing those that allowed your existence itself.

Turning then to the other aspect of our subject which is twofold, I will now spend a few words on opportunities, since I do not know if perseverance in the current complying stance, and possible extension to where it may still be dragging the paw is to be considered a challenge, but it is, if so required, for sure an opportunity. An opportunity for every constitutional court which has the luck like yours to possess the instrument of a direct application, which is e.g. not the case in my home country, the real Luxembourg courts, to emancipate from the minimalistic approach that represents the mere control of laws. Because laws, like paper, are very patient. What matters for efficiency is their application. A constitutional court review, unlike in a civil law country any other one, has the peculiarity of being inherently applicable *erga omnes*, not in its operative parts of course, if its acts on individual applications, but its determining reasons must have an effect leading to the, if not legal at least factual, inapplicability of rules. Cynically speaking, the least respectful a country is to the rights of its justiciables, and the more extensive the possibilities of constitutional review are, the more powerful the organ in charge gets, in theory.

At a national level, one that is bound by international instruments, this power is tunneled by the framework set out by the institution in charge of this covenant, if there is one provided for, such as is the case for Human Rights in the signatory States of the European Convention on Human Rights on one hand, and the national constitutional order on the other. Notably these two organic outlines hold each other reciprocally. As the former exists only through the latter which in turn requires the respect of the second as a summit of the rule of law. The opportunity offered by this context in a world of challenges to legality lies in the edification of a construct based on the arches of this mutual backbone, where violation of the one implies that of the other. In this context were the international court profits from the legitimacy of the application of its principles by a national constitutional judiciary, the latter can draw authority from the democratic legitimacy distilled by the endorsement of a broad panel of international judges elected, though indirectly, by the members of parliament of the very same contracting party whose rules are at stake.

But before I lose you out of boredom, I will now drag you away from these theoretical conceptions to the more practical outlines of the opportunities our mutual future bears. These opportunities are, I believe, immense, as a challenged constitutional court is the most needed one, since in a state – though I do not believe such one to exist– where no violation of rights occurs, who would wish to be burdened by another layer of judicial review?

The opportunity your own constitution and the contemporary principle of subsidiarity offers you, is to make you, national Judges in general and the Constitutional Court in specie, not only the first, but the most thorough, and if you do so, the ultimate level of human rights protection in your country.

Since the introduction by Protocol no. 15 of the subsidiarity principle and the margin of appreciation in our instrument, the European Court of Human Rights has tried to develop a further concept, that is process-based review. This policy, which appears new in its formulation, is in the end as old as the Convention's application. It has always been clear that the European Court of Human Rights should not be a further appellate court ensuring a fourth or even fifth instance review for applicants.

Under this newly outlined doctrine, national courts, should, for as long as they pass the threshold of the minimal Convention application such as determined by the European Court of Human Rights, be the only authority to examine compliance. The most challenging opportunity for our hosts as a Constitutional Court, is that this will transform them in the effective implementers of the national margin. It will be up to you to determine what are, in the realm of your society, the acceptable limits of the Convention concepts such as they will have to be put in balance in competing rights, more specifically in qualified rights as are Articles 8-11 or 1, Protocol no. 1, when the freedom of speech of an satirist or opponent will confront to the religion or privacy of an official, when the freedom to demonstrate on a place or a mall, to public order or ownership. I will even dare to suggest that in a legal world were the tentacles of our jurisprudence tend to seize ever more substances, relativization will end up contaminating the most fierce absolute rights, thus expanding your realm to the determination of the tolerable humiliation in Türkiye in a given period, what will the boundaries of endurable work to be required in your society be it once hit by a catastrophe and how immediate the presentation to a judge must be in the specific circumstance you will be confronted to.

This of course only works under several conditions:

1. the cognizance of facts, on the contrary of national

supreme courts, mine has always been one of the appraisal of facts, not merely of law, quite to the contrary, national law we often ignore, and deduce the violation of our own principles from the facts brought before us. Now with our withdrawal from the realm of factual appreciation and the introduction of the shared responsibility, this task, I am sorry to say, will lay on the shoulders of the constitutional court.

This must however not be seen as a burden, but as a further formidable opportunity to plunge into the reality of your society and to scrutinize the work of national authorities. The extension of the scope of constitutional review, which cannot be delegated to lower courts as this would void the effectiveness of your scrutiny, transforms constitutional courts armed with the weapon of conventional assessment in the real supreme courts of their judicial systems. The reality of Human Rights resides in the facts brought by the applicant, if these bear a violation, no matter how legally compliant who ever acted, the constitutional judge must censor.

2. the material reasoning, I distinguish this from the legal outline. What I frequently encountered as a national judge once I reached a superior level, were it from my first or second instance colleagues, is their passion for case-law citations. One could have pages of it, and to be honest, the institution I now work in does so itself. Except for the questionable application of our *Klimaseniorinen* case-law, this waste of paper, were it real or virtual implies, there might be nothing wrong in this if it is completed with a material application to the facts. Unfortunately, this hurdle often is forgotten. A constitutional-conventional review must necessarily confront the facts the applicant complains of to the principles of the Convention he invokes, and not leave itself satisfied by the mere fact that its preceding legal institution appears to have an in- depth knowledge of Human Rights law.

3. application of the threshold principles, the delegation

in the application of the Convention, does not imply an indentation of the interpretation sovereignty nor of the *rachet tenet*. Similarly, to what applies in a national system, the international convention system only functions for as long as there is a coherent and uniform interpretation and application, for otherwise our own constitutionality vanishes to the benefit of a pure *casuistic*. Admittedly, it would be contradictory if the constitutionalization of Convention rights would go par with the deconstitutionalization of the Convention instrument of which it is supposed to be a tool.

To conclude, I believe that seizing this opportunity, will not only make you the guiding light for your own judiciary, but also a global player in the human rights system. Since through the consensus doctrine, constantly expanding via the Superior Courts Network, to which you, as other Turkish Supreme Courts are members, your voice, the one of your country and culture will be heard far beyond the boundaries of your system. On the contrary, if you refuse the challenge, and let the door to close, you will lose the opportunity the combination of your constitution and our Court offers you and take the risk to fade away from the European legal scene.

Thank you.



ULUSLARASI HUKUK KİŞİSİ OLARAK BİREYLER VE BİREYLERİN EN TEMEL İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ YAKLAŞIMI

*Individuals as Subjects of International Law and the Aproach of the
International Judicial Institutions towards the Protection of Fundemantal
Human Rights*

Prof. Dr. Yusuf AKSAR*

ÖZET

Uluslararası hukuk başlığı altında ifade edilen hukuk sahası, günümüzde bir hukuk sistemi olarak değerlendirilmektedir. Bu sistemin kendine özgü hukuk kuralları koyma araçları, kuralların uygulanacağı hukuk kişileri ve uygulama araçları vardır. Ulusal hukuk sistemlerinden farklı nitelikteki uluslararası hukuk sistemi, İkinci Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte, sadece devletleri hukuk kişisi olarak kabul etmiştir. Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası örgütler ile gerçek kişiler (bireyler) uluslararası hukukta hak sahibi olabilen ve yükümlülük altına girebilen, başka bir ifadeyle uluslararası hukuk kişiliği sıfatını haiz yeni kişiler olarak kabul edilmişlerdir.

Bireylerin uluslararası hukuk sisteminde hak sahibi olmaları, özellikle insan hakları hukuku alanında en temel insan haklarının uluslararası düzeyde korunması noktasında görülmektedir. Yine devletlerden bağımsız şekilde bireylerin uluslararası yükümlülük altına girdiği alan ise özellikle

* Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması Hâkimi, Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Ana Bilim Dalı, yusufaksar@maltepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0247-634X

uluslararası toplumu derinden etkileyen savaş suçları, soykırım suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı uluslararası düzeyde bireysel cezai sorumluluklarının tesisi noktasındadır.

Şu hâlde uluslararası hukuk kişiliği kabul edilen bireylerin gerek en temel insan haklarının korunması gerekse cezai sorumluluklarının tesisi bağlamında uluslararası hukukun farklı branşlarındaki düzenlemelerinin farklı uluslararası yargı kuruluşları tarafından yorumlanması ve uygulanması son derece önemli bir yer ve role sahiptir. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kurulan eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ile BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması ve Uluslararası Adalet Divanının bireylerin hakları ve yükümlülükleri kapsamında en temel insan haklarının korunması noktasında vermiş oldukları kararlarındaki yaklaşım, uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olduğunu teyit eder niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk kişisi olarak bireyler, uluslararası yargı kuruluşları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması, Uluslararası Adalet Divanı.

ABSTRACT

International law, as a field of law, is currently considered as a legal system. It has its own means of creating legal rules, its legal persons to whom the rules will be applied and its mechanisms of implementation. Until the end of the Second World War only States were considered as a legal person in international law. However, after the Second World War, international organizations like the United Nations and individuals were accepted as persons who could have rights and undertake obligations in international law. In other words, international organisations and individuals became new international legal persons.

The fact that individuals have rights in the International Legal System is witnessed, in particular, in international human rights law in where the protection of the fundamental human rights at the international level is provided. The area where individuals undertake international obligations is the implementation of individual criminal responsibility for international crimes deeply affecting the international community as a whole such as war crimes, the crime of genocide and crimes against humanity.

In this sense, the interpretation and application of rules in different fields of international law by different international judicial institutions have an extremely important place and role in terms of protecting the fundamental human rights and of implementing individual criminal responsibility. So, the approaches of the European Court of Human Rights, the UN International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the UN International Criminal Tribunal for Rwanda, the UN International Residual Mechanism for Criminal Tribunals and the International Court of Justice in their decisions regarding the protection of the fundamental human rights within the scope of the rights and obligations of individuals confirm that international law is a legal system.

Keywords: Individuals as international legal persons, international judicial institutions, European Court of Human Rights, United Nations Security Council, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, UN International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, International Court of Justice.

GİRİŞ

Günümüz dünyasında uluslararası hukuk sadece hukuk fakültelerinde okutulan bir hukuk ana bilim dalı değil fakat bunun çok ötesinde bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edilmektedir. Uluslararası hukuk sisteminin kendine özgü hukuk kuralları, kuralları oluşturma mekanizmaları, işbu kuralları uygulama araçları vardır. Uluslararası hukuk sistemini ulusal hukuk sistemleri ile kıyaslamak doğru bir yaklaşım olmamakla birlikte bu sistemin anlaşılması için zaman zaman uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemleri ile farklı ve benzer yönlerine de dikkat çekilmektedir.

Uluslararası hukuk sisteminin öngördüğü hukuki düzenlemelerin muhatabı kimlerdir? Başka bir ifadeyle uluslararası hukuk kuralları kimlere uygulanır? Bu soruların cevabı, uluslararası hukukta uluslararası hukuk kişisi¹ kavramıyla ilgili olup kısaca uluslararası hukuk kuralları uluslararası hukuk kişilerine uygulanır şeklindedir.

Uluslararası hukuk kişisi nedir? Uluslararası hukuk teorisi ve uygulaması dikkate alındığında uluslararası hukuk kişisi kavramının durağan ve tek tip bir kişiliği ifade etmediği kolaylıkla anlaşılabilir. Uluslararası toplum ve uluslararası ilişkiler geliştikçe, küreselleşme ve etkileri arttıkça uluslararası hukuk kişisi kavramı da gelişmekte ve değişmektedir. Bu düşünceden hareketle uluslararası hukuk kişisinin temelde iki önemli özelliğinin olduğunu bilmek gerekir. Bunlar:

a. Uluslararası düzeyde hak sahibi olabilme ve yükümlülük altına girebilme

b. Sahip olduğu hakları, uluslararası düzeyde özellikle uluslararası yargı kuruluşları önünde koruyabilme yeteneğine sahip olma²

1 Uluslararası hukuk kişileri hakkında uluslararası hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları hakkında bkz. Aksar, Y. (2023). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 7. Bası, s. 233 vd.

2 Dixon, M. (2013). *Textbook on International Law*, Oxford: Oxford University

1949 tarihli Birleşmiş Milletler hizmetinde uğranılan zararların tazmini davasında (*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN*) da belirtildiği üzere en genel anlamda uluslararası hukuk kişisi, uluslararası alanda hak sahibi olabilme, yükümlülük altına girebilme ve haklarını uluslararası düzeyde özellikle uluslararası yargı kuruluşları önünde ileri sürebilme yeteneğini haiz varlık (*entity*) şeklinde tanımlanabilir³.

Yukarıdaki tanımlama çerçevesinde uluslararası hukuk kişiliğine sahip varlıklar hangileridir? Bu noktada uluslararası hukuk kişilerinin tarihçesine kısaca değinmekte fayda vardır.

1648 Vestafalya Barışı'yla birlikte başlayan ve Birinci Dünya Savaşı'na kadar olan süreç içinde uluslararası hukuk kişiliği sıfatı münhasıran devletlere ait idi. O dönemde yazılan en önemli uluslararası hukuk eserlerine bakıldığında bu gerçeklik kolayca görülmektedir. Şöyle ki, Oppenheim çalışmasında şu ifadeler yer vermektedir:

“Uluslararası hukuk devletlerin ortak rızalarına dayandığından, ... sadece ve münhasıran devletler uluslararası hukuk kişileridir.”⁴

Uluslararası hukuk geliştikçe uluslararası hukukun uygulama alanı yanında uluslararası hukuk kişileri de sayı olarak artış göstermiştir. Birinci Dünya Savaşı sonrası Milletler Cemiyetinin kurulmasıyla birlikte uluslararası örgütler de yavaş yavaş uluslararası alanda yerlerini almaya başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrası Birleşmiş Milletler Örgütü kurulmuştur. Birleşmiş Milletler nezdinde uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği Uluslararası Adalet Divanının *Birleşmiş Milletler hizmetinde uğranılan zararların tazmini davasında* vermiş olduğu danışma görüşünde de tescil edilmiştir. Uluslara-

Press, 7. Bası, ss. 111-112; Hillier, T. (1999). *Principles of Public International Law*, 2. Bası, London, Sydney: Cavendish Publishing, s. 75.

3 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion* (1949). *ICJ Reports*, s. 174. Metin için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=4>. (bundan sonra *Reparation Case*).

4 Oppenheim, L. (1912). *International Law*, Harlow: Longman, s. 5.

rası hukuk kişiliği kavramının gelişimini de doğrular nitelikte olan danışma görüşünün uluslararası hukuk kişiliği ile ilgili en çarpıcı bölümü şu şekildedir:

“Her hukuk sisteminde hukuk kişileri, niteliği veya haklarının kapsamı bakımından birbirinin aynısı olmak zorunda değildir ve hukuk kişilerinin niteliği toplumun ihtiyaçlarına bağlıdır. ... mahkeme Birleşmiş Milletler’in bir hukuk kişisi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu durum, onun devlet olduğu, hukuki kişiliğinin, haklarının ve yükümlülüklerinin devletinkiyle aynı olduğu anlamına gelmez, ki kesinlikle değildir. Birleşmiş Milletler, bir uluslararası hukuk kişisidir ve uluslararası haklara ve yükümlülüklerle sahip olma yeteneği vardır ve uluslararası davalar yoluyla kendi haklarını koruma yeteneği bulunmaktadır.”⁵

Günümüzde devletler uluslararası hukukun en önemli kişisi olmakla birlikte yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası örgütler de, önemli uluslararası hukuk kişileri olarak yerlerini almaya başlamıştır hatta geline nokta itibarıyla uluslararası toplumun şekillendirilmesinde başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Birliği, Afrika Birliği gibi uluslararası örgütler aktif rol almıştır. Her şeye rağmen bağımsız uluslararası hukuk kişilikleri olmakla birlikte uluslararası örgütlerin devletler tarafından kurulduğu ve kişiliklerinin kendilerini kuran kurucu antlaşmayla sınırlı olduğu gerçekliği de unutulmamalıdır. Uluslararası hukukun kişilere tanıdığı yetki sadece devletler tarafından tam olarak kullanılmaktadır. Uluslararası örgütlerin ise uluslararası hukuk kişilikleri, kuruluş amaçları ile sınırlıdır. Bu gerekçelerle devletlerin uluslararası hukuk kişiliği tam kişilik (*orginal personality*), uluslararası örgütlerin kişiliği fonksiyonel/işlevsel kişilik (*functional/derivative personality*) olarak adlandırılmaktadır⁶.

Devletler ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk ki-

5 *Reparation Case*, s. 178.

6 Wallace, R. M. M. ve Martin-Ortega, O. (2009). *International Law*, 6. Bası, Sweet & Maxwell, s. 63; Dixon, M. (2013). s. 112.

şilikleri dışında uluslararası düzeyde belli oranlarda haklardan yararlanabilen ve yükümlülük altına girebilen iki farklı uluslararası hukuk kişisi daha bulunmaktadır. Bunlar Filistin Kurtuluş Örgütü (29 Kasım 2012'ye kadar olan yapısıyla)⁷ örneğinde olduğu gibi devlet niteliği taşımayan insan toplulukları ile bireylerdir.

I. ULUSLARARASI HUKUK KİŞİSİ OLARAK BİREYLER

Konu başlığı dikkate alındığında bireylerin diğer bir ifadeyle gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği konusuna biraz daha detaylı değinmek yerinde olacaktır.

Gerçek kişilerin insanoğlunun bir mensubu olarak uluslararası hukuk kişisi kabul edilmeleri günümüz algılaması ile oldukça doğal karşılanabilir. Ancak gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği oldukça yenidir ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bireylerin uluslararası hukuk kişiliği hususu gittikçe artan biçimde öne çıkmaya başlamıştır. Bu durumun temel sebebi, uzun yıllar sadece devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinin kabul edilmesidir. İnsanlığın ortak düşmanı kabul edilen korsanlık suçu hariç uluslararası hukuk, yüz-yıllarca devletlerin hukuk sistemi olarak anılmıştır. Devletler uluslararası hukuk kişisi, bireyler ise devletlerin bir objesi şeklinde değerlendirilmiştir⁸. Gerçek kişilerin devletlerin objesi olduğu yönündeki geleneksel algı ve bu yöndeki uygulamanın en tipik örneği, 1928 tarihli Almanya ile Polonya arasındaki “*Danzig Demiryolu davası*”dır (*Danzig Railway case*)

7 29 Kasım 2012'ye gelindiğinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Birleşmiş Milletler'de Filistin'in Statüsü başlığı altında aldığı 67/19 sayılı kararı ile Filistin'in Birleşmiş Milletler üyesi olmayan gözlemci devlet statüsünü (*non-member observer State*) açık oy farkıyla kabul etmiştir. (UNGA Resolution adopted by the General Assembly 67/19, *Status of Palestine in the United Nations*, A/RES/67/19 (4 December 2012). Genel Kurul, Filistin Devleti'nin Birleşmiş Milletler üyesi olmayan gözlemci devlet statüsünü 138 devletin lehte oy vermesi neticesi kabul etmiştir. Oylamada, 41 devlet çekimser kalmış, 9 devlet aleyhte oy kullanmış, 5 devlet ise oylamaya katılmamıştır.

8 Harris, D. J. (2010). *Cases and Materials on International Law*, 10. Bası, Sweet & Maxwell, ss. 127-128.

9. Dönemin Uluslararası Sürekli Adalet Divanı danışma görüşünde, iki devlet arasında yapılan bir antlaşmadan bireyler için herhangi bir yükümlülük veya hak doğmayacağını belirtmiştir¹⁰.

Gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası düzeyde hak sahibi olmaları veya yükümlülük altına girmeleri, sınırlı bir uluslararası hukuk kişiliğine kavuşmaları İkinci Dünya Savaşı sonrası gerçekleşmiştir. Gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği, özellikle iki önemli uluslararası hukuk sahasında gözlemlenmektedir: Uluslararası Ceza Hukuku ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku.

İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Nuremberg ve Tokyo Uluslararası Askerî Mahkemeleri, gerçek kişilerin uluslararası

9 Dava konusu olay kısaca şu şekilde özetlenebilir: Birinci Dünya Savaşı'nın sonuçlarından bir tanesi, şimdiki Polonya'da Gdansk şehri olan Danzig şehrinin Almanya ve Polonya'dan ayrı bir serbest şehre dönüştürülmesidir. Danzig, Milletler Cemiyeti'ne karşı sorumlu Yüksek Temsilci tarafından yönetilmiştir. Birinci Dünya Savaşı'nı sona erdiren 1919 tarihli Versay Andlaşması'nın 104. maddesi, Danzig demiryolu sistemi hizmetinin Danzig ile Polonya arasında yapılacak antlaşma çerçevesinde Polonya Demiryolu Yönetimine bırakılmasını öngörmektedir. 1921 tarihli Danzig-Polonya Antlaşması, ücretler ve emeklilik düzenlemeleri ile ilgili yeni yönetimin uygulamalarından dolayı Danzig demir yolu çalışanlarının tepkisine sebep olmuş ve Danzig mahkemelerinde, yönetim aleyhine davalar açılmıştır. Polonya hükümeti, davalara itiraz etmiş ve Yüksek Temsilciye başvurmuştur. 1927'de Yüksek Temsilci, Polonya lehine kararını vermiştir. Bunun üzerine, Danzig şehri Yüksek Temsilcinin kararı aleyhine Milletler Cemiyeti'ne başvurmuştur. Cemiyet ise, konu ile ilgili danışma görüşü almak üzere Uluslararası Sürekli Adalet Divanına başvurmuştur. 1928 tarihli danışma görüşünde Divan, 1921 tarihli Danzig Polonya Antlaşması'nı uluslararası antlaşma olarak nitelendirmiş ve o günün hukuki düzenlemeleri çerçevesinde uluslararası hukukta uluslararası antlaşmaların bireyler için haklar ve yükümlülükler doğurmasını önleyen kuralların yerleşik olduğunu hükme bağlamıştır. Bununla birlikte Divan hâkimleri, hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi bireyler için haklar ve yükümlülükler öngören ulusal mahkemelerde uygulanabilecek kurallar içeren uluslararası andlaşmaların olabileceğine işaret etmişlerdir. Danışma görüşü, Yüksek Temsilcinin kararını tersine çevirmiştir. Danzig ve Polonya danışma görüşüne uygun hareket edecekleri konusunda daha önceden anlaşmıştı. (Henderson, C. W. (2010). *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell, s. 43).

10 a.g.e. s. 42.

hukuk kişiliği konusunda yepyeni bir sayfa açmıştır. Gerçek kişilerin savaş suçları, saldırı suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi uluslararası suçlar sebebiyle uluslararası bireysel cezai sorumluluklarının tesisi mümkün olmuştur. Bireylerin devlet adına hareket ediyor olmaları veya üstün emirlerini icra etmeleri, uluslararası cezai sorumluluğun kaldırılmasında etkili olmamıştır. Bu noktada Nuremberg Mahkemesinin Amerikalı Başsavcısı Robert Jackson'ın açış konuşması tarihî bir önem arz etmektedir: *“İnsanlığa karşı suçlar bireyler tarafından işlenmektedir, soyut varlıklar tarafından değil ve sadece söz konusu suçları işleyen bireylerin cezalandırılması ile uluslararası hukuk kuralları uygulanabilir.”*¹¹

Bireylerin uluslararası suçlar sebebiyle cezai sorumluluklarının daha detaylı uygulama alanı bulduğu diğer örnekler arasında BM Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile BM Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve her iki Mahkemenin devamı niteliğindeki BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması bulunmaktadır. İşbu mahkemelerin başarılı uygulamaları ve içtihatları 1998'de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün kabulünü kolaylaştırmıştır¹². Hollanda'nın Lahey kentinde bulunan Uluslararası Ceza Mahkemesi 1 Temmuz 2002 itibarıyla yürürlük kazanmış sürekli nitelikli bir uluslararası yargı kuruluşudur¹³.

Bireylerin uluslararası düzeyde sadece sorumlu tutulmaları değil aynı zamanda haklardan da yararlanmaları uluslararası insan hakları hukukunun gelişimiyle mümkün olmuştur. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar

11 a.g.e. s. 43.

12 Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Aksar, Y. (2004). *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, London, New York: Routledge.

13 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin nitelikleri ve ilk uygulamaları hakkında bkz. Aksar, Y. (2005). “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, *Uluslararası Hukuk & Politika*, C. 1., S. 3., ss. 1-14.

Sözleşmesi'nin kabulü, adı geçen hakların elde edilmesinde önemli kilometre taşları olmuştur. Diğer yandan Avrupa Konseyinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları da, bireylerin uluslararası düzeyde en azından temel haklar ve özgürlükler bakımından uluslararası hukuk kişisi kabul edilmelerinde çok etkin rol oynamışlardır. Artık insan hakları konusu, devletlerin kendilerini ilgilendiren bir sorun olmanın çok ötesine geçmiştir. Temel hak ve özgürlükler her birey için doğumla elde edilen ve kendisinden vazgeçilemeyen haklar statüsüne ulaşmıştır¹⁴.

II. EN TEMEL İNSAN HAKLARININ KORUNMASI AMACINA HİZMET EDEN ULUSLARARASI HUKUK SAHALARI VE BİRBİRLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bu başlık altında uluslararası insan hakları hukuku (*international human rights law*) ile silahlı çatışmalar hukuku (*the law of armed conflicts*), uluslararası insani hukuk (*international humanitarian law*) ve uluslararası ceza hukuku (*international criminal law*) arasındaki ilişkiler uluslararası yargı kuruluşlarının önemli kararları ışığında ele alınacaktır.

A. SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU (ULUSLARARASI İNSANİ HUKUK) İLE İNSAN HAKLARI HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Uluslararası hukukun iki farklı alanlarını oluşturmakla birlikte silahlı çatışmalar hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku arasında bazı farklılıklar ile birlikte ortak yanlarının bulunduğu da görülmektedir¹⁵.

Öncelikle farklılıklar açısından konuya dikkat çekilirse tarihsel olarak savaş hukuku ya da silahlı çatışmalar huku-

14 McCorquodale, M. (2010). "The Individual and the International Legal System", içinde Evans Malcolm D. (Ed.), *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 3. Bası, s. 302; Henderson, C. W. (2010). s. 44.

15 Konu hakkında detaylı bilgi için, bkz. Aksar, Y. (2023). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 7. Bası, s. 226 vd.

kunun insan hakları hukukuna oranla daha eski kökenli olduğu ortadadır. Bilindiği üzere insan hakları hukukunun bir uluslararası hukuk sahası olarak ortaya çıkması İkinci Dünya Savaşı sonrasıdır. Bireyin uluslararası hukuk kişisi kabul edilmesinin de doğal bir neticesi olan insan hakları hukuku, bireyin sahip olduğu insan haklarını uluslararası düzeyde koruma amacına hizmet etmektedir. Uluslararası insan hakları hukuku, bireyin sahip olduğu yaşam hakkı, işkence yasağı, din ve vicdan özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi en temel insan haklarının, üzerinde yaşadığı devlete karşı korunmasında uluslararası bir araç olma özelliği göstermektedir.

Öte yandan silahlı çatışmalar hukuku, insan hakları hukukuna göre daha derin bir tarihî geçmişe sahiptir ve genel kural olarak devletler arasındaki silahlı çatışmaların hem yöntem hem de kullanılan silahlar açısından insani olmasını düzenler. Elbette silahlı çatışmalar hukukunun amaçları arasında en temel insan haklarının silahlı çatışmalar ortamında korunması da bulunmaktadır. Silahlı çatışmalar hukukunda, ister uluslararası isterse ulusal nitelikli silahlı çatışma hâli olsun yaşam hakkı, işkence yasağı, insanlık dışı muamelenin önlenmesi, adil yargılanma hakkı gibi temel insan hakları, yaralıları, esirler, kazazedeler ve siviller bakımından korunmaya çalışılırken aslında bir yönüyle insan hakları hukuku ile işbu noktada aynı amaca hizmet edilmektedir. Özellikle Cenevre hukuku olarak bilinen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile onların ekleri niteliğindeki 1977 tarihli ek I ve II No.lu Protokoller, silahlı çatışmalar hukukunda uluslararası insani hukuk/insancıl hukuk adıyla ifade edilmekte ve kişilerin en temel insan haklarını silahlı çatışmalarda korumaya çalışmaktadır. Şu hâlde en azından silahlı çatışmaların söz konusu olduğu durumlarda, en temel insan haklarının korunması yönünden her iki hukuk sahasının ortak hareket ettiği söylenebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus, silahlı çatışmalar hukukunda düşman elinde bulunan yaralı veya hasta asker ya da kazazede ile karşı tarafın vatandaşı sivillerin çatışmanın

diğer tarafına karşı korunduğudur. Tam da bu noktada her iki hukuk alanı arasında ana bir farklılık göze çarpmaktadır, o da insan hakları hukukunda kişinin insan haklarının üzerinde yaşadığı devlete karşı korunması söz konusu iken silahlı çatışmalar hukukunda düşman devlete karşı korunmanın gerçekleşmesidir.

Gerek silahlı çatışmalar hukukunda gerekse insan hakları hukukunda görülen gelişmeler, özü itibarıyla insanların en temel insan haklarını korumayı esas aldığı noktalarda, ister istemez bazı durumlarda her iki hukuk sahasının da aynı anda uygulanmasına sebep olabilmektedir. Bu durumun en güzel örnekleri arasında işgal rejiminin ortaya çıkması halinde uluslararası silahlı çatışmalar hukuku düzenlemelerine ek olarak, uluslararası insan hakları hukukunun da uygulanması gösterilebilir. İşbu noktada her iki hukuk sahası arasındaki ilişkinin detaylı şekilde ele alındığı uluslararası yargı kararları örneklerinden birisi olarak Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Uganda'ya karşı Uluslararası Adalet Divanı nezdinde açtığı *Kongo ülkesinde silahlı faaliyetler davası*na dikkat çekmek yerinde olacaktır¹⁶. Adı geçen davada Divan, işgal rejimi altında aynı anda hem uluslararası insani hukuk hem de uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerinin uygulanabileceğine ve Uganda'nın Kongo ülkesinde etkin kontrolü altında bulundurduğu yerlerde işlenen uluslararası insani hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku ihlallerinden sorumlu olduğuna hükmetmiştir¹⁷.

Şu hâlde silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki, bir devletin silahlı kuvvetlerinin başka bir devletin ülkesi üzerinde yaşayan sivillere yönelik insan hakları ihlalleri ile de ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda 1949 tarihli

16 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, § 6. (bundan sonra, *Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment*), §§ 205-221.

17 *Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment*, Özellikle bkz. §§ 216, 220.

Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 tarihli ek Protokol I düzenlemelerine aykırı şekilde, korunan kişilerin, özellikle sivil halkın özgürlüğünden yoksun bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5'te ifadesini bulan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlalden başka bir şey değildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne getirilen *Hassan v. UK davasında*, 1949 tarihli III ve IV No.lu Cenevre Sözleşmelerinde korunan savaş esirleri ile sivil halkın özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına ilişkin düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5'teki özgürlük ve güvenlik hakkının yorumunda kullanılabileceğini açıkça hükme bağlamıştır¹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Hassan v. UK davasında* vermiş olduğu karar, Mahkemenin uluslararası insan hakları hukuku ile uluslararası insani hukuk (silahlı çatışmalar hukuku) arasındaki ilişkiyi açıkça ele alıp kendi görüşünü ortaya koyduğu ilk karar olmak ve her iki hukuk sahası arasındaki ilişkiyi açıklamak için geleneksel fakat yetersiz olan *lex specialis* ilkesine dayanmamak açısından tarihi öneme sahiptir¹⁹. Şöyle ki Mahkeme önündeki dava kapsamında uluslararası insani hukuk ile insan hakları arasındaki ilişkiyi incelerken 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 31 vd. de düzenlenen yorum tekniklerini esas almıştır. Her iki hukuk sahası arasındaki ilişkiye, insan hakları hukukunun *lex generalis*, insani hukukun da *lex specialis* nitelikli hukuk olarak değerlendirilip birinin diğerini dışlaması görüşünü benimsemeyen Mahkeme, önündeki dava ile ilgili her iki hukuk sahasının ilgili düzenlemelerini birlikte değerlendirerek belli oranda her iki hukuk sisteminin düzenlemelerini aynı anda uygulamıştır. Mahkeme, işbu yaklaşımı ile uluslararası insan hakları hukuku ile uluslararası insani hukukun birbirini dışlayıcı değil fakat birbirini tamamlayıcı iki hukuk sahaları olduklarına karar vermiştir. Mahkemenin bu yöndeki kararı-

18 *Hassan/UK*, B.No: 29750/09, 16/9/2014, § 101 vd.

19 De Koker, C. (2015). "*Hassan v. United Kingdom: The Interaction of Human Rights Law and International Humanitarian Law with regard to the Deprivation of Liberty in Armed Conflicts*", *Utrecht Journal of International and European Law*, C. 31., S. 81., s. 90.

nın, her iki hukuk sahası arasındaki ilişki bağlamında ortaya çıkan uzun zamandır yoğun şekilde tartışma konusu yapılan uluslararası insani hukukun *lex specialis* olarak insan hakları hukukunun *lex generalis* yapısı içerisinde konumlandırılması sorununa, oldukça detaylı, adil bir çözüm sunduğu ortadadır²⁰. Ayrıca mevzunun en temel insan hakları hukukunun korunması olduğu durumlarda, hukuk alanının adının, ya da silahlı çatışmanın varlığının veya niteliğinin, fiilin, barış ya da savaş zamanında işlenmesinin hiçbir önemi olmaması gerektiğinin bir delili olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin adı geçen kararı açıkça savunulmayı hak eder niteliktedir.

Silahlı çatışmalar hukuku ya da uluslararası insani hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki anlamında kısaca üzerinde durulması gereken son bir nokta da, uluslararası insani hukuk anlamında silahlı çatışmaların mağduru konumundaki korunan kişilerin kendileri için öngörülen haklardan kısmen veya tamamen, hiçbir durumda feragat edememeleridir²¹. Oysa uluslararası insan hakları hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 15 (1) düzenlemesinde açıkça belirtildiği üzere *“Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.”* Sözleşme’nin 15. maddesinin 2 No.lu paragrafında, 1. paragrafta belirtilen işbu hükmün meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hariç yaşam hakkını düzenleyen 2. maddeye, işkence yasağını düzenleyen 3. maddeye, kölelik yasağını düzenleyen 4. maddenin 1 No.lu paragrafına ve *“Kanunsuz ceza olmaz.”* ilkesini içeren 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermediği açıkça ifade edilmiştir. Şu hâlde uluslararası insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar ya da insani hukukun ana kesişim noktalarından birisi de her ne şart altında olursa olsun yaşam hak-

20 a.g.e. s. 94.

21 1949 tarihli I, II ve III No.lu Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 7; 1949 tarihli I No.lu Cenevre Sözleşmesi madde 8.

kı, işkence yasağı, kölelik yasağı gibi en temel insan haklarını korumaktır. Ayrıca silahlı çatışmaların hukuki niteliklerinin de bu anlamda hiçbir önemi yoktur. Şöyle ki uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda uygulama alanı bulan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ağır ihlaller sistemi ile uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine ortak 3. madde düzenlemesi de yaşam hakkı, işkence yasağı, insanlık dışı muameleye maruz kalmamak gibi en temel insan haklarını korumaktadır.

Yukarıda kısaca irdelenmeye çalışılan silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki ışığında -uluslararası hukukun hangi sahası olursa olsun- en temel insan haklarının korunması yönünde farklı hukuk düzenlemelerinin aynı hedefe yöneldiği, uluslararası toplum ile uluslararası yargı kuruluşlarının işbu hedefe ulaşılması düşüncesiyle uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna, yorumuna ve uygulanmasına katkıda bulunduğu sonucuna ulaşmak yerinde bir tespit olacaktır.

B. ULUSLARARASI CEZA HUKUKU VE İNSAN HAKLARI HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tarihsel süreç içinde savaşlara, iç karışıklıklara, kıtlığa, iklim değişikliklerine tanıklık eden insanoğlu, milyonlarca insanın ölümüne tanıklık etmiştir. Yirminci yüzyılda, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Birleşmiş Milletler sisteminin kabul edilerek Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 2 (4) düzenlemesi ile kuvvet kullanmanın yasaklanması uluslararası nitelikli silahlı çatışmaların sayısında önemli bir azalma sağlamıştır. Ancak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların diğer adıyla iç savaşların sayısında büyük bir artış olmuştur. Bu gerçekliğe paralel olarak iç savaş ve diktatörlük rejimleri insanlığı çok derinden etkileyen “hayal bile edilemeyecek katliamlar” yapmış ve birçok masum insan hayatını kaybetmiş yerlerinden ve yurtlarından ayrılmak zorunda kalmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra günümüze kadar geçen süre içinde yüzlerce iç savaş ve diktatörlük rejimlerinin ölümü-

ne sebebiyet verdiği insan sayısı yüz milyona yaklaşmıştır²². Özellikle yirminci yüzyılın sonlarına doğru uluslararası toplum belki de tarihte görmediği iki büyük insanlık trajedisıyla karşılaşmıştır. Bunlardan bir tanesi Avrupa'nın ortasında eski Yugoslavya'nın dağılması sırasında, diğeri de Afrika'nın ortasında bulunan Ruanda'da gerçekleşmiştir. Bu iki bölgede insanlar soykırıma, işkenceye, bir savaş aracı olarak tecavüz ve cinsel şiddet suçlarına, etnik temizlenmeye, sivillerin kötü muameleye tabi tutulmasına, şahsi, tarihî ve kültürel varlıkların yok edilmesine, sivil halkın zorla ülkelerinden uzaklaştırılmasına, okullara, hastanelere ve pazar yerlerine yöneltlen silahlı eylemlere maruz kalmıştır. Bunun sonucu olarak 1991-1994 yılları arasında eski Yugoslavya'da 250.000 kişi ölmüş, 2 milyondan fazla kişi de ülkesinden uzaklaştırılmıştır²³. Yine benzer şekilde Ruanda'da çıkan iç savaşta 6 Nisan 1994 tarihinden 18 Temmuz 1994 tarihine kadar geçen çok kısa bir süre zarfında 500.000'den fazla masum insan hayatını kaybet-

22 İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sadece 1996 yılına kadar geçen süreçte 220 iç savaş ve diktatörlük rejimi, yaklaşık 86 milyon kişinin ölümüne sebep olmuştur. Joyner, C. C. (1998). "Redressing Impunity for Human Rights Violations: The Universal Declaration and the Search for Accountability", *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, C. 26., S. 4., s. 593.

23 Joyner, C. C. (1996). "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *LCP*, C. 59., S. 4., s. 153. Eski Yugoslavya'daki insan hakları ihlallerinin boyutları ve işlenen suçların niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. *Report of CSCE Mission to Inspect Places of Detention in Bosnia-Herzegovina*, (29 Ağustos-4 Eylül 1992); *Report on the Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights Pursuant to Paragraph 14 of Commission Resolution 1992/S-1/1 of August 1992*, U.N. Doc. S/24516 (1992) (kısaca, *Periodic Report of the the Special Rapporteur*).; U.N. Doc. E/CN.4/1994/3 (1993) (*First Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1994/4 (1993) (*Second Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1994/6 (1993) (*Third Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1994/8 (1993) (*Fourth Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1994/47 (1993) (*Fifth Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1994/110 (1994) (*Sixth Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1995/4 (1994) (*Seventh Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1995/10 (1994) (*Eighth Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. S/1994/1252 (1994) (*Ninth Periodic Report of the the Special Rapporteur*); U.N. Doc. E/CN.4/1995/57 (1995) (*Tenth Periodic Report of the the Special Rapporteur*).

miştir²⁴. Ne yazık ki yirmi birinci yüzyıla gelindiğinde silahlı çatışmalar son bulmamış ve dünyanın değişik coğrafyalarında Eski Yugoslavya ve Ruanda örneklerinde tanıklık edilen ağır insan hakları ihlalleri ile uluslararası suçların işlenmeye devam edildiği gözlemlenmektedir. 2011 yılında Suriye’de başlayan ve 2024 sonuna kadar devam eden silahlı çatışmalar ile Rusya ve Ukrayna arasında Şubat 2022’de ve yine Ekim 2023’te İsrail ile Filistin devleti arasında başlayan ve devam etmekte olan uluslararası silahlı çatışmalar işbu durumun en son örneklerindendir.

Hiç şüphe yoktur ki insanlığın maruz kaldığı bu tür uygulamalar uluslararası hukukun birçok dalını ihlal eder niteliktedir. Bu anlamda ilk akla gelenler arasında insan hakları hukuku, savaş hukuku (diğer adıyla silahlı çatışmalar hukuku), uluslararası insani hukuk ve uluslararası ceza hukuku sayılabilir. Örnek anlamında sayılan söz konusu her bir uluslararası hukuk alanının ortak yanı, bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinin tanınmasının neticesi olarak, ister barış ister silahlı çatışma durumu olsun, bireylerin en temel insan haklarının her daim korunmasına hizmet etmektir.

Uluslararası ceza hukuku²⁵ ulusal mahkemeler ya da uluslararası mahkemeler aracılığıyla uluslararası suçlardan dolayı bireylerin cezai sorumluluğunu tesis etmeyi amaçlamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere insan hakları hukuku ise oldukça yeni bir uluslararası hukuk dalı olup devlet ile özellikle devletlere karşı haklarını arayan bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir²⁶.

24 *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935 (1994)*, U.N. Doc. S/1994/1405, § 57. Bir Birleşmiş Milletler Özel Raportörü’ne göre, öldürülenlerin sayısı bir milyona yakındır. Bkz. Report on the Situation of Human Rights in Rwanda Submitted by Mr. Degni-Segui, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, under Paragraph 20 of Commission Resolution E/CN.4/S-1 of 25 May 1994, U.N. Doc. E/CN.4/1995/7 (28 Haziran 1994), § 24.

25 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Aksar, Y. (2023). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, s. 239 v.d.

26 Uluslararası insan hakları ve uluslararası ceza hukuku arasındaki

Uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğu yanında bireylerin cezai olarak sorumlu tutulabilmeleri ve işlemiş oldukları uluslararası suçlardan dolayı ulusal ya da uluslararası mahkemeler aracılığıyla cezalandırılmalarının sağlanması uluslararası ceza hukukunun en temel amaçlarından biri olmakla beraber bireylerin sorumluluğu konusunun uluslararası alanda uygulanması oldukça yenidir. Devletlerin kendi vatandaşlarını uluslararası suç sebebiyle ulusal mahkemelerde yargılamak istememesi nedeniyle uluslararası nitelikli cezaî kurumların kurulması kaçınılmazdır. Bundan dolayıdır ki, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1945 ve 1946 yıllarında, galip devletler tarafından Alman ve Japon savaş suçlularını yargılamak için, Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Nuremberg Mahkemesi) ve Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Tokyo Mahkemesi) kurulmuştur²⁷.

benzerlikler ve farklılıklar için, bkz. Vinuesa, R. E. (1998). "Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law", *YIHL*, C. 1., s. 69; Eide, A. (1984). "The Laws of War and Human Rights-Differences and Convergences", içinde Swinarski, C. (Ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Geneva, The Hague: International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, ss. 675-697.

- 27 Bkz. Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, 8 Ağustos 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279. Londra Andlaşması olarak bilinen bu uluslararası hukuk belgesi, Nuremberg Mahkemesi'nin Statüsünü, diğer bir deyişle görev ve yetkilerini ve aynı zamanda duruşmaların nasıl yürütüleceğine ilişkin temel prensipleri de içerir. Fakat, Tokyo Mahkemesi bir andlaşma sonucu kurulmamıştır. Bu konuda bkz. *Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, Establishment of an International Tribunal for the Far East*, 19 Ocak 1946, T.I.A.S. No. 1589. 4 Bevans 20. Uluslararası hukukta Nuremberg ve Tokyo Mahkemelerini konu edinen birçok çalışma vardır. Bunlardan bazıları şu şekilde belirtilebilir: Conot, R. (1983). *Justice at Nuremberg*, Harper and Row; Taylor, T. (1992). *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, New York: Knopf; Brackman, A. (1987). *The Other Nuremberg: The Untold Story of the Tokyo War Crimes Trials*, Morrow; Wright, Q. (1947). "The Law of the Nuremberg Trial", C. 41., S. 1., *AJIL* s. 38; Wright, Q. (1948). "Legal Positivism and the Nuremberg Judgment", *AJIL*, C. 42., S. 2., s. 405; Schick, F. B. (1947). "The Nuremberg Trial and the International Law of the Future", *AJIL*, C. 41., S. 4., s. 770; Kuhn, A. K. (1947), "International Criminal Jurisdiction", *AJIL*, C. 41., S. 2., s. 430; Finch, G. A. (1947). "The Nuremberg Trial and International Law", *AJIL*, C. 41., S. 1., s. 20; Ehard, H. (1949). "The Nuremberg Trial Against the Major War Criminals and International Law", *AJIL*, C. 43., S. 2., s. 223; Clark,

Nuremberg ve Tokyo Mahkemelerinin uygulamaları, İkinci Dünya Savaşı'ndan önce uluslararası toplumun savaş hukukuna ilişkin olarak kabul ettiği antlaşma ve örf âdet hukuku kurallarının uygulanması açısından önemli bir yer tutar. Ayrıca bu mahkemelerin uygulamaları sonucunda, uluslararası toplum tarihinde ilk defa uluslararası nitelikteki suçların savaş suçları, barışa karşı işlenen suçlar ve insanlığa karşı işlenen suçlar olarak sınıflandırılmasına da tanık olmuştur²⁸. Fakat Nuremberg ve Tokyo Mahkemeleri bazı yazarlarca galiplerin mahkemeleri (*victors' courts*) olarak değerlendirilmiş ve tarafsız olmadıkları ileri sürülmüştür²⁹. Söz konusu mahkemeler nasıl değerlendirilirse değerlendirilsin uluslararası ceza hukuku açısından uluslararası suçların kabul edilmesi ve bireylerin uluslararası nitelikli cezai yargılama yetkisine sahip bir organ tarafından cezai sorumluluklarının tescil edilmesi ve sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasının sağlanması bakımından çok önemli bir yere sahip olduğu açıktır.

Nitekim 1993 ve 1994 yıllarında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin eski Yugoslavya ve Ruanda'daki insan hakları ve uluslararası ceza hukuku ihlalleri karşısında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla kurmuş olduğu uluslararası ceza mahkemelerinin düzenleme ve uygulamalarına Nuremberg ve Tokyo Mahkemeleri örnek teşkil etmiştir³⁰. Nu-

R. S. (1997). "Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective", içinde McCormack, T. L. H. ve Simpson G. J. (Eds.), *The Law of War Crimes National and International Approaches*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, s. 171; Chaney, K. R. (1995). "Pitfalls and Imperatives: Applying the Lessons of Nuremberg to the Yugoslav War Crimes Trials", *Dick. J. Int'l L.*, C. 14. S. 1., s. 57.

28 Nuremberg Mahkemesi Statüsü, mad. 6; Tokyo Mahkemesi Statüsü, mad. 5.

29 Bu anlamda bkz. Minear, R. H. (1971). *Victors' Justice the Tokyo War Crimes Trial*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press; Rubin, A. P. (1993). "International Crime and Punishment", *Nat. Int. S.* 33., s. 73.

30 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 25 Mayıs 1993 tarihinde kurulmuştur. Güvenlik Konseyi Kararı için bkz. SC. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Year, 1993 SC. Res. & Dec. At, 29, U.N. Doc. S/INF49 (1993). Mahkemenin tam adı, "1991'den İtibaren Eski Yugoslavya Ülkesinde İşlenen Uluslararası

remberg ve Tokyo Mahkemelerinin aksine eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve yeniden tesis edilmesi amacıyla uluslararası toplumun tamamı adına kurulmuştur³¹. Bu nedenledir ki bu iki mahkeme uluslararası toplumun uluslararası ceza, savaş hukuku, insani hukuk ve insan hakları hukukunu ihlal eden bireylerin yargılanmalarını sağlamak açısından insanlık tarihinde ilk defa uluslararası hukuk kurallarına tam anlamıyla uyularak kurulmuş uluslararası ceza mahkemeleri olarak kabul edilmektedir³².

Bu gelişmeleri, 17 Temmuz 1998 tarihinde, Roma'da gerçekleştirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı ve bunun sonucunda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün kabul edilmesi izlemiştir³³. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü aracılığıyla ulus-

Ceza Hukuku İhlallerinden Sorumlu Kişilerin Yargılanmasına İlişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi" dir. (*International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*). Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, yine Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 8 Kasım 1994'te kurulmuştur. Güvenlik Konseyi Kararı için bkz. SC. Res. 955, U.N.SCOR, 49th Year 3453 meeting at 1, U.N. Doc. S/Res/955 (1994). Mahkemenin tam adı, "1 Ocak-31 Aralık 1994 tarihleri Arasında Ruanda ve Komşu Ülkelerinde İşlenen Soykırım ve Diğer Benzer İhlallerle Uluslararası Ceza Hukukunun İhlallerinden Sorumlu Kişilerin Yargılanmasına Dair Uluslararası Ceza Mahkemesi" dir. (*International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for the Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994*).

31 Greenwood, C. (1993). "The International Tribunal for Former Yugoslavia", *Int. Aff. C.* 69., S. 4., s. 641; Scharf, M. P. (1995). "Have We Really Learned the Lessons of Nuremberg?", *149 Mil. L. Rev.* S. 149., s. 66.

32 Meron, T. (1994). "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", *AJIL*, C. 88., S. 1., s. 78.

33 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü için bkz. U.N. Doc. A/CONF. 183/9. Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü olarak da bilinen bu uluslararası hukuk belgesi, 120 devletin lehte, 7 devletin aleyhte ve 21 devletin tarafsız oyları sonucunda kabul edilmiştir. 2010 yılında özellikle saldırı suçunun tanımı ve unsurları başta olmak üzere yapılan değişiklikleri

lararası toplum, soykırım³⁴, insanlık aleyhine işlenen suçlar³⁵, savaş suçları³⁶ ve saldırı suçlarını³⁷ işleyen kişilerin bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanıp cezalandırılmaları, hiçbir sorumlunun adaletten kaçmamaları konusundaki iste-

de içeren son metin için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması için yapılan çalışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Hall, C. K. (1997). "The First Two Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 91. S. 1., s. 177; Hall, C. K. (1998). "The Third and Fourth Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 92., S. 1., s. 124; Hall, C. K. (1998). "The Fifth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 92., S. 2., s. 331; Hall, C. K. (1998). "The Sixth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 92., S. 3., s. 548.

- 34 Soykırım suçu üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin olduğu Statünün 5. maddesinde belirtilmiş olup, hangi suçların bu kategoriye dahil olduğu ve suçun unsurlarının neler olduğu Statünün 6. maddesinde 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'den alıntı yapılarak düzenlenmiştir.
- 35 İnsanlık aleyhine işlenen suçlar üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin olduğu Statünün 5. maddesinde ifade edilmiş ve bu kategori suçların nelerden oluştuğu Statünün 7. maddesinde düzenlenmiştir.
- 36 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 5. maddesi, Mahkemenin savaş suçları hakkında yargı yetkisine sahip olduğunu hükme bağlarken, bu gruba giren suçların kapsamını detaylı bir şekilde dört grup olarak 8. maddesinde düzenlemiştir. Birinci grubu 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Antlaşmalarına dahil bazı ağır ihlaller (*grave breaches of the Geneva Conventions*) oluşturmaktadır. Buna göre, kasten adam öldürme, işkence yapma, insanlık dışı davranışlar ve kasten büyük acılar çektirme gibi eylemler savaş suçu kabul edilmektedir. İkinci grup savaş suçlarını, savaş hukuku ve buna ilişkin örf ve âdet kurallarının ihlali oluşturmaktadır. Bu anlamda, kasten sivil topluluklara saldırmak veya savaşla ilgisi olmayan kimselere saldırmak, dini, eğitim, sanat, tarihi yerler veya hastaneler gibi birimlere saldırmak, zehirli gaz veya silah kullanmak gibi eylemler savaş suçu sayılmaktadır. Üçüncü grup savaş suçlarını ise, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda işlenmiş eylemler oluşturmaktadır. Örnek vermek gerekirse çatışmada yer almayan kimselerin öldürülmesi, esir alınması ve işkence yapılması gibi. Dördüncü grup savaş suçları da yine uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda meydana gelen savaş hukuku ve örf ve âdet hukuku kurallarının ciddi ihlallerine ilişkindir. Bu suçlara örnek vermek gerekirse kasaba ve köylerin yağma edilmesi, sivil topluluklara saldırılması, dinî, eğitim, sanat, tarihi yerler kapsamında olan birimlere saldırılması ve ırza tecavüz suçları gösterilebilir.
- 37 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 5. maddesinde saldırı suçları hakkında da Mahkemenin yargı yetkisi olduğunu ifade etmiştir.

ğini çok net bir şekilde ortaya koymuştur³⁸. Uluslararası Ceza Mahkemesinin yirminci yüzyıl sonuna kadar kurulamamasının en temel nedeni, devletlerin hükümlerlik hakları konusundaki hassasiyetleridir. Uluslararası düzeyde bir ceza mahkemesinin kurulması, devletlerin hükümlerlik haklarının en ciddi bir şekilde hissedildiği ceza yargılamasının sınırlandırılması anlamını taşıdığından, bağımsız devletler tarafından böyle bir kurumun oluşturulması uzun bir süre kabul görmemiştir³⁹. Hiç şüphe yoktur ki uluslararası toplumun bu aşamaya gelmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile her iki Mahkemenin devamı niteliğindeki Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması'nın kurulmaları ve bu mahkemelerin başarılı uygulamaları en önemli rolü oynamıştır. Bu gelişmelere uygun olarak denilebilir ki uluslararası ceza hukuku, eski Yugoslavya'daki katliamların başlamasından itibaren öyle bir gelişme göstermiştir ki, bu gelişme 12 Ağustos 1949 tarihli Savaşta Sivillerin Korunmasına Dair Cenevre Antlaşması'nın kabulü ve Nuremberg Mahkemelerinden bu yana kırk beş yılda görülen gelişmelerden daha fazla ve daha hızlı olmuştur⁴⁰.

Gerek BM *ad hoc* nitelikli uluslararası ceza mahkemeleri gerekse sürekli nitelikli Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulamalarına bakıldığında insan haklarının korunması noktasında

38 Hangi suçlar üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi olduğuna dair görüşme aşamaları ve devletlerin görüşleri hakkında bkz. Arsanjani, M. H. (1999). "The Rome Statute of the International Criminal Court", *AJIL*, C. 93., S. 1., ss. 29-36; Kirsch, P. ve Holmes, J. T. (1999). "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process", *AJIL*, C. 93., S. 1., s. 6-8; Kirsch, P. ve Holmes, J.T. (1998). "The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference", *Can. Y. Int'l L.*, S. 6., ss. 22-23, 30-32.

39 Alibaba, A. (2000). "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", *AÜHF*, C. 49., S. 1-4., s. 181; Crawford, J. (1995). "Prospects for an International Criminal Court", *CLP*, C. 48., S. 2., s. 305; Graefrath, B. (1990). "Universal Criminal Jurisdiction and International Criminal Court", *EJIL*, C. 1., S. 1., ss. 72-75.

40 Meron, T. (1998). "War Crimes Law Comes of Age," içinde Meron, T. (Ed.), *War Crimes Law Comes of Age, Essays*, Oxford: Clarendon Press, s. 297.

önemli işlevler yerine getirdikleri açıkça görülür. Şöyle ki söz konusu mahkemeler uluslararası toplumu derinden etkileyen savaş suçları, soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar ve saldırı suçları üzerinde yargı yetkisini haizdir. Uluslararası suçların ağırlıklı şekilde silahlı çatışma ortamlarında işlendiği gerçekliğinde işbu suçlardan sorumlu bireylerin uluslararası cezai sorumluluklarının uluslararası ceza mahkemeleri nezdinde tesisi, devletleri adına hareket eden üst düzey görevlilerin silahlı bir çatışma kararı vermeden önce çok iyi düşünmelerini sağlamak bakımından da önemlidir. Ulusal ve uluslararası düzeyde geçerli olan devlet dokunulmazlığı, yargı muafiyeti veya diğer ayrıcalıkların uluslararası ceza hukukunda hiçbir şekilde geçerli kabul edilmemesi de bireyler ile devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin farklılığını göstermeleri açısından da son derece önemlidir. Günümüz uluslararası ceza hukuku uygulamalarına bakıldığında özellikle görevleri başındaki devlet ya da hükûmet başkanları aleyhine Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından davaların açılması, haklarında tutuklama kararları verilmesi işbu durumun en güzel delillerindendir. Şu hâlde bir devlet görevlisinin “Devlet adına hareket ediyorum, devlet dokunulmazlığı vardır, bireysel cezai sorumluluğum olamaz.” yönündeki bir savunmasının uluslararası ceza hukukunda bir karşılığı yoktur. Ayrıca, uluslararası ceza hukukunda üstün emri doğrultusunda uluslararası bir suç işlenmesi durumunda da emri icra eden kişinin cezai sorumluluğunun tam olduğuna ve emre itaatin sorumsuzluk gerekçesi kabul edilmediğine de dikkat çekmek gerekir.

Uluslararası ceza kuruluşlarının yargılamalarında, en temel insan haklarının korunması söz konusu olduğunda, özellikle sivillerin ve savaş esirlerinin hakları anlamında, oldukça geniş bir yorumlama yaptıkları gözlemlenmektedir. Bu noktada, BM Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin karara bağladığı ilk dava olan *Prosecutor v. Dusko Tadic* davasında “savaş yasaları ve örf-âdet kuralları ihlali” olarak kendi

statüsünde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. madde ihlallerinin de bu kapsamda olduğuna ve kendisinin yargı yetkisi bulunduğuna ilişkin kararı bu durumun güzel bir örneği olarak belirtilebilir.

Ayrıca uluslararası ceza hukukunda suçların yorumlanmasında, örneğin işkence kavramının unsurlarının ve içeriğinin tespitinde olduğu gibi, insan hakları hukuku kurallarının ve uygulamalarının başta BM mahkemeleri olmak üzere diğer uluslararası yargı kuruluşlarına da yol gösterici olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda BM eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kendi Statüsünde açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen *Tadic davası*nda tecavüz suçunun bir işkence olduğuna, dolayısıyla 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerinden birine vücut verdiğine yönelik yorum ve kararını belirtmekte yarar vardır⁴¹. Yine aynı doğrultuda olmak üzere, soykırım suçu ve unsurlarının yorumlanması kapsamında BM Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu davası*nda tecavüz fiilinin soykırım suçunu oluşturduğuna ilişkin yorum ve uygulamasına da dikkat çekmek yerinde olacaktır. Zira soykırım suçunu teşkil eden eylemler arasında açıkça tecavüz fiili olmamasına rağmen böylesi bir neticeye, Mahkemenin soykırım suçu temelinde korunan ulusal, etnik, ırki ya da dini grubun üyelerine yönelik işlenen “fiziki veya ruhsal bütünlüğe ağır zarar verme” ya da “grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması” kavramının tecavüz fiilini de içerdiği yönündeki yorumu ile ulaşılmıştır.

Soykırım suçundan bireylerin uluslararası cezai sorumluluğu yanında, son yıllarda Uluslararası Adalet Divanı nezdinde devletler aleyhine Soykırım Sözleşmesi'nin ihlali temelinde bir dizi davanın da açıldığını ve bireylerden ayrı devletlerin de işbu suçlar sebebiyle sorumluluğunun tesis edilme-

41 Konu ile ilgili detaylı bilgi için, bkz. Aksar, Y. (2004). *Implementing International Humanitarian Law*, ss. 150-164.

ye çalışıldığı görülmektedir. Bu anlamda öne çıkan davalar arasında, *Bosna-Hersek'in Sırbistan-Karadağ'a; Gambiaya'nın Myanmar'a, Ukrayna'nın Rusya'ya, Güney Afrika'nın İsrail'e* karşı Uluslararası Adalet Divanında açmış oldukları davalar belirtilebilir.

SONUÇ

Yirminci yüzyılın sonları ile yirmi birinci yüzyılın başlarında uluslararası hukukun parçalanmasından ve her bir uluslararası hukuk alanı için kendi bağımsız uygulama araçlarından sıklıkla söz edilmekte idi. Bu anlamda her bir uluslararası antlaşma ile kurulan bir yapı veya örgüt yahut mekanizma, kural olarak kendini kuran antlaşma metni ile bağlı görmekte ve uluslararası hukukun diğer alanları ile fazla ilgilenmemekte idi. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumlanması ve uygulanması ile kendini sınırlandırmakta, diğer uluslararası hukuk alanlarındaki antlaşmalara çok fazla atıfta bulunmaz idi. Ancak, son yıllarda bu yöndeki uygulama en temel insan haklarının yorumlanması ve uygulanması bağlamında önemli gelişmelere doğru evrilmiştir. Şöyle ki *Hassan v. UK* davasında belirtildiği üzere ister Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi isterse, özellikle silahlı çatışma durumlarında geçerli olan uluslararası insani hukuk sözleşmeleri, bu manada 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli ek Protokoller I ve II olsun bütün insan haklarını koruyan sözleşmelerin bir bütün olarak kabul edilip bireylere en fazla koruma sağlayan sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği yorumu ve kararı, uluslararası hukukun bir sistem olarak kabul edilmesinin de önemli bir delili niteliğindedir. Yine aynı şekilde BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile 1998 tarihli Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulama ve kararlarının birbirlerinin kararlarına atıfta bulunmak suretiyle tek bir uluslararası ceza hukuku uygulamasına sebebiyet vermesi de bir başka bütünlük örneği niteliğindedir. Uluslararası Adalet Divanının 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi çerçevesinde bakmakta olduğu

davalarda da bazı önemli farklılıklara rağmen benzer bir yaklaşımının olduğunu söylemek mümkündür.

En temel insan haklarının korunması noktasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı kararları uluslararası hukuku bir bütün/sistem olarak değerlendirme eğilimindedirler. Uluslararası hukukun genel kuralları, insan hakları hukuku, savaş hukuku, insani hukuk veya uluslararası ceza hukuku düzenlemelerinden bireylerin haklarını en çok koruyan düzenlemelerin öncelikli uygulanması bu eğilimin genel özelliğidir.

Öte yandan bireylerin üzerinde yaşadıkları devlet ya da silahlı çatışma durumunda düşman devlet yahut silahlı gruplar karşısında en temel insan haklarının korunması yönündeki işbu önemli gelişme yanında özellikle en temel insan haklarının günümüzde küresel şirketlere karşı korunması, uluslararası toplumun karşılaştığı en önemli sorunların başında gelmektedir. Bu anlamda, kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği, kişilik haklarının korunması noktasında uluslararası toplumun çok daha hızlı ve kararlı hareket etmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- AKSAR, Yusuf (2023). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, 7. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- AKSAR, Yusuf (2023). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, 7. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- AKSAR, Yusuf (2004). *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, London, New York: Routledge.
- AKSAR, Yusuf (2005). "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk & Politika*, C. 1., S. 3.
- ALİBABA, Arzu (2000). "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", *AÜHF*, C. 49., S. 1-4., ss. 181-207.
- ARSANJANI, Mahnoush H. (1999). "The Rome Statute of the International Criminal Court", *AJIL*, C. 93., S. 1.
- BRACKMAN, Arnold (1987). *The Other Nuremberg: The Untold Story of the Tokyo War Crimes Trials*, Morrow.
- CHANEY, Kevin R. (1995). "Pitfalls and Imperatives: Applying the Lessons of Nuremberg to the Yugoslav War Crimes Trials", *Dick. J. Int'l L.*, C. 14., S. 1., ss. 57-94.
- CLARK, Roger S. (1997). "Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective", içinde McCormack T. L. H. ve Simpson G. J. (Eds.), *The Law of War Crimes National and International Approaches*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International.
- CONOT, Roberte (1983). *Justice at Nuremberg*, Harper and Row.
- CRAWFORD, James (1995). "Prospects for an International Criminal Court", *CLP*, C. 48., S. 2., ss. 303-326.
- DE KOKER, Cedric (2015). "Hassan v. United Kingdom: The Interaction of Human Rights Law and International Humanitarian Law with regard to the Deprivation of Liberty in Armed Conflicts", *Utrecht Journal of International and European Law*, C. 31., S. 81., ss. 90-96.

- DIXON, Martin (2013). *Textbook on International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- EHARD, Hans (1949). "The Nuremberg Trial Against the Major War Criminals and International Law", *AJIL*, C. 43., S. 2., ss. 223-245.
- EIDE, Absjorn (1984). "The Laws of War and Human Rights-Differences and Convergences", içinde Swinarski, C. (Ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva, The Hague: International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers.
- FINCH, George A. (1947). "The Nuremberg Trial and International Law", *AJIL*, C. 41., S. 1., ss. 20-37.
- GRAEFRATH, Bernhard (1990). "Universal Criminal Jurisdiction and International Criminal Court", *EJIL*, C. 1., S. 1., ss. 67-88.
- GREENWOOD, Christopher (1993). "The International Tribunal for Former Yugoslavia", *Int. Aff.*, C. 69., S. 4., ss. 641-655.
- HALL, Christopher K. (1997). "The First Two Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 91., S. 1., ss. 177-187.
- HALL, Christopher K. (1998). "The Third and Fourth Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 92., S. 1., ss. 124-133.
- HALL, Christopher K. (1998). "The Fifth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 92., S. 2., ss. 331-339.
- HALL, Christopher K. (1998). "The Sixth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", *AJIL*, C. 92., S. 3., ss. 548-556.
- HARRIS, David J. (2010). *Cases and Materials on International Law*, 10. Bası, Sweet & Maxwell.
- HENDERSON, Conway W. (2010). *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell.

- HILLIER, Tim (1999). *Principles of Public International Law*, 2. Bası, London, Sydney: Cavendish Publishing.
- JOYNER, Christopher C. (1998). "Redressing Impunity for Human Rights Violations: The Universal Declaration and the Search for Accountability", *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, C. 26., S. 4., ss. 591-624.
- JOYNER, Christopher C. (1996). "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *LCP*, C. 59., S. 4., ss. 153-172.
- KIRSCH, Philippe ve Holmes, John T. (1999). "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process", *AJIL*, C. 93., S. 1., ss. 2-12.
- KIRSCH, Philippe ve Holmes, John T. (1998). "The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference", *Can. Y. Int'l L.*, S. 36.
- KUHN, Arthur (1947). "International Criminal Jurisdiction", *AJIL*, C. 41., S. 2., ss. 430-433.
- MCCORQUODALE, Robert (2010). "The Individual and the International Legal System", içinde Evans, Malcolm D. (Ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MERON, Theodor (1994). "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", *AJIL*, C. 88., S. 1., ss. 78-87.
- MERON, Theodor (1998). "War Crimes Law Comes of Age," içinde Meron, Theodor (Ed.), *War Crimes Law Comes of Age, Essays*, Oxford: Clarendon Press.
- MINEAR, Richard H. (1971). *Victors' Justice the Tokyo War Crimes Trial*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- OPPENHEIM, Lauterbach (1912). *International Law*, Harlow: Longman.
- RUBIN, Alfred P. (1993). "International Crime and Punishment", *Nat. Int. S.* 33., ss. 73-75.
- SCHARF, Michael P. (1995). "Have We Really Learned the Lessons of Nuremberg?", *Mil. L. Rev.* S. 149., ss. 65-71.

- SCHICK, F. B. (1947). "The Nuremberg Trial and the International Law of the Future", *AJIL*, C. 41., S. 4., ss. 770-794.
- VINUESA, Raul Emilio (1998). "Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law", *YIHL*, C. 1., ss. 69-110.
- WALLACE, Rebecca ve Martin-Ortega, Olga (2009). *International Law*, 6. Bası, Sweet & Maxwell.
- WRIGHT, Quincy (1947). "The Law of the Nuremberg Trial", *AJIL*, C. 41., S. 1., ss. 38-72.
- WRIGHT, Quincy (1948). "Legal Positivism and the Nuremberg Judgment", *AJIL*, C. 42., S. 2., ss. 405-414.
- TAYLOR, Telford (1992). *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, New York: Knopf.

Uluslararası Andlaşmalar, Davalar ve Raporlar

Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, 8 Ağustos 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006.

Hassan/UK, B. No: 29750/09, 16/9/2014.

Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935 (1994), U.N. Doc. S/1994/1405.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, (1949) ICJ Reports, s. 174. (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=issun&p3=4>).

Report of CSCE Mission to Inspect Places of Detention in Bosnia-Herzegovina, (29 Ağustos-4 Eylül 1992).

Report on the Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights Pursuant to Paragraph

14 of Commission Resolution 1992/S-1/1 of August 1992), U.N. Doc. S/24516 (1992).

Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, Establishment of an International Tribunal for the Far East, 19 Ocak 1946, T.I.A.S. No. 1589. 4 Bevans 20.

U.N. Doc. E/CN.4/1994/3 (1993) (First Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1994/4 (1993) (Second Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1994/6 (1993) (Third Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1994/8 (1993) (Fourth Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1994/47 (1993) (Fifth Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1994/110 (1994) (Sixth Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1995/4 (1994) (Seventh Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1995/10 (1994) (Eighth Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. S/1994/1252 (1994) (Ninth Periodic Report of the the Special Rapporteur).

U.N. Doc. E/CN.4/1995/57 (1995) (Tenth Periodic Report of the the Special Rapporteur).



NEW CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

Egils LEVITS*

Dear Mr President,

Honourable Judges,

Ladies and gentlemen!

I would like to thank President Özkaya for inviting me to share some thoughts with you today at the symposium held to mark the 63rd anniversary of the establishment of the Constitutional Court.

I. INTRODUCTION: CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: BALANCING DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW

This is a very challenging topic because, historically, we find ourselves in a crisis of constitutional democracy and representation.

What challenges does constitutional justice face in this context?

In public, our form of government is usually referred to simply as 'democracy'.

However, when discussing the role of constitutional jurisdiction, it is more precise to use the term 'constitutional democracy'.

This term has both political and legal connotations.

* President of the Republic of Latvia (2019-2023); Judge at the European Court of Justice (2004-2019); Judge at the European Court of Human Rights (1995-2004).

This reflects the fact that constitutional democracy, as a form of government, represents a unique combination of politics and law.

Constitutional democracy, often referred to as 'liberal democracy', differs from all other 20. and 21. century forms of government, such as authoritarianism, autocracy and totalitarianism.

This distinction is based on three main criteria: First, the extent of individual freedom; second, the extent of human rights; and third, the degree to which citizens can influence government policy and personnel.

In a constitutional democracy, citizens have the greatest individual freedom, the widest area protected by human rights and the greatest influence on government. In an authoritarian regime, these goods are considerably less present, and in an autocracy they are even less present. In a totalitarian state, citizens have practically none of these goods.

Individual freedom, human rights, and the opportunity to influence politics alongside others in a structured process are attractive features that people in a constitutional democracy often take for granted. They are often not even aware of them in their daily lives.

However, an increasing proportion of the population of a democratic country does not value these opportunities to participate in policymaking. This segment of society tends towards anti-democratic ideas and actions and is unwilling to defend this form of government when it is threatened.

Conversely, when these opportunities are restricted in an authoritarian system or largely eliminated in an autocracy, especially in a totalitarian state, people yearn for them.

The bravest people become prepared to fight for them, often at the risk of their freedom or even their lives. Therefore,

the idea of liberal democracy does not seem to be destructible in principle.

II. TWO ELEMENTS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW

Constitutional democracy consists of two elements, namely democracy and the rule of law. These elements are combined in a unique way.

Democracy is an institutional system that unites and consolidates the will of individual citizens, turning it into practical political decisions.

The actions of democracy thus reflect the collective will of citizens. However, this will is never uniform; rather, it reflects a variety of different ideas that compete with each other in a complex process. Decision-makers can then discuss them — ideally, using rational arguments. Ultimately, the decision is made by the majority.

The most important institution in a democracy is the election of political decision-makers. Ensuring that citizens are free to form their own opinions before voting is equally important.

Fundamental rights ensure that citizens can form their own opinions. The relevant fundamental rights include freedom of opinion, assembly, and association. Additionally, freedom of information and other fundamental rights must be considered.

These requirements must be met not only formally, but also factually. Only then can we speak of free elections that democratically legitimise parliament and other elected representatives.

If these conditions are not met, the elections cannot be recognised as free. Consequently, the results of the elections cannot be considered democratically legitimate.

Democracy is therefore the first and most important pillar of the modern constitutional state.

However, it cannot exist on its own in the long term. It is not sustainable in itself.

Democracy can only become sustainable if it is complemented by the second pillar of the modern constitutional state.

This second pillar is the rule of law.

The institutions of the rule of law — especially the constitutional judiciary — ensure the practical functioning of democracy.

This relates, in particular, to compliance with the government's, administration's and parliament's competences.

On the other hand, the courts, particularly the constitutional courts, must control the conditions that guarantee citizens' freedoms, in particular, the freedom of opinion.

Thus, the modern constitutional state is thus characterised by two structural principles: first, the democratic principle of majority rule, and second, the counter-majoritarian principle of the rule of law, based on the independence of the judiciary from the majority-based institutions of the executive and legislature.

III. CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS AN INDISPENSABLE INSTRUMENT FOR SAFEGUARDING THE MODERN DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL STATE

Constitutional jurisdiction plays a key role in maintaining and safeguarding this structure of the modern democratic constitutional state. The constitutional judiciary exercises independent control over the government, administration, and parliament.

In a democratic constitutional state based on the two pillars of democracy and the rule of law, this function is indispensable.

In the long term, a democratic constitutional state without constitutional jurisdiction is not possible. Without it, the state would become corrupt, erode and ultimately collapse, turning into an authoritarian regime.

The reverse is also true.

Only democratic constitutional states require independent constitutional courts. In an authoritarian regime, autocracy or totalitarian state, an independent constitutional court would be superfluous.

The fact that there are formally independent constitutional courts in some such states that are not really independent and therefore cannot fulfil their function properly has more to do with political propaganda.

Indeed, some of the courts that are members of the World Conference of Constitutional Justice do not fulfil the rigorous standards required for the effective oversight of the executive and legislative branches in modern constitutional states.

IV. THREATS TO THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL STATE

Ladies and gentlemen!

For about a decade, we have been experiencing a global crisis of democracy and the modern constitutional state.

The historically unique system of the modern constitutional state is under pressure from both outside and within.

Right now, democratic Ukraine is fighting back against Russia's imperialist military attack.

At the same time, in many democratic states we are seeing the rise of parties that question the core values of constitutional democracy.

Some of these states are moving towards majoritarian authoritarianism or even autocracy.

There are many reasons for this negative development. Nevertheless, there are much stronger reasons to defend the democratic constitutional state.

When we consider the alternatives — an authoritarian regime, an autocracy or even a totalitarian state on the one hand, and anarchistic chaos on the other — we must admit that, in the long term, constitutional democracy is better for people and more successful than the previously mentioned alternatives.

V. CHALLENGES FACING CONSTITUTIONAL COURTS

Constitutional courts have a special responsibility for maintaining and defending the modern constitutional democratic state. This responsibility stems from their unique position within the state's structure.

They stand at the interface between politics and law. Their task is to scrutinise politics through the lens of the law. In this way, they ensure that politics remains bound by the constitution and democracy, and that political mistakes, whether intended or not, are corrected.

The constitutional courts thus fulfil the function of a self-correcting mechanism of the democratic constitutional state. They therefore make a significant contribution to the effectiveness and sustainability of the democratic constitutional state.

Through their watchdog function, the constitutional courts also play a preventive role in reducing the overstepping of competences by the political organs of the state to a minimum, at least where it is intended. This enables the state to function more smoothly and effectively.

Today, the old and new threats to the constitutional

democratic state pose particular challenges for the constitutional courts.

I would now like to highlight and explore *three* of these challenges in more detail.

A. AUTHORITARIAN-POPULIST CHALLENGES TO THE STRUCTURE OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL STATE

Firstly, there is the authoritarian-populist challenge.

As I have already explained, the structure of the democratic constitutional state rests on two pillars: democracy and the rule of law. There is a balance between these two elements.

On the one hand, the content of the rule of law — the legal norms — is essentially created by the democratically legitimised legislature.

The purpose of democracy is to ensure that laws are made according to the will of the majority.

However, democracy must not degenerate into the tyranny of the majority.

This is why the rule of law imposes limits on democracy. These limits are set out in the constitution and in the general principles of law developed by constitutional courts and academia.

However, this system of checks and balances is increasingly being called into question by populist political forces.

They want to weaken the rule of law in the name of democracy. Populists are calling for checks and balances to be dismantled in favour of executive power being concentrated in the hands of a few.

Constitutional courts and other independent institutions are particularly targeted. Populist forces are trying to restrict

their powers and control the appointment of judges.

This balance is certainly not rigid or the same for all democratic states at all times. Nevertheless, a significant shift in this balance would jeopardise the democratic constitutional state. This would pave the way first to majoritarian authoritarianism and then to an authoritarian regime.

In this situation, the constitutional courts play a decisive role. They are the guardians of the constitution.

More precisely, they not only guard the formal constitution, but also the model of government of the democratic constitutional state as a whole.

It may therefore be possible to derive the power of the constitutional courts to reject constitutional amendments that have been adopted in a formally valid manner but which destabilise or even destroy the model of the democratic constitutional state.

To meet this challenge, the constitutional courts must have the confidence to protect not only the formal constitution, but also the democratic constitutional state as a whole.

B. PRESSURE ON JUDICIAL INDEPENDENCE

Linked to this is the second challenge: the increasing pressure on judicial independence. Connected to this is the risk of the judicial system being influenced by politics - the politization of judiciary.

This is particularly relevant in states in which populist parties have already come to power or exert considerable political influence, whether in government or in opposition.

These parties seek to strengthen the executive's direct control over the appointment of judges. More broadly, they want to bring independent state institutions under government control.

It is also worrying to observe the increasing number of

rhetorical attacks on judges by politicians. The European Court of Human Rights has long prohibited verbal attacks on the judiciary and set strict limits on politicians criticising court decisions.

This is only natural, given that courts are expected to have special authority outside of politics. However, since the election of the new US president, political rhetoric against judges has intensified there and spread to other parts of the world.

To meet this challenge, the constitutional courts must have the self-confidence to protect not only the formal constitution, but also the democratic rule of law as a whole.

As long as judges are not directly hindered in their freedom or the exercise of their office, it is their internal independence that matters.

Judges must be steadfast. Even if they are treated unfairly or rudely by politicians or the public, they must not be misled and must focus solely on defending the democratic constitutional state for the good of society in their decisions.

C. NEW CHALLENGE – THREATS TO THE INTEGRITY OF PUBLIC OPINION-BUILDING BY DIGITAL TECHNOLOGY AND FURTHER DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLES OF SELF-DEFENDING DEMOCRACY

Now, let us turn to the third challenge for the democratic constitutional state (and thus also for its guardians - the constitutional courts).

This new challenge involves the covert manipulation of public opinion, which has been made possible by digital technology.

Those who wish to overthrow democracy have identified its most vulnerable point. This is the public forum, where public opinion is formed.

Democracy is a system in which the state reflects the opinions of its citizens to a greater or lesser extent.

Conversely, citizens contribute their opinions to politics and participate in the state's decision-making process. Democracy certainly does this better than other forms of government.

Citizens' many opinions are condensed by intermediary bodies — particularly political parties and the pluralistic, free press, which is bound by certain standards — and processed into operational policy.

It is also at this intermediary level that argumentative debate about the various alternatives takes place.

This system is not and never has been perfect. However, it has enabled citizens to form their own opinions and has promoted rational politics.

In the last decade social media has largely replaced this system with a new infrastructure that exposes autonomous opinion formation by citizens, and consequently the state's politics, to considerable risk of targeted manipulation.

At the heart of this infrastructure are algorithms that prioritise polarising and emotionally charged content to maximise user engagement. This design encourages the rapid spread of misinformation and creates 'filter bubbles' that undermine democratic discourse.

Additionally, platforms collect substantial user data for microtargeting purposes.

This allows for the creation of customised messages that exploit individual vulnerabilities. Automated bots and fake accounts can spread content en masse, simulate artificial trends, and create the illusion of broad support through practices such as 'astroturfing'.

Only a few large technology platforms have a global monopoly on operating this infrastructure. In doing so, they disseminate their own political preferences and control the

political views of citizens by using their algorithms to decide which views are seen and, more importantly, how widely they are seen.

This infrastructure is exploited also by authoritarian regimes to control their citizens, as well as by radical political forces, religious fundamentalists and supporters of terrorism, not to mention hostile states, who use it to manipulate public opinion in democracies in their favour in a non-transparent manner.

This undermines democratic values and consensus on the basic principles of coexistence in a democratic society.

This three-tier architecture — consisting of digital infrastructure, control by owners and targeted, covert manipulation — creates a synergistic ecosystem of influence that undermines democratic processes.

The emergence of AI-powered tools accelerates this dynamic and poses an existential threat to the integrity of democratic opinion formation by citizens.

Constitutional democracy is a complex system of principles and rules. It has also created political and legal mechanisms to protect this system of government.

One such mechanism is the basic principle of self-defending democracy.

Developed after the Second World War, this principle states that democratic freedoms must not be directed against democracy itself.

This fundamental principle has been recognised and consolidated by the European Court of Human Rights in three landmark judgements. These were the judgements in *Vogt v. Germany* (1995), *Refah Partisi v. Turkey* (2003), and *Zdanoka v. Latvia* (2004 and 2006).

The democratic constitutional state reacts to new developments, including new threats. According to

comparative government theory, this governmental model is the most adaptive and resilient. This is why its rules and principles are constantly evolving. Democracy was understood differently 100 or 50 years ago. It is understood differently today.

The same applies to the historically relatively new basic principle of 'self-defending democracy'. This principle is also constantly evolving.

In view of new dangers, especially the technological possibility of manipulating public political opinion, I believe it is time to expand this protective mechanism to guarantee the integrity of democratic opinion formation.

Constitutional courts have a special responsibility here. They must apply the principle of self-defending democracy to new situations.

On the one hand, this principle is intended to effectively defend the democratic constitutional state.

On the other hand, it must not restrict the democratic freedoms of citizens beyond what is absolutely necessary.

In other words, it should protect the democratic constitutional state effectively, without encouraging authoritarianism and paternalism.

Finding this balance is a particularly challenging task for the constitutional courts.

Ladies and gentlemen,

I have tried to highlight the special role of constitutional courts in democratic constitutional states, where law and politics meet.

I have also outlined three specific challenges that I believe are characteristic of our times and that many, though not all, constitutional courts are facing.

Thank you for your attention!



THE CHALLENGES FACING CONSTITUTIONAL JUDICIARY AND THE PROSPECTS FOR THEIR RESOLUTION

Boulos Fahmy ISKANDAR*

INTRODUCTION:

The constitutional judge today stands amidst evolving circumstances in which public interests converge with certain private interests. From governments' policies that attempt to respond to global political and economic challenges, in a way that preserves the security and stability of the societies they govern – though, such policies may, in one way or another, impinge upon the rights of individuals or certain subgroups within those societies. In addition, practical and cultural developments impose considerable pressure on the fabric of social cohesion, within the framework of constitutional and legal provisions that were not originally conceived to address such unprecedented challenges. All of these conditions give rise a profound and complicated dilemma for the constitutional judiciary, representing the core of the constitutional challenges in their various forms, as will be detailed below:

I. LEGISLATIVE CHALLENGES, WHICH ARE MANIFESTED IN THE FOLLOWING

- 1- The executive authority exceeding, in its executive regulations, the limits of the delegation prescribed in legislative texts.
- 2- Maintaining a balance between the stability of the political system and the safeguarding of individual rights and freedoms.

* Chief Justice President of the Supreme Constitutional Court Arab Republic of Egypt

- 3- The role of the constitutional judiciary in remedying legislative vacuums.

II. POLITICAL CHALLENGES

There is no doubt that the increasing complexity of global circumstances -along with the overlapping effects of international crises in the political, economic and public health fields -has been further combined with, the disarray that has afflicted international politics across numerous dossiers. All these factors have significantly expanded the range of challenges facing the states and their governments, at times compelling them to adopt policies which, directly or indirectly, encroach upon the rights and liberties of certain segments of the population, whether on an individual or collective scale.

The Most Prominent Political Challenges May Be Identified As Follows:

- The imperative to establish a balance between:
- Constitutional legitimacy and revolutionary legitimacy.
- The various manifestations of globalization in all its political forms vis-à-vis nationalist tendencies.
- The Legislative, Executive, and Judicial powers of the state.

III. SOCIAL, CULTURAL AND ECONOMIC CHALLENGES

Social, cultural, and economic transformations are frequently met with resistance from certain societal groups, typically under the pretext of safeguarding established values, traditions, or religious beliefs, thereby engendering a form of social tension between conservative and progressive groups, which is reflected in judicial confrontations between the two parties. In such context, the constitutional judges often finds

themselves contending with outdated legal constitutional provisions that diverge markedly from the present-day realities. Moreover, the handling of emerging developments is marked by uncertainty and inconsistency, due to the inherent difficulty in fully grasping their potential impact on the fundamental values of society.

Prominent social challenges include:

1. Epidemic-related legislation that restricts personal freedoms, and the implementation of driver testing on highways.
2. Positive discrimination in favor of socially vulnerable groups, such as "persons with disabilities and individuals of determination".
3. The mandatory appointment of women in judicial authorities.

Key cultural challenges include:

- The insistence on eradicating digital illiteracy and promoting digital transformation.

Principal economic challenges include:

- The transition from a command economy to a free market-based economy.

IV. CHALLENGES RELATED TO SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL ADVANCEMENTS

There is no doubt that the rapid pace of scientific development has reached a level which the law struggles to keep pace. From extraordinary advances in communication technologies, to profound shifts in the concepts of freedoms and a revolution in artificial intelligence, all of these transformations pose significant challenges to the judiciary in general, and to constitutional judges in particular. Many legal texts have become outdated in the face of such advancements,

or at the very least, the interpretive and applicative legal thought has become incapable of keeping pace with modern scientific progress. A prime example is the issue of criminal liability arising from accidents involving self-driving vehicles, which may give rise to inconsistencies in application with fundamental legal principles -namely, the principle of penal enforcement and the inadmissibility of presumed criminal responsibility.

Opportunities Available to Constitutional Judiciary:

1. International Cooperation among constitutional courts, aimed at benefiting from the comparative experiences and strengthening legal integration through global constitutional judicial forums.
2. Adherence to universally recognized concepts of rights and freedoms, as enshrined in United Nations instruments and other international and regional organizations, with the aim of reinforcing the rule of law and mitigating potential societal disintegration arising from emerging cultural and scientific influences. This includes underscoring the importance of envisioning broader interpretations of constitutional provisions.
3. The utilization of modern technological advancements— particularly in the media sector— alongside the strengthening of the role of educational institutions, is crucial for enhancing societal awareness of the constitutional frameworks that govern both collective and individual activities. This ensures that all members of society comprehend the boundaries and principles established by the constitutional text.

İKİNCİ OTURUM SORU-CEVAP

2. Oturum Başkanı Prof. Dr. Mahmut KOCA: Evet, çok teşekkür ediyoruz. Vaktinizi aşmadınız, zamanı gayet yerinde kullandınız. Her dört konuşmacıya da sundukları tebliğler için tekrar teşekkür ederiz. Ben de kısa bir konuşma yapacaktım ama konuşmak istediklerimin büyük bir bölümünü Sayın Egils Levits çok güzel ifade etti. Vakit oldukça doldu fakat şu kadarını ifade etmek isterim ki gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gerekse özellikle Avrupa'nın kara kıtasındaki anayasa mahkemelerinin kuruluş ve işleyiş bakımından bir tepki ürünü olarak ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Bunlar II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan müesseselerdir. II. Dünya Savaşı'na götüren uygulamaların, yönetimlerin ve anlayışların bir daha tekrarlanmaması ve bunların denetlenmesi amacıyla bir tepki olarak doğmuştur.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan yeni dünya düzeni üç temel ilkeye dayanır. Birincisi demokrasi ilkesi, ikincisi insan haklarının korunması ilkesi, üçüncüsü ise liberal ekonomi ilkesidir. Tabii anayasa mahkemeleri -Sayın Egils Levits'in de bahsettiği gibi- özellikle siyasetle hukuk arasında oldukça zor olan dengenin kurulmasını gerektiren önemli bir mevkidir. Demokrasi ilkesi ile hukukun üstünlüğü ve insan hakları ilkesinin korunması arasında dengeyi sağlamak için hâkim kararlılığına ihtiyaç vardır.

Hem birinci oturumda hem de bu oturumda konuşmacıların vurguladığı önemli bir husus olarak demokrasi ile hukuk ilkesi arasındaki en önemli çatışma noktalarından biri de sosyal medya ve bu alandaki kısıtlamalara ilişkin kanuni düzenlemelerdir. Siyasal iktidar demokrasiyi korumak amacıyla bu düzenlemeleri yaparken mahkemeler ise bu düzenlemelerin ifade özgürlüğü bakımından nerede yer aldığını ortaya koy-

maktadır. Özellikle en son yürürlüğe giren Dezenformasyon Kanunu kapsamında Türk Ceza Kanunu'nda yer alan maddede bu dengeyi çok net görmekteyiz. Bir tarafta demokrasi ilkesi yani manipüle edilmemiş halkoyunun ortaya çıkması; diğer tarafta ise insanların düşüncelerini manipülasyondan uzak, özgürce ifade edebilecekleri alanların korunması vardır.

Biz bu dengeyi Anayasa Mahkemesinden bekliyoruz ve bugüne kadar Türk Anayasa Mahkemesi bu sorumluluğunu büyük ölçüde hakkıyla yerine getirmiştir. Bu nedenle hukukun ve Türk hukuk sisteminin gelişmesine yaptığı katkılardan dolayı kendilerine huzurlarınızda bir kez daha teşekkür ediyorum. Oturumdaki tüm konuşmacılara da teşekkür ediyoruz. Program, zamanın uzaması nedeniyle biraz aksadı. Şimdi yaklaşık 5 dakikalık kısa bir soru ve cevap bölümüne geçeceğiz. Yorum ve ek katkıları daha sonra alabiliriz. Katılımcılardan sorularını çok kısa ve net bir şekilde sormalarını rica edeceğiz. Birkaç katılımcıdan soru alacağız. Buyurun, lütfen.

Zlatko KNEŽEVIĆ (Venedik Komisyonu Üyesi-Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Eski Başkanı): Teşekkürler Sayın Oturum Başkanı. Sadece saptamalar bakımından bugün çok tehlikeli bir durumla karşı karşıya olduğumuzdan bahsedilirken, anayasa mahkemesi ve anayasal kurumlar bağlamında şu soruların sorulması gerekiyor: Kim popülizme karşı duruyor? Elitler mi yoksa demokrasi için en iyisinin ne olduğunu ve burada bulunan seçenekleri ortaya koymak isteyenler mi? Bu noktada Sovyetler sistemini de düşünebiliriz ya da bir kontrol mekanizmasını sosyal medya için inşa etmek dediğimizde, bu kontrol mekanizmasını kim denetleyecek? Sosyal ağların yasaklanması gündeme geldiğinde, bunu kim gerçekleştirecek, yine elitler mi? Bir İngiliz profesörün ifadesiyle bu durum “retrograd sistem” olarak Orta Çağ'daki sisteme bir kapı aralamak ve sadece asillerin karar vermesi anlamına geliyor. Benim için anayasallık bakımından ki Anayasa Mahkemesinde eski bir hâkim olarak iki önemli soru karşımıza çıkıyor: Birincisi, geleceğe dönük iki anayasal yargı çeşidiyle

ilgili ne düşünüyorsunuz? Bunlardan ilki, kuvvetler ayrılığında “dördüncü güç” olarak ya da anayasayı aşan bir kurum olarak devletin üç unsuruyla ilgili karar verme durumudur. Bu durumda anayasa mahkemeleri, anayasanın düzeltilmesi adına yeni bir model oluşturmuş oluyor. İkinci tür ise anayasa mahkemeleri ile bağlantılı olarak farklı yargı yollarına ek bir yargı kanalı olmasıdır. Bence bu, anayasa mahkemelerinin geleceği açısından önemli bir sorudur. Teşekkür ederim.

2. Oturum Başkanı Prof. Dr. Mahmut KOCA: Biz teşekkür ediyoruz bu yorum için. Evet sorusu olan başka var mı, diye bakıyoruz, görünmüyor. O hâlde oturumu burada sonlandıralım. Sunum yapan tüm katılımcılara ve dinleyicilere tekrar çok teşekkür ediyoruz. Ben sözü bırakıyorum, çok teşekkürler.

Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Sayın Basri Bağcı’yı kürsüye davet ediyorum, buyurun Sayın Başkan Vekili’m.

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANVEKİLİ
BASRİ BAĞCI'NIN
KAPANIŞ KONUŞMASI

Anayasa Mahkememizin, Danıştayımızın ve Sayıştayımızın Değerli Başkanları, Değerli Katılımcılar, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Anayasa Mahkememizin 63. kuruluş yıl dönümü vesilesiyle özellikle yurt dışından gelen misafirlerimize tekrar “Hoş geldin.” diyorum ve onlar için özel bir başlık açmak istiyorum. Çünkü malumunuz yaklaşık üç gün önce İstanbul’da ciddi bir deprem yaşadık ve o gün itibarıyla bir tereddüdümüz oldu: “Acaba katılımlarda bir sıkıntı olacak mı?” diye. Fakat bütün delegasyon neredeyse hiç fire vermeden İstanbul’a gelmeyi tercih ettiler. Ben katılımcılarımız adına özel bir alkış rica ediyorum. Özellikle bugün bize bir dayanışma gösterdikleri için onları tekrar saygıyla selamlıyorum.

İki günlük seminerimiz sırasında çok önemli bir gelişmenin, artık yeni bir çağın eşiğinde olduğumuzun izlerini hissetmemek mümkün değil. Bu konuda yargının geleceğinin ne olacağına ilişkin ciddi tartışmalar oldu. Tabii tartışmalarımız çok uzun ve derin soluklu olmadı, çok kısa sunumlar oldu ama ciddi kapıların aralandığını hissediyorum. Zaten bu gelişmelere göz yummak veya bunlara sırtımızı dönmek gibi bir durumumuz söz konusu değil. Fakat yargı organları geleceğe ilişkin ne yapacaklar, nasıl bir tavır alacaklar? Bunun belirlenmesi bize düşen bir yükümlülük. Dolayısıyla bu konuda da bazı ipuçları elde ettik. Tabii biz jenerasyon olarak aslında “dijital çağın göçmenleri”yiz, böyle bir tanım var. Bizden sonra gelecek olan nesil ise “dijital çağın yerlileri” olacak. Şimdi

buna ilişkin Mısır Başkanı'mız ifade ettiler, çeşitli sorunlar somut olarak karşımıza çıkıyor. Ben Yargıtaydayken bir dava gelmişti. Davanın konusu, şikâyet konusu şuydu: "Karakterimi çaldılar." deniyor. Şimdi biz, karakter kişinin bir parçası, diye düşünüyoruz fakat bu karakter denilen mevzu, dijital oyunlarda oluşturulan ve maddi olarak alınıp satılan bir meta imiş, maddi bir değeri varmış ve bunun başka bir kişinin eline geçtiği iddia ediliyor. Bunun da cezalandırılması isteniyor. Biz "Mevcut Ceza Kanunu'nda bilişim suçu mu olur, hırsızlık suçu mu olur?" tartışmasını yapmıştık. Fakat önümüzde karşılaştığımız sorunlar bu basit sorundan çok daha derin konular ve bu dijital çağın etkileri sadece bireylere değil kurumlara da yönelik olarak ortaya çıkacak.

İlginç bir konuyla karşılaşmıştım doktora okumaları sırasında. Yurt dışında, Avrupa'da bir firma yapay zekâ istihdam ediyor. Ticarete hangi malların alınıp satılacağına ilişkin yapay zekâ Çin'den bir materyal ithal ediyor, çok kârlı bir ticaret olacağını öngörmüş piyasa araştırmaları sırasında. Fakat gümrükte yapılan kontrol sırasında bu maddenin bir uyuşturucu olduğu ortaya çıkıyor. Bir tartışma patlamış: "Bunun sorumlusu kim olacak? Ticaret, uyuşturucu ticareti ve çok ağır bir suç. Bunu ithal eden yapay zekâ mı olacak yoksa istihdam eden firma mı olacak, bu yazılımı gerçekleştiren kişi mi olacak?" diye. Buna ilişkin sorular önümüzdeki dönemde artarak devam edecek. Dolayısıyla anayasa mahkemeleri veya mahkemeler olarak bizim bu konuda alacağımız tavrın ne olacağına karar vermemiz lazım. Tabii bu konuda öncü olmak bazen mahkemelere de düşebiliyor fakat engelleyici olmak gibi bir tavır da mahkemeler tarafından tercih edilebilir. Bu tercih edilebilecek bir seçenek değil bence. Yani bu konudaki gelişmelerin mahkemeler olarak ve yargı sistemleri olarak önünü tıkamamız lazım. Çünkü bunu tıkamaya da belki gücümüz yetmeyecek ama belli gecikmelere neden olabilir bu konuda vereceğimiz kararlar. Ama şu da bir gerçek ki her türlü gelişmenin maalesef pozitif yönlerinin yanı sıra negatif yönleri de oluyor. Mahkemelere düşen belki insanları bu

negatif yönlerden alıkoymak ve engellemek. Tabii şimdi bu konuda bizim yapacağımız yorumlar bizden sonraki neslin yapacağı yorumlardan farklı olacak. Dediğim gibi, onlar dijital çağın çocukları, biz dijital çağın yabancılarıyız. Dolayısıyla biz onların da önünü açmak suretiyle bu konuda nasıl bir tavır alınacağını onlara göstereceğiz, artı onları engellemeyeceğiz. Yapabileceğimiz belki en iyi iş engellemek ama imkân olduğu ölçüde de bunların önünü açmak. Tabii dijital çağın neleri etkileyeceğini şimdiden kestirmek çok zor.

Verdiğim birkaç örnek çok kısıtlı alanlara ilişkin ama burada birçok konuşmacımız bahsetti, yeni sorunlar ortaya çıkacak ve bunlardan bir tanesi de yapay zekânın tanımlanmasına ilişkin. Yapay zekâyı bir kişilik olarak tanımlayacak mıyız, tanımlamayacak mıyız? Bunun hukuki ve cezai sorumlulukları olacak mı, olmayacak mı? Bu konuya ilişkin de ister istemez yakın gelecekte bir yüzleşmeyle karşı karşıya kalacağımız bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Tabii bu tartışmalar çok yapıldı, ben konuya derin olarak girmek istemiyorum fakat bu önemli toplantıya katılımlarınız için hepinize ayrı ayrı teşekkür ediyorum, sadece varlığınız yeterliydi ve sunumlarınızla da büyük katkı sağladınız.

Öğleden sonraki programımız sosyal ve kültürel program olacaktır. İstanbul, bizim göz bebeğimiz; çok tarihî bir şehir ve birçok medeniyete beşiklik yapmış bir yer. Artı birçok insan, burada olan birçok misafirimiz de kendi geçmişinden izler bulabilecektir. Hem Boğaz turumuz var hem tarihî yerlerin gezilmesi söz konusu olacak.

Hepinize bundan sonraki seyahatte veya bu sosyal faaliyette güzel zamanlar diliyorum. İnşallah daha güzel şartlarda, daha güzel yerlerde bir kez daha ve dünyanın farklı yerlerinde ama yine İstanbul'da, Türkiye'de birlikte olmak umuduyla hepinize saygılar sunuyorum.

