



ANAYASA YARGISI

Journal of Constitutional Justice

42(2)

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200

Anayasa Yargısı - 42(2)

© 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

Aralık, 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

DANIŖMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

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

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

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi

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

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

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

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

Prof. Dr. Ömer ÇINAR
Anayasa Mahkemesi Üyesi

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

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

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

Yayın Kuralları

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

Anayasa Yargısı Dergisi, köklü bir geçmişe sahip Türk Anayasa Mahkemesinin bilgi birikimi ve anayasal yargı pratiğinden beslenen yayıncılık anlayışıyla, anayasa hukuku alanındaki kurumsal sürekliliği ve birikimi görünür kılan nitelikli bir bilimsel kaynak olma özelliği taşımaktadır.

Dergi, 1984 yılından itibaren Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümleri kapsamında gerçekleştirilen sempozyumlarda sunulan bildirileri yayımlamayı amaçlayan bir yayın organı olarak yayın hayatına başlamıştır. 2019 yılı itibarıyla Anayasa Yargısı Dergisi, yılda iki sayının yayımlandığı hakemli bir bilimsel dergi kimliğine kavuşarak yayın politikasında niteliksel bir dönüşüm gerçekleştirmiştir. Her yılın ilk sayısında, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen bilimsel sempozyumda sunulan bildirilere yer verilmekle birlikte her iki sayıda da anayasa hukuku alanında kaleme alınmış hakemli makaleler yayımlanmaktadır.

Bu sayıda, farklı disiplinlerden uzmanların katkılarıyla anayasa hukukuna ilişkin meselelerin geniş bir perspektiften ele alındığı makalelere yer verilmiştir.

İlk makalede Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulanan kanunilik güvencesinin görünümünü ve bu ilkenin geçirdiği dönüşümü incelemektedir. Yazar, sınırlamaların yalnızca parlamentonun şekli bir işlemi olmasına değil, aynı zamanda yasaların belirlilik, öngörülebilirlik ve erişilebilirlik gibi “kanun kalitesi” kriterlerini taşımasına vurgu yapmaktadır. Çalışmada, kanunilik ilkesinin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi koruyan bir işlev gördüğü belirtilerek Mahkemenin bu standardı istikrarlı bir şekilde sürdürmesinin demokratik hukuk devleti açısından önemi somut karar örnekleri üzerinden ortaya konulmaktadır.

Prof. Dr. Tolga ŞİRİN, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na eklenen yüzünü gizleme suçunu karşılaştırmalı anayasa yargısı perspektifinden analiz etmektedir. Çalışmasında farklı ülke uygulamalarını ve uluslararası standartları mercek altına alan yazar; bu kısıtlamaların bireyin anonimlik hakkı, ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği gibi temel haklar üzerindeki etkilerini değerlendirmektedir. Değerlendirmeler doğrultusunda Türkiye'deki mevcut düzenlemenin öngördüğü sorunların giderilmesine yönelik çözüm önerileri sunulmaktadır.

Doç. Dr. Hüsnü Sefa ERYILDIZ ve Arş. Gör. Merve ŞAHİN AKDEMİR, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu *Sommer/Almanya* kararı ekseninde müdafinin mesleki amaçla kullandığı banka hesaplarının ceza soruşturması kapsamında incelenmesini ele almış; avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini zedeleyebilecek bu tür müdahalelerin ancak özel usuli güvenceler altında ve sıkı bir ölçülülük denetimi çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI, anayasal hak çatışmalarının dengelenmesinde kültürel öğelerin etkisini ve bu etkinin sınırlarını incelemiş; temel hakların korunmasında evrensellik ilkesi benimsenirken uygulamada yerel kültürlerle alan açılmasının gerekliliğini savunmuştur. Türk ve Alman Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden yapılan karşılaştırmalı analizlerle desteklenen makalede, kültürel etkinin nicel olarak ölçülmesi mümkün olmasa da kültürün etkisinin belirlenebileceği vurgulanmaktadır.

Doç. Dr. Ramadan SANIVAR ve Arş. Gör. Bedriye Bilkay ÖZBEK, Rekabet Kurulunun yerinde inceleme yetkisini idare hukuku ve ceza muhakemesi hukuku perspektifinden ele almışlar; bu yetkinin konut dokunulmazlığı gibi temel haklar üzerindeki etkilerini ve ceza muhakemesindeki arama koruma tedbiriyle olan benzerliğini anayasal sınırlar çerçevesinde incelemişlerdir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.* kararı ışığında yerinde inceleme yetkisini değerlendiren yazarlar, bu yetkinin hukuki güvencelerle sınırlandırılması ve temel haklara müdahale boyutunun gözetilerek yargı denetimi altında uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir.

Dr. Öğr. Üyesi Halit Serhan ERCİVELEK, Türk anayasa hukukunda anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi yasağını normlar hiyerarşisi ve kurucu iktidar teorileri çerçevesinde analiz etmiş; anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin tam olarak realize edilebilmesi için sistem kuran çerçeve normların ölçü alınarak bu denetimin önünün açılması gerektiğini ve üç katmanlı bir hiyerarşi modelinin gerekliliğini vurgulamıştır.

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah GÖRGEN, anayasa yargısında yaygın kabul gören modellere alternatif olarak zayıf form anayasa yargısı modelini ve bu modelin kuramsal temellerini incelemiş; yargısal denetim ile yasama üstünlüğünü uzlaştıran bu yapının literatürde özgün ve bağımsız bir denetim modeli olarak daha geniş bir perspektifle ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Makalede zayıf form modelinin hakların korunmasında katmanlı bir denetim mekanizması öngördüğü ortaya konulmuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER, idari işlemin geri alınması kurumunu hukuk devleti ilkesi bağlamında teorik düzeyde ve yüksek yargı kararları ışığında incelemiş; bu işlemin geçmişe etkili sonuçlarının hukuki güvenlik, kazanılmış haklar ve temel haklar üzerindeki sakıncalı etkilerini önlemek adına idari yargı denetiminin titizlikle yapılması ve benzer hususlarda mahkemelerce yeknesak kararlar verilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır.

Dr. Öğr. Üyesi Züleyha KESKİN, iklim değişikliği davalarında ihtiyat ilkesinin uluslararası çevre hukukundaki normatif çerçevesini ve uygulama pratiklerini incelemiş; bilimsel belirsizliğin ve yüksek riskin belirleyici olduğu bu davalarda ilkenin, yargısal süreçlerde daha etkin bir rol üstlenebilmesi için açık, net ve uygulanabilir bir standart olarak yasal düzenlemelere konu edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Makalede, ihtiyat ilkesinin kanıt yükünden dava ehliyetine, geçici tedbirlerden devletin pozitif yükümlülüklerinin denetlenmesine kadar birçok aşamada belirleyici bir yargılama ilkesi olarak işlev görmesinin çevresel adaletin gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağı savunulmuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR, Türk yargı teşkilatındaki ceza soruşturma ve kovuşturmalarında uygulanan hedef süre uygulaması-

nı ve bu yöntemin adil yargılanma hakkıyla olan ilişkisini ele almıştır. Yazar, hedef sürelerin yargısal süreçleri iyileştirme amacı taşımasına rağmen süre kaygısının savunma hakkını kısıtlama ve yargı bağımsızlığını etkileme potansiyeli nedeniyle adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği riskine dikkat çekmiştir. Çalışmada, bu uygulamanın uzun vadede yerini mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki enstrümanların etkin kullanımına bırakması gerektiği belirtilerek geleceğe dair somut çözüm önerileri sunulmuştur.

Arş. Gör. Dr. Mehmet İNANÇ, çalışmasında Anayasa Mahkemesi'nin hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin geliştirdiği yargısal yorumların ve norm denetimi kararlarının idari yargı alanındaki hukuki etkilerini incelemiştir. Makalede, Mahkemenin bu hakka yönelik sınırlamalara dair çizdiği sınırların ve "önem ölçütü" yaklaşımını, yasa koyucuyu daha etkin bir idari yargı sistemi kurma noktasında yönlendirici bir etki doğurduğu vurgulanmaktadır.

Dr. Akif TÖGEL, Dr. Ömür Kadri SARI ve Alparslan BOZ, Fransız idari yargı sisteminde geliştirilen yargısal emir (*injonction*) ve zorlayıcı para cezası (*astreinte*) mekanizmalarını inceleyerek bu modellerin Türk idari yargısındaki uygulama eksikliklerine çözüm olarak uyarlanabilirliğini tartışmışlar; mahkeme kararlarının etkin icrasının mahkemeye erişim hakkının temel bir güvencesi olduğunu ve bu doğrultuda yapılacak anayasal ve yasal reformların hukuk devleti ilkesini güçlendireceğini vurgulamışlardır.

Özcan ALTAY, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının icra sürecindeki rolünü karar öncesi, karar aşaması ve karar sonrası şeklinde üçlü bir yapıda analiz etmektedir. Mahkemenin karar aşamasındaki aktif tutumuna rağmen karar öncesi geçici tedbirler ve karar sonrası denetim safhalarında daha sınırlı bir rol üstlendiği saptanmaktadır. Çalışmada, bireysel başvuru sisteminin başarısı için bu aşamalara yönelik yargısal ve idari mekanizmaların geliştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Cüneyt Şamil OĞURLU, dijitalleşme sürecinin ceza muhakemesindeki delil rejimi ve savunma hakkı üzerindeki etkilerini incelemiş; dijital delillerin toplanması, muhafazası ve raporlanması süreçlerinde or-

taya çıkan teknik ve hukuki sorunları ele almıştır. Çalışmasında, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde savunma makamının iddia makamıyla eşit teknik imkânlarla erişebilmesinin ve bilirkişi faaliyetlerinin uluslararası standartlara uygunluğunun önemini vurgulayan yazar; yapay zekâ temelli araçlar da dâhil olmak üzere teknolojik uygulamaların hukuk devleti ve adil yargılanma ilkelerinden taviz verilmeden açık ve bağlayıcı bir yasal zeminde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Derginin tüm okurlar için faydalı bir kaynak olması temennisiyle...

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

İÇİNDEKİLER

Araştırma Makalesi

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kanunilik Güvencesi

The Guarantee of Legality in the Limitation of Fundamental Rights and Freedoms in the Light of the Constitutional Court's Judgments

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ.....687-771

Araştırma Makalesi

Toplantı ve Gösterilerde Yüzünü Gizleme Suçu

(Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Perspektifinden Bir Analiz)

The Offence of Face-Concealment in Assemblies and Demonstrations (A Comparative Constitutional Case-Law Analysis)

Prof. Dr. Tolga ŞİRİN.....773-831

Araştırma Makalesi

Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Müdafinin Mesleki Amaçla Kullandığı Banka Hesaplarının Bir Ceza Soruşturması Kapsamında İncelenmesi (AİHM Sommer/Almanya Kararı)

Examination of the Bank Accounts Used by the Defense Counsel for Professional Purposes within the Scope of a Criminal Investigation in the Context of the Right to Respect for Private Life (Echr Sommer/Germany)

Doç. Dr. Hüsnü Sefa ERYILDIZ

Arş. Gör. Merve ŞAHİN AKDEMİR 833-874

Araştırma Makalesi

Anayasal Hak Çatışmalarının Dengelenmesinde Kültürel Öğelerin Etkisi

The Role of Cultural Elements in Balancing Conflicts of Constitutional Rights

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI 875-950

Araştırma Makalesi

Rekabet Kurulunun Yerinde İnceleme Yetkisi: İdare Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Bir Değerlendirme

The Competition Board's On-Site Inspection Authority: An Evaluation in the Context of Administrative Law and Criminal Procedure Law

Doç. Dr. Ramadan SANIVAR

Arş. Gör. Bedriye Bilkay ÖZBEK.....951-995

Araştırma Makalesi

Türk Anayasa Hukukunda Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi Yasağı (Tespit, Eleştiri ve Öneriler)

Prohibition of Substantive Review of Constitutional Amendments in Turkish Constitutional Law (Determination, Criticism and Suggestions)

Dr. Öğr. Üyesi Halit Serhan ERCİVELEK.....997-1048

Araştırma Makalesi

Anayasa Yargısında Zayıf Form Modeli

The Weak-Form Model in Constitutional Adjudication

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah GÖRGEN.....1049-1096

Araştırma Makalesi

Hukuk Devleti ve İdari İşlemin Geri Alınması

Rule of Law and Withdrawal of Administrative Acts

Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER.....1097-1152

Araştırma Makalesi

İklim Değişikliği Davalarında İhtiyat İlkesi

The Precautionary Principle in Climate Change Litigation

Dr. Öğr. Üyesi Züleyha KESKİN 1153-1222

Araştırma Makalesi

Türk Yargı Teşkilatında Ceza Soruşturmaları ve Kovuşturmalarında Hedef Süre Uygulaması: Adil Yargılanma Hakkının İhlali Mi?

Target Time Application in Criminal Investigations and Prosecutions in the Turkish Judiciary: Is It a Violation of the Right to a Fair Trial?

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR.....1223-1300

Araştırma Makalesi

Anayasa Mahkemesinin Hükmün Denetlenmesini Talep Hakkına İlişkin Norm Denetimi Kararlarının İdari Yargı Alanında Doğurduğu Etkiler Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation of the Impact of the Turkish Constitutional Court's Constitutionality Review Decisions on the Right to Request Judicial Review in the Field of Administrative Law

Arş. Gör. Dr. Mehmet İNANÇ.....1301–1336

Araştırma Makalesi

Mahkemeye Erişim Hakkının Güvencesi Olarak Kararların Etkin İcrası: Fransız İnjonction ve Astreinte Modelinin Türk İdari Yargısına Uyarlanması

Effective Enforcement of Judicial Decisions as a Safeguard of the Right of Access to a Court: Adapting the French Injonction and Astreinte Model to the Turkish Administrative Judiciary

Dr. Akif TÖGEL

Dr. Ömür Kadri SARI

Alparslan BOZ.....1337–1392

Araştırma Makalesi

Anayasa Mahkemesinin Karar Öncesi ve Sonrasında Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasındaki Rolü

The Role of the Constitutional Court in the Execution of Individual Application Judgments During Pre- and Post-Judgment Stages

Özcan ALTAY.....1393–1462

Araştırma Makalesi

Savunma Hakkının Dijital Deliller Karşısındaki Durumu

The Position of the Right to Defense in the Context of Digital Evidence

Cüneyt Şamil OĞURLU 1463–1505



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA KANUNİLİK GÜVENCESİ

The Guarantee of Legality in the Limitation of Fundamental Rights and Freedoms in the Light of the Constitutional Court's Judgments

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ*

ÖZET

Bu makalede Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunla sınırlama ilkesinin görünümü ele alınmaktadır. Parlametonun bir işlemi olarak kanun, bazı temel özellikleri bünyesinde barındırması nedeniyle mevzuatta yer alan diğer kurallar arasında farklı bir konuma sahiptir. “Kanunla sınırlama” ilkesi Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında önemli bir güvencedir. Bu güvencenin pratikte bir anlam ifade edebilmesi ancak Anayasa Mahkemesinin bu ilkeyi kararlarında isabetli biçimde uygulaması ile mümkündür. Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olması noktasında kanunilik ilkesi fevkalade önemli bir işlev görmektedir. Özellikle bireysel başvurunun kabulü sonrasındaki süreçte Anayasa Mahkemesi kararlarında kanunla sınırlama ilkesi sıklıkla kullanılmaktadır. Hem şekli anlamda kanun hem de “kanun kalitesi” bağlamında temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunda bulunması gereken temel özellikler Anayasa Mahkemesi kararlarında amacına uygun biçimde kullanıldıkça bu ilke, temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir güvence konumuna

* Anayasa Mahkemesi Üyesi, yusuf.sevki.hakyemez@anayasa.gov.tr, ORCID: 0009-0008-1057-117X

yükselmektedir. İşte bu çalışmada özellikle bireysel başvurunun kabulü sonrasındaki süreçte gerek norm denetimi ve gerekse bireysel başvuru kararlarında kanunilik güvencesinin temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'ya aykırı biçimde sınırlandırılmaması noktasında sağladığı katkı somut karar örneklerinden hareketle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmada aynı zamanda kanunilik bağlamında Anayasa Mahkemesi kararlarındaki sorunlu yaklaşıma da ayrıca işaret edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, kanunilik güvencesi, kanun kalitesi, bireysel başvuru.

ABSTRACT

This article examines the principle of restriction prescribed by law as applied by the Turkish Constitutional Court in cases concerning the limitation of fundamental rights and freedoms. Law, as a legislative act of the Parliament, holds a distinct status among other norms within the legal framework, due to its inherent essential characteristics. The principle of “restriction prescribed by law” constitutes a fundamental safeguard, enshrined in Article 13 of the Turkish Constitution, for the limitation of fundamental rights and freedoms. This safeguard can be effective in practice only when the Court properly interprets and applies this principle in its judgments. The principle of legality plays a crucial role in upholding the Constitutional Court’s role as a guarantor of fundamental rights and freedoms. The principle of restriction prescribed by law has frequently been invoked in the Constitutional Court’s judgments, particularly after the introduction of the individual application mechanism. As long as the Court duly applies the essential criteria that a law restricting fundamental rights and freedoms must satisfy —both in formal sense and in terms of the “quality of law”— this principle serves as a significant safeguard for fundamental rights and freedoms. Referring to the Constitutional Court’s case-law, this paper aims to illustrate how the guarantee of legality contributes to preventing unconstitutional restrictions on fundamental rights and freedoms, through both constitutionality review and individual application procedures, notably following the introduction of the individual application mechanism. The paper also discusses certain challenges observed in the Court’s case-law in relation to the principle of legality.

Keywords: Turkish Constitutional Court, restriction of fundamental rights and freedoms, guarantee of legality, quality of law, individual application.

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda güvence altına alınması kadar önemli bir diğer husus bunların sınırlandırılması konusunda kendisini göstermektedir. Zira toplum hâlinde yaşamının kaçınılmaz bir sonucu olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması zorunluluğu gündeme gelebilmektedir.

Anayasal demokrasilerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda parlamentoya önemli görevler düşmektedir. Ülkemizde temel hak ve özgürlükleri Anayasa’da belirtilen usul ve esaslara uygun biçimde sınırlandırabilecek yegâne organ olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) yetkilendirilmiş olup bu sınırlamaların 1961 Anayasası’ndan bu yana “ancak kanunla” yapılabileceği öngörülmektedir. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından yasama organı diğer devlet organlarından daha farklı bir konumdadır.

Bununla birlikte özellikle çoğunlukçu demokrasinin temel hak ve özgürlükler yönünden doğurduğu sakıncalar nedeniyle “güvenceli özgürlük” anlayışının bir gereği olarak sınırlamaların anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulması ihtiyacı hasıl olmuş ve bu nedenle demokratik rejimlerde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim ülkemizde de altmış yılı aşkın bir deneyimi ile Anayasa Mahkemesi (AYM) bu denetimi gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

2010 yılında bireysel başvuru kapsamındaki somut hak ihlali iddialarını incelemek amacıyla AYM’ye başvuru yolunun getirilmesi sonrasında verilen kararlarda kanunla sınırlama konusunda AYM’nin yaklaşımı daha belirgin bir hâl almaya başlamıştır.

İşin içine girildiğinde görülmektedir ki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik güvencesinin AYM kararlarındaki görünümü oldukça detaylı bir incelemeyi ge-

rektirmektedir. Zira konunun oldukça farklı boyutları mevcut olup bu farklı boyutların her biri ayrı birer çalışma konusu olabilecek hacimdedir. Ek olarak kanunilikle ilgili sorunlar özellikle bireysel başvuru incelemeleriyle birlikte daha da çeşitlenmiş durumdadır.

Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi ile ilgili konuların tümü tüketici biçimde bu makalede ele alınamayacağından konuyu sınırlandırmak gerekmektedir. Bu çalışmada konu AYM kararları çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesinin görünümü biçiminde ele alınmaktadır.

Bu bağlamda konu bireysel başvurunun kabulü sonrasında daha yoğun ve detaylı biçimde AYM kararlarında yerini almaya başladığından çalışmada bu dönem içtihadına ağırlıklı biçimde yer verilmiştir. Bununla birlikte konu norm denetimi ve bireysel başvuru kararları ele alınarak incelenmiştir. Kanunilik bağlamında ilgili AYM kararlarından alıntılara sıklıkla yer verilerek konu incelendiği için makalede AYM karar dilinin belli ölçüde hissedilmekte olduğunu burada ifade etmek gerekir.

Bu çalışmanın amacı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında önemli bir güvence olarak Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunla sınırlama ilkesinin pratikte nasıl bir karşılık bulduğunu tespit ederek somut kararlardan hareketle AYM'nin kanunilik güvencesine yönelik yaklaşımını analiz etmek ve bunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasına nasıl bir katkı sağlayabileceğini ortaya koymaktır.

I. GENEL OLARAK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI-KANUNLA SINIRLAMA İLİŞKİSİ VE SINIRLAMANIN YARGISAL DENETİMİ

İnsan haklarını güvence altına alan demokrasilerde her ne kadar rejimin özgürlükçü niteliği fevkalade önemli ise de bir devlet çatısı altında ve birlikte yaşamının kaçınılmaz sonu-

cu olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması zorunluluğu gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, özgürlükçü demokratik rejimlerde insan hakları hukukunun en önemli konularından birisi olarak kendisini göstermektedir.

Hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı anayasalarda somut hak ve özgürlükler bağlamında önemli sınırlara yer verilebilmektedir. Bu yönü ile bakıldığında anayasalar hak ve özgürlükleri güvence altına alan metinler olmakla birlikte bu metinlerde aynı zamanda hak ve özgürlüklerin en fazla ne kadar sınırlandırılabilirler de ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla insan haklarının güvence altına alındığı metinler olarak anayasalar hak ve özgürlüklerle ilgili olarak “minimum standardı” belirlemektedirler. Uygulamada hak ve özgürlükler standardı anayasada belirlenen seviyenin altında olamaz ancak bu seviyeden daha yüksek bir hak ve özgürlük standardı sağlanabilir.

Örneğin 1982 Anayasası’nın kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili 19. maddesinde yakalanan veya tutuklanan kişinin tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat içinde hâkim önüne çıkarılacağı öngörülürken (madde: 19/5), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yakalanan kişinin en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılacağı (madde: 91/1 ve 94/1) biçiminde Anayasa’dakine nazaran daha az kısıtlayıcı bir hükme yer verilmektedir. Bu durum Anayasa’nın insan hakları için minimum standardı sağlamak zorunda olan bir hukuk metni olmasıyla açıklanabilir.

Nitekim Anayasa’nın hak ve özgürlükler konusunda minimum standardı öngörmesi ve insan haklarını bu seviyenin altına düşürmenin mümkün olamayacağı ile ilgili olarak Anayasa’da bir pozitif dayanak da yer almaktadır. Anayasa’nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında konumuzla ilgili devlete yönelik bir direktif olarak Anayasa hükümlerinden hiçbirinin Anaya-

sa'yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı hükmü mevcuttur.

Her ne kadar Anayasa'da bu çerçevede dâhilinde hak ve özgürlükler düzenlenmişse de uygulamada yukarıda da ifade edildiği üzere hak ve özgürlüklerin Anayasa'ya uygun biçimde hareket edilerek sınırlandırılması ihtiyacı da gündeme gelebilir. Bu bağlamda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması anayasa hukukunun en önemli konularından birisi olup bu konunun oldukça farklı boyutları mevcuttur.

Temel hak ve özgürlüklerin belli nedenlere dayalı biçimde sınırlandırılması yoluna gidilirken yine Anayasa'da bu sınırlandırma sürecine ilişkin uyulması gereken hususlara da yer verilmektedir. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde esasında birer güvence olarak da görülebilecek olan bu hususlar 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde toplu biçimde şu şekilde ifade edilmektedir: *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

Anayasa'nın bu maddesinde yer verilen her bir güvence oldukça geniş bir kapsama sahip olup ayrı birer çalışma konusu olabilecek niteliktedirler¹. O nedenle burada sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde sınırlamanın "ancak kanunla" yapılmasını öngören ilke ele alınacaktır.

1 Örneğin sınırlama ile ilgili 13. maddedeki güvenceler olarak hakkın özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi ile ilgili ayrı ayrı yazılan şu üç monografik çalışma bile konunun aslında ne derece geniş hacimli olduğunu göstermek için yeterli olacaktır: Bkz. Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları; Eren, A. (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta Yayınları; Metin, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bilindiği üzere kanun; normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında yer alan ve yasama organında çıkarılma usulü ayrı bir hukuki prosedüre tabi olan bir kuraldır. Demokrasilerde seçimle göreve gelen kişilerden oluşan parlamentonun iradesi olan kanun, bu bağlamda hem ülke hukuk düzeninde sahip olduğu yer itibarıyla hem de millî iradenin tezahürü olarak ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Ülkemizde de bu özelliklerine binaen Anayasa'da da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılabileceği öngörülmektedir.

Bununla birlikte uygulamada temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen güvencelere riayet edilip edilmediği hususu da önem arz etmektedir. Zira her ne kadar halkın oyu ile seçilen parlamentonun çıkardığı kanunla yapılan bir sınırlama ideal düzlemde bu sınırlama sürecinin sorunsuz bir şekilde gerçekleşebileceği noktasında bizlere olumlu bir bakış açısı veriyor ise de günümüz demokrasilerinde durumun bu noktada her zaman sorunsuz biçimde gerçekleşmediği görülmektedir.

Zira günümüz demokrasilerinde parlamentolar rejimin en önemli kurumları arasında yer alıyor olsalar da parlamentoların kanunları her zaman Anayasa'ya uygun biçimde çıkardığı sonucuna ulaşmak fevkalade zordur. Zira bazen çoğunluğun siyasi tercihlerinde Anayasa'ya açıkça aykırı düzenlemeler yer alabilmektedir. Bunun yanında günümüzün karmaşıklaşan toplumsal, siyasi, ekonomik ve sosyal hayatında oldukça detaylı düzenlenmesi gereken konular ortaya çıkabilmekte ve bu alana özgü çıkarılan oldukça teknik ve detay yönü bulunan kanunlarda Anayasa'ya aykırı düzenlemelere farkında olunmadan da yer verilebilmektedir. Bu sayılan faktörler ve benzerleri esasında parlamentonun çıkardığı kanunların da Anayasa'ya uygunluğunun yargısal yollarla denetlenmesini gündeme getirmektedir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi bağlamında yukarıda belirtilen gerekçeler temel hak ve özgür-

lüklerin sınırlandırılması sürecinde de kendisini göstermektedir. İşte bu aşamada devreye çoğu Avrupa ülkesinde olduğu gibi Türkiye’de de AYM girmektedir. Esasında demokratik hukuk devletinde AYM’nin önemi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde gerçekleştirdiği bu yargısal denetimden kaynaklanmaktadır.

AYM halkın oyu ile göreve gelen parlamentonun çıkardığı kanunların yargısal denetimini gerçekleştirirken düzenlemeyi iptal edecek kadar güçlü bir yetki kullanmaktadır. Bununla birlikte bu güçlü yetkinin AYM’ye verilmesinin nedeni temel hak ve özgürlükleri korumak ve anayasanın üstünlüğünü etkili bir biçimde sağlamaktır².

Bu nedenle AYM bu denetim sürecini sadece “hukuka uygunluk” şeklinde gerçekleştirmek zorundadır. Yerindelik denetimine geçildiği aşamada ise demokratik hukuk devletinde olması gereken denge önemli ölçüde zedelenebilmektedir.

A. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA ŞEKLÎ ANLAMDA KANUN VE MADDÎ ANLAMDA KANUN AYRIMI

Bilindiği üzere kanun şeklî (organik) ve maddi anlamıyla farklı anlamlara karşılık gelmektedir. Şeklî anlamıyla kanun Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu ad altında çıkarmış olduğu kuraldır. Ancak parlamento kanun dışında başka kurallar da çıkarabilmekte ve yine başka kararlar da alabilmektedir.

Kanunda düzenlenen konular genel ve soyut biçimde formüle edilir. Bu yönü ile kanunun düzenleme konusu yaptığı konuların düzenleniş biçimi önemlidir. Bununla birlikte genel

2 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erdoğan, M. (2015). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 113-114; Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 235, 242; Hekimoğlu, M. M. (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık, s. 20-27; Sır, O. (2011). *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 192-208.

ve soyut nitelikteki düzenleme biçimi sadece kanuna özgü bir durum olmayıp Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, genelge, sirküler gibi başka bazı kurallarla da bu nitelikte düzenlemeler yapılmaktadır. İşte içerikteki konuları genel, soyut ve kişisel olmayan biçimde düzenleyen kurallara bu kuralların hangi organ tarafından çıkarıldığına bakılmaksızın maddi anlamda kanun adı verilmektedir³.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde esas alınması gereken kanun 1982 Anayasası'nın öngördüğü sınırlama sisteminde şekli anlamda kanun olup Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve diğer alt düzenleyici işlemlerle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün değildir.

AYM de kanunilikle ilgili içtihadında tutarlı bir biçimde bu görüşü benimsemektedir. Mahkeme, özellikle bireysel başvuru inceleme yetkisini kullanmaya başladıktan sonra yaptığı incelemelerde sınırlamaya neden olan şekli anlamda kanun olmadığı durumlarda diğer güvenceler boyutu ile denetim yapmadan ihlal sonucuna ulaşmaktadır⁴.

Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sistemi içerisindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde, hak ve özgürlüklerin her bir maddede düzenlenen nedene dayalı ve "hukuka uygun olarak" veya "hukuken öngörülen" biçimde sınırlandırılması öngörülmektedir. Bununla

3 Maddi ve şekli anlamda kanun anlayışı konusunda bkz. Teziç, E. (1972). *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İÜHF Yayınları, s. 33-43.

4 Bu bağlamda önemli bir örnek olarak bireysel başvuru incelemesinden hemen sonra AYM, uzun yıllar uygulanan başörtüsü yasağı bağlamında bir avukatın duruşmaya başörtülü biçimde katılmasına müsaade edilmeyen müdahaleye yönelik yapılan bireysel başvuruda, müdahalenin şekli anlamda bir kanuna dayanmamasından hareketle başvuru Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadındaki kanun şekli anlamdaki kanun olmayıp maddi anlamda kanun olarak kabul edilmektedir.

AİHM'in yaklaşımına göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında aslanan sınırlamayı yapan bir hukuk kuralının bulunmasıdır. Bu hukuk kuralı için aranan erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve yeterli açıklık bulunduktan sonra kuralın şekli anlamda kanun olması zorunlu değildir⁵. Nitekim Türkiye'de açık bir kanuni dayanağı olmaksızın üniversitelerde uygulanmakta olan başörtüsü yasağında bu yönü ile sorun bulmamasında AİHM'in kanunilik yaklaşımında maddi anlamda kanun biçimindeki düzenlemeleri de "hukuken öngörülen" kapsamda görmüş olması belirleyici olmuştur.

Esasında AİHM'in bu konuda maddi anlamda kanunun varlığı koşulunu araması bir zorunlulukla açıklanabilir. Zira AİHM'in Sözleşme'de güvence altına alınan hakların sınırlandırılması sürecinde maddi anlamda kanunu yeterli görmesinde AİHS'e taraf olan kırktan fazla ülkenin farklı hukuk sistemlerinin yeknesak olmaması önemli rol oynamaktadır. Zira Sözleşme'ye taraf olan ülkeler arasında kanuncu yönü ile ön plana çıkan Kara Avrupası ülkeleri yoğun biçimde mevcut olduğu gibi aynı zamanda içtihadi hukuku ile birlikte ön plana çıkan "common law" hukuk sistemine mensup ülkeler de yer almaktadır.

Bununla birlikte ülkemizde şekli anlamda kanun şartının aranması temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde önemli bir güvence olarak görülmelidir. Zira Türkiye

5 Harris, D. J., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılıcı, M. ve Karan, U. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 20-21.

AİHM'in temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesiyle ilgili geniş değerlendirme için bkz. Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 301-306, 310-334; Altıparmak, K. ve Karahanoğulları, O. (2024). "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 3., s. 249-276.

Büyük Millet Meclisinin “kanun” adı verilen bir işlemi olmaksızın hiçbir idari düzenleyici işlemle hak ve özgürlüklere bir sınırlama getirmek mümkün değildir. Bu yönü ile ülkemizdeki temel haklar sınırlama rejiminin AİHS sisteminden daha güvenceli olduğu görülmektedir.

AYM de bir kararında AİHS’te yer alan kanunla öngörül-müş olma kavramı ile Anayasa’da yer alan kanunilik ilkesinin tam olarak aynı olmadığına işaret etmiştir. Kararda AİHM’in bunu geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğine işaret edilirken (örnek olarak bkz. *Malone/İngiltere*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68; *Sunday Times/Birleşik Krallık* (No. 1), B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 47) Anayasa’da tüm sınırlandırmaların mutlaka kanun ile yapılacağı öngörülerek Sözleşme’den daha geniş bir koruma sağlanmakta olduğuna vurgu yapılmıştır⁶.

B. ŞEKLÎ ANLAMDA KANUN’UN BENİMSENME-SİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN AVANTAJLARI

Genel, soyut, erişilebilir, öngörülebilir ve yeterli açıklıktaki bir düzenleme olmasına rağmen hak ve özgürlükleri sınırlandıran kuralın yine de şeklî anlamda kanun biçiminde olmasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecine yönelik bazı önemli avantajları bulunmaktadır. Özellikle madde anlamdaki kanun olarak sayılabilecek kuralları idaredeki farklı kamu tüzel kişiliklerinin de ihdas edebileceği göz önünde tutulduğunda bu bağlamda bahse konu avantajların değeri daha iyi anlaşılabilir. Zira idarelerin düzenleyici işlemleri kolaylıkla değiştirilebilmeleri ve temel hak ve özgürlüklerin kullanımını güçleştirip engelleyebilmeleri nedeniyle bunlar temel hak ve özgürlükler açısından kanunlar kadar güvenceli nitelikte değildirler⁷.

6 Bkz. *Fatih Saraman* [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019, §§ 64-65.

7 Uygun, O. (1992). *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 95.

Nitekim AYM kararlarında konumuz bağlamında belirtilen bu hususlara “*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılar. Bir yasama işlemi olarak kanun, TBMM’nin iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence ortaya çıkartır.*” şeklindeki değerlendirmeye işaret edilmiştir⁸.

Zira temel hakları sınırlandıran kanunun çıkarılması süreci ile ilgili aşağıda sıralanacak hususların varlığı, sınırlandırmanın şekli anlamda kanunla yapılmasının diğerine nazaran temel hak ve özgürlükler açısından çok daha güvenceli olduğunu göstermektedir.

1. Parlamantonun Siyasi Sistem İçerisindeki Prestijli Konumu

Çoğunlukçu demokrasiden çoğulcu demokrasiye geçildiği günümüz demokrasilerinde kanunların yargısal denetimi benimsenmiş olmasına rağmen parlamentolar hâlen siyasi sistem içerisinde güçlü bir konumdadırlar. Zira egemenliğin millet adına kullanıldığı önemli bir devlet organı olarak parlamentolar hâlen kural koyma yetkisini kullanmaya, yürütmeyi belli ölçüler dâhilinde denetlemeye devam etmektedirler.

Bu biçimdeki güçlü konuma sahip olmaları aynı zamanda parlamentoların halkın oyu ile göreve gelen kişilerden oluşmasıyla da ilgilidir. Parlamento halkın temsilcisi sıfatıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması ve işlerliğinin sağlanması bakımından çok önemli bir kurumdur.

Gerek halkın iradesinin tecelli ettiği siyasi platform olması ve gerekse kural koyma noktasında sahip olduğu güçlü yetkiler parlamentoları demokratik rejimlerde hâlen ayrıcalıklı bir konumda tutmayı gerekli kılmaktadır.

8 Bkz. *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019, § 36.

Bu bağlamda parlamentolar aynı zamanda ülkenin en önemli sorunlarının özgürce konuşulup değerlendirilebildiği, bu sorunlara yönelik çok farklı görüşe mensup olanların kendi kanaatlerini ortaya koyabildiği eşsiz bir siyasi platform görevini ifa etmektedirler.

2. Kanunların Yapımında Aleniyet, Usulî Belirlilik ve Muhalefetin Katılımı

Şeklî anlamda kanunun çıkarıldığı parlamento ile ilgili olarak konumuz bağlamındaki önemli bir avantaj da parlamento çalışmalarının aleniyet içinde gerçekleşmesidir. Aleniyetin varlığı temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma girişimleri ile ilgili olarak kamuoyunun doğrudan bu süreci gözlemlemesi fırsatını sağlamaktadır. Yine bununla bağlantılı olarak kamuoyunun demokratik tepkisini ortaya koyarak karar alma sürecini etkilemesine de imkân oluşturmaktadır.

Dolayısıyla bu yönü ile parlamento çalışmalarındaki aleniyet, aşırı kısıtlayıcı, anayasaya aykırı olabilen ve bu nedenle de kamuoyundan yoğun tepki alacak girişimlerin hiç gündeme gelmemesine veya daha işin başında engellenmesine katkı sağlayabilir.

Bunun yanında aleni olarak gerçekleşen müzakere ve karar alma süreçlerinde milletvekilleri tepkilerini daha özgürce ifade edebilme imkânına sahiptirler. Oysa yönetmelik, genelge ve benzeri maddi anlamda kanun olarak kabul edilebilecek kurallarla sınırlandırma yapılması durumunda bu kararı alma yetkisine sahip bürokratların hiyerarşik ilişkinin de etkisiyle daha farklı yaklaşım içerisinde bulunma ihtimallerinin olması değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

Yine parlamentoda muhalefetin varlığı Anayasa'ya aykırı biçimde gerçekleştirilmesi muhtemel olan sınırlama girişimlerine karşı önemli bir caydırıcı etki doğurabilir. Demokratik rejimlerde parlamentodaki muhalefetin varlığı Anayasa'ya uygun bir yasama sürecinin sağlanması noktasında önemli

bir faktördür. Oysa sınırlamanın şekli anlamda kanunla yapılmadığı durumlarda sınırlamayı gerçekleştiren kararların alındığı süreçler ya oy birliği ile ya da oy çokluğu ile alınan ancak hiçbir şekilde karar alma sürecinde muhalefet etme imkânının olmadığı ya da en azından parlamentodaki muhalefet kadar etkin bir muhalefetin yapılamadığı idari ortamlarda gerçekleşmektedir. Öte yandan bu biçimdeki süreçler kapalı ortamlarda cereyan ettiğinden maddi anlamda kanun tamamlanana kadar kişilerin ve kamuoyunun bundan haberi olmayabilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların şekli anlamda kanunla yapılması durumunda olumlu bir yön olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus ise kanunun çıkarılması sürecinin başından sonuna kadar tüm aşamaların ve bu aşamalarda uyulması gereken hususların (teklif, görüşme, oylama türü, karar nisabı vs.) önceden belirlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda ülkemizde TBMM İçtüzüğü kanun yapma sürecinin tüm aşamalarını detaylı bir biçimde düzenlemiş olup hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanun hükmü de ancak önceden belirlenmiş bu usul kurallarına riayet edilerek kanunlaşabilmektedir.

Sonuç olarak yukarıda sıralanan nedenlerle aleniyetin ve muhalefetin varlığı da dikkate alındığında her aşamada sürece yönelik kamuoyunun demokratik yollardan hareketle katılımı ve tepkisi ortaya konulabilmekte ve kanunun çıkarılma süreci önceden belirlenmiş usul kurallarına riayet edilerek gerçekleşmektedir.

3. Şekli Anlamda Kanunun Anayasaya Uygunluğunun Anayasa Mahkemesinin Denetimine Tabi Tutulması

Kanunların anayasaya uygunluğunu sağlama noktasında en etkili yol yargısal denetimdir. AYM'nin temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunlara yönelik gerçekleştirdiği denetim bu yönü ile önem arz etmektedir. Bu bağlamda şekli anlamda kanunların tümünün AYM'nin denetimine tabi

tutulması temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir güvencedir.

Kuşkusuz maddi anlamda kanun kapsamında düşünülebilecek olan yönetmelik, genelge ve benzeri genel düzenleyici idari işlemler de idari yargı tarafından denetlenmekte olup bu da önemli bir güvence olarak kabul edilmelidir. Buna rağmen AYM'nin gerçekleştirdiği denetim daha farklı bir nitelik taşımaktadır. Zira AYM gerçekleştirdiği denetimde doğrudan anayasayı ölçü norm olarak almaktadır.

Ek olarak Anayasa Mahkemelerinin siyasi sisteme dâhil edilmesi anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yasama organına karşı daha etkili biçimde korunması şeklinde özel bir amaç taşımaktadır. Bu doğrultuda gerçekleştirdiği denetimde AYM, bu varlık nedeninin bilinciyle daha yoğun biçimde özgürlükleri koruyucu bir yaklaşımla hareket etmek durumundadır. Temel hak ve özgürlükler ile ilgili anayasal güvenceler ancak AYM'nin ortaya koyacağı yaklaşımla bir anlam kazanmaktadır⁹. Bu durum uygulamada şekli anlamda kanunların AYM tarafından denetlenmesini daha önemli bir gereklilik olarak ortaya çıkarmaktadır.

Nitekim kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sürecinde AYM, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunların denetimini geliştirmiş olduğu içtihadi ilkelere birlikte daha da detaylı biçimde gerçekleştirmekte ve bu süreçte anayasal ilke ve kurallardan hareketle içtihadıyla belirlediği bu ilkeleri dava konusu yapılan somut kuralların denetiminde kullanarak sonuca ulaşmaktadır.

İşte bu çalışmada Türkiye'de AYM'nin, gerçekleştirdiği anayasaya uygunluk denetiminde kanunla sınırlama (kanunilik) ilkesi ile ilgili kendi içtihadıyla oluşturduğu ilkeleri temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olma misyonu ile ne şekilde

9 Benzer biçimde bkz. Arslan, Z. (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, s. 154.

ortaya koymakta olduğu daha detaylı biçimde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KANUNLA SINIRLANDIRILMASI

A. 1982 ANAYASASI VE GENEL OLARAK ANAYASA MAHKEMESİNİN KANUNİLİK YAKLAŞIMI

AYM'nin kanunilik yaklaşımının ne şekilde ortaya çıktığı hususu Anayasa'dan mülhem biçimde uygulamada kendisini farklı biçimde göstermektedir. Mahkeme kanunla düzenleme veya belirleme yapılması noktasında şekli anlamda kanunda bulunması gereken özellikleri dikkate alarak iki farklı alanda farklı yoğunlukta kanunilik denetimi gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda Anayasa metninde konunun nasıl ifade edildiği yargısal denetimde belirleyici rol oynamaktadır.

Bunlardan birincisi, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması ile ilgilidir¹⁰. İkinci alan ise temel hak ve özgürlükler ile ilgili olmayan diğer konulardır. Bu ikinci alana idarenin kuruluşu, işleyişi, örgütlenmesi, kamu görevlilerinin hukuki statüsü ve benzeri konular girmektedir.

10 Konu bütünlüğünü bozmama adına burada kısaca ifade etmek gerekir ki temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ile sınırlandırılması arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu iki kavram arasındaki farklılığa ilişkin geniş bilgi için bkz. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 298-299; Eren, A. (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 576-581. Bu farklılığın Anayasa hükümlerine olan yansımaları da görmek mümkündür. Nitekim Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenemeyeceği hükmüne yer verilmektedir. Bundan da anlaşılacağı üzere sadece Anayasa'nın üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün olup diğer tüm haklar mutlaka kanunla düzenlenmek durumundadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne göre sosyal ve ekonomik haklar dahil olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak kanunla gerçekleştirilebilir.

Bununla birlikte birtakım idari yetkilerin kullanılması ve kamu görevlileri ile ilgili bazı düzenlemeler temel hak ve özgürlüklere müdahale etme potansiyeli taşımaları nedeniyle esasında bu ikinci alanda yer alıyor gibi gözüktse de bu düzenlemelerde de temel hak ve özgürlüklerle ilgili hususlar göze çarpmaktadır. Dolayısıyla ister temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde isterse diğer konularla ilgili düzenlemelerde olsun hak ve özgürlükleri düzenleyen ve sınırlandıran kurallardaki kanunilik yaklaşımı ile ikinci alanda söz konusu olan kanunilik yaklaşımı AYM’ce birbirinden farklı biçimde yorumlanmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan konulardaki kanunla düzenlemeyi AYM, Anayasa’nın 2. ve 7. maddesi bağlamında ele almaktadır. Burada Mahkemenin öne çıkardığı husus, Anayasa’nın 2. maddesinde demokratik hukuk devleti niteliği ön planda olan Anayasa’da kanunla düzenlenmesi gereken konularda temel çerçevenin ve konunun ana hatlarının asli düzenleme yetkisine sahip olan TBMM tarafından belirlenmesidir. Zira yasama organının konunun temel esaslarını kanunla ortaya koymadan bunun idare tarafından belirlenmesine yol açan durumlar yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırı olacaktır. Aksi durumda Anayasa’nın 7. maddesindeki *“Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez”* kuralının bir anlamı kalmayacaktır.

AYM, bu konuya ilişkin yaklaşımını derli toplu biçimde bir kararında şu şekilde ortaya koymaktadır:

“Anayasa’nın 7. maddesinde ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.’ denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa’nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması ‘demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum’ olarak

nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede ‘Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır’ denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa’nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir. (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013)

Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılması, Anayasa’nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur. Bununla birlikte yasama organının temel ilkeleri ve çerçeveyi kanunla belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 57).

Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmenin türevsel nitelikteki düzenleyici işlemlerine bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülme- yen konularda yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. (AYM, E.2018/91, K.2020/10, 19/2/2020, § 110; E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 56)”¹¹.

11 Bkz. AYM, E.2021/73, K.2022/51, 21/4/2022, §§ 15-17. AYM’nin denetleyip yasama yetkisinin devri niteliğinde görerek Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık gerekçesiyle verdiği iptal kararları içinden örnek olarak bkz. AYM, E.2021/78, K.2024/181, 5/11/2024, §§ 104-114; E.2021/106, K.2024/101, 9/5/2024, §§ 13-31; E.2022/110, K.2023/115, 22/6/2023, §§ 10-21; E.2021/27, K.2023/26, 16/2/2023, §§ 13-26.

Her ne kadar AYM temel hak ve özgürlükler dışındaki alanda kanunla düzenleme noktasında temel çerçevenin çizilmesi ve ana hatlarının ortaya konulması haricindeki hususların idarece düzenlenmesinde bir sorun görmüyor ise de hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması konusunda kanunda aranması gereken özellikler çok daha katı biçimde uygulamaktadır.

Nitekim norm denetimindeki bir kararında AYM bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: *“Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına tanınan düzenleme yetkisinin Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenebileceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kural kapsamındaki karar alma yetkisi konusundaki kanuni çerçeve oluşturma yükümlülüğünün daha katı olduğu söylenebilir”*¹².

Aşağıda detaylı biçimde açıklanacağı üzere bu durumda sınırlandırıcı her bir unsur ve hatta keyfî kullanımlara karşı gerekli güvenceler kanun metninde yer almalıdır. Bu durum temel hak ve özgürlükler noktasında AYM’nin varlık nedeni olan özgürlüklerin güvencesi olma şeklindeki işlevinin kaçınılmaz bir sonucudur. Aksi durumda uygulamada idareler çok farklı dönemlerde ve farklı endişelerle yasama organına gerek duymadan kolaylıkla hak ve özgürlükler alanına müdahale etme imkânı elde edebilirler.

Nitekim AYM bir kararında bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Hak ve özgürlükleri sınırlandıran hükümlerin kamu makamlarınca geniş yorumlanması bireyler açısından öngörülemez sonuçlar doğurabilir. Türk anayasal sisteminde hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenleme yapma yetkisi yasama organına aittir. Hak ve özgürlüğü kısıtlayıcı bir kanunun kapsamını genişleten yorum ve uygulamalar kanun koyucunun getirmedeği bir sınırlandırmanın idari ve yargı-

12 Bkz. AYM, E.2024/193, K.2025/136, 17/6/2025, § 13.

sal makamlarca ihdas edilmesi sonucunu doğurabilir. Demokrasilerde hangi hakkın ne ölçüde sınırlanacağına bürokrasi veya yargı değil yasama organları karar verir”¹³.

AYM’nin bir başka kararında da ifade edildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması demokratik toplum düzeninin korunması bakımından ne kadar gerekli ve ölçülü olursa olsun salt idari bir işleme dayanıyorsa bu durumda kanunilik şartı sağlanamayacaktır. Zira idarenin kanuni bir dayanak olmadan ilk elden temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması kanun koyucunun getirmediği kısıtlamaların idari ve yargısal makamlarca oluşturulmasına ve uygulanmasına neden olabileceği gibi kısıtlamaların muhatabı olan bireylere yönelik keyfî uygulamaların yaygınlaşmasına ve bu kişilerin kamu otoritelerine karşı güvencesiz bir konuma düşmesine yol açabilir¹⁴.

Bu yönü ile bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen kanunilik şartının AYM içtihadında katı biçimde uygulanması kişiler açısından önemli bir güvence niteliğindedir. Bu noktada önemli olan AYM’nin belirlediği ve aşağıda ortaya konulacak olan içtihadi standardını norm denetimi ve bireysel başvuru incelemelerinde istikralı biçimde devam ettirmesidir.

Bu bağlamda kısaca suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerde de kanunilik ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunilik yaklaşımı gibi oldukça katı biçimde uygulanması gerektiğini, buna yönelik Anayasa’da özel bir hüküm olarak “suç ve cezalara ilişkin esaslar”ın düzenlendiği 38. maddeye yer verildiğini ve AYM’nin bu alana yönelik kanunilik yaklaşımının da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusuyla oldukça benzerlik gösterdiğini belirtmek gerekir. Zira suç ve cezalar da kişinin pek çok hak ve özgürlü-

13 Bkz. *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (4) [GK]*, B. No: 2017/36186, 28/12/2022, § 102.

14 *Yunus Bulut*, B. No: 2020/38826, 20/7/2023, § 59.

ğüne sınırlama getirmektedirler ve bu yönü ile suç ve cezaların kanuniliği de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanuniliğin özel bir görünümü niteliğindedir. Ancak bu konu oldukça geniş bir kapsama sahip ve bazı yönleri ile daha teknik boyutları da bünyesinde barındırmakta olduğu içindir ki bu çalışmada asıl konuyu daha derli toplu biçimde ele alabilmek adına mümkün olduğunca bu alana taşmamaya özen gösterilecektir.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDAKİ KANUNİLİK İÇTİHADININ GELİŞİMİ

Temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlandırılması gerektiği biçimindeki hüküm 1961 Anayasası’nın 11. maddesinde, 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin hem ilk şeklinde hem de 2001 yılında maddede esaslı değişiklikler yapıldıktan sonra aynı vurgulu biçimiyle yer almaktadır.

Nitekim Mahkeme kuruluşundan bu yana norm denetiminde önüne gelen kanunların Anayasa’ya uygunluk denetiminde dava konusu düzenlemelerin açık ve belirli olup olmadığı noktasında değerlendirmelerde bulunmaktaydı. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki o zamanlardaki kanunilik içtihadı ile günümüzdeki kanunilik içtihadı arasında önemli farklılıklar göze çarpmaktadır.

Gerek 1961 Anayasası döneminde ve gerekse bireysel başvurunun kabulüne kadar olan süre boyunca 1982 Anayasası döneminde kanunilikle ilgili AYM içtihadında kanunda bulunması gereken özellikler olarak açıklık ve kesinlik ile kanun hükmünün öngörülebilirliği sağlaması zorunluluğuna işaret eden kararlara rastlamak mümkündür¹⁵. Bununla birlikte

15 Örneğin, AYM bir kararında uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe varabilen ibarelerin dava konusu kurallarda kullanılmasını hakka yönelik sınırlama boyutuyla Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Bkz. AYM, E.1973/41, K.1974/13, 25/4/1974. Bir diğer kararda ise temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlama nedenlerinin kişilerin kendi görüş ve anlayışlarına

Mahkemenin kanunilik yaklaşımının henüz temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında önemli bir anayasal güvence olarak kabul edilip uygulanabildiği bir içtihadi standardı ortaya koyabilecek düzeyde olduğunu söyleyebilmek kolay değildir.

Bununla birlikte AYM özellikle 2010 yılı sonrasında bireysel başvuru incelemelerine de bakmaya başlayınca kaçınılmaz biçimde Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında temel hakların sınırlandırılması ile ilgili kanunilik içtihadını daha belirgin hâle getirmek durumunda kalmıştır. Zira artık başvuru sınırlamanın şekli anlamda bir kanuna dayanmasından hak ihlaline sebebiyet veren kanunun kalitesi ile ilgili sorunlara kadar oldukça farklı hususları bireysel başvurularda dile getirmektedir. Yoğun biçimde yapılan bireysel başvuru incelemeleri ile birlikte AYM'nin kanunilik içtihadı da önemli bir gelişim göstermiştir.

Kanunilikle ilgili içtihadın şekillenmesinde önemli bir yeri olan Tuğba Arslan kararında AYM, başvuru hakkına sınırlama getiren şekli anlamda bir kanunun bulunmamasını ihlal sebebi olarak görmüştür. Bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesi-

göre öznel yorumlara imkan vermeyecek biçimde somut, açık ve kesin olarak belirtilmesi gereğine vurgu yapılmaktadır. Bkz. AYM, E.1976/27, K.1976/51, 22/11/1976. 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda ise kişi özgürlüğünü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçütlerle polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlayan, genel ahlâk ve edep kuralları gibi yaptırımını daha çok toplum vicdanında bulması ve kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi söz konusu olmadıkça polisin müdahale etmemesi gereken bir alana, "kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme" gibi içeriği açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak polisin müdahalesini sağlayan Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nun 5. maddesindeki (F) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 19. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. AYM, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986. Bununla birlikte doktrinde Mahkemenin bahsedilen dönem boyunca kanunilikteki açıklık ve kesinlik içtihadını çok tutarlı biçimde sürdüremediği yönünde eleştiriler yapılmaktadır. Bkz. Uygun, O. (1992). s. 96-99.

nin avukat olan başvurucunun din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmettiği kararda AYM, Türk hukukundaki “kanunla” sınırlama ile AİHS sistemindeki sınırlamanın “hukukla öngörülmüş olması” arasındaki farka ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunilik güvencesi ile ilgili önemli ilkesel değerlendirmelere geniş yer vermiştir¹⁶. Benzer şekilde diğer birçok bireysel başvuruda müdahaleye dayanak olan şekli anlamda kanunun varlığı ya da hak veya özgürlüğü sınırlandıran kanun hükmünün bünyesinde bazı özellikleri taşıması gibi değişik boyutlara ilişkin değerlendirmeleri ortaya koyarak kanunilik içtihadını daha da geliştirmeye çalışmıştır.

Yaşanan bu gelişim süreci içerisinde AYM norm denetiminde de bireysel başvuru inceleme sürecinde oluşan içtihattan faydalanmaya başlamıştır. Hatta norm denetimi ve bireysel başvuru incelemeleri karşılıklı biçimde birbirlerini etkileyerek zamanla daha güvenceli bir içtihat ortaya çıkmıştır.

Bu etkileşimle birlikte Anayasa’nın 13. maddesi daha fazla ön plana çıkarılmıştır. Bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı durumlarda gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuru incelemelerinde 13. maddedeki testler olarak sınırlamayı yapan şekli anlamda bir kanunun varlığı ve “kanun kalitesi” olarak da ifade edilebilecek olan

16 *Tuğba Arslan* [GK], §§ 80-101. Esasında bu karardan kısa bir süre önce verilen bir kararda da hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken hususun müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığının tespiti olduğuna ve müdahaleyi sağlayan kanun hükmünün yeterince açık ve belirgin nitelikte olması gerektiğine, eğer kanunilik unsuruna sahip olmayan bir müdahale söz konusu ise Anayasa’nın 13. maddesindeki diğer güvenceler yönünden inceleme yapılmasına geçilmesine gerek olmadığına işaret edilmektedir. Bkz. *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, §§ 55-56. Bununla birlikte kanunilik konusundaki daha detaylı ilk değerlendirme *Tuğba Arslan* kararında yapılmıştır. Yine bu karardan kısa bir süre sonra bireysel başvuruda da sınırlamayı yapan kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik özelliklerine vurgu yapan kararlara rastlamak mümkün hale gelmiştir. Örnek olarak bkz. *Necmiye Çiftçi ve diğerleri* [1.B.], B. No: 2013/1301, 30/12/2014, §§ 55-57.

sınırlandırmayı gerçekleştiren kanunda bulunması gereken ve aşağıda detaylıca ifade edilecek olan özelliklere dayalı bir anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Kanunilikle ilgili olarak geliştirdiği bu yeni içtihadı gün geçtikçe hem norm denetimi hem de bireysel başvuru incelemelerinde daha yoğun biçimde uygulamaya gayret etmiştir.

Kanunilik güvencesi ile ilgili geliştirdiği bu içtihadı norm denetimi sürecinde AYM *“temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin veremeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.”*¹⁷ şeklinde ifade etmeye başlamıştır¹⁸.

Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanun ile ilgili yaptığı denetimde AYM, geldiği aşama itibarıyla önceden Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinden türetilen belirlilikten hareketle oluşturduğu içtihadından faydalanarak kanunilik ilkesini belli özellikleri bünyesinde taşıyan önemli bir güvence olarak Anayasa’nın 13. maddesi bağlamında bir ölçü norm biçiminde kullanmaya başlamıştır¹⁹.

17 Bkz. AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 28; E.2018/90, K.2019/85, 14/11/2019, § 41.

18 Bu içtihadın bireysel başvuru incelemelerindeki öncülerden birisi olan Halime Sare Aysal kararında bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: *“Bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için de müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zaruridir. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.”* Bkz. Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 62.

19 AYM, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunda bulunması gereken özellikler olarak ifade edilen hususların Anayasa’nın 2. maddesi ile de bağlantılı olduğunu bir kararında şu şekilde açıklamaktadır: *“Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler*

AYM artık temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunun belirli olmasını, ulaşılabilir (erişilebilir) olmasını ve öngörülebilir olmasını aramakta olup bu üç şartın sınırlamayı yapan kanunda keyfiliğe izin vermeyecek düzeyde olmasına özellikle vurgu yapmaktadır.

Öyle ki AYM bu içtihadında geldiği yeni aşama itibarıyla kanunilik ilkesi bağlamında denetim yaparken artık kanunda ayrıca kamusal yetki kullananların keyfî uygulamalarına karşı güvencelere yer verilmesi hususunu da gerekli gördüğü durumlarda araştırmaktadır. Esasında bunun kanunilik içtihadının gelişim sürecinde önemli bir aşama olduğunu belirtmek gerekir. Bu standarda ulaşırken Mahkemenin kanunilikte belirliliği ortaya koyduğu Anayasa'nın 2. maddesi bağlamındaki içtihadında kanunun *"ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir."*²⁰ biçimindeki yaklaşımının katkısı olduğu göze çarpmaktadır.

Nitekim bu minvalde güvenlik soruşturması ile ilgili iptal kararında kanunilik içtihadı ile ilgili önemli tespitlerde bulunduğuna vurgu yapılmalıdır. AYM'ye göre kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca sınırlamayı yapan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlandırının belli olması gerekmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin dava konusu kuralla sadece güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının devlet memurluğuna alımlarda

hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır". Bkz. AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 29.

20 Bkz. AYM, E.2012/116, K.2013/32, 28/2/2013; E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153.

aranacak şartlar arasında sayılmasının Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleriyle bağdaşmadığına karar vermiştir. Bu itibarla da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda devlet memurluğuna atanmada esas alınacak kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına ve işlenmesine yönelik güvencelerin ve temel ilkelerin kanunla belirlenmemiş olması bu kararda kanunilik ilkesi bağlamında önemli bir anayasal sorun olarak görülmüştür²¹.

Yine kanunilikle ilgili örnek gösterilebilecek norm dene-timindeki bir kararında AYM, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "*Maddi ve manevi tazminat*" başlıklı 90. maddesi-nin birinci fıkrasında zorunlu mali sorumluluk sigortası kap-samındaki tazminatların bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara göre belirlenmesini öngören hükmü ve bu kapsamda gördüğü başka bazı ibareleri Anayasa'nın 5., 13., 17., 35. ve 48. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kararda Mahkeme; dava ko-nusu kuralların sigorta şirketinin borcunun kapsamının ne şekilde belirleneceğini düzenlemekte olduğuna, bu kurallara göre sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan borcunun kapsamının 2918 sayılı Ka-nun çerçevesinde hazırlanan genel şartlara göre belirlenece-ğine, dolayısıyla itiraz konusu kurallarda sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan sorumluluğunun kapsamının düzenlenmemiş olduğuna ve bu kapsamın dava konusu kuralla idarenin düzenleyici nite-likte işlemi olan genel şartlar ile belirlenmesinin öngörülmüş olması nedeniyle sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğacak borcunun idare tarafından her zaman değiştirilebilir nitelikteki kurallar olan genel şart-lara göre belirleneceğine işaret etmiştir²².

Buradan hareketle AYM, dava konusu kuralların Anaya-

21 Bkz. AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, §§ 165, 171-172.

22 Bkz. AYM, E.2019/40, K.2020/40, 17/7/2020.

sa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünü sınırlamakta olduğuna işaret ederek sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğacak borcun kapsamının tespiti hususunda temel çerçeve ve ilkelere kanunda belirlenmemesi ve idareye geniş bir takdir yetkisi tanınması nedeniyle sözleşmenin içeriğine yönelik sınırlama getiren kuralların kanunilik ölçütü yönünden Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılık taşıdığı kanaatine ulaşmıştır²³.

Benzer biçimde, tutuklu olarak bulunduğu cezaevinde kendisine gönderilen ve kendisinin göndermek istediği mektupların tamamının taranmak suretiyle Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne (UYAP) süresiz olarak kaydının yapılması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili bir bireysel başvuruda AYM, kanundaki mahpusların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını içeren temel esasları ve ilkeleri belirlememesi biçimindeki güvence eksikliklerine vurgu yaparak ihlal sonucuna ulaşmıştır²⁴.

AYM'nin kanunilik bağlamında yaptığı değerlendirmeye göre mahpusların yazışmalarının tutulma süresi, bu yazışmalara üçüncü kişilerin erişimi ile içeriğindeki verilerin kullanılması, imhası ve verilerin gizliliğinin sağlanması hususlarına ilişkin muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralları içermesi gerekmektedir. Kanun hükmünün mahkûmiyete konu suçun özelliği ya da tutuklu ile hükümlünün ceza hukuku bağlamındaki statülerine göre farklılık öngörülmeden, sakıncalı olup olmadığına bakılmaksızın tüm yazışmaların UYAP'a sistematik bir şekilde kaydedilmesinin

23 AYM, E.2019/40, K.2020/40, 17/7/2020, §§ 27-43. Mahkeme bu kararda aynı zamanda Anayasa'nın 5. maddesinin devlete yüklediği yükümlülüğü de dikkate alarak kuralları Anayasa'nın 17. maddesinde temel haklar olarak güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanında Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi yönüyle de inceleyerek bu boyutlarıyla da kurallarda Anayasa'ya aykırılık sonucuna ulaşmıştır.

24 Ümit Karaduman, B. No: 2020/20874, 2/2/2022, §§ 64-72.

başvurucunun Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan mahremiyetin ve kişisel verilerin korunmasını isteme bağlamında özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlaline sebebiyet verdiği sonucuna ulaşmıştır. Zira AYM'ye göre mahpusun mahrem bilgileri ile kişisel verilerinin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını, uygulanmasını, idarenin takdir yetkisinin sınırlarını düzenleyen, bununla birlikte muhataplarının yetki aşımı ile keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak niteliğe ve açıklığa sahip kuralların mevcut olmaması nedeniyle somut olayda özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağı mevcut değildir²⁵.

Kanunilik ilkesi ile ilgili AYM kararlarındaki içtihadi gelişim sürecinin yukarıda kısaca ifade edildiği şekilde gerçekleşmiş olması atılan bazı adımlarla paralellik arz etmektedir. Zira 2010 öncesi dönemde AYM'nin en önemli görevi kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi olduğuna ve Mahkemenin önüne gelen norm da “şekli anlamda bir kanun” niteliği taşıdığına göre bu süreçte incelenecek en önemli husus daha ziyade bu kanun hükmünün belirli olup olmadığı hususunda yoğunlaşmaktaydı. Bireysel başvuru ile birlikte artık AYM, sınırlamaya sebebiyet veren şekli anlamda bir kanunun varlığı ve bu kanunla ilgili değişik biçimlerde ortaya çıkabilecek muhtemel aykırılıkları da göz önünde bulundurarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunda bulunması gereken özellikleri daha sistematik biçimde ele almaya başlamıştır.

C. ANAYASA MAHKEMESİNİN İÇTİHADINA GÖRE “KANUNLA SINIRLAMA” İLE İGİLİ ŞARTLAR

Yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere kanunilik içtihadının gelişmesiyle birlikte gerçekleştirilen denetimde artık sadece temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran şekli anlamda bir kanunun varlığı yeterli görülmemektedir. Bireysel başvuru

25 Ümit Karaduman, §§ 71-72.

ru incelemelerinde ve norm denetiminde bu bağlamda AYM artık sınırlamayı gerçekleştiren kanunun keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir olup olmadığına ve kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı güvence içerip içermediğine bakmaktadır. Bahse konu içtihadın gelişiminde, arada bazı esaslı farklılıklar olsa da, AYM'nin aynı zamanda AİHM içtihadından da esinlendiğini özellikle belirtmek gerekir. Bu durum bireysel başvurunun kabulü sonrasında daha belirgin bir hâl almıştır²⁶.

Gelinen bu yeni aşamada artık AYM sınırlamayı gerçekleştiren şekli anlamdaki kanunla ilgili denetimde “kanunun kalitesi” bağlamında bir inceleme yaparak sonuca ulaşmaktadır²⁷. Nitekim bu durumu AYM bir kararında şu şekilde ifade etmektedir: *“Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle*

26 Benzer görüş olarak bkz. Şirin, T. (2019). s. 376.

27 AİHM de kanunilik denetiminde ilk olarak sınırlamayı gerçekleştiren kanunu (fakat bu noktada şekli anlamda kanundan daha farklı bir kabule dayandığını yukarıda belirtmiştik) tespit etmekte, ardından kanunun kalitesi altında ikinci aşamaya geçerek kanunilik denetimini gerçekleştirmektedir. AİHM'deki durum için bkz. Demir, H. S. (2023). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hak İhlali Başvurularının Denetiminde Kullandığı ‘Yasal Dayanak’ ve ‘Yasa Kalitesi’ Ölçütü Üzerine Bir Değerlendirme”, *Yasama Dergisi*, S. 47., s. 150-152. Belli ölçüde AYM'nin kanunilikte kullandığı ölçütlerle ilgili olarak AİHM içtihadından da etkilenilmesinin etkisiyle doktrinde AYM'nin temel hakların sınırlandırılmasındaki kanunilik incelemesinde kanun kalitesi başlığı altındaki incelemelerin “maddi anlamda kanun” kriteri şeklinde bir başlıkta zikredildiği görülmekle birlikte (bkz. Keskinsoy, Ö., Kaya, S. B. ve Demir, H. S. (2024). “Anayasa Mahkemesi İçtihadında ‘Kanunilik’ Kriterinin Uygulanması Üzerine Bir İnceleme”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 57., S. 4., s. 18-25), bu kullanımın Türk hukukunda temel hakların sınırlandırılmasında şekli anlamda kanunun benimsenmiş olması dolayısıyla yanlış anlamalara da sebebiyet verebileceğini ve bu nedenle bu ibarenin kullanımında kastedilenin ne olduğunun açıkça belirtilmesinin yararlı olacağını ifade etmek gerekir. Bu bağlamda kavramla aslında kanun kalitesine ilişkin “maddi özellikler”in (bkz. Eren, A. (2023). s. 574) yani kanunun biçimsel anlamının ötesinde niteliksel unsurlarının (bkz. Oder, B. E. (2016). “Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 154-10., s. 13) kastedildiğini ifade etmek gerekir.

kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir”²⁸.

AYM, gerek norm denetimi ve gerekse bireysel başvuru ile ilgili bazı kararlarında “kanunun kalitesi”nden hareketle kanunilik denetimi yapmakta olduğunu bu kavramı da açıkça zikrederek belirtmektedir²⁹. Bununla birlikte AYM, bu kavramı açıkça zikretmemekle birlikte kanunilik güvencesi noktasında aranması gereken şartları ön plana çıkararak bazı kararlarında bu yeni yaklaşımla denetim yapmaya özen göstermektedir.

İşte bu aşamadan sonra bu başlık altında Mahkemenin kanunun kalitesi bağlamında aradığı şartlarla ilgili içtihadı ortaya konulup değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1. Belirlilik

Belirlilik, esasında Anayasa’nın 2. maddesi bağlamındaki kanunilikte de karşımıza çıkan önemli bir ilkedir. Bununla birlikte konumuz bağlamındaki belirlilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak Anayasa’nın 13. maddesindeki kanunilikte karşımıza çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlükler bağlamındaki belirlilik ile Anayasa’nın 2. maddesinden kaynaklanan ve diğer alanlarda karşımıza çıkan belirlilikteki standart birbirinden farklıdır.

Anayasa’nın 2. maddesinden kaynaklanan belirlilik, daha ziyade “hukuki belirlilik” olarak da ifade edilmektedir. Bu bağlamda AYM’ye göre hukuki belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemekte-

28 Bkz. Necmiye Çiftçi ve diğerleri, § 55.

29 “Kanun kalitesi” kavramına bizzat yer verilen örnek bazı kararlar için bkz. AYM, E.2018/99, K.2021/14, 3/3/2021, § 17; E.2021/84, K.2022/117, 13/10/2022, § 64; E.2023/95, K.2024/34, 1/2/2024, § 27; Türkiye Emekliler Derneği [1. B.], B. No: 2012/1035, 17/7/2014, § 44; Ali Hıdır Akyol ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 58; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021, § 92; Turckcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (4), § 88.

dir. Başka bir ifadeyle AYM'ye göre hukuki belirlilik mutlaka her boyutu ile kanuni düzenlemelerle sağlanmak durumunda değildir. Kanuni düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde aslolan husus bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır³⁰. AYM hukuki belirlilik ilkesini yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından da geçerli görmektedir³¹.

Bununla birlikte temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunun belirliliği noktasında AYM daha titiz bir inceleme yapmaktadır. Bu süreçte Mahkeme belirlilikle ilgili olarak kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereğini ve yine bu ilkenin bir gereği olarak bireyin kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilebilmesinin sağlanmasını aramaktadır³². Bu nedenle bazı kararlarda belirlilik ilkesi yerine kesinlik ifadesi de kullanılabilir³³.

Yukarıdakine benzer şekilde AYM, bireysel başvuru incelemeleri bağlamında bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasına sebebiyet veren kanundaki belirliliğin bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade ettiğini, temel

30 Bkz. AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/7/2019, § 80. Benzer yönde bkz. AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 155; E.2018/123, K.2022/138, 9/11/2022, § 63.

31 AYM, E.2018/134, K.2021/13, 3/3/2021, § 38.

32 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153.

33 Örnek olarak bkz. *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, § 110; *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022, § 77.

hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olmasını sağlaması gerektiğini ve ancak bunun sağlanması durumunda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmelerinin mümkün olacağını belirtmektedir³⁴.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki belirliliğin mutlaka kanunun açık hükmü ile sağlanması ve bunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, idari düzenleyici işlem veya yargısal içtihatlarla mümkün olmaması, AYM'nin yerleşik içtihadında da kabul ettiği sınırlamanın ancak şekli anlamda kanuna dayalı biçimde gerçekleştirilebilmesi ile de sıkı sıkıya ilişkilidir.

Bu bağlamda kanun koyucu sınırlamayı gerçekleştiren kanun hükmünü keyfî kullanımlara müsaade etmeyecek açıklıkta düzenlemek ve belirliliği mutlaka kanun ile sağlamak durumundadır. Zira kanunun belirsiz olması, temel hak ve özgürlükler açısından keyfiliğe izin verecek biçimde uygulanma sorunu ortaya çıkarabilecektir. Bu durum ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olduğunda konunun farklı boyutlarının keyfî uygulama niteliğindeki sakıncaları giderecek açıklıkta kanunda düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

AYM, temel hakların sınırlandırılması söz konusu olduğunda hak süjelerinin hukuksal durumlarının takdirinde ortaya çıkacak belirsizliğin de bu alanda getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olabileceğine işaret etmektedir. Mahkemeye göre ilgili kanuni düzenlemenin hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya koyması

34 Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 90; Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-57.

durumunda ancak bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri mümkün hâle gelecektir³⁵.

Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi nedeniyle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken sorunlu olarak görülemez. Ancak ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir³⁶.

AYM, belirlilik ilkesi bağlamında mahkemelerce yapılan yorum ve uygulamanın da bir kuralın belirliliğini doğrudan etkilemekte olduğuna işaret ederek şekli anlamda kanunun varlığı kadar kanunun hem metninin hem de uygulamasının bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde hukuki belirlilik taşıması gerektiğini ifade etmektedir³⁷.

Belirliliğin mutlaka kanunla sağlanması gerektiğini kabul ederken AYM, aynı zamanda belirlemeyi sağlayan her yargısal içtihat veya idari düzenleyici işlemle hak ve özgürlüğe yönelik yeni sınırlama getirilebilme ihtimaline de dikkatleri çekmektedir. Zira Anayasa'ya göre temel hak ve özgürlükle-

35 *Hayriye Özdemir*, § 57. Benzer yönde, bedelin tespiti konusunda idareye geniş takdir yetkisi bırakan ve mülkiyet hakkına sınırlama getiren bir düzenlemenin kanunilik bağlamında sorunlu olduğunu ifade eden bir karar için bkz. AYM, E.2024/211, K.2025/123, 3/6/2025.

36 *Hayriye Özdemir*, § 58; *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 112.

37 Bkz. *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 55; *Zeycan Aydın Çakan*, B. No: 2019/2395, 21/5/2024, § 26; *Erdal Karabulut*, B. No: 2019/12374, 6/6/2024, § 17. Bu nedenle bireysel başvuruya konu bir olayda Mahkeme, başvuruçunun gerçekleştirilen bir etkinliğe yaptığı ziyaret sonrasında il dışına naklen atama işlemine tabi tutulduğu bir olayda kişinin hak ve yükümlülüklerini öngörerek hangi eylemlerine hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve kamusal makamların müdahale yetkisinin kapsamını anlayabilecek durumda olmamasını hakka yönelik müdahalede kanunilik şartını sağlamaması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal sebebi olarak değerlendirmiştir. (Bkz. *Zeycan Aydın Çakan*, § 28).

rin ancak kanunla sınırlandırılabilceğı hükmü, esasında kanundan başka bir kuralla bu sınırlamanın yapılmasının mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Nitekim Mahkeme bu durumu bir kararında “*Bu sayede yürütme ve yargı organlarının, yasamanın belirlediğı ilke ve çizdiği sınırlara bağılı kalması ve hukuk düzeninde Anayasa’nın öngördüğü usule uygun olarak çıkarılan kanunların alt kademelerinde yer alan düzenlemelerle temel hak ve özgürlüklerin kolaylıkla sınırlandırılabilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.*”³⁸ şeklinde ifade etmektedir.

Burada belirliliğın yargısal içtihatla veya idarenin düzenleyici işlemleriyle sağlanamamasının önemli bir sebebinin de idarenin veya yargının öngörülemez biçimde ve farklı zamanlarda rahatlıkla konjonktürel saiklerle kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale etme imkânını elde edilebilmesini önleme amacı olduğunu vurgulamak gerekir.

Bu bağlamda AYM başörtüsü yasağı ile ilgili bir bireysel başvuruda yaptığı değerlendirmede gerek AİHM’in *Leyla Şahin* kararı ve gerekse de AİHM’in dayandığı ve Türkiye’de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı hâline gelen AYM’nin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlarının Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğine ilişkin hükmünde yer alan “*kanunilik şartı*”nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir³⁹.

Bunun gibi boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğı iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda AYM, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiğı dikkate alındığında başvu-

38 Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023, § 49.

39 Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], § 98. Benzer yönde bkz. *Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, §§ 111-114.

ruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün başvuruçunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında belirlilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşarak başvuruçunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴⁰.

Pilot karar usulü işletilerek verilen bir diğer kararda ise bazı ulusal gazetelerde yayımlanan haberler ve köşe yazıları nedeniyle çeşitli sürelerde resmî ilan ve reklamların kesilmesine karar verilmesinin başvuruçuların ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda AYM, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 49. maddesi ve bu maddenin yollamasıyla Basın İlan Kurumu Genel Kurul kararlarına bakıldığında resmî ilan ve reklam kesme cezasına dayanak düzenlemelerin muğlak, soyut olan, kesinlik içermeyen ifadeler ihtiva ettiğini, öngörülen ceza miktarları arasında kimi zaman makasın çok geniş tutulduğunu ve bu sürelerin neye göre belirlendiğine dair hiçbir açıklamada bulunulmadığını, bu şekilde kamusal makamlara kapsamlı bir takdir yetkisi tanındığını belirtmiştir. Bu tür bir takdir yetkisinin ifade ve basın özgürlüklerine yönelik geniş bir müdahale alanı oluşturduğu ve Basın İlan Kurumu tarafından alınan Genel Kurul kararları ve bununla birlikte Yönetim Kurulu kararları için çerçeve hükümler düzenlenmediği gerekçesiyle sınırları belirsiz bir düzenlemeye kanun yoluyla imkân tanındığı ifade edilmiştir⁴¹.

Yine konumuz bağlamında, silahlı örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemeyi cezalandıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasının iptaline hükmettiği kararda AYM, yargı makamlarının da “*örgüt adına işlenen suç*” kavramını her somut olayın özellikleri-

40 Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015.

41 Bkz. Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], §§ 79-87.

ne göre farklı yorumladıkları ve belirliliğin yargısal yorumla da sağlanamadığı hususuna işaret etmiştir⁴². Bu bağlamda kanunilik yönü ile yaptığı değerlendirmede Mahkeme, dava konusu kuralın, örgüt üyeliğine dair herhangi bir somut delil bulunmadan ve işlenen suçun niteliği ve ağırlığı itibarıyla örgütün amacına ne surette katkıda bulunduğu da dikkate alınmadan kişilerin örgüte üye olmak gibi son derece ağır bir suçtan cezalandırılmalarına neden olacak şekilde geniş yorumlanmaya müsait olduğuna işaret ederek, kuralın kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarını önleyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu yönüyle kanunilik şartını taşımadığı sonucuna ulaşmıştır⁴³.

Çevre yönetimi hizmetinin sadece Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yetkilendirilen ve Kanun'da "çevre danışmanlık firması" olarak tanımlanan tüzel kişiler tarafından verilebileceğini öngören kurala ilişkin yaptığı denetimde de AYM, kuralın Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan teşebbüs özgürlüğüne sınırlama getirdiğini belirttikten sonra kanunilik ilkesi bağlamında benzer yaklaşımla hareket etmiştir. Bu karardaki değerlendirmede Bakanlık tarafından bahse konu yetkilendirmenin hangi ölçütlere göre yapılacağı konusunda herhangi bir kanuni düzenlemeye yer verilmediği, özel teşebbüse açık bir alanda faaliyette bulunmaya getirilen sınırlamaların neler olduğunun ve hangi şartları taşıyan teşebbüslerin bu alanda faaliyette bulunacağının kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğuna değinilerek konuya ilişkin temel ilke ve esaslar ile kanuni çerçeveye belirlenmeksizin yürütme organına sınırları ve kapsamı belirsiz bir yetkinin tanınmasının belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı ve dolayısıyla kuralla teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlamanın kanunilik unsurundan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁴.

42 AYM, E.2023/132, K.2023/183, 26/10/2023, § 28.

43 AYM, E.2023/132, K.2023/183, 26/10/2023, § 34.

44 AYM, E.2022/101, K.2024/124, 27/6/2024, §§ 14-15.

2. Öngörülebilirlik

Belirlilik ilkesinin sağlanması noktasında temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunda bulunması gereken özellikler aslında öngörülebilirlik ilkesinin tesisine de imkân sağlamaktadır. Zira bir kanunun açık, net, hiçbir kuşkuya yer bırakmayan nitelikleri o kanun hükmünün öngörülebilir bir şekilde uygulanabilmesini de sağlayacaktır. Bu yönü ile esasında belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri birbirini tamamlamaktadırlar.

Nitekim bu konu ile ilgili olarak AYM de belirliliği ve öngörülebilirliği sağlama noktasında, norm denetiminde, denetlediği kuralların kapsam, hüküm ve sonuçları itibarıyla herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net ve öngörülebilir nitelikte olduklarına vurgu yaparak kurallarda hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yön bulunmadığı biçimindeki bir inceleme yöntemi ile sonuca ulaşmaktadır⁴⁵.

Benzer biçimde bireysel başvuru incelemelerinde temel hak özgürlüklere müdahalenin kanuna dayalı olması için şekli anlamda bir kanunun varlığı yanında o kanun metninin bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebilmesine imkân verecek şekilde belirlilik taşıması zorunluluğunu ifade ederken müdahaleye imkân veren kanunun yeterince belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir⁴⁶.

Dolayısıyla AYM'nin inceleme yöntemine göre sınırlamayı yapan kuralın belirli olduğunun söylenebilmesi için bu kuralın uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların da öngörülebilir olması gerekmektedir⁴⁷. Bu yaklaşım da esasında belirliliğin ve öngörülebilirliğin birbiriyle sıkı bir ilişki içerisinde olduklarını ve kanunilik denetimi sürecinde birbirini ta-

45 Örnek olarak bkz. AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, § 740.

46 Örnek olarak bkz. Arif Ali Cangı [GK], B. No: 2016/4060, 17/9/2020, § 75; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], § 87.

47 AYM, E.2023/132, K.2023/183, 26/10/2023, § 27.

mamladıklarını göstermektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayamayan bir kanun kamusal yetki kullanan makamların keyfî uygulamalarının ortaya çıkmasını önleme potansiyelinden yoksun kalmaktadır.

Bu konu ile ilgili örnek gösterilebilecek bir kararında AYM, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun askerî mahallere giriş ve çıkışın usulünü düzenleyen 56/B maddesine eklenen kişinin aracının teknik cihazlarla kontrolünün yeterli görülmemesi hâlinde gerektiğinde el ile kontrolünü öngören kuralı öngörülemez niteliğini de vurgulayarak iptal etmiştir. Mahkemeye göre elle kontrolün aramaya dönüşmemesi gerektiği dikkate alındığında bu konuda yapılacak düzenlemelerin hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde elle kontrol (yoklama, sıvazlama, elle tarama) ve arama arasındaki sınırı ortaya koyacak nitelikte olması gerekmektedir. Bununla birlikte kuralın elle kontrol adı altında Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen güvencelerden yoksun olarak arama kapsamındaki uygulamalara sebebiyet verecek ölçüde belirsizlik içerdiğini belirten AYM, idarece elle kontrolün amacı dışında keyfî bir şekilde uygulanmasını engelleyecek yeterli güvencelerin sağlanmamakta olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sınırlama getiren kuralın öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır⁴⁸.

Norm denetimindeki bir diğer kararında AYM, yargılama giderlerinden sorumluluk ile ilgili olarak "*Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır.*" [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin (2) numaralı fıkrası] şeklindeki hükmün mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirdiği tespitinde bulunduktan sonra yapmış olduğu

48 AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, §§ 84, 86.

kanunilik değerlendirmesinde, mahkeme tarafından manevi tazminat talebinin hangi oranda haklı kabul edileceğinin öngörülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kuralın “*manevi tazminat davaları*” yönünden öngörülebilirlik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır. AYM’ye göre davacıya ödenecek manevi tazminatın tutarının belirlenmesi hâkimin takdir yetkisi kapsamında kalmakta olduğundan manevi tazminat davasını açacak kişiden davanın sonunda tazminat olarak hükmedilecek tutarı öngörebilmesi beklenemeyecektir. Dolayısıyla miktar belirtmek suretiyle manevi tazminat davasını açacak kişinin hâkimin hükmedeceği tazminat tutarını öngörebilmesinin mümkün olmadığı ve tazminat miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği davalara ilişkin yargılama giderleri bakımından herhangi bir özel düzenlemenin de bulunmadığı dikkate alındığında kuralla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın “*manevi tazminat davaları*” yönünden kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁹.

Benzer biçimde bir bireysel başvuru kararında, tükettiği elektrik ve kok gazının yine kendisi tarafından üretilmiş olması nedeniyle elektrik ve hava gazı vergisine tabi tutulmaması gerektiği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda AYM, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 34. ila 39. maddelerinde düzenlenen hükümlere dayanarak başvurucudan kendisinin ürettiği elektrik ve hava gazı tüketim vergisinin esaslı unsurlarının kanunla belirli ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa’nın 13., 35. ve 73. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁰.

Bununla birlikte burada sınırlamayı yapan genel ve soyut niteliği ön planda olan kanun metninin karmaşıklığı ile öngö-

49 AYM, E.2024/29, K.2024/226, 25/12/2024, §§ 37-47. Öngörülebilirlik yönünden verilen bir diğer iptal kararı için bkz. AYM, E.2024/116, K.2025/151, 10/7/2025, §§ 37-38.

50 İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK], B. No: 2015/941, 25/10/2018, §§ 68-83.

rülebilirlik arasındaki ilişkiye dair AYM'nin değerlendirmesi de konumuz bağlamında önemlidir. Mahkemeye göre her ihtimale çözüm getiremeyecek olan kanuni mevzuatın sağladığı koruma seviyesi, büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın öngörülebilirliği sağlayacak şekilde asgari bir kesinlik içermesi zorunludur⁵¹.

Görüldüğü üzere kanunilik denetimi bağlamındaki öngörülebilirlik ilkesi, temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran kanun hükmünün uygulamada doğurabileceği muhtemel sonuçların önceden kestirilebilir açıklıkta olmasını gerekli kılan önemli bir güvence konumundadır.

3. Erişilebilirlik

Bu ilke temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran şekli anlamdaki kanuna hiçbir engel olmaksızın ulaşabilmeyi garanti altına almayı amaçlar. Zira kişiler hak ve özgürlüklerini sınırlandıran kanun hükmünü öncelikle bilmek durumundadırlar.

Kanun hükmünün erişilebilirliği, onun alenileşmesini ve yürürlüğe girmesini sağlayan Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla tesis edilir. Tüm kanunların yürürlüğe girmesi için Resmî Gazete'de yayımlanması zorunluluğu karşısında, temel hakların sınırlandırılmasındaki kanunilik güvencesinde zikredilen erişilebilirlik ilkesinin pratikte ne anlam ifade etti-

51 Yunus Bulut, § 49; Tamer Mahmutoğlu [GK], § 107. Öngörülebilirlik ve kanunun açıklığı konusunda benzer değerlendirmeler için bkz. *Ercanlar Otomotiv Oto Kaporta Boya Döşeme Elektrik San. ve Tic. Ltd. Şti.* [1. B.], B. No: 2013/2477, 20/4/2016, § 34.

ği sorusu akıllara gelmektedir. Zira bir kanun hükmü Resmî Gazete’de yayımlanmakla alenileşmekte olup ancak o tarihten sonra herkes için erişilebilir hâle gelmektedir.

Kanaatimizce erişilebilirlik, Türkiye gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını sadece şekli anlamdaki kanunlarla mümkün kılan ülkelerde değil, AİHS (Sözleşme) sistemine mensup olup maddi anlamda kanun sayılabilen başka kamusal işlemlerle de sınırlama yapılabilmesine imkân tanıyan ülkeler için önemli bir güvence olarak kabul edilebilir. Zira bu ülkelerde sınırlama bir genelgeye, yönetmeliğe veya başka bir düzenleyici işleme dayalı olarak gerçekleşebilir. Hatta bu biçimdeki bir sınırlama içtihadî hukukun egemen olduğu common law sistemini benimseyen ülkelerde bir yargı kararı-na da dayanabilir. Bu gibi durumlarda sınırlamanın dayanağı olan kamusal işlemin ulaşılabilir olması kişiler açısından hayati öneme sahiptir⁵².

Bu itibarla ülkemizde erişilebilirlik ilkesi belki yukarıda da zikredilen Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuki belirlilik” noktasında önemli görülebilir. Zira hukuki belirlilikte belirliliğin kanunla sağlanması şart olmayıp kanuni düzenlemeye dayalı biçimde erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilmektedir. Dolayısıyla belirliliği sağlayan mahkeme içtihatları ve düzenleyici idari işlemlere erişebilme imkânı bu noktada önem arz etmektedir. Bununla birlikte hukuki belirlilik temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması dışındaki konularda arandığı için ülkemiz açısından sınırlamayı yapan kanundaki erişilebilirlikle ilgili yaptığımız tespitlerin geçerliliğini koruduğunu belirtmek gerekir.

Bundan dolayıdır ki Türk anayasa yargısında temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunun erişilebilirliği bağlamında soruna işaret eden bir norm denetimi veya bireysel başvuru

52 Benzer biçimde bkz. Şirin, T. (2019). s. 378-382.

kararı aramak gerekli değildir. Nitekim bir bireysel başvuru kararında sınırlamayı yapan kanunun erişilebilirliği ile ilgili yapılan değerlendirmenin sadece “Anayasa’nın 89. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen kanunlar Cumhurbaşkanınca Resmî Gazete’de yayımlandığından başvuruya konu kuralın erişilebilirliği yönünden de bir sorun olduğu söylenemez.”⁵³ biçiminde ifade edilmiş olması da bu alanda bir sorun çıkmayacağını özetler gibidir.

Kanaatimizce bu olgusal gerçeklik aşikâr iken AYM’nin kanunilikle ilgili içtihadında sınırlamayı gerçekleştiren kanun hükmünün erişilebilirliğine değinmeye gerek bulunmamaktadır. Hâl böyle iken AYM kararlarındaki bu biçimdeki kullanım AİHM sistemindeki kanunilikle ilgili içtihattan esinlenmiş olmaktan kaynaklanmış olabilir.

4. Kamu Otoritelerinin Kötüye Kullanımlarına Karşı Güvencelere ve Keyfî Uygulamalara Karşı Koruyucu Önlemlere Yer Verilmesi Zorunluluğu

İçtihadın geldiği aşama itibarıyla AYM, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunun denetiminde artık gerekli görmesi durumunda kamusal yetki kullananların kötü uygulamalarına karşı kanunun güvenceler içermesi zorunluluğunu kanunilik ilkesi bağlamında önemli bir şart olarak aramaktadır⁵⁴.

Burada öncelikle bir husus netleştirmek adına kanunla sınırlama noktasında şeklî anlamda kanunda bulunması gereken özellikler olarak yoğun biçimde AYM kararlarında rastlanılan benzer iki kullanımın farkını açıklamak gerekir.

Birinci olarak “kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde be-

53 Bkz. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 64.

54 Nitekim doktrinde 2019 yılında yapılan bir çalışmada AYM’nin kanunilik incelemesinde AİHM gibi “keyfiliğe karşı güvenceler” incelemesi yapılması biçimindeki öneriye rastlanmaktadır. Bkz. Şirin, T. (2019). s. 576, 810.

lirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması”⁵⁵, ikinci olarak kanunun “kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi”⁵⁶dir. Birincisinde kuralların belirli ve öngörülebilir olması noktasında uygulamada keyfiliğe izin vermeme boyutu ön plana çıkarılırken ikincisinde belirli ve öngörülebilir niteliği olmasına rağmen kuralın kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı kişiyi koruyan birtakım ek güvencelere yer verilmesi zorunluluğu ifade edilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle birinci kullanım kuralın belirliliğini ve öngörülebilirliğini tesis etmeyi, ikinci kullanım ise getirilen sınırlamanın uygulamada kamu makamlarının keyfî uygulamalarını ve kötüye kullanımlarını önleyecek güvencelere kanunda yer verilmesini amaçlamaktadır.

Bu başlık altında ele alınmakta olan ikincisidir. Kanunilik bağlamındaki bu güvencede belirlilik ve öngörülebilirlik noktasında anayasal sorun bulunmayan bir kanun hükmü ile yapılmış olsa da sınırlamayı yapan kanunun birtakım güvenceleri öngörmemesi uygulamada kişinin hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebebiyet verebilmektedir.

Dolayısıyla bu güvence bağlamında kanun koyucu sınırlamayı yapan kanun hükmü yanında kamu otoritelerinin kötüye kullanımlarına karşı güvencelere ve keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlemlere yer vermesi gerekir. Aksi durumda ilk bakışta sınırlamayı yapan kanun hükmünde bir anayasal sorun yokmuş gibi bir kanaat hasıl olabilir ancak uygulamada bu tür güvence eksiklikleri ciddi hak ihlallerine sebebiyet verebilir.

Bu başlık altında zikredilen güvencelere veya koruyucu önlemlere kanunda yer verilmesi, sınırlandırılan hak veya özgürlükle ilgili kamu otoritelerinin kötüye kullanımını ve keyfî uygulamasını önleme amacı taşımaktadır.

55 Örnek olarak bkz. AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 28; E.2023/43, K.2023/141, 26/7/2023, § 13.

56 Örnek olarak bkz. AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 29; E.2023/43, K.2023/141, 26/7/2023, § 14.

AYM, bu biçimdeki kötüye kullanımları ve keyfî uygulamaları öngörerek gerek norm denetiminde ve gerekse bireysel başvurularda kanunilik denetimini daha güvenceli biçimde gerçekleştirebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlüklerle ilgili bu biçimdeki bir denetim, daha titiz ve özgürlükçü bir yaklaşımın varlığı hâlinde ancak istenilen sonucu verebilir.

Bununla birlikte kanunilik ilkesinin gelişim sürecinde içtihatla oluşturulmuş bu ilkenin gereği olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı her durumda sınırlamayı yapan kanunda bu biçimdeki ek güvencelere yer verilmesinin zorunlu olmayabileceğini ifade etmek gerekir. Zira kanunla gerçekleştirilen bazı sınırlandırmalar konunun niteliği gereği ek güvencelere gereksinin duyulmadan uygulanabilir ve bu tür bir uygulama hak ihlallerine de sebebiyet vermeyebilir.

Öte yandan gerçekleştirilen kanunilik denetiminde sınırlandırma yapan kanun hükmünün uygulamasının hangi doğrultuda gerçekleşeceğini önceden kestirmek kolay olmayabilmektedir. Bazen de AYM, gerçekleştirdiği denetimde kötüye kullanıma ve keyfî uygulamalara karşı gerekli güvenceleri sürecin farklı aşamalarında değerlendirip o boyutlarda hukuki sorunlar ortaya koyarak sonuca ulaştığı için kanunilik başlığı altında bu boyutuyla bir soruna işaret etmeyebilmektedir.

Bu ve benzeri faktörler dolayısıyla kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı birtakım güvence eksiklikleri nedeniyle verilmiş olan iptal veya ihlal kararları AYM içtihadında her zaman çok sistematik biçimde kendisi göstermeyebilmektedir. AYM norm denetiminde veya bireysel başvuru incelemesinde kanun hükmünde bazen belirsizliğe, bazen de kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı, gerekli görmesi durumunda, güvence eksikliğine işaret etmektedir.

AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesine AİHM'den de belli ölçüde esinlenerek kattığı bu ilke, kamu otoritelerinin uygulamaları karşısında hak

ve özgürlüklerin daha güvenceli bir koruma alanına sahip olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum kanunilik ilkesini temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde gerçek bir güvence konumuna yükseltmeye önemli katkılar sağlayacaktır.

Konumuzla ilgili olarak sınırlamayı yapan kanunda kamu otoritelerinin kötüye kullanımlarına ve keyfi uygulamalarına karşı güvencelere yer verilmesi zorunluluğu ile ilgili norm denetimi veya bireysel başvuru alanında verilen birkaç karar burada zikredildiğinde içtinadın seyri konusunda da bir fikir edinme imkânı sağlanabilir.

AYM, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesine sekizinci fıkrâ olarak eklenen *"Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir."* şeklindeki fıkrayı, kuraldaki güvence eksikliği gerekçesiyle Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Karar gerekçesinde dava konusu kuralda, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunan kişilerin iade edilemeyeceği yönünde güvenceye yer verilmediğine işaret edilerek bu durumun kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı başta olmak üzere düşünce, kanaat ve din özgürlüğü ile ayrımcılık, kötü muamele ve işkence yasağı haklarını ihlal edebileceğine vurgu yapılmış ve konuya ilişkin anılan nitelikte güvenceler öngörülmeden koşulları ve sınırları belirsiz bir yetkinin düzenlenmesinin kişilerin hukuki güvenliklerini ve hak arama hürriyetlerini ihlal

ettiği sonucuna ulaşılmıştır⁵⁷.

Mahkeme, başka bir kararında devlet memurluğuna girişte aranan şartlardan biri olarak öngörülen “Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” şeklindeki kuralı iptal ederken güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda memuriyete atanmada esas alınacak kişisel verilerin alınması, kullanılması ve işlenmesine yönelik güvenceler ile temel ilkelerin kanunla belirlenmemesini iptal gerekçesi olarak göstermiştir⁵⁸.

Kamu görevine atanmadan önce kişilerin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasını öngören kural kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte AYM’ye göre, bu alanda düzenleme getiren kuralların kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama ve özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak göstermesi ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceleri sağlaması gerekir. Dolayısıyla dava konusu kuralda güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılması memurluğa alımlarda genel şartlar arasında sayılmasına karşın güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış olması Anayasa’nın 13., 20. ve 128. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir⁵⁹.

57 AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, §§ 144-149. Nitekim iptal kararı sonrasında kanun koyucu bu güvenceleri karşılayacak biçimde “ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla” ibaresini de ekleyerek kuralı yeniden düzenlemiştir.

58 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 172.

59 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, §§ 169-173. Norm denetiminde bu kapsamda kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı güvence eksikliği nedeniyle verilen başka iptal kararı örnekleri için bkz. AYM, E.2024/237, K.2025/137, 17/6/2025, §§ 29-33; E.2024/193, K.2025/136, 17/6/2025.

Arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması konulu bireysel başvurularla ilgili incelemelerde de benzer hususlara işaret edilerek ihlal sonucuna ulaşılmıştır. Fatih Saraman kararında AYM, kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idari makamlara açıklanması ve güvenlik soruşturmasına esas alınması nedeniyle yapılan bireysel başvuruda başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bu kararda da 4045 sayılı Kanun'un temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını içeren konuyla ilgili temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olduğundan söz etmenin mümkün olmadığına ve kanunilik şartını sağlamadığına vurgu yapılmıştır. Zira Kanun, kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımına dair tedbirlerin kapsamını ve uygulama usullerini; özellikle süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, gizlilik, bütünlük ve imha gibi konularda muhatapları yetki aşımına ve keyfiliğe karşı koruyacak açık ve detaylı güvence kurallarını içermemektedir⁶⁰.

AYM verdiği bir iptal kararında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki şekliyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, bireysel başvurularda bu konuda verdiği ihlal kararlarını da dikkate alarak, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını önlemede yetersiz kaldığını belirtmiştir. Mahkeme bu kurumun ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, kötü muamele yasağı, mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu belirterek kuralda yeterli güvencelerin bulunmaması gerekçesiyle kuralın Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır⁶¹.

Bu iptal kararından önce AYM, haklarında çeşitli suçlardan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar ve-

⁶⁰ Fatih Saraman, § 90.

⁶¹ Bkz. AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023, §§ 41-57.

rilen başvuruçuların ifade özgürlükleri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda da önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, HAGB ile sonuçlanan yargılamalarda adil yargılanma hakkı güvencelerinin yok sayılması biçimindeki usul istismarlarını dikkate alarak, bu kurumun düzenlendiği yasal mevzuatın derece mahkemelerince gerçekleştirilen keyfî müdahaleleri engellemeye yeterli olmadığını ve mevcut kanuni düzenlemelerin kurumun uygulanmasından kaynaklanan sorunları gidermeye yetmemekte olduğunu tespit etmiştir. İhlal sonucuna ulaştığı bu kararda Mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bu yönü ile gerçekleştirilebilecek keyfî ve orantısız müdahaleleri önlemeye elverişli olmadığını ve dolayısıyla bu kurumun uygulanmasından kaynaklanan müdahalelerin kanunilik ölçütünü sağlamadığını belirtmiştir⁶².

İnternet haber sitelerinde yayımlanan bir dizi habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlükleri ile etkili başvuru hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bir dizi bireysel başvuruyu birleştirerek vermiş olduğu bir kararda ise Mahkeme, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi" başlıklı 9. maddesini temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunilik güvencesi yönünden detaylı biçimde incelemiştir. Mahkeme bu inceleme sonucunda 9. maddenin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın kapsamı, amacı ve sınırları ile sınırlama aracının hukuki niteliğinin müdahalenin kanuniliği yönünden önemli birtakım tereddütlere yol açtığı kanaatine ulaşmıştır.

Pilot karar usulüyle verdiği ve başvuruçuların Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri ile korunan haklarının ihlal edildiği so-

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

nucuna ulaştığı bu kararında AYM, ifade ve basın özgürlüklerinin korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip olmaması nedeniyle ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır. Bu kararda Mahkeme ihlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığını tespit ederek bu kapsamda ihlalin giderimi hususunda yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine hükmetmiştir.

Mahkeme bu kararında yasama organına çağrıda bulunmuş ve kanunilik güvencesi bağlamında birtakım önerilere yer vermiştir. Çağrısında, benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak Mahkeme, internet ortamının organize edilmesi hususunda benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapma yetkisinin yasama organının takdirinde olduğunu vurgulamıştır. Bu vurguyla birlikte Parlamentonun mevcut sistem içinde kararlar yeni düzenlemeleri yapmayı tercih edebileceğini de kabul etmiştir. Bu takdirde, yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde, çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için bulunması gereken asgari standartlara ilişkin önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere bu bireysel başvuru kararlarında AYM ihlale yol açan kanunların kamu otoritelerinin ihlale sebebiyet verebilecek uygulamalarına karşı yeterli güvencelere yer vermemesini kanunilik ilkesi bağlamında önemli bir sorun olarak görmüştür.

Nitekim Mahkeme daha sonra norm denetiminde önüne gelen kısımları itibarıyla 5651 sayılı Kanun'un yukarıda örnek olarak gösterilen bireysel başvuru kararında zikredilen 9. maddesinin (8) ve (10) numaralı fıkralarının tümünün ve (5), (9) ve (11) numaralı fıkralarının dava konusu yapılan iba-

relerinin iptaline karar vermiştir. Mahkeme, bu iptal kararında Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri kararındaki gerekçelere dayanarak özetle; dava ve itiraz konusu kuralların kişilik haklarına yapılan saldırılara karşı internet içeriğinin sınırlanmasına yönelik kademeli bir müdahale yönütemi sunmadığını ve yapılan sınırlamanın, belirli bir içeriğe erişimi engellemek suretiyle o içeriğin ülke sınırları içinden kararın verildiği tarihten itibaren süresiz olarak ulaşılmasına engel olduğu için ifade ve basın özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil etmekte olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, bu kurallarla düzenlenen usulün internet ortamındaki zararlı içeriklerle başka usullerle mücadele edilebildiği sürece başvurulmaması gereken bir yöntem olarak görüldüğüne ve bu çerçevede kuralların, kamusal makamların takdir yetkisini daraltarak keyfî davranışların önüne geçebilmek için yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerinin yanında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar verilmesini sağlayacak güvenceleri de barındırmamakta olduğuna işaret etmiştir⁶³.

D. BİREYSEL BAŞVURU İNCELEME SÜRECİNDE KANUNİLİKLE İLGİLİ KARŞILAŞILAN SPESİFİK BAZI DURUMLAR

Temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik güvencesi ile ilgili olarak içtihatla belirginleşen yukarıda sıralanan ilkelere, AYM'nin iki önemli görevi olan norm denetimi ve bireysel başvuru incelemeleri bağlamında ortaya çıkmıştır.

Bununla birlikte norm denetimi ve bireysel başvuru incelemelerinin her birinin kendine has bazı özellikleri bulunmaktadır. Bu nedenle de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunilik denetiminde bu iki anayasaya uygunluk denetimi sürecinde birtakım farklılıklar da kendisini göstermektedir. Bu noktada AYM'nin sadece bireysel başvuru inceleme sürecinde kanunilikle ilgili olarak karşılaşılan ve burada

63 Bkz. AYM, E.2020/76, K.2023/172, 11/10/2023.

kısaca izah edilecek olan iki hususun olduğu göze çarpmaktadır. Bu iki husus bireysel başvuru incelemelerinin kendine özgü niteliğinden kaynaklanmaktadır.

1. Sınırlamayı Gerçekleştiren Şeklî Anlamda Bir Kanuni Düzenlemenin Bulunmaması

Bunlardan birincisi, hak ihlaline sebebiyet veren şeklî anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 13. maddesindeki açık hüküm gereğince temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılması mümkündür. Dolayısıyla yapılan bireysel başvurularla ilgili gerçekleştirilen anayasallık denetiminde ilk olarak sınırlamayı gerçekleştiren bir kanun hükmünün mevcudiyetine bakılmaktadır. Eğer bireysel başvuruda ileri sürülen ihlal iddiası ile ilgili olarak sınırlamanın şeklî anlamda bir kanun hükmüne dayanmadığı tespit ediliyorsa bu durumda AYM müdahaleye dayanak oluşturacak bir kanun hükmü olmaması nedeniyle kanunilik ilkesinin ihlaline karar vererek incelemeyi sonuçlandırmaktadır.

Nitekim başörtülü bir avukatın duruşmaya katılması sebebiyle hâkimin duruşmayı erteleyip müvekkiline yeni vekil tayini için süre vermesinin din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda AYM, Anayasa'nın 13. maddesine göre hakların sınırlandırılmasında kanun şartı arandığı ve avukatların duruşmalara “başları açık” katılacağına dair kanuni bir sınırlama bulunmadığı tespitiyle, din ve vicdan özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁴.

Benzer bir diğer kararda AYM, Yargıtayın İçtihadı Birleştirme Kurulu kararıyla kabul ettiği usulî müktesep hak uy-

64 Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], §§ 98-99. Bu kararda Mahkeme, Anayasa'nın 13. maddesinin açık hükmü karşısında başörtüsü yasağının dayanağı olarak AİHM'in Leyla Şahin kararının ve AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararlarının “kanunilik şartı”nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemeyeceğini de açıkça ifade etmiştir. Bkz. *Tuğba Arslan*, § 98.

gulasmasını esas alarak henüz hukuk mahkemesinde dava açılmadan önceki idari süreçte düzenlenen bir rapora itiraz etmediği için maluliyet oranının bu raporda hesaplanandan fazla olan kısmına yönelik talebinin davalı lehine usulî kazanılmış hak oluştuğu gerekçesiyle reddedilmesini Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkına kanuni dayanağı olmayan bir müdahale olarak görerek başvurusunun bahse konu hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁵.

Velayet altında bulunan başvurucuya, ebeveyni kabul etmediği hâlde bebeklik dönemi aşılarının uygulanması için mahkemece sağlık tedbiri kararı verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda da AYM; bahse konu aşılardan zorunlu aşı olarak kabulüne dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı gerekçesiyle, başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmış ve başvurusunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶⁶.

Benzer bir sonuca ulaştığı bir diğer bireysel başvuruda yeni koronavirüs (COVID-19) salgınına yönelik tedbirler kapsamında ceza infaz kurumundaki görüşlerin kısıtlanması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili yaptığı değerlendirmede AYM, başvurusunun aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin salt idari makamların kararlarına dayandığı anlaşıldığından müdahalenin kanuni temelini bulmadığını tespit ederek ihlal sonucuna ulaşmıştır⁶⁷.

İmtiyaz sözleşmesiyle tahsis edilen numaraların başka operatörlere taşınmasına imkân tanınması nedeniyle mülkiyet

65 İsmail Tuncel [GK], B. No: 2019/8609, 21/12/2023, §§ 38-51.

66 Bkz. Halime Sare Aysal [GK], §§ 58-75.

67 Yunus Bulut, §§ 59-60.

hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda ise AYM, 2008 yılında yapılan kanun değişikliği öncesinde ek mali yük getirip imtiyaz sözleşmesiyle tanınan ekonomik hakları kısıtlayacağı açık olan “numara taşınabilirliği” müessesesinin şekli anlamda bir kanuna değil yönetmelik düzenlemesine dayalı biçimde uygulamaya geçirildiği tespitinde bulunmuş ve 2008 yılında yapılan değişiklik öncesine ilişkin olarak idarenin doğrudan numara taşınabilirliğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme ihdas etmeden yönetmelikle mezkûr müesseseye uygulanırılık kazandırmasının kanun hükmünün öngörülebilir olmayan genişletici yorumuna dayandığını değerlendirmiş, başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olarak kanuni bir dayanağının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁸.

Birçok kararında AYM, kamulaştırmasız el atma yoluyla yapılan müdahalelerin kanuni bir dayanağı bulunmadığından bahisle, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir⁶⁹.

Örnek olarak sıralanan kararlarda da görüldüğü üzere bireysel başvuru incelemelerinde AYM’nin yaptığı ilk iş, hak veya özgürlüğe müdahalede bulunan kanuni dayanağın varlığını tespit etmektir. Eğer bu konuda bir kanuni dayanak bulunmuyorsa AYM başvurucunun hakkının ihlal edildiğine hükmetmektedir⁷⁰.

Bu süreçte AYM, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında şekli anlamda bir kanunun yokluğunu Anayasa’ya

68 *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.* (4), §§ 102-104.

69 Benzer yöndeki kararlardan bazıları için bkz. *Celalettin Aşçıoğlu* [1. B.], B. No: 2013/1436, 6/3/2014; *Mustafa Asiler* [2. B.], B. No: 2013/3578, 25/2/2015; *İbrahim Oğuz ve diğerleri* [1. B.], B. No: 2013/5926, 6/10/2015; *Şevket Karataş* [GK], B. No: 2015/12554, 25/10/2018; *Siddika Altınkaya* [1. B.], B. No: 2019/2596, 17/11/2021.

70 Sınırlamayı gerçekleştiren şekli anlamda bir kanuni dayanak yokluğu nedeniyle verilen benzer ihlal kararı örnekleri olarak bkz. *Ahmet İnan*, B. No: 2021/59006, 24/10/2024; *Halil Korkulu*, B. No: 2020/22994, 12/6/2024; *Y.K.* [1. B.], B. No: 2020/25833, 14/5/2025.

aykırılığın ağır bir biçimi olarak görmektedir⁷¹. Zira TBMM tarafından çıkarılan şeklî anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması o hakka yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakmaktadır⁷².

Niteliği gereği norm denetiminde şekli anlamda kanunun Resmî Gazete’de yayımlanması sonrasında AYM önüne getirilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında şeklî anlamda kanuna dayanmayan bir sınırlamanın varlığı AYM’ce ancak bireysel başvuru incelemelerinde tespit edilebilmektedir. İşte bireysel başvuru incelemelerindeki kanunilik denetimi norm denetiminden bu yönü ile farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla sınırlamayı gerçekleştiren şeklî anlamda bir kanuni düzenlemenin yokluğu biçimindeki bir anayasal sorunla ancak bireysel başvuru incelemelerinde karşılaşılabilir.

2. Sınırlamaya Dayanak Olarak Gösterilen Kanunun Açık Hükmünün Öngörülemez Biçimde Yorumlanması

Bireysel başvuru inceleme sürecinde kanunilikle ilgili karşılaşılan ikinci husus ise kamu otoritelerince sınırlamaya dayanak olarak gösterilen kanuni düzenlemenin açık anlamı ve lafzına aykırı biçimde yorumlanmasıdır. Bu biçimdeki durumlar daha ziyade derece mahkemelerinin değerlendirmelerinde karşımıza çıkmaktadır.

Esasında bireysel başvuru inceleme sürecinde derece mahkemelerinin yorumunun bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik taşıdığı tespit edildiğinde⁷³, AYM adil yargılanma hakkı bağlamında yapılan başvurularda hakkaniyete uygun yargılamaya yapılmadığı gerekçesiyle hak ihlaline hükmetmektedir⁷⁴.

71 Bkz. *Şerafettin Can Atalay* (2) [GK], § 49.

72 *Ali Hıdır Akyol ve diğerleri* [GK], § 56.

73 Bireysel başvuru incelemelerinde bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. Köküarı, İ. (2021). “‘Açık Keyfilik’ ve ‘Bariz Takdir Hatası’ Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., s. 623-667.

74 Örnek ihlal kararları için bkz. *Murat Beydili* [GK], B. No: 2019/14642,

Nitekim AYM bir kararında bariz takdir hatası kapsamına hangi hâllerin girmekte olduğunu sıralamaya çalışırken konumuz bağlamında “*Somut olayda uygulanan veya uygulanması gereken hukuk kurallarının kabul edilebilir herhangi bir yorumuna dayanılmaması*”nın da bu kapsamda olduğunu belirtmiştir⁷⁵.

Ancak başvuru bireysel başvuru kapsamındaki maddi bir haktan yapıldığında AYM, kanunun lafzı ile açıkça çelişen mahkeme yorumlarına ilişkin o maddi haktan hareketle kanunilik ihlaline hükmetmektedir. Zira derece mahkemelelerinin müdahaleye imkân tanıyan kanun hükmünü açık bir biçimde hatalı yorumladıkları ve uyguladıklarının tespiti hâlinde müdahalenin kanuni temelden yoksun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁶.

Bu konuya örnek gösterilebilecek bir kararda baro levhasına yazılmaya ilişkin kararın kamu görevinden çıkarılma nedeniyle mahkemece iptal edilmesinden dolayı özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda AYM, 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de ve anılan kuralın kanunlaştığı 7091 sayılı Kanun’da kamu görevinden çıkarılanlar yönünden “*bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler.*” şeklindeki hükmü (madde: 2) derece mahkemelerinin makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemez bir yoruma tabi tuttuğunu ifade ederek başvurucunun Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁷⁷.

17/6/2021; Mehmet Geçgel, B. No: 2014/4187, 18/4/2019; Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19/12/2013; Şahin Erol, B. No: 2013/2539, 7/7/2015; Murat Özel, B. No: 2021/55908, 17/9/2024.

75 Bkz. İsmet Murtezaoglu [1.B.], B. No: 2018/17312, 18/10/2022, § 40.

76 Ramazan Atay, B. No: 2017/26048, 29/1/2020, § 29.

77 Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020. AYM bu kararında başvuruya konu müdahalenin kanunilik koşulunu sağlamadığı sonucuna ulaşırken konumuz bağlamında şu gerekçeye dayanmıştır:

“Serbest avukatlık mesleğinin anılan nitelikleri ve ilgili düzenlemelerde istihdam edilmeme yasağının söz konusu olduğu dikkate alındığında, derece mahkemelerince

Bir diğer örnek gösterilebilecek kararda icra takibine karşı yapılan itirazın sürenin son gününün hafta sonu tatiline denk geldiği hususu dikkate alınmadan süre aşımı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AYM, kararda ilk olarak 2004 sayılı Kanun'un 168. maddesinde kambyo senetlerine özgü başlatılan icra takibinde ödeme emrine karşı beş gün içerisinde icra mahkemesinde dava açılabilmesinin düzenlendiğine, 6100 sayılı Kanun'un 93. maddesinde tatil günlerinin sürelerle dâhil olduğuna ve sürenin son gününün resmî tatil gününe rastlaması hâlinde sürenin tatil gününü takip eden çalışma gününün bitimine kadar uzayacağı kuralına değinmiştir. Sonrasında ise bu biçimdeki açık düzenlemelere rağmen somut olayda mahkemenin davayı süresinde açılmadığı gerekçesiyle reddetmesinin kanuni temelden yoksun olduğu gerekçesiyle başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁷⁸.

Diğer bir örnekte ise 3732 sayılı Kanun'un 3. maddesinin

verilen iptal kararına dayanak olarak gösterilen hükümlerin müdahalenin kanuni dayanağı olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Başka bir anlatımla somut olayda idari, ticari veya sınai bir sözleşme ile çalıştırılma söz konusu olmadığından başvurunun baro levhasına yazılması yönünde TBB tarafından tesis edilen işlem, ilgili yasal düzenlemelerde yer alan kamu hizmetinde istihdam edilme yasağı kapsamında bulunmamaktadır. Aksine bir yorum ilgili düzenlemelerin yalnızca avukatlık yönünden değil kamu hizmeti kapsamında görülebilecek hekimlik, mühendislik gibi serbest şekilde de icra edilebilen diğer meslekler yönünden uygulanmasına neden olabilir.

Belirtildiği üzere özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahalenin Anayasa'nın öngördüğü güvencelere uygun kabul edilebilmesinin ilk ve temel koşulu müdahalenin kanuni dayanağının bulunmasıdır. Somut olayda ise başvurunun idari, ticari ya da sınai bir sözleşme kapsamında kamu hizmetinde çalıştırılma durumunun olmadığı, başvurunun istihdam edilmesinden bahsedilemeyeceği ve serbest avukatlığın bir istihdam ilişkisine dayanmadığı dikkate alındığında serbest avukatlık faaliyetini kamu hizmetinde istihdam edilme yasağı kabul eden derece mahkemelerince anılan düzenlemelerin makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemeyen bir yoruma tabi tutulduğu değerlendirilmektedir. Neticede başvurunun baro levhasına yazılmamasına yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır". Bkz. Tamer Mahmutoğlu, §§ 116-117.

78 Bkz. Naci Ataboy, B. No: 2021/52240, 23/10/2024, §§ 27-31.

açık hükmü gereği yeniden yargılama güvencesiyle iadesine karar verilmesine rağmen iade edilen kişinin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi üzerine yaptığı bireysel başvuruda AYM, açık kanuni düzenlemeye rağmen derece mahkemesinin ret sonucuna ulaşmasını başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelen müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul etmiştir⁷⁹.

Görüldüğü üzere bu kategorideki ihlal kararları kanunun açık hükmüne rağmen derece mahkemelerinin bu hükmü öngörülemez biçimde yorumlamalarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla burada ihlale götüren kamusal müdahale, mahkemenin öngörülebilir olmayan genişletici yorumudur; kanunun öngörülemez bir hüküm içermesi değildir. Zira burada müdahaleye dayanak gösterilen kanun hükmünde öngörülebilirlik ve belirlilik noktasında bir sorun bulunmamaktadır.

Daha farklı biçimde ifade etmek gerekirse buradaki kanunilik ihlali, müdahaleye dayanak olarak gösterilen kanun hükmünden değil, bu kanun hükmü ile açıkça çelişen ve kanunun açık olan hükmünü makul olmayacak biçimde genişleten derece mahkemesinin öngörülemez yorumundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle buradaki öngörülmezlik sorunu ile yukarıda kanunilik güvencesinin alt ilkesi olarak ayrı başlık altında ele alınan öngörülebilirlik ilkesi önemli ölçüde birbirinden farklıdır.

Bununla birlikte AYM, uygulamada farklı şekilde kullanılan bazı hukuki kavramlardan hareketle kanunun açık hükmünün anlamsız kalmasına sebebiyet verecek durumları da

79 Bkz. Gökhan Çolak [GK], B. No: 2020/16014, 23/1/2025, §§ 37-40. Benzer yönde kanunilik ihlalleri için bkz. Mustafa Akbulut [1. B.], B. No: 2020/34827, 17/7/2024, § 59; Serkan Avcı, B. No: 2016/63088, 9/6/2021, § 52; Murat Narman [2. B.], B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 54; Ahmet Aslan [1.B.], B. No: 2021/23949, 6/10/2022; Fatih Tatar ve diğerleri, B. No: 2020/7598, 2/10/2024, § 59; Fatma Çiğdem Tenker Köksal, B. No: 2019/39889, 17/7/2024, §§ 9-24).

ilgili hak bağlamında kanunilik ilkesinin ihlali olarak görmektedir. Bu biçimdeki kanunilik ihlalleri de bu başlık altında örnek gösterilebilir.

Bu kategoriye dâhil edilebilecek bir karara konu olayda, mesleğe kabul kararının Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından kaldırılması işlemine karşı açılan davanın incelenmeksizin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AYM, öncelikle Hâkimler ve Savcılar Kurulunun tüm kararlarına karşı yargı yolu kapalıyken 2010 Anayasa değişikliği ile hâkimlik ve savcılık teminatını sona erdiren ve ağır bir yaptırım olan meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yolunun açılmış olduğuna işaret etmiştir. Ardından hâkimlik teminatını özerk biçimde yorumlayarak başvurusunun “mesleğe kabul kararının kaldırılması”nın anayasal anlamda “meslekten çıkarma” cezası mahiyetinde bir işlem olduğuna işaret ederek başvuru ile ilgili işlemin yargı denetimine kapalı olduğu gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yönündeki karar ile mahkemeye erişim hakkına kanunilik unsurunu taşımayan bir müdahalede bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁸⁰.

III. KANUNİLİKLE İLGİLİ AYM İÇTİHADINDA KENDİNE ÖZGÜ BİR DURUM: YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ İSTİSNASI OLARAK “ANAYASA’NIN 14. MADDESİNDEKİ DURUMLAR”IN KANUNLA BELİRLENMESİ ZORUNLULUĞU

Bu çalışmada temel hak ve özgürlüklerin şekli anlamda kanunla sınırlandırılması sürecine odaklanılmaya çalışılmakta ise de bireysel başvuru incelemelerinde kanunilik ilkesi bağlamında Anayasal düzeyde bir sorun olarak yasama dokunulmazlığının istisnası olan Anayasa’nın 14. maddesi ile ilgili bireysel başvurular üzerine verilen kararların da burada değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

80 Bkz. İsa Çetin [GK], B. No: 2019/2284, 11/1/2024, §§ 66-114.

AYM'nin Şerafettin Can Atalay Kararından sonra gündemi meşgul eden tartışmalarda ve konuya ilişkin Yargıtay Başkanlığının basın açıklamasında da yer alması nedeniyle⁸¹ Anayasa'nın 14. maddesindeki kanunilik sorununa burada kısaca değinmek, konunun hukuksal düzlemde nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koymak açısından da önem arz etmektedir.

Öncelikle burada gündeme gelen hak ihlali iddiası bir anayasa hükmünün doğrudan uygulanmasının -hükümdeki düzenlemeden kaynaklı olarak- doğurduğu belirsizlikle ilgili olduğundan AYM'nin burada yaptığı denetimin anayasa değişikliklerinin esas denetiminden farklı olduğunu vurgulamak gerekir⁸². Zira aşağıda da görüleceği üzere burada AYM, bireysel başvuru inceleme sürecinde sadece belirsizliğe odaklanmakta olup ortaya çıkan belirsizliğin kanunilik güvencesi boyutu ile ihlale sebebiyet verip vermediğine bakmaktadır.

Bu konuyu incelediği ilk kararında AYM, milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı güvencesini kazanan başvurucu hakkında yargılamaya devam edilmesinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını nasıl ihlal ettiğini ortaya koymuştur. Konu sosyal medya hesabından yaptığı bir paylaşım gerekçe gösterilerek terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılan başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla gerçekleştirdiği bireysel başvurunun ele alındığı Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında değerlendirilmiştir⁸³.

Milletvekillerinin sahip olduğu yasama dokunulmazlığı güvencesinin düzenlendiği Anayasa'nın 83. maddesinde do-

81 Bu konuda bkz. Güveyi, Ü. (2024). "Anayasaya Sadakat Yükümlülüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 41., S. 2., s. 203-213.

82 Bkz. Yazıcı, H. ve Horozgil, D. (2024). "Bireysel Başvuru Yolu Kapsamında İhlalin Anayasadan Kaynaklanmasının Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi Yasağı Karşısındaki Durumu", *Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan*, Cilt: 2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 2053, 2067-2068.

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

kunulmazlığın bir istisnası olarak “seçimden önce soruşturmaya başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar” dokunulmazlığın kapsamı dışında tutulmuştur.

Anayasa’nın 14. maddesindeki durumlar ise maddenin birinci fıkrasında “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbir, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz” biçiminde ifade edilmekte ve maddenin son fıkrasında bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir.

Özetlenmeye çalışılan bu anayasal çerçevenin olduğu bir hukuksal düzende hakkında terör propagandasından açılan dava devam ederken başvuru, milletvekili seçildiği hâlde Anayasa’nın 83. maddesi uyarınca dokunulmazlıktan yararlandırılmayıp gerçekleştirilen yargılamada hakkında durma kararı verilmemesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM bu kararında öncelikle temel hak ve özgürlüklere doğrudan Anayasa metnine dayanılarak gerçekleştirilen müdahalelerin kanunilik şartını sağlamadığının -kategorik olarak- ileri sürülemeyeceği tespitine yer vermiştir. Daha sonra somut olayda başvuruçunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına Anayasa’nın 14. maddesi uyarınca müdahale edilmiş olduğuna dikkat çekmiş ve derece mahkemelerinin kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil doğrudan Anayasa hükmüne dayanarak başvuruçunun Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağına karar vermiş olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda söz konusu başvuruda olduğu gibi müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere çok daha yüksek güvence sağlayan

Anayasa'nın bir kuralı olması da mümkündür. Bununla birlikte AYM'ye göre temel hak ve özgürlüklere müdahale belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir anayasa normuna dayanmışsa müdahalenin kanuniliği şartı sağlanmış olacaktır⁸⁴.

AYM somut bireysel başvuruya konu olaya ilişkin yaptığı incelemede milletvekili seçildiği hâlde bu süreçte yargılanmaya devam edilmesi ve mahkûm edilmesinin başvurusunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale teşkil ettiğini belirttikten sonra⁸⁵, kanunilik güvencesi bağlamında müdahalenin belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayan bir kanun hükmüne dayalı biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğini detaylı bir biçimde incelemiştir.

Bu bağlamda AYM, ilk olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin "*ancak kanunla*" sınırlanabileceği şeklindeki kuralın ne anlama geldiğini içtihadından örnek kararlara da yer vererek geniş biçimde ortaya koymuş⁸⁶, ardından bu başvurunun konumuz bağlamındaki özgün yönü ile ilgili olarak Anayasa'nın 14. maddesi bağlamında kanunilik şartını değerlendirmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken ise hem Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasını hem de bununla bağlantılı biçimde Anayasa'nın 14. maddesindeki

84 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 75. Esasında AYM bu kararından önce de Anayasa'nın bir başka maddesine (Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrası) yönelik bu biçimde bir inceleme yapmış ve bu kararında da Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasını kanunilik güvencesi bağlamında başvuru gazetesinin süresiz olarak kapatılmasının süreli yayınların geçici olarak kapatılmasını düzenleyen "öngörülebilirlik ve belirlilik" ölçütlerini karşılayan kaliteli bir kanunun bulunmamasından kaynaklı biçimde Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının soyut kuralına dayanılarak yapılan müdahalenin kanunilik şartını karşılamadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, B. No: 2016/54096, 30/6/2021, §§ 58-69.

85 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 69.

86 Bkz. Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], §§ 73-78.

düzenlemeyi detaylı bir biçimde irdemiştir⁸⁷.

AYM'ye göre Anayasa'nın 14. maddesi bir taraftan temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla kullanılamayacağını belirlemektedir. Aynı madde diğer taraftan ise Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri Anayasa'nın öngördüğünden daha geniş sınırlandıracak şekilde yorumlanmasını engellemeye ilişkin genel hükümler ihtiva etmektedir. Dolayısıyla maddeyle engellenmek istenilen faaliyetlerin suç teşkil eden eylemlerle sınırlı olmadığı, maddenin suç teşkil etsin ya da etmesin belli amaçlarla yapılacak tüm faaliyetleri içeren geniş bir kapsama sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bundan dolayıdır ki asıl amacı yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında bırakılan suçları belirlemek olmayan Anayasa'nın 14. maddesinin genel ifadeler içeren metninden hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar"* ibaresinin yargı organlarınca belirliliği ve öngörülebilirliği sağlanarak anlamlı bir şekilde yorumlanması mümkün görünmemektedir⁸⁸.

Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar"* ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği konusunda AYM'ye göre kanun koyucunun düzenleme yapması dışında yargı organlarınca yapılan yorumlarla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamak mümkün değildir⁸⁹.

AYM'nin bu kararında derece mahkemelerinin bu iki Anayasa hükmüne ilişkin yaklaşımlarından hareketle yapmış olduğu şu tespit, kanunilik güvencesinin gerekliliğini aslında daha net biçimde ortaya koymaktadır: *"Gerek yasama dokunulmazlığını koruma altına alan Anayasa'nın 83. maddesi ve gerekse temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan Anayasa'nın 14. maddesi ancak demokrasinin korunması bağlamında ve*

87 Bkz. Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], §§ 79-103.

88 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], §§ 88, 95.

89 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 103.

hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir. Mahkemeler söz konusu anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamadıkları gibi onları böyle bir yorum yapmaya sevk edecek esasa ve usule ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistem de bulunmamaktadır”⁹⁰.

Yaptığı incelemede AYM, başvurucunun milletvekili seçilmesinden ve yasama dokunulmazlığına sahip olmasından sonra yargılanmasına devam edilerek mahkûm edilmesinin Anayasa’nın 67. maddesi ile korunan haklarını ihlal ettiği ve ihlalin yasama dokunulmazlığının, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya kanun düzeyinde bir düzenlemenin bulunmamasından kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır⁹¹.

Bu karar sonrasında yapılan başka bazı bireysel başvurularda da AYM başvuru-
cuların aldığı mahkûmiyetler ve haklarında verilen tutuklama ile ilgili kararların esasına girmeden sadece Anayasa’nın 83. maddesindeki yasama dokunulmazlığının istisnaları ile ilgili Anayasa’nın 14. maddesindeki durumların kanunla belirlenmemiş olması gerekçesiyle başvuru-
cuların seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği (milletvekili seçilmesi sonrasında verilen ikinci tutuklama kararı nedeniyle) sonucuna ulaşmıştır.

Şerafettin Can Atalay hakkında konumuz bağlamında verilen ihlal kararının yerine getirilmemesi üzerine yapılan ikinci başvuruda ise AYM, ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle başvuru-
cunun bireysel başvuru hakkı, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹².

90 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 133.

91 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 134.

92 Bkz. Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

AYM, Şerafettin Can Atalay hakkında verdiği ilk ihlal kararında; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararında ve AYM'ye sunulan, bugüne kadar bu konuda verilmiş diğer derece mahkemesi kararlarında ulaşılan farklı sonuçların kendi değerlendirmesini doğruladığını belirtmiştir. Ayrıca bu durumun, kuralın belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde tutarlı ve sürdürülebilir bir yoruma ulaşmaya elverişli olmadığını gösterdiğini de açıkça vurgulamıştır⁹³. Bu nedenle de AYM bu kararında açıkça Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar"* ibaresindeki belirliliği sağlama görevinin münhasıran kanun koyucuya ait olduğunu ve kanun koyucunun söz konusu ibarenin belirliliğini sağlamak için bugüne kadar yasal bir düzenleme yapmadığını özellikle ifade etmiştir⁹⁴.

Görüldüğü üzere yasama dokunulmazlığının bir istisnası olarak Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar"* ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiğinin kanunla belirlenmemiş olması, kanunilik bağlamında ciddi biçimde belirlilik ve öngörülebilirlik sorunu doğurmakta olup bu durum uygulamada, yukarıda örnek verilen bireysel başvuru kararlarında görüldüğü üzere milletvekilleri yönünden seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ihlallerine yol açabilmektedir.

Sonuç olarak kanunilik bağlamında ortaya çıkan bu kendine özgü sorunun çözümü için yasama organının bu konuyu düzenleyen bir kanun çıkarması gerekmektedir. Zira her ne kadar ceza mahkemeleri Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki durumlara hangi suçların girmekte olduğunu belirlemeye çalışsalar da bu yaklaşım aşağıdaki sebeplerle sorunu çözmekten uzaktır.

Birinci olarak Anayasa'nın 14. maddesinin son fıkrasının amir hükmü gereğince bu konunun açıkça kanunla düzen-

93 Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 72.

94 Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 72.

lenmesi gerekmektedir. Oysa bugüne değin yasama dokunulmazlığının bir istisnası olarak Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki durumlara hangi suçların girmekte olduğunu belirleyen bir kanun çıkarılmamış olup bu durum milletvekillerinin üzerinde adeta bir Demokles'in kılıcı şeklinde durmaktadır.

Nitekim doktrinde de Anayasa'nın 83. maddesinde “suçlar” terimi yerine “durumlar” teriminin kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14. maddesinde düzenlenen hususların “suç” değil, hakkın kötüye kullanılması “durumları” olduğu ve bu sebeple de hakkın her kötüye kullanılmasının suç oluşturması için bunun ayrıca ve açıkça kanunla “suç” olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yine bu doğrultuda 14. maddede geçen kavramların birçoğunun belirsiz kavramlar olduğu ve hangi suçun Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlarla ilgili olduğu ve hangisinin ilgili olmadığı sorusu objektif olarak yanıtlanamayacağından bu konuda yapılan her belirlemenin kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerini kaçınılmaz olarak ihlal edeceği ifade edilmektedir⁹⁵.

Bu suçların nelerden ibaret olduğu konusunda yasama organı bugüne dek herhangi bir kanun çıkarmamıştır. Bu nedenle söz konusu suçlar yalnızca yargı organlarının kararlarıyla belirlenmeye çalışılsa da Anayasa'nın 14. maddesindeki düzenleme buna elverişli değildir⁹⁶.

İkinci olarak ceza mahkemeleri ve Yargıtayın ilgili ceza dairesi bu kapsama giren suçları tutarlı biçimde belirleyememektedir. Uygulamada, Yargıtayın bu konu kapsamına girmesi

95 Bkz. Gözler, K. “Anayasanın 14’üncü Maddesindeki Durumlarda Yasama Dokunulmazlığı İşler Mi? (Yargıtayın Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararını Değerlendirebilmek İçin Bir Ön Bilgi)” <https://www.anayasa.gen.tr/gergerlioglu.htm>. (Erişim Tarihi: 12/4/2025). Benzer biçimde bkz. Gözler, K. (2018). s. 549-551; Sözüer, A. (2023). “Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 11., S. 2., s. 284.

96 Sözüer, A. (2023). s. 284.

mümkün görülen suçları Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında görmeyen bazı kararlarının bulunduğu görülmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin yorumunu kimi zaman 14. maddenin birinci, kimi zaman ikinci fıkrasına atfen belirlemesi de dikkate alındığında bu durum ciddi bir öngörülebilirlik ve belirlilik sorunu ortaya çıkarmaktadır⁹⁷. Bunun içindir ki bir fiilin 14. maddede değinilen durumların kapsamına girip girmediğinin sadece davayı gören mahkemenin takdirine bırakılması açık bir Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir⁹⁸.

Üçüncü olarak anayasal düzeydeki kurallarda karşılaşılan bu sorun nedeniyle başta seçilme, siyasi faaliyette bulunma, kişi hürriyeti ve güvenliği ile bireysel başvuru haklarına yapılan müdahalelerden kaynaklanan belirlilik ve öngörülebilirlik sorunlarının giderilmesi, yasama organının çıkaracağı bir kanunla sağlanmalıdır. Bu, kanunilik güvencesinin bir gereği olduğu kadar, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecindeki anayasal güvencelerin fiiliyatta da anlamlı olmasının bir zorunluluğu olarak görülmelidir. Nitekim yargısal kararlarla belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanmasının mümkün olmaması da bu konuda kanuni düzenlemenin gerekliliğini daha bariz biçimde ortaya çıkarmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin sayma yoluyla Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki suçları belirleyip bu alandaki hukuki belirsizliği ortadan kaldır-

97 Nitekim AYM, Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında detaylı biçimde bu sorunu ortaya koyma ihtiyacı hissetmiştir. Bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], §§ 93-103. AYM, sonraki bir diğer bireysel başvuruda yaptığı incelemede de Yargıtay 3. Ceza Dairesinin başvuruya konu kararında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresine ilişkin olarak Anayasa'nın 14. maddesi metni üzerinden yaptığı yorumların kuralda bir belirlilik ve öngörülebilirlik sağladığını söylemenin mümkün olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Bkz. *Şerafettin Can Atalay* (2) [GK], §§ 43-46.

98 Bkz. Özbudun, E. (2025). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 380.

dığı yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş, AYM ve AİHM yerleşik içtihadının hukuki belirliliğin yalnızca kanunla değil, mahkeme kararlarıyla da sağlanabileceğini gösterdiği savına dayanmaktadır. Ancak bu argümanlara katılmak mümkün değildir⁹⁹.

Esasında sadece Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Şerafettin Can Atalay ile ilgili Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararlarında Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki durumlar kapsamına dâhil edilen suçlara ilişkin var olan çelişkiler dahi burada bir belirlilik sorunu olduğunu açıkça kanıtlamaktadır. Ancak doktrinde ifade edilen bu görüşün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi açısından daha sorunlu yönü ise buradaki hukuki belirliliğin AYM ve AİHM'in yerleşik içtihadında olduğu gibi sadece kanunla değil, mahkeme kararlarıyla da sağlanabilmesinin mümkün olduğu şeklinde ifade edilmesidir.

AİHM yerleşik içtihadında belirliliğin mahkeme kararlarıyla da sağlanabilmekte olduğu yukarıda ifade edilmişti. Ancak Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili konularda belirliliğin mutlaka kanunla sağlanması, bu noktada gerek idareye ve gerekse AYM dâhil olmak üzere yargı organlarına bir inisiyatif bırakılmaması AYM'nin yerleşik içtihadında özel önem taşımaktadır. Bu durum AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde kanunilik ilkesine kattığı önemli bir güvence olarak görülmelidir. AYM temel hak ve özgürlüklerle ilgili gerçekleştirdiği denetimde de bu yaklaşımı benimsemektedir¹⁰⁰.

99 Eren, A. "Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi", <http://www.kanuni-esasi.com/2023/11/10/AYM'nin-serafettin-can-atalay-kararinindegerlendirilmesi>. (Erişim Tarihi: 22/4/2025)

100 Örnek bazı kararlar için bkz. AYM, E.2023/162, K.2024/20, 23/1/2024, § 125; *Sina Aziz Manastırı ve Başpiskoposluğu (Tur-U Sina Manastırı)* [GK], B. No: 2018/26955, 14/12/2022, §§ 103-104; *Sara Akgül* [GK], § 109; *Öykü Oral ve diğ.leri* [2.B.], B. No: 2020/19601, 18/7/2024, § 24; *Bülent Canoğlu* [2.B.], B. No: 2019/11051, 24/5/2023, § 48; *Yücel Çevik* [1.B.], B. No: 2019/39312, 12/4/2023, §§ 44-47.

Nitekim AYM, bir kararında bireylerin hangi somut fiil ve olguya sonuç bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine kanuni çerçevede imkân tanınmadığını belirterek kanun hükmündeki belirsizliğin yargısal içtihatla sağlanmasına kapıları kapatacak biçimde konumuz bağlamında şu değerlendirmeye yer vermektedir: *“Bir kanun hükmünün muhataplarının hangi eylemin disiplin suçu teşkil ettiğinin ve bu eyleme bağlanan yaptırımın ne olduğunun belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek şekilde kaleme alınmış olması, kanunilik ilkesinin sağlanması bakımından gereklidir”*¹⁰¹.

Dolayısıyla burada idarenin kuruluşu, görev ve yetkileri ve çalışma usulleri ile ilgili konulardaki hukuki belirlilik ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olduğunda gündeme gelen kanuni belirlilik kavramlarının farklı olduğunu ve AYM’nin yerleşik içtihadında temel hak ve özgürlüklerle ilgili konulardaki belirliliğin mutlaka kanun düzeyinde sağlanmasının Anayasa’nın 13. maddesindeki güvencenin bir gereği olduğunu önemle vurgulamak gerekir. Yasama dokunulmazlığının istisnası kapsamındaki durumlarla ilgili belirlilik sorununun temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olduğu aşîkârdır.

Bundan dolayıdır ki doktrinde, isabetli bir şekilde, temel hak ve özgürlüklerle ilgili konulardaki belirsizliğin yargısal içtihatlarla giderilmesi uygulamasına izin verilmesinin Anayasa’nın öngördüğü güvenceli özgürlük anlayışının gerisinde kalma sonucunu da ortaya çıkaracağı ifade edilmektedir¹⁰².

Önemle vurgulamak gerekir ki AYM’nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili denetim süreçlerinde Anayasa hükümlerini insan haklarının güvencesi olarak siyasi sistemde yer almakta olmasının bilinciyle yorumlayıp uygulaması aslında kendi varlık nedeninin zorunlu bir sonucudur. Dolayısıyla Mahkemenin bu başlık altında ele alınan karar-

101 Bkz. AYM, E.2024/234, K.2025/99, 22/4/2025, § 13.

102 Sözüer, A. (2023). s. 298.

larda Anayasa hükümleri bağlamında yapmış olduğu nitelikli ve özgün kanunilik değerlendirmeleri onun temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olma misyonuna uygun yaklaşımının isabetli birer örneği olarak görülmelidir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceği şeklindeki ilke 1961 Anayasası'ndan bu yana anayasal bir güvence olarak öngörülmüş olmasına rağmen bunun AYM kararlarında gerçek anlamıyla temel hak ve özgürlükler açısından bir anlam ifade etmesi daha yoğun biçimde iki binli yıllardan itibaren mümkün olmaya başlamıştır. Her ne kadar AYM kimi kararlarında kanunilik ilkesini olması gerektiği şekilde yorumlamaya gayret gösterse de ilkenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gerçek anlamda bir güvence olarak kabul edilip denetimde daha sistematik biçimde kullanmasının bireysel başvuru incelemelerinin başladığı 2010 Anayasa değişikliği sonrası döneme denk geldiği görülmektedir.

Bireysel başvuru yolunun benimsenmesi ile AYM yoğun biçimde somut insan hakları ihlal iddiaları ile ilgilenmeye başlamıştır. AYM hak ihlali iddialarını denetlerken Anayasa'daki güvenceleri daha kararlı ve tutarlı bir yaklaşımla ve temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir misyonla hareket ederek yorumlamaya gayret göstermektedir. Aslında bu biçimdeki bir tercih, bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gereken bir formalite olmaktan öte gerçek anlamıyla etkili bir hak arama yolu olması için bir zorunluluktur.

Nitekim bireysel başvurunun kabulü sonrası süreçte AYM'nin temel hak ve özgürlüklere yönelik yaklaşımı eskiye göre esaslı bir makas değişimi yaşamıştır. AYM'nin yaşadığı bu değişim ve dönüşüm, Mahkemenin temel hak ve özgürlüklerle ilgili temel anayasal güvenceleri hak eksenli bir yaklaşımla yorumlayıp anlamlandırmasını ve bu kapsamıyla uygulamasını sağlamıştır. Bu durum bireysel başvuru inceleme-

lerinde olduğu gibi Mahkemenin norm denetimi kararlarında da önemli ölçüde bu minvalde gerçekleşmiştir.

AYM kararlarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunilik güvencesinin zaman içerisindeki gelişimi, çarpıcı bir biçimde Mahkemenin başörtüsü yasağına ilişkin yaklaşımında gözlemlenen radikal değişimde çok açık bir biçimde kendisini göstermektedir.

Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağını ortadan kaldırma amacıyla çıkarılan kanuni düzenlemelere ilişkin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlarda AYM, din ve vicdan özgürlüğüne yönelik oldukça otoriter ve yargısal denetimin sınırlarını da zorlayan bir yaklaşım sergileyerek başörtüsü serbestisinin adeta imkânsız olduğuna hükmetmiştir¹⁰³. Öyle ki bu konuda bir denetim yetkisi olmamasına rağmen 2008 yılında yine başörtüsü serbestisini sağlamak amacıyla gerçekleştirilen Anayasa değişikliğini bile esas yönünden denetleyerek iptal etmiştir¹⁰⁴. Dolayısıyla burada siyasi karar mekanizmalarındaki başörtüsü ile ilgili özgürlük yönündeki iradeye AYM'nin direnmesi durumu göze çarpmaktadır¹⁰⁵.

Bununla birlikte bireysel başvurunun kabulü sonrasında 2014 yılında verdiği kararda ise baroya bağlı bir avukat olarak çalışan başvurucunun duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesi şeklinde gerçekleşen müdahaleyi ilk olarak kanunilik testine tabi tutmuş ve bu kararında AYM, başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne yönelik bahse konu sınırlandırmanın şekli anlamda bir kanuna dayanmadığını belirterek müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle başvurucunun Anayasa'nın 24. madde-

103 Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989; E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991.

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

105 Benzer biçimde bkz. Çağlayan, R. (2024). *Türkiye'de Kıyafet Özgürlüğü*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 440.

sinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁶.

Öyle ki AYM bu kararında sınırlamanın mutlaka şekli anlamda kanunla yapılması gerektiğine işaret ederken aynı zamanda geçmişte AYM'nin ve AİHM'in başörtüsü yasağı ile ilgili verdiği kararların anayasal sistemimizdeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimiyle bağdaşmadığını da şu şekilde ortaya koymuştur:

"Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara 'başları açık' olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'in Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM'in dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan 'kanunilik şartı'nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez'" ¹⁰⁷.

Görüldüğü üzere AYM, norm denetimi bağlamında verdiği önceki kararlarında üniversite öğrencilerinin başörtüsünü serbest bırakmayı amaçlayan düzenlemeleri oldukça yasaklayıcı bir yaklaşımla ele almaktaydı. Üstelik ülkede yıllarca uygulanan başörtüsü yasağı, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince sınırlandırmayı gerçekleştiren bir kanun hükmü bulunmamasına rağmen AYM'nin 1990/36 Esas sayılı yorumlu ret kararına dayandırılmaktaydı. Bununla birlikte bireysel başvuru yolunun kabulü sonrasında yine başörtüsü yasağına ilişkin bir konuda başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken daha sistematik bir yaklaşımla konuyu ele almış ve henüz kanunilik denetiminin ilk aşaması olan sınırlandırmayı gerçekleştiren "şeklî anlamda bir kanun"un olmadığını tespit ederek ihlal sonucuna ulaşmıştır.

106 Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014. Mahkemenin benzer yönde bir diğer kararı için bkz. Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018.

107 Tuğba Arslan [GK], § 98.

Makalede kanunilik güvencesi ile ilgili oluşturulan ilkeler ortaya konulurken konu örnek AYM kararları ile birlikte sunulmaya çalışılmıştır. Konunun bu şekilde anlatılması bilinçli bir tercihtir. Zira olumlu örneklerle birlikte somutlaştırıldığında Anayasa'ya uygunluk denetimi sürecinde bu güvencelerin ne anlama geldiği daha sağlıklı biçimde ortaya konulmuş olacaktır.

Bununla birlikte burada bireysel başvurunun kabulünden bugüne kadarki içtihadında AYM'nin kanunilikle ilgili yaklaşımının sürekli olarak olumlu bir seyir içinde gerçekleşmediğini de belirtmek gerekir. Çalışmanın bu kısmında kanunilik güvencesi bağlamında sorunlu görülebilecek ve kanunilik içtihadı ile uyumlu olmayan bazı AYM kararlarına da yer vermek uygun olacaktır. Bu sayede hem gerçekleştirilen denetimde kanunilik ilkesinin uygulaması daha objektif biçimde ortaya konulup değerlendirilebilecek hem de kanunilik denetiminde gözden kaçabilecek hususlarla ilgili durumlar daha rahat biçimde fark edilebilecektir.

Hakkında yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde 2547 sayılı Kanun'da açıkça yer almamakla birlikte Yönetmelik'le getirilen bir düzenlemeye istinaden yükseköğretim kurumundan çıkarılan bir öğrencinin yaptığı bireysel başvuruda AYM, öngörülebilir ve ulaşılabilir nitelikteki Yönetmelik hükmüne dayalı biçimde soruşturmaya konu eyleme karşılık disiplin yaptırımı uygulandığından bahisle başvurusunun eğitim ve öğrenim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğunu belirtmiştir¹⁰⁸. Oysa burada eğitim ve öğrenim hakkına yönelik müdahalenin şekli anlamda bir kanun hükmüne dayanmadığı açıktır.

AYM, 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29. maddesiyle 26/9/2004

108 Bkz. *Selçuk Taşdemir* [GK], B. No: 2013/7860, 3/3/2016, §§ 73-74. Benzer bir karar için bkz. *Özcan Özsoy* [2. B.], B. No: 2014/5881, 15/2/2017, § 41; *Ahmet Batur* [2. B.], B. No: 2018/20182, 14/9/2021, § 29.

tarhli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen “*Halkı yarıltıcı bilgiyi alenen yayma*” başlıklı 217/A maddesinin (1) numaralı fıkrası¹⁰⁹ hükmünün iptal istemini reddederken kuralda kanunilik boyutuyla sorun bulmamıştır. Mahkemeye göre suçun maddi ve manevi unsurları, suça ilişkin yaptırımın niteliği ve miktarı, suçun nitelikli hâlleri kuralda herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak düzenlenmiş olup kuralın belirsiz ve öngörölmez nitelikte olduğundan söz edilemez ve bu yönüyle kural kanunilik şartını taşımaktadır¹¹⁰.

Oysa dava konusu kuralda yer alan “*halk arasında endişe, korku veya panik yaratma*”, “*ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı*”, “*gerçeğe aykırı bir bilgi*”, “*kamu barışını bozmaya elverişli*” olma ve “*alenen yayan kimse*” biçimindeki ibareler; keyfî ve öngörölmez uygulamalara yol açmaya elverişli, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin asgari olarak gerektirdiği kesinlik ve öngörölülebilirlikten oldukça uzak ve geniş yorumlanmaya müsait, soyut olarak kamu barışını bozmaya elverişli olan her türlü gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının cezalandırılabilmesine imkân sağlayan niteliktedir¹¹¹. Dolayısıyla dava konusu kuralda ciddi belirlilik ve öngörölülebilirlik sorunları mevcut olup bu yönü ile kural keyfî uygulamalara sebebiyet verecek bir düzenleme biçimi benimsemiştir.

Bir diğer örnek ise Mahkemenin güvenlik soruşturmasıyla ilgili ikinci kararında iptal isteminin reddedildiği dava konusu bazı maddelerde kendisini göstermektedir. AYM, 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu’nun 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan dava konusu

109 Dava konusu fıkra şu şekildedir: “Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

110 Bkz. AYM, E.2022/129, K.2023/189, 8/11/2023, §§ 20-29.

111 Bkz. “E.2022/129, K.2023/189, 8/11/2023” künyeli karara ilişkin Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, M. Emin Kuz, Yusuf Şevki Hakyemez ve Kenan Yaşar’ın karşıoy gerekçeleri.

“...gizlilik dereceli birimler ile...” ibaresinin Kanun’la oluşturulan sistemde gizlilik dereceli birimlerin hangileri olduğu hususunda belirli bir çerçeveyi çizdiği sonucuna ulaşmıştır¹¹². Oysa Cumhurbaşkanınca çıkarılan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik “gizlilik dereceli birim ve kısımlar” başlıklı 6. maddenin (2) numaralı fıkrasında bu belirliliği yönetmelik ile sağladığından, karardaki belirlilikle ilgili ulaşılan kanaat AYM kararlarında aranan standarttaki belirliliği karşılamaktan uzaktır.

Bu kararda AYM ayrıca 7315 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “a”, “b” ve “c” bentleri, 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesi hükümleri, 8. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarındaki dava konusu ibare ve cümleler, 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki dava konusu ibare ve 12. maddesinin kanunilik sorunu taşımadığı kanaatine ulaşmıştır. Oysa dava konusu kurallarda da hem belirlilik ve öngörülebilirlik sorunları mevcuttur hem de bir kısmında kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına ve kötüye kullanımlarına karşı yeterli güvenceler bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yönü ile dava konusu kurallarda yoğun biçimde kanunilik sorunlarına rastlanmaktadır¹¹³.

Bir diğer örnek gösterilebilecek kararda ise 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 70. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’un 26. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın iptal istemi reddedilirken yine kanunilikte bir sorun bulunmamıştır. Dava konusu kuralla Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanların millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde dışişleri bakanının talebi üzerine adalet bakanının teklifi ve cumhurbaşkanının onayı

112 Bkz. AYM, E.2021/60, K.2024/200, 4/12/2024, § 39.

113 İptal istemi reddedilen dava konusu kurallardaki kanunilik sorunları konusunda geniş değerlendirmeler için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez’in “E.2021/60, K.2024/200, 4/12/2024” künyeli karara ilişkin karşıoy gerekçesi.

ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile “ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması” şartı dikkate alınarak takas edilebileceği öngörülmektedir¹¹⁴.

Her ne kadar kuralda işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili güvenceler yer almakta ise de kuraldaki şekliyle bu sürecin işlediği durumlarda bu kişilerin idari yargı yoluna başvurmaları mümkün olmakla birlikte iade ve takas gibi hemen uygulanmakta olan bu nitelikteki işlemlere karşı idari yargı yolunda açılan davalardan ivedi bir şekilde sonuç elde etme imkânının bulunduğunu kabul edebilmek mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla bu konuda hızlı bir şekilde karar alabilecek ve bu sayede hukuka aykırı bulunması durumunda işlemi yürürlükten kaldırarak kişilerin sınır dışına çıkarılmasını durdurabilecek güvenceli bir yolun tesisi gereklidir. Aksi durumda bu kişiler açısından yurt dışına çıkarılmayla birlikte yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili anayasal güvenceler anlamsız hâle gelebilecektir¹¹⁵.

Norm denetimindeki bir diğer kararda AYM 7068 sayılı Kanun’un 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin “işlem, eylem” dışında kalan kısmının Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiş ve iptal istemini reddetmiştir. Oysa bu kuralda yer alan; “*kişilikleri hakkında kötüleyici veya konuştuğu kişilerde kötü intiba bırakacak tarzda olumsuz sözler söyleme*” gibi ifadeler aşikâr biçimde muğlaktır ve keyfiliği önleyecek bir belirlilikten uzaktır. AYM’nin bu kararı ile tamamen ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilebilecek ifadelerle kolluk personelinin cezalandırılmasına izin verilmesinin kanunilik güvencesiyle nasıl bağdaştırıldığını açıklayabilmek fevkalade

114 Bkz. AYM, E.2018/95, K.2023/221, 27/12/2023, §§ 424-435.

115 Bkz. Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, M. Emin Kuz, Yusuf Şevki Hakyemez ve Kenan Yaşar’ın “E.2018/95, K.2023/221, 27/12/2023” künyeli karara ilişkin karşıoy gerekçeleri.

zordur¹¹⁶.

Düzenleyicisi olduğu bir toplantıda üçüncü kişilerce asılan afişleri ve posterleri kaldırmamasından dolayı terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda AYM, başvurunun Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleme hakkının ihlal edilmediğine karar verirken derece mahkemelerince başvurunun 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılmasında kanunilik bağlamında bir sorun görmemiştir¹¹⁷.

Oysa bu başvuruya konu olayda derece mahkemesi kararında Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde 2013 yılında yapılan değişiklik dikkate alındığında başvurunun toplantı düzenleme komitesinin başkanı olarak ne şekilde terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterdiği veya övdüğü veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik ettiği gösterilebilmiş değildir. Dolayısıyla burada da açıklanmayan bir fiil nedeniyle terör örgütü propagandası yapma suçunun işlendiğinin kabul edilmesi müdahaleyi kanuni temelden yoksun bırakmaktadır. Bu durumda ise başvuru konusu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartını karşılamadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Nitekim AYM benzer bir bireysel başvuruda, açıklanmayan bir fiil nedeniyle terör örgütü propagandası yapma suçunun işlendiğinin kabul edilmesinin müdahaleyi kanuni temelden yoksun bırakmakta olduğunu belirterek başvuru konusu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik

116 Bkz. AYM, E.2024/124, K.2025/39, 11/2/2025.

117 Bkz. *Kemal Ece* [GK], B. No: 2021/41848, 25/2/2025.

şartını karşılamadığı sonucuna ulaşmıştır¹¹⁸.

Makam ve görev tazminatı alacaklarının (parasal hakların) geçmişe dönük olarak dul aylığına eklenerek ödenmesi için açılan davanın süre aşımından reddedilmesi nedeniyle yapılan bir bireysel başvuruda AYM, Danıştayın içtihatla ve hiçbir kanuni dayanağı olmayan biçimde kişilerin idareden olan bazı parasal alacakları ile ilgili olarak yeni bir dava açma süresi ihdas etmesinde Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı bağlamında kişilerin mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalede kanunilik bağlamında bir sorun görmüştür¹¹⁹. Oysa burada tamamen hiçbir kanuni temeli olmadan içtihatla oluşturulmuş bir yeni dava açma süresi söz konusu olduğundan bu başvurudaki ihlal kararının kanunilik ilkesinden hareketle verilmesi gerekirdi.

Norm denetimindeki bir diğer kararında AYM, imam hatip ve müezzin kayyım ünvanlı memur kadrolarına atanmada Diyanet İşleri Başkanlığınca belirlenecek usul ve esaslara göre yapılacak sözlü ve/veya uygulamalı sınavdan önce Kamu Personeli Seçme Sınavı'ndan Başkanlıkça belirlenecek puanı almış olma şartı ile ilgili kuralın kanunilik ilkesi ile çelişmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre Başkanlıkça belirlenecek puanın önceden ilan edileceği ve müracaat edecek tüm adaylar bakımından geçerli olacağı dikkate alındığında kuralda herhangi bir belirlilik ve öngörülebilirlik sorunu bulunmadığından bu yönüyle kural kanunilik şartını sağlamaktadır¹²⁰. Oysa hangi puanın yeterli sayılacağı hususunda Kanun'da hiçbir belirleme yapılmadığı, Başkanlıkça alınacak kişiler için öngörülecek puanın seviyesinin asgari ve azami hadlerinin ne olacağının Kanun'da hiçbir şekilde belirlenmemiş olduğu aşîkârdır. Burada idarenin elinde geniş bir takdir yetkisi bulunmakta olup bu durum kuralın kamu otoriteleri tarafından

118 Bkz. *Sercan Avcı* [1.B.], B. No: 2016/63088, 9/6/2021.

119 Bkz. *Hayrettin Kayahan Tangör ve Neslişah Tangör* [GK], B. No: 2020/11324, 6/2/2025.

120 Bkz. AYM, E.2023/56, K.2025/16, 16/1/2025, § 16.

keyfî uygulamalarına karşı yeterli güvence sağlayan açıklıkta düzenlenmediğini ve dolayısıyla kanunilik güvencesini karşılamadığını ortaya koymaktadır¹²¹.

Anayasa'nın 13. maddesinden mülhem biçimde oluşturulan kanunilik içtihadının elbette ki her bir bireysel başvuru incelemesi veya norm denetimi kararında AYM tarafından uygulanması önem arz etmektedir. Bununla birlikte yukarıda zikredilen örnek kararlarda da görüldüğü üzere pratikte bunun her zaman mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Uygulamada bunun bu şekilde gerçekleşmediği her bir dosya AYM'nin insan haklarını etkili biçimde koruma şeklindeki temel işlevini de olumsuz yönde etkilemektedir. Kanunilik güvencesi bağlamındaki bu ilkelerin her bir dosyada olması gereken düzeyde uygulanamaması AYM'nin iş yükü yoğunluğu, sınırlamaya konu meselenin aşırı karmaşık/teknik olması, Mahkemenin konuyu özgürlükçü yaklaşımla ele almaması gibi farklı nedenlerden kaynaklı olabilmektedir.

Uygulamadaki bu tür sorunlara rağmen yine de ifade etmek gerekir ki bugün geline aşama itibarıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak kanunilik güvencesinde AYM'nin oluşturduğu ilkeler önemli içtihadi kazanımlar olarak kabul edilmelidir.

Kanunilik güvencesi bağlamında sorunlu görülen örneklerle rağmen günümüzde gerek norm denetiminde ve gerekse bireysel başvurularda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak AYM, oluşturduğu bu standardı aşama aşama uygulayarak kanunilik denetimini sonuçlandırmaya gayret göstermektedir.

Kanunilik incelemesinde Mahkeme ilk olarak hak ve özgürlüğe müdahalede bulunan şekli anlamda bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Ardından

121 Bkz. "E.2023/56, K.2025/16, 16/1/2025" künyeli karara ilişkin Yusuf Şevki Hakyemez'in karşıoyu.

sınırlandırmayı gerçekleştiren hükmün şeklen var olmasını yeterli görmeyip kanunun kalitesi ile ilgili denetim aşamasına geçmektedir.

Bu minvalde ilk olarak kanuni düzenlemelerin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olup olmadığını incelemektedir. Kanun metninin erişilebilirliği şeklindeki şart, esasında ülkemizde pratikte hiçbir anlam ifade etmemektedir. Zira ülkemizde sınırlamayı gerçekleştiren tüm düzenlemelerin şekli anlamda kanun hükümleri olarak Resmî Gazete’de yayımlanması zorunluluğu nedeniyle burada bir erişebilirlik sorunu bulunmamaktadır.

Sonraki aşamada ise AYM, her ne kadar temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her bir kanun hükmünün denetiminde bu kritere başvurmuyorsa da kanunilik denetiminde güvenceli bir test uygulamaya gayret göstermektedir. Bu testte, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında doğabilecek muhtemel sakıncaları öngörmesi hâlinde, kanun hükmünün kamu otoritelerinin kötüye kullanımlarına ve keyfî uygulamalarına karşı yeterli güvencelere ve koruyucu önlemlere yer vermesi zorunluluğunu da aramaktadır.

Bu bağlamda sınırlandırmayı gerçekleştiren şekli anlamda kanunun aranması zorunluluğu yanında kanunun kalitesine ilişkin unsurların AYM’ce ikna edici tutarlılıkla kullanılması, gerçekleştirilen yargılamanın kalitesi açısından önem arz etmektedir¹²².

Ek olarak yukarıda da örnekleri gösterildiği üzere AYM, temel hak ve özgürlüğe ilişkin müdahale doğrudan Anayasa hükmünden kaynaklandığında, Anayasa’nın bu konuya ilişkin şekli anlamda bir kanunu referans gösterdiği konularla ilgili olarak müdahalenin kanuni dayanağı bulunmaması durumunda bile hak ihlaline karar verebilmektedir. AYM müdahaleye sebebiyet veren Anayasa hükümlerinin belirlili-

122 Bkz. Oder, B. E. (2016). s. 16.

ğinde sorun olması ve Anayasa hükümleri ile bunun açıklığa kavuşturulmadığı durumlarda bu belirliliğin mutlaka kanun hükümleri ile sağlanması gerektiğine işaret etmektedir. Zira burada temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir anayasa normuna dayanmadığından müdahalenin kanuniliği şartı sağlanamamaktadır.

Bu nitelikteki kendine özgü kanunilik sorunları çok sık ortaya çıkmamakla birlikte kanunilikteki belirlilik içtihadının sorunun Anayasa hükümlerinden kaynaklı bir belirsizlik şeklinde olması durumunda bile aranması, esasında AYM içtihadının geldiği düzeyin görülmesi yönüyle de önem arz etmektedir. Anayasa hükümlerinden kaynaklı belirsizliğin kanunilik güvencesi bağlamında nasıl sorun teşkil etmekte olduğuna ilişkin AYM ihlal kararlarının oldukça nitelikli ve özgürlükçü bir yaklaşımı bünyesinde barındırdığını ve bu yönü ile de AYM'nin gerçek işlevi ile uyumlu bir içtihat olduğunu vurgulamak gerekir.

Sonuç olarak AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili süreçte uygulamaya çalıştığı kanunilik içtihadı temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında hayati öneme sahiptir. Bu içtihat, kişilerin hak ve özgürlükleri açısından önemli bir güvence teşkil etmektedir. Bu nedenle bu çalışmada temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki “kanunilik ilkesi”nden bilinçli bir şekilde “kanunilik güvencesi” biçiminde bahsedilmektedir.

Kanunilik güvencesine ilişkin bu içtihadın oluşturulması kadar önemli ve gerekli olan bir husus ise bundan sonraki süreçte bunun süreklilik ve tutarlılık arz edecek biçimde uygulanmasıdır. Temel hak ve özgürlükler yönünden kanunilik güvencesinin bir anlam ifade edebilmesi için bu içtihadın kararlılıkla ve geliştirilerek uygulanması gerekmektedir. Esasında kanunilik güvencesi ile ilgili oluşturulan bu içtihadı uygun bir yaklaşım sergilemesi, insan haklarının güvencesi olması misyonu bağlamında AYM için de zorunluluktur.

Kanunilik güvencesinin geldiği aşama dikkate alındığında AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konularında bu içtihadi standardın gerisinde kararlar vermesi artık daha rahat biçimde fark edilebilecek ve bu durum aynı zamanda AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olması noktasındaki konumunu zedeleyecektir. Bu yönü ile bakıldığında artık kanunilik güvencesi ile ilgili olarak AYM aslında kendi eliyle yükselttiği çitayı koruma biçimindeki bir testle karşı karşıyadır.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK, Kerem ve KARAHANOGULLARI, Onur (2004). "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AIHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun" *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 3., ss. 249-275.
- ARSLAN, Zühtü (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 19., ss. 216-231.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2024). *Türkiye'de Kıyafet Özgürlüğü*, Ankara: Adalet Yayınları.
- DEMİR, Hande Seher (2023). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hak İhlali Başvurularının Denetiminde Kullandığı 'Yasal Dayanak' ve 'Yasa Kalitesi' Ölçütü Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi*, S. 47., ss. 125-155.
- ERDOĞAN, Mustafa (2015). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- EREN, Abdurrahman (2004). *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta Yayınları.
- EREN, Abdurrahman (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- EREN, Abdurrahman (2025). "Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi", <http://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/AYM'nin-serafettin-can-atalay-kararinindegerlendirilmesi>. (Erişim Tarihi: 22/4/2025)
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2025). "Anayasanın 14'üncü Maddesindeki Durumlarda Yasama Dokunulmazlığı İşler Mi? (Yargı-

tayın Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararını Değerlendirebilmek İçin Bir Ön Bilgi” <https://www.anayasa.gen.tr/gergerlioglu.htm>. (Erişim Tarihi:12/4/2025)

GÜVEYİ, Ümit (2024). “Anayasaya Sadakat Yükümlülüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İlişkisi”, *Anayasa Yargısı*, C. 41., S. 2., ss. 159-227.

HARRIS, David J., O’BOYLE, Michael ve WARBRICK, Colin (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılıcı, Mehveş ve Karan, Ulaş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık.

KABOĞLU, İbrahim Özden (2007). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, Ankara: İmge Kitabevi.

KESKİNSOY, Ömer, KAYA, Semih Batur ve DEMİR, Hande Seher (2024). “Anayasa Mahkemesi İçtihadında ‘Kanunilik’ Kriterinin Uygulanması Üzerine Bir İnceleme”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 57., S. 4., ss. 1-33.

KÖKÜSARI, İsmail (2021). “‘Açık Keyfilik’ ve ‘Bariz Takdir Hatası’ Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., ss. 623-667.

METİN, Yüksel (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

ODER, Bertil Emrah (2016). “Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 154., ss. 12-17.

ÖZBUDUN, Ergun (2025). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- SAĞLAM, Fazıl (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- SİR, Onur (2011). *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasa-ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Ankara: Adalet Yayınları.
- SÖZÜER, Adem (2023). “Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 11., S. 2., ss. 275-303.
- ŞİRİN, Tolga (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- TEZİÇ, Erdoğan (1972). *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- UYGUN, Oktay (1992). *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Yayınları.
- YAZICI, Hilal ve HOROZGİL, Denizhan (2024). “Bireysel Başvuru Yolu Kapsamında İhlalin Anayasadan Kaynaklanmasının Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi Yasağı Karşısındaki Durumu”, *Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan*, Cilt: 2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 2037-2072.



TOPLANTI VE GÖSTERİLERDE YÜZÜNÜ GİZLEME SUÇU (KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISI PERSPEKTİFİNDEN BİR ANALİZ)*

*The Offence of Face-Concealment in Assemblies and Demonstrations
(A Comparative Constitutional Case-Law Analysis)*

Prof. Dr. Tolga ŞİRİN**

ÖZET

Bu çalışmada 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na eklenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yüzünü gizleme suçu konusunda inceleme yapılmıştır. Çalışmada öncelikle söz konusu suç ile ilgili karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar ele alınmış, yüz örtme eylemine yönelik sınırlamalar karşılaştırmalı anayasa yargısı kapsamında irdelenmiştir. Konu ile ilgili uluslararası düzlem ve ulusal düzlem (ABD, Hong Kong, Fransa, Kanada, Almanya) bağlamında açıklamalarda bulunulmuş, anayasa mahkemesi kararlarına yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise ilgili suç tipi suçun objektif ve subjektif öğeleri ile ele alınmış; iştirak, içtima ve yaptırım unsurlarına değinilmiştir. Makalenin sonuç bölümünde karşılaştırmalı hukukta toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yüz gizleme ile ilgili düzenlemelere dair ortaya konulan birtakım sakıncalar aktarılmış, Türkiye'deki düzenlemenin öngörülen güvenceleri sağlamadığı ifade edilmiş ve mevcut düzenlemenin Anayasa'ya uygun olup olmadığı konusunda değerlendirmeler yapılmıştır. Konu

* Bu çalışma, TÜBİTAK 2219 Programı Programının desteğiyle Humboldt Üniversitesi'nde kaleme alınmıştır. Yazar, Dr. Serdar Talas'a okuyup getirdiği öneriler için özellikle teşekkür eder.

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

ile ilgili Anayasa Mahkemesinin yönlendirici bir kararının bulunmadığı vurgulanarak mevcut sorunların giderilmesinde izlenecek yollara dair önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yüzünü gizleme suçu, 2911 sayılı Kanun, toplanma özgürlüğü, Anayasa Mahkemesi, karşılaştırmalı hukuk.

ABSTRACT

This study examines the offence of concealing one's face during assemblies and demonstrations, as introduced into Law no. 2911 on Meetings and Demonstration Marches. Initially, it addresses comparative legal debates on this offence and analyses restrictions on face covering within the framework of comparative constitutional jurisprudence. Both international and national (United States, Hong Kong, France, Canada, and Germany) perspectives are discussed, with reference to relevant decisions of the Constitutional Court. The second part explores objective and subjective elements of the offence, as well as issues of participation, concurrence, and sanctions. The conclusion highlights certain concerns identified in comparative law regarding face covering during assemblies and demonstrations, observing that the Turkish legislative framework fails to provide the envisaged safeguards. It further evaluates whether the current regulation is compatible with the Constitution. Noting the absence of a guiding decision by the Constitutional Court, the study also offers suggestions for possible approaches to address existing challenges.

Keywords: Offence of concealing one's face during assemblies and demonstrations, Law no. 2911, freedom of assembly, Constitutional Court, comparative law.

GİRİŞ

İnsanların yüzlerini maske ya da benzeri nesnelerle örtme pratiği, insanlık tarihi kadar eskidir. Arkeolojik buluntular, yaklaşık 9 bin yıl önce bile taş maskelerin törensel amaçlarla kullanıldığını ortaya koymaktadır¹. Maskeler, tarih boyunca yalnızca eğlence ya da dinsel ritüellerde değil; yüzü korumak, korku salmak, kimliği gizlemek, toplumsal bir rol üstlenmek, salgın hastalıklardan korunmak ya da suç işlemek gibi çok çeşitli amaçlarla da kullanılmıştır. Günümüzde de insanların farklı saiklerle yüzlerini örttüklerine tanık oluruz ve onlara verdiğimiz tepkiler çoğu zaman bağlama bağlı olarak değişir. Örneğin biri geleneksel bir kıyafetle birlikte yüzünü peçeyle örttüğünde bunun dinsel bir anlam taşıdığını hemen kavrarız². Buna karşılık yüzlerini çorap benzeri bir nesneyle kapatmış bir grubun aniden bir bankaya girmesi, onların bir soyguncu çetesi olabileceğini düşündürür. Aynı kişiler ellerinde Amerikan futbolu topu ve yüzlerinde metal çubuklu maskelerle sokakta yürürken, onları büyük olasılıkla bir maça giden oyuncular olarak algılarız. Eğer bu kişiler yüzlerini simlerle kaplı rengârenk maskelerle örtüp dans ediyorsa muhtemelen bir eğlenceye ya da karnavala katılıyorlardır. Kısacası yüzü örten her nesne, taşıdığı anlamı bağlamdan alır. Fakat bağlamın her zaman bu kadar açık ve kolayca çözülebilir olmaması, özellikle kamusal alanda yüzün örtülmesine dair yaklaşımları karmaşılaştırır. Bu belirsizlik, devletin güvenlik, kamu düzeni ya da suçla mücadele gibi gerekçelerle

- 1 Lut Gölü yakınındaki Nahal Hemar mağarasında bulunan taş maske buna örnektir. Bkz. Pernet, H. (1992). *Ritual Masks: Deceptions and Revelations*, Columbia: University of South Carolina Press, s. 39.
- 2 Bu dinsel örtünme biçimlerinin (peçe) kamusal alanda tamamen yasaklanması özellikle S.A.S./Fransa kararı bağlamında Avrupa’da etraflı bir tartışma yaratmıştır. Bu çalışmada bu kesite girme gereği görmedik. Almanca literatürde münhasıran bu konuya özgülenmiş yeni bir çalışma yayımlanmıştır. Bkz. Ann-Kathrin, S. (2024). *Allgemeine Gesichtsverschleierungsverbote in Frankreich und Europa Eine völkerrechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung und der »Mindestanforderungen an das gesellschaftliche Zusammenleben«*, Berlin: Duncker & Humblodt.

yüz örtme eylemine müdahale ettiği durumlarda daha da görünür hâle gelir. Özellikle protesto gösterilerinde kullanılan maskeler, bir yandan ifade özgürlüğünün, mahremiyetin hatta “çoğunluk tiranlığı”nın bir parçası olarak görülürken diğer yandan kamu otoriteleri tarafından bir suç işlemeye yönelen kişinin potansiyel tehdit unsurları olarak değerlendirilir. Bu gerilim hattında, bazı ülkelerde yüzü maske ile örtmeyi yasaklayan veya sınırlandıran özel yasal düzenlemeler yani “maske karşıtı kanunlar” veya “anti-maske mevzuatı” (“anti-mask-laws” olarak ifade edilir) devreye girer. Bu konudaki yasaklar, bireyin temel hakları ile devletin güvenlik kaygıları arasındaki çatışmanın hukuki yansımaları olarak karşımıza çıkar.

Bu sorunsal, Türkiye’de 2015 yılında “İç Güvenlik Kanunu” olarak bilinen 6638 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kapsamında 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na (TGKY, mad. 23 ve 33) eklenen yeni bir suç tipiyle Türkiye’ye de taşınmıştır. Söz konusu değişikliğe göre:

“Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine (...) kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez, ve-sair unsurlarla örterek katılanlar iki yıl altı aydan dört yıla kadar (...) hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

Bu çalışmada, söz konusu suçun karşılaştırmalı hukuktaki çeşitli tartışmalar ve konuyla ilgili anayasa mahkemesi kararları çerçevesinde Anayasa’ya uygun olup olmadığı sorgulanacaktır. Çalışmanın ilk başlığı altında karşılaştırmalı anayasa yargısı kapsamında inceleme yapılacak, ikinci bölümde suç tipi (özellikle Alman literatürü ışığında) değerlendirilecek ve nihayet suçun Anayasa’ya uygunluğu konusunda bir değerlendirme ile sonuca ulaşılabacaktır.

I. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISI

Karşılaştırmalı hukuk uluslararası ve ulusal düzlemde ayrı ayrı ele alınabilir.

A. ULUSLARARASI DÜZLEM

Yüz örtme eylemine yönelik hukuki sınırlamalar, Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası yapıların ilgi alanına girmiştir. BM nezdinde konuyla ilgili dikkat çekici kaynak, Barışçıl Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Hakları Özel Raportörü Maina Kiai'nin 2014 yılında yayımladığı bir rapordur. Kiai'ye göre:

“Son yıllarda birçok hukuk sistemi, gösteriler sırasında barışçıl protestocuların yüzlerini örtmelerini yasaklamıştır. Bu yasaklar, maske veya kapüşon takan protestocuların şiddet eylemlerine karışabileceği ve kimliklerini gizleyerek cezadan kaçabilecekleri yönündeki endişelerle gerekçelendirilmiştir. Oysa hemen her hukuk sisteminde barışçıl gösteriler sırasında işlenen şiddet eylemleri zaten yasa dışıdır. Özel raportör, yüz örtme yasağının bazı durumlarda belirli grupları hedef almak ve bu grupların barışçıl toplanma özgürlüğünü uygun-
suz biçimde sınırlamak amacıyla kullanıldığından endişe duymaktadır. (...) Bir gösteri sırasında maske ya da yüz örtüsü takmanın, misilleme korkusu da dâhil olmak üzere, meşru ve suç oluşturmayan nedenleri olabilir. Örneğin Mısır'da 2013 tarihli protesto ve gösterilerle ilgili yasanın 6. maddesi, herhangi bir toplanma sırasında yüzü gizlemek amacıyla maske takmayı yasaklamaktadır. Bu hüküm herhangi bir istisna içermemekte olup peçe (nikap) takan kadınlara karşı ayrımcılık amacıyla kullanılabilir ve onların kamuya açık toplantılara ya da protestolara katılmasını fiilen engelleyebilir. Bu tür yasalar ayrıca, tıbbi nedenlerle maske takan engelli bireylere karşı da kullanılabilir. Arap dünyasında, Batı Avrupa'da, Kuzey Amerika'da ve başka yerlerdeki bazı

barışçıl protesto hareketleri, Guy Fawkes maskesini bir sembol olarak benimsemiştir. Bu maske özellikle gençler ve öğrenci protesto hareketleri arasında popülerdir. Bu maskeyi takmak, kimliği gizleme amacının ötesinde, siyasi bir duruş -diğer protestocularla ve küresel bir hareketle özdeşleşmenin bir yolu- olarak da değerlendirilebilir³.”

Avrupa Konseyi bünyesinde özellikle Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun (Venedik Komisyonu) bu konudaki görüş ve rehberleri önem taşır⁴. Venedik Komisyonuna göre:

“Maske ve yüz örtüsü takmaya yönelik genel veya rutin yasaklamalar olmamalıdır. İfade amaçlı olarak yapılan toplantılarda maske ya da yüz örtüsü takmak, ifade özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü kapsamında korunan bir iletişim biçimidir. Bu durum, belirli görüşlerin ya da dinî inançların ifade edilmesi ya da toplantıya katılan bir kişinin misillemeden korunması amacıyla gerçekleştirilebilir.

Şiddet tehdidinde dair somut bir kanıtın bulunmadığı barışçıl bir toplantıda maske ya da başka bir yüz örtüsünün takılması yasaklanmamalıdır. Bir kişinin maskesini çıkarması yalnızca, o kişinin davranışı tutuklama için makul şüphe oluşturuyorsa ve yüz örtüsü kimliğinin tespit edilmesini engelliyorsa istenebilir⁵.”

3 Kiai, M. *Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association*, UN Doc. A/HRC/26/29 (14 Nisan 2014), §§ 32–33. Keza bkz. Kiai, M. ve Kaguongo, W. (2023). *Freedom of Peaceful Assembly and of Association: Practices and Obstacles*, içinde Andreassen B. A. (Der.), *Research Handbook on the Politics of Human Rights Law* (ss. 99–114). Cheltenham: Edward Elgar.

4 Clayton, R., Flanagan, F. ve Hoffmann-Riem, W. (2013). *Opinion on Federal Law No. 65-FZ of 8 June 2012 of the Russian Federation*, (Venice: European Commission for Democracy Through Law – Venice Commission, CDL-AD (2013)003.

5 *Venice Commission, Joint Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3. Baskı), CDL-AD (2019)017 (4 Temmuz 2019), § 153.

Bu yaklaşım bir ölçüde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarına da yansımıştır. *Ibragimov/Rusya* kararında başvuru 17 Ağustos 2012’de, Pussy Riot üyelerinin mahkûmiyetini protesto etmek amacıyla Sankt-Petersburg’taki Beş Köşe Meydanı’nda tek kişilik barışçıl bir gösteri gerçekleştirmiş, yüzünü kısmen örten yeşil bir balaklava (bir tür kar maskesi) takmış ve tutuklu rock grubu (*Pussy Riot*⁶) üyelerine atıfla “*Başkalarının kaderine el uzatma. Pussy Riot’a özgürlük*” yazılı bir pankart taşımıştır. Başvurucu, gösteri boyunca kimliğini gizlememiş; gazetecilere ismini vermiş ve “balaklava”yı⁷ gösteri bitmeden çıkarmıştır. Polis olaya müdahale etmemiştir. Ancak daha sonra başvuru, kamusal eylemlerde yüzü gizlemeyi yasaklayan mevzuat uyarınca idari para cezasıyla cezalandırılmıştır. İç hukuk makamları, başvuruçunun ifade özgürlüğünü değerlendirmeden yasa hükmünü otomatik şekilde uygulamış; niyetini, barışçıl eylemin doğasını veya kimliğini gizleme amacı olup olmadığını dikkate almamıştır. İHAM ise eylemin barışçıl olduğunu, başvuruçunun kimliğini gizleme amacı taşımadığını ve gösterinin kamu düzenine tehdit oluşturmadığını tespit ederek yerel mahkemelerin ifade özgürlüğünü yeterince değerlendirmede, keyfi biçimde yasa uyguladığı ve bu müdahalenin “makul ve yeterli” gerekçelerle desteklenmediği sonucuna varmıştır. Venedik Komisyonunun görüşlerine ve Rus Anayasa Mahkemesinin (AYM) daha önceden bu konuda verdiği bir karara atıf yapan İHAM, başvuruçunun kimliğini gizleme niyeti olmaksızın, ifade amaçlı olarak, tek başına barışçıl bir gösteri sırasında kar maskesi takmaktan ibaret eyleme dönük müdahalenin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yarattığını saptamıştır.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla Rusya AYM’si gösterilerde

6 Bu kişilere dönük müdahaleler için bkz. *Mariya Alekhina and Others/Russia*, B. No: 38004/12, 17/7/2018.

7 Balaklava, başı, boynu ve bazen de yüzün büyük kısmını örten, genellikle yün veya benzeri kumaşlardan yapılan, kışın soğuktan korunmak için kullanılan bir tür giysidir. Türkçede bazen “kar maskesi” ya da “yüz maskesi” olarak da anılır.

yüzünü gizleme yasağını meşru görse bile bu yasağın uygulanmasını çerçevelemeye çalışmıştır. Şöyle ki: Mahkeme, her ne kadar maske, kamuflaj ya da kimlik tespitini zorlaştıran araçlarla yüz gizlemenin kamu güvenliği ve düzeninin korunması amacıyla yasaklanmasını anayasal hedeflerle uyumlu bulsa da bu yasağın katı ve mutlak biçimde uygulanamayacağını vurgulamıştır. Yüzün hava koşulları, sağlık gerekçeleri ya da görsel ifade biçimleriyle (örneğin yüz boyası ya da çıkartmalarla) gizlenmesinin otomatik olarak kimlik gizleme kastı taşıdığı kabul edilemez. Bu nedenle katılımcının niyeti, kullandığı araçların niteliği, eylemin etkileri ve güvenlik üzerindeki sonuçları somut olarak değerlendirilmeden ve özellikle kişinin kimliğinin belirlenmesi ciddi şekilde engellenmişse salt yüz gizleme gerekçesiyle idari yaptırım uygulanması mümkün değildir⁸.

Rus AYM'sinin bu yaklaşımı diğer başka AYM'lerin kararlarında da karşılık bulmaktadır. Şimdi bu karşılıkları ve yaklaşımların nasıl somutlaştığını görmek için karşılaştırmalı anayasa yargısı kararlarına geçebiliriz.

B. ULUSAL DÜZLEM

Karşılaştırmalı hukukta, “anti-maske” mevzuatının Batı dünyasında 1845 yılına kadar uzandığı söylenir⁹. Amerika

8 7 Temmuz 2016 tarihli ve 1428-O sayılı Rus AYM'sinin kararının özeti için bkz. *Ibragimov/Russia*, B. No: 68537/13, 30/8/2022, § 17-18.

9 Kaminski, M. E. (2013). “Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, C. 23., S. 3., s. 817.

(Bu çalışmada karar filtrelemesinde Kaminski'nin eserinden yararlanılmıştır.) 1845'teki yasağa dönecek olursak; New York'un anti-mask (maske karşıtı) yasası, genel bir yasak niteliğindedir; yani kamusal alanda maske takmayı yasaklar, ancak ifade özgürlüğü gibi anayasal olarak korunan davranışlara yönelik bazı istisnalar içerir. Bu yasa, ABD'deki en eski anti-mask yasalarından biridir ve ilk kez 1845 yılında kabul edilmiştir. Yasaya ilham veren olaylar, “Anti-Rent” adı verilen bir protesto hareketi sırasında yaşanmıştır. Bu harekete mensup protestocular, toprak rantı sistemine karşı çıkmak amacıyla yerli halk gibi giyinerek (örneğin “Kızılderili” kılığına girerek) isyan etmişler ve kendilerine yasal tebligat yapmaya çalışan bazı kolluk görevlilerini öldürmüşlerdir. Bu olaylar, kamu düzenini sağlamak

Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) “anti-rent” adı verilen protesto hareketleri sırasında toprak rantı sistemine karşı çıkmak amacıyla yerli halk gibi giyinerek (örneğin “Kızılderili” kılığına girerek) isyan eden göstericilerin kendilerine yasal tebligat yapmaya çalışan bazı kolluk görevlilerini öldürmeleri üzerine kamu düzenini sağlamak ve kimlik gizleyerek şiddet eylemleri gerçekleştirilmesini önlemek amacıyla çıkarılan ilk kandan bu yana mesele anayasal düzeyde tartışılmalıdır. Konunun farklı eyaletlerde farklı biçimlerde ele alındığı ABD'deki içtihadi çeşitlilik, bu ülkedeki kararların özellikle dikkate alınmasını gerektirmektedir. Nitekim bu içtihatlar ve ona bağlı olarak gelişen literatür, diğer ülkelerdeki yaklaşımları tetiklemiş görünmektedir.

Bu bağlamda özellikle Hong-Kong örneği böyle bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığına, Fransa örneği ise Anayasa'ya uygun sayılmasına dönük önemli belirlemeler içeren ilkesel örneklerdir. Bu ilkesel örneği daha özgürlükçü veya daha güvenlikçi kılacak diğer iki ülke örneği ise sırasıyla Kanada ve Türkiye olabilir.

Bu çerçevede konunun net anlaşılması için tartışmalara temel oluşturan ABD'deki içtihadi durumu yansıtacak, sonra özgürlükçü bir örnek olarak Hong-Kong'daki duruma değinecek, bu örneğe nazaran daha az özgürlükçü (Fransa) ve daha çok özgürlükçü (Kanada) iki ülke deneyimin arasında zikzak çizdikten sonra Türkiye özelinde konuyu değerlendirmeye geçeceğiz.

1. ABD

ABD'de maske yasaklarına dair anayasal tartışmanın zemini, 1960'lardan itibaren özgürlükçü yorumlarla şekillenmiş; bazı eyalet mahkemeleri hakları cesurca genişletirken diğerleri bu alanın sınır taşlarını dikmiştir. Özgürlükçü kararlar,

ve kimlik gizleyerek şiddet eylemleri gerçekleştirilmesini önlemek amacıyla yasama organını böyle bir yasa çıkarmaya yöneltmiştir. Bkz. *People/Abouf*, 721 N.Y.S.2d 725, 733 (N.Y. Crim. Ct. 2001).

konunun hangi temel haklar perspektifinden ele alınması gerektiğine ışık tutarken sınır taşları diken kararlar meselenin kavranmasındaki parametreleri netleştirmiştir.

a. Özgürlükçü Örnekler

ABD’de maske yasağının anayasallığına ilişkin özgürlükçü yaklaşım, zamanla “anonimlik hakkı” olarak adlandırılan anayasal güvenceyle iç içe gelişmiştir. Anonimlik hakkı, bireylerin kimliklerini ifşa etmeden düşüncelerini açıklama, bilgi paylaşma ve iletişim kurma özgürlüğünü ifade eder¹⁰. İfade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve dijital mahremiyet gibi temel haklarla yakından bağlantılı olan bu hak; ilk kez ABD Yüksek Mahkemesinin 1958 tarihli *NAACP/Alabama* kararında tanınmıştır. Karara konu olan davada ırkçılık, ayrımcılık, linç ve oy hakkı ihlalleriyle mücadele eden NAACP adlı örgüt, Alabama eyaletinin üyelerinin isimlerini talep etmesine karşı çıkmış; bu bilginin açıklanmasının üyelerini tehdit, baskı ve şiddete açık hâle getireceğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, bir sivil toplum kuruluşunun üyelerinin kimliğinin açıklanmasının ifade ve örgütlenme özgürlükleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğine hükmetmiş; anonim kalma hakkını da Birinci Değişiklik kapsamında korunan anayasal özgürlüklerden biri olarak kabul etmiştir¹¹.

Aynı yaklaşım 1960 yılında verilen *Talley/California* kararında pekiştirilmiş ve bildiri dağıtıldığında bildirilerin altına mutlaka isim yazılmasını zorunlu kılınan düzenlemeyi ele alan Mahkeme, anonimliğin tarihsel olarak özellikle siyasal ifade açısından önemli bir araç olduğunu vurgulayarak bireylerin isimlerini açıklamadan düşünce açıklama hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. “Anonim broşürler, el ilanları, broşürler ve hatta kitaplar insanlığın ilerlemesinde önemli bir rol oynamıştır¹².” şeklindeki bir belirlemeyle bu türden pratiklerin insanlık ta-

10 Article 19 (2015). *The Right to Online Anonymity*, London: Article 19.

11 *NAACP/Alabama*, 357 U.S. 449, 30/6/1958.

12 *Talley/California*, 362 U.S. 60, 7/3/1960.

rihindeki önemine yapılan yollama, sonraki yıllarda giderek geliştirilmiş ve bugün “Anonim ifade zararlı ve hileli bir eylem değil, onurlu bir savunma ve bir muhalefet geleneğidir. [Anonimlik] çoğunluğun tiranlığına karşı bir kalkandır¹³.” diye bilinen jenerik saptamaya kadar uzanan bir içtihatlar zincirine temel oluşturmuştur.

Anonimlik hakkının protesto gösterileri bağlamında tartışmaya açılması, özellikle 1978 yılında Teksas Teknik Üniversitesinde İranlı öğrenciler tarafından düzenlenmek istenen bir gösteriyle gündeme gelmiştir. Öncü nitelikteki *Aryan/Mackey* davasında, İranlı Öğrenciler Birliği, Şah rejimini protesto etmek amacıyla kampüste eylem düzenlemek istemiş ancak üniversite yönetimi bu izni yalnızca öğrencilerin yüzlerini açık tutmaları şartıyla vermiştir. Öğrenciler ise maskesiz gösteri yapmaları durumunda misillemeye uğramaktan korktuklarını, ayrıca maske takmanın Şah rejimine karşı direnişin bir sembolü hâline geldiğini ve dolayısıyla sembolik bir ifade içerdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme -Anayasa’nın anonimliği açıkça tanımadığını kabul etmekle birlikte- *Talley* ve *NAA-CP* kararlarına atıfla, anonimliğin ifade özgürlüğüyle güçlü biçimde bağlantılı olduğu durumlarda anonimliği engellenin ifade özgürlüğünü de zedeleyeceğini vurgulamıştır¹⁴. Bu vakada dikkat çekici olan yönler şöyledir: Öğrencilerin baskı görececeklerini somut biçimde ispatlamaları aranmamış, mevcut koşulların bu korkuyu makul kıldığı kabul edilmiştir. Ayrıca Mahkeme; maske kullanımının salt fiziksel bir örtünmeden ibaret olmadığını, bunun aynı zamanda politik bir mesaj, bir korunma aracı ve bir özgürlük talebinin yüzüstü

13 *McIntyre/Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334, 04/19/1995. Bu karar bir kişinin yerel bir okul vergisi önerisine karşı el ilanları dağıtması ancak adını belirtmediği için cezalandırılmasıyla ilgiliydi. Mahkeme, anonim ifade geleneğinin Amerika’da köklü ve saygıdeğer bir geçmişe sahip olduğunu vurgulayarak, bireylerin isimlerini açıklamadan siyasi görüş bildirme hakkının korunması gerektiğini belirtti. Kararın en çarpıcı cümlelerinden biri şudur: “Anonymity is a shield from the tyranny of the majority.” (“Anonimlik, çoğunluğun zorbalığına karşı bir kalkandır.”)

14 *Aryan/Mackey*, 462 F. Supp. 90 (N.D. Tex. 1978).

ama yankılı hâli olduğunu ifade etmiştir. Üniversitenin maske yasağının kampüs güvenliğiyle nasıl somut biçimde ilişkili olduğunu ortaya koyamadığını belirten Mahkeme, sonuç olarak maske yasağının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁵. Bu kararda öne çıkan şu vurgu, sonraki anayasal değerlendirmelerin de temelini oluşturmuştur:

“Her ne kadar Anayasa anonim kalma hakkını açıkça tanımasa da, anonimlik bazı durumlarda ifade özgürlüğüyle o kadar iç içe geçer ki, birine getirilen yasak diğerinin fiilen ortadan kalkmasına yol açar¹⁶.”

Maske konusundaki bir diğer önemli karar olan 1978 yılında verilen *Ghafari/Municipal Court for San Francisco* kararına konu olan olayda yine İranlı öğrenciler gösteriler sırasında gözlükleri ile yüzleri arasında bildiriler sıkıştırarak yüzlerini örtmüşlerdir. Gösterilerde yüzünü örtmeyi yasaklayan mevzuatın anayasallığının tartışıldığı davada maskenin suç amacı taşımadan takılmasının meşru bir devlet menfaatine zarar vermediğini sonucuna varılmıştır. Bu vakada, başvuru ileri sürdüğü iddialardan biri, yine yeniden misilleme korkusu olmuştur. Mahkeme, Anayasa’ya aykırılık sonucuna varırken bu misilleme korkusuna, somut bir tehdidin gösterilmesi/ kanıtlanması beklenilmeden dayanmış; başka bir deyişle caydırıcı etki öğretisi, mağdurluk statüsü ve matufiyet yönlerinden de kullanılmıştır¹⁷.

İfade özgürlüğü ile ilgili yönü öne çıkaran bu iki karar, zaman içinde derinleşerek farklı açılardan ele alınmıştır. 1981 yılında Florida’da görülen *Robinson/State* davası, meselenin ifade özgürlüğü bağlamının ötesinde, diğer temel haklar açısından da anlaşılabilirliği açısından dikkate değer olmuştur¹⁸.

15 Bir bakıma ispat yükünün yer değiştiğini söyleyebiliriz.

16 *Aryan/Mackey*, § 92.

17 *Ghafari/Municipal Court*, 87 Cal.App.3d 255, 12/14/1978.

18 Kahn, R. (2019). “The Long Road Back to Skokie: Returning the First Amendment to Mask Wearers,” *Journal of Law and Policy*, C. 28., S. 1., s. 71.

Bu davada, maske takmayı yasaklayan düzenlemenin geniş kapsamlı olduğu ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu savunulmuştur ancak ifade özgürlüğünden ziyade, adil yargılanma hakkı (*due process*) sorunu ön plana çıkmıştır. Mahkeme, maske yasağının masum davranışları bile kapsayabilecek kadar geniş olduğunu ve bazı durumlarda mantıklı bir gerekçe olmaksızın bireyleri cezalandırabileceğini belirtmiştir. Kararın satır aralarından çıkarılabilecek önemli bir sonuç, maske takmanın başkaca meşru bir amaçla ilişkilendirilmeden bizzat suç kılınmasının amacın ne olduğunu kanıtlamayı kişinin üzerine bırakmasından ötürü bir bakıma masumiyet karinesi ihlali anlamına geleceğini söylüyor olmasıdır.

Son olarak 1990 yılında bir bölge mahkemesi, Tennessee eyaletindeki Pulaski kentinin maske takmayı yasaklayan belediye düzenlemesini Anayasa'ya aykırı bulduğu kararını kaydetmek gerekir. Bu düzenleme, Ku Klux Klan isimli ırkçı örgütün (siyahi karşıtı, beyaz üstünlükçüsü, göçmen karşıtı ve ırkçı nitelik taşıyan gizli örgütün mensupları tarihsel olarak beyaz renkli uzun cüppeler ve sivri başlıklı kukuletalar giyerler) siyahi lider Martin Luther King Jr.'a atfedilen 19 Ocak gününde şehir merkezinde yürüyüş yapmak istemesi üzerine çıkarılmıştır. Mahkeme iki gerekçeyle düzenlemeyi Anayasa'nın ifade özgürlüğünü güvence altına alan Birinci Değişikliğe aykırı bulmuştur. Birincisi, yürüyüş izinlerinin reddedilmesi konusunda yetkililere aşırı takdir yetkisi tanımaktadır. İkincisi ise özellikle gösteri ve yürüyüş bağlamında bazı maskelerin ve kılık değiştirmenin güçlü bir sembolik siyasi ifade biçimi olabileceğini ve bunun Anayasa tarafından korunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle düzenleme, ifade özgürlüğünü gereksiz yere sınırladığı için aşırı kapsamlı (*overbroad*) kabul edilmiştir. Bu karar, geçit töreninde askerî üniforma giymenin de sembolik ifade sayıldığı hatırlatılarak sembolik ifadelerin anayasal koruma altında olduğuna atıfla temellendirilmiştir¹⁹.

19 Ku Klux Klan/MLK Worshippers, 735 F. Supp. 745, 751 (D.C. Tenn., 1990).

b. Sınır Taşları

ABD'deki içtihadi gelişim, sadece özgürlükler lehine olmamış; maske yasaklarının bazı ölçütler çerçevesinde sınırlanabilirliğine vurgu yapılmıştır. Dağınık biçimde farklı kararlara yansıyan bu sınır taşlarını şöyle sıralayabiliriz.

İlk örnek, önceden bildirim koşuludur. New York eyaletinde, bazı istisnalar dışında kamusal alanda kılık değiştirerek (yani maske ya da kostümle) dolaşma yasaklanmıştır. Bu istisnalardan biri de eğlence amaçlı toplanmalara yöneliktir. Eğlence amacıyla barışçıl biçimde toplanan kişiler, polis makamlarından izin almak suretiyle kamusal alanda maske ya da kostümle bulunma hakkına sahip olabilmektedir. Bu düzenleme bağlamında 1967 tarihli Schumann/State of New York davasında, federal bölge mahkemesi, ABD'nin Vietnam savaşını protesto eden bir pandomim tiyatrosu grubuna açılan davayı incelemiştir. Mahkeme, mezkûr yasadaki muafiyet sağlayabilecek izin prosedürünün hiç işletilmemiş olduğunu yani polis makamlarına başvurularak istisna talebinde bulunulmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle davanın erken aşamasında yasaya karşı tedbir kararı verilmesi talebi uygun bulunmamıştır²⁰. Bu bakımdan karar, bir bakıma önceden bildirim/izin koşulunu haklı sayar görünmektedir.

Ayırksı ve tartışmalı sayılabilecek bir diğer örnek, 2001 yılında gözleri ve alınları dışında tüm yüzlerini bandanalarla örtterek gösteri yapan anarşist grubun tutuklanmalarıyla ilgili olan *People/Aboaf* kararıdır. Bu vakada mahkeme, maske takmanın bir "ifade"den ziyade davranış olduğunu kaydettiği gibi mısilleme olasılığının somut biçimde ortaya konmadığına dikkat çekmiştir. Anonim kalma arzusunun anlaşılır olabileceğini söyleyen Mahkeme, somut olayda bunun ifade veya örgütlenme özgürlüğüyle olan ilişkisini somut biçimde kurmanın gereklilik olduğunu ifade etmiş ve yani bir bakıma kişilerden maske takma amaçlarının meşru niteliğini göstermelerini istemiştir²¹.

20 Schumann/ State of New York, 270 F. Supp. 730, 733 (S.D.N.Y. 1967).

21 People/Aboaf, 721 N.Y.S.2d 725, 734 (N.Y. Crim. Ct., 2001).

Aynı eyalette, az önce değinilen Ku Klux Klan örgütünün kıyafetlerinin sembolik niteliğiyle ilgili olarak da dikkate değer bir karar verilmiştir. *Ku Klux Klan/Kerik* kararında bu grubun mensuplarının “sembolik ifade” güvencelerine atıfla maske takma isteklerini (izin taleplerinin reddini) ele alan Mahkeme, maskenin bağımsız bir ifade değeri taşımadığını çünkü maskenin sembolik anlamının zaten giydikleri üniformasıyla bütünleşik olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle somut olayda maskenin sembolik ifade özgürlüğü kapsamında ek bir anayasal koruma görmesine gerek olmadığına ve yasağın ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine hükmedilmiştir²².

Nüanslı sayılabilecek diğer pek çok davada ise yalnızca maske takmanın başlı başına suç oluşturup oluşturmadığı ya da sanığın ayrıca kimliğini gizleme veya başka bir olumsuz niyet taşıyıp taşımadığı tartışma konusu edilmiştir. Eyaletler arasındaki kanuni düzenlemelerin çeşitliliği, anonimlik olgusuna dair farklı hukuki yaklaşımları ve bu konudaki gerilimi yansıtmaktadır. Miller ve Daniels kararlarında Georgia mahkemeleri; maske takmanın tek başına yeterli olmayacağını, ek olarak kişinin belirli bir niyetle hareket ettiğinin de ortaya konması gerektiğini kabul etmiştir. City of Erie kararında ise federal mahkeme, bu niyetin salt zihinsel bir durum olarak değil, davranış yoluyla dışa vurulması gerektiğini ifade et-

22 *Church of the American Knights of the Ku Klux Klan/Kerik*, 356 F.3d 197, 211 (2d Cir. 2004), 202-208. Bu ikinci nokta, önceki hiçbir mahkeme kararının ulaşmadığı kadar ileri gider. *Ku Klux Klan/Kerik* kararı, diğer mahkemelerin işaret ettiği aşırı kapsam (*overbreadth*) ve belirsizlik (*vagueness*) gibi anayasal sorunları dikkate almaz. Ayrıca, anonimlik ile ifade arasındaki bağın kurulduğu Aryan ve Ghafari davalarındaki içtihadı da göz ardı eder. Mahkemenin, Yüksek Mahkemenin anonimliği sadece isim açıklamama hakkı ile sınırladığı yönündeki yorumu da hatalıdır; zira *Talley/California* kararında Yüksek Mahkeme, anonimliği doğrudan Birinci Değişiklik (*First Amendment*) ile ilişkilendirerek, insanların kimlik açıklama korkusu ve misilleme tehdidiyle kamusal tartışmalardan kaçınabileceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, bir kişinin yüzünün tanınması da tıpkı isminin açıklanması gibi kimliğini ortaya çıkarabilir; özellikle biyometrik tarama ve yüz tanıma teknolojilerinin yaygınlaştığı günümüzde, yüz tanıma da bir tür zorunlu kimlik açıklamasıdır. Kaminski, M. E. (2013). s. 866.

miştir²³. Bu bağlamda niyetin nasıl belirleneceği sorusu, literatürde ve içtihatla epey tartışmayı beraberinde getirmiştir²⁴.

Bu tartışmaları süzerek ilkesel bir aktarım yapmak gerekirse bu bağlamda hem sanığın bilinçli biçimde kimliğini gizleme niyetiyle hareket ettiğinin hem de suça yöneldiğinin somut olarak kanıtlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan örneğin sanığın taktığı şapka, güneş gözlüğü ve yüzündeki yara bandı, yüzünü gizleme niyetini ortaya koymaya yetmezken²⁵ sanığın olağan yaşamda kullanılması mümkün olmayan bir maske takarak özel mülke girmesi suçu gizleme ve suç niyeti yönlerinden bir çıkarıma temel sayılabilmiştir. Bununla birlikte anonimlik yalnızca gizlenme aracı olmanın ötesinde, aynı zamanda bir ifade biçimi olarak değerlendirilebilir. Maskeler, özellikle kamusal protesto ve politik katılım bağlamında sembolik bir anlatım biçimi sayılabilir ve bu yönüyle ifade özgürlüğü kapsamında korunabilir. Maske takan bireyin misillemeden korunma amacı taşıyabileceği de gözetilmeli; bu tür bir tehdidin mutlaka somut biçimde kanıtlanması gerekmediği zira olası misilleme korkusunun dahi ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan maske takmanın kendiliğinden korku yaratabilecek bir davranış olması da mümkündür²⁶ fakat anayasal çerçevede bir davranışın korkuya yol açması tek başına onu yasaklamak için yeterli bir gerekçe oluşturmaz²⁷. Her durumda, böyle bir sınırlamanın meşru kabul edilebilmesi için başka bir haklı nedenin bulunması ve özellikle maske takma niyetinin suç işlemek, suçu gizlemek ya da delil

23 Çok ayrıksı olsa da bazı mahkemeler, maske takmayı doğası gereği tehditkâr bir eylem olarak değerlendirmiş ve ek bir niyet unsuru aramaksızın cezalandırılabilmesini kabul etmiştir. Bkz. *Hernandez, Ryan ve Kerik* kararları. *Hernandez/Texas*, 347 U.S. 475 (1954); *Ryan/United States*, 379 U.S. 61 (1964); *Church of the American Knights of the Ku Klux Klan/Kerik*, 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004).

24 Kaminski, M. E. (2013). s. 875.

25 *Commonwealth/Santos*, 402 Mass. 775 (1988).

26 *State/Miller*, 261 Ga. 350, 405 S.E.2d 754 (1990).

27 *Virginia/Black*, 538 U.S. 343, 4/7/2003.

karartmak gibi amaçlara dayandığının somut biçimde ortaya konması gerekir. Aksi hâlde, maskeyle ifade eden bireylerin potansiyel suçlu olarak değerlendirilmesi, anayasal güvence altındaki ifade özgürlüğü ile suçsuzluk karinesi arasında ciddi bir gerilim doğurabilir. Bu bağlamda kanıtlama yükümlülüğünün bireyin üzerine kaydırılması, özellikle ceza yargılaması sürecinde suçsuzluk karinesi açısından ciddi sakıncalar yaratabilir.

2. Hong Kong

Toplantı ve gösterilerde maske takma yasağı konusundaki düzenlemelerin özellikle son on yılda arttığı görülmektedir. Anayasa yargısı merceğini bu dalgaya yönelttiğimizde özellikle Hong Kong'da Yüksek Mahkemenin 2019 yılında verdiği bir karar dikkat çekmektedir²⁸.

2019 yılında Hong Kong hükûmeti, Çin'e suçluları iade etmeyi öngören bir kanun tasarısı hazırlamış ve bu kanun tasarısı, Hong Kong halkı arasında büyük bir tepkiye yol açmıştır. Halk, Çin mahkemelerinde yargılanma korkusuyla sokağa dökülmüş; bu da Hong Kong'daki demokrasi hareketinin güçlenmesine neden olmuştur. Protestolar, yalnızca bu tasarıya karşı olmakla kalmamış; polis şiddeti ve demokratik reform talepleri üzerine de yoğunlaşmıştır. Bazı protestocuların yüzlerini maskelerle örtmesi, polislerin kimlik tespiti yapmalarını engellemiş ve bu da hükûmetin yüz maskesi takmayı yasaklayan düzenlemeyi çıkarmasına yol açmıştır. Hükûmet, yüz maskelerinin yalnızca yasa dışı protestolarla ilişkilendirildiğini ve bu yasağın güvenliği sağlama adına gerekli olduğunu savunmuştur. Bununla birlikte yasağın sadece şiddet içeren protestolarla sınırlı olmaması, barışçıl protestocuları da etkilemesi ve diğer temel hakları kısıtlaması, yargı süreçlerinde büyük tartışmalara yol açmıştır.

28 Lo, S. S. H., Hung, S. C. F. ve Loo, J. H. C. (2020). Populist Protesters, October 1 Confrontation and Opposition to Anti-mask Law, içinde Lo, S. S. H., Hung, S. C. F. ve Loo, J. H. C. (Der.), *The Dynamics of Peaceful and Violent Protests in Hong Kong: The Anti-extraction Movement* (ss. 211-262), Singapore: Palgrave Macmillan.

Bu bağlamda özellikle öne çıkan norm Olağanüstü Hâl Düzenlemeleri Kanunu'dur²⁹. Bu Kanun, Hong Kong'daki İngiliz kolonyal döneminde hükûmete olağanüstü durumlar için geniş yetkiler vermiştir. Örneğin Kanun'un 2'nci maddesine göre "İcra Kurulu Başkanı, acil durum veya kamu güvenliği açısından tehlike arz eden bir durum olduğunu düşündüğü herhangi bir durumda, kamu yararı gerektirdiğine kanaat getirdiği her türlü düzenlemeyi yapabilir."

Kanun, Hong Kong'taki egemenliğin 1997'de Çin'e devri sonrasında uzun süre atıl kalmıştır. Fakat 2019'da, protestoların şiddetinin artması ile birlikte hükûmet bu Kanun'a dayanarak yüz maskesi yasağını getirmiş ve "Yüz Örtme Yasağına İlişkin Yönetmelik"i çıkarmıştır³⁰. Yönetmelik'e göre hukuka aykırı veya izinsiz toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde "kimliğin tespit edilmesini engellemesi muhtemel herhangi bir yüz örtüsünü" kullanan kişiye para cezası ve bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yönetmelik (mad. 4) ayrıca "bir suçla itham edilen kişinin, isnat edilen suçun işlendiği sırada yüz örtüsü kullanmak için kanuni yetkisi veya makul bir mazereti bulunduğunu ortaya koyması durumunda, bu kişi için bir savunma imkânı doğar." diyerek yasağa istisna getirmiş ve bu istisnayı sayılı durumları ortaya koyarak ayrıntılandırmıştır.

Buna göre "kanuni yetki" istisnası için (a) yeterli delilin ortaya konması ve (b) savcılığın bu durumun aksini makul şüphenin ötesinde ispatlayamaması ölçütleri öngörülmüştür (mad. 4/2).

Makul mazeret açısından ise şu sayılanlar peşinen geçerli sayılmıştır:

(a) Kişi belli bir mesleği veya işi icra ediyor ve meslek veya işle bağlantılı bir faaliyeti yerine getirirken fiziksel güvenliği için yüz örtüsünü kullanıyorsa,

29 Düzenlemenin İngilizce metnine şuradan ulaşılabilir: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap241> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

30 Düzenlemenin İngilizce metnine şuradan ulaşılabilir: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap241K> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

(b) Kişi, dinî nedenlerle yüz örtüsü kullanıyorsa,

(c) Kişi, önceden var olan bir tıbbi ya da sağlık gerekçesiyle yüz örtüsü kullanıyorsa.

Öte yandan yine Yönetmelik'e (mad. 5) göre polis memuru, kamuya açık bir alanda kimliği gizleyebileceği makul şekilde düşünülen bir yüz örtüsü takan kişiden bu örtüyü çıkarmasını isteyebilir; kişi bu talebe uymazsa memur örtüyü çıkarabilir ve kişi ayrıca 6 aya kadar hapis ve seviye 3 para cezasıyla cezalandırılabilir.

Muhalefet, bu hükümlerin (hem Yönetmelik hem de Kanun'un) Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüştür. İlk etapta Hong-Kong hukukuna özgü (yürütmeyi durdurma niteliğindeki) geçici tedbir kararı (*interim relief*) verilmemişse de davanın sonunda Anayasa'ya aykırılık iddiaları kabul edilmiştir. Davada, sınırlamanın yönetmelikle yapılması iddiaları, yönetmeliğin bir kanuna dayanıyor olmasından ötürü reddedilmişse de her iki normun da kendine özgü teknik nitelikleri uyarınca Anayasa'ya aykırılıklar saptanmıştır. Bu bakımdan yetki devrinin genişliği, kılavuz ilkelerin yetersizliği, koşulların subjektifliği, düzenlemelere ilişkin yerleşik normlarla çelişmesi, süre sınırlamalarının (*sunset clause*) yokluğu ve genel olarak yasama denetiminin eksikliği gibi unsurları dikkate alarak yürütmeye "kamu tehlikesi hâlinde" düzenleme yapma yetkisi tanıyan kısım iptal edilmiştir³¹.

Kararda konumuz açısından daha çok önem taşıyan husus, ölçülülük yönünden yapılan saptamalardır. Mahkeme, düzenlemenin getirdiği suç tiplerinden sadece "kanunsuz toplantı kapsamında yüzün örtülmesi yasağı"nın haklı çıkabileceğini zira bu bağlamda yüz örtme yasağının caydırıcılık sağlama ve kolluk faaliyetine yardımcı olma gibi meşru amaçları

31 Konuyla ilgili karar için bkz. *Kwok Wing Hang and Others/Chief Executive in Council and Another Leung*, HCAL 2945/2019, 8/10/2019. Kararın İngilizce tam metnine şuradan ulaşılabilir: <https://www.hklii.hk/en/cases/hkcfi/2019/2476> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

gözettiğini ve bu amaçlarla rasyonel bir bağa sahip olduğunu kabul etmiştir. Fakat bunun dışında kalan kesitler açısından ölçülülük incelemesinin gereklilik ögesi yönünden sorun bulunmuştur. Mahkemeye göre bu hükümden hareketle örneğin yoldan geçen ve cerrahi maske takan biri ya da yasal ve barışçıl bir gösteriye katılan biri dahi suç işlemiş sayılmaktadır.

Kararda dikkat çeken bir diğer yön, düzenlemenin etkisiz olduğunun da değerlendirilmiş olmasıdır. Söz konusu yasa protestoları caydırmakta başarısız olmuş; aksine eylemler daha da şiddetlenmiştir. Mahkeme düzenlemenin etkisini doğrudan ölçemeyeceğini belirtmekle birlikte hükûmetin bu düzenlemenin etkililiğini kanıtlamadığını ifade etmiştir.

Bundan başka ayrıca polise kimlik tespiti amacıyla kişilerin yüzlerini açtırma yetkisi tanıyan hüküm de iptal edilmiştir. Bu hükmün iptal nedeni yeterli güvenceleri getiren kalitede olmamasıdır. Zira söz konusu yetkinin ne zaman kullanılabileceğine dair neredeyse hiçbir sınırlama içermemektedir. Herhangi bir polis memurunun kamusal alanda herhangi bir kişiye, herhangi bir yüz örtüsünü çıkarmasını emredebilmesine olanak sağlayan bu hüküm “daha az sınırlandırıcı tedbir” testini de geçememiştir. Zira Mahkeme, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği içtihatlarına da atıf yaparak bu tür müdahaleler için daha sınırlı ve denetlenebilir düzenlemelerin mümkün olduğunu belirtmiş ve söz konusu kısıtlamanın ölçülülük testini karşılayamadığına karar vermiştir.

Karar, Çin Halk Cumhuriyeti'nin tepkisiyle karşılaşmış ve uygulanabilirliği yönünden gölgelenmişse de karşılaştırmalı hukuk açısından önemli bir veri sunmuştur³².

32 Mahkeme kararının hemen ardından, Çin Ulusal Halk Kongresi Daimi Komitesi'nin Yasama İşleri Komisyonu (YİK), yalnızca kendilerinin Temel Yasa'yla uyumluluk denetimi yapabileceğini belirten sert bir açıklama yayımlamış; Hong Kong mahkemelerinin anayasal denetim yetkisini fiilen sorgulamıştır. Oysa 1999 tarihli Ng Ka Ling kararıyla temelleri atılan anayasa yargısı pratiği, Temel Yasa'nın 19'uncu maddesine dayanarak yerel mahkemelere nihai yargı yetkisi tanımıştır. YİK'in açıklaması hukuken bağlayıcı olmasa da, bu tür müdahalelerin daha önce 2016'daki yemin krizi örneğin-

3. Fransa

Gösterilerde yüzünü örtme konusundaki önemli bir diğer karar Fransa'da verilmiştir³³. Bu karar, Hong Kong'daki kararın aksi doğrultusundadır³⁴. Fransa'da kamu düzeni ile temel hak ve özgürlükler arasındaki gerilimli denge, özellikle kitlesel gösterilerin yoğunlaştığı dönemlerde daha görünür hâle gelmektedir. Bu bağlamda 2010'lu yıllarda artan sokak olayları ve özellikle "Kara Blok" (*Black Bloc*) gibi radikal grupların protesto eylemlerine yüzleri maskeli şekilde katılıp şiddet eylemlerinde bulunmaları, güvenlik güçlerinin kimlik tespiti yapmasını zorlaştırmış ve kamuoyunda sert tedbir taleplerini artırmıştır. Ancak bu gelişmeleri alevlendiren esas kırılma noktası, 2018 sonunda başlayan "Sarı Yelekliler" (*Gilets Jaunes*) hareketi olmuştur. Bu hareket, başlangıçta akaryakıt vergilerine karşı organize edilmiş olsa da kısa sürede Macron hükûmetinin neoliberal politikalarına karşı kitlesel bir tepkiye dönüşmüş; ülke çapında haftalar süren gösterilerle birlikte kamu malına zarar verme, şiddet ve yağma olayları

de görüldüğü gibi, siyasal etkiler doğurabileceği ve yorum yetkisi kisvesi altında yasama işlevi gördüğü bilinmektedir. Açıklamanın ardından Hong Kong Barosu sert bir tepki vermiş, Eski Yargıtay Başkanı Andrew Li ise bu yaklaşımın "hem şaşırtıcı hem de kaygı verici" olduğunu ifade etmiştir. YİK'in ilerleyen süreçte bağlayıcı bir yorumla mahkeme kararını geçersiz kılma ihtimali, Hong Kong'daki yargı bağımsızlığına yönelik baskıların kurumsallaşması tehlikesini doğurmuştur. Bu bağlamda karar, yalnızca içeriğiyle değil, ardından gelen merkezi müdahale tehdidiyle birlikte, yargı bağımsızlığının sınırları ve kuvvetler ayrılığı bakımından karşılaştırmalı anayasa hukuku literatüründe tartışılması gereken çarpıcı bir örnek hâline gelmiştir. Bkz. Yam, J. "Hong Kong's Anti-mask Law: A Legal Victory with a Disturbing Twist," *IACL_AIDC Blog*, 3/12/2019. <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/12/3/hong-kongs-anti-mask-law-a-legal-victory-with-a-disturbing-twist> (Erişim Tarihi: 23/8/2025); Keza bkz. Pitchford, S. ve Yip, C. "Hong Kong's Highest Court Upholds Ban on Face-Coverings," *Human Rights Pulse*, 21/01/2021. <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblob/hong-kongs-highest-court-upholds-ban-on-face-coverings> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

33 Lovera-Parmo, D. (2023). "Protesting without a Face: Privacy in Public Demonstrations." *Constellations* C. 30., S. 2., s. 179-191.

34 *Conseil Constitutionnel*, 2019-780, 04/04/2019. Kararın İngilizce metnine şuradan ulaşılabilir: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2019/2019780DC.htm> (Erişim Tarihi: 24/05/2025)

yaşanmıştır. Gösterilere katılan bazı grupların yüzlerini kapatarak kimliklerini gizlemesi, devletin güvenlik önlemlerini zayıflatmış ve bu durum yasama organında yeni bir güvenlik düzenlemesine zemin hazırlamıştır. Bu kapsamda 2019 yılında çıkarılan ve kamuoyunda “anti-casseurs” (yağmacı karşıtı) yasası olarak bilinen düzenleme ile Ceza Kanunu’na eklenen hüküm (mad. 431/9/1), gösteriler sırasında veya sonrasında kamu düzeninin bozulduğu ya da bozulma riskinin bulunduğu hâllerde, yüzün tamamının ya da bir kısmının haklı bir gerekçe olmaksızın kasten örtülmesini bir yıl hapis ve 15.000 avro para cezası ile cezalandırılabilir suç hâline getirmiştir.

Söz konusu düzenleme, bazı milletvekilleri ve senatörler tarafından Fransa Anayasa Konseyine taşınmıştır. Başvurucular, maddenin çeşitli yönlerden Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. İlk olarak, “yüzün bir kısmını örtme” ve “kamu düzeninin bozulma riski” gibi ifadelerin belirsiz ve öngörülemez olduğu, bu nedenle suç ve cezanın kanuniliği ilkesini ihlal ettiği savunulmuştur. İkinci olarak, düzenlemede kasıt unsurunun yetersiz şekilde düzenlendiği ve failin kamu düzenini bozucu eylemlere fiilen katılmamış olmasına rağmen cezalandırılabilmesi ifade edilmiştir. Üçüncü olarak ise öngörülen yaptırımların ölçsüz olduğu ve gösteri hakkı ile ifade özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırladığı dile getirilmiştir. Ayrıca “gösteriden sonra” gerçekleşen olaylara da uygulanabilen bir suç düzenlemesinin zaman bakımından belirsizlik ve keyfilik riski doğurduğu iddia edilmiştir.

Fransa Anayasa Konseyi, bu itirazları reddetmiş ve düzenlemeyi Anayasa’ya uygun bulmuştur. Konseye göre “yüzün bir kısmını kasıtlı biçimde örtmek”, kimliğin gizlenmesini hedefleyen bir davranış tanımlamakta olup belirgin ve anlaşılır bir eylem tipidir. Ayrıca Konsey, kamu düzeni ihlallerinin değerlendirileceği zaman diliminin gösteriye katılanların toplanmasıyla başlayıp tamamen dağılmalarıyla sona erdiğini belirterek zaman bakımından da açık bir sınır çizildiğini ifade etmiştir. Yüzün örtülmesine meşru bir gerekçeyle izin

verilmiş olması da düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olduğunu göstermektedir. Konsey, bu yönleriyle söz konusu suç düzenlemesinin hem belirlilik ilkesine hem de ifade özgürlüğü ile toplantı hakkına aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

4. Kanada

Kanada’da toplanma özgürlüğü konusunda özellikle 2012 yılından itibaren birtakım sınırlamalara gidilmiştir. Bunun ilk fişegi, Québec hükûmetinin üniversite harçlarına ciddi oranda zam yapacağını açıklaması ve buna karşı yükselen öğrenci tepkileri olmuştur. 2012 yılında Québec’te üniversite harçlarına karşı patlak veren kitlesel öğrenci protestoları, eyalet hükûmetinin sert müdahalesiyle karşılaşmış ve bu süreçte Bill 78 adlı tartışmalı bir yasa yürürlüğe girmiştir. Bu yasa, 50’den fazla kişinin katılacağı her türlü gösteriyi önceden polise bildirme zorunluluğu getirerek barışçıl toplanma hakkını ciddi şekilde kısıtlamıştır. Bu gerilimli ortamda, felsefe öğretmeni Julien Villeneuve, protestolara dev bir panda kostümüyle katılarak “Anarchopanda” (Anarşik Panda) kimliğiyle sembolleşmiştir. Mizahi ve şiddetsiz direnişiyle büyük ilgi toplamış ve özgürlükçü protestonun simgelerinden biri hâline gelmiştir. Hükûmetin güvenlikçi yaklaşımı yalnızca idari düzenlemelerle sınırlı kalmamış; Villeneuve gibi barışçıl eylemcilere para cezaları kesilmiş, bu da anayasal haklar temelinde hukuki tartışmalara yol açmıştır. Öte yandan federal düzeyde de yasal değişiklikler gündeme gelmiş ve 2013’te kabul edilen Bill C-309 ile Ceza Kanunu’nun 65’inci maddesine ekleme yapılmıştır³⁵.

Kanada Ceza Kanunu’nda (mad. 65) ayaklanmaya (*riot*) katılmak, iki yıla kadar hapis cezası öngörülen bir suçtur. 2013 yılında bu hükme ek bir fıkra (mad. 65/2) eklenmiş, bu su-

35 Bilgi için bkz. Mackinnon, D. (2018). *Surveillance-Ready-Subjects: The Making of Canadian Anti-Masking Law*, içinde Melgaço, L. ve Monaghan, J. (Der.), *Protests in the Information Age: Social Movements, Digital Practices and Surveillance* (ss. 151-168), New York: Routledge.

çün “hukuki bir mazereti olmaksızın kimliğini gizlemek için maske veya başka bir kıyafet giyerek” işlenmesi hâli için cezanın on yıla kadar çıkarılması öngörülmüştür³⁶. Konu Québec Yüksek Mahkemesinin önüne geldiğinde Mahkeme hükmün amacı ne olursa olsun belirsiz ve kolluğu aşırı geniş marj bırakan bir yönü olduğu sonucuna varmıştır³⁷. Şöyle ki:

“Madde, kışın soğuktan yüzlerini korumak amacıyla atkı veya bere takarak bir parkta oynayan çocukların ya da Cadılar Bayramı’nda maske takarak sokaklarda ve kaldırımlarda dolaşan bir süper kahraman ailesinin üyelerinin polis tarafından durdurulmasına olanak tanımayı amaçlamamaktadır; bu kişilerin yüzlerini kapatmaları için makul bir gerekçeleri olduğu sürece, bu tür faaliyetlerin suç olarak değerlendirilmesi de amaçlanmamıştır. Böyle bir şekilde uygulanması da pek olası değildir. Ne var ki maddenin kaleme alınış biçimi, polise bu kişileri durdurma serbestisi tanımaktadır. Ne yazık ki hükmün kapsamı budur³⁸.”

Mahkeme, hükümde geçen “makul gerekçe” istisnasının tanınmasını önemli bulsa da “caydırıcı etki” öğretisi ve buna dayalı içtihadı uyarınca sorunun varlığını koruduğu kanaatindedir. Dahası kişinin gerecekten cayıp caymadığı konusunda da ispat yükünü başvuruçuların üzerine bırakmamış, hükmün düzenlediği alan itibarıyla muhtemel caydırıcı etkiyi verili saymıştır. Kararda alıntılanan şu paragraf, bu sonucu destekleyen önemli örnekleri yansıtmaktadır:

“- Bir kişi onur yürüyüşüne katılmak isteyebilir ancak cinsel yönelimini tüm aile veya arkadaş çevresine açıklamaya hazır olmayabilir,

36 18/6/2013 tarihli değişiklik için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-65-20130619.html#wb-cont> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

37 Villeneuve/Montréal, QCCS 2888, 22/06/2016. Kararın tam metnine şuradan ulaşılmaktadır: <https://www.canlii.org/fr/qc/qccs/doc/2016/2016qccs2888/2016qccs2888.html> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

38 Villeneuve/Montréal, § 269.

- Bir şirket çalışanı, işverenin misillemesinden korkmadan anti-kapitalist bir yürüyüşe katılmak isteyebilir,
- Tacize uğrayan bir kişi, eşi veya arkadaşları tarafından tanınmadan aile içi şiddete karşı bir mitingde yürümek isteyebilir,
- Mevcut davada davacı, işverenin veya öğrencilerinin protestoda oynadığı rolü bilmesini istememiştir³⁹."

Tüm maskeli göstericilerin şiddet yanlısı olmadığı kaydedilen kararda böylesi bir sonuca ulaşmak için güvenlik veya kamu düzenine yönelik bir tehlikenin varlığının gerektiği, bunun mevcudiyetini belirlerken bile kolluk açısından bazı yönlendirmelerin bulunması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁰.

5. Almanya

Almanya'da Toplantı ve Yürüyüşler Hakkında Kanun'da (Toplantı Kanunu) "maskeleye yasağı" (*Vermummungsverbot*) diye bilinen bir kural (mad. 17a/2) mevcuttur⁴¹. Bu hükme göre şu iki fiil açıkça yasaktır:

(1) Kimliğin tespit edilmesini engellemeye elverişli ve somut koşullara göre bu amaca yönelik olduğu anlaşılan bir kıyafetle bu tür etkinliklere katılmak veya bu tür etkinliklere giderken böyle bir kıyafetle yolda bulunmak.

(2) Kimliğin tespit edilmesini engellemeye elverişli ve so-

39 Villeneuve/Montréal, § 437.

40 Villeneuve/Montréal, § 491-496.

41 İlk kez 1985'te kabul edilen hüküm 1989'da sıkılaştırılmıştır. Dürig-Friedl, C. (2022). Art. 17a, içinde Dürig-Friedl, C. ve Enders, C. (Der.), *Versammlungsrecht: Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder* (ss. 560-585). München: C. H. Beck, s. 561. Eyaletlerdeki düzenlemeler için bkz. Ullrich, N. ve Wernthaler, M. (2021). Verbotenes Verhalten, içinde Ullrich, N., Von Coelln, C. ve Heusch, A. (Der.) *Handbuch Versammlungsrecht* (ss. 139-181). Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, s. 167 vd. Normun Anayasa'ya aykırılığı konusundaki tezler için bkz. Ott, S., Wächtler, H. ve Heinhold, H. (2010). *Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz), Kommentar*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, s. 237 vd.

mut koşullara göre bu amaca yönelik olduğu anlaşılan nesneleri bu tür etkinliklerde veya bu etkinliklere giderken yanında bulundurmamak.

Bu yasağın istisnaları ise devam eden fıkrada sayılmış ve “dinî törenler, kilise alayları, dua yürüyüşleri ve hac ziyaretleri, olağan cenaze törenleri, düğün alayları ve geleneksel halk şenlikleri” için bu yasağın geçerli olmadığı söylenmiştir. Ayrıca yetkili makamın başka istisnaları tanıyabileceği, keza yasağı uygulamak amacıyla gerekli talimatları verebileceği veya buna aykırı davranan kişileri etkinlikten menedebileceği de açıkça düzenlenmiştir.

Bu hüküm gözlemleyebildiğimiz kadarıyla soyut norm denetimi kapsamında etraflı biçimde incelenmemiştir. Dolaylı bazı kararlarda yurttaşların kamusal alanda yüzlerini açık bırakmakla yükümlü olduğu gösterilerde polisin gizli kamera kaydı yapmasının eşitsizliğine dikkat çekilmiştir⁴².

Bu nedenle hükmün normatif olarak anayasallığı konusunda çok net bir içtihat yoktur fakat anayasa şikâyeti üzerine verilen bir karar ile eyalet düzeyinde geliştirilen diğer bazı içtihatlar konuyla doğrudan ilgilidir.

Anayasa şikâyeti üzerine verilen Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) kararında başvuru konusu bir sivil toplum kuruluşunun 10 Aralık 1999 tarihinde Münih’te Avrupa Patent Ofisi önünde “Hayatın Patentlenmesine Hayır” başlıklı gösterisidir. Gösteri sırasında bazı katılımcıların hayvan maskeleri takacağı belirtilmiş, yetkili makamlar ise bu protestoya ilişkin olarak maskeli kişilerin talep hâlinde polis amirine kimlik ibraz etmesini içeren birtakım idari kısıtlamalar getirmiştir. Somut olayda gösteriyi düzenleyen kuruluşa, alınan

42 Bavyera’daki düzenlemeyle ilgili bu karar için bkz. BVerfG, 1 BvR 2492/08, 17/2/2009, § 136. Tüzel kişilerin, toplantı özgürlüğünden ziyade yaşam hakkı ve beden bütünlüğü hakkına dikkat çektiği, istisnaların yeterince tartışılmadığı ve başvuruyu yeterince temellendirilmediği kanaatiyle kabul edilebilir bulunmayan bir karar için bkz. BVerfG, 1 BvR 2492/08, 21/3/2012.

tedbirlerin kamu gücüyle yerine getirilmiş olması gerekçesiyle 40 Alman markı tutarında bir masraf çıkarılmıştır⁴³. Başvurucu, söz konusu idari ücretin ve buna dair yargı kararlarının, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü güvence altına alan barışçıl toplanma özgürlüğü maddesini ihlal ettiğini ileri sürerek konuyu FAYM'a taşımıştır. Başvurucunun haklı bulunduğu bu kararda FAYM, Alman öğretisinden alıntılar da yaparak yüz gizlemenin sanatsal ifade özgürlüğüyle ilgili yönüne özellikle dikkat çekmiştir:

“Somut olayda hayvan maskeleri, başvurucunun ‘yaşamın patentlenmesine’ karşı gerçekleştirdiği etkinliğin içeriğiyle bağlantılı olarak gösteri amacı taşımaktadır. Görüş açıklama veya sanatsal amaçlara açıkça hizmet eden bir görünüm, genel bağlam dikkate alındığında kimlik gizlemeyi amaçlamadığından maskelenme yasağının kapsamına girmez. (...) Hayvan maskelerinin bu tür amaçlar dışında, kimlik tespitini önlemek için kullanıldığına dair somut bir gösterge, ne itiraz edilen kararlarda ne de Federal Anayasa Mahkemesi tarafından dosyadan elde edilen başka bir belgede görülmektedir. Dolayısıyla toplantı makamının böyle bir somut göstergeyi varsaydığı ve yükümlülükleri doğrudan bir maskelenme tehlikesine karşı aldığı da anlaşılmamaktadır. (...) Bu gibi bir durumda, toplantı sorumlusunun sözlü olarak iletmediği ‘yükümlülük’, hukuki duruma dair bir bilgilendirme olarak değerlendirilmelidir. Yani hayvan maskesi takan katılımcıların kimliklerini göstermeleri talep edilebileceği (ve elbette bu talebe uymaları gerektiği) konusunda bir hatırlatma niteliğindedir. Bu tür bil-

43 *Kostenbescheid*, Alman idare hukukunda, bir idari makamın yaptığı işlem veya hizmet karşılığında ilgili kişiye yönelttiği resmî ve bağlayıcı nitelikte bir ödeme emridir. Bu karar, genellikle kamu makamlarının herhangi bir izin, düzenleme, müdahale veya denetim işlemi yaptığı durumlarda ortaya çıkar. Özellikle polis, belediye ya da diğer kamu idarelerinin, kişi ya da kurumların başvurusu üzerine ya da kamusal yetkilerini kullanarak gerçekleştirdiği işlemler için, masrafı doğuran kişi ya da kuruma yöneltilir.

gilendirmeler, toplantının gerçekleşmesini kolaylaştırmak açısından anlamlı olabilir. Örneğin bu durumda, katılımcılara kimlik tespiti talebinin toplantıya yönelik baskıcı bir önlem olmadığını en baştan açıklığa kavuşturmak yararlı olabilir. Ancak kamu güvenliği veya düzenine yönelik doğrudan bir tehlikeyi bertaraf etmek açısından bu tür önlemler işlevsel değildir çünkü kendi başına bir tehlike önleme işlevi taşımazlar⁴⁴.”

Bu karar, yüz gizlemenin kimliğini saklama amacıyla değil de diğer temel haklarla ilişkilendirilebilecek farklı ereklele gerçekleştirildiği durumlarda yasağın geçerli olmayacağına dair önem taşımaktadır. Normun belirsizliğine rağmen görelilik içtihatla doldurulmaya çalışılmıştır. Bu eğilim, eyaletler düzeyinde verilen kimi kararlar açısından da benzerdir. Hannover Eyalet Mahkemesinin 2009’da verdiği bir karar bilinen bir örnektir. Bu olayda sol görüşlü göstericilerin, aynı anda gösteri (paralel gösteri)⁴⁵ yapan veya izleyici olarak gösteriyi izleyen sağ görüşlü kişilerden kendilerini gizlemek yani onların fotoğraf çekme olasılığına karşı kimliğini bu tür misillemelerden koruma amacı meşru sayılmıştır⁴⁶. Bu karar, Alman öğretisindeki, kimlik gizlemenin soyut bir yasak olmadığı, kimliğin yetkililerden gizlenmesinin önlenmesi amacına matuf olduğunu söyleyen görüşle koşuttur⁴⁷. Karar değerli olsa da metindeki muğlaklığın ve genişliğin farklı eyalet mahkemelerinin farklı çıkarımlar⁴⁸ yapmasını sağladığı da kaydedilmelidir⁴⁹. Nitekim yerel kararların, yasağın taraftar pankartının

44 1 BvR 2492/08, §§ 52-54.

45 *Amtsgericht Wuppertal*, 25 Ds 521 Js 17/15 – 68/15, 2/12/2015.

46 *Landgericht Hannover*, 62c 69/08, 20/1/2009.

47 Bkz. Höfling, W. ve Ogorek, M. (2024). Art. 8, içinde Sachs, M., Von Coelln, C. ve Mann, T. (Der.), *Grundgesetz Kommentar*. München: C. H. Beck, s. 443.

48 Örneğin Karlsruhe’de aksi yönde bir belirleme yapılmıştır. Bkz. *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 2 Rv 34 Ss 789/21, 30/6/2022. Kararın orijinal metni için bkz. <https://openjur.de/u/2440887.html> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

49 Örneğin Hessen’de verilen üç karşı oylu ve yakın tarihli karar, meselelerin ne denli tartışmalı olduğuna dair önemli bir göstergedir. *Staatsgerichtshof Hessen*, P.St. 2920, 6/3/2025. Kararın orijinal metni için bkz.

arkasına saklanması⁵⁰, göstericilerin güneş gözlüğü takması veya burka giymesi⁵¹, pankartların transparan olması zorunluluğu⁵² gibi farklı bağlamlarda farklı tartışmaları getirdiği ve en azından ilke kararları verilinceye kadar yeknesaklık sorunu getirdiği açıktır.

Tüm bunlara rağmen Almanya özelinde Hessen Anayasa Mahkemesi yargıçları Sacksofsky, Fachinger ve Gasper'in üç katmanlı görüşlerinin özellikle dikkat çekici olduğunu kaydetmek gerekir:

- Maske takan katılımcıların daha kontrolsüz hareket ettiklerini gösteren herhangi bir ampirik veri yoktur.
- Maske, sadece şiddet eylemleri için takılmaz, bazen şiddete karşı korunmak için de takılabilir. Kolluğun tazeyikli su veya biber gazı gibi önlemleri gereğinden çok kullandığı örnekler hiç de az değildir. Ayrıca pek çok durumda misilleme korkusuna karşı tedbir almak gayet meşrudur.
- Bizzat toplantının konusu (hava kirliliğini protesto etmek için gaz maskeleriyle yapılan bir gösteri veya başörtüsü yasağına tepki olarak türban/peçe takma) maske takmayı gerektirebilir.

Buraya kadar, karşılaştırmalı anayasa yargısı örneklerinden hareketle toplantı ve gösterilerde yüzün gizlenmesine yönelik yasaklara dair içtihadı çerçeveyi ortaya koyduk. Şimdi bu genel çerçeveyi akılda tutarak Türkiye'deki suç tipini anayasal açıdan incelemeye geçebiliriz.

https://staatsgerichtshof.hessen.de/sites/staatsgerichtshof.hessen.de/files/2025-03/2920_2931-urteil_mit_sonderv_oten_und_leitsaetzen_anonymisiert.pdf (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

50 *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 1 OLG 2 Ss 61/18, 28/3/2019.

51 *Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg*, 1 S 3715/20, 20/11/2020.

52 *Verwaltungsgericht Neustadt*, 5 L 1338/18, 5/10/2018.

II. TÜRKİYE

Türkiye’de toplantı ve gösteri yürüyüşlerine kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez, ve-sair unsurlarla örterek katılanlara iki yıl altı aydan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Anayasa’nın 34’üncü maddesindeki “silahsız ve saldırısız” ifadesinin “pasif silah” bağlamında bir tezahürü olduğu düşünülebilecek⁵³ olan bu yasak nispeten yenidir. Bu nedenle bu suç tipi hakkında kapsamlı incelemelerin yapılmadığı gözlemlenmektedir. El-deki çalışma, bir ceza hukuku incelemesi olmadığı için ceza hukukunun klasik inceleme yöntemlerine sıkı sıkıya bağlı kalınmayacak olsa da o yöntemi bir ölçüde (deskriptif olarak değil, eleştirel bir mercekten yaklaşmak suretiyle) ödünç almak anlamlı görünmektedir. Bu bakımdan suçun objektif ve sub-jektif öğelerine odaklanacak ve bir ölçüde iştirak, içtima ve yaptırım yönlerine değineceğiz.

A. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçla korunan hukuki değer ilkin kamu düzeni gibi görün-mektedir. Alman öğretisinde toplanmalardaki maske yasağı-nın amacının kamu güvenliğini sağlamak ve şiddet olaylarını

53 Koruyucu silahlar, iki gruba ayrılır: teknik anlamda ve teknik olmayan anlamda. Teknik anlamda koruyucu silahlar, yapıları gereği bedenine sal-dırılara karşı korunması için tasarlanmış, özellikle çatışma durumlarında kullanılan araçlardır. Örnekleri: koruma kalkanları, zırhlar, polis, asker ya da dövüş sporlarında kullanılan koruyucu donanımlardır. Bu araçların barışçıl amaçla taşınmadığı kabul edilir. Bu yüzden, gerçekten nasıl kul-lanıldıkları ya da taşıyan kişinin niyeti önemli değildir. Teknik olmayan anlamda koruyucu silahlar ise, görünüşte başka bir amaca hizmet eden ama saldırılardan korunmak için de kullanılacak ekipmanlardır. An-cak bu durumda, kişinin bu eşyayı hangi amaçla taşıdığı önem kazanır. Örnekleri: motosiklet kaskı, iş güvenliği kaskı, dolgu giysiler ve özel koruyucu kıyafetlerdir. Bu türde, nesnel koruyuculuk, taşıyan kişinin öz-nel amacıyla birlikte değerlendirilir. Bkz. Kiesel, M. (2019). Schutzswaf-fen- und Vermummungsverbot, içinde Dietel, A., Gintzel, K. ve Kiesel, M. (Der.), *Versammlungsgesetze*, Köln: Carl Heymanns Verlag, s. 351 ve 355-356; Dürig-Friedl, C. (2022). s. 564; Peters, W. (2021). Versammlungsrecht-liche Pflichten und Verbote, içinde Peters, W. ve Janz, N. (Der.), *Handbuch Versammlungsrecht: Versammlungsfreiheit, Eingriffbefugnisse, Rechtsschutz* (ss. 257-281), München: C. H. Beck, s. 277.

önlemek olduğu ifade edilmekte; ayrıca kolluk güçleri ile diğer kişilerin kişi dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı gibi önemli hukuki değerlerin korunması hedefine de dikkat çekilmektedir⁵⁴. Bu yasağın dolaylı olarak barışçıl toplanma hakkını güvene altına aldığını varsayan yazarlar da vardır⁵⁵. Bir görüşe göre bu suç tipi, mal varlığına karşı suçlar veya kamu barışını bozmaya dönük suçlara hazırlık niteliğindeki eylemleri cezalandırma amacını içermektedir⁵⁶.

Bu çıkarımın dayandığı varsayım, bir gösteriye bez ve benzeri nesnelerle kimliğini gizleyecek biçimde katılan kişilerin barışçıl olmayacaklarıdır. Gerçekten de kalabalıkların içine maskeyle karışan kişilerin ürkütücü olabileceği ve işledikleri veya işlemeye hazırlandıkları bir suçtan kendini kurtarmak isteyeceği biçimindeki düşünce ilk bakışta makul gibi görünmektedir. Fakat diğer başlıklarda ifade ettiğimiz bağlamlar bunu kuşkulu kılmaktadır. Öte yandan sosyal psikoloji alanında yapılan bir bilimsel araştırma bir gösteriye maske takarak katılan kişinin barışçıl gösterici olmadığına karine teşkil etmediğini göstermiştir. Bu araştırmanın sonucuna göre kişilerinin yüzlerini sakladığı veya anonimleştiği bağlamlarda suç işleme olasılığının arttığına dair varsayım doğru değildir zira bu iki durum arasında kategorik ve peşin bir korelasyon yoktur⁵⁷. Dolayısıyla hukuki yaklaşımın hukuki değer korunması konusundaki ikna olmaya yatkın eğilimine rağmen söz konusu temel hak sınırlamasının “meşru amaç” içerdiği iddiası kuşkulu olabilir.

54 Kniesel, M. (2019). s. 352-353.

55 Ullrich, N. (2015). *Das Demonstrationsrecht: Im Spannungsfeld von Meinungs-freiheit, Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit*, Baden-Baden: Nomos Verlag, s. 369.

56 Ullrich, N. (2015). s. 369. Alman Ceza Kanunu’nda (StGB § 125) insanlara veya eşyalara karşı şiddet eylemlerinde bulunulması veya insanları şiddet eylemleriyle tehdit edilmesi, kamu güvenliğini tehlikeye atacak şekilde ortaklaşa işlendiğinde bağımsız bir suç olan kamu barışını bozma (*Landfriedensbruch*) suçunu oluşturur.

57 Reicher, S. D., Spears, R. ve Postmes, T. (1995). “A Social Identity Model of Deindividuation Phenomena” *European Review of Social Psychology*, C. 6., s. 161-198.

B. SUÇUN OBJEKTİF ÖGELERİ

Bu suçun faili herkes olabilir⁵⁸. Anayasa ve atıf yaptığı uluslararası sözleşmeler yabancıların toplanma haklarının daha çok sınırlanabileceğini kabul ediyor olsa bile veya çocuklar açısından tedip hakkından ileri gelen bazı ek sınırlamalar gündeme gelse dahi bu kişiler de toplanma özgürlüğünün öznesidir. Zaten suçun gerçekleşmesi için bu temel hakka ehil olma zorunluluğu yoktur.

Suçun mağduru açısından aynı yanıt verilemez. Bu suç, topluma karşı suçlar kategorisinde yer alır ve doğrudan bireysel bir mağduru bulunmayan, soyut tehlike suçu niteliğindedir⁵⁹. Fakat İHAM ve AYM'nin içtihatları dikkate alındığında şiddet ile somut bir bağ kurulması ("açık ve mevcut tehlike" ölçütü) demokratik toplum düzeninin bir gereği sayılmalıdır⁶⁰. Bu yaklaşım, kamu düzenini bozmaya meyilli maskeliler ile bu nitelikte olmayanlar arasında bir ayrımı da zorunlu kılmaktadır⁶¹. Dolayısıyla içtihadın ötesinde bunun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinde yarar vardır.

Suçla konu hareket, "yüzünü tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma"dır. Bu hareketin kapsamında, çözümlenmesi gereken en az dört kesit vardır: (a) "toplantı ve gösteri yürüyüşü", (b) "bez vesair unsurlar" ve (c) "yüzünü tamamen veya kısmen örtme", (d) "katılma".

1. "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü"

Bu suç tipi, Alman Toplantı Kanunu'ndan farklı olarak, "açık havada yapılan kamu toplantılarında, yürüyüşlerde

58 Stein, V. (2019). *Versammlungsrecht: Erläuterungen zu Art. 8 Grundgesetz und zum Versammlungsgesetz*, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, s. 249.

59 Kniesel, M. (2019). s. 354.

60 Dürig-Friedl, C. (2022). s. 562 ve 569.

61 Norbert Ullrich bunu düzenlemenin "ayar vidaları" ("Stellschrauben") olarak niteler. Ullrich, N. (2015). s. 372.

veya diğer açık hava etkinliklerinde” şeklinde geniş bir uygulama kapsamı getirmemiş; suç sadece “toplantı ve gösteri yürüyüşleri” ile sınırlamıştır⁶². 2911 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi “toplantı” ifadesini “belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantılarını” şeklinde; “gösteri yürüyüşü” ifadesini ise “belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşler” biçiminde tanımladığı için bu suçun açık havada düzenlenen konser, tiyatro ve spor etkinlikleri gibi halka açık organizasyonlarda uygulanamayacağını söyleyebiliriz⁶³.

2. “Bez Vesair Unsurlar”

Bu suçun kalbinde yer alan fiil; bez vesair unsurlarla yüzün tamamen veya kısmen örtülmesidir. “Örtmek” fiili; sözlük anlamıyla “korumak, görünmez duruma getirmek veya gizlemek için üstüne bir şey koymak” anlamına gelir⁶⁴. Kanun koyucu, bu fiilin gerçekleşme araçları bakımından “bez” örneğini özel olarak zikretmiştir. Bez, pamuk veya keten ipliğinden üretilen bir tür dokuma, çaput veya herhangi bir kumaşı ifade eder⁶⁵. Böyle bakıldığında poşu, balaklava, kar maskesi,

62 Sayının çok veya az olmasının önemi yoktur. Ullrich, N. ve Werntaler, M. (2021). s. 167.

63 Almanya’da suç bu tür toplanmalar (örneğin spor karşılaşmaları, halk festivalleri, pazarlar, geleneksel kıyafet geçitleri, müzik festivalleri, açık hava tiyatroları vb.) için de geçerlidir. Fakat bu silah mevzuatı ve diğer mevzuatla birlikte ele alındığında bazı sorunlara neden olmaktadır. Bu konuda bkz. Kniesel, M. (2019). s. 352. Almanya’da bu genişletmenin nedeni yasama organında kapsamlı biçimde tartışılmamış ama Komisyon raporunda “Büyük spor ve eğlence etkinliklerinde yaşanan deneyimler”e atıfta bulunulmuştur. Bkz. Ott, S., Wächter, H. ve Heinhold, H. (2010). s. 252.

64 Türk Dil Kurumu, “Örtmek”, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

65 Türk Dil Kurumu, “Bez”, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi 24/5/2025)

mendil, şal, atkı, tülbent, başörtüsü, peçe, fular, eşarp, havlu, yastık kılıfı, masa örtüsü parçası, elbise parçası (örneğin tişört kolu veya etek ucu), çocuk örtüsü, bez çanta parçası, tiyatro kostümünden koparılmış kumaş parçası, Arap kefiyesi, Tuareg şalı gibi geleneksel kumaş örtüler, flama, bayrak ve pankart gibi çeşitli tekstil malzemeleri “bez” kapsamında değerlendirilebilir⁶⁶.

Kanunda bez zikredildikten sonra ardından da “vesair unsurlar” ifadesini eklemiştir. Bu noktada “vesair unsurlar” ifadesinin ne anlama geldiğini netleştirmek gerekir.

Etimolojik olarak “vesair”, Arapça “ve sair” ifadesinden gelir; “sair” kelimesi “kalan, artan” anlamındadır⁶⁷. Bu bağlamda “vesair” ifadesi “ve diğer” şeklinde yorumlanabilir. Ne var ki bu şekilde bir yorum, başta özel olarak zikredilen “bez” unsurunu işlevsiz kılar. Eğer her türlü araçla yüzü örtmek suç kapsamında ise “bez”in ayrıca belirtilmiş olmasının hukuki anlamı kalmaz. Oysa kanun koyucunun lafzında gereksiz ifadelerle yer vermediği kabul edilir. Bu nedenle, “bez”in ayrıca belirtilmiş olması, onun tipik bir örnek olarak öne çıkarıldığını ve devamındaki “vesair unsurlar” ifadesinin de buna benzer diğer örtü araçlarını kastettiğini düşündürmektedir.

Burada halk arasında “vesair” sözcüğünün sıklıkla “vesaire” (yani “ve benzeri”) anlamında kullanılması dikkat çekicidir. Bu kullanıma yol açan süreç, dil biliminde yakıştırma (*analogy*) olarak adlandırılır. Yakıştırma, iki kavram ya da sözcük arasında algılanan benzerlik nedeniyle birinin anlamının diğerine kaydırılmasıdır. “Vesair” ve “vesaire” sözcükleri arasındaki fonetik benzerlik ve anlamsal yakınlık, zamanla bu tür bir kaymaya yol açmıştır. Bu da dilde anlamsal bulaşma (*semantic contamination*) denilen olguyu doğurur. Anlamsal bulaşma, biçimsel ya da anlamsal yakınlık nedeniyle bir

66 Stein, V. (2019). s. 249.

67 Sevan Nişanyan, “vesaire”, *Nişanyan Sözlük*, <https://www.nisanyansozluk.com/> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

sözcüğün anlamının başka bir sözcüğün anlamıyla karışması veya o anlamı üstlenmesi sürecidir⁶⁸.

Dolayısıyla burada geçen “vesair unsurlar” ifadesi, salt “ve diğer” şeklinde değil, halk dilindeki yerleşik kullanıma paralel olarak “ve benzeri” anlamında değerlendirilmelidir. Bu yorum tarzı, hem dilin evrimiyle hem de kanun koyucunun ifadesine anlamlı bir içerik kazandırma amacıyla tutarlıdır. Bu şekilde bakıldığında “bez” örneği, örtünmeye yönelik tipik bir araç olarak öne çıkmakta; “vesair unsurlar” ise bu örneklerle benzer nitelikteki diğer nesneleri kapsamaktadır. Buna örnek olarak plastik torba, naylon poşet, file (balık ağı görünümüne yüz örtüleri), örgü tül, şeffaf olmayan yüz siperlikleri, motorcu maskeleri (neopren veya benzeri maddelerden yapılmış), gaz maskeleri, alüminyum folyo benzeri geçici örtüler, silikon veya kauçuk esaslı yüz kaplamaları, maske kumaşından üretilmiş yüz örtüleri, yapay elyaf tıbbi örtüler, sentetik tüylü kostüm aksesuarları gibi malzemeler “bez benzeri unsurlar” olarak değerlendirilebilir. Bu tür araçlar, bez gibi klasik dokuma ürünleri olmasalar da örtme amacıyla kullanıldıkları takdirde “vesair unsurlar” ifadesi kapsamında yer bulabilirler.

Buna karşılık beze benzemeyen örtünme biçimleri bu kapsamda değildir. Yani örtme fiilinin “bez” ya da “bez benzeri” malzemelerle gerçekleştirilmediği, yalnızca kişinin yüzünü tanınmaz kılmak amacıyla yapılan diğer görsel manipülasyonlar –örneğin takma sakal, peruk, yoğun makyaj, maske olmayan karnaval aksesuarları veya geniş çerçeveli gözlükler gibi araçlarla yapılan müdahaleler– kanundaki lafzî tanımın dışında kalır⁶⁹. Zira bu araçlarla gerçekleştirilen eylemlerde yüz, teknik anlamda “örtülmemekte”; bunun yerine yüzün doğal görünümünü değiştirilmekte veya yüz yeniden biçim-

68 Çebi, İ. S. (2024). “Türkçede Bazı Bulaşma (Contamination) Örneklerinde Anlamın Bulaşma Üzerindeki Etkileri”, *Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi*, C. 13., S. 3., s. 958-969.

69 Almanya’da bu tür kimlik gizleme biçimleri de kapsam içinde sayılmaktadır. Bkz. Dürig-Friedl, C. (2022). s. 566.

lendirilmektedir. Bu gibi yöntemlerin de cezalandırılabilir olduğu yönünde yapılacak bir geniş yorum, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına açıkça aykırı olur. Bu bakımdan Türk hukukunda 2911 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesinde yer alan "yüzü bez veya vesair unsurlarla örtmek" fiilinin kapsamı, yalnızca fiziksel örtme araçlarıyla sınırlıdır. Nitekim örneğin Almanya'daki Toplantı Yasası'nda bu tür görsel kimlik manipülasyonlarını da açıkça kapsayacak bir formülasyon yeğlenmişken Türk kanun koyucusunun yalnızca örtme eylemine odaklanması, bu tür araçların bilinçli olarak kapsam dışında bırakıldığını göstermektedir. Dolayısıyla beze benzemeyen bu tür görünüm değiştirici araçlarla kimliğin gizlenmesi, her ne kadar fiilî olarak benzer bir sonucu doğursa da, kanundaki açık hüküm karşısında bu suçun kapsamına dâhil edilemez.

3. "Yüzünü Tamamen veya Kısmen Örtme"

Örtmek sözcüğünün "korumak, görünmez duruma getirmek veya gizlemek için üstüne bir şey koymak" anlamına geldiğini söylemiştik. Almanya'daki suç tipinin aksine Türkiye'de sadece yüzünü örtmeden bahsedilmiştir. Bu bakımdan kişinin tanınmasını güçleştirecek kıyafet tasarımları kapsam dışıdır. Örneğin bazı gösterilerde kalabalıkların içinden bazı kişileri ayırt etmek için boya püskürtülmektedir. Bu uygulamanın amacı kişiyi takip etmek ve gösteri sırasında veya gösteri bittikten sonra uygun koşullarda gözaltına almaktır. Kişinin bunu engellemek için kıyafetini değiştirmesi veya bu türden kimlik belirlemeye matuf uygulamaya engel olacak bir kıyafet giymesi, bu suç tipi kapsamının dışındadır.

Öte yandan Türkiye'de, öğretilerde bazı yazarlarca "pasif silah" sayılan ve kişinin kolluk gücünün müdahalesine karşı korumaya matuf nesnelerin de -eğer yüzü örtmüyorsa- kapsam dışında olduğunu kaydetmek gerekir. Bu bakımdan örneğin yüzü örter nitelik taşımayan bisiklet veya motosiklet kaskı, bandana, kurdele veya başörtüsü kapsam dışındadır.

Keza kolluk güçlerine karşı kişileri korumaya dönük olup yüze takılmayan yağmurluklar, süngerler, çelik yelek veya diğer ekipmanlar da bu kapsamda değildir.

Örtmenin tamamen veya kısmen biçiminde tanımlanmış olması özellikle “kısmen” ifadesinin değerlendirilmesini gerekli kılar. Kısmen örtme ifadesi, yüzün tamamı değil, sadece bir bölümünün (örneğin ağız, burun veya çene gibi) örtülmesini ifade eder. Bu durumda ilk bakışta, gözler açıkta kalsa bile, diğer bölümlerin gizlenmesi suçun oluşumu açısından yeterli sayılabilir. Böyle yaklaşıldığında burun ve ağız bölgesini kapatan bir bandana ya da maskenin, gözler açıkta kalsa da “kısmen örtme” kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşılık; yalnızca alın, saç veya kulak gibi yüz tanımına girmeyen bölgeleri örten aksesuarlar (örneğin bir saç bandı, alın bandı veya sadece başın üst kısmını örten bir şapka) bu kapsamın dışında kalır. Aynı şekilde yalnızca gözlük veya şeffaf bir siperlik takmak da yüzü örtme fiilini oluşturmaz. Dolayısıyla “kısmen örtme” ifadesi, kimliğin gizlenmesine elverişli yüz örtme biçimlerini kapsamakta ancak yüzü tanınmaz hâle getirmeyen, sembolik veya fonksiyonel örtünme biçimleri bu suç tipi açısından dışarıda bırakılmaktadır.

Alman öğretisinde, görünür olan duyu organı (gözler, kulaklar, burun, ağız) sayısına göre belirleme yapma eğilimi vardır. Genel kabul, çenenin kapalı olması hâlinde yasağın devreye girmemesi için en az iki duyu organının görünür olması gerektiğidir. Bu yaklaşıma göre eğer bir kişinin çenesi örtülüyse ve sadece bir duyu organı görünüyorsa bu durumda tanınabilirlik yeterli sayılmaz ve dolayısıyla maske yasağı devreye girer. Ancak çene bölgesi kapalı olsa bile, iki duyu organı (örneğin gözler ve kulaklar) görünür durumdaysa o zaman kişinin kimliğinin tespiti hâlâ mümkün olabilir. Bu durumda maske yasağı geçerli olmayabilir⁷⁰. Fakat kanımızca bu mesele de basit bir matematik hesabına indirgenemez.

70 Kniesel, M. (2019). s. 357.

4. “Katılma”

Yine Almanya’daki suç tipinin aksine⁷¹ Türkiye’de suç münhasıran “katılma” ile ilişkilendirilmiş; yüzünü tamamen veya kısmen örtmeye matuf eşyaları taşımak veya bulundurmamak suç kapsamında sayılmamıştır⁷². Dolayısıyla toplantı ve gösteriye “katılma” sayılmayacak bir aşamada (öncesinde veya sonrasında) bu nesneleri taşımak suçun kapsamı dışındadır. Kanun’da taşıma yasağına tabi eşyaların, örtünmeye dönük eşyalardan ayrı olarak sayılması da bunu doğrulamaktadır⁷³. Keza “katılma” kavramının getirdiği anlam uyarınca bir toplantı ve gösteriden önce veya sonra kimliğini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örtmenin de suç olmadığı söylenebilir. Fakat yine de bu suç bir icrai katılma suçu olduğundan kişinin yüzünü örttükten sonra henüz gösteriye katılmadan yakalanması hâlinde teşebbüs hükümleri (TCK mad. 35) gündeme gelebilir. Örneğin kişi yüzünü örterek gösteri alanına yürürken gözaltına alınırsa ve mahkemece bu hâl “katılma” olarak değerlendirilmezse “katılmaya teşebbüs”ten bahsedilebilir.

Öte yandan katılma ifadesinden toplantı veya gösteri yürüyüşünde bulunmayı değil, bunlara etkinlikte ileri sürülen

71 Almanya’da “Açık havada yapılan kamu toplantılarında, yürüyüşlerde veya diğer açık hava etkinliklerinde ya da bu etkinliklere gidiş esnasında, kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkilerini engellemeye elverişli ve koşullara göre bu amaca yönelik olduğu anlaşılan koruyucu silahlar veya benzeri eşyaların taşınması yasaktır.” Keza, “bu tür etkinliklerde veya etkinliğe gidiş sırasında, kimliğin tespitini engellemeye elverişli ve koşullara göre bu amacı güttüğü anlaşılan eşyaları taşımak” da yasak kapsamına alınmıştır. Bu durum, çok daha çetrefilli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Özellikle bkz. Ott, S., Wächtler, H. ve Heinhold, H. (2010). s. 242.

72 “Taşımak” (*Mitführen*), bir koruyucu silahı ya da benzer işlevli bir eşyayı fiilen yanında bulundurmamak ve bu nesnenin amacı doğrultusunda kullanılmaya hazır durumda olmasını sağlamak anlamına gelir. Bu silahın mevcut bir toplantıda ya da toplantıya giden yolda fiilen taşınması gerekir. Kniesel, M. (2019). s. 356; Ullrich, N. ve Wernthaler, M. (2021). s. 168.

73 Kanun’un bazı eşyaları sayma yoluyla belirtmesi, saymadıklarını dışladığı anlamına gelir. Bu Latince “*expressio unius est exclusio alterius*” ilkesiyle olarak bilinir.

argümanlara düşünsel ve duygusal ortaklık taşıyarak parçası olmayı anlamak gerekir. Böyle bir yorum, etkinlik alanında mesleki nedenlerle yer alan kişileri (sağlık çalışanı, avukat, gazeteci vb.) veya orada yaşananları gözlemlemek isteyen üçüncü kişileri suçun kapsamının dışına çıkarır. Fakat bu sonuç, ek bir yorumu gerektirir ve kanunun belirsizlik sorunu- nu tam olarak ortadan kaldırmaz.

C. SUÇUN SUBJEKTİF ÖGELERİ

Suçun subjektif ögesi, kişinin kimliğini gizleme kastını gerektirir⁷⁴. Düzenlemede geçen “kimliklerini gizlemek amacıyla” ifadesi bunu anlatır. “Kasıt” bu durumda doğrudan kasıt anlamında, sonuca yönelmiş irade olarak anlaşılmalıdır⁷⁵. Böylesi bir amacın saptanamadığı hâllerde suçun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Bu amacı saptamak her zaman için kolay değildir ve bir ölçüde yorum yapmayı ve kimi çıkarımlara dayanmayı gerektirir. Bu bağlamda kamusal güvenlik endişeleri uyarınca “görünüşte tehlike”nin varlığı esas alınabilir⁷⁶. Fakat yine de bu hususta titizlikle ve hatta kuşkuyla yaklaşmak gerekir.

Bilindiği gibi TCK mad. 30’da hata konusu düzenlenmektedir. Buna göre:

“(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

74 Fakat bu amaç yüzün örtülmesiyle gerçekleşmiyorsa suç oluşmaz. Almanya’da ise normun dili, parmak izinin örtülmesi yoluyla kimlik gizlemeye ceza verilmesine müsaittir. Bkz. Ullrich, N. ve Wernthaler, M. (2021). s. 172.

75 Ott, S., Wächtler, H. ve Heinhold, H. (2010). s. 243.

76 Stein, V. (2019). s. 249.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

Bu düzenleme bağlamında özellikle haksızlık yanılması ve tipiklik yanılması önem taşır: Haksızlık yanılmasında, tipiklikte yanılmadan farklı olarak maddi olgular değil norm düzeyi tartışma konusudur ve yanılmanın odağında fiilin haksızlığı yer alır. Tipiklikte yanılmada ise konu tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarıdır. Bu nedenle tipiklikte yanılma kasıtlı ilgilien haksızlık yanılması fiilin haksızlığına ilişkin olup kusur alanında değerlendirilir⁷⁷. Bu ayrım kişinin örneğın sadece soğuktan korunmak amacıyla yüzünü örttüğünü veya bunun suç oluşturduğunu bilmediğini yahut gösterinin kanunsuz olduğunu bilmediğini iddia ettiğı bağlamlarda önem taşır.

“Kimliğini gizleme amacı”nın varlığı subjektif bir unsur olduğundan failin gerçek amacı önemlidir. Mahkeme, bu beyanı somut olgularla (ispat edilebilen hususlarla) birlikte değerlendirerek kastın ve amacın bulunup bulunmadığına karar verir. “Hayatın olağan akışı” bu bakımdan kullanıma uygun bir ölçüt olabilir. Örneğın yazın sıcak havalarda yüzünü şal veya delikli bir yün maske ile örten birinin niyeti açıktır⁷⁸. Keza kamera kayıtlarından şiddet olaylarının başlaması sırasında maske takıldığı veya olaylar devam ettikçe çıkarılmadığı saptanmışsa bu da bir diğeri niyet göstergesi sayılabilir⁷⁹.

77 Erdem, M. R. (2019). “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağın, C. 21., Özel S., s. 44-45.

78 Bu örnek Alman mevzuatının komisyon raporunda geçmektedir. Bkz. Kniesel, M. (2019). s. 357.

79 Maatz, K. R. (1990). “Zur Strafbewehrung des Verbots der Vermummung”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, C. 53., S.10., s. 584. Buna karşılık, toplumsal cinsiyete uygun olmayan giysilerin giyilmesi (örneğin, bir erkeğın kadın kıyafeti giymesi) yeterli değildir. Bkz. Ullrich, N. ve Wernthaler, M. (2021). s. 172.

Kaydetmek gerekir ki kişinin gerçekten de kimliğini gizlemiş olması bu bağlamda önem arz etmemektedir. Önemli olan niyettir⁸⁰.

1. Anayasa'ya Uygun Yorum Gerekliliği

Kişinin ilk bakışta kimliğini gizleme amacına dönük gibi görünen bir örtünme, aslında o kişinin başka kişilerin şiddetinden korunma amacına matuf olabilir. Gösterici, yüzünü din özgürlüğünün gereği olarak yahut toplantı mekânında yoğun biçimde kullanılan biber gazı vb. türden materyallerin sağlığına etki etmesinden kaçınmak için örtmüş olabilir. Benzer biçimde COVID-19 pandemisi döneminden bu yana artan biçimde gözlemlendiği üzere kişi, kalabalık grupların içinde bulaşıcı hastalıklardan korunmak gibi bir amaçla maske takıyor olabilir⁸¹. Keza kişinin katıldığı gösterinin konusuna bağlı olarak sanatsal bazı göndermeler yapması da olasılık dâhilindedir. Örneğin son yıllarda çok sayıda gösteride gözlemlenen V for Vendetta isimli anti-kapitalist göndermeler taşıyan filmdeki aktörün taktığı Guy-Fawkes maskesi veya savaş karşıtı gösterilerde ölümün ürkütücü yönünü hatırlatmak üzere takılan kuru kafa maskeleri bir bakıma sanatsal ifade özgürlüğünün bir yansımasıdır⁸². Bazen hava kirliliğine dikkat çekmek isteyen kişilerin taktıkları gaz maskesi örneğinde olduğu gibi hem sağlık hakkı hem de ifade özgürlüğü kesişebilir⁸³. Anayasa'daki din özgürlüğü, sağlık hakkı veya sanat özgürlüğünün uzantısı olan bu tür örtünme biçimlerinin dikkate alınması ve kişinin böyle bir amaç taşıma olasılığının hesaba katılması gerekir.

Kanun metninde böyle bir değerlendirmeyi zorunlu kılan açık bir hüküm bulunmadığı için uygulamada çeşitli sorunla-

80 Dürig-Friedl, C. (2022). s. 567; Ullrich, N. ve Wernthaler, M. (2021). s. 172.

81 Peters, W. (2021). s. 279.

82 Peters, W. (2021). s. 279. Gerçi sanatsal sembollerini kullanarak da kimlik gizleyen şiddet faillerinin olabileceği hesaba katılmalıdır. Ullrich, N. ve Wernthaler, M. (2021). s. 173.

83 Kniesel, M. (2019). s. 352.

rın çıkması muhtemeldir. Suçun tanımlanma biçimi, yüzünü örten herkesin bunu “kimliğini gizlemek amacıyla” yaptığı varsayımına kapı aralamaktadır. Bu ise kişinin yüzünü farklı bir nedenle örttüğünü ispat etme yükümlülüğü doğurur ki bu durum masumiyet karinesine aykırı kabul edilebilir.

Öte yandan yüzünü tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek bir toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılan bir kişinin kimliğini gizlemek amacının bulunduğu her durum da ceza verilmesini gerektirmemelidir. Kişi bu gizlemeyi diğer bazı anayasal haklarının kullanımı için gerçekleştirmiş olabilir. Mesela başka bir devletin vatandaşı olan bir kişi, o devletin istihbarat üyelerinin veya kolluk güçlerinin kendisini tanınmasından kaçınıyor olabilir. Bu kaçınma, adaletin açıkça inkâr edildiği bir soruşturma olasılığından korunmak amacıyla matuf olabilir. Benzer durum, toplantı ve gösterinin konusuna bağlı olarak kişinin patronunun, ailesinin veya karşıt görüşteki diğer kişilerin misilleme olasılıklarından korunma amacıyla matuf da olabilir. Bir iş cinayeti protestosuna katılan bir işçinin işten çıkarılma korkusu, etnik gerilimli yüksek bir konudaki protestoda karşıt görüşteki kişilerce fişlenme kaygısı veya ailesinden ve çevresinden sakladığı cinsel/dinsel yönelimiyle ilgili bir gösteride ifşa olma kaygısı buna iyi birer örnektir⁸⁴. Böylesi durumlarda kişinin gerçekten de kimliğini gizlemek amacı vardır fakat bu amaç anayasal bir hakkın (özel gelişme hakkı ve özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı) uzantısıdır. Üstelik Anayasa’nın OHAL ve savaş durumları için dahi dokunulmaz kıldığı “kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” güvencesinin mutlak dili, kişilerin gösteride kimliklerini açık ederek din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açığa çıkarmak zorunluluğuyla uyumsuzdur. Bu nedenle böylesi durumların TCK mad. 26/1’deki “hakkını kullanan kimseye ceza verilmez” hükmü çerçevesinde kavranması gerekir. Keza konuya böyle yak-

84 AIDS hastası birinin bu konudaki bir toplantıda bunu dışa vurmak istemesi de benzer türden bir örnek olabilir. Bkz. Kniessel, M. (2019). s. 353-353.

laşıldığında gazdan korunmak için yüzünü kapatan kişinin tutumu kişinin kendisinin “bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak” amacıyla gerçekleştirildiği düşünülebilir ve TCK mad. 25/2 uyarınca bunun kusuru kaldıran bir durum olduğu düşünülebilir.

Alman öğretisindeki bir görüşe göre “kimliğini gizleme” kavramı, üçüncü kişilere karşı değil, gösterinin yapıldığı devletin kolluk güçlerine karşı bir anlam taşımaktadır⁸⁵. Amaçsal yorumun yanı sıra lafzi yorum kurallarına dayanan bu yaklaşıma göre maskeleme yasağı, yalnızca görünümün “kimliğin tespit edilmesini engellemeye yönelik” olması hâlinde geçerlidir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, polisin kimlik tespiti işlevinin engellenmesidir. Diğer kişilerce tanınmanın engellenmesi bu yasağın kapsamında değildir. Zira “kimlik tespiti” (*die Identitätsfeststellung*) tehlikelerin önlenmesine ilişkin yasalara göre polis tarafından uygulanan teknik bir terimdir. Günlük dilde bir vatandaşın başka bir kişiyi tanınması “kimlik tespiti” yaptığı anlamına gelmez, sadece “tanınma” anlamına gelir. Eğer yasa koyucu, maskeleme yasağını başka vatandaşların tanınmasını engellemek üzere düzenlemek isteseydi, “tanınma” ya da “fark edilme” (*Erkennen* veya *Erkenntwerden*) gibi kelimelere başvururdu⁸⁶. Bu yaklaşım son derece yerindedir ve hükmün Anayasa’ya uygun yorumu veya anayasal amaçsal daraltma (“teleolojik redüksiyon”) diye ifade edilen tekniğin iyi bir örneği sayılabilir⁸⁷.

Burada ise üçüncü bir sorun gündeme gelmektedir. Acaba

85 Sivil polis olarak görev alan ama karşı-gösterici sayılabilecek durumda olan kişilerin durumu açısından da sonuç farklı olacaktır. Bkz. Ullrich, N. (2015). s. 370.

86 Ullrich, N. (2015). s. 370.

87 Norma dönük böyle bir tutum öğretide pek çok yazarca zorunlu görülmemekte, aksi hâlde herkesin kendi dış görünüşünü dilediği gibi belirleme hakkına sahip olduğuna dair öznel gelişim hakkının ihlal edileceği ileri sürülmektedir. Örneğin bkz. Dürig-Friedl, C. (2022). s. 562-563; Stein, V. (2019). s. 250.

kişi kimliğini bizzat kolluk güçlerinden saklamak isteyebilir mi? Buna prensip itibarıyla olumsuz yaklaşmak gerekir. Fakat özellikle kişisel verilerin bir nevi fişleme amacıyla kullanıldığına ve belli görüşteki kişilerin belli gösterilere katılmasının Anayasa'daki "kamu hizmetine girme hakkı" yönünden sorun yaratabileceğine dair (kayırmacılığa ilişkin bazı verilerle desteklenen) haklı kaygılar Türkiye özelinde ayrıca tartışılmayı hak etmektedir⁸⁸.

Karşılaştırmalı örnekler bu ve benzeri hâller için istisna usullerinin de kanunda düzenlendiğini göstermektedir⁸⁹. Türkiye'de böyle bir ek fıkra ya yer verilmemiş olması kanunun kalitesi açısından bir sorun olmanın yanı sıra keyfiliğe kapı aralar nitelikte olduğu için hukuk devleti ilkesi yönünden de problem getirir⁹⁰.

2. İstisna ve Değerlendirme Ölçütlerinin Yokluğu

Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında yüzünü kısmen veya tamamen örten bir kişinin bunu hangi amaçla yaptığını tespit etmek çok güçtür. Kanun bu konuda bir ölçüt getirme-

88 Kolluk güçlerinin güç kullanma sınırını aşırı biber gazı vb. nesneler kullanarak aştığı hâllerde kişinin yüzünü örtmesinin sağlık hakkının kullanılması olduğunu söylemiştik. Bu durumda meşru müdafaa hükümlerinin uygulanmayacağını söylemek gerekir. Zira meşru müdafaa, ceza hukukunda kişisel ve bireysel bir saldırıya karşı zorunlu savunma amacıyla yapılan ve başkasına yöneltilen fiiller için geçerlidir. Oysa gaz maskesi takmak, doğrudan bir saldırıyı defetmek için karşı tarafa yönelen bir eylem değildir, kendini korumaya yönelik pasif bir önlemdir. Ancak bu durum yine de hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır veya suçun oluşmamasına neden olabilir.

89 İstisnanın izin mekanizmasıyla mı yoksa muafiyet sistemiyle mi çalıştığı açık değildir. Bu konu öğretilerde tartışılmaktadır. Fakat baskın görüş, toplanma özgürlüğünün izin şartına tabi olmaması bunun istisnalar açısından da geçerli olduğu yönündedir. Kniesel, M. (2019). s. 358-359; Peters, W. (2021). s. 280. Öte yandan bu istisnaların özellikle spontane gösteriler açısından sorun teşkil edeceği vurgulanmaktadır. Bkz. Dürig-Friedl, C. (2022). s. 569. Eyaletlere göre farklılaşmalar için bkz. Ullrich, N. ve Werntaler, M. (2021). s. 176 vd.

90 Kniesel, hakkın niteliği uyarınca bir istisnanın öngörülmemesi hâlinde net Anayasa'ya aykırılık oluşacağı kanaatindedir. Bkz. Kniesel, M. (2019). s. 354. Belirlilik ilkesi yönünden bkz. Dürig-Friedl, C. (2022). s. 562.

diği için belirleme, kolluk güçlerinin takdirine bağlıdır. Bu takdirin delillendirilmesi için kişinin ifadesi ve tanık beyanlarının yanı sıra özellikle kamera kayıtları önem taşır⁹¹.

Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi, kolluk güçlerinin bu takdiri gerekçeli olarak kullanmasını gerektirir⁹². Hatta bu ölçülülük ve gerekçelendirme yükümlülüğünü AYM içtihatlarıyla dolduracak olursak; kamu güvenliği veya düzeninin objektif olarak tehdit altında olduğunun saptanması ve bunun ortaya konması gerekecektir⁹³. Nitekim AYM'ye göre barışçıl toplantı ve gösterilere katılanların özgürlüğü, sadece şiddete başvuran azınlık nedeniyle sınırlanamaz⁹⁴. Bu çerçevede temel haklara dost bir yorum, yalnızca maske vb. nesne bulundurduğu gerekçesiyle bir kişiyi toplantıdan dışlamayı mümkün kılmamaktadır⁹⁵. Fakat bu çabalara rağmen hükmün gösteriye, kişiye ve zamana göre taban tabana zıt uygulama biçimlerini getirmesi (bazı eylemlerde kişiler maskeli olmalarına rağmen müsamaha gösterilmesi, diğer bazılarında kategorik uygulamalara yönelinmesi) ve/veya getirme potansiyeli keyfilik yaşağı açısından ciddi bir sorundur.

D. İŞTİRAK VE İÇTİMA

Bu suça iştirak mümkün ve muhtemeldir. Şöyle ki başkasını kimliğini gizlemek amacıyla yüzünü örtmeye takmaya ikna eden kişi azmettirici olarak sorumlu tutulabilir. Keza, maske, poşu, bez gibi unsurları temin eden ya da bu konuda failin kaçmasına yardım eden kişi, yardım eden olarak cezalandırılabilir. Keza, birden fazla kişi birlikte planlayarak yüzlerini örterek katılmışlarsa müşterek faillik söz konusu olabilir⁹⁶.

91 Dürig-Friedl, s. 567; Kniesel, M. (2019). s. 360.

92 Kniesel, M. (2019). s. 358.

93 Dürig-Friedl, C. (2022). s. 567.

94 Aynı yönde BVerfGE 69, 315, 361.

95 Dürig-Friedl, C. (2022). s. 569.

96 Bedenin, aynı zamanda suçun icrası ile iç içe geçtiği durumlarda bir başkasının beden üzerinde hâkimiyet kurması mümkün olmadığından birden fazla kişi aynı suçu işlese bile müşterek değil müstakil fail durumunda olduğu düşünülebilir.

İçtima konusunda, özellikle Kanun'un "yasa dışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşıyarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyerek katılanlar" için öngördüğü altı aydan üç yıla kadar hapis cezasının dikkate alınması gerekir. Bu hüküm, kimliği gizlemek amacıyla yüzü örten bez ve sair unsurların üzerinde anılan türde amblem veya işaretlerin bulunması ya da bu örtülerin, amblem ve işaretleri içeren üniformayı andırır giysilerin bir uzantısı niteliğinde olması hâlinde, failin hem kimliğini gizleme hem de örgütsel aidiyetini dışa vurma saikiyle hareket ettiğini gösterebilir. Böyle bir durumda, aynı fiil birden fazla suç tipine temas etmekteyse de bu fiil tek bir iradi davranış içinde gerçekleşmişse ve örgüt simgeleri taşıyan örtü doğrudan yüzün gizlenmesi amacına da hizmet ediyorsa, fikrî içtima (TCK mad. 44) hükümleri uygulanmalı; fail hakkında yalnızca daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı hüküm kurulmalıdır.

Örneğin yüzünü örttüğü bez aynı zamanda örgüt amblemi taşıyorsa ve fail yalnızca bu bezle yürüyüşe katılmışsa hem yüz örtme hem de amblem taşıma suçları teknik olarak gerçekleşmiş görünse de failin kastı bölünmemiştir ve eylem tektir. Bu durumda fail hakkında yalnızca iki yıl altı aydan dört yıla kadar hapis cezası öngören TGYK mad. 33/a hükmüne göre ceza verilmesi gerekir. Buna karşılık fail hem yüzünü kimliğini gizlemek amacıyla örttüğü bezle kapatmış hem de bundan bağımsız olarak bedeninin başka bölgelerinde veya ayrı nitelikte bir kıyafetle yasa dışı örgüte ait işaretler taşıyorsa bu durumda eylemler arasında maddi ayırım ve kasıt ayrılığı bulunduğundan her bir suç bağımsız şekilde cezalandırılmalı yani gerçek içtima uygulanmalıdır. Dolayısıyla failin fiillerinin bir bütünlük içinde mi yoksa bağımsız olarak mı gerçekleştirildiği, hangi suçun hangi araçla işlendiği ve hukuki yararların örtüşüp örtüşmediği hususları, içtima türünün belirlenmesinde belirleyici rol oynar. Aksi hâlde ya cezalandırmada mükerrerliğe ya da failin gerçekleştirdiği eylemlerin bir bölümünün cezasız kalmasına yol açılması riski doğar.

Suçun nitelikli hâli 2911 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmiş değildir. Fakat TMK mad. 7, suçun terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde işlenmesi hâlinde üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngördüğü için bunun bir nitelikli hâli olduğu söylenebilir.

E. YAPTIRIM

Bu suç için öngörülen ceza iki yıl altı aydan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Yukarıda bahsettiğimiz pek çok nedenle temel hakların koruma kapsamına fazlasıyla giren bu belirsizlikle malul/yürütmenin takdirine dayalı suç için öngörülen mezkûr cezanın ağır olduğunu kaydetmek gerekir. Bunun birden çok nedeni vardır.

Öncelikle bu suç tipi zarar değil, tehlike suçu niteliğindedir. Failin herhangi bir şiddet eylemine karışması, toplantının barışçıl olup olmaması veya toplumsal düzene yönelik somut bir tehdit oluşturup oluşturmadığı gibi unsurlar suçun maddi unsuruna açıkça dâhil edilmemiştir. Suç, ek bir yorum geliştirilmedikçe, yalnızca yüzü örtme ve bu örtmenin kimliği gizleme amacına yönelik olmasıyla oluşmaktadır. Bu yönüyle somut bir mağdur üretmeyen, kamu düzenine yönelik sadece potansiyel bir tehdit taşıdığı varsayılan bir davranışın, uzun süreli hapis cezası yaptırımıyla karşılanması, ceza siyaseti bakımından aşırılık oluşturmaktadır.

İkinci olarak ceza miktarının alt sınırının iki yıl altı ay olması, failin cezasının adli para cezasına çevrilmesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi alternatif yaptırımların uygulanmasını büyük ölçüde engellemektedir. Bu da çoğu zaman ilkesel olarak hafif ve ikincil müdahale ile karşılanabilecek bir davranışın, infaz rejimi bakımından ağır sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır. Oysa ceza hukukunda ölçülülük ilkesi, her suçun ağırlığına göre orantılı bir yaptırımla karşılanmasını gerektirir.

Üçüncü olarak suçun öznesinin çoğunlukla toplantı ve

gösteri yürüyüşlerine katılan genç bireyler, öğrenciler, aktivistler olması, cezanın uzun vadeli sonuçlarını daha da ağırlaştırmaktadır. Kişinin yalnızca kimliğini gizleme saikiyle yüzünü örten basit bir davranışı nedeniyle sabıkalı hâle gelmesi ve hapis cezasına mahkûm edilmesi hem bireysel yaşam hakkına hem de ifade özgürlüğü ve barışçıl toplanma hakkı gibi anayasal güvencelere dolaylı müdahale anlamı taşımaktadır.

Üstelik benzer ya da daha tehlikeli görülebilecek bazı diğer fiiller (örneğin mala zarar verme – TCK mad. 151 –, izinsiz örgüt propagandası – TMK mad. 7/2 ilk cümle –, hakaret – TCK mad. 125) için öngörülen cezaların daha düşük ya da ertelenebilir nitelikte olması, suçlar arası ceza dengesi açısından da çarpıklık yaratmaktadır.

Son olarak cezanın ağırlığı ile kategorik ve keyfî uygulama biçimlerinin caydırıcı etki yaratabileceği hesaba katılmalıdır⁹⁷. Sadece bir bez parçasını suratında tuttuğu için iki ila dört yıl hapis cezası alabileceği düşüncesi kişileri bu tür etkinliklerden doğal olarak soğutabilir.

Sonuç itibarıyla yüz örtme fiili bakımından öngörülen bu ceza hem eylemin ağırlığına kıyasla ölçüsüzdür hem alternatif yaptırımları fiilen devre dışı bırakmaktadır hem de ifade ve toplanma özgürlüğünü caydırıcı etkisi bakımından ölçüsüz ve demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayan bir cezalandırma pratiği riski taşımaktadır. Bu nedenle normun cezai sınırlarının yeniden düzenlenmesi ya da yargısal uygulamada anlamlı bir ölçülülük denetiminin sağlanması zorunludur.

SONUÇ (DEĞERLENDİRME VE ÖNERİ)

Şimdi tüm bu yazdıklarımızdan hareketle bir sonuç çıkarabilir ve bu sonuç çerçevesinde değerlendirme ve öneriler geliştirebiliriz.

Karşılaştırmalı hukuk bize toplantı ve gösteri yürüyüşle-

97 Dürig-Friedl, C. (2022). s. 562.

rinde yüz gizleme konusundaki mevzuatın bazı sakıncalar barındırdığını göstermiştir. Bu sakıncalar şöyle sıralanabilir:

Diğer Temel Hakların Uzantısı – Öncelikle bireylerin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yüzlerini örtmeleri, sadece toplanma özgürlüğü kapsamında ele alınmamalı, diğer anayasal hakların bir uzantısı olarak da değerlendirilmelidir:

- Anonim kalma arzusu, bireyin öznel gelişim hakkı ve özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde korunur.
- Yüzü örten nesnenin niteliğine göre bu eylem, sembolik bir ifade biçimi olabilir. Bu semboller kimi zaman sanatsal nitelikte (sanat özgürlüğü), kimi zaman siyasal göndermeler içerebilir (siyasal ifade özgürlüğü) ya da kültürel etkinliklerle (festival, karnaval vb.) bağlantılı olabilir (kültürel haklar).
- Yüzün bir bölümünü örtmek, uzun süredir dinsel semboller bağlamında tartışılmaktadır. Bu pratik, kapsamına dair karmaşık tartışmalar bulunsa da din ve vicdan özgürlüğünün alanına girer. Türkiye gibi bu konunun çok hassas dengeler içinde bulunduğu bir ülkede bu olasılığa dair bir istisna veya hüküm yokluğu bazı ön-görülebilirlik sorunlarını beraberinde getirebilir.
- Kalabalık ortamlarda bulaşıcı hastalık riski yüksektir. Bu nedenle bireylerin tıbbi maskeler veya benzeri araçlarla yüzlerini örtmeleri, sağlıklı yaşam hakkı veya maddi-manevi bütünlük hakkının bir uzantısıdır. Aynı haklar, gösterilerde ölçüsüz biçimde biber gazı kullanıldığı durumlar açısından da geçerlidir. Ayrıca soğuk hava koşullarında atkı benzeri koruyucu unsurlar da bu kapsamda değerlendirilebilir.
- Toplantı ve gösteri yürüyüşü mekânında sadece göstericiler bulunmaz; sağlık çalışanları, avukatlar, itfaiyeciler ve gazeteciler de orada olabilir. Bu kişilerin meslek-

lerini icra ederken biber gazı gibi etkilerden korunmak amacıyla yüzlerini örten nesneler kullanmaları, maddi ve manevi bütünlük hakkının yanı sıra aynı zamanda çalışma özgürlüğü yönünden de korunmalıdır.

Sert Çekirdek Alan Güvencesiyle Uyumsuzluk – İnsan hakları hukukunda, olağanüstü hâller dâhil hiçbir durumda sınırlandırılmayan bazı temel güvenceler bulunmaktadır. Bunlardan biri, hiç kimsenin dini, vicdani, düşünsel veya kanaate ilişkin görüşlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bu gerekçelerle cezalandırılmayacağı ilkesidir. Bu bağlamda toplantının konusu ve bağlamı dikkate alınmaksızın katılımcılardan kimlik açıklaması beklenmesi, bu çekirdek güvencenin özünü zedeleyebilir.

Misilleme Korkusu ve Üçüncü Kişilerden Korunma Gerekliliği – Yüzün örtülmesi yalnızca devlete karşı anlam taşımaz, üçüncü kişilere karşı da bireysel korunma aracı olabilir. Özellikle küçük yerleşim yerlerinde ya da toplumsal kutuplaşmanın yüksek olduğu bölgelerde bir gösteriye katılmak bireyin ailesi, iş çevresi veya sosyal ilişkileri üzerinde olumsuz sonuçlar yaratabilir. Bu nedenle kişi, misilleme korkusuyla kimliğini gizleme yoluna gidebilir. Bu durum karşısında, yasağın kime karşı anlamlı olduğu – devlete mi yoksa diğer bireylere mi karşı – açık biçimde ortaya konulmalıdır.

Kamu hizmetine girişte partizan uygulamaların bulunduğu, kişisel verilerin güvenliğinin sağlanamadığı bir devlet yapısında, bireyin anonimliği gözetilmelidir. Aynı şekilde, özellikle mülteci ve sığınmacıların, kamu gücünü elinde tutan devlete değil, kaçtıkları devletin ajanlarına yönelik misilleme korkuları da hesaba katılmalıdır.

İdareye Tanınan Geniş Takdir Yetkisi – Yüz örtmeye dair yasakların uygulanmasında idareye tanınan geniş takdir yetkisi, keyfîlik riskini artırmakta; hangi maskenin suç oluşturacağı, kimliğin gizlenip gizlenmediği gibi değerlendirmeler çoğu zaman kolluk ya da mülki idarenin subjektif yorumla-

rına bırakılmaktadır. Bu ise temel hak güvencesini zayıflatmakta ve normun öngörülebilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle idari takdiri sınırlandıran, öngörülebilir ölçütler getiren ve gerektiğinde istisnalara da yer veren; ayrıca bu istisnaların keyfî biçimde uygulanmasını önleyecek denetim mekanizmalarını içeren nitelikli bir kanun düzenlemesi zorunludur. Diğer temel haklara göre daha sıkı bir ölçülülük denetimi gerektiren maddi ve manevi bütünlük hakkı, bu düzenlemenin yüksek kalitede olmasını zorunlu kılmaktadır.

Yasağın Etkisizliği ve Eşitsizlik Yaratması – Mevcut ampirik veriler, yasağın çoğu zaman etkili şekilde uygulanmadığını göstermektedir. Bunun nedenleri arasında soğuk hava koşulları, bireylerin kıyafetlerinin spontane biçimde kimliği gizleyen unsurlara dönüşmesi gibi faktörler yer almaktadır. Bu durum, yasağın mutlak biçimde uygulanmasının önünde yapısal engeller oluşturmakta ve eşitsiz, keyfî kamu müdahalelerine zemin hazırlamaktadır.

Yerleşik İçtihatlarla Uyumsuzluk – Uluslararası insan hakları hukukunda yerleşik hâle gelen içtihatlar, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde ortaya çıkabilecek şiddet olayları veya riskleri karşısında barışçıl göstericilerle diğerlerinin ayrılması gerektiğini ve ilk gruptakilerin haklarının korunmasının devlet için pozitif bir yükümlülük olduğunu kabul etmektedir. Yüz örtmeye ilişkin kategorik yasaklar, bu içtihadı ve ayırım ilkesine aykırıdır.

Masumiyet Karinesi – Suçun oluşumu için gerekli unsur “kimliği gizleme kastı” olmasına karşın, yasağın uygulama biçimi çoğunlukla bu kastı varsayımsal olarak kabul etmekte ve yüzün örtülmesi eyleminden doğrudan bu kastın var olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Bu yaklaşım, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan masumiyet karinesiyle açıkça çelişmektedir. Zira devlet, yüzünü örten kişinin gizlenme kastı taşıdığını baştan varsaymakta; bireyden bu varsayımı çürütmesi yani suçsuzluğunu ispatlaması beklenmektedir. Böylece “İspat yükü devlete aittir.” ilkesi tersine çevrilmekte ve ana-

yasal bir güvence fiilen ortadan kaldırılmaktadır. Bu nedenle, idari takdirin sınırlandırılması ve kanıtlamaya dair anayasal ölçütlerin açık biçimde belirlenmesi kaçınılmazdır.

Cezanın Ölçüsüzlüğü – Bu suç tipi açısından karşılaştırmalı örneklerde genellikle para cezası öngörülmekte, hapis cezası uygulanacaksa bu sürenin çoğunlukla 1 yıl veya daha az olduğu görülmektedir. Ölçülülük ilkesinin karşılaştırmalı yorumu, bu sınırları aşan cezaların gerekçelendirilmesini ve neden daha ağır bir cezanın gerekli olduğunu açıklamayı zorunlu kılar. Öte yandan yüzünü bez veya benzeri bir nesneyle örten bir kişiye doğrudan hapis cezası verilmesi; failin yaşı, kastı ve eylemin barışçıl niteliği dikkate alınmaksızın uygulandığında açık biçimde ölçüsüzlük sorunu yaratır. Özellikle başka hiçbir şiddet içermeyen bir bağlamda salt yüz örtme eyleminin bu denli ağır bir yaptırımla karşılık bulması, demokratik toplum düzeninde kabul edilebilir bir müdahale değildir.

Türkiye'deki mevcut düzenleme, yukarıda belirtilen güvencelerin hiçbirini karşılamamaktadır. Bu eksikliklerin bir bölümü, Anayasa'ya uygun yorum yoluyla giderilebilir. Ne var ki Türkiye'de mahkemelerin bu yönde bir eğilimi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu konuda verdiği kararda “yorumlu ret” veya “Anayasa'ya uygun yorum” doğrultusunda yol gösterici herhangi bir değerlendirmeye yer vermemiştir.

Söz konusu kararda karşı oy kullanan üyelerden Zühtü Arslan ve Engin Yıldırım, yasağı özellikle diğer temel haklara etkisi ve misilleme riski yönünden; Osman Alifeyyaz Paksüt ve Hasan Tahsin Gökcan ise ölçülülük ilkesi açısından değerlendirek önemli tespitlerde bulunmuşlardır. Ancak bu belirlemelere çoğunluk gerekçesinde doğrudan bir yanıt verilmemiştir. Bu durum, ilgili suç normunun uygulandığı bireyleri korumasız bırakmaktadır.

3/8/2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan bu soyut norm denetimi kararı, Anayasa’nın 152’nci maddesinde yer alan “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz” kuralını gündeme getirmektedir. Bu hükmün katı ve biçimsel bir biçimde yorumlanması hâlinde, ilgili suç tipine ilişkin norm denetiminin 3/8/2027 tarihine kadar yeniden yapılması mümkün gözükmemektedir. Ancak kanaatimizce ve AYM’nin güncel içtihadına göre, on yıllık başvuru yasağı yalnızca iki somut norm denetimi arasındaki sürece ilişkindir. Bu bağlamda söz konusu hüküm hakkında mezkûr soyut norm denetimine dayalı ret kararına rağmen somut norm denetimi yoluyla yeni bir başvuru yapılması önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde, normun uygulanmasından doğan ihlallerin bireysel başvuru konusu yapılması da her zaman mümkündür. Bu iki yoldan biri işletildiği takdirde, normun -bu kez karşılaştırmalı hukuk verileri de dikkate alınarak- iptali sağlanabilir ya da en azından norm hakkında Anayasa’ya uygun yorum ilkesi doğrultusunda yol gösterici kayıtlar düşülebilir. Bu da mevcut sorunun giderilmesi yönünde önemli bir adım olacaktır.

KAYNAKÇA

- ANN-KATHRIN, Schaubе (2024). *Allgemeine Gesichtsverschleiерungsverbote in Frankreich und Europa Eine völkerrechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung und der »Mindestanforderungen an das gesellschaftliche Zusammenleben«*, Berlin: Duncker & Humblodt.
- ARTICLE 19 (2015). *The Right to Online Anonymity*, London: Article 19.
- CLAYTON, Richard, FLANAGAN, Finola ve HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (2013). *Opinion on Federal Law No. 65-FZ of 8 June 2012 of the Russian Federation*, Venice: European Commission for Democracy Through Law – Venice Commission, CDL-AD (2013)003.
- ÇEBİ, İhsan Sabri (2024). “Türkçede Bazı Bulaşma (Contamination) Örneklerinde Anlamin Bulaşma Üzerindeki Etkileri”, *Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi*, C. 13., S. 3., ss. 958-969.
- DURIG-FRIEDL, Cornelia (2022). Art. 17a, içinde Dürig-Friedl, C. ve Enders, C. (Der.), *Versammlungsrecht: Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder* (ss. 560-585). München: C. H. Beck.
- ERDEM, Mustafa Ruhan (2019). “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21., Özel S., ss. 44-45.
- HOFLING, Wolfgang ve OGOREK, Marieluisse (2024). Art. 8, içinde Sachs, M., Von Coelln, C. ve Mann, T. (Der.), *Grundgesetz Kommentar*, München: C. H. Beck.
- KAHN, Robert (2019). “The Long Road Back to Skokie: Returning the First Amendment to Mask Wearers,” *Journal of Law and Policy*, C. 28., S. 1., ss. 71-149.
- KAMINSKI, Margot E. (2013). “Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online

Speech”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, C. 23., S. 3., ss. 815-896.

KIAI, Maina *Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association*, UN Doc. A/HRC/26/29 (14 Nisan 2014).

KIAI, Maina ve KAGUONGO, Waruguru (2023). Freedom of Peaceful Assembly and of Association: Practices and Obstacles, içinde Andreassen, Bård Anders. (Der.), *Research Handbook on the Politics of Human Rights Law* (ss. 99–114). Cheltenham: Edward Elgar.

KNIESEL, Michael (2019). Schutzwaffen- und Vermummungsverbot, içinde Dietel, A., Gintzel, K. ve Kniesel, M. (Der.), *Versammlungsgesetze*, Köln: Carl Heymanns Verlag.

LO, Sonny Shiu-Hing, HUNG, Steven Chung-Fun ve LOO, Jeff Hai-Chi (2020). Populist Protesters, October 1 Confrontation and Opposition to Anti-mask Law, içinde LO, Sonny Shiu-Hing Hung, HUNG, Steven Chung-Fun ve LOO, Jeff Hai-Chi (Der.), *The Dynamics of Peaceful and Violent Protests in Hong Kong: The Anti-extraction Movement* (ss. 211-262). Singapore: Palgrave Macmillan.

LOVERA-PARMO, Domingo (2023). “Protesting without a Face: Privacy in Public Demonstrations”, *Constellations*, C. 30., S. 2., ss. 179-191.

MAATZ, Kurt Rüdiger (1990). “Zur Strafbewehrung des Verbots der Vermummung”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, C. 53., S. 10., ss. 577-585.

MACKINNON, Debra (2018). Surveillance-Ready-Subjects: The Making of Canadian Anti-Masking Law, içinde Melgaço, L. ve Monaghan, J. (Der.), *Protests in the Information Age: Social Movements, Digital Practices and Surveillance* (ss. 151-168). New York: Routledge.

OTT, Sieghart, WÄCHTLER, Hartmut ve HEINHOLD, Hubert (2010). *Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz), Kommentar*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag.

- PERNET, Henry (1992). *Ritual Masks: Deceptions and Revelations*, Columbia: University of South Carolina Press.
- PETERS, Wilfried (2021). Versammlungsrechtliche Pflichten und Verbote, içinde Peters, W. ve Janz, N. (Der.), *Handbuch Versammlungsrecht: Versammlungsfreiheit, Eingriffbefugnisse, Rechtsschutz* (ss. 257-281). München: C. H. Beck.
- REICHER, Stephen D., SPEARS, Russell ve POSTMES, Tom (1995) "A Social Identity Model of Deindividuation Phenomena" *European Review of Social Psychology*, C. 6., ss. 161-198.
- STEIN, Volker (2019). *Versammlungsrecht: Erläuterungen zu Art. 8 Grundgesetz und zum Versammlungsgesetz*, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft.
- ULLRICH, Norbert (2015). *Das Demonstrationsrecht: Im Spannungsfeld von Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- ULLRICH, Norbert ve WERNTHALER, Michael (2021). Verbotenes Verhalten, içinde Ullrich, N., Von Coelln, C. ve Heusch, A. (Der.), *Handbuch Versammlungsrecht* (ss. 139-181). Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer.
- Venice Commission, Joint Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3. Baskı), CDL-AD (2019)017 (4 Temmuz 2019).

Kararlar

- Amtsgericht Wuppertal*, 25 Ds 521 Js 17/15 – 68/15, 2/12/2015.
- Aryan/Mackey*, 462 F. Supp. 90 (N.D. Tex. 1978).
- BVerfG, 1 BvR 2492/08, 17/2/2009.
- BVerfG, 1 BvR 2492/08, 21/3/2012.
- BVerfGE 69, 315, 361.
- Church of the American Knights of the Ku Klux Klan/Kerik*, 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004).

- Commonwealth/Santos, 402 Mass. 775 (1988).
- Conseil Constitutionnel, 2019-780, 4/4/2019.
- Ghafari/Municipal Court, 87 Cal.App.3d 255, 12/14/1978.
- Hernandez/Texas, 347 U.S. 475 (1954).
- Ibragimov/Russia, B. No: 68537/13, 30/8/2022.
- Ku Klux Klan/MLK Worshippers, 735 F. Supp. 745, 751 (D.C. Tenn., 1990).
- Kwok Wing Hang and Others/Chief Executive in Council and Another Leung, HCal 2945/2019, 8/10/2019.
- Landgericht Hannover, 62c 69/08, 20/1/2009.
- Mariya Alekhina and Other/Russia, B. No: 38004/12, 17/7/2018.
- McIntyre/Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334, 4/19/1995.
- NAACP/Alabama, 357 U.S. 449, 30/6/1958.
- Oberlandesgericht Karlsruhe, 2 Rv 34 Ss 789/21, 30/6/2022.
- Oberlandesgericht Zweibrücken, 1 OLG 2 Ss 61/18, 28/3/2019.
- People/Aboaf, 721 N.Y.S.2d 725, 733 (N.Y. Crim. Ct. 2001).
- People/Aboaf, 721 N.Y.S.2d 725, 734 (N.Y. Crim. Ct., 2001).
- Ryan/United States, 379 U.S. 61 (1964)
- S.A.S./Fransa, 43835/11, 1/7/2014.
- Schumann/State of New York, 270 F. Supp. 730, 733 (S.D.N.Y. 1967).
- Staatsgerichtshof Hessen, P.St. 2920, 6/3/2025.
- State/Miller, 261 Ga. 350, 405 S.E.2d 754 (1990).
- Talley/California, 362 U.S. 60, 7/3/1960.
- Verwaltungsgericht Neustadt, 5 L 1338/18, 5/10/2018.
- Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 1 S 3715/20, 20/11/2020.
- Villeneuve/Montréal, QCCS 2888, 22/6/2016.
- Virginia/Black, 538 U.S. 343, 4/7/2003.

Çevrim İçi Kaynaklar

<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-65-20130619.html#wb-cont> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

<https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2019/2019780DC.htm> (Erişim Tarihi: 24/5/ 2025)

<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap241> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap241K> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

<https://www.hklii.hk/en/cases/hkcfi/2019/2476> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

<https://www.nisanyansozluk.com/> (Erişim Tarihi: 24/5/2025)

PITCHFORD, Samuel ve YIP, Cheuk “Hong Kong’s Highest Court Upholds Ban on Face-Coverings,” *Human Rights Pulse*, 21/01/2021, <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/hong-kongs-highest-court-upholds-ban-on-face-coverings> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)

YAM, Julius “Hong Kong’s Anti-mask Law: A Legal Victory with a Disturbing Twist,” *IACL_AIDC Blog*, 3/12/2019, <https://blog-i-acl-aidc.org/2019-posts/2019/12/3/hong-kongs-anti-mask-law-a-legal-victory-with-a-disturbing-twist> (Erişim Tarihi: 23/8/2025)



**ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI BAĞLAMINDA
MÜDAFİNİN MESLEKİ AMAÇLA KULLANDIĞI
BANKA HESAPLARININ BİR CEZA SORUŞTURMASI
KAPSAMINDA İNCELENMESİ
(AİHM SOMMER/ALMANYA KARARI)**

*Examination of the Bank Accounts Used by the Defense Counsel for
Professional Purposes within the Scope of a Criminal Investigation in the
Context of the Right to Respect for Private Life
(Echr Sommer/Germany)*

Doç. Dr. Hüsnü Sefa ERYILDIZ*
Arş. Gör. Merve ŞAHİN AKDEMİR**

ÖZET

Avukatların mesleki hayat alanı kural olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunmakta ve bu alana yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında sayılan nedenler doğrultusunda müdahale edilebilmektedir. Sözleşme'de öngörülen nispi korumanın bir gereği olarak ve üstlendikleri rol dolayısıyla avukatların mesleki yaşantılarına yapılan her türlü müdahaleye karşı özel usuli güvencelere sahip olmaları gerektiği kabul edilmekte ve bu doğrultuda mesleki hayat alanlarına ve müvekkilleri ile aralarındaki güven ilişkisine yönelik müdahalelerin ölçülülük ve gerekliliği sıkı bir inceleme ve değerlendirme konusu yapılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Sommer/Almanya*

* Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, sefa.eryildiz@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4964-0888

** Anadolu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, mervesahin@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4043-1959

kararında olduğu gibi, müdafinin mesleki amaçla kullandığı banka hesabındaki hareketliliğin, müvekkiline yönelik bir ceza soruşturması kapsamında sorgulanması, kayıt altına alınması ve inceleme konusu yapılarak soruşturma dosyasına dâhil edilmesi, hesap sahibi müdafiyeye yönelik belirli olgularla desteklenen bir suç şüphesi ya da suça iştirak ettiğine dair şüphenin bulunmaması ve veri toplama faaliyetinin gerekli olan ölçü ile sınırlandırılmaması halinde özel hayata saygı hakkının ihlaline yol açabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Avukat ile müvekkil ilişkisi, avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatın mesleki hayat alanına müdahale, meslek sırrı, mesleki gizlilik.

ABSTRACT

In principle, the professional sphere of lawyers is protected within the framework of the right to respect for private life, which is enshrined in Article 8 § 1 of the European Convention on Human Rights (“Convention”), and this sphere may be interfered with only for the purposes set out in Article 8 § 2 of the Convention. Given the relative protection afforded by the Convention and the role lawyers perform, it is accepted that lawyers must have special procedural safeguards against any interference in their professional lives. Accordingly, the proportionality and necessity of such interferences and the relationship of trust between them and their clients are subject to strict scrutiny and assessment. As in the European Court of Human Rights' *Sommer v. Germany* judgment, the examination, recording, and inclusion in the investigation file of the activity in the bank account used by the defense counsel for professional purposes —where such scrutiny is carried out within the scope of a criminal investigation against the lawyer's client—may lead to a violation of the right to respect for private life if there is no specific fact-based suspicion of Crimean offence s or of the lawyer's involvement in the offence, and if the data collection activity is not limited to what is strictly necessary.

Keywords: The relationship between the lawyer and the client, the lawyer's duty of confidentiality, interference in the lawyer's professional life, professional secrecy, professional confidentiality.

GİRİŞ

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin temel unsurlarından biri de karşılıklı güvendir. Bu güvenin korunması için söz konusu ilişkinin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi prensibi ve avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğü kabul edilmektedir. Müvekkilin şüphe ve çekincelerinin ortadan kalkması, avukatın vekâlet ilişkisinin bir gereği olarak uyuzmazlık konusunu en yalın ve doğru hâliyle müvekkilinden öğrenerek etkili bir şekilde temsil görevini yerine getirebilmesi ancak karşılıklı güvenin sağlanması ile mümkündür¹.

Avrupa insan hakları sisteminde avukatların müvekkilleri ile olan güven ilişkilerine ayrı bir önem atfedilmekte, bu önemin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) mad. 6 ile korunan adil yargılanma hakkının prensipte kalmayıp somut bir uygulamaya dönüşmesinden ve dolayısıyla demokratik toplumda adaletin tesisinde avukatların yeri doldurulamayan rollerinden yani avukatların bireylerin adalet sistemine erişmelerini sağlayan aracı görevi ifa etmelerinden kaynaklandığı belirtilmektedir.

Avukatların üstlendikleri rol nedeniyle mesleki hayat alanlarına yapılan müdahalelerin AİHS mad. 8/2 çerçevesinde özel usuli güvencelere tabi olması vazgeçilmez bir gerekliliktir. Söz konusu güvencelerin; kanunlarda açık bir biçimde kodifiye edilmesi, müdahale kararlarının yargısal makamlar tarafından avukatın bir suça iştirak edebileceği şüphesinin varlığı hâlinde veya kara para aklamayla mücadele gibi istisnai ve genellikle millî iktisadi menfaatlerin korunması gibi hâllerde alınması, elkoyulan bilgi veya belgenin “meslek sırrı” teşkil edip etmediği noktasında denetim yapılması, müdahale kararına karşı etkili yargısal denetim yolunun açık olması hâlinde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir². Güvenceler avukatın

1 Günergök, Ö. (2003). “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, *AÜEHF*, C. 7., S. 1-2, s. 655.

2 Wolland/Norveç, B. No: 39731/12, 17/5/2018, § 75. Ayrıca, AİHM, *Tamosius/*

bilhassa mesleki amaçla gerçekleştirdiği tüm faaliyetler açısından geçerli sayılmaktadır. Çünkü esas olan, avukatın mesleğini kesintisiz ve bağımsız bir biçimde icra edebilmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de *Sommer/Almanya* kararında³; müdafinin mesleki amaçla kullandığı banka hesabının, müvekkiline karşı yürütülen bir ceza soruşturması kapsamında incelenerek elde edilen verilerin soruşturma dosyasına dâhil edilmesinin, hesap sahibi müdafinin bir suç işlediği veya suça iştirak ettiğine ilişkin belirsiz bir şüpheden fazlasının bulunmaması ve veri toplama faaliyetinin gerekli olan ölçüyle sınırlı kalmaması nedenleriyle özel hayata saygı hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturacağını kabul etmiştir.

I. HUKUKİ OLAY

2009 senesinde savunmasını üstlendiği müvekkilinin tutuklanmasının ardından, başvuru müdafi *Sommer*'in mesleki amaçla kullandığı banka hesabına, müvekkilinin nişanlısının kişisel banka hesabından “ücret” (*Honorar*) açıklamasıyla 1.500 avro tutarındaki para havale edilir. Bu olaydan iki yıl sonra aynı müvekkil hakkında bu kez meslek hâline getirerek ve örgütlü hâlde dolandırıcılık suçu dolayısıyla yürütülen ceza soruşturması kapsamında yapılan incelemelerde, müda-

Birleşik Krallık kararında, bir avukatın vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla hakkında yürütülen soruşturma kapsamında bürosunun aranarak bazı belgelere el koyulması sonrasında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü başvuruda; uygulanan tedbirin ölçüsüz olmadığı ve yeterli usuli korumanın sağlandığı gerekçesiyle kabul edilemezlik yönünde karar vermiştir. Mahkeme, aramanın, şüphe için makul bir nedenin varlığında ve aranacak yerde delil bulunabileceği hususunda kanun uyarınca ikna olması gereken bir hâkim tarafından çıkarılan bir arama kararı uyarınca gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Ayrıca arama, hangi belgelerin mesleki ayrıcalık kapsamında olduğunu ve el koyulmaması gerektiğini belirlemekle görevli bir avukatın güvence ve gözetimi altında gerçekleştirilmiş, başvuru da ulusal makamlar önünde bu avukatın yetkisini kullanırken hata yaptığını iddia etmemiştir. Son olarak Mahkeme, meslek sırrı niteliği taşıyan belgelere el koyulmasına dair yasağın ihlali halinde, buna karşı itiraz ve zararın tazmininin mümkün olduğunu dikkate alarak, mesleki gizliliğe karşı somut bir güvence sağlandığına kanaat getirmiştir. *Tamosius/Birleşik Krallık*, B. No: 62002/00, 19/9/2002.

3 *Sommer/Almanya*, B. No: 73607/13, 27/4/2017.

fi Sommer'e 2009'daki avukatlık ücreti gönderilmeden önce, şüphelinin nişanlısının banka hesabına suçtan kaynaklandığı düşünülen 7.400 avro tutarında paranın havale edildiği tespit edilir. Bunun üzerine savcılık, 1/3/2011 tarihinde müdafii Sommer'in müşterisi olduğu bankanın yetkilileriyle temasa geçer ve onun 1/1/2009 ile 1/3/2011 tarihleri arasındaki tüm hesap hareketlerinin listesinin hazırlanması ve iletilmesini talep eder. Ancak hesap sahibi Sommer durumdan haberdar edilmez. Bir ay sonra savcılık buna ek olarak müdafii Sommer'in başka banka hesaplarının, kasalarının veya depolarının olup olmadığı, kimlerin bunlar üzerinde yetki/menfaat sahibi oldukları, hesaplarındaki bakiye durumunun ne olduğu, kapatılan hesaplarının bulunup bulunmadığı, kapanış sırasında hesap bakiyelerinin ne durumda olduğu, diğer yetki/menfaat sahibi kişilerin adreslerinin bilinip bilinmediği, yabancı ülkelere transfer işlemlerinin yapılıp yapılmadığı ve hesaplara kredi kartlarının bağlı olup olmadığı hususlarında bilgi ister. Ayrıca savcılık banka yetkililerine, verileri paylaşma zorunlulukları olmadığını ancak bundan çekinmeleri hâlinde gerekirse zorlayıcı tedbirlere de başvurmak suretiyle tanık olarak sorgulanmaları imkânı bulunduğunu bildirir. Bunun üzerine banka yetkilileri verileri gönüllü olarak teslim eder.

Savcılık ve kolluk, bankadan elde edilen verilerden hareketle soruşturma için önem arz edebilecek toplam elli üç işleme dair bir liste hazırlar ve soruşturma dosyasına ekler. Böylelikle dosya inceleme yetkisi bulunan kişiler, müdafii Sommer'in banka hesaplarını, müvekkillerinin isimlerini ve ücret miktarlarını görebilir hâle gelir. Bu arada tekrar sanık müdafii görevini üstelenen Sommer, 31/1/2012 tarihinde dosyanın kendisine ilişkin kısımlarından haberdar olur⁴.

II. MUHAKEME SÜRECİ

Başvurucu, savcılık makamından, hakkında bankadan alınan verilerin kendisine teslimini ve ilgili tüm verilerin imhası-

4 Sommer/Almanya, §§ 7-14.

nı talep eder. *Sommer* bu talebinde, savcılık tarafından bilinen müdafî konumuna ve bankacılık verileri üzerinden bilgilerine ulaşılan müvekkilleri açısından doğabilecek olumsuz sonuçlara vurgu yapmış, ayrıca uygulanan soruşturma tedbirlerinin yasal dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüştür⁵.

Bochum Eyaleti Başsavcılığı, başvurunun taleplerini reddetmiş ve verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, incelenmesi, soruşturma dosyasına aktarılması ve böylelikle dosyayı inceleme yetkisi bulunan üçüncü kişilerce de erişilebilir hâle getirilmesine Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (AlmC-MK) "*Savcılığın genel soruşturma yetkisi*" başlıklı mad. 161'de⁶ düzenlenen yetkisini dayanak göstermiştir. Başsavcılığa göre; başvuru müdafî ile müvekkili veya müvekkilinin nişanlısı arasında başka para transferlerinin var olup olmadığının araştırılması meşrudur. Uygulanan soruşturma tedbiri meşru olduğu için elde edilen bilgilerin soruşturma dosyasında tutulması gerekir. Ayrıca verilerin iadesi veya soruşturma dosyasından

5 *Sommer/Almanya*, § 14.

6 AlmCMK mad. 161: "(1) Savcı, 160. maddenin 1 ila 3. fıkralarında belirtilen amaçlarla, diğer kanunlarda özel olarak düzenlenmedikçe, bütün mercilerden bilgi talep etmeye ve her türlü soruşturmayı bizzat yapmaya veya kolluk makam ve görevlilerine yaptırmaya yetkilidir. Kolluk makam ve görevlileri, savcının talebi ve emrini yerine getirmekle yükümlüdür ve bu durumda her makamdan bilgi istemeye yetkilidir.

(2) Bu Kanunda kişisel verilerin silinmesinin açıkça düzenlenmesi halinde, Federal Veri Koruma Kanunu'nun 58. maddesinin 3. fıkrası uygulanmaz.

(3) Bu Kanuna göre bir tedbirin yalnızca belirli suçlara yönelik şüphenin varlığı halinde uygulanabilir olması halinde, diğer kanunlara göre uygulanan buna uygun bir tedbir sonucunda elde edilen kişisel veriler, tedbirden etkilenen kişilerin rızası olmaksızın yalnızca bu Kanun kapsamında böyle bir tedbire karar verilebilecek suçların aydınlatılması amacıyla ceza yargılamasında delil olarak kullanılabilir. 100e. maddesinin 6. fıkrasının 3 numaralı bendi hükmü saklıdır.

(4) Kolluk hukukuna dayalı gizli soruşturmalar sırasında kolluğun kendi güvenliğini sağlamak maksadıyla teknik araçları kullanması sonucunda bir konutun içinden veya dışından elde edilen kişisel veriler, yalnızca emri veren makamın bulunduğu yargı çevresindeki yerel mahkemenin (AlmCMK mad. 162/1) tedbirin hukuka uygunluğunu tespit etmesi üzerine ve ölçülülük ilkesine riayet edilerek delil amaçlı kullanılabilir (Alman Anayasası mad. 13/5); gecikmede tehlike bulunan hallerde hâkim kararı, gecikmeksizin sonradan alınır". <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

çıkartılmaları için yasal bir dayanak bulunmamaktadır⁷.

Müvekkiline karşı yürütülen soruşturma tamamlanıp kovuşturma aşamasına geçildiğinde başvuru Sommer bu defa Bochum Eyalet Mahkemesinden verilerin iadesini talep etmiştir. Mahkeme ise başvuru kişinin talebini reddederek bankanın belgeleri gönüllü olarak sağladığını, bu nedenle belgelerin yalnızca bankaya iade edilebileceğini ve somut olayda el koyma yasağının bulunmadığını açıklamıştır. Mahkemeye göre AlmCMK mad. 97'de⁸ düzenlenen el koyma yasağı ancak

7 Sommer/Almanya, § 15.

8 AlmCMK mad. 97: “(1) Aşağıda sayılanlar el koyma tedbiri kapsamında değildir: 1. Şüpheli ile 52. veya 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 1 ila 3b numaralarına göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki yazışmalar, 2. 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 1 ila 3b numaralarında adı geçen kişilerin, sanık tarafından kendilerine güvenerek yapılan bildirimler veya tanıklıktan çekinme hakkının kapsamına giren diğer hususlarda tuttukları kayıtlar, 3. 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 1 ila 3b numaralarında adı geçen kişilerin tanıklıktan çekinme hakları kapsamında kalan tıbbi muayene bulguları da dâhil olmak üzere diğer hususlar.

(2) Bu kısıtlamalar, Sosyal Güvenlik Kanunu'nun Beşinci Kitabının 291a maddesi anlamında elektronik sağlık kartı olmadığı sürece, yalnızca tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin fiili hâkimiyeti altındaki eşyalar için geçerlidir. El koyma kısıtlamaları; tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin suç katıldığı veya hukuka aykırı olarak verileri sattığı, satın aldığı ya da temin ettiği, suça yardım ve yataklık ettiği, suçluyu kayırdığı veya suç eşyası sattığı, satın aldığı ya da temin ettiği konusunda şüphe uyandıran bazı olgular varsa veya söz konusu eşyalar bir suçtan meydana gelmişse veya bir suçun işlenmesinde kullanılmışsa veya kullanılması amaçlanmışsa veya bir suçtan kaynaklanmışsa uygulanmaz.

(3) 53a maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca; 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 1 ila 3b numaralı alt bentlerinde adı geçen kişilerin mesleki faaliyetlerine katılan kişilerin tanıklık yapmayı reddetme hakkına sahip olmaları halinde, 1 ve 2 numaralı fıkralar uygulanır.

(4) 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 4 numaralı bendinde adı geçen kişilerin tanıklıktan çekinme haklarının kapsamı genişlediği ölçüde, eşyaya el konulması yasaktır. El koymaya karşı bu koruma, 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 4 numaralı bendinde adı geçen kişiler tarafından, 53a maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca mesleki faaliyetlerinde kendilerine yardımcı olan kişilere emanet edilen eşyalar için de geçerlidir. 1. cümle, 53a maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca, 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 4 numaralı bendinde adı geçenlerin mesleki faaliyetlerine katılan kişilerin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olması durumunda da aynı şekilde uygulanır.

(5) 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 5 numaralı bendinde adı geçenlerin ifade vermekten çekinme haklarının kapsamı genişlediği ölçüde, bu kişilerin veya editörün, yayınevinin, basımevinin veya yayın kuruluşunun fiili hâkimiyetinde

verilerin bulunduğu belgelerin müdafî *Sommer*'in fiili hâkimiyetinde bulunuyor olmaları hâlinde gündeme gelebilirdi. Bununla birlikte Mahkeme, müdafî ile müvvekil arasındaki ilişkinin korunması amacıyla söz konusu belgelerin dava dosyasından ayrılmasına ve yalnızca yeterli bağlantıyı ortaya koyan nedenler sağlandığı takdirde bunlara erişim izni verilmesine karar vermiştir⁹.

Başvurucu, Mahkemenin vermiş olduğu ret kararına itiraz ederek özellikle verilerin banka tarafından gönüllü olarak verildiği ve bankacılık işlemlerinin bu kadar kapsamlı bir şekilde soruşturma konusu edilmesi için yeterli şüphenin bulunduğu yönündeki kabullere karşı çıkmıştır. Ayrıca başvurucu, icra ettiği meslek dolayısıyla Kanun'da çeşitli güvencelerin öngörüldüğünü ve müvekkillerinin kişisel bilgilerinin yalnızca bürosunda değil, banka tarafından saklanması da bu güvenceleri ortadan kaldırmadığını vurgulamıştır¹⁰.

Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi, Bochum Eyalet Mahkemesinin kararını ölçülü bularak savcılığın iş ve işlemlerini yerinde görmüş, bilhassa bankanın, başvurucunun mesleki yardımcısı veya mesleki faaliyetlerinde yer alan bir kişi olarak kabul edilemeyeceğini belirterek AlmCMK mad. 53a hükmünün¹¹ uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Bunun üze-

bulunan bir içeriğin (Ceza Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası) örneklerine el konulması yasaktır. 2. fıkranın 2. cümlesi ve 160a maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesi buna göre uygulanır, ancak 2. fıkranın 2. cümlesindeki iştirak düzenlemesi yalnızca belirli olguların iştirake ilişkin olarak kuvvetli bir şüpheye yol açması halinde uygulanır; fakat bu hallerde dahi, Anayasa'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinden kaynaklanan temel haklar dikkate alındığında, işin önemi ile orantısız olmamak ve olayın araştırılmasının veya failin yerinin belirlenmesinin başka türlü sonuçsuz kalması veya önemli ölçüde zorlaşması halinde el koymaya izin verilebilir". <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

9 *Sommer/Almanya*, §§ 16, 17.

10 *Sommer/Almanya*, § 18.

11 AlmCMK mad. 53a: "(1) 1. Bir mesleğin birlikte uygulamasını da içeren sözleşme ilişkisi, 2. Mesleki hazırlık faaliyeti veya 3. Diğer bir destekleyici faaliyet çerçevesinde, 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 1 ila 4 numaralı bentleri arasındaki mesleki sır taşıyıcısı olduğu kabul edilen kişilerin mesleki faaliyetlerine katılan kişiler de bu kişilerle aynı konumdadır. Bu kişilerin tanıklıktan çekinme

rine başvuru Sommer tarafından Federal Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ise gerekçe belirtilmeksizin karara bağlanmamıştır¹².

Müdafî Sommer, Alman makamlarının mesleki banka hesabıyla bağlantılı bilgileri toplayıp kullanıma sunarak müvekkilleriyle ilgili bilgileri ifşa etmeleri ve konuya ilişkin yapılan itirazları üzerine ulusal mahkemelerce verilen ret kararları dolayısıyla, özel ve aile hayatı ile konutu ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHS mad. 34 kapsamında AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KARARI

AİHM, kararında öncelikle savcılığın soruşturma yetkisi ile avukatın sır saklama yükümlülüğünün ulusal hukuktaki durumunu ortaya koymuş; akabinde tarafların iddia ve açıklamalarına yer vermiştir¹³. Başvuru konusu olayda müdafî Sommer'in özel hayatına saygı hakkı bağlamında AİHS mad. 8'in ihlali gündeme getirilmiştir. Başvurucu, hakkında uygulanan şikâyet konusu tedbir dolayısıyla Sözleşme ile garanti altına alınan koruma alanına müdahalede bulunulduğunu yani özel hayatına saygı hakkının zedelendiğini ve tedbire dayalı gerçekleştirilen faaliyetlerin Sözleşme'de tanımlanan sınırlama sebepleri çerçevesinde haklı görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu çerçevede başvuru; iki yıl boyunca yaptığı tüm mesleki bankacılık işlemlerine ilişkin verilerin toplandığını, bu bilgilerin daha sonra analiz edildiğini, depolandığını ve soruşturma dosyasında elli üç işlemi kapsayan bir özetin çıkarıldığını, söz konusu bilgilerin bir bütün olarak mesleki

haklarını kullanmaları, öngörülebilir bir gelecekte bu kararın alınması mümkün olmadığı takdirde, mesleki sır taşıyıcısı olan kişilerce karara bağlanır.

(2) Gizlilik yükümlülüğünden muafiyet (53. madde 2. fıkra 1. cümle), 1. fıkra uyarınca mesleki faaliyetlere katılan kişiler için de geçerlidir". <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

12 Sommer/Almanya, §§ 19, 20.

13 Sommer/Almanya, §§ 21-46.

faaliyetlerinin bir görüntüsünü oluşturduğunu, böylece müvekkilleri hakkında bilgiler edinildiğini iddia etmiştir. Savcılığın sadece müvekkilleri ile arasındaki ilişkiye müdahale etmekle kalmadığını, aynı zamanda bankadan elde edilen bilgilerle bu ilişkinin gizliliğini de ihlal ettiğini belirtmiştir¹⁴.

Mahkeme, hükûmetin, savcılık tedbirinin başvurusunun özel hayatına saygı hakkına müdahale teşkil ettiği hususunu tartışma konusu yapmadığını belirtmiştir¹⁵. Kişinin mesleki ve özel hayat faaliyetleri arasında katı bir ayırım yapılması hâlinde şaşırtıcı olarak görülebilirse de Mahkeme içtihatlarında çekirdeği diğer kişilerle ilişkiler kurmak ve geliştirmek olan kapsamlı bir özel hayat kavramı benimsenmektedir. Bu bakımdan çoğu kişinin dış dünya ile ilişki kurmak konusunda en fazla olanağa sahip olduğu mesleki hayat alanının hakkın koruma alanından çıkartılması, tutarsızlığa yol açacaktır. Dolayısıyla özel hayata saygı, mesleki sır saklama yükümlülüklerine saygıyı da kapsar ve başvuru konusu olayda savcılığın yürüttüğü faaliyetin müdafî *Sommer*'in bu yöndeki haklarına müdahale oluşturduğu tartışmasızdır¹⁶.

IV. MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

AIHM içtihatlarında, kamu otoritesinin, özel hayata saygı hakkına yönelik gerçekleştirdiği müdahalenin hukuka uygunluk denetiminde AIHS mad. 8/2 doğrultusunda “mü-

14 *Sommer/Almanya*, § 38.

15 *Sommer/Almanya*, § 47.

16 Bankacılık belgelerinden elde edilen bilgilerin içeriğinden bağımsız olarak “kişisel veri” niteliğinde ve mesleki veya ticari nitelikteki faaliyetlerin “özel hayat” kavramına dâhil olduğu yönünde bkz. *M.N. and Others/ San Marino*, B. No: 28005/12, 7/7/2015, §§ 51-55; *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Noval Portekiz*, B. No: 69436/10, 1/12/2015, §§ 42-44; Ayrıca Mahkeme, *Michaud/ Fransa* kararında, avukatların, müvekkillerine yaptıkları danışmanlık veya müvekkilleriyle ya da onların adına yaptıkları ticari faaliyetler kapsamında elde ettikleri bilgileri idari makamlara bildirmelerini zorunlu kılmanın, yani şüpheli işlemleri bildirme yükümlülüğünün, mesleki veya ticari nitelikteki faaliyetleri de kapsayan bir kavram olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale teşkil ettiğini açıklamıştır. *Michaud/ Fransa*, B. No: 12323/11, 6/12/2012, § 91.

dahalenin yasaya uygun olması”, “meşru bir amacı takip etmesi” ve “demokratik bir toplumda gerekli olması” ölçütleri kullanılmaktadır¹⁷.

A. YASAL DAYANAK

Mahkemeye göre yasal dayanak gerekliliği; ulusal hukukta tedbirin yalnızca yasal dayanağının bulunması değil, aynı zamanda bu dayanağın ilgilisince erişilebilir ve etkileri itibarıyla da öngörülebilir olması anlamına gelmektedir. Başvuru konusu olayda, AİHS mad. 36/1 kapsamında sunduğu konuya ilişkin yazılı görüşünde hükûmet; savcılığın uyguladığı tedbiri isabetli olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun genel soruşturma yetkisini düzenleyen 161. maddesine dayandırdığını varsaymıştır. Ancak başvuru, kendisine karşı yürütülen bir soruşturmanın bulunmadığına da vurgulayarak tedbir üzerinden yapılan müdahalenin ağırlığı nedeniyle özel bir yasal dayanağa (izne) ihtiyaç bulunduğunu zira bahsi geçen kanuni düzenlemenin nispeten daha düşük düzeydeki müdahaleleri içeren soruşturma yöntemlerine müsaade eden genel bir hüküm olduğundan somut olaydaki müdahalenin ağırlığını karşılamadığını ileri sürmüştür¹⁸.

AİHM, AlmCMK mad. 160a/4 hükmünün uygulandığı durumlarda, savcılığın faaliyetlerinden etkilenen müdafinin mutlak bir soruşturma başlatılmış olmasının gerektiğini, nitekim fıkra kapsamında belirli olguların müdafinin bir suça iştirak ettiği şüphesini desteklemesi hâlinde, aynı maddenin 1. ve 3. fıkraları çerçevesinde öngörülen soruşturma yasağının kaldırılabilceğini belirlemiştir¹⁹. Ancak Mahkeme, somut olayda kişiye dair hassas verilerin toplanması söz konusu olduğundan, salt genel bir hükme dayanılarak yapılan müdahaleye şüpheyile yaklaşmıştır. Bilhassa bu toplanmanın gizli yapılması hâlinde tedbirin kapsamı ve tatbiki ko-

17 Sommer/Almanya, § 49.

18 Sommer/Almanya, § 51.

19 Sommer/Almanya, § 52.

nusunda açık ve ayrıntılı kuralların yanı sıra kötüye kullanım ile diğer keyfî uygulamalara karşı yeterli güvencelerin sağlanması gerekir. Yine bu kapsamda; süre, saklama, kullanım, üçüncü kişiler tarafından erişim, gizlilik, şifreleme ve imhaya ilişkin asgari standartların bulunması büyük önem arz etmektedir. Mahkeme, somut olayda tartışma konusu olabilecek bu önemli konuların, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı gibi daha geniş bir sorunla yakından ilgili olduğu sonucuna varmış ve bu hususların ilgili başlık altında değerlendirileceğini açıklamıştır²⁰.

B. MEŞRU AMAÇ

AlmCMK mad. 161 hükmünün somut olayda gerçekleştirilen müdahaleler açısından meşru bir dayanak oluşturup oluşturamayacağı hususu ne müdafî *Sommer* ne de Federal Barolar Birliği (*Bundesrechtsanwaltskammer - BRAK*) tarafından tartışma konusu yapılmıştır. AİHM, bu açıdan önceki içtihatlarına da yollama yaparak suçların takibi kapsamında veri toplama yetkisinin “suçların önlenmesi”, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ve “ülkenin iktisadi refahının korunması” amaçlarına dayandırılabilirliğini açıklamıştır²¹.

C. ÖLÇÜLÜLÜK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde açıkça ölçülülükten bahsedilmemekle birlikte, müdahalenin meşru amaç bakımından demokratik bir toplumda mutlaka gerekli olması koşulu aranmaktadır²². Gerekliliğin bir sonucu olarak, salt faydalılık veya amaca uygunluk yeterli olmamakta; ayrıca meşru görülen müdahale ve hakkın zedelenmesinin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi de beklenmektedir. Bu kapsamda bir diğer koşul ise müdahale yetkisinin ölçülü olmasıdır.

Mahkeme bahsi geçen koşulları değerlendirirken sürege-

20 *Sommer/Almanya*, § 53.

21 *Sommer/Almanya*, § 54.

22 *Buck/Almanya*, B. No: 41604/98, 28/4/2005, § 44.

len içtihatlarında taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanı-
mıştır ancak bu yetkinin kullanılması yargısal niteliktedir²³.
AİHS mad. 8/2'deki istisnalar dar yorumlanmalı ve belirli bir
davada bunlara olan ihtiyaç ikna edici bir şekilde ortaya ko-
nulmalıdır²⁴.

İstisna olan sınırlandırma nedenlerinin incelenmesi; yasal
dayanaklar vasıtasıyla ortaya çıkan hakkın zedelenmesi olası-
lığının, keyfi uygulamalara karşı özellikle etkin bir hâkimlik
teminatı gibi yeterli güvencelerle dengelendiğine Mahkeme-
nin ikna olmasını sağlayacak şekilde gerçekleştirilmektedir²⁵.
Mahkemenin içtihatlarına göre, avukat ile müvekkili arasın-
daki güven ilişkisi ve bilhassa da avukatın mesleki sırlarının
korunmasına yönelik usuli garantiler bu kapsamdadır²⁶. An-
cak Mahkeme, söz konusu garantinin avukatın ve özellikle
de müdafinin her türlü sorumluluktan muaf tutulmasına yol
açamaması gerektiğinin de bilincindedir. Bu nedenle, sıkı bir
denetime tabi olması koşuluyla, avukat ile müvekkili arasın-
daki ilişki konusunda belirli yükümlülüklerin getirilmesinin
mümkün olduğu vurgulanmıştır²⁷. Örneğin baro başkanının
veya temsilcisinin hazır bulunması durumunda bir avukatın
ofisinin aranmasına izin veren ulusal hukuk düzenlemesi te-
mel hak ve özgürlüklerin korunması açısından engel olarak

23 *Roman Zakharov/Rusya*, B. No: 47143/06, 4/12/2015, § 232.

24 *Sommer/Almanya*, § 55; *Cremieux/Fransa*, B. No: 11471/85, 25/2/1993, § 38.

25 *M.N. and Others/San Marino*, § 73.

26 *Michaud/Fransa*, § 130.

27 *Sommer/Almanya*, § 56. AİHM, *André and Others/Fransa* kararında bir avukatın işyerinde yapılan arama ve el koymaların, avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisinin temeli olan mesleki gizliliği ihlal ettiğini, zira mesleki gizliliğin korunmasının, bilhassa bir avukatın müvekkilinin suçlanmasına katkıda bulunmama hakkının bir sonucu olduğunu, adli makamların baskı ya da herhangi bir zorlama yoluyla delil elde etmeye başvurmadan argümanlarını temellendirmeye çalışması gerektirdiğini, dolayısıyla, ulusal hukukta avukatlık bürosunda arama imkânı öngörülümüşse, buna özel güvencelerin de getirileceğini, Sözleşme'nin avukatlara müvekkilleriyle ilişkilerini ilgilendirebilecek belirli yükümlülüklerin uygulanmasını yasaklamadığını açıklamıştır. *André and Others/Fransa*, B. No: 18603/03, 24/7/2008, §§ 41, 42.

görülmemiştir²⁸.

AIHM; başvuru konusu olayda savcılık tarafından gerçekleştirilen geniş kapsamlı veri toplama işlemini değerlendirirken, başvuru müdafi *Sommer* tarafından ileri sürüldüğü üzere, işlem süresinin yalnızca iki yıl gibi uzun bir süre olmasını değil, aynı zamanda başvuru kişinin mesleki amaçla kullandığı banka hesabının yanı sıra muhtemel özel hesapları ile müvekkil bilgilerini kapsamamasını eleştiri konusu yapmıştır. Ayrıca elde edilen verilerin bir kısmının soruşturmanın taraflarınca erişilebilir olması gerçeği durumu daha da güç hâle getirmiştir. Sadece elli üç işlemin bağlantılı işlem kabul edilip dava dosyasına dâhil edilerek erişime açılması ve daha sonra Bochum Eyalet Mahkemesince dava dosyasının ilgili kısımlarına erişimin kısıtlanması da bu gerçeği değiştirmemiş, yalnızca başvuru *Sommer*'in haklarına yönelik müdahalenin daha da ağırlaşmasının önüne geçmiştir. Bu noktada asıl soru; soruşturma aşamasında yapılan bilgi ve veri taleplerinin sınırlandırılmasındaki eksikliklerin, başvuru kişinin herhangi bir suistimal veya keyfiliğe karşı korunmasını sağlayacak yeterli usuli güvencelerle telafi edilip edilmediğidir²⁹.

28 AIHM, *Roemen and Schmit/Lüksemburg* kararında avukat olan başvuru kişinin bürosunda yapılan arama işleminin özel usuli güvencelerle birlikte soruşturma hâkimi, savcılık temsilcisi ve baro başkanının huzurunda yürütülmesini doğrudan Sözleşme'ye aykırı olarak değerlendirmemekle birlikte, arama emrinin "sırasıyla başlık altında listelenen suçlarla ilgili olarak gerçeği ortaya çıkarmak için yararlı olan tüm nesneleri, belgeleri, eşyaları ve/veya diğer şeyleri aramak ve ele geçirmek" gibi nispeten geniş ifadelerle kaleme alındığını ve aramanın amacının, bir gazetecinin avukatı aracılığıyla kaynağını tespit etmek olduğunun düşünüldüğünü, dolayısıyla yapılan aramanın başvuru kişinin Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan hakları üzerinde etki oluşturduğunu, ayrıca, büroda yapılan aramanın, gerçekleştirildiği hız dikkate alındığında, amacıyla orantısız olduğunu tespit etmiştir. *Roemen and Schmit/Lüksemburg*, B. No: 51772/99, 25/2/2003, §§ 69-71. Ayrıca AIHM, *Xavier Da Silveira/Fransa* kararında, başvuru kişinin avukatların yararlanması gereken "özel usuli garantiden" yararlanamamasını Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açan nedenler arasında saymıştır. *Xavier Da Silveira/Fransa*, B. No: 43757/05, 21/1/2010, §§ 37-43.

29 *Sommer/Almanya*, § 57.

Hükûmet tarafından, veri toplamanın yasal dayanağı olarak AlmCMK mad. 161 hükmü gösterilmiştir. Mahkeme, söz konusu madde genel nitelikte olduğundan müdahale eşiğinin de nispeten düşük olduğunu ve madde özelinde usuli güvencelerin öngörülmediğini tespit etmiştir³⁰. Ayrıca hükûmetin yazılı açıklamasına göre bilgi ve veriler bankalardan gönüllülük esasına göre elde edildiğinden özel usuli güvencelere de mutlak surette ihtiyaç duyulmamıştır.

AİHM, başvuru Sommer'in de ileri sürdüğü üzere, reddetmeleri hâlinde banka yetkililerine gerekirse zorlayıcı tedbirlerin de yardımıyla tanık olarak sorgulanma olanağı verildiğini göz ardı etmemiştir. Ayrıca, Mahkemenin süregelen içtihatlarına göre, verilerin üçüncü kişilerce gönüllü olarak açıklanmasının bir önemi bulunmamaktadır zira AİHS mad. 8'de, mağdurun özel hayatının gizliliğine dâhil olan verilerin kimden elde edildiğine yönelik bir ayırım yapılmamıştır³¹.

Avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin korunması açısından AlmCMK mad. 53a ile mad. 160a³² arasındaki

30 Sommer/Almanya, § 58.

31 Sommer/Almanya, § 59; Valentino Acatrinei/Romanya, B. No: 18540/04, 25/6/2013, § 53; Uzun/Almanya, B. No: 35623/05, 2/9/2010, § 49; Lambert/Fransa, B. No: 88/1997/872/1084, 24/8/1998, § 21.

32 AlmCMK mad. 160a: “(1) 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 1, 2 veya 4 numaralı bentlerinde adı geçen bir kişiye, bir avukata veya hukuk danışmanına karşı yöneltilen ve söz konusu kişinin tanıklıktan çekinmesini sağlayabilecek olan bilgileri ortaya çıkartması muhtemel olan bir soruşturma tedbiri uygulanamaz. Buna rağmen elde edilen bilgiler kullanılamaz. Bu kayıtların derhal silinmesi gerekir. Kayıtların elde edildiği ve silindiği gerçeğinin kayda geçirilmesi gerekir. 1. cümlede bahsi geçen bir kişiye karşı yöneltilmemiş bir soruşturma tedbiriyle, söz konusu kişinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olacağı bir bilgi elde edilmesi halinde, 2 ile 4. cümleler uygulanır.

(2) Bir soruşturma tedbiri nedeniyle, 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 3 ile 3b veya 5 numaralı bentlerinde adı geçen bir kişinin etkilenebileceği ve dolayısıyla bu kişinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olacağı muhtemel bilgilerin elde edilebileceği durumda, bu husus orantılılık değerlendirmesi bağlamında özellikle dikkate alınır; yargılamanın önemli bir suçla ilgili olmaması halinde, kural olarak soruşturma menfaatinin ağır bastığı varsayılmaz. Uygun durumlarda tedbirden kaçınılmalı veya tedbirin niteliği göz önünde bulundurulduğunda mümkünse sınırlandırılmalıdır. 1. cümle, delil amaçlı bulguların kullanılması konusunda da aynı şekilde uygulanır. 1 ile 3. cümleler avukatlar ve hukuk danışmanları hakkında uygulanmaz.

ilişkinin ve somut olayda banka yetkililerinin avukatın mesleki yardımcıları (mad. 53a) olarak görülüp görülemeyecekleri sorusunun irdelenmesi gerektiği düşünülse de³³ Mahkeme, taraflar arasında tartışma konusu olan bu soruyu ulusal hukuku yorumlaması gereken bir yargılama makamı olmadığını vurgulayarak dışlamış ve hükûmetin, banka çalışanlarının ulusal hukukta avukatın mesleki yardımcısı olarak kabul edilmediklerine yönelik beyanatını yeterli görmüştür. Mahkemeye göre ulusal mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle ulusal makamların ve bilhassa mahkemelerin görevidir. AİHM'in görevi bu tür yorumların etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığının tespitiyle sınırlıdır. Ayrıca somut olayda AlmCMK mad. 53a'nın yorumlanmasının uyuşmazlık açısından önemli bir rolünün bulunmadığı zira AlmCMK mad. 160a/3'teki yollama ile mad. 160a/1'den kaynaklanan soruşturma tedbirlerini uygulama yasağının, aynı maddenin mad. 160a/4 kapsamında, suça iştirak edilmesi veya mad. 160a/1 ve mad. 160a/3'te sayılan kişilerin bağlantılı bir suçunun söz konusu olması hâlinde kalktığı açıklanmıştır³⁴.

Mahkeme, AlmCMK mad. 160a hükmünün avukatlar açısından özel bir güvence sağladığını ancak belirli olgula-

(3) 53a maddesinde adı geçen kişilerin tanıklıktan çekinmelerine izin verildiği ölçüde, 1. ve 2. fıkralar uygulanır.

(4) 1 ila 3. fıkralar, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin suça veya hukuka aykırı olarak verileri satma, satın alma ya da temin etmeye, suça yardım ve yataklık etmeye, suçluyu kayırmaya veya suç eşyası satmaya, satın almaya ya da temin etmeye iştirak ettiği konusunda şüphe uyandıran belirli olguların varlığı halinde uygulanmaz. Suçun takibi yalnızca şikâyet veya izinle mümkünse, 53. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinin 5 numaralı bendinde belirtilen hallerde, suç duyurusunda bulunulduğu veya izin verildiği anda ve ölçüde 1. cümle uygulanır.

(5) 97. madde, 100d maddesinin 5. fıkrası ve 100g maddesinin 4. fıkrası hükmü saklıdır". <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

33 Öğretide, avukat yardımcılarının da bu kapsama dâhil olduğu, baroya henüz kayıt yaptırılıp yaptırılmamasının bir öneminin bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Weingarten, J. (2023). §§ 158-163c, içinde Barthe, C. ve Gericke, J. (Eds.), *Karlsruher Kommentar*, Münih: C.H. Beck, § 160a, kn. 3a.

34 Sommer/Almanya, § 60.

rın suça iştirak şüphesi doğurması hâlinde aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca bu özel güvencenin askıya alınabileceğini gözlemlemiştir. Nitekim hükûmete göre; AlmCMK mad. 160a/4'te yer alan düzenleme tatbik edilmeden yani bir avukatın mesleki gizliliğinin korunması askıya alınmadan önce doğrudan o avukat hakkında resmî bir soruşturma başlatılması gerekmemektedir. Bu doğrultuda; müvekkilinin nişanlısından kendisine gönderilen ücrete ve yasa dışı faaliyetlerden kaynaklanan paranın müvekkilinin nişanlısının banka hesabına aktarıldığına dair şüpheler başvuru müdafi Sommer'e karşı bir şüpheyi de yeterli ölçüde doğrulamıştır. AİHM ise tarafların sundukları bilgi ve belgelere dayanarak başvuruca yönelik şüphenin oldukça muğlak ve belirsiz olduğu kanaatine varmıştır³⁵.

Mahkeme, başvurunun banka hesaplarının incelenmesinin bir yargı kararına dayanmaması ve müdafi ile müvekkili arasındaki ilişkinin gizliliğini korumak amacıyla hiçbir özel usuli güvencenin sağlanmamasını göz önünde bulundurmuştur. Hükûmet, verilerin toplanmasının yasal dayanağı olan AlmCMK mad. 161'deki müdahale yetkisine karşılık dengeleyici bir unsur olarak savcılık kararının AlmCMK mad. 98/2'de³⁶ düzenlenen mahkemeye başvuru ve itiraz hakkı çerçevesinde incelenmesi imkânını ileri sürmüştür. Bu yol, verilerin açıklanmasının soruşturmanın سلامتini tehlikeye sokacağı durumlarda ilgisinin haklarını teminat altına almak için başvuru yaygın bir yoldur. En bilinen örneği ise “gecikmesinde sakınca bulunan hâl” kapsamında

35 Sommer/Almanya, § 61.

36 AlmCMK mad. 98/2: “Mahkeme kararı olmaksızın bir eşyaya el koyan memur, el koyma sırasında ilgilinin veya yetişkin bir yakınının hazır bulunmaması veya ilgilinin ve onun yokluğunda yetişkin bir yakınının el koymaya açıkça itiraz etmesi hâlinde, üç gün içinde mahkemenin onayı için başvuruda bulunur. İlgili kişi her zaman mahkeme kararına itiraz edebilir. Mahkemenin yetkisi 162. maddeye göre belirlenir. İlgili kişi, el koyma işleminin yapıldığı yer mahkemesine de başvurabilir; bu mahkeme başvurusunun yetkili mahkemeye iletilir. İlgili kişi hakları konusunda bilgilendirilir.” <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

savcılık veya kolluk tarafından kullanılıp sonradan hâkimlik onayına tabi tutulan acil durum yetkisidir. Ancak AİHM, başvuru konusu olayda sonradan devreye giren bu hukuki korumanın etkinliğinden ikna olmamıştır zira yasal olarak zorunlu olmamakla birlikte savcılık, başvuru müdafi *Sommer*'e bilgi vermekten kaçınmış ve bankanın da bilgi vermemesini istemiştir. Mahkemeye göre; sonradan yapılan denetimin etkinliği, uygulanan soruşturma tedbirlerini müteakiben bir bildirim (bilgilendirme) yapıp yapılmadığı sorusuyla ayrılmaz şekilde bağlantılıdır. Prensip olarak bireyin denetim yollarına başvurabilme imkânı, hakkında bilgisi dışında tatbik edilen tedbirler kendisine bildirilmediği ve dolayısıyla bu tedbirlerin hukuka uygunluğuna geriye yönelik olarak itiraz edemediği müddetçe, oldukça azdır³⁷. Bu bağlamda Mahkeme; savcılığın, bankadan bilgi taleplerini başvurucaya açıklamamasını istediğini, ayrıca savcılık tarafından mesleki amaçla kullandığı banka hesaplarının denetimi hakkında başvurucaya bilgi verilmediğini ve başvurucaunun kendi banka hesabına ilişkin soruşturma tedbirlerini ancak dava dosyasından öğrenebildiğini belirlemiştir. Başvuruca soruşturma tedbirlerinden tesadüfen haberdar olmuş ve savcılığın bilgi taleplerinin geriye yönelik bir yargısal incelemesine erişebilmiştir³⁸.

D. SONUÇ

Mahkeme, ulusal mevzuatta başvuruca avukat *Sommer*'in özel hayatının gizliliğine müdahale için yasal bir dayanak bulunsa dahi;

- Banka hesaplarının incelenmesi için esas alınan hükümlerinin muhatabı açısından sağladığı koruma düzeyinin

37 *Klass and Others/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978, § 57. Ayrıca, AİHM, *Roman Zakharov/Rusya* kararında başvurucaya bilgi verilmediği sürece, hakkında uygulanan tedbirlerin yasalılığına geriye dönük olarak itiraz etme olanağı bulunmadığının altını çizmiştir. *Roman Zakharov/Rusya*, B. No: 47143/06, 4/12/2015, § 234.

38 *Sommer/Almanya*, § 62.

yetersizliği,

- Savcılığın bilgi talebi kapsamının genişliği,
- Elde edilen verilerin dosyanın tarafı olan üçüncü kişilerin erişimine açık hâle getirilmesi,
- Hakkın herhangi bir suistimal veya keyfiliğe karşı korunmasını sağlayacak gerekli usuli güvencelerin bulunmaması hususları göz önüne alındığında müdahalenin “ölçülü” olmadığı ve bu nedenle “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna vararak AİHS mad. 8’in ihlal edildiğine karar vermiştir³⁹.

V. DEĞERLENDİRME

Müdafî, ceza muhakemesi sürecinde, suç şüphesi altında bulunan şüpheli veya sanığın atılı suçu işlemediği veya daha az cezayı gerektiren bir suçtan sorumlu olduğu savunmasını gerçekleştiren süje olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Müdafî ve vekil kavramları genel anlamda “avukat” üst kavramı altında

39 Sommer/Almanya, § 63.

40 Zafer, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 208; Öztürk, B. vd. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 247; Soyaslan, D. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 193; Bozdağ, A ve Şık, H. (2014). “Müdafîin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2., s. 50; Müdafîliğin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüş, müdafînin şüpheli ve sanığın temsilcisi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş kapsamında müdafî yalnızca “taraf” olarak muhakeme süreci içerisinde şüpheli ve sanığı temsil edebilir, yalnızca onun lehine olan işlemleri yapabilir; ancak aleyhe herhangi bir işlem yapamaz. İkinci görüş, müdafîin şüpheli ve sanığın yardımcısı olduğunu ileri sürmektedir. Müdafîin bu sayede doğrudan soru sorma hakkı gibi şüpheli ve sanıktan bağımsız hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bkz. Zafer, H. (2020). s. 213; Öztürk, B. vd. (2019). s. 250, 251; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). s. 226. Üçüncü görüş, müdafînin mahkemenin yardımcısı olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre; müdafî, zorunlu müdafî olarak atanmış ise mahkemenin bir yardımcısı olarak değerlendirildiğinden şüpheli ve sanığın iradesinden bağımsız şekilde hareket edebilmektedir. Dördüncü ve son görüş ise müdafîin adalet organı olduğunu ileri sürmektedir. Müdafî adliyeden bağımsız bir organdır. Maddi gerçeğin açığa çıkarılması için gerekli işlemleri yürütmek ve mahkemenin adli usule bağlı şekilde çalışmasını sağlamakla yükümlü olarak değerlendirilmektedir.

toplansa da şüpheli veya sanık hakkındaki savunma faaliyetini yürüten avukat “müdafi”; suçtan zarar gören veya malen sorumluyu temsil faaliyetini üstlenen ise “vekil” olarak adlandırılmaktadır⁴¹.

Adil yargılanma hakkı ile bir yansımasını teşkil eden savunma hakkının etkin bir biçimde hayata geçirilebilmesi açısından müdafi tarafından sağlanacak hukuki yardımın önemi tartışmasızdır. Bu nedenledir ki müdafinin mesleki faaliyetlerini kamu otoritesi veya üçüncü kişilerin her türlü etki ve baskılarından uzak bir şekilde yerine getirebilmesi esastır.

Müdafinin sağlamayı taahhüt ettiği hukuki yardımı layıkıyla yerine getirebilmesi, müvekkiline yönelik ithamların temelini oluşturan olgular hakkında detaylı bilgiye sahip olmasını gerektirir. Müdafi ile müvekkil arasında açık ve özgür bir iletişim olmaksızın güven ilişkisinin kurulması mümkün olmadığı gibi bu ilişki kurulmaksızın hukuki yardımın sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi de olanaksızdır.

Hem Alman hem de Türk hukukunda avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin anayasal ve yasal düzeyde güvence altına alındığı kabul edilmektedir⁴². Alman Anayasası mad. 12/1’de yer alan “*Tüm Almanlar mesleğini, iş yerini ve eğitim yerini özgürce seçme hakkına sahiptir. Mesleğin uygulanması kanunla veya kanuna dayanılarak düzenlenebilir.*” şeklindeki düzenlemenin mesleki özgürlüğün ve bu çerçevede avukatla müvekkili arasındaki güven ilişkisinin korunması amacına

41 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 225.

42 “*Bütün Almanlar mesleklerini, çalışma yerlerini ve eğitim yerlerini özgürce seçme hakkına sahiptir. Bir mesleğin icrası kanunla veya kanuna dayanarak düzenlenebilir. İlk şüphenin bulunmaması nedeniyle yapılan aramanın nesnel olarak keyfi olması dolayısıyla delil kullanımına ilişkin bir yasak bulunmaktadır. Şikâyetçinin mesleki sır saklama yükümlülüğü altında bulunan bir kişi olması ve hukuki koruma ayrıcalıklarından yararlanıyor olması ve hukuka aykırı aramanın müvekkilleriyle arasındaki güven ilişkisini zedelemesi nedeniyle usule aykırılık özellikle ağırdır.*” BVerfGE, 30/11/2021, 2 BvR 2038/18. <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025)

hizmet ettiği ve bu güven ilişkisinin ihlali durumunda avukata, ilgili hukuki yollara başvurabilmesi için imkân tanıdığı ifade edilmektedir⁴³.

Anayasal düzeyde teminat altına alınan mesleği icra etme özgürlüğünün aynı zamanda bireyin ekonomik faaliyetlerini devlet gücünden korumayı amaçladığı da belirtilmektedir⁴⁴. Avukat ile paylaşacağı bilgilerin gizli kalacağını yani güven ilişkisine kamu otoritesi veya üçüncü kişilerin müdahalesinin olmayacağına inanan müvekkil, hukuki yardım için avukatla görüşecek ve böylelikle onun mesleki özgürlüğü ve ekonomik faaliyetleri korunmuş olacaktır. Aksi durumda avukatın mesleğini icra edebileceği ve ekonomik faaliyet yürütebileceği alanların ortadan kalkması tehlikesi gündeme gelecektir⁴⁵. Ayrıca avukat ile müvekkil arasındaki iletişim kapsamında kalan belgelere el koyulmasının da Alman Federal Anayasa-

43 Konrad, S. (2004). “Der Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess”, *Neue Juristische Wochenschrift*, s. 712.

44 Mann, T. (2011). § 12, içinde Coelln, C. V., Mann, T. (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*, Münih: C.H. Beck, § 12, kn. 16; “12. maddenin 1. paragrafı, iş bölümüne dayalı modern toplum için özellikle önemli olan bir alanda vatandaşın özgürlüğünü korur: bireyin kendisine ‘meslek’ olarak uygun gördüğü herhangi bir faaliyette bulunma, yani bunu yaşam tarzının temeli haline getirme hakkını garanti eder. Bu temel bir haktır ... Bireyin, bağımsız olarak ticaret yapma özgürlüğünden daha fazlasını garanti altına almaktadır. Temel hak çalışmayı korumayı amaçlasa da, bunu bir ‘meslek’ olarak, yani bir bütün olarak bireyin kişiliğiyle ilişkisi içinde görür; bu kişilik ancak birey kendini hayatını işi ve geçim kaynağı olan ve aynı zamanda bir bütün olarak topluma katkıda bulunduğu bir faaliyete adanmış durumda olarak oluşur ve tamamlanır. Temel hak böylece tüm sosyal sınıflar için önem kazanır; bir ‘meslek’ olarak emek herkes için eşit değer ve saygınlığa sahiptir.” BVerfGE, 11/6/1958, 1 BvR 596/56, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025)

45 Scholz, R. (2013). § 12, içinde Herzog, R., Scholz, R., Herdegen, M. ve Klein, H. H. (Eds). *Grundgesetz Kommentar*, Münih: C.H. Beck, § 12, kn. 296; “Federal Anayasa Mahkemesi, savunma hakkını ceza yargılamasının anayasal ilkesi haline getirerek, etkili bir ceza savunması için ön koşul olarak özgür seçim ve güveni her zaman vurgulamıştır Ancak, sanığın, müdafinin gizliliğine güvenebilmesi halinde, güven ilişkisinin kurulması için gerekli ön koşul sağlanmış olur... Bir mesleği icra etme özgürlüğüne yapılan müdahale yasaya dayanmalıdır ve yasa, kamu yararına ilişkin yeterli nedenlerle gerekçelendirilmesi ve orantılı olması halinde Anayasa’nın 12. maddesinin 1. paragrafı ile uyumlu olur.” BVerfGE, 30/3/2004, 2 BvR 1520, 1521/01, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025)

sı mad. 12/1'de düzenlenen hükme aykırılık oluşturduğu dile getirilmektedir⁴⁶.

Alman hukukunda özel hayatın gizliliği, Alman Federal Anayasası mad. 2/1 çerçevesinde değerlendirilerek bireyin kişiliğini özgürce geliştirme hakkına dayandırılmakta⁴⁷ ve her türlü haksız müdahaleden korunması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸. Avukat ve müvekkili arasındaki güvene dayalı gizlilik ilişkisi de bireyin kendi kişiliğini özgürce geliştirme hakkının bir yansıması olan özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde korunmaya değer görülmektedir⁴⁹. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin korunmasına yönelik temel kararını 19/7/1972 tarihinde vermiş ve bu ilişkiyi Alman Federal Anayasası mad. 2/1⁵⁰ hükmü doğrultusunda kişinin kendi kişiliğini özgürce geliştirme hakkı doğrultusunda ele almıştır⁵¹. Güven ilişkisinin korunma-

46 Winkler, C. (2014). *Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant*, Berlin: Duncker&Humbolt, s. 45.

47 "Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bireylere kamu otoritesinin etkisinden uzak, dokunulmaz bir özel yaşam alanı tanıdığını sürekli olarak kabul etmiştir. Bireyin mahremiyetine saygı gösterilmesine ilişkin anayasal gerekliliğin temeli, Anayasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrası ile güvence altına alınan kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkına dayanmaktadır. Bu temel hakkın içeriği ve kapsamı belirlenirken, Anayasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının temel normuna göre, insan onurunun dokunulmaz olduğu ve tüm devlet otoritelerinden saygı ve koruma talep ettiği dikkate alınmalıdır. Ayrıca, Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, Anayasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki temel hak esas içeriği bakımından ihlal edilemez." BVerfGE, 8/3/1972, 2 BvR 28/71, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi: 17/2/2025)

48 BVerfGE, 19/7/1972, 2 BvL 7/71.

49 Rengier, R. (1979). *Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht*, Münih: Schöningh Paderborn, s. 15; Rogall, K. (2007). § 53, içinde Rudolphi, H-J, Deneger, W. ve Frisch, W. vd. (Eds.), *SK StPO*, Münih: Luchterhand, § 53, kn. 10; Starck, C. (2024). § 2, içinde Huber, P.M., Voßkuhle, A., Friedrich, K., Christian, S. (Eds.), *Grundgesetz*, Münih: C.H. Beck, § 2, kn. 173.

50 Alman Anayasası mad. 2/1: "Herkes, başkalarının haklarını ihlal etmediği ve anayasal düzene ya da ahlak yasasına karşı gelmediği sürece, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir". <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

51 BVerfGE, 19/6/1972, 2 BvL 7/71, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi: 17/2/2025)

sı ilkesi çerçevesinde, avukat ile müvekkilin hangi ortamda görüştüklerine, hangi iletişim kanalını kullandıklarına, aralarındaki bilgi alışverişinin fiziki veya sürekli olup olmadığına bakılmaksızın korunması gerekliliği vurgulanmaktadır⁵². Bu ilişki, müvekkilin, çıkarlarını koruması için hukuki yardımına başvurduğu avukatına karşı endişe duymadan beyanlarda bulunabilmesi için mutlaka teminat altına alınmalıdır⁵³. Ayrıca avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin gerçek anlamda bir vekâlet ilişkisi kurulmadan önce de korunmaya değer olduğu ifade edilmelidir⁵⁴. Böylelikle avukat, mesleğini icra etme hakkını engelsiz bir şekilde yerine getirilebilecektir⁵⁵.

Türk hukukunda da avukatın mesleki ilişki çerçevesinde edindiği sırların 1982 Anayasası mad. 20/1'de düzenlenen özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı kapsamında güvence altına alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶. Avukatın sır

52 Scholz, R. (2013). § 2, kn. 153.

53 Rengier, R. (1979). s. 15.

54 “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 53. maddesinin korumayı amaçladığı profesyonel güven ilişkisi sadece medeni hukuk vekâlet sözleşmesinin imzalanmasıyla başlamaz, aynı zamanda ilgili ilk ilişkiyi de kapsar. Müdafî arayan bir sanık, bu amaçla iletişim kurduğu herhangi bir avukata, daha sonra bir savunma ilişkisinin kurulup kurulmadığına bakılmaksızın, bu görüşmelerin içeriğinin gizli tutulacağı konusunda genellikle güvenir. Bu durum, müdafinin ilk görüşmeler için inisiyatif alması halinde de geçerlidir. Bu nedenle, izlenen telefon görüşmeleri sırasında müdafî ile sanık arasında bir müvekkil ilişkisinin henüz mevcut olmadığı gerçeği önemsizdir.” BGH, 11/12/2014, I ZR 8, 13, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025)

55 Schiemann, A. (2023). § 148, içinde Gercke, B., Julius K-P., Temming, D. ve Zöller, M. vd. (Eds.), *Strafprozessordnung*, Heidelberg: C. F. Müller, § 148, kn. 1.

56 Kocaoğlu, S. S. (2017). *Müdafî*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 247; Özbalcık, O. C. (2025). “Adil Yargılanma ve Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatları ile İletişimlerinin Gizliliğine Yönelik Sınırlamalar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 33., S. 1., s. 143. Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 14/11/2011 tarihli ve E.2009/19013, K.2011/21017 sayılı kararında: “Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesinde, avukatların ‘görevlerini, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlü oldukları’ ifade edilmiş ve Yasa’nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri

saklama yükümlülüğü, avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin oluşması için gerekli olan en temel yükümlülüktür. Etkili temsil ve savunmanın yapılabilmesi için müvekkilinin yetkilendirdiği müdafisine gerekli tüm bilgileri vermesi yani güven ilişkisinin sağlanması gerekir⁵⁷. Sır saklama yükümlülüğü vasıtasıyla yalnızca avukat ile müvekkili arasında oluşan güven ilişkisinin değil, aynı zamanda kamu yararının da güvence altına aldığı öne sürülmektedir⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi avukat ile müvekkil ilişkisinin gizliliğine ilişkin olarak bir kararında; *“Avukat müvekkil mahremiyeti özel hayata saygı hakkının kapsamında kalmaktadır. Avukat müvekkil mahremiyeti, avukatla müvekkili arasındaki konuşma ve bilgi alışverişinin avukatla müvekkil arasında gizli kalmasını, kural olarak bu konuşma ve bilginin müvekkilin rızası olmaksızın açıklanmamasını gerektirmektedir. ... başta şüpheli işlem bildirimi olmak üzere müvekkilleri ile olan ilişkilerinden elde ettikleri bilgileri idareyle paylaşma yükümlülüğü altına alınmalarının, avukat müvekkil mahremiyetini etkileyebileceği açıktır. Dolayısıyla kuralın özel hayata saygı hakkına yönelik sınırlama içerdiği anlaşılmaktadır.”* açıklamalarına yer vermek suretiyle avukat ile müvekkil ara-

öngörülmüştür. Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü, üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dahildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgili olduğu ...” ifade edilmiştir. <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi: 10/2/2025)

57 Karakehya H. ve Arabacı, M. (2015). “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiliğe İlişkin Problemler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 6., S. 22., s. 76.

58 Uysal, L. (2008). “Avukatın Hak ve Yükümlülükleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82., S. 6., s. 2962; Orhan, U. (2020). “Avukat Bürolarının Aranması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15., S. 162., s. 294.

sındaki güven ilişkisine yönelik müdahalelerin özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁵⁹.

Mahkeme bir diğer kararında ise müdafî ile müvekkil arasındaki ilişkinin gizliliğine vurgu yaparak “Müdafî yardımından etkili bir şekilde yararlanmanın ilk koşulu ise müdafî ile yapılan görüşmelerin belli bir gizlilik içinde yapılmasıdır. Şüpheli veya sanığın müdafî ile özgür bir şekilde bilgi alışverişinde bulunması için mahremiyet büyük önem taşımaktadır. Şüpheli/sanığın müdafî ile yapacağı görüşmelerde mahremiyet olmaması müdafiden alacağı hizmetin faydasını en alt düzeye indirecektir. Bu nedenle meşru amaçlarla müdafîyle görüşme hakkına kısıtlama getirilirken bu kısıtlama ile savunma, kişi hürriyeti ve güvenliği hakları arasındaki denge gözetilmeli, kısıtlama hiçbir şekilde müdafî yardımından etkili bir biçimde yararlanma hakkını engellememelidir. Meşru bir amaçla kısıtlama yapılırsa dahi yargılaması devam eden kişilere savunma hakkının etkin bir şekilde kullanımı bakımından yeterli güvencelerin tanınması gerekir.” tespitlerinde bulunmuştur⁶⁰.

Yargının kurucu bir unsuru olan savunmanın güvence altına alınabilmesi için müdafinin sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde, müvekkilinden edindiği mesleki sır niteliği bulunan bilgileri açıklamaya mecbur edilemeyeceği, dosyalarının ve yazışmalarının incelenemeyeceği kabul edilmelidir. Aksi durum, ancak avukatlık mesleği ile bağlantılı suç işlenmesi durumunda gündeme gelir⁶¹. Bu kapsamda, müvekkilin koruma altına alınan sırlarının avukatın meslek icrası çerçevesinde edinmiş olduğu sırlardan ibaret olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶².

59 AYM, E.2021/28, K.2024/11, 18/1/2024, kn. 189-190, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi: 10/2/2025)

60 AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, kn. 91, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi: 10/2/2025)

61 Şen E. ve Bodur F. B. (2018). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 138., s. 12.

62 Günergök, Ö. (2003). s. 657.

Belirtilen doğrultuda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) çeşitli düzenlemeler yapılmış ve müdafinin müvekkili ile arasındaki güven ilişkisinin korunması amacıyla çeşitli güvenceler öngörülmüştür. Örneğin CMK mad. 130'da yer verilen “(1) Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. (2) Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra da öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.”; CMK mad. 126'da öngörülen “(1) Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.” ve CMK mad. 136'da yer alan “(1) Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.” düzenlenmeleri vasıtasıyla müdafinin mesleki hayat alanı ve müvekkili ile arasındaki gizlilik ilişkisi teminat altına alınmıştır. Söz konusu güvencelerin Kanun'da özel olarak düzenlenmesi; belirli suçların işlenmesi durumunda dahi söz konusu ilişkiye müdahale edilmemesinin, elkonulan bilgi ve belgelerin “meslek sırrı” niteliğinde olduklarının tespitinin ve hukuka aykırılık oluşturan hâllerde kanun yoluna başvurulabilmesinin güvencesini oluşturmaktadır.

Öte yandan CMK mad. 332'de yer alan “(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde

cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. (2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.” düzenlemesi ile savcılık makamına soruşturma ile bağlantılı bilgi isteme yetkisi tanımlanmıştır. Ancak bu genel yetkinin avukatlar hakkında görevleri ile bağlantılı suçlar dolayısıyla doğrudan kullanılabilmesi mümkün değildir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu mad. 58’de öngörülen “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.” hükmü çerçevesinde bilgi ve belge talebinin Adalet Bakanlığından alınacak olan soruşturma izni sonrasında yapılması gerekir⁶³. Bu nedenle bir avukatın mesleki amaçla kullandığı banka hesabına ilişkin bilgilerin, hakkında henüz bir soruşturma izni alınmaksızın CMK mad. 332’de tanımlanan genel soruşturma yetkisi kapsamında elde edilmesi usule ve hukuka aykırıdır. Aynı sebeplerle, müvekkili hakkında yürütülen bir soruşturma nedeniyle, bir müda-

63 Öğretide bir görüş, avukatlar hakkında gerçekleştirilen soruşturmanın kapsamında bulunan bilgi ve belgeleri talep etme yetkisinin Cumhuriyet savcısının yürüttüğü genel soruşturma faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, Avukatlık Kanunu mad. 58 kapsamında izin alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Şen, E. (2023). “Avukatın Soruşturulması ve Yargılanması” <https://www.hukukihaber.net/avukatin-sorusturulmasi-ve-yargilanmasi-ersan-sen?ysclid=miya1vv522121203843> (Erişim Tarihi: 17/2/2025); Aksi yönde görüş, Avukatlar hakkında soruşturmanın ön inceleme evresinin bulunduğu, ön inceleme evresinde Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi kapsamında avukatlar hakkında bilgi ve belge talep etme yetkisinin olduğunu, Avukatlık Kanunu mad. 58 kapsamında soruşturma izni alınabilmesi amacı ile bu bilgi ve belgelerin kullanılacağını ileri sürmektedir. Bkz. Çiftçioglu, C. T. (2024). “Mesleki Sorumlulukları Boyutuyla Avukatların Görev Suçları ve Yargılanma Usulü”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., s. 101.

finin mesleki faaliyetleri kapsamında kalan bilgi ve verilerin soruşturma makamlarınca talep ve elde edilmesi de mesleki hayat alanının dokunulmazlığına hukuka aykırı müdahale teşkil edecektir.

AİHM kararlarında, müvekkil ile avukat arasındaki ilişkinin gizliliğinin korunmasının müvekkilin bir avukat tarafından etkili şekilde temsili için vazgeçilmez olduğu vurgulanmaktadır⁶⁴. Mahkemeye göre, adil yargılanma hakkının etkin bir şekilde hayata geçirilmesinde avukat ile müvekkili arasındaki ilişkinin güvence altına alınmasının önemli bir rolü bulunmaktadır⁶⁵.

AİHS mad. 8/1'de avukat ile müvekkil arasındaki gizlilik ilişkisi koruma altına alınmış, kural olarak bu ilişkiye müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir⁶⁶. Sağlanan korumanın

64 *Oferta/Moldova*, B. No: 14385/04, 19/12/2006, §§ 145, 146: "Avukatın müvekkilinin menfaatlerini etkili şekilde temsil etmesinin temel unsurlarından biri, aralarında paylaşılan bilgilerin gizliliğinin korunması ilkesidir. Bu ayrıcalık, müvekkiller ile avukatlar arasında açık ve dürüst iletişimi teşvik eder. Mahkeme, daha önce, kişinin avukatıyla kurduğu gizli iletişimin, kişinin savunma hakkının önemli bir güvencesi olarak Sözleşme tarafından korunduğuna karar verdiğini hatırlatır. Gerçekten de eğer bir avukat müvekkiliyle görüşemez ve ondan gizli talimatları gözetlenmeksizin alamazsa, yardımı faydasını büyük ölçüde yitirecektir, halbuki Sözleşme pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçlamaktadır".

65 Albrecht, A. H. (2020). *Wechselwirkungen zwischen Art.6 EMRK und nationalem Strafverfahrensrecht*, Tübingen: Mohr&Siebeck, s. 5; Gaede, K. (2005). *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMR*, Berlin: Duncker & Humbolt, s. 159. Nitekim AİHM, *Yuditskaya and Others/Rusya* kararında, başvuru avukatının incelenen ve el koyulan materyalleri göz önünde bulundurarak, aramanın, izlenen meşru amaçla orantısız bir ölçüde mesleki gizliliği ihlal ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, bu bağlamda, bir avukat söz konusu olduğunda, mesleki gizliliğin ihlal edilmesinin adaletin uygulanması ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan haklar üzerinde sonuçları olabileceğini yinelemiştir. *Yuditskaya and Others/Rusya*, B. No: 5678/06, 12/2/2015, § 31.

66 Grabenwarter, C. (2014). *Europäischer Grundrechtsschutz*, Baden: Nomos, § 1, kn. 42; Grabenwarter C. ve Papel, K. (2016). *Europäische Menschenrechtskonvention*, Münih: C.H. Beck, § 2, kn. 1. AİHM, *Niemet/Almanya* kararında, "özel hayat" kavramının kapsamlı bir tanımının yapılmasının mümkün ve gerekli olmadığını, ancak kavramı bireyin kendi kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç çevre" ile sınırlamanın ve bu çevrenin dışında kalan dış dünyayı tamamen dışarıda bırakmanın çok

kapsamına, yalnızca belgelere dayalı iletişim değil, ayrıca telefon görüşmeleri ve elektronik ortamda saklanan veriler de dâhil edilmektedir⁶⁷. Ancak avukat ile müvekkili arasındaki ilişki AİHS mad. 8/2 kapsamında sınırlandırılabilirdiğinden nispi bir korumanın sağladığı yani mutlak korumanın söz konusu olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁸.

Yasal düzenlemenin bulunması⁶⁹ ve bu bağlamda meslek sırrı niteliği taşıyan bilgilerin hangi koşullarda müdahaleye tabi tutulabileceğinin erişilebilir, öngörülebilir ve anlaşılabilir bir biçimde açıklanması⁷⁰ ve demokratik bir toplumda gerekli

kısıtlayıcı olacağını, özel hayata saygının, bir dereceye kadar diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da kapsayacağını, bu çerçevede “özel hayat” kavramının mesleki veya ticari nitelikteki faaliyetlerin dışlanmasını gerektirmediğini, zira insanların çoğunluğunun çalışma hayatları sırasında dış dünyayla ilişkiler geliştirme konusunda önemli fırsatlar elde ettiğini, ayrıca bu görüşün bir bireyin hangi faaliyetlerinin mesleki veya ticari hayatının bir parçası olduğunun ve hangilerinin olmadığına açıkça ayırt edilmesinin her zaman mümkün olmadığı gerçeğiyle desteklendiğini, özellikle serbest meslek sahibi kişilerin mesleki ve ticari faaliyetlerinin hayatlarının önemli bir parçasını oluşturması nedeniyle kişinin, belirli bir anda hangi sıfatla hareket ettiğinin bilinmesinin imkânsızlaşabileceğini açıklamıştır. *Niemet/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, §§ 28, 29. Ayrıca, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiye dair belgeler arasında ayırım yapılamayacağını açıklandığı karar için bkz. *Campbell/Birleşik Krallık*, B. No: 13590/88, 25/3/1992, § 48.

67 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya*, B. No: 74336/01, 16/10/2007, § 66.

68 Winkler, C. (2014). s. 45.

69 AİHM, *Petri Sallinen and Others/Finlandiya* kararında, bir avukatın bürosu ve ikametgahının aranması ve çeşitli belgelere el koyulmasına ilişkin olarak, uygulanan tedbirlerinin uygun yasal güvenceler olmaksızın tatbik edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, Finlandiya hukukunda öngörülen tedbirler için genel bir yasal temel olduğu söylenebilir de meslek sırrı niteliği taşıyan materyallerin arama ve el koymaya tabi tutulabileceği koşulları makul bir kesinlik derecesiyle ortaya koyan düzenlemelerin bulunmamasının, başvuru sahipleri demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında hak sahibi oldukları asgari koruma derecesinden mahrum bıraktığı sonucuna varmıştır. *Petri Sallinen and Others/Finlandiya*, B. No: 50882/99, 27/9/2005, §§ 92-94.

70 AİHM, *Heino/Finlandiya* kararında, bir avukatın mesleki sır kapsamında kalan özel hayatına saygı hakkına karşı yapılan müdahalenin yasallığı koşulunu; 1) müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması, 2) bu yasal dayanağın erişilebilirliği, 3) müdahalenin hukuki sonuçlarının öngörülebilirliği ve 4) yasal dayanağın hukukun üstünlüğü ile uyumlu

olması⁷¹ koşuluyla, kamu güvenliği ile düzeninin korunması ve suçun önlenmesi gibi amaçların bulunması durumunda istisnai olarak bu ilişkiye müdahale edilebilecektir. Fakat müdahalenin ölçüsüz olmaması gerekir^{72,73}. Ölçülülüğün sağlanmasında, müdahalenin kişiye aşırı yük getirmemesi ve amaca uygun olması koşulları da dikkate alınır⁷⁴.

AİHM, suç delillerinin elde edilmesi amacıyla belirli ted-

olması şeklindeki dört alt başlık çerçevesinde değerlendirmiştir. *Heino/Finlandiya*, B. No: 56720/09, 15/2/2011, §§ 37-40.

- 71 AİHM, *Yuditskaya and Others/Rusya* kararında, avukat bürolarının aranmasının özellikle sıkı bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini, uygulanan tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlemek için de ulusal hukuk kapsamında kötüye kullanma veya keyfiliğe karşı etkili güvencelerin varlığının araştırılacağını ve bu güvencelerin yürütülen belirli davada nasıl işletildiğinin kontrol edileceğini belirtmiştir. Karara konu olayda Mahkeme, başvuru avukatların bürolarında makul bir şüphe veya mesleki gizliliğe müdahaleye karşı herhangi bir güvence olmaksızın yapılan aramanın ve bilgisayarlara el koymanın, izlenen meşru amaca ulaşmak için “demokratik bir toplumda gerekli olanın” ötesine geçtiğini kabul etmiş ve bu nedenle Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğini açıklamıştır. *Yuditskaya and Others/Rusya*, B. No: 5678/06, 12/2/2015, §§ 27-32.
- 72 Wollenschläger, F. (2023). § 12, içinde Brosius-Gersdorf, F. (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen: Mohr&Siebeck, § 12, kn. 145; Meyer-Ladewig, J., Nettesheim, M. ve Raumer, S. (2011). § 8, kn. 109.
- 73 Nitekim AİHM, *Vinci Construction and GMT Génie Civil et Services/Fransa* kararında, başvuru şirketlerin tesislerinde gerçekleştirilen arama ve el koyma tedbirlerinin, ülkenin iktisadi refahı, düzenin korunması ve suçun önlenmesi amaçları ile orantılı olmadığını tespit ederek Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bilhassa, el koyulan belgelerin daha yüksek koruma gerektiren avukat ile müvekkil arasında geçen yazışmaları içeren belgeler olduğu bilindiğinden, ulusal hukukta öngörülen ve rekabet hukuku alanındaki arama ve el koymaları düzenleyen güvencelerin bu davada etkili bir şekilde uygulanmadığını belirlemiştir. Mahkeme’ye göre; bilhassa bazı belgelerin, soruşturma konusu suçla ilgili olmamasına veya avukat ile müvekkil gizliliği kapsamında kalmasına rağmen alındığı yönündeki gerekçeli iddiaları inceleyen hâkimin, ayrıntılı bir inceleme ve ölçülülüğe dair somut bir değerlendirme yaptıktan sonra belgelerin akıbeti hususunda karar vermesi ve uygun olduğu takdirde belgelerin iade edilmesine karar vermesi gerekirdi. *Vinci Construction and GMT Génie Civil et Services/Fransa*, B. No: 63629/10 ve 60567/10, 2/4/2015, §§ 74-81.
- 74 Jarass, H. (2024). § 12, içinde Jarass, H. ve Kment, M. (Eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Münih: C.H. Beck, § 12, kn. 47, 48.

birlerin tatbikinin gerekli görülebileceğini kabul etmekle birlikte bu tedbirlerin haklılığına dair ileri sürülen nedenlerin “ilgili” ve “yeterli” olup olmadıklarını değerlendirme konusu yapılabilmektedir. Ayrıca ulusal mevzuat ve uygulamanın ilgisine istismara karşı yeterli ve etkili güvenceler sağladığından emin olunmalıdır.

Mahkeme, yapılan müdahalenin izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için başvuru konusu her olayın özel koşullarını göz önünde bulundurmaktadır. Bu doğrultuda diğerlerinin yanı sıra örneğin arama tedbiri açısından, emrin verildiği koşullar, hâlihazırda mevcut olan diğer deliller, emrin içeriği ve kapsamı, tedbirin gerçekleştirilme biçimi, arama sırasında bağımsız gözlemcilerin bulunması⁷⁵ ve

⁷⁵ AİHM, *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya* kararında, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlalinde dikkat çekici bir husus olarak, başvuru avukatının mesleki sırlarının korunması yönünden elektronik veriler bakımından yeterli güvencelerin gözetilmediğine işaret etmiş ve başvuru sahiplerinin bu konudaki haklarının kullanımının kısıtlandığını gözlemlemiştir. Mahkeme’ye göre; ilk olarak, bilgisayarların aranması sırasında geçici olarak hazır bulunan baro temsilcisi, esasen belgelerin ele geçirilmesini denetlemekle meşguldü ve bu nedenle elektronik veriler açısından denetleme işlevini gerektiği gibi yerine getirememiştir. İkinci olarak, baro üyesi, hangi arama kriterlerinin uygulandığını ve hangi dosyaların kopyalanıp ele geçirildiğini belirten raporunu, aramanın sonunda değil, ancak aynı günün ilerleyen saatlerinde düzenlemiştir. Ayrıca, aramaya katılan kolluğun, görevini tamamladıktan sonra arama sonuçlarını başvuru sahiplerine veya baro temsilcisine bildirmeden ayrıldıkları anlaşılmıştır. *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya*, § 63.

Öte yandan Mahkeme, *Golovan/Ukrayna* kararında, bir gözlemcinin uygulanan tedbir prosedürüne etkili bir şekilde katılabilmesi için; 1) gerekli hukuki yeterliliğe sahip olması, 2) mesleki sır kapsamında kalan materyal ile üçüncü kişilerin haklarının korunmasını garanti altına almak için avukat-müvekkil ayrıcalığına bağlı kalması ve 3) eleme prosedürü sırasında avukatın mesleki gizliliğine olası herhangi bir müdahaleyi önleyebilmek için gerekli yetkilerle donatılmış olması gerektiğini açıklamıştır. *Golovan/Ukrayna*, B. No: 41716/06, 5/7/2012, §§ 63-65; Benzer şekilde Mahkeme, *İliya Stefanov/Bulgaristan* kararında, avukat bürosunda gerçekleştirilen arama ve el koyma tedbirlerinin Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğini belirlerken, diğer nedenlerin yanı sıra, tedbirin tatbikine gözlemci olarak katılan ve soruşturma ekibinden bağımsız olarak hangi materyallerin yasal mesleki ayrıcalık kapsamında olduğunu gerçekten tespit edebilecek hukuki yeterliliği bulunmayan iki komşunun gerçekleştirilen aşırı müdahaleye karşı etkili bir koruma sağlamalarının

aramadan etkilenen kişinin mesleği ve saygınlığı üzerindeki olası etkileri dikkate alınmaktadır⁷⁶.

AİHM, değerlendirme konusu yapılan *Sommer* kararında da avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisini zedeleme olasılığı bulunan her türlü müdahalenin gerekliliği hususunda sıkı bir inceleme ve değerlendirme yapılması gerekliliğini vurgulamıştır⁷⁷. Savcılık tarafından gerçekleştirilen veri toplama faaliyeti, yürütülen işlemlerin ilgisinden gizli tutulması⁷⁸ ve bunun sonucu olarak hukuki korumanın güçleşmesi kanuna aykırı olmasa da başvuru ile müvekkili arasındaki güven ilişkisine önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olması yönüyle dikkati çekmiştir. Hâlbuki Mahkemenin, avukatın mesleki sır kapsamında kalan özel hayatına saygı hakkına yönelik uygulanan tedbirlerin hem yasallığının hem de gerekçesinin incelenmesi için yeterli yargısal güvenceleri sağlayan bir

ihtimal dahilinde olmadığını da açıklamıştır. Bu durum, bilhassa kolluk tarafından ele geçirilen elektronik veriler açısından doğru kabul edilmiştir, çünkü arama sırasında herhangi bir eleme prosedürünün izlendiği gözlemlenmemiştir. *İliya Stefanov/Bulgaristan*, B. No: 65755/01, 22/5/2008, § 43; Aynı yönde, *Leotsakos/Yunanistan*, B. No: 30958/13, 4/12/2018, § 52.

76 *Smirnov/Rusya*, B. No: 71362/01, 7/6/2007, § 44.

77 Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre: “Müdafi ile yapılan görüşme, sanığın ceza yargılamasında sadece bir nesne haline gelmemesini sağlamaya çalışarak insan onurunu korumak gibi önemli bir işleve de sahiptir.” BVerfGE, 1/6/2003, 1 BvR 2378/98, 1084/99, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025); “Sanık ile (kendisi şüpheli olmayan) müdafii arasındaki ilişki özel bir şekilde korunur ve kovuşturma makamları için kesinlikle kutsaldır. Sırf bu nedenle, bu ilişkiye yapılan ve kendi kendini suçlamama özgürlüğü ilkesini etkileyen her türlü müdahale, elde edilen bulgulardan yararlanılamayacak şekilde hukuka aykırıdır.” BGH, 28/3/2024, 4 StR 370/23, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025)

78 AİHM, *Leotsakos/Yunanistan* kararında, başvuru avukatın, bürosunda on iki gün süren arama sırasında hiçbir zaman hazır bulunmadığını, soruşturmacıların, başvurucuya nerede bulunduklarını veya faaliyetlerini bildirmeye çalışıp çalışmadıklarına dair bir bilgi verilmediğini, halbuki Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre, aramayı yapan kişinin, arama yapılan yerde ikamet eden kişiyi hazır bulunmaya davet etmesinin gerektiğini, yetkililerin başvurucuya önceden haber vermeyerek sürpriz bir etki yaratmak istedikleri varsayılrsa dahi, kanuna uymak amacıyla söz konusu aramanın yapıldığı dönemde kendisiyle temas kurmaya çalışmalarını engelleyecek hiçbir nedenin bulunmadığını açıklamıştır. *Leotsakos/Yunanistan*, § 51.

yargı makamına sonradan etkili bir erişim imkânının bulunmamasının ihlale yol açtığını kabul ettiği bilinmektedir⁷⁹.

Müdafi ile müvekkili arasındaki gizlilik ilişkisinin kamu düzeni üzerinde ciddi etkileri bulunan suçlar kapsamında sınırlandırılması mümkündür⁸⁰. Bu açıdan yalnızca ağır bir suçun işlenmesi yeterli görülmemekte, ayrıca bu suçla bağlantılı olarak yapılan sınırlama ile hakka müdahale arasında bir ölçü bulunması gerekmektedir⁸¹. *Sommer* kararında olduğu gibi Sözleşme ile güvence altına alınan haklara yönelik müdahalelerde dikkate alınması gereken ölçülülük ilkesi, getirilen sınırlamaların orantısız sonuçlara yol açmasını önleme amacını yerine getirir⁸². İlke, tarafların hukuki konumları arasındaki dengenin kurulabilmesi için gerekli olup her olay özelinde ayrıca değerlendirilir⁸³.

79 AİHM, *Heino/Finlandiya* kararında, başvuru avukatının bürosunda gerçekleştirilen aramaya dair önceden verilmiş bir yargı kararının bulunmaması ve arama emrinin veya aramanın yürütülme biçiminin sonradan etkili bir yargısal denetiminin de mümkün olmaması nedenleriyle özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini açıklamıştır. Mahkeme'ye göre, Finlandiya hukukunda itiraz edilen tedbirler için genel bir yasal dayanak olduğu söylenebilse dahi, söz konusu hukukun ne arama emrinin verilmesinden önce ne de aramadan sonra yeterli yargısal güvenceler sağlamadığı sonucuna varılmıştır. Başvuru bu nedenle demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca hak ettiği asgari koruma düzeyine ulaşamamıştır. *Heino/Finlandiya*, §§ 45-48.

80 Konrad, S. (2004). s. 710.

81 a.g.e. s. 710.

82 AİHM, *Pruteanu/Romanya* kararında, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin dinlenmesinin, aralarındaki mevcut güven ilişkisinin temeli olan mesleki gizliliği kesin olarak ihlal ettiğini hatırlatarak, bir avukatın telefon konuşmalarının dinlendiği ve söz konusu tedbirin hukuka aykırılığına ilişkin itiraz edilemediği olayda, müdahalenin hedeflenen meşru amaç, yani ceza yargılamasına ilişkin maddi gerçeğin belirlenmesi ve böylelikle düzenin bozulmasının önlenmesiyle orantılı olmadığını ve başvuru hukukun üstünlüğü için demokratik toplumda gerekli olan söz konusu müdahaleyi sınırlayabilecek etkili kanun yollarına sahip olmadığını tespit ederek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Pruteanu/Romanya*, B. No: 30181/05, 3/2/2015, §§ 49-58.

83 "Elbette, temel hakların koruma alanı, devletin hakka müdahalesi ile kendiliğinden ortadan kalkmaz. Bu haklar tarafından güvence altına alınan korumanın önemi ve kapsamı, eşit derecede korunmaya değer diğer menfaatlerden ayrı olarak belirlenemez. Ölçülülük ilkesi, korunması gereken menfaatlerin uygun bir şekilde

Herhangi somut bir delili bulunmadığı hâlde sırf kamu düzeni üzerinde ciddi etkisi olduğu belirtilen bir katalog suçun açığa çıkarılabilmesi için AİHS ile koruma altına alınan haklara müdahale edilebileceğini kabul etmenin, bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerin anlamsızlaştırılması sonucu doğuracağı göz ardı edilemez. Aynı şekilde kamu düzeni üzerinde ciddi etkisi bulunan suçların etkin soruşturulması yükümlülüğü ile adil yargılanma hakkı arasında bir denge de tesis edilmelidir⁸⁴. Bu bağlamda Türk hukukunda da gerek savcılığın genel soruşturma yetkisi kapsamında gerekse öngörülen özel usuli hükümler çerçevesinde avukatların mesleki hayat alanlarına müdahalede bulunulurken AİHM tarafından belirlenen ölçütlere riayet edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak müdafî ile müvekkili arasındaki ilişkinin kural olarak AİHS mad. 8/1'de garanti altına alınan özel hayata saygı hakkı çerçevesinde koruma altına alındığı ancak bu ilişkiye AİHS mad. 8/2'de sayılan nedenler doğrultusunda müdahale edilebileceği, müdafilerin üstlendikleri rolden dolayı mesleki yaşantılarına yapılan her türlü müdahalenin özel usuli güvencelere tabi tutulmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda müdafinin müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiyi zedeleme ihtimali bulunan her müdahalenin gerekliliği hususunda özellikle sıkı bir inceleme ve değerlendirme yapılması

ağırlıklandırılabilmesi anayasal ölçütü sağlar. Hem genel eylem özgürlüğü alanında (Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. paragrafı) hem de daha özel olan kişisel mahremiyet alanında (Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. paragrafı 1 ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 1. paragrafı) devlet müdahalesine sınırlar getirir ve böylece yukarıda belirtilen temel hakların kapsamını da belirler. Bu sınırlar, söz konusu menfaatler tespit edilerek belirlenmelidir. Bunun neticesinde, somut olayda müdahaleye karşı çıkan menfaatlerin, devlet tedbirinin korumayı amaçladığı menfaatlerden açıkça daha ağır bastığı sonucuna varılırsa, gerçekleşen müdahale ölçülülük ilkesini ihlal eder. Ceza muhakemesi kapsamında el koyma şeklinde bir müdahale söz konusu olduğunda, buna karşı savcılığın kanunilik ilkesi uyarınca, yeterli suç şüphesi varsa, kovuşturulabilir tüm suçlara müdahale etmek ve bunu yaparken yasal hükümler çerçevesinde kendisine sunulan usuli zorlama araçlarını kullanmak zorunda olduğu ileri sürülemez; çünkü burada da anayasal ölçülülük ilkesine uyulmalıdır." BVerfGE, 24/3/1977, 2 BvR 988/75, <https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi:17/2/2025); Gaede, K. (2005). s. 705.

84 a.g.e. s. 711.

gerektiği, müdafinin mesleki korumaya tabi özel alanlarına yönelik uygulanan tedbirlerin hukuka uygunluğu için mutlaka yasal bir düzenlemenin bulunması ve bu düzenlemede müdafinin meslek sırrı niteliği taşıyan belge, veri ve sair materyallerine hangi koşullarda müdahale edilebileceğinin erişilebilir ve öngörülebilir bir şekilde açıklanmasının zaruri olduğu, ayrıca demokratik bir toplumda gerekli olması koşuluyla, kamu güvenliği ile düzeninin korunması ve suçun önlenmesi gibi amaçlar doğrultusunda yalnızca istisnai ve ölçülü olarak bu alana müdahale edilebileceği, uygulanan tedbirlerin haklılığına dair öne sürülen nedenlerin ilgililik ve yeterlilik değerlendirmesinde, en küçük müdahalenin dahi ceza adalet sisteminin işleyişi üzerinde yıkıcı bir etkisi olabileceği de nazara alınarak belirsiz ve muğlak biçimde tanımlanan bir soruşturma sonucundan daha fazlasının gerekli olduğu, her ne kadar müdafinin hakkında bir soruşturma başlatılması gerekli olmasa da tedbirin uygulandığı anda somut olgulara dayalı şüphenin varlığının aranacağı, ayrıca ulusal mevzuat ve uygulamanın, müdafinin mesleki sır kapsamında kalan özel hayatına saygı hakkına yönelik uygulanan tedbirlerin hem yasallığının hem de gerekçesinin incelenmesi için yeterli ve etkili güvenceler sağlaması gerektiği ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ALBRECHT, Anna Helena (2020). *Wechselwirkungen zwischen Art. 6 EMRK und nationalem Strafverfahrensrecht*, Tübingen: Mohr&Siebeck.
- BOZDAĞ, Ahmet ve ŞIK, Hüseyin (2014). "Müdafiin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2., ss. 49-66.
- ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel (2024). "Mesleki Sorumlulukları Boyutuyla Avukatların Görev Suçları ve Yargılanma Usulü", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., ss. 77-109.
- GAEDE, Karsten (2005). *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMR*, Berlin: Duncker&Humbolt.
- GRABENWARTER, Christoph (2014). *Europäischer Grundrechtsschutz*, Baden: Nomos Verlag.
- GRABENWARTER, Christoph ve PAPEL, Katharina (2016). *Europäische Menschenrechtskonvention*, Münih: C.H. Beck.
- GÜNERGÖK, Özcan (2003). "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", *AÜEHF*, C. 7., S. 1-2., ss. 655-667.
- JARASS, Hans (2024). § 12, içinde Jarass, H. ve Kment, M. (Eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Münih: C.H. Beck.
- KARAKEHYA, Hakan ve ARABACI, Murat (2015). "Ceza Muhakemesinde Müdafiin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiliğe İlişkin Problemler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 6., S. 22., ss. 59-89.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan (2017). *Müdafi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

- KONRAD, Sabine (2004). “Der Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess”, *Neue Juristische Wochenschrift*, ss. 710-713.
- MANN, Thomas (2011). § 12, içinde Coelln, C. V., Mann, T. (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*, Münih: C.H. Beck.
- MEYER-LADEWIG, Jens, NETTESHEIM, Martin ve RAUMER, Stefan (2011). *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention*, Münih: C.H. Beck.
- ORHAN, Uğur (2020). “Avukat Bürolarının Aranması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15., S. 162., ss. 293-301.
- ÖZBALÇIK, Ozan Can (2025). “Adil Yargılanma ve Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatları ile İletişimlerinin Gizliliğine Yönelik Sınırlamalar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 33., S. 1., ss. 111-149.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ÖZTÜRK, Bahri vd. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- RENGIER, Rudolf (1979). *Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht*, Münih: Schöningh Paderborn.
- ROGALL, Klaus (2007). § 53, içinde Rudolphi, H-J, Deneger, W., Frisch, W. vd. (Eds.), *SK StPO*, Münih: Luchterhand.
- SCHARENBERG, Philipp (2016). *Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zu Berufsgeheimnisträgern Gemass*, Baden: Nomos.
- SCHIEMANN, Anja (2023). § 148, içinde Gercke, B., Julius K-P., Temming, D. ve Zöller, M vd. (Eds.), *Strafprozessordnung*, Heidelberg: C.F. Müller.

- SCHOLZ, Rupert (2013). § 12, içinde Herzog, R., Scholz, R., Herdegen, M. ve Klein, H. H. (Eds). *Grundgesetz Kommentar*, Münih: C.H. Beck.
- SOYASLAN, Doğan (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- STARCK, Christian (2024). § 2, içinde Huber, P.M., Voßkuhle, A., Friedrich, K., Christian, S. (Eds.), *Grundgesetz*, Münih: C.H. Beck.
- ŞEN, Ersan ve BODUR Fatma Betül (2018). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 138., ss. 9-37.
- UYSAL, Levent (2008). “Avukatın Hak ve Yükümlülükleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82., S. 6., ss. 2955-2973.
- WEINGARTEN, Jochen (2023). §§ 158-163c, içinde Barthe, C. ve Gericke, J. (Eds.), *Karlsruher Kommentar*, Münih: C.H. Beck.
- WINKLER, Christian (2014). *Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant*, Berlin: Duncker&Humbolt.
- WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand (2023). § 12, içinde Brosius-Gersdorf, F. (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen: Mohr&Siebeck.
- ZAFER, Hamide (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Çevrim İçi Kaynaklar

<https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 10/2/2025)

<https://www.gesetze-im-internet.de/> (Erişim Tarihi: 6/2/2025)

ŞEN, Ersan (2023). “Avukatın Soruşturulması ve Yargılanması” <https://www.hukukihaber.net/avukatin-sorusturulma->

si-ve-yargılanmasi-ersan-sen?ysclid=miya1vv522121203843
(Erişim Tarihi: 17/2/2025)

<https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi: 10/2/2025)

<https://www.servat.unibe.ch/> (Erişim Tarihi: 17/2/2025)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

André and Others/Fransa, B. No: 18603/03, 24/7/2008.

Buck/Almanya, B. No: 41604/98, 28/4/2005.

Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova/Portekiz, B. No: 69436/10, 1/12/2015.

Campbell/Birleşik Krallık, B. No: 13590/88, 25/3/1992.

Cremieux/Fransa, B. No: 11471/85, 25/2/1993.

Golovan/Ukrayna, B. No: 41716/06, 5/7/2012.

Heino/Finlandiya, B. No: 56720/09, 15/2/2011.

Klass and Others/Almanya, B. No: 5029/71, 6/9/1978.

Lambert/Fransa, B. No: 88/1997/872/1084, 24/8/1998.

Leotsakos/Yunanistan, B. No: 30958/13, 4/12/2018.

Michaud/Fransa, B. No: 12323/11, 6/12/2012.

M.N. and Others/San Marino, B. No: 28005/12, 7/7/2015.

Niemet/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992.

Oferta/Moldova, B. No: 14385/04, 19/12/2006.

Petri Sallinen and Others/Finlandiya, B. No: 50882/99, 27/9/2005.

Pruteanu/Romanya, B. No: 30181/05, 3/2/2015.

Robathin/Avusturya, B. No: 30457/06, 3/7/2012.

Roemen and Schmit/Lüksemburg, B. No: 51772/99, 25/2/2003.

Roman Zakharov/Rusya, B. No: 47143/06, 4/12/2015.

Smirnov/Rusya, B. No: 71362/01, 7/6/2007.

Stefanov/Bulgaristan, B. No: 65755/01, 22/5/2008.

Sommer/Almanya kararı, B. No: 73607/13, 27/4/2017.

Tamosius/Birleşik Krallık, B. No: 62002/00, 19/9/2002.

Uzun/Almanya, B. No: 35623/05, 2/9/2010.

Valentino Acatrinei/Romanya, B. No: 18540/04, 25/6/2013.

Vinci Construction and GMT Génie Civil et Services/Fransa, B. No: 60567/10, 2/4/2015.

Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya, B. No: 74336/01, 16/10/2007.

Wolland/Norveç, B. No: 39731/12, 17/5/2018.

Xavier Da Silveira/Fransa, B. No: 43757/05, 21/1/2010.

Yuditskaya and Others/Rusya, B. No: 5678/06, 12/2/2015.

Alman Mahkeme Kararları

BGH, 28/3/2024, 4 StR 370/23.

BGH, 11/12/2014, I ZR 8, 13.

BVerfGE, 30/3/2004, 2 BvR 1520, 1521/01.

BVerfGE, 1/6/2003, 1 BvR 2378/98, 1084/99.

BVerfGE, 24/3/1977, 2 BvR 988/75.

BVerfGE, 08/3/1972, 2 BvR 28/71.

BVerfGE, 19/7/1972, 2 BvL 7/71

BVerfGE, 19/6/1972, 2 BvL 7/71.

BVerfGE, 11/6/1958, 1 BvR 596/56.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.2021/28, K.2024/11, 18/1/2024.

AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019.

Yargıtay Kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 14/11/2011 tarihli ve E.2009/19013, K.2011/21017 sayılı kararı.



ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ DENGELENMESİNDE KÜLTÜREL ÖGELERİN ETKİSİ*

*The Role of Cultural Elements in Balancing Conflicts of
Constitutional Rights*

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARİ**

ÖZET

Bu makalede kültür, haklar arasındaki çatışmaların dengelenmesine “Etki etmeli mi?”, “Etki edebilir mi?”, “Etki eder ise, bunlar hangi yollarla mümkün olur?” ve “Kültürün etkisinin oranını ölçmek mümkün müdür?” şeklindeki sorulara cevap aranmıştır. Birinci soru açısından, kültürün etki etmesi, fakat bunun sınırlı olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kısacası, temel hakların korunması konusunda prensip olarak evrensellik ilkesi benimsenmeli fakat bunların uygulamaya geçirilmesi konusunda ülkelerin kendi kültürüne alan açılmalıdır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi makamlarca bu etki asgari bir denetime tabi tutulmalıdır. İkinci soruya dair, iç hukukta yasama tarafından kuralların konulması ve normların hâkimler tarafından yorumlanması esnasında ilgili toplumun gelenek, kültür, değer vb. birçok unsurunun, zımnen veya açıkça etkili olabileceği kanaatine varılmıştır. Üçüncü soru kapsamında ise yasa yapma esnasında kültürün etkisi tespit edildiği gibi yargısal organların hak çatışmalarını dengelerken, çeşitli takdir yetkileri (yapısal, olgusal ve normatif), içsel gerekçelendirme

* Bu makale, TÜBİTAK BİDEB 2219 Yurtdışı Doktora Sonrası Araştırma Programı kapsamında yapılan araştırmalar sonucunda üretilmiştir. Bu vesileyle TÜBİTAK’a teşekkür ediyoruz.

** Erzinan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, kokusari@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0045-5868

(tartım formülü) ve dışsal gerekçelendirme araçları kapsamında kültürün etkisi araştırılmıştır. Bu bağlamda, içsel gerekçelendirmede, tartım formülüne kültürün bir değişken olarak entegre edilemeyeceği fakat tartım formülündeki değişkenlere (ncllere) verilen değerlerin bulunması ve gerekçelendirilmesi olarak görülen “dışsal gerekçelendirme” aşamasında kültürün etkisinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Dışsal gerekçelendirme içinde, Türk Anayasa Mahkemesinin ezan ve Ramazan davulcusu ile ilgili kararı ile Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Kutsal Cuma kararı etrafında, geliştirdiğimiz bazı kriterler vasıtasıyla kültürün etkisi araştırılmış ve bu etkinin var olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Son soruya yönelik olarak, nicel bir yöntem ile oransal olarak kültürün etkisini ölçmenin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Fakat kültürün etkisinin de en azından “düşük”, “orta” veya “yüksek” olarak belirlenebileceği kanaatine ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dengeleme, hakların atışması, kültür, içsel gerekçelendirme, dışsal gerekçelendirme.

ABSTRACT

The article seeks to answer the following questions: *Should* culture influence the balancing of conflicts between rights? *Can* it influence such balancing? *If* it does, through what means could this occur? And finally, *is* it possible to measure the extent of culture's influence? Regarding the first question, the conclusion reached is that culture should indeed play a role in such balancing, yet its influence must remain limited. In short, while the principle of universality should be adopted in the protection of fundamental rights, room should nonetheless be left for each country's own culture in the implementation of such rights. Moreover, this influence should remain subject to marginal review by bodies such as the ECtHR. As for the second question, it is concluded that traditions, culture, and values of a given society may, whether implicitly or explicitly, influence both the legislative process and the judicial interpretation of norms. With respect to the third question, the study examines not only the influence of culture in the legislative process but also its impact on judicial bodies when balancing conflicts between rights, particularly through various forms of discretion (structural, factual, and normative), internal justification (the weighing formula), and external justification. In this context, it is found that culture cannot be integrated as a variable into the weighing formula in terms of internal justification; however, culture may have influence at the external justification stage, which concerns the determination and justification of the values assigned to the variables (premises) in the weighing formula. Within the scope of external justification, the study examines the influence of culture—through certain developed criteria—in the Turkish Constitutional Court's judgments concerning the *Call to Prayer* and *Ramadan drummer* cases, as well as the German Federal Constitutional Court's judgment regarding *Good Friday*, concluding that such influence indeed exists. Finally, regarding the last question, it is concluded that it

is not possible to measure the influence of culture through quantitative methods. Nevertheless, it appears possible to determine the degree of such influence at least in qualitative terms—such as “low,” “moderate” or “high.”

Keywords: Balancing, conflicts of rights, culture, internal justification, external justification.

GİRİŞ

Gerek Türkiye gerekse Avrupa çapında dinî, geleneksel veya kültürel yönü ağır basan kürtaj, başörtüsü, haç işareti, Sih türbanı, hayvan kesimi, Yehova şahitlerinin dinî uygulamaları, erkeğin veya kadının sünneti gibi hassas konular, kültürel ile evrensellik ve çoğunluk ile azınlık arasında gerilimlere yol açmaktadır.

Kültür, genel olarak bir toplumun ortak yaşam biçimini, anlam dünyasını, değerler sistemini ve sembollerini ifade eder. Genelde maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi kültür gözle görülebilir fiziksel unsurları, örneğin, mimariyi, giysileri, yemekleri (Türk mutfağı) ifade eder. Manevi kültür ise değer, inanç ve normlar gibi gözle görülmeyen fakat toplumsal ilişkileri yönlendiren hususlardır. Örnek olarak dil, ahlak, din, hukuk, gelenek, sanat ve edebiyat anlayışı gösterilebilir. Özetle çalışmada kültür, toplumun tamamının veya büyük bir kısmının bir konudaki anlayışı, bakışı ve hayat tarzı olarak görülecek ve bunun hak çatışmalarının dengelenmesindeki etkisi araştırılacaktır.

Çalışmada, bir kültüre mensup bireylerin başka bir ülkede yaşarken karşılaştığı hukuki sorunlarda, hâkimin ilgili kişinin ait olduğu kültürü dikkate alıp almayacağı veya onun kültür odaklı savunmalarına değer verip vermeyeceği¹ sorununa kısmen değinilmiş olsa da bizim konumuzun ana odağı bu değildir. Bizim temel araştırma konumuz, hem benzer bir çatışmanın iki ayrı ülkede kültürel unsurların etkisiyle farklı bir

1 Bu konuyu ele alan makalelerde azınlık kültürünün çoğunluk ile ilişkisinin “entegrasyon, asimilasyon, ayrılma ve marjinalleşme” şeklinde dörde ayrıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, hâkimin bu farklı ilişki düzeylerini dikkate alarak, kültürel farklılıkların somut uyuşmazlıkta etkili olup olmayacağına karar vermesi mümkündür. Elbette, asimilasyonda kültürel unsur dikkate alınmadığı, ayrılma halinde ise, çoğunluk kültürüne veya bir başkasına zarar veren sözde kültürel bir unsur söz konusu olduğu için ortada uyuşmazlığa uygulanacak bir etki olmayabilir. Entegrasyon veya uyum halinde, daha etkin bir uygulama mümkün olabilir (Miller, M. K., Jami, W. A. ve Anderson, L. A. (2020). “When Culture and Law Collide: The Role of Cultural Differences in Court Decisions”, *Charleston Law Review*, Vol. 14., s. 342 vd.)

hükümle çözülüp çözülmediği hem de başlı başına ilgili ülkedeki somut hak çatışmasında kültürün rolüdür.

Bu kapsamda, kültürel faktörleri sistematik olarak “içsel gerekçelendirme”² içinde bir tartım formülüne entegre etmek mümkün mü, yoksa formülün yapısal katılığı bunu doğası gereği dışlıyor mu? Kültür yalnızca dengeleme faktörlerini/değişkenlerini dolaylı olarak “dışsal gerekçelendirme”³ içinde etkileyebiliyorsa bunun oranını tutarlı ve keyfilikten uzak bir şekilde ölçmek mümkün müdür? şeklindeki sorularla, kültürün hak çatışmalarındaki etkisi araştırılacaktır. Bu yapılırken Federal Alman AYM’nin *Kutsal Cuma* kararı ile Türk AYM’nin *Ramazan Davulu* ve *Ezan* kararları somut bir değerlendirmeye ve karşılaştırmaya tabi tutulacaktır.

Ayrıca, kültürün özellikle evrensellik ve kültürel görecelilik kavramları etrafında insan hakları yargılamasındaki ve teorisindeki rolü tartışılarak; AİHM’in “takdir marjı, ikincilik ve tedricilik” gibi araçlarla, kültüre ve yerelliğe yer açan uygulamasının olumlu ve olumsuz yanlarından söz edilerek sınırları çizilecektir.

I. GENEL OLARAK HAK TEORİSİNDE VE HAK YARGILAMASINDA EVRENSELLİK VE KÜLTÜREL GÖRELİLİK

Bu başlık, “Hak çatışmalarında veya insan haklarına dair uyuşmazlıklarda kültürün etkisi olmalı mıdır?” sorusunun

2 Altılama ve dengeleme bir akıl yürütme yöntemidir ve içsel gerekçelendirme, ilkinde önermelerden tümden gelimci şekilde ikincisinde ise tartım yaparak sonuca ulaşmayı ifade eder. Dışsal gerekçelendirme ise, içsel gerekçelendirme aşamasındaki önerme/değişkenlere verilen değerlerin ‘yorum ve argümantasyon, kurallar, kararlar, öğreti, moral ve kültürel değerlendirmeler vasıtasıyla’ tespit edilme ve temellendirilme aşamasıdır (Bkz. Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Adler, Ruth ve MacCormick, Neil (Çev.), Oxford: Clarendon Press, s. 221, 230-231; Alexy, R. (2003). “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16., No. 4., s. 434-435.

3 Bkz. Alexy, R. (1989). s. 230 vd.; Alexy, R. (2003). s. 435.

cevabıyla yakından ilgilidir. Siyaset felsefesinde ve insan hakları teorisinde hakların evrensel olduğu iddiası ile kültüre göre göreceli olduğu iddiası çatışmakta ve bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Uç liberal görüşler, sadece her bireyin evrensel bir şekilde sahip olduğu bireysel hakların varlığını savunur, kültüre bağlı kolektif ve grup haklarını dışlar. Diğer uçta ise bütünüyle hakların kültürel olarak oluştuğunu kabul ederek evrensel bir insan doğası ve ondan çıkan evrensel hakların varlığını inkâr eder. Bu ikisini dengelemeye çalışan ortodoks görüşler ise kural olarak evrenselliği kabul eder fakat belirli sınırlar dâhilinde kültürel uygulama farklılıklarına yer verir⁴.

Benhabib gibi bazı yazarlar ise, kültürel görecelilik ile evrenselliği birbirine karşıt iki kavram olarak görmek yerine, ahlak felsefesindeki durumsalcılığa benzer şekilde, insan hakla-

4 Donnelly, J. (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, The USA: Cornell University Press, s. 93-104 (Donnelly, çok farklı görecelilik ve evrensellik çeşitlerinin olduğunu göstermiş ve sonunda, kural olarak evrenselliği kabul eden fakat kültürel farklılıklara yer açan “çok boyutlu” bir teori önermiştir (Donnelly, J. (2013). s. 104). Sweeney, J. A. (2005). “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54., s. 459 vd. Bkz. konuyla ilgili farklı tartışmalar için Tremblay, L. B. (2014). “An Egalitarian Defense of Proportionality-based Balancing”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., s. 875 vd. Doktrinde Mullender, insan haklarının evrenselliği ile göreliliği arasındaki ilişkiyi üç farklı teorik yaklaşımla ele almaktadır. Bunlardan ilki, Hegel’in düşüncelerinden esinlenerek ortaya koyduğu “yukarıdan aşağıya yaklaşım”dır. Bu görüşte, AİHM’in *Otto-Preminger-Institut/Avusturya* kararında görüldüğü üzere, ağırlıklı olarak yerel unsurlara odaklanılırken evrensel boyutun geri planda kaldığı bir anlayış söz konusudur. İkinci yaklaşım ise, Walzer’den etkilenecek geliştirilmiş “aşağıdan yukarıya yaklaşım”dır. Burada, Avrupa Anayasası anlaşmasında tüm devletlerin paylaştığı ortak değerlerin korunmasına yönelik düzenlemeler aracılığıyla evrensellik ön planda tutulmakta, yerel kimliğe ise yalnızca sınırlı ölçüde vurgu yapılmaktadır. Üçüncü yaklaşım ise, Rawls’un hak teorisinden ilhamla geliştirilen “makul denge yaklaşımı”dır. Bu anlayışta, hem evrensel ilkeler hem de yerel özellikler birlikte dikkate alınmakta; gerektiğinde evrensel ilkelerin yerel ve kültürel pratiklere göre yeniden yorumlanması mümkün görülmektedir (Mullender, R. (2003). “Human Rights: Universalism and Cultural Relativism”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 6., No. 3., s. 72-87).

rının evrenselliğinin belirli bir kültürde ve toplumda, araçsal rasyonalitenin çeşitli müzakere araçlarıyla demokratik olarak yeniden yorumlanması, bağlama göre somutlaştırılması ve anlamlandırılmasını savunur⁵. Evrensellik, filozofların iddia ettiği gibi herkeste var olan asgari bir öz ve insan doğasından veya bunu ifade eden asgari bir insan hakları listesinden (Rawls vb.) oluşmaz; evrensellik daha ziyade farklılık, çatışma, bölünme ve mücadele boyunca benzerlikler (*commonalities*) oluşturma tecrübesinden ibarettir⁶.

Ülkelerin uygulaması ve insan hakları belgelerindeki görünümü açısından da evrensellik ile görecelilik arasında üç tür tercih olabilir. Birincisi sadece evrenselliği benimseyen göreceliliği dışlayan, ikincisi göreceliliği benimseyip evrenselliği kabul etmeyen ve üçüncüsü her ikisini de uyuşturmaya çalışan⁷ bir anlayış olabilir⁸. Bize göre prensip olarak evrenselliği kabul eden fakat belirli sınırlar dahilinde kültürel çeşitliliği yansıtan bir yöntem daha uygundur⁹.

Aslında, farklı ülkelerdeki insan hakları uygulaması ile insan hakları belgelerinde listelenen haklar, “olan ile olması gereken” şeklinde bir ayrıma yol açmaktadır¹⁰. Keza, kanun

5 Benhabib, S. (2007). “Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights”, *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 81., No. 2., s. 21.

6 Benhabib, S. (2007). s. 16.

7 Bkz. Xu, X. and Wilson, G. (2006). “On Conflicts of Rights”, *Pierce Law Review*, Vol. 5., No. 1., s. 54-55.

8 Krş. Arnold, R. (2013). Reflections on the Universality of Human Rights, in Arnold, R. (Ed.), *The Universalism of Human Rights*, Switzerland: Springer, s. 5; Mullender, R. (2003). s. 72-87.

9 Ahlak felsefesinde, kültürel görecelilik ile nesnelcilik (*objectivism*) arasında bir denge oluşturmak amacıyla ileri sürülen “ahlâkî durumculuk (*ethical situationism*)” buna benzerdir (Bkz. Pojman, L. P. ve Fieser, J. (2017). *Ethics: Discovering Right and Wrong*, Cengage Learning Center Publication, s. 40). Krş. Hoover, J. (2016). *Reconstructing Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 118-119. Bkz. hak çatışmalarının, evrensellekle göreceliliğin birlikte yaşamasına imkân verdiği noktasında Xu, X. and Wilson, G. (2006). s. 54-55.

10 Krş. var olan ile ideal evrensellik arasında bir ayrım yapma konusunda Jovanovic, M. A. (2012). *Collective Rights: A Legal Theory*, United Kingdom: Cambridge University Press, s. 176-177.

önünde eşitlik gibi en temel hak açısından bile, her ne kadar bu hak neredeyse her anayasa ve insan hakları belgesinde soyut olarak listelense de, uygulamada farklılıklar vardır. Kimi ülkelerde dinî, etnik ve dilsel farklılıklara göre muafiyet ve istisna tanıyan bir uygulama varken, kimisinde daha mutlak bir uygulama vardır¹¹.

Örneğin, ABD'deki *State v. Kargar* davasında Afgan mülteci, oğlunun cinsel organını öptüğü için cinsel saldırı suçlaması ile karşı karşıya kalmış ve hâkim konuyla ilgili Afgan uzmanları da dinleyerek o kültürde ilgili eylemin çocuğa yönelik sevgi gösterisi olduğunu tespit ettiği için mahkûmiyet vermemiştir. *People v. Kimura* davasında ise, kültürü cezada indirim için bir etken olarak görmüştür. Bu davada Japon kadının, eşinin sadakatsizliğini öğrendikten sonra bu ailevi utanıcı temizleme ahlaki ödevini yerine getirmek amacıyla, Japon kültüründe uygulaması bulunan çocuğun ve kendinin hayatını sonlandırma yöntemine başvurmuştur. Fakat teşebbüs aşamasında kalmıştır¹². Bu gibi hususlar farklı kültüre ait kişilerin eylemlerinin cezalandırılabilir olup olmadığında veya hafifletici sebep olarak kültürel unsurların dikkate alınmasında ortaya çıkabilmektedir. Özel hukuk bağlamında da özellikle, devletler özel hukukunda “kanunlar ihtilafı” alanında örneğin bir kimsenin iki eşliliğinin veya aynı cinsten evliliğinin bir başka devlette tanınmasının değerlendirilmesinde kültürün rolü ortaya çıkar. Ahval-i şahsiyeye dâhil olan hususlarda (doğum, ölüm, ehliyet, velayet, vesayet, evlenme, boşanma, nesep ve miras vs.) kural olarak gelinen ülkenin hukukunun kabul edilmesi bir anlamda kültüre alan açar¹³.

11 Benhabib, S. (2007). s. 20. Örneğin Almanya'da anayasadaki eşitlik ilkesi, siyasal partilere cinsiyet eşitliğini sağlamak için çeşitli kotalar ve oranlar belirleme şeklinde tezahür ederken, ABD'de cinsel eşitlik koruması sadece federal fonlardan faydalanan kamu kurumlarına hasredilmiş siyasi partilere yansımamıştır (Benhabib, S. (2007). s. 20).

12 Miller, M. K., Jami, W. A. ve Anderson, L. A. (2020). s. 358-359.

13 Dikovska, I. (2024). “Personal Status of War-Related Migrants: What is Relevant to Determine the Applicable Law?”, *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol. 22., No. 1., s. 19. Konuyla ilgili AİHM kararlarında da, belirli

İnsan haklarına dair kimi uluslararası sözleşmeler kültürel farklılıkların korunmasına açıkça yer vermezken, kimisi bu hususu açıkça düzenlemiştir. Örneğin 1993 yılındaki Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilen Viyana İnsan Hakları Beyannamesi'nin I. bölümünün 5. maddesinde, insan haklarının evrensel ve bölünmezlik gibi niteliklere sahip olması ve onların bir bütün olarak korunması gerektiği vurgusu yapılmakla birlikte, aynı maddede, ulusal ve bölgesel farklılıklar ile ülkelerin tarihi, kültürel, dinî geçmişlerinin de dikkate alınmasının önemine işaret edilmiştir¹⁴. AİHS sistemi de İzlanda'dan Yunanistan'a ve Azerbaycan'dan İngiltere'ye kadar geniş bir alanı yani farklı kültürel, toplumsal, dinî, siyasi ve ideolojik anlayışları/uygulamaları kapsamaktadır¹⁵. Böyle geniş bir coğrafi alanı kapsayan bir araç olarak AİHS ve AİHM'in amacı, Avrupa Birliği hukukunun aksine, katı bir tek tip insan hakları standardı geliştirmek değil, üye ülkelerin hukuklarını asgari bir insan hakları koruma standardı etrafında bir araya getirmektir¹⁶. Bu kapsamda, takdir marjı dokt-

sınırlar dâhilinde ve özellikle kişilerin onuruna vs. zarar vermiyorsa gelineen ülkedeki kişisel durumlar korunmaktadır. Örneğin, AİHM'in *Z.H. ve R.H./İsviçre* kararında, Afgan mültecinin 14 yaşındaki bir çocukla evlenmesinin İsviçre tarafından tanınmaması, evlenme hakkının ihlali olarak görülmemiştir (Dikovska, I. (2024). s. 19). *Molla Sali/Yunanistan* kararında da, Yunanistan'da resmi vasiyetname ile eşinin mirasına hak kazanan Molla Sali'nin bu kazanımı, ilgili vasiyetnamenin Müslümanlar arasında uygulanması gereken İslam hukukuna göre (şahitlerin Müslüman olması zorunluluğu vs. nedenlerle) geçerli olmadığı gerekçesiyle Yunan mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir. AİHM, kişinin kendi iradesi dışında zarar gördüğü bu gibi durumlarda, kültürel uygulamaya haklı olarak imkân tanımamış ve ihlal tespit etmiştir (*Molla Sali/Greece*, B. No: 20452/14, 18/6/2020).

14 Bkz. ayrıca Brems, E. (2001). *Human Rights: Universality and Diversity*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher, s. 341.

15 Bkz. Brems, E. (2001). s. 357.

16 Brems, E. (2001). s. 360. Ayrıca, Avrupa Konseyine üye ülkeler, ortak bir sözleşme etrafında etkili bir insan hakları koruma mekanizması oluşturarak, bazı önemli bölgesel farklılıklar olsa da insan haklarının ortak kültürel, siyasi ve hukuki değerleri olduğunu göstermişlerdir (Brems, E. (2001). s. 362). Söz konusu farklılıklar, hukuk sistemi açısından üye ülkelerin Ortak Hukuk (*common law*) veya Kara Avrupası Hukukuna dahil olması (*civil law*), federal veya üniter devlet yapısına sahip olması, parlamenter veya

rini gibi araçlarla üye devletlere, kendi özel koşullarını nazara alarak karar verme imkânı sunulmuştur. Fakat bu araçlar, hiçbir zaman devletlerin insan haklarını asgari düzeyde koruma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Dahası kimi zaman, kendi iç koşullarını bahane ederek temel hakları haddinden fazla sınırlandıran devletler bulunduğu için, din hürriyeti gibi alanlarda devletlere takdir marjı tanınması sert eleştirilere de sebep olmuştur¹⁷.

Özetle, bir uygulamanın baskın kültürel yapı tarafından benimsenmiş olması hatta yüzyıllardır devam etmesi, bu uygulamaya dayanarak bir hakka ağır bir müdahale yapılmasını tek başına gerekçelendirmeye yetmez. Müdahalenin katlanılabilir ve makul düzeyde tutulması ve en azından hakkı sınırlandırılan için alternatif seçeneklerin açık tutulmuş olması gerekir. Konuya pozitif ve eleştirel ahlak (*positive and critical morality*) açısından da yaklaşırsak, bir mahkeme dışsal gerekçelendirme sırasında müdahalenin şiddetini belirlerken pozitif ahlaka başvurursa, kararını toplumda var olan yaygın ahlaki ilke, davranış, norm ve geleneklere göre gerekçelen-

başkanlık hükümet sistemini benimsemesi şeklinde tezahür etmektedir. Dini açıdan bazı devletlerde İslam ve onun çeşitli mezheplerinin ve diğer birçok ülkede ise Hristiyanlık ve çeşitli mezheplerinin hâkim olması şeklinde farklılıklar bulunmaktadır. Siyasi açıdan, hepsinin demokrasi ile yönetilmesi gerekse de, yakın geçmişte Doğu Avrupa ülkelerinin diktatörlükten ayrılarak demokratik bir yapı oluşturmaya çalışması, kimi devletlerin içerisinde etnik farklılıkları barındırdığı, kimisinin liberal diğer bazılarının komünist/sosyalist/faşist bir tecrübeden bugüne geldiği dikkate değer farklılıklardandır. Kültürel olarak, Slavların, Türklerin, Almanların, Anglo Saksonların toplum yapısı ve değer yargıları açısından önemli farklılıkları bulunmaktadır. Son olarak ekonomik açıdan da, neredeyse hepsi serbest pazar ekonomisini benimsemekle birlikte, geçmişten getirilen anlayışların devletin müdahale oranını etkilemesi veya kimisinde istikrarlı bir ekonomik yapının bulunmayışı da önemli farklılıklar arasındadır (Brems, E. (2001). s. 362).

- 17 Berry, S. E. (2019). "Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom", in Temperman, J., Gunn, T. J. ve Evans, M. (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years since Kokkinakis*, Brill&Nijhoff Publisher, s. 103. Bkz. ayrıca *Leyla Şahin/Turkey* ve *Dahlab/Switzerland* kararları ekseninde eleştiri için, Evans, C. (2006). "The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7., No. 1., s. 55.

dirmiş olur. Buna karşılık eleştirel ahlak, daha ziyade aklen ve ahlaken evrensel olarak temellendirilmiş değerler yoluyla, mevcut toplumsal ahlaki uygulamayı değerlendirmek, eleştirmek ve zararlı ise hukuken uygulanmasını önlemek için geliştirilir. Bir toplumdaki mevcut ahlaki ve kültürel uygulamalar (pozitif ahlak), hukuk zoruyla icra edilme açısından ilk bakışta (*prima facie*) sakıncalı var sayılır. İnsan onuru gibi değerlere zarar verdiğinde uygulanmaz, daha üstün bir yarar ve değer varlığı ispatlanırsa, görünüşteki sakınca ortadan kalkar ve uygulanabilir hale gelir¹⁸. Kültürün hukuka ve haklara etkisinde de bu şekilde hareket etmek mümkündür.

Sonuç olarak insanlık tarihi boyunca tecrübe ve akılla bilirlenmiş, temel insan hakları belgelerinde de yer verilen hak ve ilkelerin evrenselliğini kabul ederek bu hakların “kapsamı ve uygulaması” konusunda kültürlere göre farklılaşma imkânı tanımak daha yerindedir¹⁹. Fakat “töre cinayeti” gibi başkalarının hayatına, onuruna ve haklarına açıkça zararlı kültürel uygulamaların sınırlandırılması gerekir. Bu nedenle, hem iç hukukta bu tür uygulamalar yargısal denetime tabi tutulmalı hem de AIHM tarafından bir insan hakları denetimine tabi tutulmalıdır.

II. KÜLTÜRE YER AÇAN USULİ YARGILAMA ARAÇLARI/YÖNTEMLERİ

Anayasaların temel hakları koruma yöntemleri ve dereceleri, ilgili ülkenin anayasal değerleri, gelenekleri ve hukuk kültüründe kendini bulur. Almanya’da insan onuruna verilen en yüksek değer, İsveç Anayasası’nda ifade hürriyetine, İrlanda Anayasası’nda geleneksel aile ve yaşam hakkına ve Macaristan Anayasası’nda ise millî değerlere verilen önem, farklı

18 Hart, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*, USA: Stanford University Press, s. 17-23. Bkz. Bu ayrımın ayrıntısı ve eleştirel ahlakın rasyonel olarak temellendirilemediği noktasındaki tenkidi için Maccormick, N. (1981). *H.L.A. Hart*, London: Edward Arnold, s. 50.

19 Bkz. Pojman, L. P. ve Fieser, J. (2017). s. 40. Krş. Hoover, J. (2016). s. 118-119; Xu, X. ve Wilson, G. (2006). s. 54-55.

hakların farklı oranlarda korunabileceğini göstermektedir. AİHM, Avrupa Konseyi içinde temel hakların korunması için asgari standartlar geliştirilmesi görevini üstlenmiştir. Avrupa Konseyi üyesi 46 farklı devletin anayasal değerlerini ve siyasi tercihlerini en üst düzeyde koruyacak “maksimalist” bir yöntem çok mümkün değildir²⁰. Bu nedenle çeşitli derecelerde ulusal uygulama farklılıklarına ve kültüre alan açan araçlar geliştirilmiştir. Bunlar ikincillik, tedrici uygulama ve takdir marjı yöntemleridir.

A. İKİNCİLLİK İLKESİ

Bu ilke, Mahkemenin ve Sözleşme sisteminin kuruluşundan beri, insan hakları uyuşmazlıklarının asıl çözüm mercisinin ulusal makamlar olduğunu ifade etmektedir²¹. İkincillik ilkesi, hem iç hukuk yollarının tüketilmesi gereği kapsamında şekli bir yöne hem de dördüncü bir temyiz mahkemesi sıfatıyla iç hukuktaki ulusal makamların yerine geçerek karar vermemeye anlamında maddi bir yöne sahiptir²². Bu ilke, hak ihlallerinin öncelikle taraf devletin iç hukukunda giderilmesini sağlamaya yöneliktir²³. Dahası, devletlerin egemenlik ve tak-

20 Gerards, J. (2018). “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18., s. 495-496. Çatışan hak veya yararların ağırlıklarının terazide eşit olduğu (*stalemate*) durumlarda, Alexy’e göre yapısal takdir yetkisi veya AİHM’e göre taraf devletin takdir marjı söz konusu olabilir. Bu durumda, Borowski’nin teorisi bağlamında “sınırlı bir denetimin” söz konusu olduğu iddia edilebilir mi? Zira, Mahkeme kendi dengeleme sonucunu, taraf devlet makamlarının ile değiştirmiyor (Hatton kararı kapsamında AİHS’in 8. maddesi açısından çatışan yararların ağırlıklarının eşit olduğu ve takdir marjı olduğu noktasında bkz. Klatt, M. (2011). “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 71., No 4., s. 701 vd.).

21 Sweeney, J. A. (2005). s. 472.

22 Parras, F. J. M. (2015). “Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis from the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 29., s. 11-12.

23 Tümay, M. (2008). “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Ankara Law Review*, Vol. 5., No. 2., s. 206.

dir alanına müdahale etmeyi kısıtlayıcı bir işlev de görmektedir. İkincilliği sağlamanın çeşitli araçlarından birisi ad-hoc ve tedrici (bağlamsal) uygulama ile takdir marjı doktrini²⁴.

B. TEDRİCİ UYGULAMA

Öğretide, aşağıda görüleceği üzere, AİHM'in yerel ve kültürel öğelere yer açmaya yarayan takdir marjı doktrini, belirsizlik ve istikrarsızlıkla malul olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş, takdir marjından bağımsız veya onunla birlikte başka bir yöntemi daha kullanarak aynı amacı gerçekleştirebileceği ileri sürülmüştür²⁵. Tedricî uygulama (*incrementalism*), iki şekilde görülmektedir. Birincisi, somut olay bazlı (ad-hoc) yöntemdir. Buna göre, haklarla ilgili karşılaşılan yeni uyuşmazlıklarda, ilk kararlar birlikte hakkın kapsamı ve koruma alanı ile ilgili bütün ilkeleri (*general principles*) bütünüyle oluşturmada, aynı konuyla ilgili farklı uyuşmazlıklar geldikçe, uzun vadede temkinli ve tedricî bir şekilde “genel ilkelere” ulaşılır. İkincisi, genel ilkeler büyük oranda oluşup şekillendikten sonra, bu ilkeleri yine her ülkenin somut şartlarına (sosyo-kültürel etkenler de dahil) göre görece farklı şekilde uygulamaktır²⁶. İlkele-

24 Bkz. takdir marjı ile ikincillik ilişkisi için Parras, F. J. M. (2015). s. 8-9; Brems, E. (2003). The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe, in Forsythe, D. P. ve McMahon, P. C. (Eds.), *Human Rights and Diversity Area Studies Revisited*, Lincoln: University of Nebraska Press, s. 81-82; Sweeney, J. A. (2007). “A Margin of Appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34., Issue 1., s. 460-461; Erkal, Ö. (2015). *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 28-29; Besson, S. (2016). “Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61., No. 1., s. 90, 94; Arslan-Öncü, G. (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu, S. (Ed.) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ankara: Şen Matbaa, s. 326. Takdir marjını “maddi ikincillik” olarak ifade eden görüş için bkz. (Erdoğan, M. (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları, s. 375).

25 Gerards, J. (2018). s. 504 vd.

26 a.g.e. s. 507 vd.

rin oluşturulması, yerele daha az alan açsa da ad-hoc yönetime göre daha öngörülebilir ve istikrarlıdır²⁷. Yani bu yöntemde AİHM, hem asgari koruma için genel ilkeler geliştiriyor hem de bu ilkeleri ülkelerin koşullarına göre uygulayarak kültüre ve millî değerlere alan açıyor²⁸. Mahkemenin önceki kararlarından hareketle oluşturduğu genel ilkelere göre yine somut olay temelli (*case by case/case sensitive*) denetim yapması, böylece hassas meselelerde ilgili millî değerlere veya geleneklere göre değişik kararlar verebilmesi mümkün hâle gelebilmektedir. Yani Mahkeme, takdir marjı gibi somut araçlara başvurmaktan, oluşturduğu ilkeleri ülkelerin bağlamlarını ve kültürlerini dikkate alarak uygulamaktadır²⁹. Mahkemenin tedricî ve olay-temelli bir yaklaşımı, karar verirken ulusal değerleri ve farklılıkları dikkate almayı sağlamaya yardımcı olsa da genel ilkeler tespit edilip billurlaşmadığında, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik açısından sorunlar ortaya çıkar³⁰.

AİHM'in, daha önceki yargılamalarında rastlamadığı bir hak meselesi önüne geldiğinde, doğrudan bu ilk kararında bütün "genel ilkeleri" oluşturmadan gelecek olan yeni davalarda, Avrupa'daki ve ilgili ülkedeki durumu ve konunun hassasiyetini de ölçerek ilgili hukuki soruna tedricî şekilde yeni bakış açıları ve ilkeler eklemesi de bu yöntemin bir parçasıdır³¹. Böylece çeşitli ad-hoc uygulamalar, zamanla genel ilkelere dönüşmektedir³². Örneğin kürtaj ile ilgili ilk kararlardan biri olan *Tysiac/Polanya* kararında³³, kürtajın etik değerlendirmesine ve özel hayat içindeki yerine hiç değinmeden etkili başvuru yollarının eksikliği nedeniyle ihlal kararı vermiştir. Yani çok yavaş ve dikkatli adımlarla ilerlemeye çalış-

27 a.g.e. s. 507 vd.

28 a.g.e. s. 502-506.

29 a.g.e. s. 510-511.

30 a.g.e. s. 510-512.

31 a.g.e. s. 509-510.

32 a.g.e. s. 509.

33 *Tysiac/Poland*, B. No: 5410/03, 20/3/2007.

mıştır. Bir sonraki kürtaj ile ilgili A, B ve C/İrlanda kararında Mahkeme, açıkça kürtaj hakkının Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel hayata saygı hakkına dâhil olduğunu ifade etmese de biraz daha esasa girerek kürtajın başvuranların özel hayatının parçası olan esenliğini ve sağlığını korumak için yapıldığını kabul etmiştir³⁴. Böylece sonraki davalarla da tedricî bir şekilde özel hayat içerisinde kürtaj hakkının ilkelerini geliştirmeye devam etmiştir.

Kanaatimizce, tedricî yöntem, karar vermenin doğasında bulunan yeni somut olaylara göre AİHM'in eski kararlarını ve kararlardaki dayanakları adapte etme ihtiyacının doğal bir görünümüdür. Yani "tedricilik" özgün ve yeni bir yöntem değildir. Takdir marjı doktrinin aksine, üye ülkelerin kendi iç koşullarını ve kültürel farklılıklarını nazara almayı "açık bir şekilde" öngörmez. Keza, takdir marjına getirilen "istikrarsız ve öngörülemmez" olma gibi aşağıdaki eleştirilerin büyük bir çoğunluğu bu yöntem için de geçerlidir.

C. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ VE KÜLTÜR

1. Genel Olarak Takdir Marjı ve Kültür İlişkisi

Kültür, daha geniş etnografik anlamıyla bilgi, inanç, sanat, ahlak, hukuk, gelenek ve toplumun üyesi olarak elde edilen başka yetenekler ve alışkanlıkları havi karmaşık bir yapıdır³⁵. Yani kültür, yalnızca geleneksel ve sanatsal unsurlarla sınırlı değildir; toplumsal hafıza, politik alışkanlıklar ve normlar da kültürel yapının bir parçasıdır. Bu başlıkta da ifade edilen kültür terimi ile, geniş manada ülkenin haklara bakışı, yaşam biçimi, değerleri ve gelenekleri gibi onu diğer kültürlerden

34 Gerards, J. (2018). s. 507 vd. Bkz. kararın ilgili bölümünde "başvurucuların birisinin sağlık sorunu ve kendi esenliği için, ikincisinin sadece kendi esenliği için, üçüncüsünün ise hamileliğin hayatını tehlikeye düşürmesinden korktuğu için ilgili ülkeye kürtaj yapmaya gittiği" vurgulanmıştır (A, B and C/Ireland, B. No: 25579/05, 16/12/2010, § 125).

35 Tylor, E. B. (1871). *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, Vol. 1., London: John Murray, s. 1.

farklılaştıran özellikleri kastediyoruz. Kanaatimizce Mahkemenin takdir marjı tanıdığı konulara bakılırsa, kültürel çeşitliliği bu şekilde anladığı iddia edilebilir.

Takdir marjı, somut bir hak çatışması veya uyuşmazlıkta, üye devlet makamlarına tanınan takdir yetkisidir³⁶. Belirli koşullara göre genişleyen ve daralabilen bu yetki, keyfî bir karar verme yetkisi değil, yine AİHM'in asgari standart denetimine tabi ve sınırları çizilmiş bir yetkidir. Esasında takdir marjı doktrini, hakların tanımı (kapsamı) ile hakların sınırlandırılma koşulları arasında bir ayrımın mümkün olabileceğine dayanmaktadır. Yani hakların tanımı (kapsamı) bütün Konseyde yaşayanlar için aynı olmalıdır fakat hakların sınırlandırılma düzeyi farklı olabilir. Şu hâlde, takdir marjı hakkın kapsamına/tanımına değil, ancak sınırlandırma koşullarına özellikle de dengeleme ilkesine uygulanabilecek bir araçtır³⁷.

Takdir marjı tanınmasının AİHM tarafından tekrarlanan gerekçelerinden biri, her devletin ulusal makamlarının kendi içindeki uyuşmazlığın şartlarını ve kendi toplumunu daha iyi tanınması nedeniyle AİHM gibi uluslararası makamlara nazaran “daha iyi bir konumda” olmasıdır³⁸. Fakat, “daha iyi bir konumda olma” ibaresinin yer aldığı her kararda, takdir marjı verildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğine dair delillerin değerlendirilmesinde devletin AİHM'e nazaran “daha iyi konumda” olması, davaya ve delillere daha yakın olmasını ifade etmektedir³⁹.

36 Tümay, M. (2008). s. 206, dn. 13.

37 Gerards, J. (2018). s. 498.

38 Letsas, G. (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 91; Tümay, M. (2008). s. 202. Olağanüstü hâl ile ilgili *Baş/Turkey*, §§ 173,196; Mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılması ile ilgili *Strezovski and Others/North Macedonia*, B. No: 14460-14958-14962/16, 27/2/2020, § 70; Emeklilik ve sosyal güvenlik ile ilgili olarak *Fábián/Hungary*, B. No: 78117/13, 5/9/2017, § 115; *Hämäläinen/Finland*, B. No: 37359/09, 16/7/2014, § 109.

39 *Sakvarelidze/Georgia*, B. No: 40394/10, 6/2/2020, § 49. Bir görüş, takdir marjının, kültürel göreceliğe alan açmak için değil, ikincillik ve ahlaki

Takdir marjının çeşitli işlevleri bulunmaktadır. Takdir marjı doktrini “yargısal kendini sınırlandırma, yorumsal yardım, ikincilliği sağlama ve sözleşmeci devletlerin egemenliğine alan bırakma” şeklinde işlevler görebilmektedir⁴⁰. Konumuz açısından önemli bir işlevi de insan haklarının uluslararası korumasını sağlayan sistemlerin “kültürel çeşitlilik ile yeknesaklık” arasında bir denge tutturma aracı olmasıdır⁴¹. Bu doktrin, ulusal makamlara belirli bir takdir alanı açarak hem insan haklarına belirli oranda kültürel bir yön katmaya yarar⁴² hem de taraf devletlerin, AİHM’in meşruiyetini daha az sorgulamasına yardımcı olur⁴³. Ayrıca, takdir marjı doktrini, hak ile kamusal menfaat çatışmasında veya haklar arasındaki çatışmada, çatışan yararlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde de fonksiyon ifa etmektedir⁴⁴. Bu işlevlerden hareketle, takdir marjı ile kültürün ilişkisi iki şekilde görülebilir. Birincisi, takdir marjının bir ül-

açından ademi merkeziyet sağlamak için getirildiğini iddia etmektedir (Sweeney, J. A. (2005). s. 471 vd.). Bazen hükümet, kendisinin delil ve olayları değerlendirmede daha iyi konumda olduğunu ve takdir marjının varlığını iddia etmişse de, Mahkeme bunu kabul etmemiştir (*Magyar Kétfarkú Kutya Párt/Hungary*, B. No: 201/17, 20/1/2020, § 80 vd.).

40 Brems, E. (2001). s. 360.

41 Brems, E. (2003). s. 82. Bkz. ayrıca Keskin, E. (2020). “AİHM’nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69., S. 3., s. 1410; Doğru, D. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Yargılamasında Takdir Marjı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 42 vd. Bir görüşe göre, takdir marjı, kültürel görecelilik sağlamak yerine, insan haklarının evrenselliğini kabul ederek üye ülkelere kısmi uygulama farklılıkları tanımadır (Sweeney, J. A. (2005). s. 474).

42 Gerards, J. (2018). s. 498; Schutter, O. ve Tulkens, F. (2008). “Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution”, in Brems, E. (Ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, s. 201; Erkal, Ö. (2015). s. 30-34; Esen, E. (2019). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 308-309.

43 Parras, F. J. M. (2015). s. 11-12.

44 Brems, E. (2001). s. 364-365. Hak ile kamusal menfaat çatışmasında olduğu gibi hak ile hak çatışmasında da takdir marjının etkisiyle, farklı bağlam ve kültürel şartlarda çatışmanın farklı şekilde çözüme bağlanması mümkündür (Brems, E. (2001). s. 384).

keye tanınması, diğer faktörler yanında, başlı başına kültüre ve yerelliğe alan açabilir. İkincisi, benzer konularda farklı ülkelere kendi bağlamına göre farklı genişlikte bir takdir marjı tanınmasıyla, ülkelerin benzer bir uyumsuzlukta kendi koşullarına göre farklılaşmasına imkân tanıyabilir.

2. Takdir Marjının Dar veya Geniş Olmasında Kültürün Etkisi

Devletlerin kendi koşullarını ve kültürel yapısını nazara alarak karar vermesine imkân tanıyan bir araç olarak takdir marjı, çeşitli ihtimallere göre genişleyip daralmaktadır. Bunlar, başvuru konusu meselenin üye devletlerde ve Avrupa'da konsensüs ile benimsenip benimsenmediği, hakkın önemi ve hakka yapılan müdahalenin ciddiliği ile sınırlandırma sebebi olan kamusal menfaatin türü ve doğasıdır⁴⁵.

İlkinden başlarsak üye devletlerde ortak bir Avrupa konsensüsü oluşmamış, tartışmalı, hassas, çoğulculuk ve kültürelliği içeren “başörtüsü, aynı cinsten kişilerin evliliği” gibi konularda kural olarak daha geniş bir takdir marjı tanınmaktadır. Ancak sınırlandırılan hak, çok önemli bir soyut değere sahipse veya çok ciddi bir şekilde müdahaleye uğramışsa marj daralıp denetim sıkılaşabilir. Üye devlete geniş bir takdir marjı tanınırsa, bu durumda denetim ulusal makamların açık keyfîlik ve çatışan yararlar arasında açık bir dengesizlik (oranlısızlık) olup olmadığını tespiti, yani marjinal/gevşek denetime indirgenmektedir⁴⁶. Fakat dar bir takdir marjı tanınırsa, bu durumda daha sıkı bir denetim sürdürülerek üye devlet makamlarından daha ikna edici ve sağlam bir gerekçelendirme beklenir. Ayrıca, bu durumda, üye devletin kamusal menfaati, hakkı daha az sınırlandırıcı bir araçla gerçekleştiremediğini

45 Bkz. Schutter, O. and Tulkens, F. (2008). s. 198 vd.

46 Krş. Brems, E. (2003). s. 83-85. AİHM de başta *Handyside* olmak üzere birçok kararında, takdir yetkisinin geniş olduğu ve konsensüsün olmadığı durumlarda bile, takdir yetkisinin sınırsız olmadığını belirtmektedir (Otchakovsky-Laurens and July/France, B. No: 21279/02 36448/02, 22/10/2007, § 45 vd.). Bkz. ayrıca, Parras, F. J. M. (2015). s. 13.

göstermesini de talep edebilir. Ya da ulusal makamların karar verme süreçlerinin daha sıkı bir denetime tabi tutulması da mümkündür⁴⁷.

Hakkın soyut ağırlığı/önemi veya yapılan müdahalenin ciddiliği de yapılacak denetimin sıklığına veya takdir marjının genişliğine etki etmektedir. Örneğin müdahale hakkın özüne yaklaştıkça, marj daralmakta ve denetim sıkılaşmaktadır. Yani hakkın kamusal menfaat karşısındaki ağırlığı artmaktadır⁴⁸. Mahkeme; evlenme hakkı, mahkemeye erişim hakkı, serbest seçim hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı gibi çeşitli haklara yapılan müdahalelerin “önemli/öze yakın” addedilmesi hâlinde marjı dar tutmuştur⁴⁹. Bu gibi durumlarda takdir marjı tanınmasına rağmen, elbette sınırsız değildir ve Mahkemenin denetimine tabidir. Dahası Mahkeme, kararlarında ifade veya örgütlenme hürriyetini “önemli” haklardan addederek de bunu göstermiştir⁵⁰. Özetle, hak ile kamusal menfaat çatışmasında, kamusal menfaatin zarar görme oranı/ihtimali yüksek, hakkın zarar görme oranı düşük ise, devlete tanınan takdir marjı geniş ve Mahkemenin denetimi gevşek (alt seviye) olmaktadır. Buna karşılık, hakka verilen zarar yüksek, kamusal menfaate verilen/verilecek zarar az ise o zaman takdir marjı dar ve denetim seviyesi sıkıdır⁵¹.

Son olarak takdir marjı ve AİHM denetiminin sıklığı, kamusal menfaatin önemine ve türüne göre de değişebilmektedir. Bu kapsamda, genel ahlak nedeniyle sınırlandırmalarda

47 Gerards, J. (2018). s. 499.

48 Brems, E. (2001). s. 368-369.

49 a.g.e. s. 365-366.

50 a.g.e. s. 367. Fakat, bazen bu, hakkın kişi için önemli görülen görünümü olurken (örneğin, cinsel ilişkinin özel hayatın en mahrem ve önemli kısmı olması) bazen ise kişisel önemin yanında hakkın toplum için genel önemi (örneğin ifade hürriyetinin hem birey hem de toplum için önemli olması) de etkili olmaktadır. Ayrımcılık yasağı açısından hakkın önemi, marjın genişliği veya denetimin derecesi hangi sebeple (örneğin ırk, cinsiyet, milliyet sebebiyle yapılmasında daha önemli) ayrımcılık yapıldığına bağlı olabilmektedir (a.g.e. s. 367).

51 a.g.e. s. 366.

*Handyside/İngiltere*⁵² kararından bu yana devletin takdir marjı kural olarak genişlemektedir. Millî güvenlik nedeniyle sınırlandırılmalarda da sınırlandırılan hakkın doğası ve müdahalenin ciddiliği saklı kalmak kaydıyla, kural olarak devletin geniş bir takdir alanı vardır. Suçun önlenmesi, eğer suç terör suçu gibi özel suçlardan ise yine marjın genişlemesine etki etmektedir. Son olarak devletin kendi şartlarına göre politika oluşturmalarının uygun olduğu alanlarda da takdir marjı geniştir⁵³. Örneğin, devletin kendi koşullarını tayin etmede daha iyi konumda olduğu sosyal ve ekonomik alandaki politikalarda (ör. büyük şehirlerin imar planlarını oluşturmak), egemenlik ile ilgili politika oluşturmada (ör. sınır ve göçmen kontrolü) ve özel rejime tabi konuların düzenlenmesi ile ilgili politika oluşturmada (ör. ordu, kamu görevlisi ve ceza evleri) takdir marjı genişlemektedir⁵⁴. Hak ile kamusal menfaat çatışmasında, genel ahlak, kamu yararı gibi daha geniş bir takdir marjı sunulan ve ilgili ülkenin kendi sorunlarını takdir etmede daha iyi konumda olduğu menfaatler söz konusudur. Bu nedenle, hak ile hak çatışmasına göre hak ile kamusal menfaat çatışmasında “kültürün etkisinin” daha yüksek olma ihtimali vardır.

AİHM, üye devletler arasında konsensüs olan hususlarda takdir marjını dar tutmakta veya tanımamaktadır⁵⁵. Buna karşılık, üye devletlerde farklı uygulamaların yaygın olması hâlinde, takdir marjını genişletmekte yerelliğe alan açmaktadır. Bunu yaparken bazı hak-kamusal menfaat veya haklar arası çatışmalarda, üye devletin çatışan menfaatler arasında adil bir dengeleme yapıp yapmadığını, diğer üye devletlerde-

52 *Handyside/the United Kingdom*, B. No: 5493/72, 7/12/1976.

53 Brems, E. (2001). s. 371 vd.; Brems, E. (2003). s. 99 vd.

54 Brems, E. (2001). s. 374 vd.; Brems, E. (2003). s. 100.

55 a.g.e. s. 83-85. Takdir marjının dar tutulduğu hallerde, AİHM çatışan haklar ve menfaatler arasında adil bir denge oluşturulup oluşturulmadığını daha sıkı ve ciddi bir denetime tabi tutmaktadır. Bu kapsamda, taraf devlet adil dengeyi kurmak için titiz ve tarafsız bir değerlendirme yaptığını ispat etme yükümlülüğü altındadır (Gerards, J. (2019). *General Principles of European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Cambridge University Press, s. 167). Bkz. Letsas, G. (2007). s. 91.

ki duruma bakarak değerlendirmektedir. Konsensüs kavramı ile kültürel çeşitlilik arasında bir dilemma da var. Konsensüs, ülkelerin çoğunluğunun ortak bir uygulama, bazılarının farklı bir uygulama benimsemiş olması anlamına geliyorsa, o zaman çoğunluğun uygulamasının az sayıdaki ülkeye zorla kabul ettirilmesi ve böylece kültürelliğin azalması da söz konusudur. Örneğin isim değiştirme usulünün üye devletlerde çok farklılaşması, *Stjerna/Finlandiya* kararında⁵⁶, üye devlette geniş takdir marjı vermeye sebep olmuşken, Almanya'da (*Vogt/Almanya*)⁵⁷ bir öğretmenin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak siyasi faaliyetler yapması nedeniyle görevden uzaklaştırılması, diğer devletlerde böyle katı bir sadakat yükümlülüğü olmadığı için ihlal olarak görülmüş, takdir marjı dar tutulmuştur⁵⁸.

AİHM uygulamasına baktığımızda, Mahkeme, özellikle üye devletlere (geniş) takdir marjı bırakılan hususlarda, taraf devletçe Strazburg kriterlerinin ciddi ve titiz bir şekilde uygulanmasıyla elde edilen bir dengeleme sonucu varsa, çok önemli sebepler gerekli kılmadığı sürece kendi dengeleme sonucunu yani görüşünü ulusal makamlara directmeyeceğini açıkça ifade etmektedir⁵⁹. Bu durumda, denetimin en önemli ölçütü bazı usuli kriterler yani dengeleme süreci/kriterleri

56 Bu kararda Finlandiya ulusal makamları, başvurunun isim değiştirme sebeplerini "haklı gerekçe" olarak görmemişlerdir. AİHM de bu konuda üye devletlerdeki uygulamaların çeşitliliği ve konsensüs yokluğu nedeniyle geniş takdir marjı bırakmış ve ihlal görmemiştir (*Stjerna/Finland*, B. No: 18131/91, 25/11/1994, § 39).

57 Kararda, Mahkeme çoğunluğu, başvurunun sadakat yükümlülüğü nedeniyle görevden uzaklaştırılması konusunda bir miktar takdir marjı olsa da olayda bunun dışına taşıdığı kanaatine varmışken, azınlık, konunun devletin takdir marjı kapsamında olduğunu iddia etmiştir (*Vogt/Germany*, B. No: 17851/91, 26/9/1995, § 61. Ayrıca bkz. üyelerden Bernhardt, Gölçüklü, Matscher, Loizou, Mifsud Bonnici, Gotchev, Jungwiert ve Kuris'in karşı oy gerekçesi.

58 Brems, E. (2001). s. 412 vd.

59 *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others/Bosnia and Herzegovina*, B. No: 17224/11, 27/6/2017, § 77; *Delfi AS/Estonia*, B. No: 64569/09, 16/6/2015, § 139; *Humbert and Others/Germany*, B. No: 59433/18 59477/18 59481/18, 14/12/2023, § 87.

olmaktadır. Fakat bu, içeriksel denetimin terkedildiği veya tamamen yerini usuli denetime bıraktığı anlamına gelmemektedir⁶⁰. Uygulamada, örneğin ifade hürriyeti ile özel hayat çatışmasındaki dengeleme kriterleri üye devlet tarafından takip edildiği hâlde, AİHM'in kendi görüşünü belirttiği durumlara rastlanmaktadır⁶¹. Bu durum, takdir marjının kültüre alan açma işlevini azaltsa da ülkelerin kendi koşullarını bahane ederek belirli bir kesimi baskılamasını ve haklarını orantısız sınırlandırmasını engelleyebilir.

Son olarak şunu da vurgulayalım ki bir hak-kamusal menfaat çatışmasında üye devlet organlarına geniş bir takdir marjı tanınması, her zaman kültürel veya bağlamsal unsurlara imkân tanındığı anlamına gelmeyebilir. Zira taraf devlet organlarının bu takdir marjını kamusal menfaatten yana kullanmasının sebebi, kendi ahlaki değerleri veya toplumsal geleneklerinin ağır basması değil, çatışmanın türüne göre ekonomik anlamda zor bir süreçten geçiyor olması gibi başka faktörler olabilir.

3. Takdir Marjının Kültürel Etki Açısından Eksik ve Eleştirilen Yönleri

Çeşitli ölçütler geliştirilse de yerleşik bir standardın bulunmaması, takdir marjının devletten devlete veya konudan konuya farklı uygulanarak bir tür çifte standart yarattığı eleştirilerine neden olmuştur. Ayrıca, takdir marjı aracılığıyla kültürel göreliliğin güçlendirilmesinin, insan haklarının evrenselliğini zedelediği yönünde eleştiriler de gündeme gelmektedir⁶².

Takdir marjı doktrini kullanılırken, kültürellik unsuru

60 Nussberger, A. (2017). "Procedural Review by the ECtHR: View from the Court", in Gerards, J. ve Brems, E. (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases*, United Kingdom: Cambridge University Press, s. 173-174.

61 Bkz. benzer yönde Voorhoof, D. (2017). "Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism", in Smet, S. ve Brems, E. (Eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony*, Oxford University Press, s. 160 vd.

62 Bkz. Sweeney J. A. (2007). s. 36-43. Bkz. Berry, S. E. (2019). s. 106.

taşıyan hususlara yer verme, temel hakların en iyi düzeyde korunması ve hakların korunmasına yönelik ilke ve kriterlerde istikrar ve öngörülebilirlik sağlamak şeklindeki üç faktör arasında denge tutturabilmek gerekir. Bunun için, hakların korunması için tatmin edici bir “denetim düzeyini/yoğunluğunu” tutturmak da gerekmektedir⁶³. Oysa takdir marjı doktrini kararlarda çok sık ve gereksiz bir şekilde kullanılmaktadır. Kavramın içi boş bir retoriğe dönüşme ihtimali ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, takdir marjının hangi hallerde genişleyip daralacağını açık ve öngörülebilir standartlara bağlayarak, gerekli hâllerde kararda bundan bahsetmelidir. Oysa Mahkeme, birçok başvuruda bütün değerlendirmelerini yapıp, müdahalenin orantılı veya orantısız olup olmadığını belirledikten sonra, takdir marjı kapsamında olup olmadığını veya takdir marjının miktarını⁶⁴ belirlemektedir. Hatta kimi zaman ölçülülük ilkesinin içinde onun bir parçası gibi görülmekte, bu durumda ise baştan belirlenmeyen takdir marjı nedeniyle, denetimin yoğunluğu/derecesi ile takdir marjı doktrini arasında bir bağ kurulamamaktadır⁶⁵.

Özetle Mahkeme, kararlarında bir şekilde takdir marjının şartlarını, bu şartların olaydaki tezahürünü ve buna göre takip edeceği denetim seviyesini öngörülebilir şekilde belirleyerek inceleme yapmıyor. Kimi zaman hiçbir gereği yokken takdir marjından bahsediyor, kimi zaman dar takdir marjı belirlediği hâlde, daha gevşek bir denetim uyguluyor kimi zaman da geniş takdir marjı belirlediği hâlde sıkı denetim uygulayabiliyor. O nedenle pratikte, normatif olarak amaçlanan ideal yerine getirilemiyor⁶⁶.

63 Gerards, J. (2018). s. 500.

64 Çoğu zaman AİHM, takdir marjından bahsetse de bu marjın miktarını, yani geniş mi dar mı olduğunu ve bu sonucun hangi kriterlere göre belirlendiğini kararlarında ortaya koymamaktadır (Bkz. Klatt, M. (2011). s. 712-714).

65 Gerards, J. (2018). s. 501-502.

66 a.g.e. s. 502 vd.

Son olarak takdir marjı doktrininin, devletin kimi yükümlülüklerden kaçınmasına ve çoğunluğun azınlık haklarını ihlal etmesine yol açma gibi riskleri de ön plana çıkarılmıştır⁶⁷. Gerçekten de takdir marjı ve benzeri araçlarla, ulusal makamlara takdir alanı sağlamak ve kültürelliğe yer vermek, ilgili toplumdaki çoğunluğun takdirini ve kültürünü, azınlığa dayatma sonucuna yol açabilecektir.

III. HAK ÇATIŞMALARINDA DENGELEME VE KÜLTÜRÜN ROLÜ

Dengelemeye geçmeden şunu belirtelim ki, kategorik veya tümdengelimci atılma (*subsumption*) yöntemi de çoğu zaman kültürel unsurlara başvurmak durumunda kalmaktadır. Örneğin bir aşağılayıcı veya saldırgan ifadenin, kategorik olarak korunan veya korunmayan ifade olup olmadığı veya hakaret teşkil edip etmediği ilgili toplumun bakış açısına göre tespit edilmektedir.

Atılma yöntemi gibi dengeleme yöntemi kavramı ve aşamaları da kültürel etkilere çeşitli şekillerde açık olabilmektedir. Nitekim, bir görüşe göre dengelemenin ne olduğu hususu bile kültürün etkisinden azade değildir. Yani bütün toplumları kapsayan evrensel bir dengeleme kavramı yoktur, aksine kavramın içeriği ilgili toplumun kültürüne göre değişebilir⁶⁸. Ayrıca, dengeleme yönteminin hangi aşaması veya hangi türü olduğuna göre de kültürün etkisi farklılaşabilmektedir. Örneğin dengeleme türleri bakımından yaklaşıldığında, yapısal (*structured*) veya ilkesel (*principled*) dengeleme, dengeleme yaparken belirli genel ilke ve unsurlar oluşturarak, bunları sonraki çatışmalarda da uygulamayı ifade eder⁶⁹. Fakat

67 Berry, S. E. (2019). s. 106.

68 Bomhoff, J. (2008). "Balancing, the Global and the Local Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *UC Law SF International Law Review*, Vol. 31., No. 2., s. 569 vd.

69 Bkz. Smet, S. (2017). *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge, s. 141 vd.; Nimmer, M. B. (1968). "The Right to Speak

her somut olayın kendi özelliklerine göre karar almaya sınırlı derecede imkân verir. Oysa olaysal (ad-hoc) dengeleme, olay bazlı hareket ederek her somut çatışmayı kendine has bir şekilde sonuca bağlamaktadır⁷⁰. Bu dengeleme, öngörülebilir ve istikrarlı olmamakla birlikte⁷¹, ilksel dengelemeye göre kültürel etkiyi ve somut olay hakkaniyetini sağlamaya daha elverişli görülebilir.

Dengelemenin aşamalarına gelince, burada içsel ve dışsal gerekçelendirme şeklinde iki başlık altında hak çatışmalarında kültürün etkisini araştıracağız. İçsel ve dışsal gerekçelendirme ile birinci düzey-ikinci düzey gerekçelendirme hukuki argümantasyonda kabul edilen genel ayrımlardandır. İçsel gerekçelendirme, hukuki kararın, mantıksal olarak önermelerden çıkarsanmasıdır. Dışsal gerekçelendirme ise bu önermelerin doğruluğunun rasyonel olarak gösterilmesi ve gerekçelendirilmesidir. Örneğin altlama (*subsumption*) bir akıl yürütme yöntemi olarak içsel gerekçelendirme iken, bu yöntem içindeki önermelerin doğruluğunun olgular, kurallar, kararlar, gerekçeler ve hukuki argümanlar vasıtasıyla delillendirilmesi ise dışsal gerekçelendirmedir⁷². Aynı şekilde, hukuki bir

from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, Vol. 56., No. 4., s. 942, 967 vd. Bkz. ayrıca Aleinikoff, A. (1987). "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, Vol. 96., No. 5., s. 948, 979; Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Right and Their Limitations*, Kalır, Doron (Çev.), United Kingdom: Cambridge University Press, s. 512, 546-647.

70 Bkz. Barak, A. (2012). s. 368; Nimmer, M. B. (1968). s. 939-940.

71 Borowski, M. (2013). "On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen", *German Law Review*, Vol. 14., No. 8., s. 1416.

72 Alexy, R. (1989). s. 221, 230-231. Bkz. bu tür bir gerekçelendirmeyi ilk ortaya atan görüş hakkında Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Switzerland: Springer Science & Business Media, s. 255. MacCormick tarafından geliştirilen birinci düzey-ikinci düzey gerekçelendirme ayrımı da iç-dış gerekçelendirme ayrımına benzemektedir. Birinci düzey gerekçelendirme daha ziyade altlama ve dedüktif çıkarımlar zincirini veya dengeleme açısından "tartım formülünü" ifade etmekteyken, ikinci düzey gerekçelendirme ilk düzeydeki gerekçelendirme ve önermelerin, ne için doğru ve tercihe şayan olduğunu gerekçelendirmek, ayrıca bu gerekçelendirmenin "diğer kurallarla tutarlı", "hukuk sisteminin bütünüyle uyumlu" ve "toplumsal açıdan meşru ve kabul edilebilir" olması

akıl yürütme yöntemi olarak “dengeleme-tartım formülü” bir şekli ilkelerden ve önermelerden oluşan (müdahalenin şiddeti, diğer hakkın korunma oranı/önemi, hakların soyut ağırlığı ve epistemik güvenilirlik şeklindeki değişkenler) içsel gerekçelendirme süreci iken, çatışan ilkelerin ve hakların tartım formülündeki değerlerinin, çeşitli maddi ve ahlaki unsurlar, kararlar, doktrin, hukuki/pratik argüman ve gerekçelendirme yöntemleri ile delillendirilerek tespit edilmesi işi de dışsal gerekçelendirmedir⁷³.

A. İÇSEL GEREKÇELENİRME AŞAMASINDA KÜLTÜRÜN YERİ

1. Şekli Tartım Formülünde

Kültür, içsel gerekçelendirme olarak görülen Alexy’nin şekli “tartım formülü” içerisinde bir değişken veya unsur olarak yer almamaktadır. Alexy’nin formülü formal ve analitik olacak şekilde tasarlandığı için, kültürün etkisi gibi kolay ve öngörülebilir şekilde ölçülemeyecek bir unsuru entegre etmek ilk bakışta zor görünüyor. Tartım formülü (*weight formula*) dört temel değişkene dayanıyor⁷⁴:

gerekmektedir. İkinci düzey gerekçelendirme, dışsal gerekçelendirmeye göre daha geniş ve muğlak olmakla birlikte, yine içerisinde ilgili toplumun ahlaki değerleri ve kültürünü içerir (Maccormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 101 vd.; bkz. ayrıca Alexy, R. (2003). s. 435).

73 Alexy, R. (1989). s. 230 vd.; Alexy, R. (2003). s. 435; Krş. Klatt, M. ve Meister, M. (2012). “Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 3., s. 693 vd. Aynen altlama yönteminde olduğu gibi, dengeleme yönteminde de içsel gerekçelendirme, önermelerden sonuç çıkarma şeklinde mantığı ve şekli bir aşamadır (Klatt, M. ve Meister, M. (2012). s. 694). Bkz. Borowski, M. (2021). “Limited Review in Balancing Constitutional Rights”, in Sieckmann Jan-R. (Ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy’s Theory of Constitutional Rights*, Switzerland: Springer, s. 149 vd. Özellikle tartım formülü tımdengelımcı şekli bir yöntem olduğu için, gerekçelendirmenin güvenilirliği meselesi dışsal gerekçelendirmede, tartım formülündeki olgusal ve normatif öncüllerin gerekçelendirmesi için önem arz etmektedir (Borowski, M. (2021). s. 150).

74 Alexy, R. (2021). *Law’s Ideal Dimension*, United Kingdom: Oxford University Press, s. 172; Borowski, M. (2021). s. 149; Klatt, M. ve Schmidt,

$$GA_{IJ} = \frac{MD_i \cdot S_i \cdot G_i}{MD_J \cdot S_J \cdot G_J}$$

MD_i : Belirli bir ilkeye/hakka yapılan müdahalenin derecesi

MD_J : Çatışan ilkenin/hakkın korunma/tatmin derecesi

S : İlkelerin/hakların soyut ağırlığı

G : Gerekçelendirmenin (epistemik) güvenilirliği⁷⁵

Yukarıdaki formülde de görüleceği üzere, dengeleme sonucu, yani çatışan hakların somut olaydaki göreceli ağırlığı (GA_{IJ} , *relative weight*), çatışan birinci hak (İ) ile ikinci hakka (J) yönelik müdahale/koruma oranlarının yani somut ağırlığın (SA), hakların soyut ağırlıklarının (S) ve dengeleme süreci içerisinde çatışan hakların her birine yönelik yapılan gerekçelendirmenin epistemik güvenilirliklerinin (G) ayrı ayrı her bir hak açısından tespit edilip çarpılması ve sonunda birbirine bölünmesiyle bulunur⁷⁶. Bölme işleminin sonucu bire eşitse (1), çatışan haklar dengededir (*stalemate*). Birden büyükse ($GA_{IJ} > 1$), birinci hak (İ) ihlal edilmiştir, küçük ise ($GA_{IJ} < 1$), ikinci hak (J) ihlal edilmiştir⁷⁷.

J. (2012). "Epistemic Discretion in Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 1., s. 173. Bkz. formülün ayrıntısı ve "Titanic" ve "Tütün ürünü uyarıları" kararları kapsamında somut olarak örneklendirilmesi için Yılmaz Coşkun, S. (2023). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 524 vd.

75 Gerekçenin epistemik güvenilirliği ve sağlamlığı, tartım formülünde ağırlığa etki eden hususlardandır ve ne kadar bir hakka yapılan müdahale ağırsa, epistemik güvenilirlik yani olgusal ve normatif varsayımların belirlilik seviyesi o kadar yüksek olmalıdır. Örneğin hakka yapılan sınırlandırma ile kamusal menfaate zarar gelip gelmeyeceği belirsizse, bir hakka yapılan müdahalenin ağırlığı tam olarak tespit edilemiyorsa veya hakkın soyut ağırlığı tespit edilemiyorsa, ortada olgusal ve normatif belirsizlik vardır ve epistemik güvenilirlik düşüktür (Alexy, R. (2003). s. 446 vd.; Borowski, M. (2021). s. 148).

76 Alexy, R. (2021). s. 167; Borowski, M. (2021). s. 149 vd.

77 Alexy, R. (2021). s. 166 vd.; Borowski, M. (2021). s. 149 vd.; Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 74.

Alexy'nin tartım formülünün bir parçası olan ve üçlü ölçek (*triadic scale*) olarak geçen yöntem, çatışan haklara/ilkelere yapılan müdahalenin ya da elde edilen korumanın öneminin "hafif/h (*light*), orta/o (*moderate*) ve ciddi/c (*serious*)" şeklinde derecelendirilmesine yarar⁷⁸. Burada, tartım formülünde ilkelere somut ağırlıklarının belirlenmesi amacıyla, diğer değişkenlerden bağımsız olarak, yine formal bir yöntemle çatışan haklardan birine yapılan müdahale derecesi (MD_i) ile diğerinin koruma derecesinin (MD_j) birbirine matematiksel oranını bulmakta ve somut ağırlığı (*SA/concrete weight*) ifade etmektedir⁷⁹. Bu kapsamda ardışık sayılarla (1, 2, 3...) değil üslü ifadelerle $h=2^0$; $o=2^1$ ve $c=2^2$ şeklinde ifade edilmekte ve nihayet $h=1$, $o=2$ ve $c=4$ olmaktadır⁸⁰: $SA = \frac{MD_i}{MD_j}$

Görüldüğü gibi, hem Alexy'nin tartım formülündeki değişkenler içerisinde kültür doğrudan bir değişken olarak yer almamakta hem de müdahalenin ağırlıklarının oranlanmasıyla somut ağırlığın bulunmasına yarayan üçlü ölçek içerisinde dengelemenin yapıldığı toplumun kültürünün etkisi bir değişken olarak yer almamaktadır. Kültürün etkisi, doğrudan bir değişken olarak konulduğunda ise kültürün formüldeki değerini hesaplamak için ölçülebilir ve tarafsız bir yöntem bulunabilmesi icap eder⁸¹. Diğer bir deyişle, dışsal gerekçelendirme yani tartım ve üçlü formüllerdeki değişkenlere niçin belirlenen değerlerin verildiğini tespit aşamasında, üçlü ölçek gibi daha ölçülebilir ve güvenilir bir yöntem bulunabilmelidir. Dahası, kültür doğrudan bir değişken olamasa bile, tartım formülündeki mevcut değişkenlerin yani sırasıyla "haklara yapılan müdahalenin ağırlıkları"⁸², "hakların soyut ağırlıkla-

78 Alexy, R. (2021). s. 164, 166 vd.; Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 73-74.

79 Alexy, R. (2021). s. 165-167.

80 Alexy, R. (2003). s. 440-445; Borowski, M. (2021). s. 150 vd.

81 En azından üçlü ölçekteki gibi, kültürün etkisinin "düşük", "orta" veya "yüksek" seviyede olduğunun belirlenebilmesi mümkündür.

82 Örneğin bir ülkedeki gelenekler, değerler ve kültürel anlayış, herhangi bir hakkın soyut ağırlığını belirlemede veya somut bir hak çatışmasında haklardan birine yapılan müdahalenin "hafif", "orta" ve "ciddi" şiddette olduğunu tespit etkilili olabilir.

rı” ve “gerekçelendirmenin güvenilirliği” şeklindeki üç adet değişkenin matematiksel değerlerinin hesaplanmasında (dışsal gerekçelendirme) kültürün dolaylı bir etkisinin olduğu savunulabilir.

Bir içsel gerekçelendirme olan “tartım formülünde” “kültürün” şekli bir değişken/unsur olarak yer alıp almayacağını iki yöntemle deneyeceğiz. *Birincisi*, aşağıda görüleceği üzere kültürün, çatışan haklara yapılan “müdahalenin/korumanın ağırlıklarını (somut ağırlıklarını), soyut ağırlıklarını ve epistemik güvenilirlik derecesini” tespit etmedeki rolü her bir öncül için formüle dâhil edilerek gösterilebilir:

$$GA_{i,j}^{kültür} = \frac{MD_i^k \cdot S_i^k \cdot G_i^k}{MD_j^k \cdot S_j^k \cdot G_j^k}$$

Bu yöntemde, tüm değişkenler/öncüller ($G_{ij}^k, SA_{ij}^k, MD_{ij}^k$) toplumdaki yaygın kültürel anlayış ve kültürel bağlam aracılığıyla yeniden tanımlanmakta, bu da modeli hem epistemik hem de normatif açıdan kültüre bağımlı hâle getirmektedir. Bu formüle göre, her değişken, çoğunluğun kültürel anlayışı açısından yorumlanmaktadır.

Fakat bu birinci yöntem birkaç açıdan kabul edilebilir değildir. Birincisi kültür, burada yine formülün bir unsuru hâline gelmiyor, sadece formüldeki değişkenleri belirlemede yani dışsal gerekçelendirmede kültür “tek etkili unsur” olarak görülüyor. Oysa, dışsal gerekçelendirmede kurallar, onların yorumu, yorum metotları, öğreti, mahkeme kararları ve diğer argümantasyon metotları gibi birçok etkili ve rasyonelliği sağlayıcı etken vardır. Kültür haklara yapılan müdahale/koruma derecesini, onların soyut ağırlığını/önemini ve epistemik güvenilirlik derecesini belirlemede tek başına etki ettiğinde, hukuki doğruluk ölçütlerine uymayan ve rasyonel olmayan bir sonuç ortaya çıkabilir⁸³. Kısacası kültür, burada formüle

83 Bkz. Alexy, R. (1989). s. 11.

dâhil edilememekte, formüldeki öncüllerin yorumlanmasına dolaylı olarak etki etmektedir ki⁸⁴, bu da dışsal gerekçelendirmenin kapsamında kalmaktadır.

İkinci olarak kültürün şekli tartım formülü içerisine bir öncül olarak dâhil edilebilme ihtimali, Borowski'nin sınırlı denetim teorisinde yasama organının takdir yetkisini, Alexy'nin tartım formülüne entegre ettiği "genişletilmiş tartım formülünden (*extended weight formula*)" hareketle araştırılabilir. Borowski'nin sınırlı denetim (*limited review*) adlı teorisi, demokratik meşruiyet adlı şekli ilke (*formal principle*) vasıtasıyla kanunların ölçülülük denetiminin sadece "orta (makullük)" ve "alt seviye (açık keyfîlik)" denetim ile sınırlandırılmasını savunuyor. Bu kapsamda teori, sıkı denetime yani yargının dengeleme sonucunun yasamaya diretilmesi ve onunkinin yerine geçmesine karşı geliyor⁸⁵.

Sınırlı denetim görüşü ile çatışan maddi hakların (*substantive principle*) dengelenmesi sırasında şeklî ilke de (demokrasi vb.) tartım formülüne dâhil ediliyor. Bunun en önemli sebebi, tartım formülünün mevcut hâlinde, epistemik güvenilirliğin (G) haklara yapılan müdahalenin şiddetine (MD) göre belirlenmesi sebebiyle, epistemik belirsizlik durumunda yasamanın takdir yetkisinin etkisinin formüle yansıtılamamasıdır. Epistemik belirsizlik hâlinde denetlenen makama verilen takdir yetkisinin AYM'ce denetlenerek ortadan kaldırılmaması için oluşturulan sınırlı denetim yaklaşımı (*limited review approach*)⁸⁶ ancak bu takdir yetkisine tartım formülünde şeklî bir

84 Bkz. kültür ile normların yorumu arasındaki ilişki bağlamında Brewer, J. (2022). "The Impact of Intercultural Legal Discourse upon Anglo-American versus Navajo Criminal Legal Theory", *Language, Discourse & Society*, Vol. 10., No. 2., s. 12, 21; Yazdiha, H. (2017). "The Relationality of Law and Culture: Dominant Approaches and New Directions for Cultural Sociologists", *Sociology Compass*, Vol. 11., No. 12., s. 5.

85 Borowski, M. (2021). s. 144-146.

86 Bu görüş, Borowski tarafından ileri sürülmekte ve çeşitli kararlar vasıtasıyla temellendirilmektedir (Borowski, M. (2021). s. 159 vd.).

ilke olarak yer vermekle mümkün olmaktadır⁸⁷. Bunu entegre etmek amacıyla, denetlenecek olan karara (*decision to be reviewed*) saygı duyulması veya yasamanın takdir yetkisine saygı ya da demokratik meşruiyete saygı olarak ifade edilen şekli ilke yani Pf (*formal principle*), formülde bölen ya da bölünen ilke tarafında yer alabilmektedir⁸⁸.

Nitrojen dioksit örneğini ele alırsak, yasama organının kanunla atık gazlardaki çevreye salınabilecek azot oranını belirlemeye çalıştığını varsayalım⁸⁹. Her bir m³ atık gaz için müsaade edilecek azot oranının 150 mg olması ile 300 mg olmasına göre, bu gazın çevreye vereceği zararın belirsiz olduğu varsayımı altında, ortaya epistemik belirsizlik çıkmakta ve bu nedenle yasama organının epistemik takdir yetkisi doğmaktadır. İşte, yasamanın bu takdir yetkisinin miktarını ifade eden Pf, çatışan haklardan hangisinin tarafında olduğuna göre, formülün bölen ya da bölünen kısmında yer almakta ve belirsizlik seviyesine göre artmakta veya azalmaktadır⁹⁰.

Biz de yukarıdaki açıklamalardan hareketle, Federal Alman AYM'nin aşağıda ayrıntısı verilecek olan "Kutsal Cuma" kararı⁹¹ için şu soruyu sormak istiyoruz: Yasama organının, Kutsal Cuma'nın sessizliğini diğer haklara göre daha yüksek oranda korumak için kullandığı takdir yetkisini "sadece ilgili toplumdaki yaygın dini-kültürel anlayışa dayandırması" hâlinde, acaba formüldeki Pf (takdir yetkisi) bu durumda salt kültürel bir etkiyle oluşturulmuş olur mu? Olursa, kültür tartım formülüne "şeklî bir ilke" olarak girmiş olur mu? Kutsal Cuma olayında, Bavyera Eyaleti Tatil Kanunu'nda, Kutsal Cuma günü "sessiz gün" olarak addedilmiş ve diğer

87 a.g.e. s. 156 vd.

88 a.g.e. s. 137, 147, 158.

89 a.g.e. s. 157 vd. Bu durumda formülün takdir yetkisini (Pf) de içeren genişletilmiş hali şu şekildedir: . Duruma göre Pf. kesrin altında da yer alabilir (Borowski, M. (2021). s. 158).

90 Borowski, M. (2021). s. 157-159.

91 Bkz. B, 1, a. başlığı.

sessiz günlere göre daha mutlak bir şekilde korunmuş, yani belirli saatler arasında her türlü, içkili müzikal etkinlikler ve sportif etkinlikler yasaklanmıştır. Kanunda, Kutsal Cuma'nın sessizliğinin böyle kategorik bir şekilde yani somut olayın şartlarına göre günün anlam ve önemine zarar verip vermediğini tartmaya imkân vermeyecek (mutlak) şekilde korunması Mahkemece orantısız bulunmuştur. Keza, yasaklanan etkinliklerin sessizliğe ve günün ciddiyetine kesin bir şekilde zarar verip vermeyeceği belirsiz olduğu için, yasamanın (epistemik) takdir yetkisi içine girebilir. Bu durumda yasamanın tercihi, toplumun Hristiyan çoğunluğunun bu güne verdiği anlam ve öneme dayandığı için “dinî-kültürel bir yön” barındırır. Fakat, yine de kültür formülünün içine bir değişken olarak dâhil olmaz, sadece takdir yetkisinin sebebi olarak dışsal gerekçelendirmenin kapsamında kalır.

Görüldüğü gibi içsel gerekçelendirme içinde yukarıdaki iki yöntemde kültür doğrudan tartım formülüne dahil edilememiştir. O nedenle aşağıda, dışsal gerekçelendirme içinde dolaylı bir faktör olarak kültürün etkisi araştırılmıştır.

2. Şeklî Dengeleme Kriterlerinde

Şeklî dengeleme kriterleri, tartım formülünden farklı olarak, kimi hak çatışmalarına has bir şekilde oluşturulmuş ve hakların ağırlıklarının tespitine yönelik kriterlerdir. Mahkemelerin bağlamsal (ad-hoc) bir şekilde dengeleme yapmasından ise “daha öngörülebilir kriterlere” göre “ilkesel dengeleme” yapmasını sağlamak için geliştirilmiştir. Örneğin AİHM tarafından ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışmaları açısından oluşturulan aşağıdaki dengeleme kriterleri, Mahkemece “bir karar verme yöntemi” olarak takip edilmektedir. Kimi yazarlarca dengeleme sürecini oluşturan bu şeklî kriterler, bir *içsel gerekçelendirme ve akıl yürütme yöntemi* olarak nitelendirilmiştir⁹². Eğer bu kriterler ulusal makamlar tarafın-

92 Bkz. Borowski, M. (2021). s. 145; Borowski, M. (2021a). “Axel Springer AG v. Germany, or: How to Perform Limited Review”, in Elösgui, M., Miron,

dan takip edilmiş ise AİHM'nin ulusal makamların kararının yerine kendininkini direktmek için çok güçlü sebeplerin olması gerektiğini vurgulaması, bu görüşün temel gerekçesidir. Zira, bu durumda AİHM dengeleme sürecine yani bu kriterlerin kullanılıp kullanılmadığına bakmakta, yoksa dengeleme sonucuna yani kararın içeriğine değil. Bu ilkeler bir formül mahiyetinde olmasa da kanaatimizce de şekli ilkeler ve karar verme yöntemi olarak görülebilir. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesi (özel hayata saygı hakkı) ile 10. maddesi (ifade hürriyeti) arasındaki çatışmalarda, şu dengeleme kriterlerini oluşturmuştur: Kamu yararına katkı, tarafların konumu ve ünlülük derecesi, yayının içeriği/konusu ve sonuçları, kişinin önceki davranışları, basın etiğine uygun davranılıp davranılmadığı, yayının yapılış biçimi, bağlamı ve etki alanı, uygulanan yaptırımın şiddeti⁹³.

Görüldüğü gibi AİHM'in ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı arasındaki çatışmaya dair oluşturduğu dengeleme kriterleri arasında "çatışmanın gerçekleştiği kültürün etkisi" gibi bir kriter yoktur. Fakat bu şekli kriterlerin hakların ağırlığına etkisinin tespiti sırasında yani dışsal gerekçelendirmede (örneğin kişinin ünlülük derecesinin o toplumun

A. ve Motoc, I. (Eds.), *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response*, Switzerland: Springer, s. 223 vd.; Gerards, J. (2017). "Procedural Review by the ECtHR: A Typology", in Gerards, J. ve Brems, E. (Eds.), *Review in European Fundamental Right Cases*, Procedural, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017, s. 128 vd.

93 Sardo, A. (2021). "Freedom of Expression, Sliding-Scales, and Fake News", in Elösegui, M., Miron, A. ve Motoc, I. (Eds.) *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response*, Switzerland: Springer, s. 273-274; Köküsarı, İ. (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 299 vd.; Hazar, Z. (2021). *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 217 vd. Bkz. ayrıca AİHM'in konuyla ilgili önde gelen kararlarındaki kriterler için Axel Springer AG/Germany, 39954/08, 7/2/2012, 89 vd.; Von Hannover/Germany (No. 2), 40660/08 60641/08, 7/2/2012, 108 vd. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesinin de takip ettiği kriterler içinde kültürel unsurların doğrudan yer almadığı görülmektedir: İlhan Cihaner (2), 2013/5574, 30/6/2014, § 65-73; Kenan Kıran ve Ramazan Fatih Uğurlu, 2016/2884, 24/10/2019, § 32-39; Kemal Gözler, 2014/5232, 19/4/2018, § 48; Koray Çalışkan, 2014/4548, 5/12/2017, § 40.

anlayışına göre belirlenmesi vs.) aşağıda görüleceği gibi kültürün kaçınılmaz bir etkisi vardır. AİHM’in kullandığı “takdir marjı” enstrümanı da bu ülkesel ve kültürel etkiye alan açmak amacıyla geliştirilmiştir.

B. DIŞSAL GEREKÇELENĐİRME AŞAMASINDA KÜLTÜRÜN ROLÜ

1. Genel Olarak

Bu aşama, yukarıda içsel gerekçelendirme içinde ele aldığımız, şekli tartım formülü ile şekli dengeleme kriterlerinde yer alan değişkenlere verilecek değeri bulma ve tespit etmeye yarayan “dışsal gerekçelendirme” aşamasıdır. Dışsal gerekçelendirme aşamasında, hukuki argümanlar ve akıl yürütme, yorum metotları, başka durum ve kararlarla kıyaslama, toplumsal, kültürel ve ahlaki değerler⁹⁴ gibi birçok değerlendirme faktörü devreye girmektedir. Aşağıda “müdahale ve korumanın derecesi (somut ağırlık)” ve “hakkın soyut değeri” şeklindeki başlıklarda maddi ve dışsal olarak ağırlıkların/değerlerin tespiti ve kültür ile ilişkisi ele alınacaktır.

Bunu yaparken, Almanya’dan Kutsal Cuma (a) ile ilgili Federal AYM kararını, Türkiye’den ise Ramazan Davulu ve Ezan (b) ile ilgili AYM kararını ele alarak, kültürün etkisini göstermeye çalışacağız. Önce genel olarak kararları özetleyeceğiz, sonra somut ve soyut ağırlık açısından ayrı ayrı kültürel etkiyi araştıracağız.

a. Kutsal Cuma Olayı

Bavyera Eyaleti Pazar ve Tatil Günleri Hakkında Kanun, 1. maddesinde resmî tatilleri saymıştır. Sonra, Pazar ve diğer resmî tatil günlerinin (mad. 2), Sessiz Günlerin (mad. 3) ve Meryem Ana’nın Göğes Kabulü (mad. 4) gününün nasıl korunacağına dair özel hükümler getirmiştir. Kutsal Cuma (*Good Friday/Karfreitag*) günü ile Azizler Günü, Kutsal Perşembe

94 Krş. Klatt, M. ve Meister, M. (2012). s. 692 vd.

ve Kutsal Cumartesi gibi günler de Kanunun 3. maddesinde Sessiz Gün (*Stille Tage*) olarak tasnif edilmiştir⁹⁵. Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Sessiz günlerde, kamusal eğlence etkinliklerine, yalnızca bu günlerin anlam ve önemine (ciddiyetine) uygun düştüğü taktirde izin verilir... Spor müsabakalarına, Kutsal Cuma ... hariç, izin verilir. Kutsal Cuma günü, içki servisi yapılan yerlerde her türlü müzik performansının yapılması da yasaktır*”. Kanunun 5. maddesinde “muafiyetler/istisnalar” başlığı altında ise, 2., 3. ve 4. maddede getirilen özel koruma hükümlerine ve sessizliğin korunmasına, Kutsal Cuma günü hariç, idarece mühim sebeplerin varlığı hâlinde istisna/muafiyet tanınabileceği hüküm altına alınmıştır⁹⁶. Özetle Kutsal Cuma günü, spor ve müzik performansının (içki servisi olan yerlerde) yasaklandığı ve mutlak bir sessiz gün olarak belirlenmiştir. Kutsal Cuma günü kamusal eğlence etkinliklerine, sadece günün anlam ve önemine halel getirmemesi kaydıyla izin verilebilecektir.

Dava konusu olayda, 2007 yılı Kutsal Cuma gününde, Münih Düşünce Özgürlüğü Derneği, Bavyera Eyaleti Tatil Kanununda⁹⁷ Kutsal Cuma gününün “mutlak bir sessiz tatil” olarak belirlendiği hükme aykırı olarak, “Cehennem Azabı Yerine Pagan Eğlencesi, Dinden Azade Bölge Münih 2007” sloganıyla Münih’te etkinlik yapmak için üyelerine çağrı yapmıştır⁹⁸.

95 <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayFTG-3>, (Erişim Tarihi: 20/5/2025)

96 <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayFTG-3>, (Erişim Tarihi: 20/5/2025)

97 Bunun dışında Bavyera Eyaletinin parlamentosu tarafından hazırlanan değişiklik yasa tasarısının gerekçesinde: “...Sessiz günler ... Bavyera’daki Hristiyan ve kültürel geleneklerimizin ve değerlerimizin korunması ile toplumumuzun birlikteliği açısından vazgeçilmezdir. Tatil günleri ve sessiz günler, temel değerlere yönelme açısından önemli dayanak noktaları ve sükunet anlarıdır; aile içinde ve aileyle birlikte vakit geçirmeyi mümkün kılar, insanlara gerekli huzuru ve çağımızın zorluklarına karşı güç toplayabilmek için kültürel, tarihsel ve dinsel temelleri hatırlama imkânı sunar” ([https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP16/Drucksachen / Basisdrucksachen/0000009500/0000009991.pdf](https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP16/Drucksachen/Basisdrucksachen/0000009500/0000009991.pdf), (Erişim Tarihi: 10/5/2025)

98 BVerfGE, 143, 161, § 9-10.

Etkinlik iki adet film izleme etkinliği ile rock grubunun canlı müziği eşliğinde dans etkinliğidir. Bu etkinliğin canlı müzikle dans etme kısmı, idarece Bavyera Eyaleti Tatil Kanunu'nun yukarıdaki hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle engellenmiştir. İdarenin işlemine karşı başvurulmuş yargısal yollardan bir sonuç elde edilememiştir⁹⁹.

İdare mahkemesi, Alman toplumunun çoğunluğunun Hristiyan olduğunu vurgulamış, müzikli dans etkinliğinin yasaklanmasının şikâyetçi derneğin ve mensuplarının haklarına nispeten “hafif” bir müdahale olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰. Müdahalenin hafif olmasının nedeni olarak, yılda bir gün olması ve Hristiyan olmayanların bunu kutlamaya zorlanmaması gösterilmiştir. Ayrıca, idare mahkemesine göre müzikli dans gösterisinin ses yalıtımı olan bir mekânda ve Hristiyan ibadethanelerine uzak bir yerde yapılması, bugüne saygı ve hoşgörü gösterme yükümlülüğünü kaldırmaz. Özetle mahkemeye göre, müdahale hafiftir ve idare müzikli dansı yasaklayarak orantılı bir müdahale yapmıştır¹⁰¹.

Bunun üzerine şikâyetçiler Federal Alman Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyetinde bulunmuşlardır. Federal Anayasa Mahkemesi, Bavyera'nın Kutsal Cuma gününü “sessiz bayram” olarak korumaya yönelik uygulamasının, başvuruların din ve vicdan özgürlüğü ve toplantı hürriyeti ile Hristiyan kesimin din ve inanç hürriyeti arasında bir denge kurması gerektiğini vurgulamış, Kanun'da Kutsal Cuma günü için somut olayın şartlarına göre dengeleme yapabilmek amacıyla hiç bir istisna tanınmamasını ölçüsüz bularak iptal etmiştir¹⁰².

99 BVerfGE, 143, 161, § 11.

100 BVerfGE, 143, 161, § 15 vd.

101 BVerfGE, 143, 161, § 119-120

102 BVerfGE, 143, 161, § 56. Okul duası ile ilgili kararda da Hristiyan kültürü vurgusu yapan Federal Alman AYM, negatif din hürriyeti ile pozitif din hürriyeti çatışmasının dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir (Kanadoğlu, K. (1998). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 82).

Federal Alman AYM'ye göre Kutsal Cuma gününün tatil ilan edilmesi ve sessiz gün olarak tasnif edilmesi çalışma hakkı, serbest müteşebbis hakkı ve mesleki özgürlükleri, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı (genel eylem özgürlüğü), sanat ve müzik faaliyeti icra edenlerin sanat hakkı da etkilenebilir. Somut olay açısından ise toplanma hürriyeti ile inanç hürriyeti bundan etkilenmiştir¹⁰³.

b. Ramazan Davulu ve Ezan Olayı

“Ramazan Davulu” ile “Ezan” olayı Türkiye'nin İzmir ilinde gerçekleşmiştir. Her iki olayda da başvuru aynı kişidir ve İzmir'in bir mahallesinde yaşamaktadır.

Ramazan Davulu olayında, mahalle muhtarının yazılı yetkilendirmesine dayalı olarak, bu mahallede Ramazan'da oruç tutanları gece saat 3.30 civarında sahura kaldırmak için Ramazan davulu¹⁰⁴ çalınmıştır¹⁰⁵. Başvuru, bu uygulamanın dayanağı olan işlemin iptali için idare mahkemesinde dava açmış fakat mahkeme, davul çalmanın ibadete zorlanma olarak görülemeyeceğini vurguladığı kararında, idarenin bu konuda sorumluluğunun bulunmadığını ve ek düzenlemeler gerektiğini belirterek ret kararı vermiştir¹⁰⁶. Danıştay, idare mahkemesinin kararını onamış ve gerekçesinde davul çalma uygulamasının geleneksel bir yöntem olduğu için hoş görülmesi gerektiğini vurgulamış, muhtarlığın izninin denetimsiz bir şekilde davul çalmayı engellemeye ve davul çalma uygulamasının daha nizami yapılmasına yönelik olduğunu belirt-

103 BVerfGE, 143, 161, § 57.

104 Osmanlı Döneminde de İstanbul'da mahalle bekçilerinin veya davulcuların Ramazan'da davul çalarak, sahura uyandırdığı aktarılmıştır (Georgeon, F. (2018). *İstanbul'da Ramazan: Osmanlı İmparatorluğu'ndan Çağdaş Türkiye'ye*, Tümerterkin, A. (Çev.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınevi, s. 16, 68); Aşık, F. (2019). *Osmanlı İstanbul'unda Ramazan Kültürü ve Ramazan Sofraları*, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 29 vd.).

105 D.Ö. (4) [2.B.], B. No: 2014/3735, 12/6/2018, § 9-12.

106 D.Ö. (4), § 13.

miştir¹⁰⁷. Ramazan Davulu olayında, davul çalmanın mevzuatta açık bir dayanağı bulunmamaktadır. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 14. maddesinde, başkalarının rahat ve huzuru, çok genel olarak gürültüye karşı korunmaktadır. Yine Çevre ve Kabahatler Kanunlarında da gürültüye yönelik hükümler vardır. Somut olayda ilgili yerin (mahalle) muhtarlığı 2008 yılı Ramazan ayında davul çalınması ve para toplanması yönünde yazılı bir yetkilendirme yapmıştır.

Başvurucu, uygulamanın hem sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının (biz özel hayata saygı hakkı içerisinde ele alacağız.) hem de dinî ibadete zorlandığı gerekçesiyle din hürriyetinin ihlal edildiğini iddia ederek AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur¹⁰⁸. AYM öncelikle kategorik bir tümünden gelimci yöntemle davul çalınması nedeniyle oluşan gürültü iddiasının Anayasa maddelerinden hangi maddeler kapsamında yer aldığını geniş bir şekilde değerlendirmiş, sonrasında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının kapsamına girip girmediğini tartışmış ve bu kapsama girmediği kanaatine varmıştır¹⁰⁹. Daha açık bir deyişle olayda davul çalınmasının özel hayata saygı hakkının ve hakkın sağladığı güvencelerin harekete geçirilmesini sağlayacak derecede önemli ve ağır (süre, şiddet vb. açılardan) bir gürültü eşiğine ulaşmadığı sonucuna varmıştır¹¹⁰. Fakat böyle bir incelemeyi yaparken örtülü bir şekilde, başvurusunun özel hayatına yapılan müdahalenin ağırlığı ile kamusal menfaat (davulunun toplumun çoğunluğunca ge-

107 D.Ö. (4), § 10, 14.

108 D.Ö. (4), § 12.

109 D.Ö. (4), § 32-34. Mahkeme kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne dokunan gürültü vb. müdahalelerin de, belirli bir kişiye yönelik ve belirli bir düzeyi aşması halinde özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Yine sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı bireysel başvurunun konu bakımından kapsamında olmayan sosyal ve ekonomik haklar içerisinde olsa da, bu kısımdaki hakları ilgilendiren bir fiil kişi hak ve hürriyetlerine de dokunduğunda, o kapsamda incelenebilir. Ayrıca başvuru, davul çalınarak ibadete zorlandığını iddia etse de, bu hususun ibadete zorlanma ve din hürriyeti kapsamında görülemeyeceğini ancak ses yüksekliliği ile ilgili bir husus olduğunu vurgulamıştır.

110 D.Ö. (4), § 45-46.

leneksel olarak takip edilen bir dini uygulama olması) dengelenmiştir: Mahkeme, davul çalınmasının başvurusunun özel hayatını etkilediğini fakat “olumsuz” etkileyecek kadar ağır olmadığını vurgulamış; söz konusu asgari ağırlığı sağlamaya yetecek olumsuz etkinin “rahatsızlığın yoğunluğu, etkiye maruz kalınan süre veya kişi üzerindeki fiziksel veya zihinsel etkileri” gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edileceğini belirtmiştir¹¹¹. Esasında başvurusunun davul sesinden duyduğu rahatsızlığın şiddeti, rahatsızlığa maruz kalınan süre ile kişi üzerindeki fiziki ve zihni etkilerinin dikkate alınması, kamusal menfaat karşısında sınırlandırmanın adil ve dengeli olup olmadığını ölçmekten başka bir şey değildir. Bu nedenle Mahkeme, aşağıdaki ezan olayında, metodolojik açıdan daha doğru hareket etmiştir. Fakat ezan olayında da dengeleme yöntemini açıkça kullansa da kişinin özel hayata saygı hakkı ile kamusal menfaati ayrıntılı bir gerekçelendirmeye dayanarak sistematik bir tartıma tabi tutmamıştır.

Ezan olayında ise yine aynı başvuru, ikamet ettiği evinin yanındaki camiden yüksek sesle sabah ezanı okunması nedeniyle uykusunun bölündüğünü ve ibadete zorlandığını iddia etmiştir¹¹². Benzer yönde kilise çanının sesinden rahatsızlık

111 D.Ö. (4), § 42. Mahkemenin, dengeleme yapmaya yetecek asgari ağırlıkta görmemesi kabul edilemez. Zira, rahatsızlığın süresi ve şiddetine bakıldığında, her yıl Ramazan ayı boyunca bir ay süre ile geceleri kişilerin uyandırılması, en azından dengeleme yapmaya değer asgari ağırlığa kavuşmuştur.

112 D.Ö. [1.B.], B. No: 2014/3977, 30/6/2016, § 8. Başvurusunun açtığı manevi tazminat davasında, *İdare Mahkemesi*, idarenin ezanın ses düzeyi konusunda genelgeçkardığı, başvurusunun şikâyeti üzerine ilgili caminin denetlendiği ve ezan ses düzeyinin genelgedekine uygun hale getirildiği, bunun dışında oluşan manevi zarar için idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması gerektiği gerekçeleriyle ret kararı vermiştir. Ayrıca ezan nedeniyle davacının dini ibadete zorlandığını kabul edilemeyeceğini de vurgulamıştır (D.Ö. § 9). Benzer davalar Almanya gibi Avrupa ülkelerinde de görülmektedir. Örneğin, Kuzey Ren-Vestfalya Eyaletindeki bir davada, DİTİB camisinden Cuma günü hoparlörle okunan 15 dakikalık ezan (muhtemelen hutbe de dahil), camiye yakın bir evde oturan çift tarafından dava edilmiş ve ilk derece idare mahkemesi, ezan okuma ruhsatını iptal etmiştir. Temyiz sonucunda Bölge İdare Mahkemesi, bu ezanın ses düzeyinin mevzuattaki sınırları aşmadığı, ses düzeyi ve ezanın süresi nazara alındığında Arapça melodilerden ibaret olan ezanın davacıya orantısız bir rahatsızlık vermediği, negatif din

duyulması sebebiyle Almanya ve Batı devletlerinde de açılan davalar vardır¹¹³. Bakanlık ezan uygulamasının toplumun büyük bir kesimi tarafından kabul edildiğini ve “kültürün bir parçası” olduğunu belirtmiş ve “bireyler üzerinde meydana getirdiği rahatsızlık ile toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmiş dinî uygulamanın devamıyla ulaşılmak istenen faydanın karşılaştırılması ve adil bir denge kurulması” gerektiğini beyan etmiştir¹¹⁴.

Ezan olayında AYM, ezan sesinden rahatsız olma ile ilgili iddiaları kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile ilişkilendirmiş ve “dolaylı olarak” özel hayata saygı hak-

hürriyetinin başkalarının dini ifadelerinden mutlak bir koruma vermeyeceği ancak irade dışında ibadete katılmaya engel olduğu gerekçeleriyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (VG Gelsenkirchen, VG 8 K 2964/15, 1/2/2018; OVG Münster, 8 A 1161/18, 23/9/2020, https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2020/74_200923/, (Erişim Tarihi: 10/7/2025))

- 113 *Schilder/the Netherlands*, ECtHR, 2158/12, 16/10/2012. Almanya’da sabah 6.00 da çalınan kilise çanından rahatsız olan bir vatandaş, din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. İlk derece idare mahkemesi ve bölge idare mahkemesi aşaması olumsuz sonuçlanmıştır. Davacı kararı, Federal İdare Mahkemesine temyiz etmiştir. Federal İdare Mahkemesi temyiz talebini reddederek, çan sesinin azami eşiği aşmadığını ve çan çalınmasının bir toplumun gelenekleriyle ve toplumdaki genel kabulle yakından ilgili olduğunu, seküler toplumlarda bile bu gibi hak çatışmalarının karşılıklı hoşgörü ilkesi etrafında çözüldüğünü vurgulamıştır (BverwG, 7 B 38.12). Amerika’da, gürültü talimatnamesine aykırı olarak Kilise çanı çaldığı gerekçesiyle piskopos 10 gün süreyle hapsedilmiştir. Bunun sonrasında söz konusu uygulamanın Birinci Değişiklik (din hürriyeti) kapsamına girip girmediği tartışılmıştır (Bkz. Haroldson, B. J. (2015). “Saved by the Bells: A Look at Campanological Rights of U.S. Churches”, *Rutgers Journal of Law & Religion*, Vol. 17., s. 104. vd. Yine ABD’de Rhode Adası Bölge Mahkemesinin “*Devaney v. Town of Narragansett*” kararında, davacı, kilise çanlarının her saat başı (sabah 8-akşam 8 arası) çalmasından yakınmış, Mahkeme ise bu uygulamanın dini bir uygulama olmasının yanında New England bölgesinde çok uzun bir geçmişi olan geleneksel ve kültürel bir uygulama olduğunu bu nedenle seküler bir yöne de sahip olduğunu vurgulayarak, Narragansett Belediyesi’nin, Gürültü Talimatnamesi doğrultusunda Kilise çanına müdahale etmemesini, dini bir ayrıcalık değil seküler yönü de olan kültürel ve geleneksel bir uygulama olması nedeniyle Anayasaya ve Birinci Değişikliğe aykırı görmemiştir (*Devaney v. Town of Narragansett*, No. 1:13-cv-00510, (District Court of Rhode Island, July 28, 2014)).

- 114 D.Ö., § 22.

kı kapsamında görmüş¹¹⁵, davul olayındaki gürültü iddiasını ise yine kişinin maddi ve manevi varlığıyla ilişkilendirse de “daha açık biçimde” özel hayata saygı hakkı içinde görmüş-tür¹¹⁶. AYM davul olayındakinin aksine ezan olayında çevre/ gürültü kirliliği ile ilgili iddiaların özel hayat kapsamında değerlendirilebilmesi için asgari ciddilik/ağırlık derecesine¹¹⁷ ulaştığına kanaat getirmiştir¹¹⁸. AYM, ezan olayında açık bir biçimde çatışan hak ve yararların adil bir şekilde dengelenmesi gerektiğine vurgu yaparak bu kapsamda inceleme yapmaya çalışmıştır. Ayrıca yine AİHM’e atıfla, bu gibi durumlarda devletlere (iç hukuk açısından idari makamlara) geniş takdir marjı tanındığını da belirtmiştir¹¹⁹. Ölçülülük ve alt ilkeleri ile ilgili özel bir başlık açmayan ve sistematik bir değerlendirme yapmayan Mahkeme, çok genel hatlarıyla yetersiz bir değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme genel olarak usulî güvencelerin varlığına ve devlet makamlarının bütün menfaatleri nazara alan titiz ve özenli bir yaklaşım sergileyip sergilemediği gibi hususlara vurgu yapmış, ayrıntıya girmemiştir¹²⁰.

115 İlk dönem kararlarından olduğu için Mahkeme de biraz tereddüt içerisinde kalmıştır. Hem Mahkemenin Ezan olayında gürültüyü maddi ve manevi varlığı geliştirme bağlamında özel hayat ile dolaylı olarak ilişkilendirmiş olduğu için, hem de daha içtihatlarının tam oturmadığı dönem olduğu için, biz Sözleşme ve AİHM içtihatlarına paralel olarak, her iki olayı da daha basit ele alabilmek için “özel hayata saygı hakkı” kapsamda değerlendireceğiz.

116 D.Ö., § 29 vd.

117 Davul olayında, Mahkemeye göre söz konusu asgari ağırlığın ve ciddiyetin tespiti için “*olayın tüm koşulları dikkate alınarak değerlendirilmeli ve değerlendirmede bahsedilen etkinin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi de dikkate alınarak normal bir kent yaşamına mündemih ve katlanılması mümkün ve muhtemel görülen etki ve rahatsızlıklara nispetle nasıl bir ağırlık arz ettiği göz önünde bulundurulmalıdır*” (D.Ö., § 41 vd.).

118 D.Ö., § 37 vd. Şunu da vurgulamak gerekir ki AİHM kararların atıfla AYM, genel olarak çevre kirliliği iddialarının topluma zarar verdiği noktasındaki iddiaların çevre hakkı ve sosyoekonomik haklarla ilgili olması nedeniyle özel hayat kapsamında değerlendirilmeyeceğini, bireyin yaşamına ilişkin önemli müdahalelerin bu kapsamda inceleneceğini vurgulamıştır (D.Ö., § 37-38).

119 D.Ö., § 39.

120 D.Ö., § 39-40. Sabah ezanındaki sesin yüksekliği, başvuranın negatif din hürriyetine bir müdahale teşkil etmemektedir. Ses (Ramazan davulu, ezan,

2. Müdahale ve Korumanın Derecesinde (Somut Ağırılık) Kültür

Burada çatışan haklar ve ilkeler ifadesini, hak ile hak çatışması ve hak ile kamusal menfaat çatışması ayrımı yapmadan kullanıyoruz¹²¹. Bu kapsamda müdahale ile korumanın ağırlıklarını, “müdahale aracının niteliği ve niceliği”, “müdahalenin hakkın özüne ve çeperine yakınlığı”, “müdahale ve korumadan etkilenenlerin sayısı”, “müdahalenin süresi ve sürekliliği”, “zararın ya da yararın vuku bulma ihtimalinin derecesi”, “eklenen hakkın veya ilkenin varlığı” ve “tarafaların sorumluluklarını yerine getirip getirmediği” gibi kriterler kapsamında araştıracağız. Bu kriterleri de nazara alarak Kutsal Cuma, Ramazan Davulu ve Ezan olayları hakkında genel bir değerlendirme yapacağız.

Müdahalenin veya korumanın şiddetinin tespitinde yani “hafif”, “orta” veya “ciddi” olarak tasnif edilmesinde, aşağıdaki araçlar vasıtasıyla kültürün etkisini aramaya çalışacağız. Zira müdahalenin şiddetini belirlemek, hemen kolayca rasyonel veya sezgisel olarak tespit edilebilen bir şey değildir.

I. Müdahale amacının ve aracının niceliği ile niteliği, müdahalenin şiddetini tespiti yarayacak ilk kriterimizdir¹²². Bu bağlamda Kutsal Cuma olayında, müdahale aracı, bir gün

kilise çanı vs.) ile giyimle (başörtüsü, Sih türbanı), davranışla (namaz ve dua) veya sembol ile (haç işareti) dini vecibelerini yerine getirenlerin, böyle bir ibadeti takip etmeyenleri rahatsız etme ihtimali, her zaman onların bu ibadete zorlandıkları anlamına gelmez. Bir kimse, ibadeti yerine getirmediği için toplumsal dışlanmaya ve baskıya maruz bırakılmadığı sürece negatif din hürriyetine müdahale olarak görülemez, ama özel hayata müdahale teşkil edebilir. Yani, pozitif din hürriyetini icra edenlere saygı ve hoşgörü ile davranma yükümlülüğü, o ibadeti kendisinin de yapması yönünde zorlamaya dönüşmediği sürece negatif din hürriyeti devreye girmez. Bu açıdan AYM’nin kararı doğru görülebilir, fakat özel hayata yönelik kısmı hatalı ve yetersiz kalmıştır.

121 Esasında, kullanım kolaylığı açısından hak ile kamusal menfaati “ilke” olarak ifade etsek de, hak-hak çatışması ile hak-kamusal menfaat çatışması arasında, çatışmanın çözümü aşamasında bazı farklılıklar olduğunu savunuyoruz.

122 Bkz. ifade hürriyeti ile ilgili çatışmalar bağlamında “yaptırımın şiddeti” kriteri, bu kriterin daha dar halidir (Köküarı, İ. (2020). s. 227, 305).

süreyle çeşitli hakları daha dikkatli (rahatsız etmeyecek şekilde) kullanmak veya o gün için hiç kullanamamaktır. Somut olayda şikâyetçilerin Kutsal Cuma günü yapmak istediği film etkinliği engellenmemiş, sadece rock müziği eşliğindeki dans gösterisi kısıtlanmıştır¹²³. Burada Kutsal Cuma günündeki sessizliğin ve huzurun korunması amacıyla kullanılan araç, dans gösterisinin yaptırılmamasıdır. Eğer yapılmaması yönündeki karara rağmen yapılsa ve idari para cezası uygulansaydı bu durumda sınırlandırma aracı aynı zamanda idari para cezası da olacaktı. Aracın niteliği ve niceliği meşru amaç ile doğrudan ilgilidir. Aracın ve amacın belirlenmesi kural olarak yasanın yapısal takdir yetkisi kapsamındadır¹²⁴. Bu çerçevede olayda meşru amaç, Kutsal Cumanın sessizliğinin korunmasıdır. Federal Alman AYM'ye göre, meşru amaç açısından yasama organının herkes tarafından kutlanmayan bayramları tatil etmesi de yasak değildir. Nüfusun sadece belli bir kesimi için önemli olan günleri özel olarak korumak, demokratik meşruiyetin bir parçasıdır. Kilise üyelerinin kaç tanesinin Kutsal Cuma'yı dini önemi nedeniyle kutladığı da bu bağlamda önemsizdir¹²⁵. Kısacası, Kutsal Cuma günü sessizlik sağlama-ya yönelik düzenleme, meşru bir amacı takip etmektedir. Yasa koyucunun, sessizlik korumasını nasıl şekillendireceği konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹²⁶. Dahası, "özel bir sessizlik" şeklinde kullanılan sınırlandırma aracı, meşru amaç olan Kutsal Cuma gününü korumaya da elverişlidir¹²⁷. Aynı şekilde gereklilik kriteri açısından uygundur. Yani böyle bir sınırlandırma olmasa, sessizlik ve huzur ortamı amaçlandığı kadar sağlanamayabilirdi. İçkili müzik etkinliklerinin yasaklanması da söz konusu amacı gerçekleştirmek için "gereklilik" kriteri açısından sorun teşkil etmez¹²⁸.

123 BVerfGE, 143, 161.

124 Klatt, M. (2011). s. 715 vd.; Borowski, M. (2021), s. 153.

125 BVerfGE, 143, 161, § 73.

126 BVerfGE, 143, 161, § 75.

127 BVerfGE, 143, 161, § 77.

128 BVerfGE, 143, 161, § 78-80.

Kısacası meşru amacın tespitinde ve ağırlığında Hristiyan kültürünün büyük bir önemi söz konusu iken sınırlandırma aracının belirlenmesinde yine o meşru amacı korumaya matuf etkinlikleri yasaklama yoluyla dolaylı bir kültürel etkiye yer verilmiştir. Kanunun yasama organı tarafından yapılması esnasında, din kaynaklı kültürel değerlerin etkili olduğu hem yasamanın açıklamalarından hem de Kutsal Cuma günü spor, müzik vb. etkinliklerin yasaklanması yoluyla diğer hürriyetlerin kısıtlanmasından anlaşılmaktadır¹²⁹. Ayrıca pazar ve tatil günlerinin düzenlenme amacı, hem seküler açıdan çalışanların dinlenmesine hem de dinî açıdan dindarların ibadetlerini rahat yapmasına odaklanmıştır¹³⁰. Kutsal Cumanın tatil günü olarak seçilmesi, anayasal açıdan tarafsız olmak ve eşitliğe aykırı olmamak kaydıyla büyük oranda yasamanın takdirin-

129 Bavyera Parlamentosunun Tatil Yasası'na dair hazırladığı değişiklik tasarısının genel gerekçesinde kültürel yöne şu şekilde vurgu yapılmıştır: "Sessiz günler –resmi tatiller gibi– Bavyera'daki Hristiyan ve kültürel geleneklerimizi ve değerlerimizi korumak ve toplumumuzun bütünlüğü için önemlidir. Tatiller ve sessiz günler, temel değerler üzerinde düşünmek için önemli dayanak noktaları ve dinlenme noktalarıdır, aile içinde ve aileyle birlikteliği sağlar ve insanlara gerekli huzuru ve zamanımızın zorluklarına karşı güç kazanmak için kültürel, tarihi ve dini temelleri hatırlama fırsatı sunar" (Bayern Eyalet Parlamentosu, Tatil Günlerine Dair Yasa Tasarısı, BayVerfGH, No 16/15696, s. 3). Aynı tasarıda, resmi tatil yasasını düzenlerken, yasa koyucular toplumda meydana gelen değişiklikleri çatışan hakları dengelerken dikkate alması gerektiği vurgulanmış, nitekim kanunun ilk yapıldığı zamandan bugüne Alman toplumundaki alışkanlıklar ve yaşam tarzlarının değiştiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda sonradan yasalaşan tasarı gerekçesine göre, son yıllarda, dışarı çıkmaktan ve geç saatlere kadar eğlenmekten hoşlanan bir halk ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, sessizlik uygulamasının, Kutsal Cuma ve Kutsal Cumartesi günleri hariç, gece yarısı değil, saat 2.00'da başlamasının daha uygun olabileceği değerlendirilmiştir (Bayern Eyalet Parlamentosu, Tatil Günlerine Dair Yasa Tasarısı, BayVerfGH, No 16/15696, s. 3).

130 BVerfGE, 143, 161, § 60-61. Şikayetçilerin de belirttiği gibi, Kutsal Cuma gününün anlamı ve amacı konusunda Federal İdare Mahkemesi ve AYM görüşleri bağlamında bir normatif belirsizlik söz konusudur. AYM'ye göre, sessizliğin korunması, salt dini amaçla Hristiyan geleneğine bağlanmamalı, aynı zamanda çalışanlar açısından "çalışma ve iş kaybı" olmadan rahatça geçirme amacı da vardır (BVerfGE, 143, 161, § 27). Oysa İdare Mahkemesi yukarıda görüldüğü gibi çoğunluğun dini inancına saygı duyulması gerektiğine ve eylemcilerin bu dini günü kutlamaya zorlanmadığına vurgu yapmıştır.

dedir¹³¹. Yani, 1949 Alman Anayasası'nın (1919 tarihli Weimar Anayasasının 136-139 ve 141. maddelerine yaptığı atıf vasıtasıyla), Hristiyan çoğunluğun önemseydiği bir günü tatil olarak belirlemesi¹³², onlara bir ayrıcalık tanınması değil mevcut ve tarihî gerçekliğin ifadesidir. Bayern Parlamentosunun "Kutsal Cuma"yı resmî tatil günü olarak belirlemesi, açık bir hata içermemektedir. Yasamanın takdiri içerisinde. Toplumsal temeli olan bir gün, tatil olarak kabul edilebilir. Nitekim bu gün de Hristiyanlar için yüksek önemi haizdir¹³³.

Ramazan Davulu olayını sınırlandırma aracının ve amacının niceliği ile niteliği açısından değerlendirdiğimizde, doğrudan hukuki dayanak ve bu dayanağın içerisinde meşru amaç belirlenmediği için, olayın gelişiminden meşru amacın "din ve ibadet hürriyeti"nin bir parçası olan Ramazan orucunun korunması olduğu sonucu çıkarılabilir. Daha özel olarak bu amaç, sahurla başlayan iftar ile tamamlanan orucun "sahurda" uyanma aşamasının kültürel/geleneksel yöntem olan davul çalınarak yapılmasıdır¹³⁴. Bunun karşısında da-

131 BVerfGE, 143, 161, § 63-65.

132 Mahkemeye göre, şikayetçilerin kutlamayı Kutsal Cuma günü gerçekleştirmesini emreden bir din kuralının bulunmadığı başka gün de yapabilecekleri yönündeki argüman da doğru değildir. Zira Anayasa sadece dini inancı değil dünya görüşünü ve bunun uygulamasını da korur. Oysa bir dini kuralın önemi ve takipçiler için bağlayıcılık düzeyi, sadece müdahalenin ağırlığı ve çatışan hakların dengelenmesinde taşıdığı önemle ilgilidir (BVerfGE, 143, 161, § 108).

133 BVerfGE, 143, 161, § 66-67. Yasa koyucu, bayram günlerine ilişkin düzenlemelerde dahi belirli dinî davranış biçimlerini ya da belirli bir içsel/manevi tutumu emredemez (BVerfGE, 143, 161, § 76). Yani bu günü herkes kutlamak zorunda olmadığı gibi kutlayanlar belirli bir şekilde kutlamak zorunda değildir (BVerfGE, 143, 161, § 66-67). Takdir yetkisi, geniş olsa da, ölçülü ve tarafsız olma gibi bazı sınırlandırmalara tabidir. Yasama, bu kutsal günü kutlayanların içsel olarak ne yapacağını değil de dışsal olarak ne yapmayacağını belirleyerek, "sessiz" gün tesis edebilir. Ancak, içeriğini ve kapsamını düzenlerken, orantılılık ve tarafsızlıkla hareket etmelidir. Mevzuatında toplumsal olgu ve ihtiyaçları dikkate alabilir, ancak laikleşmiş toplumu belirli bir dinsel veya ideolojik biçimde şekillendirmeye kalkışamaz (BVerfGE, 143, 161, § 68 vd.).

134 *Bu vakit, şehre ve yıla göre değişmekle birlikte ortalama saat 3.00-4.30 civarında olmaktadır. Somut olayda ve 2008 yılında saat 3.30 dolaylarındadır.*

vul çalınan mahallede yaşayan kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve özel hayata saygı hakkı sınırlandırılmaktadır¹³⁵. Mahalledeki sokaktan bir veya birden fazla defa yürüyerek veya bir taşıtla geçerek davul çalındığı nazara alındığında bir ay boyunca her gece saat 3.00-4.00 arasında 15-20 dakika rahatsızlık verilmektedir. Yaz aylarında pencerelerin açık tutulduğu zamanlarda bu rahatsızlığın şiddeti daha da artmaktadır. Somut olaydaki sınırlandırma aracı, gece belirli saatlerde davul sesine katlanmak zorunda kalmak nedeniyle evdeki sükûnun bozulması, aile fertlerinin uykusunun bölünmesidir. Kanaatimizce burada meşru amacın belirlenmesinde doğrudan geleneğin ve dini kültürün etkisi söz konusudur. Zira mahkeme kararlarında da belirtildiği gibi, davul, orucun zorunlu bir unsuru değil, sadece geleneksel bir araçtır. Sınırlandırma aracı bağlamında, davul çalınması meşru amacı korumaya/geliştirmeye elverişli bir araçtır. Fakat saat kurma vb. teknik imkanlarla uyanma ve böylece diğerlerini daha az rahatsız edici veya hiç hakkı sınırlandırmayan bir araç, meşru amacı aynı oranda korumazdı. O nedenle meşru amaç, tek başına sahura uyanmak değil, geleneksel yöntem olan Ramazan davulu yoluyla uyanmak ise ancak daha az rahatsız edici/sınırlandırıcı araç, davulun sesinin desibelinin makul seviyede olması olabilirdi.

Ezan olayında, meşru amaç namaz ibadetine çağrı yöntemi olan ezan bağlamında din ve ibadet hürriyetidir. Ezan, geleneksel ve yaygın bir dinî uygulamadır¹³⁶. Sınırlandırma aracı ise günün beş vaktinde, cami minarelerinde kurulu ses sistemi ile caminin bulunduğu mahal ve çevresine yapılan duyuru ile başkalarının özel hayatına müdahale edilmesidir¹³⁷.

135 Somut olayda başvuru ibadete zorlandığını iddia etmiş ve AYM bunun ibadete zorlanma olmadığı gerekçesiyle sadece özel hayata saygı kapsamında değerlendirme yapacağını belirtmiştir (D.Ö. (4), § 36).

136 AYM de gerekçesinde bunu şu şekilde ifade etmiştir: “İslam’ın ilk yıllarından itibaren uygulanan bir “dinî ritüel” olduğu ve toplumda kültürel bir değer kazandığı da dikkate alınmalıdır” (D.Ö., § 50).

137 Somut olayda, başvuru, negatif din hürriyeti kapsamında ibadete

Her gün ve günde beş defa yapılması nedeniyle müdahale süreklilik arz etmektedir. Başvurucunun evinin bulunduğu yer ile ezanın desibel seviyesi de bu müdahale aracının nicelik ve niteliğinde etkilidir. Geniş manada bakıldığında toplumun büyük bir çoğunluğunun camiye gitmese hatta ibadet etmese bile önemseydiği bir uygulama olan ezanın, somut olayda bütünüyle yasaklanması veya belirli bir cami için hiç ezan okunmaması söz konusu değildir. Yine de kültürel olarak yaygın kabul gören ezan uygulamasıyla bir kişinin özel hayatına orantısız müdahale edilmesi kabul edilemez. O nedenle somut olayda, Diyanet İşleri Başkanlığının 6/8/2007 tarihli Başkanlık Hizmetleri Genelgesi 21. maddesinin 1/c fıkrasına göre *“Hoparlörlerin ses düzeninin, ezânın çevrede duyulmasını sağlayacak fakat yakın komşuları da rahatsız etmeyecek şekilde ayarlanması temin edilecektir.”*¹³⁸ hükmüne yer verilerek bu denge sağlanmaya çalışılmıştır.

II. Müdahalenin çatışan hakların özüne veya çerperine (core-periphery) yakınlığı, müdahalenin şiddetine etki eden hususlardan bir diğeridir¹³⁹. Kültür ile ilişkisine bakıldığında hakkın özünün veya çerperinin neresi olduğu ve müdahalenin buna yaklaşıp yaklaşmadığı, ilgili kültür ve toplumsal değerden bağımsız değildir. Ayrıca toplum değiştikçe hakkın özü ve çerperi de değişebilir. Kutsal Cuma olayı açısından şikâyetçilerin din hürriyeti ile toplanma hürriyetlerine yapılan müdahale bu hakkı somut olay açısından, o gün Hristiyanların sessiz gününü protesto edebilmek için, kendine has bir etkinlik ile daha hareketli ve sesli bir şekilde din hürriyetlerini ve toplanma hürriyetlerini kullanmak istemişlerdir. Film etkinliği yasaklanmamış olsa da müzikli eğlence etkinliği bütünüyle yasaklandığı için onun açısından öze doğru kayan bir müdahale vardır. Yasamanın öze yakın bir müdahale yapmasında

zorlandığını da iddia etmişse de AYM daha ziyade kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bağlamında özel hayata saygı hakkına odaklanmıştır (Bkz. D.Ö., § 8).

138 D.Ö., § 19.

139 Smet, S. (2017). s. 158 vd. Bkz. ayrıca Kanadoğlu, K. (1998). s. 141-142.

dinî ve kültürel değerlerin etkisi olsa da müdahalenin öze yakın olup olmadığının değerlendirilmesinde kültürün doğrudan bir etkisi söz konusu değildir.

Ramazan Davulu bağlamında, AYM hafif bir müdahale olduğunu (hatta özel hayata saygı hakkının güvencelerini harekete geçirecek asgari ağırlığa dahi ulaşmadığı kanaati, hiç müdahale olmadığı anlamına bile gelebilir) iddia etse de somut olayda şikayetçinin huzur ve sükûnu yani özel hayatına yapılan müdahalenin, tamamen çeperde olmadığı kısmen öze doğru yaklaştığı görülmektedir. Orta seviyede bir müdahale olduğunu kabul ettiğimizde, bunun tespitinde müdahalenin yıl içindeki ve gün içindeki süresi etkili olsa da doğrudan kültürün etkisi görülememiştir. Nitekim Ezan olayında, müdahalenin yıl ve gün içindeki süresi ve devamlılığı, özel hayata daha ciddi seviyede bir müdahale söz konusu olduğunu gösterir. Ama müdahalenin öze veya çepere yakın olmasının tespitinde kültürün doğrudan bir etkisi bu olayda da yoktur.

III. Müdahalenin şiddetini belirlemeye etkili olan hususlardan bir diğeri de müdahale ve korumadan etkilenenlerin sayısıdır¹⁴⁰. Kural olarak çatışmadaki müdahale ve korumadan olumlu ya da olumsuz bir şekilde etkilenenler çatışan hakların sahibi bireylerdir. Kimi zaman, hak sahibi birden fazla kişi olabilmektedir. Bir kimsenin hakkına yapılan müdahalenin şiddetinin başkaları gözünde uyandırdığı caydırıcı (*intimidating/chilling effect*) intiba, etkilenenlerin sayısını ve böylece müdahalenin şiddetini dolaylı olarak artırabilmektedir¹⁴¹. Ay-

140 AİHM, *Otto-Preminger-Institut/Avusturya* başvurusunda, açıkça sayıya dair bir kriter oluşturmamakla birlikte, ifade hürriyeti ile din hürriyeti çatışmasının dengelenmesinde, Roma Katolik mezhebine tabi olanların “sayılarının çokluğunu” bir etken olarak almıştır (*Otto-Preminger-Institut/Austria*, B. No: 13470/87, 20/9/1994 § 56). Bu yöntem, yani Mahkemenin sayıyı dikkate alması kimi yazarlarca eleştirilmiştir (Tsakyrakis, S. (2009). “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7., No. 3., s. 481-482).

141 Basın özgürlüğü ile ilgili hak çatışmalarında nazara alınan bu kriter, bir kişi veya kuruma verilen yaptırımın başka gazeteci ve kurumları korkutması ve özgürlüklerini kullanma cesaretini kırması nedeniyle kişi sayısını

rica din ve ibadet hürriyeti ile laiklik ilkesinin (kamusal menfaat) çatıştığı hallerde olduğu gibi, çatışmanın diğer tarafındaki korunması amaçlanan kamusal menfaatin belirsiz sayıda insanın menfaatini ilgilendirmesi mümkündür. Bu yönüyle, hak-kamusal menfaat çatışmasında sayı etkili bir unsur olsa da tek başına etkili olamaz. Zira bu durumda, kamusal menfaat tarafındaki etkilenen sayısı her zaman fazla olacağı için hak her zaman dengesiz bir biçimde sınırlanmış olur. Sayı; tek kişi, grup veya bütün halk şeklinde ayrıma da tabi tutulabilir. Kolektif kültürlerde müdahale ve korumadan etkilenen kişi sayısının etkisi, grup ve toplum menfaatlerinin ön planda tutulması nedeniyle daha yüksek olabilir.

Kutsal Cuma kararı açısından, belirsiz sayıda geniş bir Hristiyan kitlenin Kutsal Cuma gününün sessizliği bağlamında din hürriyetini korumak için, Münih Düşünce Özgürlüğü Derneğince organize edilen etkinliğe katılan “belirli bir grup” kişinin din ve toplanma hürriyetleri sınırlanmıştır. Hak sahiplerinin sayısı tek etkili unsur olmasa da geniş bir halk kitlesinin kültürel olarak uzun yıllar uyguladığı bir ibadetin korunmasında, kanaatimizce dolaylı ve örtülü bir şekilde sayının etkisi vardır. Geniş bir halk kitlesi vurgusu kararda da vardır¹⁴².

Ramazan Davulu kararı bağlamında, bir yanda geniş bir halk kitlesinin din hürriyeti ve Ramazan davulu uygulaması korunmakta iken diğer tarafta somut olayda bir kişinin, özel hayata saygı hakkına müdahale edilmektedir. Yine sayının etkisi dolaylı bir şekilde vardır. Şunu da belirtelim ki kolektif ve dayanışmacı yanın ağır bastığı toplumlarda sayısal çoğunlu-

dolaylı bir şekilde artırır (Bkz. caydırıcı etki için Süngü, F. (2021). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında ‘Chilling Effect’ Kavramı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 39., s. 109 vd).

142 Mahkeme kararına göre, “yasama organı, halkın geniş bir kesimi için geleneksel, kültürel veya ideolojik/dini sebeplerle önem atfedilen günleri tatil günü olarak belirlemede, takdir yetkisi dahilinde serbesttir”... fakat bu diğer kültürel, dini ve ideolojik gruplara ölçsüz bir yük yüklememelidir (BVerfGE, 143, 161, § 66).

ğün menfaati bireyin hakkı karşısında daha fazla koruma bulmaktadır. *Ezan olayında* da daha yaygın ve köklü bir kültürel uygulamanın korunması söz konusu olduğu için, çoğunluğun kültürel uygulaması ile bir kişinin hakkı tartılmıştır. Dolayısıyla, özel hayata saygı hakkı tarafında olmasa da kamunun din ve inanç hürriyeti bağlamındaki menfaatinde kültürel çoğunluk sayı olarak etkili olmuştur¹⁴³.

IV. Müdahale ve korumanın şiddetini “müdahalenin süresi ve sürekliliği” de etkilemektedir¹⁴⁴. Çatışan hak veya ilkelere sınırlandırma süresinin uzunluğu veya hayat boyu sınırlandırılması, müdahalenin şiddetini ve hakkın ağırlığını artırabilir. Müdahale ve korumanın kısa, orta ve uzun vadeli olması, çatışan ilkeler üzerine ek yük getirmekte veya kullanımını daraltmaktadır. Bu faktörün müdahalenin şiddetine etkisi belirlenirken, kültürün doğrudan veya önemli bir etkisi olmayabilir. Bazı hâllerde, müdahale hakkı bir daha kullanılmaz hale getirerek özüne dokunabilir. Örneğin, *Evans/Birleşik Krallık* davasında, başvuru, kanser nedeniyle rahim tahliyesi ameliyatı öncesinde, erkek arkadaşı ile verdikleri ortak karar doğrultusunda embriyo ve spermlerini aynı tüp içinde dondurmuşlar, fakat erkeğin sonradan çocuk sahibi olmak istemediği için iradesini geri çekmesi nedeniyle, kadın bir daha çocuk sahibi olamayacak duruma gelmiştir. Zira birleşik bir şekilde dondurulan embriyolar da erkeğin rızasını çekmesiyle kullanılamaz hâle gelecektir¹⁴⁵. Bu durumda ister müdahalenin sürekliliği isterse öze yakın olması nedeniyle olsun, kadının özel hayatı veya çocuk sahibi olma hakkı, daha fazla ağırlık kazanmaktadır. Tıpkı *Evans/Birleşik Krallık* kararında azınlığın karşıoyunda belirtildiği gibi¹⁴⁶, *Kutsal Cuma* olayın-

143 Bkz. AYM’nin bu kararda sayısal açıdan çoğunluğu dikkate alarak dengeleme yaptığı noktasında eleştiri için Erdoğan, M. (2019). s. 363.

144 Bkz. müdahalenin süresinin dikkate alındığı bir karar için *Fahrettin Çakıroğlu ve Saim Çakıroğlu* [2. B.], B. No: 2016/12574, 25/9/2019, § 55.

145 *Evans/the United Kingdom*, B No: 6339/05, 10/4/2007, § 13 vd.

146 *Evans/the United Kingdom*, Mahkeme üyelerinden Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann ve Ziemele’nin ortak karşı oyu, § 7: “*Yasal*

da da Federal Alman AYM’ce, kanuni düzenlemenin mutlak ve istisnasız bir düzenleme getirmesi, somut olayda çatışan hak ve menfaatlerin tartılarak hakkaniyete uygun bir sonuca varmaya engel ve orantısız bulunmuştur¹⁴⁷. Böyle durumlarda, müdahale hayat boyu süren ağır bir külfete dönüşebilmektedir.

Kutsal Cuma olayı açısından değerlendirdiğimizde, din hürriyeti ile toplanma hürriyetine müdahalenin süresi yılda bir gündür. Aynı şekilde, Hristiyan kesimin din hürriyeti ile sessizliğin korunma süresi de yılda bir gündür. Bir günlük sürenin çok uzun bir süre olduğu söylenemez. Ancak, Bavyera Eyalet Parlamentosunun yasakların başlama saatini ileriye almasına dair tasarının gerekçesinde de belirtildiği gibi toplumsal yapı ve kültür değişimi nedeniyle artık “insanların gittikçe gece eğlencesine verdiği önem artmış” ve tek günlük sınırlandırma süresindeki “saatlerin ” bile önemi artmıştır. Ayrıca kültürel yapı, bir gün süreyle bir kesimin din hürriyetini koruyarak şikayetçilerin ve benzer durumdakilerin toplanma ve din hürriyetini bir gün süreyle kısıtlamada etkili olmaktadır. Kültürel olarak Kutsal Cuma’ya verilen önem veya o gün içerisinde vuku bulan dini olayın önemi/süresi, sınırlama sürenin genişliğinde etkilidir. Hatta, Federal AYM’nin iptal etmeden önceki hâlinde, Kutsal Cuma günündeki sessizlik diğer sessiz günlere göre, mutlak bir şekilde ve çok yüksek derecede korunmuştu. Bu da kültürel olarak Hristiyan çoğunluğun bu güne verdiği anlam ve önemden kaynaklanabilir.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında da sınırlandırma ve koruma süresinin tespiti, büyük oranda dini bir ibadet olan oruç ile geleneksel/kültürel bir kökene sahip olan Ramazan davulu uygulamasının süresine ve önemine bağlı-

düzenlemenin mutlaklığı, somut olaydaki çatışan menfaatlerin dengelenmesini dışlamaktadır... mevcut davanın şartlarında, J’nin ebeveyn olmama yönündeki tercihini uygun gören karar, başvurucunun tercihini mutlak ve nihai bir şekilde dışlamaktadır”.

147 BVerfGE, 143, 161, § 92, 120 vd.

dır. Her yıl bir ay süren Ramazan orucu ve Ramazan davulu uygulaması, bir yılda bir ay gibi uzun bir süredir. Somut olay açısından, 30 gün boyunca gece saat 3.30 civarında ortalama 10 dakika davul sesine maruz kalma ve uykudan uyanma şeklinde olduğu varsayılabilir. Özel hayata, hafif olmayan orta derecede bir müdahale söz konusudur. Söz konusu sürenin belirlenmesinde kültür etkili olduğu gibi Türk kültürü açısından müdahalenin zamanı ve süresinin de en azından “orta” düzeyde addedileceğini söyleyebiliriz. Ezan olayına bakıldığında, somut olayda başvuru sabah ezanının sesinden yakınmakla birlikte¹⁴⁸, ezan günde beş vakit yıl boyunca devam eden bir uygulamadır. Ezan uygulamasının süresi ve sürekliliği dinî kültür tarafından belirlenmektedir. Çoğunluk kültürü bu süreyi olağan ve hafif olarak algılasa da çoğunluğun dışında kalanların özel hayatına yapılan müdahalenin şiddetinin “orta” düzeyde olduğunu söyleyebiliriz.

V. Bir diğer müdahale/koruma derecesini belirleme aracı “zararın ya da yararın vuku bulma ihtimalinin derecesi”-dir¹⁴⁹. Bu araç, açık ve mevcut tehlike kriterini de andırmaktadır. Buna göre, özellikle kamusal menfaat ile hakkın çatıştığı hâllerde, kamusal menfaatin göreceği zarar, ihtimale dayalı olarak tayin edilmekte; bu zararın vuku bulmaması için hak orantılı şekilde sınırlandırılmaktadır. Örneğin ifade hürriyeti ile milli güvenlik çatıştığında, özellikle halkı kin ve düşmanlığa tahrik vb. gibi suçlar söz konusu olduğunda, ülkedeki iç güvenliğin uğrayacağı zararın kesin bir şekilde vaki olup olmayacağı belirsizdir. Burada da vuku bulma ihtimalini “düşük ihtimal, öngörülebilir, yüksek ihtimal/kesin” şeklinde derecelendirebiliriz¹⁵⁰. Kolektif kültürün hâkim olduğu toplumlar-

148 Sadece sabah ezanından yakınıldığı varsayımında, güneş doğmadan erken vakitlerde okunması nedeniyle özel hayata olan etkisi önemsiz değildir.

149 Bu kriteri Alman Federal AYM’si, epistemik belirsizliğin belirlenmesi ve bu bağlamda denetimin seviyesini tespit etmede kullanmaktadır (BVerfGE 50, 290, § 131). Bkz. ayrıca Alexy, R. (2021). s. 171; Barak, A. (2012). s. 358.

150 Krş. Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 77. Yazarlara göre, Alexy’nin teorisinde, epistemik belirsizliği, Anayasa Mahkemesinin yapacağı

da veya ülkenin içinden geçtiği şartlara bağlı olarak kamusal menfaatin düşük ihtimalle uğrayacağı bir zarar yüksek ihtimal gibi algılanabilir.

Kutsal Cuma olayı açısından değerlendirdiğimizde, somut olaydaki davranışlar örneğin film izleme veya Rock müzik eşliğinde dans etme etkinliklerinin, Kutsal Cuma'da korunmak istenen sessizliğe “kesin” bir zarar vereceği söylenemez. Aksine “kesin bir şekilde” zarar vermeyeceği de söylenemez. Açıkçası burada, epistemik anlamda belirsizlik vardır. Bu nedenle Federal Alman AYM, istisnai halde somut şartlara göre idareye, etkinliğin sessizliğe zarar verici olup olmadığını değerlendirme imkânı sunan esnek bir düzenleme olmaması, aksine mutlak yasaklayıcı bir düzenleme olması nedeniyle iptal kararı vermiştir. Aşağıda epistemik güvenilirlik başlığı altında bu husus daha ayrıntılı tartışılmıştır. Sonuç olarak müdahalenin veya korumanın vuku bulma ihtimalinin derecesine, kültürün doğrudan etkisi tespit edilememiştir.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında ise Ramazan'da davul çalınmasının doğrudan bu geleneği korumaya ve karşısında özel hayatı sınırlandırmaya etkisi bulunmaktadır. Yani bir hakka yönelik getiri ile diğer hakkın uğrayacağı zarar “kesin” olarak görülebilir. Zararın vuku bulma derecesi açısından da olayın kendi özel şartları etkilidir, kültürel bir yön yoktur. Ezan olayında da ezanın özel hayata etkisinin gerçekleşme ihtimalinde yine bir kültürel etki tespit edilememiştir. Fakat ezan sesinin desibelinin iyice düşürülmesi veya hoparlör ile ezan uygulanmasından vazgeçilerek çıplak sese dönülmesinin (ki eskiden geleneksel uygulama bu şekilde imiş), çoğunluğun din hürriyetine vereceği zararın gerçekleşme ihtimali daha belirsizdir. Bunda da kanaatimizce kültürel bir yön bulunmamaktadır.

denetimin seviyesiyle birbirine bağımlı kılmak yerine “güvenilir ($c = 2^0$), “ortalama güvenilir” ($a = 2^{-1}$), ve “güvensiz/düşük güvenilir” ($u = 2^{-2}$) şeklinde bağımsız bir şekilde tasnif etmek daha doğrudur (Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 77).

VI. Çatışan haklara yönelik müdahale ve korumanın derecesini tespit etme etkili diğer bir araç da eklenen hak/ilke etkisidir¹⁵¹. Burada eklenen hak/ilke, tartım formülüne doğrudan dâhil edilecek değişken olarak mı yoksa dolaylı bir şekilde müdahalenin yoğunluğunu etkileyecek şekilde mi konumlanmalıdır sorusu önem arz etmektedir. Alexy, eğer üçüncü bir ilke çatışan hak veya ilkelerden birisi ile üst üste biniyorsa, o zaman onun tarafında dolaylı bir şekilde ağırlığa etki edebileceğini ama haklardan birisi ile üst üste binmiyorsa o zaman bağımsız bir ilke olarak tartım formülünde yer alabileceğini belirtmiştir¹⁵². Bu gibi durumlarda, eğer çatışmanın bir tarafında birbirinden bağımsız (heterojen) iki hak söz konusu ise, her iki hak da kümülatif bir şekilde hem somut ağırlık açısından hem de aşağıda görüleceği üzere soyut ağırlık açısından tartım formülünde yer alır.

Kimi zaman, maddi haklar/ilkeler (*substantive principles*) ile demokrasi gibi şekli haklar/ilkeler (*formal principles*) çatışma içerisinde olabileceği gibi bir usulî/şeklî ilke, çatışan maddi hakların bir tarafını destekleyen “eklenen bir ilke” olarak konumlanabilir¹⁵³. Örneğin, demokratik meşruluk, yasama organının karar verirken kullandığı takdir yetkisinin dayanağı olan bir usulî ilkedir. Bu durum çatışan haklardan birinin bulunduğu tarafın ağırlığını etkileyebilir, en azından takdirin o haktan tarafa kullanılmasına dayanak teşkil edebilir¹⁵⁴.

Keza AİHM’in ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı kapsamında oluşturduğu dengeleme kriterlerinden birisi olan “ifadenin/haberin güncel bir kamusal tartışmaya/kamu yara-

151 Smet, S. (2017). s. 165-169; Köküsarı, İ. (2020). s. 270, 280.

152 Alexy, R. (2021). s. 173; Borowski, M. (2021). s. 151-152.

153 a.g.e. s. 155.

154 Krş. Borowski, M. (2021). s. 138, 158; Klatt, M. ve Schmidt, J. (2012). s. 97. Borowski’nin sınırlı denetim teorisinde, demokratik meşruiyet bağlamında yasama organının takdir yetkisini temsil eden bir şeklî ilkeyi, tartım formülünü genişleterek Pf sembolüyle entegre etmiş, böylece bir şeklî ilke, çatışan maddi hakların/ilkelerin yanında somut ağırlığa etkili bir değişken olarak yer almıştır (Borowski, M. (2021). s. 138, 155 vd.).

rına olan katkısı” da bu bağlamda değerlendirilebilir. Yani, kamu yararına olan katkı, aslında bir ilkenin çatışan hakların ağırlığına etki etmesidir.

Konumuza yani *Kutsal Cuma, Ramazan Davulu* ve *Ezan olaylarına* kültürün etkisi bağlamında yaklaştığımızda, Kutsal Cuma olayında, bir tarafın din hürriyeti söz konusu iken diğer taraf olan şikayetçilerin din hürriyeti ile toplanma hürriyeti söz konusudur. Bir çatışmada, müdahalenin konusunun birden fazla hak olması hâlinde, öncelikle bu hakların bütünüyle örtüşüp örtüşmediğine bakılmalıdır. Diğer bir deyişle, olaydaki müdahale aracı toplantıyı engelleyerek toplantı hürriyetine ve bu engellemenin sonucu olarak din hürriyetine müdahale ediyorsa, örtüşme nedeniyle iki bağımsız hak değil, ikisinden birisi “eklenen hak/ilke” olabilir. Bu durumda, ana hakka yapılan müdahalenin şiddeti eklenen hakkın soyut ağırlığı tarafından ağırlaştırılmış olur. Somut olayda, bir tarafta somut ağırlığın tespiti açısından iki bağımsız hakkın varlığı daha muhtemel görünmektedir. Kültürün etkisine bakıldığında, din hürriyetinin, toplantı hürriyetine yapılan müdahalenin ağırlaşmasına etki etmesinde veya iki bağımsız hak olarak görülmesinde doğrudan bir rolü bulunmamaktadır.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında, ortada eklenen bir hak veya ilke yok denilebilir. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ise somut olayda özel hayata saygı hakkı ile bütünüyle örtüştüğü için, eklenen bir etkisi de söz konusu değildir. Aynı şekilde Ezan olayında da ne eklenen hak/ilke ne de kültürün rolünden bahsedilebilecek bir durum vardır¹⁵⁵.

VII. Son olarak kimi hak çatışmalarında, tarafların geçmişte kendi sorumluluklarına uygun (özenli) davranıp davranmadığı ve yakındığı duruma kendi kusurunun katkısı, müdahalenin/korumanın şiddetini belirlemede etkili bir kriter

155 AYM her iki kararda da, başvurucunun ibadete zorlandığı noktasındaki iddiasını, negatif din hürriyeti kapsamında yetersiz görmüştür (Bkz. D.Ö. (4), § 36).

olarak nazara alınmaktadır¹⁵⁶. Örneğin, ifade hürriyeti veya basın hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışmasında, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia eden tarafın, “geçmişte kendi özel hayatına dair görüntüleri ve bilgileri ifşa etmiş olması”, özen yükümlülüğüne aykırı davranma veya geçmişteki davranışının olumsuz etkisi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ağırlığını düşürmüştür¹⁵⁷. Diğer yandan, basın mensupları, gerçekliği araştırma, iyi niyetli olma vb. etik yükümlülüklerine uygun davranmaz veya kamu görevlisi/işçi, ifade hürriyetini kullanırken sır saklama yükümlülüklerine uygun davranmazsa, ifade ve basın hürriyetine yapılan müdahalenin şiddeti azalmakta, bu haklara müdahale daha hafif algılanabilmektedir¹⁵⁸. Bazı çatışmalarda ise hak sahibinin geçmişteki kusurlu ve özensiz davranışı, kendi hakkına yapılan müdahalenin derecesini düşürebilmektedir. Örneğin mülkiyet hakkı ile ilgili bazı kararlarda, aracının müsadere edilmesinden yakanın başvurucunun mülkiyet hakkı ile ilgili talepleri, aracını noter harici/sözlü olarak devrettiği için kusurlu davrandığı vurgulanarak bu davranışın mülkiyet hakkının ihlalindeki olumsuz etkisi nazara alınmıştır¹⁵⁹.

156 AİHM’nin çeşitli kararlarında bunu görmek mümkündür: *Axel Springer AG/Germany*, § 92; *Pedersen and Baadsgaard/Denmark*, B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 78; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés/France*, B. No: 40454/07, 10/11/2015, § 130; Köküsar, İ. (2020). s. 277, 303.

157 Bu durum, kanaatimizce hukuki argümantasyonda ve hukuk teorisinde kullanılan “venire contra factum proprium” (önceki davranışla çelişki yasağı) şeklindeki ilkenin bir görünümüdür (Bkz. Dajczak, W. (2019). “Venire contra factum proprium nemini licet – Changing Fortunes of the Maxim Demanding Constancy in Conduct”, *Forum Prawnicze*, s. 34 vd.; Akyol, Ş. (2006). “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasağı)”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 77 vd.).

158 Bkz. *Axel Springer AG/Germany*, § 93 vd.; *MGN Limited/the United Kingdom*, B. No: 39401/04, 18/1/2011, § 141; *Pedersen and Baadsgaard/Denmark*, § 78.

159 *Eyyüp Baran* [1.B.], B. No: 2014/8060, 29/9/2016, § 90 vd. Bkz. ayrıca Gemalmaz, H. B. (2018). *Mülkiyet Hakkı*, AYM El Kitapları Serisi 6, Ankara: AYM Yayını, s. 166 vd. Ayrıca bkz. malikin kendi hata veya davranışlarını dengelemede bir unsur olarak gören AİHM kararları için *Silickienel/Lithuania*, B. No: 20496/02, 10/4/2012, § 66; *Andonoski/The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, B. No: 16225/08, 17/9/2015, § 34.

Konumuz açısından genel olarak bir kimsenin bir hukuki ilişkiyi veya eylemi, bilerek yani farkında olarak yaptığı hâlde sonradan bundan yakınması durumunda “bilme ve farkındalık”, yakınılan durumun ağırlığını hafifletici bir unsur olmaktır¹⁶⁰. Örneğin ezan veya kilise sesinden yakınan birisinin, bu mahalleye bu durumu bilerek taşınmış olması, kamu menfaati veya başkalarının hakları ile kendisinin özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde, müdahalenin şiddetini hafifletici bir etken olarak görülebilmektedir¹⁶¹.

Kutsal Cuma olayı açısından değerlendirdiğimizde, Federal Alman AYM tarafından aktarılan bilgilere göre yerel mahkeme, ilgili fiillerin toplantı hürriyetine kategorik olarak dâhil olup olmadığını değerlendirmesi sırasında, şikâyetçilerin etkinliğe çağrı yaparken “bir görüş bildirme amacıyla değil de eğlence ve dans amacıyla bir araya gelecekleri intibası verdiği” gerekçesiyle, toplantı hürriyetinin kapsamına girmediği yönünde kanaate varmıştır¹⁶². Fakat bunda kültürel bir etkinin olduğu söylenemez.

Ramazan Davulu olayı bağlamında bakıldığında, gerek Ramazan davulu çalanların ve yazılı izni çıkaran muhtarın gerekse başvurucunun kötü niyetini veya kusurunu gösteren geçmiş bir davranışı söz konusu değildir. Bunların kültürle ilişkisi de o nedenle değerlendirilemez. Ezan olayında, baş-

160 Kişinin önceki davranışı ile çelişmesi, önceki davranışına güvenildiği için hukuki olarak sonraki işlemlerini etkilediği gibi onun dürüstlüğü ve hakkını kötüye kullanmaması için de önemlidir (Bkz. önceki davranışla çelişmenin unsurları hakkında Akyol, Ş. (2007). *Medeni Hukukta Çelişki Yasası*, İstanbul: Vedat Kitabevi, s. 13 vd.).

161 Kilisenin çan sesinden rahatsız olan mahalle sakininin açtığı davada, Nürnberg Bölge Mahkemesi, Regensburg Mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararının temyiz yoluyla bozulması talebini reddetmiştir. Regensburg Mahkemesinin ret gerekçelerinden birisi de davacının üç yıl önce *bu durumu bilerek* Kilisenin bulunduğu yere taşınması ve Kilisenin 125 yıldır orada bulunmasıdır (OLG Nürnberg v. 10/4/2024 - 4 U 2356/23, Karara Dair Basın Açıklaması, <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/oberlandesgerichte/nuernberg/presse/2024/15.php>, (Erişim Tarihi: 29/4/2025))

162 BVerfGE, 143, 161, § 13.

vurucu ezanından rahatsız olduğu caminin yakınına bu durumu bilerek taşınmış olsaydı, tek başına sonucu belirlemese de müdahaleyi hafifletici bir etken olabilirdi. Sonuç olarak her iki olayda da önceki davranışın değerlendirilmesi ve buna kültürün etkisi söz konusu değildir.

Görüldüğü gibi başka etkenlerin yanında kültürel normlar, belirli bir müdahalenin hafif mi yoksa ağır mı olarak görüleceğini şekillendirebilir¹⁶³. Örneğin dinî özgürlüğün kullanımına yönelik bir kısıtlama, seküler bir toplumda farklı, dindar bir toplumda farklı algılanabilmektedir¹⁶⁴. Yani müdahalenin şiddeti, bazı somut faktörlere dayalı olduğu kadar bağlama da dayalı bir faktördür. Bir toplum, belirli bir kısıtlamayı ne kadar ağır algılıyorsa müdahale o kadar şiddetli sayılır. Bu algı, kültürel normlar, tarihsel tecrübeler ve hâkim değerler tarafından şekillendirilebilir.

3. Hakkın Soyut Değerinin Tespitinde Kültür

Soyut ağırlık, somut olaydaki çatışma şartlardan bağımsız olarak diğer haklara kıyasen belirlenen bir ağırlıktır¹⁶⁵. Hakkın soyut ağırlığı yüksek ise aslında aynı zamanda o hakka yapılan müdahale de daha ciddi olarak algılanabilmektedir¹⁶⁶. Bu yönüyle soyut ağırlıkla somut ağırlık birbiri ile yakından bağlantılıdır. Kural olarak anayasal-normatif düzeyde eşit olan haklar, toplumsal açıdan eşit olmayabilir. Söz gelimi yaşam hakkı, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkından (genel eyleme özgürlüğü) daha yüksek bir soyut ağırlığa sahip olabilir. Çatışan hakların her ikisi de aynı derecede soyut ağırlığa sahip ise, tartım formülünde yer vermeye gerek bulunmamak-

163 Krş. Barak, A. (2012). s. 350, 361.

164 Federal Alman AYM'ye göre bir dini kuralın önemi ve takipçiler için bağlayıcılık düzeyi, müdahalenin ağırlığı ve çatışan hakların dengelenmesinde etkili olabilir (BVerfGE, 143, 161, § 108).

165 Klatt, M. ve Meister, M. (2012). s. 690.

166 Klatt, M. (2021). "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41., No. 2., s. 339.

tadır¹⁶⁷. Eğer bir hakka farklı ağırlıkta soyut değer atfedilecekse bunun rasyonel olarak gerekçelendirilmesi¹⁶⁸ ve toplumsal (harici) unsurlarla desteklenmesi gerekecektir. Söz konusu temellendirmede en önemli araçlardan birisi ilgili toplumun temel değerleri ve “kültürü”dür¹⁶⁹. Örneğin Alman anayasal düzeni açısından en yüksek değerlerden biri olan “insan onurunun” soyut olarak diğer haklara göre yüksek bir ağırlığının bulunmasının sebebi, Nazi geçmişinde insan onurunun

167 Alexy, R. (2003). s. 440; Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, J. (Çev.), United Kingdom: Oxford University Press, (Postscript), s. 406; Alexy, R. (2021). s. 161. Burada değinilmesi gereken bir başka soru, ilke olarak görülen haklar arasında soyut ağırlık farklılıkları olabılırken, bir hak ile kamusal menfaat çatışmasında, hak Dworkin vb. yazarların iddia ettiği gibi *prima facie* yüksek bir soyut ağırlığa mı sahip olacak yoksa, zorunlu olarak haklar ve kamusal menfaatler (kamusal ahlak, genel sağlık, genel güvenlik vs.) aynı soyut ağırlıkta “ilkeler” olarak mı görülecektir. Kanaatimizce, daha yüksek bir kamusal menfaati korumak için hakları istisnai bir şekilde ve daha zor şartlarda sınırlandırmak için en azından hakların soyut ağırlığını, kamusal menfaatlerin soyut ağırlığından yüksek kabul etmek gerekir (Bkz. tartışmalar ve aksi görüşler için Klatt, M. (2014). “An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Reply to Luc B. Tremblay”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., s. 892 vd.). Gerçi, hakların devlete takaddüm ettiğini ve bireysel hakların devlete öncelikli olduğunu iddia eden liberal demokrasilerin ve anayasaların, kültürel çeşitliliğe ve çoğulculuğa yer açamayacağı noktasında eleştiriler olsa da, biz bunlara katılmıyoruz (Tremblay, L. B. (2014). s. 873-878). Çünkü devlete takaddüm etmek ile haklara kamusal menfaatler karşısında *prima facie* yüksek bir soyut değer atfetmek ayrı şeylerdir (Klatt, M. (2014). s. 896).

168 Klatt, M. (2021). s. 342.

169 Barak’a göre, hem somut (*marginal social importance*) hem de soyut ağırlık (*social importance*) toplumun kültürel, tarihi ve kendi karakteristik özellikleriyle oluşan algıdan etkilenir (Barak, A. (2012). s. 350, 361). Krş. Sieckmann, J. (2016). “Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing”, in Meßerschmidt ve K., Oliver-Lalana, A. D. (Eds.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Switzerland: Springer, s. 365-366; Beschle, D. L. (2004). “Kant’s Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 31., s. 962-963; Pulido, C. B. (2006). “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol. 92., No. 2., s. 207. Gözler, haklar arasında “biyolojik, psikolojik, sosyolojik, etik vb.” açılardan önem sıralaması olabileceğini ve bunun toplumun ve bireylerin ona attığı önem ve değerle ilgili olduğunu, fakat haklı olarak bu sıralamanın anayasal olarak normatif bir hiyerarşi oluşturmadığını belirtmiştir (Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 252).

ağır zarar gördüğü bir dönemden geçilmiş olmasıdır¹⁷⁰. Bu da toplumun tarihî tecrübelerinin, hakkın soyut ağırlığını tespit eden mevcut toplumsal kültüre yansımasıdır.

Hakların soyut ağırlıklarını da kolaylaştırıcı olması açısından, “yüksek”, “orta” ve “hafif” olmak üzere üç ağırlık derecesine ayırabiliriz. Somut bir çatışmadaki hakların hangisi olduğuna göre, soyut ağırlığını tespiti kolay veya zor olabilir. Örneğin yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı çatışmasında, yaşam hakkının yüksek bir soyut ağırlığı olduğu mülkiyet hakkına göre daha kolay tespit edilebilir. Kısacası, her iki hak da aynı derecede örneğin yüksek veya orta bir ağırlığa sahip ise bunların sonuca etkisi olmayacaktır. Fakat biri yüksek diğeri orta veya biri hafif diğeri yüksek ise tartım formülünde haklardan biri lehine veya aleyhine ağırlığı etkileyecektir.

Bir hakkın belirli bir toplumdaki soyut ağırlığını çok çeşitli faktörler etkileyebilir. Tarihsel gelişmeler, ekonomik yapı, dinî yapı, iklim, kültür ve gelenekler vb. toplumsal değişkenler soyut ağırlığı belirlemedeki toplumsal algıyı ve tutumu oluşturmaktadır. Dahası anayasal düzenlemeler, hakkın evrensel doğası (ör. yaşam hakkı ve insan onuru vs.) ve öğreti gibi faktörler de soyut önemi belirlemede etkilidir¹⁷¹. Eğer belirli bir uygulama köklü ve yaygın bir kültürel gelenekse (örneğin Türkiye’de, Ramazan’da davul çalmaya göre ezan uygulamasının kültürel açıdan yeri daha köklü), bağlantılı

170 Barak, A. (2013). “Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right”, *Proceedings of British Academy*, 192, s. 369. Bkz. ayrıca Federal Alman AYM’nin kararında da insan onuru açısından bu tarihsel gerçekliğe atfı bulunmaktadır (BVerfGE 90, 241, § 40-43).

171 Krş. Barak, A. (2012). s. 350, 361. Bkz. insan onurunun soyut ağırlığı konusunda, Teifke N. (2018). “Balancing Human Dignity: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right”, in Grimm, D., Kemmerer, A. ve Möller, C. (Eds.), *Human Dignity in Context*, Germany: Nomos Publisher, s. 236 vd. Bir görüşe göre, insan onuru Alman hukuk sistemi içinde en yüksek soyut değere sahiptir, bütün hak çatışmalarında (kimisine göre mutlak haklar da çatışmaya girmez), yüksek bir soyut ağırlığı vardır. Ancak, insan onuru ile insan onurunun çatıştığı durumlarda, her ikisi de eşit ağırlıkta olduğu için, dengelemede ağırlığa etkili olmaz (Alexy, R. (2021). s. 209).

hakkın soyut ağırlığı da kültürel olarak daha yüksek olabilir. Farklı bir kültürel bağlamda, ezanın hoparlör ile okunmasına hiç izin verilmezken¹⁷² o kültürün bir parçası olan Kutsal Cuma'nın sessizliği daha yüksek bir soyut önemde olabilir.

Bazı toplumlar daha toplulukçu ve dayanışmacı özelliklere sahip olduğu için kolektif değerleri bireysel haklardan daha fazla önemser. Böyle durumlarda, bir hakkın sınırlandırılması, daha önemli bir toplumsal menfaati ifa ettiği sürece (örneğin, millî birliği korumak) önemli bir müdahale olarak görülmeyebilir. Aynı şekilde eğer bir hak uzun yıllar güçlü bir şekilde korunmuşsa, aniden sınırlandırılması da daha müdahaleci görünebilir. Ancak aynı hak, her zaman belirli sınırlamalara tabi olmuşsa, sınırlama daha hafif bulunabilir. Fakat tek başına kültürel yapının hakkın soyut değerini belirlemesi mümkün ve doğru değildir. Zira kültür bazı hallerde evrensel görülen hakların soyut değerini, keyfi olarak sınırlayacak derecede önemsizleştirebilir.

Bir hakkın soyut ağırlığını/değerini anayasa koyucu ve anayasal düzenlemeler farklı derecede belirleyebilir. Bu kapsamda, sınırlandırılmaz haklar veya bütün anayasal düzenin temel değeri olan insan onuru gibi haklar anayasal olarak daha önemli addedilebilir. Bu hem anayasal/normatif olarak üstün olduğunu hem de soyut değerinin yüksek olduğunu gösterir. Örneğin yaşam hakkının soyut ağırlığı mülkiyet hakkınınkinden yüksektir¹⁷³. Bu, hem evrensel hem de kültürel olarak belirlenmiş olabilir.

Hakkın genel olarak kendisinin soyut ağırlığı ile kapsamı içindeki bir görünümünün soyut ağırlığı değişebileceği gibi

172 Örneğin Almanya'da kural olarak izin verilmemekte, bazı yerlerde dava süreçleri sonrasında Cuma günü 15 dakikalık süre için, belirli ses sınırları dahilinde izin verilmiştir (Bkz. *VG Gelsenkirchen*, VG 8 K 2964/15, 1/2/2018; *OVG Münster*, 8 A 1161/18, 23.09.2020, https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemittelunge_n/01_archiv/2020/74_200923/, (Erişim Tarihi: 10/7/2025))

173 Klatt, M. (2011). s. 699.

bir dönemde toplumsal önem ve soyut ağırlık yüksek iken aradan uzun bir zaman geçip toplum değiştiğinde, hakkın veya bir görünümünün önemi ve soyut ağırlığı azalabilir. Örneğin, Kutsal Cuma gününe veya kutsal günlerin sessiz gün olarak korunmasına dair kanuni değişikliklerin gerekçelerinde toplumsal değişim açıkça ifade edilmiştir. Daha somut bir deyişle, Bayern Eyaleti Tatil Yasası'nda 2013 yılında yapılan değişiklik gerekçesinde açıkça "Sessiz Günlerin Hristiyan kültürel geleneklerin ve değerlerin korunması için önemli olduğu ve kültürel, tarihi ve dini temelleri hatırlama fırsatı vereceği" belirtilmiştir¹⁷⁴. Buna karşılık aynı tasarıda, yasanın değiştirilmesi esnasında Parlamentonun toplumdaki hayat tarzı değişiminin çatışan hakların dengelenmesinde dikkate alınması gerektiği vurgulanarak, sessizliğin başlama saatinde değişiklik yapma ihtiyacı ortaya konulmuştur¹⁷⁵. Aynı şekilde Baden Württemberg Tatil Yasası'nda 2015 yılında yapılan değişiklik tasarısının gerekçesinde, toplumsal değişime uygun olarak çok katı olan dans yasağı maddesinin daha da esnetileceği belirtilmiştir¹⁷⁶.

Kutsal Cuma kararındaki olayı soyut ağırlık bağlamında değerlendirecek öncelikle yasamanın ilgili haklara attığı soyut ağırlığı, bu soyut ağırlığın nasıl belirlendiği ve Hristiyan kültürünün bu ağırlığa etkisi önem arz eder. Kutsal Cuma günü, Hristiyanlıkta Hazreti İsa'nın çarmıha gerildiği gün olarak kabul edilir ve özellikle Almanya gibi Hristiyan geleneğine sahip ülkelerde derin kültürel ve dinî öneme sahiptir. Bu nedenle, bu günün "sessiz gün" olarak korunması, ülkenin kültürel ve dinî mirasının bir yansımasıdır. Olayda, Bayern Eyalet Parlamentosu, 1980 yılında Pazar ve Resmî Tatillerin Korunması Kanunu'nu çıkarmış ve bu Kanun'da Kut-

174 Bayerischer Landtag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/15696, 20/2/2013, s. 3.

175 Bayerischer Landtag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/15696, 20/2/2013, s. 3.

176 Entwurf, Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Sonntage und Feiertage, https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/IM/150714_Gesetzesentwurf-Feiertagsgesetz.pdf, s. 5, (Erişim Tarihi: 20/5/2025)

sal Cuma gününü resmi tatil ve sessiz gün olarak belirlemiştir. Hatta sessizliği, günün ciddiyetine aykırı olmayan kamusal etkinlikler hariç spor, müzik vs. dahil mutlak bir şekilde koruma altına almıştır¹⁷⁷. Diğer eyaletlerle de örneğin Baden Württemberg eyaletinin Pazar ve Tatil Günleri Kanunu'nda da Kutsal Cuma günü resmî tatil günü ve sessizlik açısından özel olarak korunan günlerden olarak belirlendiğini¹⁷⁸ görüyoruz. Özetle, bütün Alman toplumuna şamil bir şekilde, Kutsal Cuma resmî tatil ve sessizlik açısından özel olarak korunan bir gündür. Kutsal Cuma günü açısından, derneğin etkinliğine katılanların toplanma ve din hürriyetinin, bu günü kutlayanların din hürriyeti ile eşit soyut ağırlıkta olduğu söylene bile, kültürün etkisi dışlanamaz.

Kutsal Cuma olayında, Kutsal Cuma'yı kutlayanların din hürriyeti ile (hatta Federal Alman AYM'ye göre, kutlamayan ve farklı dünya görüşünde olanların da dinlenme hakkı) şikayetçilerin din hürriyeti ve toplanma hürriyeti bir soyut önem değerlendirilmesinden geçirilmiştir. Aslında Federal Alman AYM'nin belirttiği gibi, somut olaydaki şikayetçilerin haklarının dışında, diğer insanların çalışma hakkı, serbest teşebbüs hakkı ve mesleki özgürlükler, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı (genel eyleme özgürlüğü) ve sanat hakkı da Kanun'un düzenlemesi kapsamında resmî tatillerden etkilenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Yani Parlamento söz konusu düzenlemeyi yaparken bu hakların soyut ağırlığını da tartmış olmaktadır. Kültürel olarak Kutsal Cuma günündeki sessizliğin daha yüksek derecede korunması, diğer günlere göre daha yüksek soyut önem atfedildiğini gösterebilir. Bunda Hristiyan kültürde bugüne verilen önemin etkisi inkâr edilemez. Ayrıca

177 Böylece Kanundaki diğer günlere kıyasen İsa Peygamberin çarmıha gerildiği günün yas günü olarak algılanması nedeniyle daha fazla sessizliği gerekli görmüş olabilir.

178 Fakat, Kanunun 12. maddesinin 1. ve 2. fıkrası ile yerel veya bölgesel polise, istisna ve muafiyet tanıma yetkisi verilmiştir (1/4/1995 Tarihli Baden Württemberg Pazar ve Tatil Günleri Yasası). Örnek olarak verilen bu durum muhtemelen başka eyaletlerde de söz konusudur.

çatışmanın bir tarafında birbirinin içinden çıkmayan ve ayrı değerleri koruyan bağımsız hakların varlığı (heterojen) hâlinde, onların hem somut hem de soyut ağırlık ağırlıklarının toplanarak diğer taraftaki hakla tartılması mümkündür¹⁷⁹. Bu olayda, din hürriyeti ile toplanma hürriyeti arasındaki ilişki, ifade ile basın hürriyeti arasındaki gibi değildir. Onlar kural olarak ayrı ve bağımsız haklardır. İkisi de farklı hak sahibinin farklı değerlerini korur, bu nedenle ayrı haklar olarak değerlendirilebilir.

Türkiye'deki *Ramazan Davulu* ve *Ezan* olayını soyut ağırlık açısından değerlendirirsek ortada din hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışması söz konusudur. Bu hakların, özellikle Türk hukuku ve kültürü açısından, soyut ağırlığının birinin diğerinden yüksek olduğu söylenemez. Yani gerek anayasal düzenleme, gerek yargısal uygulama gerekse kültürel yapı açısından, her ne kadar büyük oranda dindar bir toplum olarak dine bağlılık yüksek görülse de din hürriyetinin özel hayat karşısında yüksek bir soyut ağırlığı bulunmamaktadır¹⁸⁰. Somut olaylar açısından, ister orta düzey isterse yüksek düzey bir soyut ağırlığı olsun, eşit olduğu için sonuca etkisi yoktur.

Sonuç olarak *Kutsal Cuma*, *Ramazan Davulu* ve *Ezan* olayını kültürün etkisi açısından bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, her üçünde de çoğunluğun takip ettiği kültürel bir uygulama, hakkın sınırlandırılmasına yol açmıştır. Federal Alman AYM, yapılan sınırlandırmayı orantısız bularak iptal etmiş iken Türk AYM her iki kararda da ihlal tespit etmemiştir. Alman AYM'nin kararındaki iptal, düzenlemenin çok katı ve mutlak olmasına odaklanmış, bunun dışında Mahkeme iptalin sebebi olarak kültür ile ilgili bir değerlendirme yap-

179 Alexy, R. (2021). s. 173; Borowski, M. (2021). s. 151-152.

180 Aslında bazen, özel hayata saygı hakkının bir görünümü, din hürriyetinden soyut olarak daha ağır görülebilir iken bazı hallerde din hürriyeti özel hayata saygı hakkının bir görünümünden soyut olarak daha ağır görülebilmektedir. Bu da hakların görünümünün de kültürel ve toplumsal olarak soyut ağırlığının değiştiğini göstermektedir.

mamıştır. Türk AYM, sabah ezanının ve Ramazan davulunun geleneksel, dinî ve kültürel köklerine vurgu yapmış, haklara yapılan müdahaleyi hafif bularak ihlal tespit etmemiştir. Türk AYM'nin her iki kararında da çatışan menfaatler arasında açık bir dengelemeye dahi başvurmaya gerek duymaması, çoğunluğun kültürüne fazla ağırlık verdiğine işaret etmektedir.

SONUÇ

Hukuk ve haklar bir toplumun ve onun anayasal kültürünün içerisinde gelişir ve değişir. Anayasalarda hakların isimleri çoğunlukla benzer veya aynıdır fakat kapsamı, koruma alanı ve çatışmaların çözümü, birçok unsura göre değişir. Hak uyuşmazlıklarının çözümünde de ekonomi, ülkenin koşulları, hukuk sistemi, dinî anlayışı, siyaseti gibi unsurların yanında kültürü, gelenekleri ve değerleri de etkilidir.

Ayrıca, belirli bir grubun ve toplumun üyesi olarak büyümüş olan ve ilgili toplumun eğitim kurumlarında eğitim almış kişi, yargıç veya yönetici olduğunda, bir ilkenin soyut önemini veya somut müdahalenin şiddetini belirlerken, ait olduğu kültür ve onun kimliğini taşıyarak yorum yapar ve karar verir. O nedenle, yine Türk kültüründeki bir hak çatışmasını, örneğin *Ramazan Davulu* veya *Ezan* olayını, farklı kültürde yetişmiş bir yargıç çözmeye çalıştığında, farklı bir ağırlık tayin edebilir. Yargıçlar özellikle dışsal gerekçelendirme içinde ahlaki değerlendirme ve temellendirme yapmak zorunda kalmaktadır. Zira insan onuru, adalet, yaşam, özgürlük gibi kavramlar başlı başına ahlaki değerler olduğu gibi insan hakları ve çatışan menfaatleri tartmanın içerisinde doğal olarak değersel bir yön vardır. Yargıç tarafından yapılan bu ahlaki değerlendirme/temellendirme, tamamıyla toplumdan ve bağlamdan yalıtılmış bir şekilde yapılamaz. Bu nedenle, bir toplumun kültürel değerleri, tarihî tecrübeleri ve o toplumdaki ahlaki anlayış, kaçınılmaz olarak yargıcın yorumuna ve haklara atfedeceği ağırlığa yansımaktadır.

Kültürü, “bir toplumun yaşam tarzının, inancının ve haya-

ta bakışının, mimari, eğitim, hukuk, yemek, giyim vb. alanlara yansması” olarak algıladığımızda, bir anlamda çoğunluğu merkeze almış oluyoruz. Bu kapsamda, içsel gerekçelendirme olarak adlandırılan tartım formülü içinde kültürün yer alamayacağı sonucuna üç adet yöntem denenerek varılmıştır. Birincisi, içsel gerekçelendirme olan tartım formülündeki bütün değişkenlere “K, kültür” etkisi formülde atanarak araştırılmıştır. Fakat bu yöntem, bütün değişkenleri belirleyici tek faktörün kültür olması mümkün olmayacağı için, kültürün rolünü tespit etmede yetersiz kalmıştır. Dahası, bu birinci yöntemdeki kültürün etkisinin de içsel gerekçelendirmeden ziyade dışsal gerekçelendirmeye ait olduğu sonucuna varılmıştır. İkinci yöntemde ise Borowski’nin sınırlı denetim adlı teorisiyle Alexy’nin tartım formülüne epistemik belirsizliğin varlığı halinde yaşamaya “demokratik meşruiyet” sebebiyle tanınan takdir yetkisini, Pf (formal principle) şeklindeki şekli bir ilkeyle dâhil etmeye çalışmasından ilham alınmıştır. Aca-ba, belirli bir kültüre duyarlı hak çatışmasında, yasama organı takdir yetkisini sadece kültürel sebeplerle belirli bir hak lehinde kullanırsa kültür Pf vasıtasıyla tartım formülüne dâhil olabilir mi sorusu etrafında analiz edilmiştir. Fakat nihayetinde bu yöntemde de kültürün şekli formülün bir unsuru olamayacağı, aslında dışsal bir gerekçelendirme unsuru olarak dolaylı bir şekilde yani yasamanın takdirinin tek sebebi olarak girdiği sonucuna varılmıştır. Üçüncü olarak bir tartım formülü olarak ifade edilmese de AİHM tarafından ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışmalarında oluşturulmuş yapısal dengeleme olarak adlandırılan “dengeleme kriterlerinin” içine kültürün dâhil edilip edilmeyeceği sorgulanmıştır. Aslında AİHM tarafından oluşturulan ve kimi yazarlarca dengeleme süreci olarak veya içsel gerekçelendirme olarak görülen “ifadenin içeriği, kamu yararına katkısı, ifade sahibinin ve özel hayatı ihlal edilen kişinin kimliği ve ünlülük derecesi, basın etik kurallara uygun davranıp davranmadığı” gibi çeşitli kriterlerin içinde “ifadenin yapıldığı kültür” şeklinde bağımsız bir kriter yoktur.

İçsel gerekçelendirmeye dâhil edilemese de kültür, dışsal gerekçelendirme içerisinde dolaylı olarak yer bulmaktadır. Fakat kültürün etkisinin ne kadar olduğunu yüzdelik olarak ölçmek mümkün değildir. Etkisi olduğu kuşkusuz, belirli bir kültürel anlayışın ve hayata bakışın, belirli haklara soyut olarak daha fazla ağırlık verdiği veya haklara yapılan müdahalenin şiddetini göreceli de olsa artırdığı veya azalttığı Kutsal Cuma, Ramazan Davulu ve Ezan olaylarındaki somut hak çatışmalarının çözümlerinden de anlaşılabilir. Yine de oransal olarak hesaplanabilir olmasa da kanaatimizce kültürel etki “hafif”, “orta” veya “yüksek” olarak tasnif edilebilir.

Son olarak AİHM’in takdir marjı veya başka vasıtalarla “kültürelliğe veya yerelliğe” alan açması yerinde bir uygulama olsa da takdir marjı yani devletlerin benzer çatışmalarda farklı sonuçlara varabilme imkânı sınırsız değildir. Takdir marjının varlığına veya genişliğine rağmen, AİHM gibi mahkemeler tarafından bir asgari standart denetimi (denetim gevşek veya marjinal denetim) söz konusu olmalıdır. Kimi kültürlerin bazı kamusal menfaatleri, yaşam hakkı gibi önemli haklar karşısında bile üstün görmesi, takdir marjının genişlemesine şüpheyle bakmaya sebep olmaktadır. Özellikle bireyin yaşamına, onuruna kendi iradesi dışında zarar veren kültürel uygulamalar, haklara adil olmayan bir müdahaleye yol açmaktadır. Bu nedenle gevşek de olsa bir denetime tabi tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener (2006). “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem İle Çelişkili Davranış Yasağı)”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- AKYOL, Şener (2007). *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, İstanbul: Vedat Kitabevi.
- ALEINIKOFF, Alexander (1987). “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, Vol. 96., No. 5., ss. 943-1005.
- ALEX, Robert (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Adler, Ruth ve McCormick, Neil (Çev.), Oxford: Clarendon Press.
- ALEX, Robert (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, Julien (Çev.), United Kingdom: Oxford University Press.
- ALEX, Robert (2003). “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16., No. 4., ss. 433-449.
- ALEX, Robert (2021). *Law’s Ideal Dimension*, United Kingdom: Oxford University Press.
- ARNOLD, Rainer (2013). “Reflections on the Universality of Human Rights”, in Arnold, Rainer (Ed.), *The Universalism of Human Rights*, Switzerland: Springer.
- ARSLAN-ÖNCÜ, Gülay (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu, Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ankara: Şen Matbaa.
- AŞIK, Fadime (2019). Osmanlı İstanbul’unda Ramazan Kültürü ve Ramazan Sofraları, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- BARAK, Aharon (2012). *Proportionality: Constitutional Right and Their Limitations*, Kalır, Doron (Çev.), United Kingdom: Cambridge University Press.

- BARAK, Aharon (2013). "Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right", *Proceedings of British Academy*, 192, ss. 361-380.
- BENHABIB, Seyla (2007). "Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 81., No. 2., ss. 7-32.
- BERRY, Stephanie E. (2019). Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom, in Temperman, Jeroen, Gunn, T. Jeremy ve Evans, Malcolm (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years since Kokkinakis*, Brill&Nijhoff Publisher, ss. 198-209.
- BESCHLE, Donald L. (2004). "Kant's Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing", *Pepperdine Law Review*, Vol. 31., ss. 949-978.
- BESSON, Samantha (2016). "Subsidiarity in International Human Rights Law — What is Subsidiary about Human Rights?", *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61., No. 1., ss. 69-107.
- BOMHOFF, Jacco (2008). "Balancing, the Global and the Local Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *UC Law SF International Law Review*, Vol. 31., No. 2., ss. 555-586.
- BOROWSKI, Martin (2013). "On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen", *German Law Review*, Vol. 14., No. 8., ss. 1409-1418.
- BOROWSKI, Martin (2021). "Limited Review in Balancing Constitutional Rights", in Sieckmann, Jan-R (Ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Switzerland: Springer, ss. 136-162.

- BOROWSKI, Martin (2021a). Axel Springer AG v. Germany, or: How to Perform Limited Review, in Elósegui, María, Miron, Alina ve Motoc, Iulia (Eds.), *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response* (ss. 215-228), Switzerland: Springer.
- BREMS, Eva (2003). "The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe" in Forsythe, David P. ve McMahon, Patrice C. (Eds.), *Human Rights and Diversity Area Studies Revisited*, University of Nebraska Press, ss. 81-110.
- BREMS, Eva (2001). *Human Rights: Universality and Diversity*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher.
- BREWER, Janet (2022). "The Impact of Intercultural Legal Discourse upon Anglo-American versus Navajo Criminal Legal Theory", *Language, Discourse & Society*, Vol. 10., No. 2., ss. 11-22.
- DAJCZAK, Wojciech (2019). "Venire contra factum proprium nemini licet – Changing Fortunes of the Maxim Demanding Constancy in Conduct", *Forum Prawnicze*, ss. 33-47.
- DIKOVSKA, Iryna (2024). "Personal Status of War-Related Migrants: What is Relevant to Determine the Applicable Law?", *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol. 22., No 1., ss. 1-16.
- DOĞRU, Derya (2008). *Avrupa İnsan Hakları Yargılamasında Takdir Marjı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- DONNELLY, Jack (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, The USA: Cornell University Press.
- ERDOĞAN, Murat (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları.
- ERKAL, Özlem (2015). *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

- ESEN, Egemen (2019). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- EVANS, Carolyn (2006). "The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7., No. 1., ss. 52-73.
- GEMALMAZ, H. Burak (2018). *Mülkiyet Hakkı*, AYM El Kitapları Serisi 6, Ankara: AYM Yayını.
- GEORGEON, François (2018). *İstanbul'da Ramazan: Osmanlı İmparatorluğundan Çağdaş Türkiye'ye*, Tümertekin, Alp (Çev.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınevi.
- GERARDS, Janneke (2017). Procedural Review by the ECtHR: A Typology, in Gerards, Jannek ve Brems, Eva (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases*, United Kingdom: Cambridge University Press, ss. 127-160.
- GERARDS, Janneke (2018). "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 18., ss. 495-515.
- GERARDS, Janneke (2019). *General Principles of European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Cambridge University Press.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- HAROLDSON, Brett J. (2015). "Saved by the Bells: A Look at Campanological Rights of U.S. Churches", *Rutgers Journal of Law & Religion*, Vol. 17., ss. 83-120.
- HART, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*, USA: Stanford University Press.
- HAZAR, Zeynep (2021). *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- HOOVER, Joe (2016). *Reconstructing Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press.
- JOVANOVIĆ, Miodrag A. (2012). *Collective Rights: A Legal Theory*, United Kingdom: Cambridge University Press.
- KANADOĞLU, Korkut (1998). Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- KESKİN, Erdoğan (2020). "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69., S. 3., ss. 1379-1414.
- KLATT, Matthias (2021). "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41., No. 2., ss. 21-347.
- KLATT, Matthias (2011). "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 71., No. 4., ss. 691-718.
- KLATT, Matthias (2014). "An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Reply to Luc B. Tremblay", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., ss. 891-899.
- KLATT, Matthias ve MEISTER, Moritz (2012). "Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 3., ss. 687-70.
- KLATT, Matthias ve SCHMIDT, Johannes (2012). "Epistemic Discretion in Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 1., ss. 69-105.
- KÖKÜSARI, İsmail (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- LETSAS, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, United Kingdom: Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (1981). *H.L.A. Hart*, London: Edward Arnold.
- MILLER, Monica K., JAMI, Waleed A. ve ANDERSON, Lauren A. (2020). "When Culture and Law Collide: The Role of Cultural Differences in Court Decisions", *Charleston Law Review*, Vol. 14., ss. 339-371.
- MULLENDER, Richard (2003). "Human Rights: Universalism and Cultural Relativism", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 6., No. 3., ss. 70-103.
- NIMMER, Melville B. (1968). "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, Vol. 56., No. 4., ss. 935-967.
- NUSSBERGER, Angelika (2017). Procedural Review by the ECtHR: View from the Court, in Gerards, Janneke ve Brems, Eva (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases* (s. 161-176), United Kingdom: Cambridge University Press.
- PARRAS, Francisco Javier Mena (2015). "Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis from the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 29., ss. 1-18.
- POJMAN, Louis P. ve FIESER, James (2017). *Ethics Discovering Right and Wrong*, Cengage Learning Center Publication.
- PULIDO, Carlos Bernal (2006). "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol. 92., No. 2., ss. 195-208.

- SARDO, Alessio (2021). Freedom of Expression, Sliding-Scales, and Fake News, in Elósegui, María, Miron, Alina ve Motoc, Iulia (Eds.), *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Response* (ss. 265-288), Switzerland: Springer.
- SCHUTTER, Olivier De ve TULKENS, Françoise (2008). Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution, in Brems, Eva (Ed.), *Conflicts between Fundamental Rights* (ss. 169-216), Belgium: Intersentia.
- SIECKMANN, Jan (2016). Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing, in Meßerschmidt, Klaus ve Oliver-Lalana, A. Daniel (Eds.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court* (ss. 349-372), Switzerland: Springer.
- SMET, Stijn (2017). *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge.
- SÜNGÜ, Fatih (2021). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında "Chilling Effect" Kavramı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 39., ss. 105-134.
- SWEENEY, James A. (2007). "A Margin of Appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34., Issue 1., ss. 27-52.
- SWEENEY, James A. (2005). "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54., ss. 459-474.
- TEIFKE, Nils (2018). Balancing Human Dignity: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right, in Grimm, Dieter, Kemmerer, Alexandra ve Möllers, Christoph (Eds.), *Human Dignity in Context* (ss. 225-238), Germany: Nomos Publisher.

- TREMBLAY, Luc B. (2014). "An Egalitarian Defense of Proportionality-based Balancing", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12., No. 4., ss. 864-890.
- TSAKYRAKIS, Stavros (2009). "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7., No. 3., ss. 468-493.
- TÜMAY, Murat (2008). "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", *Ankara Law Review*, Vol. 5., No. 2., ss. 202-234.
- TYLOR, Edward B. (1871). *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, Vol. 1., London: John Murray.
- VOORHOOF, Dirk (2017). Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism, in Smet, Stijin ve Brems, Eva (Eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony* (ss. 148-170), Oxford University Press.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1992). *The Judicial Application of Law*, Switzerland: Springer Science & Business Media.
- XU, Xiaobing and WILSON, George (2006). "On Conflicts of Rights", *Pierce Law Review*, Vol. 5., No. 1., pp. 31-57.
- YAZDIHA, Hajar (2017). "The Relationality of Law and Culture: Dominant Approaches and New Directions for Cultural Sociologists", *Sociology Compass*, Vol. 11., No. 12., ss. 1-12.
- YILMAZ-COŞKUN, Sibel (2023). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi.



REKABET KURULUNUN YERİNDE İNCELEME YETKİSİ: İDARE HUKUKU VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

*The Competition Board's On-Site Inspection Authority: An Evaluation in
the Context of Administrative Law and Criminal Procedure Law*

Doç. Dr. Ramadan SANIVAR*
Arş. Gör. Bedriye Bilkay ÖZBEK**

ÖZET

Rekabet Kurumunun rekabetin sağlıklı işlemesi ve korunması amacıyla piyasadaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı, bozucu ya da engelleyici nitelikteki davranışlarını etkili biçimde denetleyebilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Kurumun karar organı olan Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerine sahiptir. Ancak yerinde inceleme yetkisi, özellikle konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen bir idari işlemdir. Bu çalışmada, Rekabet Kurulunun yerinde inceleme yetkisi idare hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından çok boyutlu olarak ele alınmaktadır. İlk olarak, yerinde inceleme kararının idari işlem teorisi çerçevesindeki hukuki niteliği değerlendirilmekte; ardından hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirilen incelemeler sonucu elde edilen delillere dayanılarak alınan kararların hukuki geçerliliği tartışılmaktadır. Bu çerçevede yerinde inceleme işleminin

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kuzey Kıbrıs Yerleşkesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, ramadan.sanivar@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2828-1089

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kuzey Kıbrıs Yerleşkesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, bedriye.ozbek@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8725-1798

ceza muhakemesi hukukunda bir koruma tedbiri olan arama kavramıyla olan benzerliği ortaya konulmakta ve anayasal sınırlar bakımından incelenmektedir. Özellikle Anayasa'nın 21. maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri ışığında yerinde inceleme yetkisinin meşruiyeti, ölçülülüğü ve yargı denetimine açıklığı yönünden hukuki değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca söz konusu çerçevede Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.'nin yaptığı bireysel başvuru da kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Sonuç olarak, çalışmada yerinde inceleme yetkisinin hem hukuki güvencelerle sınırlandırılması hem de temel haklara müdahale boyutunun gözetilerek uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Aksi hâlde, elde edilen delillerin hukuka aykırı hâle gelmesi ve anayasal hakların ihlal edilmesi riski söz konusudur.

Anahtar Kelimeler: Yerinde inceleme yetkisi, idari işlem, temel hak ve özgürlükler, arama kararı, ölçülülük ilkesi.

ABSTRACT

In order to maintain and foster effective competition, the Competition Authority must possess the capacity to effectively monitor behaviours that hinder, limit, or distort competition in the marketplace. The Competition Board, as the decision-making body of the Authority, is empowered to request information and conduct on-site inspections as outlined in Law no. 4054 on the Protection of Competition. However, the power to conduct on-site inspections is an administrative act that has a direct impact on fundamental rights and freedoms, such as the right to inviolability of the home. This study explores the Competition Board's authority to conduct such inspections from the perspectives of both administrative law and criminal procedural law. Initially, the legal character of the on-site inspection decision is evaluated within the scope of administrative act theory. Subsequently, the study addresses the legality of decisions rendered relying on evidence collected through inspections conducted without judicial authorization. In this context, the on-site inspection process is compared with the concept of a search, which is a preventive measure in criminal procedure law, and analysed under constitutional constraints. Special focus is given to the legitimacy, proportionality, and judicial review of the inspection powers, referring to Article 21 of the Constitution and relevant provisions of the Criminal Procedure Code. Additionally, the individual application submitted by Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. is thoroughly analysed within this scope. Ultimately, the study emphasises that the power to conduct on-site inspections must be exercised within the limits of legal safeguards and with due regard to its potential impact on fundamental rights. Failing to do so may lead to the unlawfulness of the evidence collected and the violation of constitutional rights.

Keywords: On-site inspection authority, administrative act, fundamental rights and freedoms, search warrant, principle of proportionality.

GİRİŞ

Rekabetin korunması amacıyla ihdas edilen 4054 sayılı Kanun (RKHK) kapsamında yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler karşısında karar organı olan Rekabet Kurulunun (Kurul)¹ rekabeti ihlal eden teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine yaptırım uygulayabilmesi için öncelikle rekabet ihlallerini ortaya çıkarabilmesi gerekmektedir.

Mehaz Avrupa Birliği mevzuatında, rekabet otoritelerinin ve Avrupa Komisyonunun, özellikle Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşması'nın (ABİDA) 101. ve 102. maddelerinde düzenlenen rekabet ihlallerinin tespit edilebilmesi amacıyla, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir². Bu yetki, Komisyonun rekabet ihlallerine ilişkin yürüttüğü soruşturmaları sırasında ilgili teşebbüslerin iş yerlerinde fiziksel inceleme yapmasından belge ve kayıtları kopyalamasına hatta yetkili personelden açıklama istemesine kadar olanak tanımaktadır. Avrupa Komisyonunun 1/2003 sayılı Tüzüğü'nün 20. maddesiyle paralellik arz edecek şekilde RKHK'nın 15. maddesinde Kurulun yerinde inceleme yapma yetkisini içeren düzenlemeler 7246 sayılı Kanun ile getirilmiştir³. Böylelikle Kurul, rekabet ihlallerinin, özellikle gizli anlaşmaların ortaya çıkarılmasında delil elde etme imkânına kavuşmuştur.

Yerinde inceleme sırasında *eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi, bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde hiç verilmemesi ve yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması* gibi durumlarda Rekabet Kurulunun idari yaptırım uy-

1 Yerinde inceleme yetkisi RKHK'da "Kurulun Yetkileri" arasında sayıldığı için çalışmada aksi belirtilmedikçe Kuruldan "Rekabet Kurulu" anlaşılmalıdır.

2 Konsey Tüzüğü (AT) 1/2003, 16 Aralık 2002 tarihli Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Tüzük, [2003] OJ L1/1, mad. 20(4), https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/regulation-12003_en, (Erişim Tarihi: 25/12/2024)

3 RG, 24 Haziran 2020, Sayı 31165, 7246 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

gulamasını gerektiren hâllerdendir. Bu yaptırımlar, teşebbüslerin yıllık gayrisafi gelirleri üzerinden tesis edilmektedir.

Kurulun yerinde inceleme uygulamaları kapsamında, rekabet ihlallerinin tespiti amacıyla teşebbüsler ile teşebbüs birliklerinin her türlü ortamda muhafaza ettikleri veri ve belgelerin aranması, incelenmesi ve örneklenmesi uygulamalarındaki denge sorunu bireysel haklar ile rekabetin korunması arasındaki gerilimi arttırmaktadır.

Öte yandan bir suç işlendiğinde maddi gerçeğe ulaşmak için yapılan muhakeme faaliyetinin nihai sonuca ulaşabilmesi, suç şüphesinin öğrenilmesinin ardından delillerin hızlıca elde edilmesine bağlıdır. Bunun içindir ki delillerin en başta elde edilememesi veya elde edilmesinin mümkün olmaması soruşturmanın etkinliğini zedeleyebilir⁴. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukukunda suç delillerinin ele geçirilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla arama işlemine başvurulur. Hukuk muhakemesi delilleri sınırlandırırken ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için delil serbestisini benimsenmiştir. Başka bir ifadeyle hukuk muhakemesinde amaç uyuşmazlığı çözmektir, gerçeğe ulaşmaksa ceza muhakemesinin gayesidir. Ceza yargıcı, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediğini (maddi mesele) belirlerken delillere başvurur⁵. Maddi meselenin çözümünde sanığın fiili işleyip işlemediği incelenirken hukuki meselede sanığın işlediği fiilin suç teşkil edip etmediği ortaya konulur⁶. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukunda yalnızca maddi meselenin çözümünde delillerden yararlanılır, hukuki meselenin çözümünde veya yaptırımın belirlenmesinde ise deliller kullanılmaz. Zira mad-

4 Apaydın, C. (2020). "Ceza Muhakemesi Hukukunun Temel İlkeleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15., S. 166., s. 1221.

5 Erdem, M. R. ve Kavlak, C. (2018). "Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları", *Yargıtay Dergisi*, C. 44., S. 4., s. 1424-1425.

6 Çakır, K. (2022). "Ceza Muhakemesinde Bölge Adliye Mahkemesinin Bozma Kararı Vermesi ve Bozma Sonrası Direnme Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17., S. 195., s. 49.

di meselenin çözümü maddi gerçeğe ulaşmayı ifade eder.

Ceza muhakemesi hukuku kişiye isnat edilen ve kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin işlenip işlenmediğinin araştırılması, soruşturulması ve yargılanması süreçlerini konu edinir⁷. Ceza yargılamasına konu olan uyuşmazlıkların nerede, ne zaman ve nasıl ortaya çıkacağı önceden öngörülemmez. Bu nedenle hangi hususların nasıl ve ne şekilde araştırılacağı kanunla belirlenmiştir. Zira suç delilinin elde edilmesine yönelik olarak başvuru, temel hak ve özgürlükleri ciddi biçimde sınırlayan arama, elkoyma gibi koruma tedbirleri Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) kapsamında ayrıntılı biçimde düzenlenmiş; böylece birey hakları yasal güvenceler altına alınmıştır⁸.

Bir suçu bastırmak için başvuru tedbir o suçtan daha ağır bir ihlale yol açıyorsa ölçüsüzdür. Bu doğrultuda kanun koyucu, temel hak ve özgürlükleri ağır ölçüde ihlal eden koruma tedbirlerinin yalnızca belirli suçlar bakımından uygulanmasına imkân tanırken bazı hâllerde ise uygulanmasını oldukça sıkı şartlara bağlamıştır. Öyle ki telafisi mümkün olmayan ya da telafisi oldukça güç zararlar doğurabilecek hâllerde koruma tedbirlerinin uygulanması oranlilik ilkesiyle bağdaşmayacaktır⁹. Bu yüzden koruma tedbirlerinin oranlı-

7 Bacaksız, P. ve Özbek, V. Ö. (2006). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 149.

8 Demirel, M. (2021). “Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 16., S. 45., s. 51; Çetintürk, E. (2017). “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5., S. 9., s. 174.

9 “...Bir tedbirin ‘haklı’ dolayısıyla ‘caiz’ görebilmesi için bütün tehlike tedbirlerinde olduğu gibi, riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak gerekmektedir. Bunun da anlamı, aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılacaksa onun tercih edilmesi, kısaca, gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır. Muhakeme hukuku koruma tedbirlerinde amaç, yakın tehlikenin doğurabileceği zarar ihtimalinden yani riskten muhakemeyi korumaktır. Araç ise koruma tedbiri ve dolayısıyla hak ve hürriyetlerde yapılmak zorunda kalınan kısıtlamalardır...” Kunter, N. (1989). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 662.

lık ilkesine uygun ve ölçü olması kanun koyucunun gözettiği bir ölçüdür¹⁰. Kamu gücü vasıtasıyla bireylerin özgürlüklerine müdahale eden arama faaliyeti saklı olan bir şeyi bulmaya yöneliktir. Bu yüzden aranan şey ya bir yerdir ya bu yerdeki bir eşyadır ya bir yerde suç işlediğinden yahut işleyeceğinden şüphelenilen kişidir.

Arama, niteliği itibarıyla önleyici arama ve adli arama olarak iki başlık altında sınıflandırılmaktadır¹¹: soruşturma ve kovuşturma kapsamında yapılan aramalar, adli aramalar. Adli arama, koruma tedbirleri arasında yer alır; temel amacı ise şüpheli ya da sanığın yakalanması ile suç delili niteliğindeki eşyalara el konulmasını sağlamaktır¹². Tehlikenin ortaya çıkmasını veya suç işlenmesini önlenmek amacıyla başvuru aramalar, önleme aramasıdır¹³. Bu tür aramalar, suç şüphesinin öğrenilmesinden önce, kamu düzenini bozabileceği şüphesi bulunan kişilere uygulanır¹⁴.

Netice itibarıyla ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla şüpheli ve sanığın yakalanması, suç delillerinin ve müsadereye tabi eşyanın elde edilmesi amacıyla yapılan arama işleminin kural olarak hâkim kararına dayanması anayasal bir zorunluluktur. Devlet, müdahalenin kapsamı ile karşı karşıya kalınan riskin ciddiyeti arasında orantılılık ilkesine uygun bir denge kurmakla yükümlüdür. Bu bağlamda yalnızca bireylerin konutlarına yönelik keyfi müdahalelerden kaçınmak yeterli olmayıp aynı zamanda konut dokunulmazlığını üçüncü kişilerin ihlallerine karşı da etkili biçimde koruyacak önleyici mekanizmaların oluşturulması ve uygulanması da devletin pozitif yükümlü-

10 Ömer Faruk Gergerlioğlu, B. No: 2019/10634, 1/7/2021.

11 Özer, E. (2024). *Adli Arama ve Önleme Araması Arasındaki Farklılıkların Hukuksal Boyutları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 32.

12 Bacaksız, P. ve Özbek, V. Ö. (2006). s. 49.

13 Gökcen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. ve Balcı, M. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 464.

14 AYM, E.2018/137, K.2018/137, 30/6/2022.

lükleri arasındadır¹⁵.

Çalışmamızda, Rekabet Kurulunun yerinde inceleme yapma yetkisinin koruma tedbiri olan arama işlemi ile mukayesesini yapılacak, idare hukuku çerçevesinde yasal durumu, kapsamı ve koşulları incelenecek; yerinde incelemenin ilgilisi olan teşebbüsler veya teşebbüs birliklerine ve çalışanlarına tanınan güvenceler ortaya konulacak ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) yerinde inceleme yetkisinin konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğine ilişkin *Ford Otomotiv* başvurusuna da değinilecektir.

I. REKABET KURULU'NUN YERİNDE İNCELEME YETKİSİ

A. KAPSAM VE SINIRLARI

Piyasalardaki rekabet ihlallerinin ortaya çıkartılması için Kurulun delil toplamasını sağlayacak hukuki enstrümanlar, RKHK'nın birinci kısmında yer alan “*Kurulun Yetkileri*” başlıklı İkinci Bölümü'nde *bilgi isteme*¹⁶ ve *yerinde inceleme* yetkisi olarak düzenlenmiştir. Kurulun yerinde inceleme yetkisine ilişkin 15. maddesi hükmünde;

“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

a) *(Değişik:16/6/2020-7246/4 mad.) Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,*

b) *Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,*

15 Hülya Kar, B. No: 2015/20360, 27/2/2019, § 17.

16 Yerinde incelemelerde istenilen bilgiler hariç “bilgi isteme” ayrı bir çalışma konusu olması nedeniyle makale kapsamı dışında tutulmuştur.

c) Teşebbüslerin her türlü malvarlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapılabilir.

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar. (Ek fıkra: 1/8/2003-4971/25 mad.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimisi kararı ile yerinde inceleme yapılır.” ifadeleri yer almaktadır.

II. YERİNDEN İNCELEME KARARININ İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. YERİNDE İNCELEME KARARINDA YETKİLİ İDARE

Mal ve hizmet piyasalarında anayasal ekonomik düzeninin öngördüğü rekabet ortamının korunması ve geliştirilmesi modern ekonomilerin temel taşlarından biridir. Türk hukuk sisteminde rekabetin korunmasına yönelik bu denge, özellikle RKHK başta olmak üzere ilgili mevzuat hükümleri ile hukuکی güvence altına alınmıştır. Kurul, bu çerçevede başta kartel oluşumları ve hâkim durumun kötüye kullanılması gibi rekabet ihlallerine karşı idari para cezası uygulama yetkisine sahiptir. RKHK’nın yasakladığı faaliyetler hakkında rekabet ihlallerini ispatlayabilecek delillerin ortaya çıkarılabilmesi için resen veya başvuru üzerine inceleme yapmak Kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Kurulun rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılabilmesi için “bilgi isteme” ve “yerinde inceleme” yetkileri Kanun’un “Kurulun Yetkileri” başlıklı İkinci Bölümünün 14. ve 15. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yerinde incelemeye yetkili idare Rekabet Kuruludur¹⁷. Kurulun incelemeyi başlatabilmesi için usulüne uygun alınmış yerinde inceleme kararı gerekir. Yerinde inceleme yapılması-

17 Günday, M. (2015). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 136.

na ilişkin takdir yetkisi Kurula ait olup bu yetki, yalnızca incelemenin gerekli görüldüğü durumlarda kullanılabilir.

İnceleme RKHK'nın 15. maddesi uyarınca Kurul emrinde çalışan rekabet uzmanları tarafından yapılır¹⁸. Kurul uzmanları, adli aramayı gerçekleştiren kolluk görevlileri gibi zor kullanma yetkisine sahip değildir¹⁹. Başka bir ifadeyle iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yerinde inceleme sırasında uzmanların direnişle karşılaşılması durumunda yerinde inceleme kararını cebren icra etmesinden söz edilemez. Aynı şekilde Kanun'un öngördüğü özel durumlarla sınırlı olmak kaydıyla sulh ceza hâkiminden alınan yerinde inceleme kararının da cebren icrası mümkün değildir.

Kurul uzmanları; yerinde incelemelerde teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin kural olarak fiziki veya bilişim sistemlerindeki erişebildiği tüm belge, kayıt, defter ve yazışmalar ile e-posta, sunucu verileri, bulut depolama ve dijital arşivlerini inceleme, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilme yetkilerine sahiptir. Ayrıca Kurul yetkilileri, inceleme konusu olan tüm bu materyalleri -teşebbüsün faaliyet gösterdiği ortamda yer alması kaydıyla- teşebbüs çalışanlarından isteyebilir²⁰. Böylece Kurul uzmanları, yerinde incelemenin muhatabı olan teşebbüs çalışanının veya yöneticisinin teşebbüs tarafından kullanılan yerlerde bulunan, sunucu, bilgisayar,

18 Kanun'un 44/1. maddesindeki hüküm aynen şu şekildedir: “Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip, görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanunun 14'üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir.”

19 Özdemir, O. (2023). *Rekabet Kurumunun Yerinde İnceleme Yetkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 153; Nitekim AYM'nin, Ford Otomotiv Başvurusu üzerine verdiği kararda: “Yerinde yapılan inceleme, zor kullanma yetkisi içermediğinden arama kararı niteliğinde değildir. Bu sebeple Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerindeki özel güvencelere aykırılık oluşturmamaktadır.” ifadesinde de yerince inceleme yetkisinin, adli arama niteliğinde olmadığı vurgulanmıştır. Bkz. *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.*, B. No: 2019/40991, 23/3/2023.

20 Yasin, M. ve Şirin, M. C. (2023). *İdare Hukuku Perspektifinden Rekabetin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 181-184.

taşınabilir cihaz gibi bilişim sistemleri ile fiziki veya bilişim sistemlerinde tutulan depolama araçları üzerinde inceleme yapılabilecektir.

1. Rekabet Kurulunun Hâkim Kararı Olmaksızın Yerinde İnceleme Yapma Yetkisi

Kurul, teşebbüslerin bilişim sistemlerinde yer alan her türlü verilerini incelerken CMK'nın 134. maddesinde yer alan “*kuvvetli şüphe*” sebeplerini aramaksızın icra edebilmektedir²¹. Teşebbüslerin faaliyetlerini yürüttüğü alanlarda yapılan incelemeler, herkesin serbestçe giremeyeceği konut sayılan yerlerde gerçekleştirilmektedir²². Zira AYM ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında konut kavramı şirketlerin faaliyetlerini yürüttüğü, herkese açık olmayan yönetim ofisleri, kayıtlı merkez ve şubeleri de kapsayacak şekilde geniş bir biçimde ele alınmaktadır²³. Ancak Mahkeme iş yerlerinin, herkese açık alanlarını konut kavramı kapsamında değerlendirmemektedir²⁴. Yerinde incelemenin gerçekleştirildiği, teşebbüslerin faaliyet alanı olarak kullandıkları ve kamuya açık olmayan alanların, belirli koşullar altında konut kavramı kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.

21 Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 334 vd.; Erdem, M. R. vd. (2024). s. 526 vd.; Özbek, V. Ö. vd. (2023). s. 265 vd.; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 418 vd.; Dülger, M. V. ve Taşkın, Ş. C. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 424 vd.; Aldemir, H. (2023). *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 37 vd.; Öztürk, B., Kazancı, B. E. ve Güleç, S. S. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 129 vd.; Şahin, C. (2018). “Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 44., S. 3., s. 433 vd.

22 Kekevi, H. G. ve Fırat, E. S. B. (2010). “4054 Sayılı Kanun’un 15. Maddesinde Düzenlenen Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 336.

23 *Société Colas Est ve diğerleri/Fransa*, B. No: 37971/97, 16/4/2002; *Günay Dağ ve diğerleri*, B. No: 2013/1631, 17/12/2015; *Mehmet Taşdemir*, B. No: 2013/3436, 18/5/2016.

24 *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.*

2709 sayılı ve 1982 tarihli T.C. Anayasası'nın (AY) 21. maddesinde kural olarak kimsenin konutuna izinsiz girilemeyeceği güvence altına alınmıştır. Anılan düzenleme uyarınca, usulüne göre verilmiş bir *hâkim kararı* bulunması hâlinde bir kimsenin konut sayılan alanına girilebileceği, arama yapılabileceği ve bu alandaki eşyalara el konulabileceği ifade edilmiştir²⁵. Maddenin birinci fıkrasında yer alan “özel güvence”²⁶, kamu görevlilerinin kişilerin konutlarına yalnızca usulüne göre verilmiş *hâkim kararı* ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde “kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri”nin bulunması hâlinde ancak girebileceğini düzenlemiştir²⁷.

RKHK'nın 15. maddesinde, yerinde incelemelerin kural olarak Kurul kararıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede RKHK'nın 15. maddesi uyarınca, Kurulun rekabet uzmanları aracılığıyla yerinde inceleme yapabilmesi kural olarak hâkim kararına bağlı değildir. Ayrıca Kurulun RKHK'dan kaynaklanan yetkilerini kullanırken arama kararının icrasında olduğu gibi zor kullanma yetkisine sahip olmaması yerinde inceleme kararının arama kararı niteliği taşımadığını göstermektedir. Ancak yerinde inceleme sırasında Kurul personeline kolaylık sağlanması ve rıza gösterilmesi kanuni bir yükümlülük olarak ilgililere yüklenmiş olup bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ve aykırılık hâlinde ilgiliye para cezası uygulanması öngörülmektedir. Bu durum, konut dokunulmazlığının sınırlandırılmasına yol açmaktadır.

25 Aydın, M. (2012). *Arama ve Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 22.; Kılıç, A. (2023). “Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 56., s. 411.

26 İlgili Anayasa hükmü; “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş *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 ve buradaki eşyaya el konulamaz.” şeklindedir.

27 Öztürk, B., Kazancı, B. E. ve Güleç, S. S. (2022). s. 150; Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). s. 325; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2023). s. 423, 453, 461.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla gerçekleştirilen delil toplama işlemleri nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin korunması ile toplumsal düzenin sağlanması arasında hassas bir denge bulunmaktadır²⁸. Kolluk memurunun bir *hâkim kararı* veya *yazılı emir olmaksızın* arama tedbirine başvurulması -arama yapılacak kişi rıza gösterse dahi- hem yapılan arama işlemini hem de bu yolla toplanan delillerin geçersiz sayılmasını beraberinde getirecektir²⁹. Hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle AY mad. 38’de “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların hükme esas alınamayacağı*”; CMK mad. 206’da “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin ortaya konulmasının reddedileceği*”; CMK mad. 217’de ise “*yüklenen suçun, yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği*” yer almaktadır. Böylece hukuka aykırı delil yasağı ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden biri olarak güvence altındadır³⁰.

2. Yerinde İnceleme Kararının Şekli

Yerinde incelemenin gerçekleştirilebilmesi için Kurulun yerinde inceleme kararı alması gerekir. RKKHK’da yerinde inceleme kararının almasına ilişkin şekil ve usul kurallarına ilişkin düzenlemeler 48. ve 55. maddeler arasında yer almaktadır. Kararın geçerli olabilmesi için Kurul üyelerinin en az üçte birinin toplantıya katılması ve kararın katılanların salt çoğunluğuyla alınması zorunludur. Kurulun toplantı ve ka-

28 Gedik, D. ve Topaloğlu, M. (2015). *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 125-126.; Turinay, F. Y. (2024). *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması Hâkim ve Mahkemenin Rolü*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 49.

29 Koper, M. (2023). *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 287.; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 6/12/2018 tarihli ve E.2016/20-851, K.2018/619 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20/9/2017 tarihli ve E.2015/1866, K.2017/6895 sayılı kararı.

30 Aydın, D. (2014). *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 100; Gülşen, R. (2015). “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 2., S. 3., s. 230.

rar yeter sayılarına uymaksızın yerinde incelemeler yapması durumunda yapılan işlem şekil ögesi yönünden hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Kurul kararlarının şekline ilişkin bir diğer husus, kararı veren Kurul üyelerinin ad ve soyadlarının yer alması ve kararın imzalı olmasına ilişkindir³¹. RKHK'nın 15. maddesinde, yerinde incelemeyi yapacak olan Kurum personelinin incelemeye giderken yanında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi hâlinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesini bulunduracağı hüküm altına alınmıştır. Kurum personelinin teşebbüs yetkililerine yetki belgesini sunması hâlinde ilgili kişilerin yerinde incelemeye kolaylık sağlaması kanuni bir yükümlülük hâline gelir. Yetki belgesinin ibraz edilmeksizin yerinde incelemenin gerçekleştirilmesi şekil ögesi yönünden hukuka aykırılık teşkil eder. Aynı şekilde yetki belgesi ibraz edilmeden yapılan bir inceleme için ilgili kişilere kolaylık gösterme yükümlülüğü yüklenmesi de hukuken mümkün değildir.

Yerinde inceleme kararı, Kanun'un 51. maddesi uyarınca *nihai karar haricindeki diğer kararlar* arasındadır. Kurulun nihai kararıyla birlikte tesis edilen idari para cezasıyla ilgili olarak ancak yerinde incelemenin hukuka aykırılığı ileri sürebilir.

Kurulun yerinde inceleme kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 14/3-d maddesinde belirtilen, "kesin ve yürütülmesi gereken işlem" niteliğinde olmadığı açıktır³². Zira idari işlemin kesin ve icrai nitelikte olması³³

31 Kurul kararlarının imzalı olması gerekliliği RKHK'nın 53. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre "*kararlar toplanıya katılan üyeler tarafından imzalanır.*" hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde kararı veren kurul üyelerinin adları ve soyadları yer alması gerektiğine ilişkin hüküm RKHK'nın 52. maddesinde yer almıştır.

32 Öğretide yerinde inceleme kararının tek başına iptal davasına konu edilemeyeceğine ilişkin bkz. Gürkaynak, G. (2024). s. 548; Aslan, İ. Y. (2021). s. 1343, 1344.

33 İdari işleme ilişkin açıklamalar için bkz. Günday, M. (2015). s. 124; Gözler, K. (2019). s. 804; Duran, L. (1982). s. 394.

iptal davasına konu edilebilmesinin ön şartıdır³⁴. Zira idarenin üçüncü kişiler üzerinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik olan ve ayrıca başka bir işlemin varlığına gerek duymaksızın yeni bir hukuki durum doğuran işlemleri icrai nitelik taşımaktadır³⁵. Buradaki “icrailik”ten kastedilen, işlemin idarenin tek yanlı iradesiyle üçüncü kişiler üzerinde yeni bir hukuki durum yaratmasıdır. İşlemin icrai olması ile idarece resen icrası da farklı kavramlardır³⁶. İdari işlemlerde icrailik asli bir nitelik olmakla birlikte her icrai işlemin de resen icra edilebilmesi mümkün değildir³⁷. RKHK’nın 15. maddesinde -araya başka bir işlem, yargı kararı girmeksizin- yerinde inceleme kararının icra edilebileceği öngörülmüştür. RKHK’nın 15. maddesinde -araya başka bir işlem, yargı kararı girmeksizin- yerinde inceleme kararının icra edilebileceği öngörülmüştür.

Bu bağlamda, idarenin yalnızca hazırlık niteliği taşıyan ve üçüncü kişilerin hukuki statüsünü doğrudan değiştirmeyen işlemleri “icrai işlem” olarak nitelendirilemez. Bu tür işlemler, literatürde “icrai olmayan işlemler”, “etkisiz kararlar”, “idari karara benzeyen işlemler” veya “idarenin idari sayılmayan işlemleri” olmak üzere farklı isimlerle anılmıştır. İcrai olmayan idari işlemlere verilebilecek örneklerden biri de “hazırlık işlemleri”dir. Danıştay da bir kararında, Kurulun soruşturma açılmasına ilişkin kararını bir hazırlık işlemi olarak değerlendirmiş ve tek başına ilgililerin hukuki durumunu değiştirmediğinden dolayı iptal davasına konu edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁸.

Böylece söz konusu inceleme kararının hazırlık işlemi niteliği taşıdığından ve muhataplar bakımından doğrudan bir

34 Kağıtçıoğlu, M. (2012). s. 272.

35 Kaya, C. (2004). “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 1-2., s. 256, 257; Kağıtçıoğlu, M. (2012). s. 270; Gözler, K. (2019). s. 805.

36 Boulanger, Ö. D. (2021). “Eksik Düzenlemeler Aleyhine İptal Davası Açma Yöntemi Üzerine Bir İnceleme”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1., s. 71.

37 Yıldız, H. (2019). *İdarenin Re’sen İcra Yetkisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 82.

38 İlgili Danıştay kararı için bkz. Danıştay On Üçüncü Dairesinin 16/3/2007 tarihli ve E.2005/6715, K.2007/1416 sayılı kararı.

hukuki sonuç doğurmadığından iptal davasına konu edilemeyeceği kanaatindeyiz. Öte yandan inceleme sürecinde gerçeğe aykırı beyanda bulunulması -incelemenin engellenmesi ya da engellenme ihtimalinin ortaya çıkması hâlinde- Kurul tarafından idari para cezası uygulanabilir. Bu cezalara itiraz etmek için sulh ceza hâkimine başvurulabilir.

Bir idari işlemin tek başına yargı denetimine tabi olması, işlemin ilgilinin hukuki durumu üzerinde etkili bir sonuç doğurmasına bağlıdır³⁹. Öyle ki bir işlem, hukuki etki ve sonuç doğuruyor ise o zaman davaya konu edilebilir. Yerinde incelemenin -ilgisinin hukuki durumunu etkilemeyen bir işlem olduğundan bahisle- ilk inceleme üzerine İYUK mad. 15/1-b'nin İYUK mad. 14/3-d'ye yaptığı yollama ile davanın reddine karar verilir⁴⁰. Nitekim Özdemir de tek başına yerinde inceleme kararının muhatapları üzerinde hukuki durum doğurmayacağını ancak yerinde inceleme esnasında yanlış bilgi verilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenmesi ihtimalinin bulunması hâlinde tesis edilen idari para cezası sulh ceza hâkiminin önüne götürülebileceğini öne sürmüştür⁴¹.

Sulh ceza hâkiminin kararına karşı CMK mad. 267 uyarınca itirazda bulunulabilir. Nitekim itiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz üzerine verilen kararın kesin oluşu olağanüstü kanun yoluna başvurulmasında engel teşkil etmeyecektir⁴².

Nihayetinde teşebbüslerin tek başına yerinde inceleme kararının hukuka aykırılığını ileri sürebilmesi iki şekilde mümkündür: İlk olarak, ilgilinin yerinde incelemeyi engellemesi dolayısıyla, hakkında tesis edilen idari para cezasına karşı

39 Yılmaz, D. (2017). "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesin"liği Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21., S. 2., s. 108.

40 Günday, M. (2022). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 357.

41 Özdemir, O. (2023). s. 116.

42 Arama kararına karşı itiraz için bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 345.

açılacak olan iptal davasıyla yerinde incelemenin hukuka aykırılığını ileri sürebilir. İkinci olarak, Kurulun yürüttüğü soruşturmalar sonucunda rekabeti ihlal ettiği nedeniyle nihai kararlar birlikte tesis edilen idari para cezasına ilişkin olarak yerinde incelemenin hukuka aykırılığını gündeme getirebilir.

3. Yerinde İnceleme Kararının Sebebi

Kurulun “*gerekli gördüğü hâllerde*” incelemelerde bulunabilecektir. Bu durum kurulun hangi durumlarda yerinde inceleme yetkisini kullanabileceği konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu ifade, Kurula yerinde inceleme yetkisinin hangi durumlarda kullanılacağı hususunda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır⁴³. Yasal sınırlandırmalardan yoksun bir şekilde, teşebbüslerin bünyesinde bulunan belgelerin kapsamı, mahiyeti ya da gizlilik derecesi gözetilmeksizin erişiminin sağlanması, çoğaltılması ve örneklenmesinin mümkün kılındığı bir düzenleme hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki inceleme faaliyetleri sırasında teşebbüsün sürece dahil olma hakkının tanınmaması ve özellikle temsilcisinin hazır bulunmasına ilişkin açık bir yükümlülüğe yer verilmemesi, idarenin takdir yetkisini sınırlayacak usuli güvencelerin eksikliği anlamına gelmektedir.

Kurulun incelemelerde bulunabilmesine ilişkin takdir yetkisinin, temel hak ve hürriyetlere yönelik ciddi müdahaleler içermesi dolayısıyla ölçülü kullanması gerekmektedir. AY mad. 13’te yer alan “*ölçülülük ilkesi*”; “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç ayrı alt ilkeden oluşmaktadır⁴⁴.

43 Katoğlu, T. (2014). “Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 409.

44 Anayasa Mahkemesinin kararlarında ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu vurgulanmaktadır: “*Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvurulacak önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvurulacak önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise başvurulacak önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında*”

Yerinde inceleme yetkisiyle istenen neticeye ulaşılabiliriyorsa yerinde inceleme yetkisinin elverişli olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir ifadeyle elverişlilik ilkesi uyarınca ekonomik kamu düzenini bozucu faaliyetlerin önlenmesi için Kurul denetimlerde bulunur ve gerektiğinde yaptırım uygular⁴⁵. Dolayısıyla Kurulun rekabet ihlallerine karşı başlattığı denetimlerde yerinde incelemenin ekonomik kamu düzeninin sağlanması için elverişli bir araçtır. Yerinde incelemenin rekabet ihlallerini ortaya çıkartacak delillerin ortaya çıkarılması bakımından gerekli olmasına dikkat edilmelidir.

Rekabet ihlallerinin teşebbüslerin defterleri ile fiziki ve elektronik ortamda tutulan verileri incelemeksizin ispat edilmesinin mümkün olmaması dolayısıyla yerinde incelemenin gerekli olduğunu AYM bir kararında belirtmiştir⁴⁶. Rekabeti bozucu, engelleyici, kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarından (kartel anlaşmaları) oluşan rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasında bilgi isteme yetkisinin ve piyasa analizlerinin yetersiz kalacağı durumlarda “*bas-kın*” şeklinde gerçekleştirilen yerinde incelemelerin delillere ulaşılmasında daha gerekli olduğu açıktır⁴⁷. Ayrıca inceleme sırasında rekabet uzmanlarının teşebbüs çalışanlarına ve yetkililerine -yerinde inceleme yetkisinin kapsamıyla sınırlı kalmak kaydıyla- soru sorma ve yazılı veya sözlü açıklama isteyebilme yetkisi mevcuttur. Kurulun yerinde inceleme yetkisiyle ticari sırlarının korunması arasındaki dengenin makul

olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur” AYM, E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.

45 Uyanık, H. (2013). *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 44; Oğuz, F. (2001). “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Üzerine”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 178-179.

46 AYM, E.2020/67, K.2022/139, 9/11/2022.

47 Özdemir, O. (2023). s. 104.

bir şekilde kurulması gerekmektedir⁴⁸. AY mad. 48 ve 167’de yer alan, rekabete dayalı bir ortamda serbest piyasa ekonomisinin işlerliğini sağlamak için devletin piyasa aktörlerine yönelik birtakım koruyucu tedbirleri alması zaruridir. Ticari sırların korunması hem rekabet hukukunun hem de ticaret hukukunun temel ilkelerindendir. Öyle ki teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin, rakipler açısından rekabet üstünlüğü yaratma potansiyeli taşıyan ticari sırlarının ifşası suç olarak kabul edilmektedir⁴⁹. TCK’nın 239. maddesi kapsamında Kurul üyelerinin ve personelinin görevi veya mesleği gereğince edindiği ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeleri ifşa etmesi hâlinde hapis ve adli para cezası uygulanması öngörülmüştür⁵⁰. Bu bağlamda RKHK’nın 25. maddesi, Kurul üyeleri ve personelinin görevleri süresince veya sonrasında edindikleri ticari sırları görevden ayrıldıktan sonra dahi ifşa etmeleri kesin olarak yasaklanmıştır⁵¹.

Bir diğer değerlendirilmesi gereken husus, rekabet ihlali olabilecek bir durum karşısında rekabet ihlallerinin tespiti için yerinde inceleme yetkisinin kullanılabilmesinin dışında delil elde edilmesinin mümkün olmasına ilişkindir. Kurulun delil toplamasını sağlayacak hukuki enstrümanlardan bir diğeri olan “bilgi isteme” ile elde edilen delillerin rekabet ihlali ortaya koymakta yetersiz kalması durumu da değeren-

48 Çırak, E. K. (2023). *Haksız Rekabet Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 251-252; Özbek, V. Ö. (2021). *Ekonomi Ceza Hukuku-İkinci Kitap: Özel Hükümler 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Ekonomik Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 890-908; Arslan, Ç. (2017). “Ticari Sırların Ceza Hukuku Tarafından Korunması”, *The Protection of Confidential Business Information by Criminal Law*, International Conference on Eurasian Economies-Session 4A: Hukuk, <<https://www.avekon.org/papers/1824.pdf>> (Erişim Tarihi: 25/12/2024)

49 Özgenç, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt:1 (Kanunlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 477; Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, M. R. (2024). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 437.

50 Kervankıran, E. (2023). “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği – II”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 8., s. 342.

51 Gürkaynak, G. (2024). s. 512.

dirilmesi gereken bir husustur. Hemen belirtmek gerekir ki, RKHK'nın 6. maddesinde kapsamında hâkim durumun kötüye kullanmasının ortaya çıkarılması için teşebbüs veya teşebbüs birlikleri nezdinde yerinde inceleme yapılması gerekebilir⁵². Ancak bu gereklilik, her olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmeli ve somut vakıanın özelliklerine göre belirlenmelidir. Zira hâkim durumun aşırı fiyat uygulanması suretiyle kötüye kullanıldığı durumlarda ilgili teşebbüsün rekabeti ihlal ettiği iddiasına ilişkin kullanılan fiyat-maliyet analizlerinin bilgi isteme yetkisiyle elde edilmesi mümkünken Kurulun yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz.

4. Yerinde İnceleme Kararının Konusu

Yerinde inceleme kararının konusu Kurulun yerinde inceleme yapmasına ilişkindir. Delil bulma ihtimaliyle teşebbüse özgülenmiş fiziki veya bilişim sistemlerinde tutulan *her türlü* verilerin ve belgelerin incelenebilmesi yetkisinin hangi şartlarda kullanılacağına yönelik düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki Kurulun temel hak ve hürriyetlere müdahale içeren inceleme yetkisinin sırf kanundan kaynaklanması tek başına yerinde incelemeyi hukuka uygun kılmayacaktır⁵³. Yerinde inceleme yetkisinin şartlarına ilişkin düzenlemenin kanunda yer almamasındaki aksaklıklar, RKHK'nın 15. maddesi uyarınca "*incelemenin konusunu ve amacını*" yetki belgesinde göstermekle giderilemeyecektir. Kurul ikincil mevzuatla dahi incelemenin konusuna ve amacına yönelik düzenleme getirmemiştir. Yerinde inceleme yetkisine ilişkin şartların kanunla veya ikincil mevzuatla ortaya konulması dolayısıyla incelemenin muhataplarının incelemeye rıza göstermemesi durumunda bu kişiler idari para cezası tehdidiyle karşı karşıya kalacaktır.

52 Özbek, B. B. (2024). İdare Hukuku Açısından Fahiş Fiyat Artışı, Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 90.

53 Özdemir, O. (2023). s. 84.

Temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahale öngören ceza hukukunda dahi bu denli sınırları zorlayan bir arama yetkisi verilmezken yerinde inceleme yetkisiyle ceza hukuku sınırlarını aşan, delil bulma amacı güden arama ve kopyalama yetkisi verilmektedir. Hemen belirtmek gerekirse ceza muhakemesi hukukunda soruşturma, suç haberinin alınması ile başlamaktadır⁵⁴. Suç şüphesinin yoğunluğuna göre koruma tedbirlerine başvurulur⁵⁵. Koruma tedbirleriyle, temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalenin yoğunluğu arttıkça, suç şüphesinin yoğunluğu da artmaktadır⁵⁶. Suç şüphesinin yoğunluğu, mevcut deliller ile tespit edilecektir⁵⁷.

Maddi gerçeği ortaya çıkarmak için delillerin toplanılmasında en çok başvuru yöntem arama tedbiridir⁵⁸. Delil karrartma tehlikesinin önüne geçmek için kullanılan arama tedbirinin etkin bir şekilde uygulanması, yalnızca ceza soruşturmalarının etkinliği açısından değil aynı zamanda bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından da özel bir öneme sahiptir. Bu tedbirin yasal sınırlarının açık şekilde belirlenmesi, keyfî müdahalelerin ve ölçsüz uygulamaların önüne geçilmesini sağlayarak, kamu gücünün birey haklarını ihlal etmesini engelleyen bir güvence işlevi görür. Böylece suçla etkin mücadele ile hak ve özgürlüklerin korunması arasında hassas ve gözetilmesi gereken bir denge kurulmuş

54 Çöpoğlu, H. S. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Arama ve Elkoyma*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 28.

55 Erdem, M. R., Tezcan, D., Tütüncü, E. E., Öztürk, B., Seyhan, S., Altınok, E. Ç., Alan, E., Gezer, Ö. S., Saygılar, Y. F., Özaydın, Ö., Tok, M. C., Güzel, İ. ve Köker, N. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 643; Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 643; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 619; Şahin, İ. (2014). "Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20., S. 3., s. 138.

56 Öztürk, B. (2024). s. 508.

57 Çöpoğlu, H. S. (2023). s. 29.

58 Çöpoğlu, H. S. (2019). "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., s. 160.

olur. Bu da ancak belirlilik ilkesine uygun hukuki bir çerçeve ile sağlanabilir. Belirlilik ilkesi açısından Kurum personelinin yerinde incelemeyi gerçekleştirirken kaynak alacağı, incelemenin geciktirilmesine ilişkin süreleri belirten ikincil bir mevzuatın ihdas edilmesi isabetli olacaktır⁵⁹. Danıştay bir kararında kırk dakikalık, kısa gibi gözüken bir sürenin dahi delil niteliğindeki defter, belge, kayıt ve verilerin silinmesi, yok edilmesi için yeterli olacağını ifade etmiştir⁶⁰. Bu nedenle sürecin usulüne uygun yürütülmemesi, yerinde inceleme sırasında elde edilen bulguların hukuka aykırı delil niteliği kazanmasına neden olabilecektir. Ancak rekabet hukuku ek- seninde yerinde inceleme mahalinde delil tespiti amacıyla taşınabilir iletişim cihazlarının -örneğin cep telefonları, tabletler veya taşınabilir bilgisayarların- incelemeye tabi tutulup tutulmayacağına, Kurum uzmanlarınca hızlı bir gözden geçirme sonucunda karar verilecektir⁶¹. Yapılan gözden geçirme esna-

59 Dere, G. (2022). Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yerinde İnceleme Yetkisinin Gelişimi, içinde Aslan, Y. İ., Aşçıoğlu Öz, G. ve Sanlı, K. C. (Eds.), *Nurkut İNAN'a Armağan* (ss. 411-444), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 417.

60 Yerinde İncelemenin 40 dakika geciktirilmesini, yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul eden Danıştay kararı için bkz. Danıştay On Üçüncü Dairesinin 22/3/2016 tarihli ve E.2011/2660, K.2016/775 sayılı kararında: “*Dava konusu olay mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde; davacı şirketin bulunduğu adreste yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen raportörlerin 21.12.2011 tarihinde saat 10.00’da anılan adrese gelmelerine rağmen ancak 10.40’da yerinde incelemeye başlayabildikleri, 40 dakikalık süre kısa bir süre gibi gözüксе de bu sürenin, ön araştırma konusu olaya ilişkin delil ihtiva etmesi muhtemel olan materyallerin binadan uzaklaştırılması ihtimalinin gerçekleşmesine yeteceği dikkate alındığında, doğası gereği, teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken yerinde incelemenin olayda geciktirildiği anlaşılmaktadır.*”.

61 8/10/2020 kabul tarihi ve 20-45/617 karar sayısı ile Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”, RKHK’nın 15. maddesinde yer alan dijital verilerin incelenmesinde uygulanacak usule ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Kılavuzun 4. maddesi uyarınca: “*Taşınabilir iletişim cihazlarının (cep telefonu, tablet vb.) teşebbüse ait dijital veri içerip içermediğinin tespiti amacıyla yapılacak hızlı gözden geçirme sonucunda bu cihazların incelemeye tabi tutulup tutulmayacağına karar verilir. Tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazları inceleme konusu yapılmaz. Teşebbüse ait veri içerdiği tespit edilen taşınabilir iletişim cihazları ise adli bilişim araçları vasıtasıyla incelenir. İnceleme neticesinde dosya kapsamında delil niteliği taşıdığı*

sında içeriklerin ticari nitelikli mi yoksa tümüyle şahsi kullanıma mı özgü olduğunun tespitinin teşebbüs çalışanlarının ve yöneticilerinin huzurunda gerçekleştirilmesi özel hayata saygı hakkının ihlalinin yanında haberleşmenin gizliliğinin ihlalini de tartışma konusu haline getirecektir⁶². TCK'nın "Kişilere

düşünülen veriler ayrıştırılır ve delil niteliğinde görülmeyen diğer bütün veriler, geri getirilemeyecek şekilde kalıcı olarak silinir." hükmü uyarınca Kurum personeli, incelenecek dijital verilerden delil niteliği taşıyanı daha kolay bir şekilde tespit edebilir. <<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kilavuzlar/yerinde-incelemelerde-dijital-verilerin-incelenmesine-iliskin-kil-avuz-20-45-617>> (Erişim Tarihi: 27/12/2024)

- 62 Nitekim Procter and Gamble Tüketim Malları Sanayi A.Ş.'nin fiyatlama davranışları ile RKHK'nın 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediklerine yönelik olarak yapılan ön araştırma sonucunda, Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespit edilmesi amacıyla açılan soruşturma kapsamında rekabet ihlallerini ispatlayabilecek delillerin ortaya çıkarılabilmesi için yerinde inceleme yapılması uygun görülmüştür. Yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından yerinde incelemenin sonucunda olaylar silsilesini anlatan ve elde edilen delillerin yer aldığı "Yerinde İnceleme Tutanağı"nda teşebbüs başhukuk müşaviri tarafından;

"Bu ahvalde, yukarıda Tutanak altında Sayın ... ve ... ile ilgili kısma aşağıdaki açıklamaları şerh düşmek isteriz:

Yapılan incelemede Sayın ...'un gün içinde Sayın ... dan gelen herhangi bir yazışmayı sildiğine dair herhangi bir log kaydına rastlanılmamıştır. Sayın ..., kendisinin çıkmış olduğu ve chat (sohbet) verisi silinen ve daha sonra Sayın Kurumca kurtarılan Whatsapp gruplarının teşebbüse ait veri teşkil etmeyen, iş dışı konuları ilgilendiren (eğlence sohbetleri, politik sohbetler, soy isimleri yine ... olan bazı akrabalarla yapılan sohbetler, yakın arkadaşlar / erkek arkadaşlar arası kimi zaman küfür de içerebilen ve dolayısıyla müstehcen olabilecek sohbetler veya kişisel yatırım planlarını içeren mali sohbetler gibi) şahsi sohbetlere konu grupların olduğunu, bu gruplardan çıkılmasının sebebinin bu sohbetlerin 3. kişilerce incelenmesinin (müstehcen vb. içerik sebebiyle) yaratabileceği, kendisi ve gruplarda adı geçen üçüncü şahısların ağır mahcubiyetine sebebiyet verecek nitelikteki mahremiyet ihlali endişesi (kişisel düşüncelerin ifşası, özel hayatla ilgili mahremiyet arz eden küfürlü vb. yazışmaların ifşası endişesi) olduğunu, kim olsa benzeri bu gibi mahrem yazışmalarının başta kadın iş arkadaşları huzurunda veya amirleri huzurunda incelenmesinden mahremiyet yönüyle oldukça haledar olacağını ifade etmiştir. Sayın ... söz konusu yazışmaların bu niteliğinin Sayın Kurum teknik uzmanlarınca (yapılan kurtarma ertesinde) bizzat teşhis edilmiş olduğuna inandığını ifade etmiştir. Sayın ... bu yazışmaların rekabet hukuku radarına dahi girmeyecek, göz ucuyla incelenmesi bile kişide (içerikte yer alabilecek müstehcen ifadeler sebebiyle) mahremiyet ihlali ve ağır mahcubiyet doğurabilecek şahsi nitelikte hassas yazışmalar olduğunu, Kurum tarafından inceleme hakkında bizzat Sayın Uzmanlar tarafından aranarak bilgilendirildiği için rekabet hukuku yönüyle delil oluşturabilecek nitelikte bir yazışmayı silmesinin zaten söz konusu olmayacağını, ancak şahsi / mahremiyet arz eden ilişkilerinin, diyaloglarının

Karşı Suçlar” kısmının dokuzuncu bölümü olan “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiş olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun (TCK mad. 132) kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkileri kötüye kullanmak suretiyle işlemesi durumu nitelikli hâl olarak yer almıştır (TCK mad. 137/1-a)⁶³.

Yerinde incelemenin muhataplarına idari yaptırım uygulanması gerektiren bazı özel durumların olduğunu belirtmiştik. İlgililer hakkında idari yaptırım uygulanması iki durumda söz konusu olur: *yerinde incelemelerde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde hiç verilmemesi, incelemeye engel teşkil eden davranışların ya da sürecin aksatılması*. İlk durumda teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası tesis edilmesi mümkündür. Talep edilen bilgi ya da belgelerin zamanında sunulmaması durumunda, her geçen gün için te-

Sayın Kurumca da zaten incelenmeyeceği inancıyla (aile, erkek arkadaş grupları veya şirket içi çalışanlarla ticari meseleler dışı şahsi konulu gruplar gibi) kişisel nitelikli bu gruplardan çıktığını belirtmiştir. Keza Sayın ... kendisinin zaten hâlihazırda inceleme konusu alanlarda çalışan bir kişi olmadığını, temelde eczane kanalından (bu kanalda satılan ve fiyatları regüle ... ürününden) ve ... kanalından (bu kanalda müşteri yönetimi değil daha çok uyumu ilgilendiren hususlardan) sorumlu olduğunu, bu kanalların Sayın Kurum’un soruşturduğu ulusal zincir mağazalar vb. kanallarla bir ilişkisinin de olmadığını, halen fiyatlar bakımından bir rolü olmadığını ifade etmiş, bu nedenle kişisel mahremiyet içeren ve müstehcenlik sebebiyle incelenmesi / iş arkadaşlarınca görülmesi ağır üzüntü ve mahcubiyet hissi yaratabilecek ve ayrıca ... son derece şahsi politik bazı düşüncelerin ifşası neticesini doğurabilecek bu gruplardan çıkılması sebebiyle P&G organizasyonunu herhangi bir sorumluluk altına hiçbir zaman sokmak istemediğini, her bireyin başına gelebilecek bu mahremiyet (ve mahcubiyet) endişesine dayalı bu durumun, olayda özellikle (masraflarına PG tarafından katkı sağlansa da) kişisel telefon kullanımının söz konusu olması, yazışmalara ilişkin çekince doğuran insani (müstehcen yazışmalar vb) hallere Sayın Uzmanlarca yapılan kurtarma çalışmaları esnasında da bizzat şahit olunduğuna inandığını, kendisinin soruşturma konusu incelenen ulusal zincirlerle ilişkiler ile bir rabitasının da olmaması gözetilerek anlayışla karşılanması talep ve beyanında bulunmuştur” hususları şerh düşünülmüştür. RK, 8/7/2021, 21-34/452-227, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/rekabet-kurulu/e-2020-3-019-k-21-34-452-227-t-08-07-2021>> (Erişim tarihi: 25/12/2024)

63 Birtek, F. (2013). *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 170.

şebbüs ya da teşebbüs birliklerine yıllık gelirlerinin on binde beşi oranında para cezası verilmesi hüküm altına alınmıştır. Burada özellikle belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yönelik incelemelerin engellemesi veya bu sürecin zorlaştırması durumunda Kurulunun iki ayrı maddeden kaynaklanan idari yaptırım yetkisine sahip olmasına ilişkindir. Bu tür bir engelleme veya zorlama hâlinde öncelikle RKHK mad. 16 uyarınca idari para cezası tesis edilir. Ancak engellemenin devam etmesi hâlinde RKHK mad. 17 kapsamında ayrıca nispi idari para cezası uygulanması da mümkündür. Ceza hukuku literatüründe aynı fiil nedeniyle birden fazla yaptırım uygulanamayacağı *ne bis in idem* ilkesi ile ifade edilmektedir⁶⁴. Ceza yaptırımlarında geçerli olan *ne bis in idem* ilkesi, anayasal bir ilke olarak Anayasada açıkça düzenlenmemiştir⁶⁵. AYM'nin yerleşik içtihatlarında *ne bis in idem* ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için idari yaptırım/cezaî yaptırım ayırımına gidilmeksizin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶. An-

64 Taneri, G. (2021). *Ne Bis in Idem İlkesi'ne Göre Çevreye Karşı Suçlar (İdari Yaptırımlar-Kabahatler)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 393; Oğurlu, Y. (2003). "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne bis in idem" Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 2., s. 103.

65 Ancak Anayasa'nın devletin niteliklerini sayan 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi amacıyla, *ne bis in idem* ilkesinin de kavramın içeriğini oluşturan şartlar arasında yer aldığı kabul edilmelidir. *Ne bis in idem* ilkesinin, hukuk devleti kavramının bir unsuru olduğuna dair Anayasa Mahkemesi içtihatları için bkz: AYM, E.2021/123, K.2022/65, 4/11/2021; AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12/7/2017.

66 *Ne bis in idem* ilkesinin idari yaptırımlar için geçerli olduğuna dair Anayasa Mahkemesi kararları için bkz: "bir kişinin (işleten) 'aynı fiil' nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kural, *ne bis in idem* ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır." AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12/7/2017; "söz konusu eylemin karşılığının 3 ayrı idari ceza olarak düzenlendiği ve bu durumda yukarıda belirtilen "Ne Bis İn İdem" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir." AYM, E.2021/123, K.2022/65, 4/11/2021; *Ne bis in idem* ilkesinin sadece adli cezalar için kabul edilmesi gerektiğini öngören AYM içtihatı için bkz: "Bu nedenle almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında, ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır." AYM, E.2014/124, K.2015/24, 5/3/2015.

cak hukukumuzda *ne bis in idem* ilkesi, idari yaptırımlar için ceza yaptırımlarında olduğu gibi katı uygulanmakta mıdır? Bu durumda tek bir fiilin karşısında birbirinden bağımsız şekilde birden fazla idari yaptırımın eş zamanlı olarak uygulanabilmesi mümkün müdür⁶⁷? Hukukumuzda farklı hukuk disiplinlerinde yer alan düzenlemelerle farklı yaptırımların öngörülmesini hukuka aykırı kabul eden temel norm mevcut değildir. Zira mevzuatımızda aynı fiil nedeniyle birden fazla idari yaptırım uygulanabilmesinin öngörüldüğü durumlar vardır. Bu duruma Kabahatler Kanunu hem idari para cezası hem de idari cezalar yönünden 15. maddesiyle “*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanın-larda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.*” şeklinde açıklık getirmiştir. Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesi, Anayasa hükmü olmadığından Kurulun inceleme faaliyetlerinin engellenmesi veya bu faaliyetlerin ciddi biçimde zorlaştırılması durumunda aynı fiil sebebiyle birden fazla idari yaptırımın eş zamanlı olarak uygulanması mümkün olacaktır. Bu hâlde aynı fiil nedeniyle birden fazla yaptırımın uygulanması, mükerrer cezalandırma sonucunu doğuracağından, hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan *ne bis in idem* ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir⁶⁸. Buna ek olarak, Kurum görevlilerince talep edilen bilgi ya da belgelerin süresi içinde sunulmaması nedeniyle ilgili teşebbüse uygulanacak yaptırımlar bakımından savunma hakkının tanınmaması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi ile AY mad. 36 uyarınca güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceğini belirtmemiz

67 Koç, E. (2008). Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen İdari Para Yaptırımları, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 160.

68 Öztürk, S. (2022). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Uygulanan İdari Para Cezaları*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 102-103.

gerekir⁶⁹.

5. Yerinde İnceleme Kararının Amacı

Ekonomi biliminin yöntemleri ile piyasa analizi yapılarak delil elde etme imkânı olmayan hâllerde Kurul, yerinde inceleme yetkisini kullanarak delil elde etmektedir. Kurulun yerinde inceleme yetkisini kullanarak delil elde etmesiyle amaçlanan kamu yararı ile yerinde incelemeye müdahale edilen temel hak ve hürriyetler arasında “*adil bir denge/ölçülülük*” sağlanmalıdır⁷⁰. Kurulun yerinde inceleme yetkisinin temel hak ve özgürlüklere müdahaleler içeriyor olması normatif güvencelere bağlayan bir hukuki rejimi gerekli kılmaktadır. Yerinde incelemenin engellenmesinin karşılığında idari yaptırımın ağırlığına uygun teşebbüsleri bütünüyle hukuki güvenceden yoksun bırakmayan adil bir denge tesis edilmelidir. Bu yüzden yerinde inceleme yetkisinin kullanılabilmesi için elde somut verilerin olması gerekir⁷¹. Kaldı ki yerinde incelemenin muhataplarının incelemeyi engellemesi veya zorlaştırması ile inceleme sırasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi yahut bilgi veya belgenin belirlenen süre içerisinde ibraz edilmemesi durumunda ağır idari para cezası tehdidinde maruz kalmalarının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır bir tarafı yoktur.

Ceza muhakemesi hukukunda soruşturma suç şüphesinin varlığı ile başlar⁷². Deliller, iddianamenin tamamlanması

69 Beytullah, Ç. (2018). *Savunma Hakkının Kısıtlanması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 38-43; Ersan, Ş., Maviş, M., Gözükan, A., Efe, M. E. ve Çetintaş, F. (2024). *Savunma Hakkının Kişisel Veriler Karşısında Korunması* Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 140; Erhan, G. (2016). *Ceza Hükmünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın; Savunma Hakkının Kısıtlanması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 325 vd.

70 Gemalmaz, B. H. (2011). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69., S. 1-2., s. 657 vd.

71 Gürkaynak, G. (2024). s. 473.

72 CMK’nın 2/1-e bendinde yer alan düzenleme: “Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi” ifade eder şeklindedir.

aşamasına kadar toplanır. Ancak delil toplanması işlemi, temel hak ve özgürlüklere yönelik yoğun müdahaleler içermesi dolayısıyla “*oranlılık*” ilkesine uygun hareket edilmelidir. AY. mad. 38 de düzenlenen “*nemo tenetur prodere seipsum*” ilkesi (kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması) uyarınca: “hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hümkü mevcuttur. Bu yüzdendir ki, bir kişinin kendini itham etmeye zorlanamaması, suçun ispatlanması için kamu makamlarıyla aktif iş birliğine katlanma yükümlülüğünün bulunmaması anayasal olarak güvence altındadır⁷³. Böylece usulüne uygun alınmış arama kararının icrası esnasında, arama kararının muhatabından yardımcı olması istenemeyecektir. Zira CMK’da koruma tedbirlerinin icrasında, muhatabın aktif katılma zorunluluğu bulunmamaktadır. *Nemo tenetur* ilkesi kendi suçunun ispatlanması konusunda, suçun muhatabını kamu makamlarıyla iş birliğinde bulunup bulunmamakta serbest bırakmaktadır⁷⁴.

CMK’nın 116. ve 119. maddeleri, arama koruma tedbirine başvurulabilmesi için gerekli koşulları açıkça düzenler. Buna göre somut olayda makul şüphenin varlığı halinde *kural olarak* hâkim kararı gerekir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla, savcıya ulaşılamayan hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilmesi mümkündür⁷⁵. Arama koruma tedbiri, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale ettiğinden, kanunda belirtilen şartların varlığı hâlinde geçerlidir. CMK’daki be-

73 Aydın, M. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı (Nemo Tenetur İlkesi)*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 181 vd.; İnci, Z. Ö. (2017). “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 2., s. 123.

74 Öztürk, B. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 156; Ertuğrul, H. (2008). “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1-2., s. 49-50.

75 Çopoglu, H. S. (2023). s. 86-100.

lirtilen şekil ve usul kurallarına uyulmadan yapılan aramalarda, salt muhatabın rıza göstermesi halinde dahi bu rıza geçerli sayılmaz ve işlemin kanuni bir karşılığı da bulunmaz⁷⁶. Zira Anayasa’da bireyin özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı hakları “dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe sıkı sınıya bağlı temel haklar” olarak tanımlanmıştır. Anayasa’nın garanti altına aldığı bu hakların hangi kapsamda ve nasıl sınırlandıracağı AY mad. 13, 20 ve 21’de düzenlenmiştir. Bu hakların adli arama kararı ya da yazılı arama emriyle sınırlandırılmasına imkân veren düzenleme, kamu otoritesine tanınan müdahale dışında bireyin rızasına dayanarak mahkeme kararı ya da emir alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır ve yapılan işlemler hukuki geçerlilik kazanmayacaktır⁷⁷.

III. ANAYASA MAHKEMESİ, FORD OTOMOTİV A.Ş. BİREYSEL BAŞVURU KARARI: YERİNDE İNCELEMENİN ANAYASALLIĞI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

A. BAŞVURU KONUSU

Ford Otomotiv A.Ş. (Ford), Rekabet Kurulu uzmanları tarafından gerçekleştirilen yerinde inceleme süreci sonrasında verilen idari para cezasına ilişkin olarak mevcut yargısal başvuru yollarının tamamının tükettikten sonra AYM⁷⁸’ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu başvuru, özellikle yerinde inceleme yetkisinin anayasallığı ve uygulamanın hukuki çerçevesi üzerinde yoğunlaşmıştır.

Başvurucu, yerinde inceleme işleminin Anayasa’nın sağ-

76 Çöpoğlu, H. S. (2023). s. 68.

77 Rızanın tek başına usulüne uygun alınmamış arama koruma tedbirinin icrasını hukuka uygun hale getirmeyeceğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 6/12/2018 tarihli ve E.2016/851, K.2018/619 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18/10/2016 tarihli ve E.2016/10-57, K.2016/374 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29/11/2005 tarihli ve E.2005/7-144, K.2005/150 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17/11/2009 tarihli ve E.2009/7-160, K.2009/264 sayılı kararı; Yargıtay Yedinci Ceza Dairesinin 19/10/2017 tarihli ve E.2015/23918, K.2017/8075 sayılı kararı.

78 Aksi belirtilmedikçe “Mahkeme” ifadesinden AYM anlaşılmalıdır.

ladığı haklarla çeliştiğini ve çeşitli anayasal hakların ihlaline neden olduğunu ileri sürmüştür. Fordun başvurusu sonucunda, Mahkeme yerinde inceleme yetkisinin Anayasa'ya uygunluğuna dair bir dizi değerlendirmede bulunmuştur. Başvurucu, RKHK'nın 15. maddesinin Anayasa'nın koruduğu konut dokunulmazlığı ilkesine aykırı olduğuna zira konut dokunulmazlığına ancak Anayasa'nın öngördüğü sebeplerin varlığı hâlinde ve hâkim kararıyla müdahale edilebileceğine ve ayrıca uyumlu eylemler yoluyla rekabetin ihlal edilmesi nedeniyle verilen idari para cezasının mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığına dikkat çekmiştir⁷⁹. Bunun yanı sıra Kurulun idari para cezasını belirlerken Fordun ihracat yapmasının cezasının daha yüksek belirlenmesine neden olması dolayısıyla ihracat yapmayan teşebbüslerle arasında eşitsiz bir rekabet ortamı yarattığını ve bu yüzden ayrımcılık yasasının ihlal edildiğini vurgulamıştır. Ayrıca aynı fiilin birden fazla kez soruşturulmasının ise *ne bis in idem* ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir⁸⁰. Son olarak idari yargıda yargılama süreci devam ederken, idari yargı sürecindeki karar düzeltme yolunun kaldırılmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ve nihayetinde yargılamanın gereğinden fazla uzun sürmesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açtığını ileri sürmüştür⁸¹.

B. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMELERİ

1. Konut Dokunulmazlığının İhlali İddiası

Anayasa Mahkemesi, Ford tarafından yapılan bireysel başvuruda özellikle Kurulun yerinde inceleme yetkisinin anayasallığı konusunda önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Başvurucu, Kurulun gerçekleştirdiği incelemeler sırasında konut dokunulmazlığının ihlal edildiğini ve ayrıca RKHK'nın yerinde inceleme yetkisini düzenleyen 15. maddesinin AY

79 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 1.

80 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 1.

81 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 1.

mad. 21’de düzenlenen “konut dokunulmazlığı hakkı”na müdahaleyi öngören özel sınırlama sebepleri ile çalıştığını savunmuştur.

Mahkeme, Fordun konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının değerlendirmesinde, özgürlüğün esas sınırlamanın istisna olduğundan hareketle “konut” kavramının işyerlerini de kapsadığını ifade ederek genişletici şekilde yorumlamıştır⁸².

Mahkeme, yerinde inceleme yetkisine ilişkin RKHK’nın 15. maddesinin kural olarak hâkim kararına bağlı kılınmadığını ifade etmiştir. Kaldı ki netice olarak RKHK’nın 15. maddesinde yerinde incelemenin Kurul kararıyla yapılabilmesinin Anayasa’nın 21. maddesinin birinci fıkrasında gecikmesinde sakınca bulunan özel hâllerden olduğu da söylenemeyecektir⁸³. Zira yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması durumlarının hâkim kararına bağlanmış olması dışındaki diğer hâllerde hâkim kararı gerekmezsin yerinde incelemenin icra edilebilmesinin Anayasa’nın 21. maddesinde yer alan güvenceyi ihlal ettiği açıktır⁸⁴. Ancak önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus, Fordun bireysel başvuru dilekçesinde yerinde inceleme sırasında elde edilen belgelerin hukuka aykırı şekilde temin edildiği ve yargılamada delil olarak kullanılmasının hukuka aykırılık teşkil ettiği yönünde herhangi bir itirazda bulunmadığına ilişkindir⁸⁵. Eğer Ford, iş yerinde

82 AYM’nin, Ford Otomotiv başvurusunda konut kavramına ilişkin değerlendirmeleri şu şekildedir: “Konut kavramı genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği maddi olarak belirlenmiş yer olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan konut kavramı işyerlerini de kapsamakta; bu bağlamda bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri, şubeleri ve diğer işyerleri de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. (Günay Dağ ve diğerleri, § 133; Mehmet Taşdemir, B. No: 2013/3436, 18/5/2016, § 55). Bununla birlikte işyerlerinin mahrem bir unsur içermeyen, herkese açık, aleni alanları konut kavramı kapsamında görülmeyebilir.” Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 54.

83 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 65.

84 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 66.

85 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 117.

yapılan yerinde inceleme sırasında verilerine hâkim kararı olmaksızın el konulduğunu ve bu yolla elde edilen belgelerin yargılama sürecinde delil olarak kullanıldığını, söz konusu delillerin hukuka aykırı biçimde elde edildiğini, bu nedenle “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.” ilkesi uyarınca bu delillere dayanılarak ulaşılan diğer delillerin de hükme esas alınamayacağını ifade etseydi ilgili Kurul kararının iptali söz konusu olabilirdi.

2. Mülkiyet Hakkının İhlali İddiası

Kurulun teşebbüsler arasında zımni bir mutabakatın varlığını kabul etmesi “uyumlu eylem karinesi”ne dayanak teşkil etmiştir. Bu yüzden Mahkeme, RKHK mad. 4’ün ihlal edildiği gerekçesiyle RKHK mad. 16 kapsamında tesis edilen idari para cezasıyla ekonomik kamu düzeni arasındaki dengeyi ölçülülük ilkesi bağlamında irdelenmiştir⁸⁶. Fordun aksi yöndeki savunmalarına rağmen öne sürdüğü iddiaları destekleyecek mahiyette yeterli gerekçe bulunmadığı değerlendirilmiştir⁸⁷. Mahkeme, Kurulun bu karineye dayanarak “fiyat stratejisi” paylaşımını tek başına ihlal teşkil etmesi karşısında idari para cezası tesis edilmesini “elverişli” bulmuştur⁸⁸.

Bir diğer husus olarak Fordun sırf “fiyat stratejisi” paylaşımı dolayısıyla RKHK mad. 4’ü ihlal ettiği gerekçesiyle hakkında idari para cezası tesis olunmasının “gerekliliği” tartışılmıştır. Bu itibarla Fordun diğer sektör temsilcileriyle fiyat stratejisine dair yapılan görüşmeler “uyumlu eylem karinesi”nin varlığına işaret etmiş, dolayısıyla piyasa fiyatlarının ne ölçüde etkilediğinin ayrıca ispatı, isnat edilen ihlalin varlığı bakımından aranmamıştır⁸⁹.

Son olarak Forda uygulanan cezanın sektördeki diğer teşebbüslerle fiyat stratejisi paylaşımına yönelik davranışının

86 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 69.

87 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 88.

88 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 106.

89 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 111.

bir yıldan uzun süre devam etmesi nedeniyle yarı oranda artırıldığı ifade edilmiştir⁹⁰. Buna karşılık söz konusu ihlalin ekonomik etkisinin gelir ve gider dengesinde önemli ölçüde payı olmadığı gerekçesiyle indirimde gidilmiştir⁹¹. Netice itibarıyla bireysel haklar ile rekabetin korunması arasındaki dengeyi sağlanmasına istinaden takdir edilen cezanın RKHK mad. 16'da yer alan üst sınırı aşmaması nedeniyle orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmemiştir⁹².

3. Mülkiyet Hakkıyla Bağlantılı Olarak Ayrımcılık Yasasının İhlali İddiası

Kurulun idari para cezasını hesaplarken Fordun ihracat gelirlerini de ceza matrahına dahil etmesi, bu gelire sahip olmayan ve fakat aynı sektörde faaliyet gösteren diğer teşebbüslerle kıyaslandığında daha fazla kar elde ettiği için daha fazla cezalandırılmıştır⁹³. Başvurucu bu sebeple ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür. Mahkeme, RKHK mad. 16'da yer alan idari para cezasının hesaplanmasında “*yıllık gayrisafi gelir*”in esas alındığından cezanın matrahında gayrisafi gelir türleri arasında ayırım yapılmamasının kanunun lafzından kaynaklı olduğunu tespit etmiştir⁹⁴. Öyle ki diğer teşebbüslerin ceza matrahında ihracat gelirinin bulunmaması yalnızca onların ihracat yapmıyor olmalarından kaynaklanmaktadır. Kurul, teşebbüslerin gelirlerinin önemli kısmı ihracat gelirlerinden oluşması halinde cezada indirimde gitme hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu yüzden mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak AY mad. 10 kapsamında aykırılık görülmemiştir⁹⁵.

90 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 120.

91 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 120.

92 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 124.

93 RK, 18/4/2011, 11-24/464-139. <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b2bac617-7340-433a-99b8-b9ff8d3e1934>> (Erişim tarihi: 25/4/2025)

94 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 138.

95 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 141.

4. Adil Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

Ford, daha önceden ön araştırmaya tabi tutulmuş fiil hakkında “soruşturma açılmasına gerek olmadığına dair karar” verildiği hâlde söz konusu geçmiş döneme ait fiilin yeniden soruşturulmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırılığını ileri sürmüştür.

Mahkeme, ceza yaptırımlarında geçerli olan *ne bis in idem* ilkesinin idari yaptırımlar açısından uygulanabilirliğini 4/11/2021 tarihli ve E.2019/4, K.2021/78 sayılı kararında ifade etmiştir. Bu bağlamda bir kimsenin işlediği fiil dolayısıyla hakkında tatbik olunan “ceza” yargılaması neticesinde hakkında “kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği” sabit ise aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanması ya da tekrar cezalandırılması *hukuki güvenlik* ve *ne bis in idem* ilkelere aykırılık teşkil eder⁹⁶. Anılan ilke, iki yönlü bir koruma mekanizması sunmaktadır. İlkenin bir yönü mükerrer cezalandırmayı, diğer yönü ise aynı fiil için yeniden yargılanmayı engeller. Mahkeme, bu koruyucu yapının her iki boyutunu da ayrıntılı bir şekilde inceleyerek değerlendirmelere yer vermiştir. Mükerrer cezalandırmayı engelleyen boyutu, ceza hukukunda temel bir kural olarak benimsenmişken idari yaptırımlar bakımından kapsamı dar tutulmuş ve esasen yalnızca vergi cezalarına dair yaptırımlar için geçerlilik kazanmıştır⁹⁷. Mükerrer yargılanmayı yasaklayan boyutunaysa, suç işlendiği iddiasına karşı kişinin cezai sorumluluğuna ilişkin tespit içermeyen kararlar dâhil edilemez⁹⁸. Bu nedenle mükerrer yargılama yasağının uygulanabilmesi için aynı fiil üzerinden daha önce verilen bir mahkûmiyet veya beraat kararı gereklidir.

Somut olayda, Kurul, Ford hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başlatılan ön araştırma sonucunda, rekabet ihlaline

96 AYM, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 27.

97 AYM, E.2019/16, K.2019/15, 14/3/2019, § 13; Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7/7/2015; Ünal Gökpınar, §§ 54-56.

98 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 155.

işaret eden yeterli delilin mevcut olmadığı kanaatine varmış ve bu doğrultuda *soruşturma açılmasına gerek olmadığına* karar vermiştir⁹⁹. Bu kararın *ne bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliği bakımından beraat hükmü olarak değerlendirilmesi gerekmiştir. Kurulun elde ettiği delillerin maddi ve hukuki yönünü kapsamlıca değerlendirmesi sonucunda rekabet ihlaline dair yeterli kanıt bulunmadığı için “*soruşturma açılmasına gerek olmadığına*” dair karar vermesini AYM “*beraat*” hükmünde nitelemiştir¹⁰⁰. Kurulun “*soruşturma açılmasına gerek olmadığına*” dair karar vermesinin ardından, bir önceki ön araştırma dosyasında mevcut olmayan yeni delillerin elde edilmesine istinaden başlatılan soruşturmanın ise mükerrer yargılanma sayılmayacağı vurgulanmıştır¹⁰¹.

5. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

Ford, idari para cezasına ilişkin yargılamanın 9 yıl 10 ay 26 gün (24 Haziran 2009-20 Mayıs 2019) sürmesi nedeniyle AY mad. 36 kapsamındaki “*makul sürede yargılanma hakkının*” ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹⁰². Somut olayda idari para cezasının “*regülatif ceza*”¹⁰³ olması dolayısıyla muhatap üzerindeki etkisi, diğer kabahatlere nazaran daha ağırdır. Bu yüzden yargılamanın oldukça uzun sürmüş olmasının, başvurucunun hukuki güvenlik ve belirlilik beklentisi üzerinde olumsuz etkiler yarattığı açıktır¹⁰⁴.

6. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlali İddiası

Ford, Kurulun tesis etmiş olduğu idari para cezasının iptali için dava açtığı tarihte yürürlükte olan karar düzeltme kanun

99 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 153.

100 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., §§ 156, 157.

101 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., §§ 159, 160.

102 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 170.

103 Taşdemir, Ö. (2021). "Ekonomi Ceza Hukuku ile İdari Ceza Hukuku Arasındaki Gri Alan: Düzenleyici (Regülatif) İdari Cezalar", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 1.

104 Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 176.

yolunun, yargılama devam ederken kaldırılmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM'nin değerlendirmesinde mahkemeye erişim hakkının, bir uyuşmazlığın yargı mercilerine taşınabilmesini ve bu uyuşmazlığın etkili bir biçimde karara bağlanmasının talep edilebilmesini içerdiği ancak bu hakkın her yargı kararına karşı istinaf, temyiz veya karar düzeltme gibi kanun yollarının tanınmasını zorunlu kılmadığı dikkat çekmiştir¹⁰⁵. Dolayısıyla usul kuralları açısından derhâl uygulanırlık ilkesinin kabulü, mahkemeye erişim hakkı açısından ihlal teşkil etmemiştir¹⁰⁶.

SONUÇ

Rekabet Kuruluna tanınan yerinde inceleme yetkisi, rekabet ihlallerinin tespitine ve somut delillerle ortaya konulmasına hizmet eden önemli bir denetim aracı olmakla birlikte; bu yetkinin icrası, özellikle Anayasa ile güvence altına alınmış konut dokunulmazlığı hakkı başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır. RKHK mad. 15'te düzenlenen bu yetki, içerik itibarıyla ceza muhakemesi hukukunda bir koruma tedbiri olan arama işlemiyle büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak yerinde inceleme kararının hâkim kararı olmaksızın ve herhangi bir yargı merciinin ön denetimine tabi tutulmaksızın uygulanabilir oluşu, hem Anayasa'nın 13., 21. ve 36. maddelerinde düzenlenen temel hak ve güvencelere hem de CMK mad. 116 ve devamı ile çelişmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda arama işlemi, suç şüphesiyle orantılı olarak hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilebilmekte ve ancak bu şartlarda delil elde edilebilmektedir. Oysa yerinde inceleme sürecinde böyle bir şüphe aranmamakta, idarenin takdirine dayalı ola-

¹⁰⁵ Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52; Mustafa Kılıç, B. No: 2019/35236, 18/5/2022, § 88; Ali Atlı, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49.

¹⁰⁶ Ford Otomotiv Sanayi A.Ş., § 169.

rak genel ve soyut gerekçelerle temel haklara müdahale imkânı doğmaktadır. Bu durum hem belirlilik ilkesine hem de müdahalenin meşru, gerekli ve orantılı olması gereğine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Ford Otomotiv kararında da belirtildiği üzere “konut” kavramı yalnızca bireylerin meskenleriyle sınırlı değildir; ticari faaliyetlerin yürütüldüğü, herkesin serbestçe giremediği şirket merkezleri ve ofisleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, yerinde inceleme yetkisiyle gerçekleştirilen müdahaleler, fiilen bir arama işlemi niteliği taşımakta ancak söz konusu işlemler, ceza muhakemesinde arama için öngörülen anayasal ve yasal güvencelere tabi tutulmamaktadır. Kurul uzmanlarının teşebbüslerin elektronik ortamda veya fiziki ortamdaki verilerini inceleyebilmesi, kopyalayabilmesi ve örnek alabilmesi gibi işlemler, adli aramanın araçsal amaçlarına fiilen tekabül etmektedir. Bununla birlikte, yerinde inceleme kararlarının hazırlık işlemi olarak nitelendirilmesi ve tek başına iptal davasına konu edilememesi, etkili yargısal denetim imkanını da zayıflatmaktadır. Teşebbüslerin bu kararlara ancak dolaylı yollarla -örneğin uygulanan idari para cezalarına karşı açılan davalarla- itiraz edebilmeleri, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yeterli bir yargısal koruma sağlamamaktadır. Ayrıca yerinde incelemenin engellenmesi veya yanlış bilgi verilmesi gibi durumlarda uygulanan ağır idari para cezalarının *ne bis in idem* ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde birden fazla yaptırımını aynı fiil nedeniyle mümkün kılması da hem anayasal güvenceleri hem de ceza hukukunun temel ilkelerini zedelemektedir. Bu itibarla Rekab- bet Kurulunun yerinde inceleme yetkisinin sınırlarının açık biçimde çizilmesi, arama niteliği taşıyan işlemler bakımından hâkim onayını içeren bir yargı denetimi mekanizmasının oluşturulması, yerinde incelemenin kapsamı, süresi, şekli ve delil toplama yöntemlerinin ikincil mevzuatla ayrıntılı olarak düzenlenmesi zorunludur. Ayrıca teşebbüslerin ticari sırları ile temel hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge kurul-

ması sağlanmalı, elde edilen verilerin yalnızca soruşturmanın amacıyla sınırlı olarak ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılması güvence altına alınmalıdır.

Sonuç olarak rekabet hukukunun etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla tanınan yerinde inceleme yetkisinin ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerine benzer içerikte olması sebebiyle aynı düzeyde anayasal ve usuli güvence-
lere tabi tutulması bir zorunluluk haline gelmiştir. Aksi hâlde hukuk devleti ilkesi ve temel hakların korunması bağlamında ciddi yapısal sorunlar doğması kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

- ALDEMİR, Hüsnü (2023). *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ARSLAN, Çetin (2017). "Ticari Sırların Ceza Hukuku Tarafından Korunması (The Protection of Confidential Business Information by Criminal Law)", *International Conference on Eurasian Economies* (ss. 1-7) <<https://www.avekon.org/papers/1824.pdf>> (Erişim Tarihi: 25/12/2024)
- ASLAN, İsmail Yılmaz (2021). *Rekabet Hukuku: Teori ve Uygulama*, Bursa: Ekin Basım Yayın.
- APAYDIN, Cengiz (2020). "Ceza Muhakemesi Hukukunun Temel İlkeleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15., S. 166., ss. 1212-1233.
- AYDIN, Devrim (2014). *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- AYDIN, Murat (2012). *Arama ve Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- AYDIN, Murat (2016). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı (Nemo Tenetur İlkesi)*, Ankara: Adalet Yayınları.
- BACAKSIZ, Pınar (2006). "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 145-206.
- BİRTEK, Fatih (2013). *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- BOULANGER, Özge Didem (2021). "Eksik Düzenlemeler Aleyhine İptal Davası Açma Yöntemi Üzerine Bir İnceleme", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1., ss. 55-86.
- ÇAKIR, Kerim (2022). "Ceza Muhakemesinde Bölge Adliye Mahkemesinin Bozma Kararı Vermesi ve Bozma Sonrası Direnme Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17., S. 195., ss. 47-57.

- ÇETİN, Beytullah (2018). *Savunma Hakkının Kısıtlanması*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem (2017). “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 9., ss. 39-180.
- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar (2019). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77., S. 1., ss. 159-229.
- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama ve Elkoyma*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- DEMİREL, Muhammed (2021). “Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 16., S. 45., ss. 33-100.
- DERE, Gülçin (2022). Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yerinde İnceleme Yetkisinin Gelişimi, içinde ASLAN, İsmail Yılmaz, AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze ve SANLI, Kerem Cem (Eds.), *Nurkut İNAN’a Armağan* (ss. 411-444), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 417.
- DURAN, Lütfi (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- DÜLGER, Murat (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ERDEM, Mustafa Ruhan ve KAVLAK, Cihan (2018). “Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları”, *Yargıtay Dergisi*, C. 44., S. 4., ss. 1419-1478.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, TEZCAN, Durmuş ve ÖZTÜRK, Bahri (Eds.) (2024). *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ERTUĞRUL, Hüseyin (2011). “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 55., ss. 47-50.

- GEDİK, Doğan (2015). *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GEMALMAZ, H. Burak (2011). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69., S. 1-2., ss. 649-673.
- GÜRKAYNAK, Gönenç (2024). *Rekabet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, Mehmet Emin, ÇAKIR, Kerim ve BALCI, Murat (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2019). *İdare Hukuku (Cilt I)*, Bursa: Ekin Yayıncılık.
- GÜLŞEN, Recep (2015). "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3., S. 2., ss. 227-252.
- GÜNAY, Erhan (2016). *Ceza Hükmünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın; Savunma Hakkının Kısıtlanması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÜNDAY, Metin (2015). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- GÜNDAY, Metin (2022). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- İNÇİ, Z. Özen (2017). "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 2., ss. 119-168.
- KAĞITÇIOĞLU, Mutlu (2012). "İdari İşlemin İcrailiği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103., ss. 267-284.

- KARALI ÇIRAK, Ezgi (2023). *Haksız Rekabet Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KATOĞLU, Tuğrul (2014). “Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 395-412.
- KAYA, Cemil (2004). “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX., S. 1-2., ss. 253-284.
- KEKEVİ, H. Gökşin ve BOZOĞLU FIRAT, Sevi (2010). “4054 Sayılı Kanun’un 15. Maddesinde Düzenlenen Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- KERVANKIRAN, Emrullah (2023). “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği – II”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1., ss. 331-390.
- KILIÇ, Ahmet (2023). “Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa’ya Uygunluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 56., ss. 403-420.
- KOÇ, Emin (2008). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen İdari Para Yaptırımları*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- KOPER, Murat (2023). *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KUNTER, Nurullah (1989). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

- OĞURLU, Yücel (2003). “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne bis in idem” Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 2., ss. 101-124.
- OĞUZ, Fuat (2001). “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Üzerine”, *Hukuk – Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Sempozyumu*, Ankara.
- ÖZBEK, Bedriye Bilkay (2024). *İdare Hukuku Açısından Fahış Fiyat Artışı*, Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ÖZBEK, Veli Özer (2021). *Ekonomi Ceza Hukuku – İkinci Kitap: Özel Hükümler 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Ekonomik Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZBEK, Veli Özer (2023). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Polis Hukuku, İnternet Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler ve Hukuka Aykırı Müdahalelere Karşı Korunma Çareleri (Önleme ve Koruma Tedbirleri)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, MERAKLI, Serkan, BACA-KAKSIZ, Pınar ve BAŞBÜYÜK, İsa (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZDEMİR, Olgı (2023). *Rekabet Kurumunun Yerinde İnceleme Yetkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÖZER, Emrullah (2024). *Adli Arama ve Önleme Araması Arasındaki Farklılıkların Hukuksal Boyutları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZGENÇ, İzzet (2022). *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt:1 (Kanunlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, Bahri (Ed.) (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- ÖZTÜRK, Bahri, EKER KAZANCI, Behiye ve SOYER GÜLEÇ, Sesim (2022). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, Sibel (2022). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Uygulanan İdari Para Cezaları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ŞAHİN, Cumhur (2018). Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Yargıtay Dergisi*, C. 44., S. 3., ss. 433-456.
- ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞAHİN, İlyas (2014). "Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20., S. 3., ss. 97-144.
- ŞEN, Ersan, MAVİŞ, Mert, GÖZÜKAN, Alperen, EFE, M. Enes ve ÇETİNTAŞ, Fırat (2024). *Savunma Hakkının Kişisel Veriler Karşısında Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TANERİ, Gökhan (2021). *Ne Bis in Idem İlkesi'ne Göre Çevreye Karşı Suçlar (İdari Yaptırımlar-Kabahatler)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TAŞDEMİR, Özgür (2021). Ekonomi Ceza Hukuku ile İdari Ceza Hukuku Arasındaki Gri Alan: Düzenleyici (Regülatif) İdari Cezalar, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 1., ss. 99-156.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖNOK, Rıfat Murat (2024). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TURİNAY, Faruk Yasin (2024). *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanmasında Hâkim ve Mahkemenin Rolü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- UYANIK, Halit (2013). *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YASİN, Melikşah ve ŞİRİN, Memduh Cemil (Eds.) (2023). *İdare Hukuku Perspektifinden Rekabetin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YILDIZ, Hayrettin (2019). *İdarenin Re'sen İcra Yetkisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YILMAZ, Dilşat (2017). "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesin"liği Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI., S. 2., ss. 105-153.



TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ YASAĞI (TESPİT, ELEŞTİRİ VE ÖNERİLER)

*Prohibition of Substantive Review of Constitutional Amendments in
Turkish Constitutional Law
(Determination, Criticism and Suggestions)*

Dr. Öğr. Üyesi Halit Serhan ERCİVELEK*

ÖZET

Anayasalar devletin hukuki çerçevesini belirleyen, temel haklar ve hürriyetler rejimini oluşturan kurucu normlardır. Bu nitelikleri gereği pek çok devletin anayasası üstün ve bağlayıcı hukuki metinler olarak düzenlenmiştir. Anayasanın bağlayıcılığının ön şartı üstün olması, üstünlüğü tesis eden ise anayasanın yazılı ve katı olarak düzenlenmesidir. Üstünlük ve bağlayıcılık anayasal devlet ve onun en önemli bileşenlerinden olan hukuk devletinin temel unsurlarındandır, birbirinden ayrılmaz mahiyetteki bu iki nitelik anayasal hükümler ile tesis edilse de realize olup kendilerini gerçekleştirmeleri ancak anayasallık denetimi ile gerçekleşebilir.

Anayasaya aykırılık denetimi olmaksızın anayasanın üstün ve bağlayıcı olduğunu ileri sürmek dilek ve temenniden öteye geçemez. Anayasaya aykırılık denetimi, normatif hiyerarşinin doğal ve zorunlu sonucudur zira eğer iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki var ise alttaki norm üst norma aykırı olamaz.

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, halit.ercivelek@izu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6303-3008

Sonradan, değişiklik ve ekleme yoluyla anayasaya dâhil edilen anayasa hükümleri ile anayasa normları arasında da hiyerarşik ilişkinin var olduğu ileri sürülebilir mi? Bu sorunun cevaplanabilmesi için öncelikle anayasa hükümlerinin tamamının aynı hukuki seviyede olup olmadığı meselesinin çözülmesi gerekir.

Bu çalışmada anayasa kuralları arasında normatif ilişki, anayasa hükümlerinin bazılarının diğerlerinden üstün olup olmadığı, böyle üstünlük var ise bunun işlevsel kılınabilmesi için anayasa yargısının üstlenmesi gerektiği rol incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti, anayasal devlet, anayasaya aykırılık denetimi, esas denetimi, esas denetim yasağı, normatif hiyerarşi, temel ve sistem kuran çerçeve normlar.

ABSTRACT

Constitutions are foundational legal norms defining the legal framework of states, as well as establishing their respective regime governing fundamental rights and freedoms. Given these characteristics, constitutions in many states are formulated as supreme and binding legal instruments. The prerequisite for the binding nature of a constitution is its supremacy, and what ensures this supremacy is its written and rigid form. Supremacy and binding force are essential elements of a constitutional state and, more specifically, of the rule of law. Although these two inseparable characteristics are enshrined in the Constitution, they can only be realised and rendered effective through constitutionality review.

In the absence of constitutionality review, the supremacy and binding force of the Constitution remains just an illusion. Constitutionality review is the natural and inevitable consequence of normative hierarchy, since where a hierarchical relationship exists between two norms, a lower norm cannot contradict a higher one.

However, can a hierarchical relationship also be said to exist between constitutional norms and those provisions later incorporated into the Constitution through amendments or additions? To answer this question, it is first necessary to determine whether all constitutional provisions are at the same legal level.

This study examines the normative relationship among constitutional provisions, exploring whether certain constitutional norms hold supremacy over others and, if such a hierarchy exists, what role the constitutional justice must assume to render it functional.

Keywords: State of law, constitutional state, constitutionality review, substantive review, prohibition of substantive review, normative hierarchy, basic and system-building framework norms.

GİRİŞ

Devletlerin “anayasa” olarak adlandırılan bağlayıcı hukuk metni ile çerçevelenip bu çerçeveye aykırı olmadan faaliyetlerini sürdürmeleri gerektiği esasına dayanan anayasacılık hareketleri, teorik ve düşünsel planda 17. yüzyıldan itibaren gelişmeye başlamıştır¹. “Anayasacılık Hareketleri” yazılı ve katı anayasalara sahip “Anayasal Devlet” kavramını geliştirmiştir. Süreçte ilk yazılı anayasalar 18. yüzyılın son çeyreğinde Amerika Birleşik Devletleri (1787) ve Fransa’da (1791) kabul edilmiştir.

“Anayasal devlet” in temel amaç ve hedefi, devletin hukuk ile sınırlandırılması ve insan haklarını üstün hukuk kuralları ile güvence altına almasıdır². Anayasalar alelade hukuk metinlerinden farklı olarak, siyasi iktidarı sınırlandıran, bağlayıcı, üstün kuralların bir araya geldiği hukuk metinleridir³. Bir anayasanın, hedeflediği üstünlük ve bağlayıcılık işlevini yerine getirebilmesi ancak üstün ve bağlayıcı kılınması ile mümkün olabilir. Üstünlük ve bağlayıcılık alt kademedeki hukuk kurallarının anayasaya aykırılığının denetimi ile temin edilir. Bu denetim anayasanın üstünlüğünün hukuksal sonucu ve gereğidir. Bu niteliği ile anayasallık denetimi anayasayı etkili hâle getiren hukuki bir araçtır⁴.

Anayasal devletlerde, asli kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasaların üstün ve bağlayıcı nitelikte temel ölçü norm olduğu, kurulu iktidarın anayasa ile bağlılığı tartışılmaz bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu kabulün sonucu olarak ku-

-
- 1 Batum, S., Yılmaz, D. ve Köybaşı, S. (2021). *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 375, 376.
 - 2 Anayurt, Ö. (2023). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 121; Döner, A. (2023). *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 155.
 - 3 Pourhiet, A. M. (2021). *Droit Constitutional*, Paris: Economica Yayınları, s. 49.
 - 4 Turhan, M. (2017). *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Ankara: Hukuk Yayınları, s. 97.

rulu iktidarın yasama işlemleri anayasaya aykırı olamaz. Asli kurucu iktidar tarafından düzenlenen anayasada -yine anayasa ile- değişiklik yapmak yetkisi ile donatılmış tali kurucu iktidarın asli kurucu iktidar irade ve kabulleri ile ne oranda bağlı olduğu tartışma konusudur. Metodolojik olarak ifade etmek gerekir ise anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya aykırılık denetimine tabi olup olmadığı önemli bir tartışma alanıdır.

Bu tartışmanın biri normlar hiyerarşisi teorisinden kaynaklanan diğeri ise kabul edilen anayasal denetim sisteminden kaynaklanan iki farklı boyutu vardır. Türk anayasal sisteminde anayasa koyucu ve değiştirici irade bu konudaki tercihini anayasa değişikliklerini esas bakımından anayasaya aykırılık denetimine kapatma yönünde kullanmıştır.

Bu çalışmada, Türk anayasal sisteminin bu tercihi analiz edilerek esas denetim yasağının anayasal normun niteliğinden kaynaklı bir metodolojik zorunluluk mu yoksa asli ve tali kurucu iktidarların bir tercihi mi olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Analiz kapsamında; denetim yasağının sonuçları, yasağa ilişkin eleştiriler ve anayasal devlet kavramının gereklerine daha uygun olduğunu düşündüğümüz iyileştirme önerileri ortaya konulmaya gayret edilmiştir.

I. ANAYASAL SİSTEMİMİZDE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN DENETİM YASAĞI

Bir ülkedeki siyasi ve hukuki sistemin hukuki çerçevesini düzenleyen anayasalar, anayasal sistemin iki ana unsuru olan toplum ve devletin hukuki boyutunu düzenlerler. “Devlet” ve “İnsan Hakları” olarak tanımlanan anayasal konulara dair kodifikasyon çalışmalarının hedefi sadece normatif bir düzen oluşturmak değil, bu düzenin anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı güvencesi altında kalmasını sağlamaktır.

Anayasa hukuku literatürü, “Anayasalı Devlet” ile “Anayasal Devlet”i birbirinden ayırır. Buna göre anayasası olan her

devlet anayasal devlet değildir. Anayasal devletlerde devletin hukuki yapısı ve insan haklarının güvence rejimi anayasa ile belirlenir ve çerçevelenir⁵. Bu çerçeve, birisi devletin niteliği, özellikleri, organları ve organlar arası ilişkilerin temellendirildiği “devlet” diğeri ise insan hakları ve güvenceleri rejiminin belirlendiği “insan hakları” olmak üzere iki ana sütun üzerine inşa edilir⁶. Bu iki ana sütun devletin hukuka bağlılığı ve demokratik niteliğini perçinleyen çerçeve gibidir. Anayasal devletlerin anayasaları, devletin hukuk ile düzenlenip sınırlandığı aynı zamanda insan hakları hukuki rejiminin de güvence altına alındığı üstün ve bağlayıcı temel hukuk kaynağıdır. Bu anayasalar sadece kuralları belirleyen bir norm bütünü değil, bu kuralları belirli bir hedef ve ilke doğrultusunda oluşturan amaçsal metinlerdir. Anayasaların maddi nedenleri anayasa ile düzenlenen devletin insan unsurunun rızası ve konsensusudur⁷. Anayasa bu geniş anlamı ile bir ülkedeki siyasi kurumları kuran, hukuk çerçevelerini belirleyen siyasi ve hukuki yapının ana kaynağını, dayanağını oluşturan bu niteliği ile de tüm siyasi ve hukuki kurumların üzerinde yer alan belge ya da kurallar bütünüdür⁸.

Hukuk sisteminin temel ve üstün normu olan anayasalar, üstünlüklerini ancak bağlayıcılık niteliği ile gerçekleştirebilir. Diğer bir ifade ile anayasayı üstün kılan niteliği onun bağlayıcı olmasını da gerektirir⁹. Anayasaların üstünlüğünün bir sonucu olan bağlayıcılık özelliğinin işlevsel hâle getirilebilmesi, öncelikle hukuk sisteminde normatif bir hiyerarşinin tesis edilmesini, ikinci olarak da normatif hiyerarşideki alt

5 Anayurt, Ö. (2023). s. 155.

6 Isensee, J. (2014). Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet), Topakkaya, A. (Çev.), içinde Depenheuer, O. ve Grabenwarte, C. (Der.), *Anayasa Teorisi* (ss. 209-287), Ankara: Lale Yayıncılık, s. 215.

7 İşsevenler, O. V. (2019). *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni*, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, s. 67.

8 Batum, S., Yılmaz, D. ve Köybaşı, S. (2021). s. 21.

9 Grimm, D. (2013). Types of Constitutions, içinde Rosenfeld, M. ve Sajó, A. (Der.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ss. 98-133), Oxford: Oxford University Press.

normların anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesini gerektirir¹⁰. Anayasa kurallarının üstün ve bağlayıcı olduğunu vurgulamaya rağmen anayasaya aykırı normların hukuk sistemi içinden ayıklanmasını sağlayan mekanizmayı kurup işletmemek anayasanın üstünlüğünü de bağlayıcılığını da etkisiz kılacaktır.

A. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

Türk anayasa hukukunda, ilk yazılı anayasanın kabulüyle birlikte anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı esası kabul edilmiştir. İlk yazılı anayasamız olan 1876 tarihli Kanuni Esasi uyarınca meclisten çıkacak kanunların Kanuni Esasi hükümlerine aykırı olmaması gerekir (64. mad.). Bu anlayış, Türk anayasa hukukunda genel kabul gören bir yaklaşım olarak 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında da kabul edilmiştir.

1924 Anayasası'na göre *“Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile sarsılamaz ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun anayasaya aykırı olamaz”* (103. mad.). 1924 Anayasası her ne kadar anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını kabul etse de bunu hayata geçirecek siyasi veya hukuki bir anayasaya uygunluk denetim mekanizması oluşturmamıştır¹¹.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi 1961 Anayasası'nda; *“kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme, yargı organları, idare makamları ve kişileri bağlayan temel kuralları olduğu”* (8. mad.), 1982 Anayasası'nda ise aynı ifadelerle, sadece *“diğer kuruluşlar”* eklemesi ile kabul edilmiştir (11. mad.).

1876 Anayasası'nda aristokratik ikinci meclis kimliğini taşıyan Ayan Meclisi'nin, Meclis-i Mebûsan'dan gelen kanun

10 Schütze, R. (2019). Constitutionalism, içinde Masterman, R. ve Schütze, R. (Der.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law* (ss. 40-67), Cambridge: Cambridge University Press, s. 49.

11 Döner, A. (2024). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 575; Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 401; Atar, Y. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 68.

tekliflerini denetlenmesi esasına dayanan siyasi ön denetim uygulamasından¹² sonra anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi, 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesinin kurulması (145., 146. mad.) ve kanunlar ile TBMM İç Tüzüğü'nün anayasaya uygunluğunu denetiminde görevlendirmesi (147. mad. ilk hâli) suretiyle gerçekleşmiştir.

Anayasaya aykırılığın yargısal denetim ile kontrol edilmesi yöntemini devam ettiren 1982 Anayasası da Anayasa Mahkemesini düzenlemiş (146., 147. mad.) ve mahkemeye kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (7/5/2010 tarih, 5982 sayılı çerçeve kanun ile yapılan değişiklik öncesi Kanun Hükümünde Kararnamelerin) ve TBMM İç Tüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi vermiştir.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimine dair özel bir rejimin belirlenmesi ancak her değişiklikte esas bakımından denetimin alanının daraltılması ve nihayetinde tamamen kaldırılması 1971 Anayasa değişikliğinden itibaren Türkiye'de asli ve tali kurucu iktidarların tercihi olmuştur.

Anayasalar ve anayasalarda değişiklik yapan yasama işlemleri teknik itibarıyla kanundur¹³. Anayasa ve İç Tüzük'te, anayasa değişiklikleri içeren kanunlara dair farklı bir düzenleme yapılmak istenmesi hâlinde özel hüküm konulmuş, bu tip bir düzenlemenin yapılmadığı alanlarda içeriği anayasa değişikliğini ihtiva etse de kanun teklifleri diğer kanunlar ile aynı hükümlere tabi tutulmuştur¹⁴. 1961 AY'nin 155/2., 1982 AY'nin ise 175/2. maddesinde bu sistematik; *“anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulünün anılan maddelerdeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü*

12 Eren, A. (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 1039.

13 Armağan, S. (1979). *Türk Esas Teşkilat Hukuku I. Kitap*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 10; Eren, A. (2023). s. 76; Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 1443, 1444.

14 Eroğul, C. (2009). “Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 64., S. 1., s. 91.

hakkındaki hükümlere tabi olduğu” şeklinde ortaya konulur. Bu ortak hükümden kıyasla, anayasanın herhangi bir hükmünde değişiklik içeren kanun teklifleri hakkında, özel ve istisnai bir hüküm düzenlenmediyse kanunlar için genel geçerli kuralların uygulanacağı sonucuna varmak gerekir.

Anayasa yargısı sistemini ilk kez kuran 1961 Anayasası’nın ilk hâlinde norm denetimde şekil – esas denetimi ayrımı gözetilmeksizin normun hem esas hem de şekil bakımından anayasaya uygunluğunun incelenmesi düzenlenmiş kanunların içerik ve niteliğine dair farklı bir düzenleme yapılmamıştır (147. mad.)¹⁵. Böylelikle 1961 AY’nin ilk hâlinde anayasa değişiklikleri hem şekil hem de esas bakımından anayasaya uygunluk denetimine tabi kılınmış, Anayasa Mahkemesi bu dönemde verdiği kararlarında anayasa değişikliklerini de kanun olarak kabul etmiş hem esas hem de şekil bakımından denetlemiştir¹⁶.

Doktrinde AYM, bu denetimlerinde yetki aşımında bulunduğ u gerekçeleri ile eleştirilmiştir. Kimi yazarlara göre; 1961 ve 1982 Anayasaları anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimine dair AYM’ye açık bir yetki vermemiştir, mahkemenin açıkça yetkilendirilmemiş olduğu bir alanda denetim yapması hukuka aykırıdır¹⁷. Anayasa değişikliklerinin de kanun statüsünde olduğu gerçeğ i neticesinde bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anayasa, kanunların içerik ayrımı yapılmaksızın Anayasa Mahkemesinin denetimine açık olduğu düzenlendiğ i için açık olarak bahsedilmese de anayasa değişikliklerinin de kanun kavramının genelliğ i içinde değ erlendirilmesi gerekir. Bu nedenle, AYM’nin tüm diğ er

15 Madde 147- (Özgün hali) “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğ unu denetler.” <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/> (Eriş im Tarihi: 25/2/2025)

16 AYM, E.1970/1, K.1970/31, 16/6/1970.

17 Özbudun, E. (2010). Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları, içinde Ergül, O. (Der.), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değ iş im* (ss. 155-176), Ankara: Türkiye Barolar Birliğ i Yayınları, s. 173-175.

kanunlar gibi anayasa değişikliklerini havi kanunları da esas bakımından denetleyebileceği açıktır.

1961 Anayasası'nda 1488 sayılı Kanun ile 20/9/1971 tarihinde yapılan değişiklikle¹⁸ anayasa değişikliklerine dair anayasaya uygunluk denetimi, kanunlar ve TBMM İç Tüzüğü'nün denetim rejiminden ayrılmış, şekil – esas denetimi kavramı ve ayrımı getirilmiş, anayasa değişikliklerinin denetimi sadece “Anayasa’da ön görülen şekil şartlarına uygunluğunun denetimi” şeklinde sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme ile anayasa değişiklikleri esas bakımından anayasaya uygunluk denetimine kapatılmıştır.

Görüldüğü üzere tali kurucu iktidar anayasa değişikliklerini esas bakımından denetime kapatabilmek amacıyla anayasa değişiklikleri özelinde esas – şekil denetimi ayrımını tesis etmiştir. Bu düzenlemenin anayasa değişikliklerinin esas denetimine kapatmak amacı ile yapıldığı kanısına bizi sevk eden, “esas – şekil” kriteri nitelemesinin kanunlar ve TBMM İç Tüzüğü için değil sadece anayasa değişiklikleri için getirilmiş olmasıdır. Nitekim 1961 AY'nin ne ilk ne de 1488 sayılı yasa ile 1971 yılında yapılan değişiklikten sonraki hâlinde kanunlar ve TBMM İç Tüzüğü için esas – şekil denetimi ayrımı yapılmamış bu ayırım sadece anayasa değişiklikleri için getirilmiştir.

Anayasa değişikliklerinin denetime yönelik engelleme ilk etapta açık bir yasaklama ile olmamıştır. 147'nci maddenin değişiklikten sonraki hâlinde AY değişikliklerinin esas denetimi açık olarak yasaklanmamış ancak kamu hukukunun “esas yetkisizlik, istisna ise verildiği kadarı ile yetkidir” genel kuralı¹⁹ uygulanmak suretiyle AYM'nin denetim yetkisi

18 Madde 147- (Değişik: 20/9/1971-1488 s. Kanun/mad. 1) “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa’ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa’da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.” <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasa/si/> (Erişim Tarihi: 25/2/2025)

19 Atar, Y. (2024). Anayasa Mahkemesinin Anayasa’daki (M. 104/17) “Genel

sınırlandırılmıştır. Bu ilke gereği Anayasa Mahkemesi anayasa veya diğer mevzuat ile kendisine açıkça bir yetki tanınmadıkça yetkisini genişleterek denetim yapamaz. Değişiklik öncesi mahkemeye tanınan esas – şekil ayrımı gözetmeksizin tüm kanunların denetimi yetkisi, 1971 revizyonu ile kanun ve anayasa değişikliklerini ayırmak ve anayasa değişikliklerinde mahkemeye sadece şekil bakımından denetim yapabilmek yetkisi verilmek suretiyle sınırlandırılmıştır. İlgili düzenleme, esas denetime dair açık bir yasak içermemekle birlikte yukarıda anılan “*kamu organları ancak anayasadan aldıkları yetkileri kullanabilir*” kuralı gereği artık AYM anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebilecektir. AYM’nin, kendisine tanınmayan esas bakımından denetim yetkisini kullanabilmesi Anayasa’nın 4’üncü maddesinde “Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.” şeklinde düzenlenen genel egemenlik kuralı gereği mümkün değildir.

1971 değişikliğinden sonraki içtihadında AYM, AY değişikliklerinin esas bakımdan denetimine yetkisi olmadığına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre; “Anayasa’nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak ... değişikliklerin esastan Anayasa’ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır. Böylece, bu maddede gerçekleştirilen değişiklikle Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemesi önlenmiştir. Anayasa’nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonunda yürürlüğe giren yeni metin ve gerekçesi açık bulunduğundan, bu konuda başkaca bir açıklamaya yer kalmamıştır”²⁰. Ancak Mahkeme aynı kararında, Cumhuriyet kavramını geniş yorumlayarak Cumhuriyetin nitelikleri olarak değerlendirdiği ilke ve kurallara

Yetkiye” İstinaden Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimine İlişkin Bazı Kararları Üzerine Bir İnceleme, içinde Yıldırım, E., Hakyemez, Y. Ş., Şen, M. ve Gedik, Ö. (Der.), Prof. Dr. Zühtü Aslan’a Armağan Cilt 2 (ss. 1149-1158), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

20 AYM, E.1973/19, K.1975/87, 15/4/1975.

aykırı değişikliklerin de 9'uncu madde uyarınca yasaklandığını ileri sürerek²¹ “teklif yasağı” kapsamında şekil bakımından denetime tabi tutmuştur.

Bu karar doktrinde, Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmle yetkisini aştığı ve “şekli” bahane ederek esas denetimi yaptığı yönünde eleştirilere konu olmuştur²². Bu eleştirilerin mahkemenin “Cumhuriyet” kavramının içeriğinin genişleterek 9'uncu maddedeki yasağın alan ve kapsamını genişlettiği kısmına katıldığımızı ancak teklif yasağını ölçü kabul ederek esas denetimine giriştiği kısmını ise yerinde bulmadığımızı ifade etmek isteriz.

Yüksek Mahkeme “doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden” ifadeleri ile “Cumhuriyet”i oldukça geniş yorumlamış ve kendince Cumhuriyet tanımının içeriğini oluşturduğunu kabul ettiği tüm kural ve esaslara aykırı düzenlemeleri 9'uncu maddedeki yasak kapsamına almıştır. Mahkeme bu yaklaşımı ile 9'uncu maddeye hasredilen değiştirme yasağını 2'nci maddede belirtilen ilke ve kavramları da kapsayacak şekilde genişletmiştir²³.

Yüksek Mahkeme'nin yasak kapsamını genişleten bu yorumu tali kurucu iktidarın değişiklik yetkisini daraltmıştır. Bu genişletici yorumun anayasa, kamu hukuku ilkeleri karşısında doğruluğu-yanlılığı bir yana anayasa koyucunun iradesinin özellikle de anayasa değiştirme iktidarını sınırlama yönünde bu derece geniş yorumlanması tehlikeli bir yargısal aktivizm örneğidir. Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet kavramını geniş yorumlayan yaklaşımı 1982 Anayasası'nı ihdas eden asli kurucu irade tarafından kabul edilmiş ancak bu genişletmenin AYM tarafından yapılması doğru görülmemiş olacak ki 1982 Anayasası'nda değişiklik yasağı 4'üncü madde ile AYM'nin yukarıdaki kararını ete kemiğe büründürecek şekilde; Cumhuriyet, Cumhuriyetin nitelikleri ve devletin

21 Köküarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024). *Türk Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 100.

22 Özbudun, E. (2010). s. 175; Gözler, K. (2021). s. 1452.

23 Gözler, K. (2021). s. 1449-1451.

bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkentini kapsayacak şekilde genişletilmiş ve belirgin hâle getirilmiştir. Bu konuda özet olarak, AYM'nin teklif edilmezlik yasağı üzerinden denetim gerçekleştirmesi değil ancak Anayasa'nın 9'uncu maddesindeki "Cumhuriyet" kavramını geniş yorumlamak suretiyle teklif yasağının kapsamını içtihat yoluyla genişletmesi, tali kurucu iktidarın yetkisini daraltan bir yargısal aktivizm olarak değerlendirilebilir.

Yüksek mahkemenin esas denetim yasağına dair yukarıda örneklenen kararlarında, değiştirilmesi yasaklanmış kavramları geniş yorumlamak suretiyle aktif bir yargısal tutum sergilediği açıktır. Mahkemelerin, yasanın açık ve dar sınırlarını esneterek verdikleri kararlar, literatürde "yargısal aktivizm" olarak değerlendirilir. İlk olarak 1940'lı yıllarda ABD hukuk literatüründe kullanılan "yargısal aktivizm", içeriği ve sınırları net bir kavram değildir. Mahkemelerin hangi sınırı aştıklarında yargısal aktivizm sergilediklerine dair somut ve net bir ölçüt yoktur²⁴. Genellikle verilen karardan memnun kalmayanlar, mahkemeleri "yargısal aktivizmde" bulunmakla itham ederek adeta "fonksiyon gaspı" yaptıklarını iddia ederler²⁵. Buna karşın doktrinde, yargısal aktivizmin konusuna göre ayrıştırıldığı ve kimi konularda faydalı hatta gerekli olduğuna dair görüşler de vardır. Buna göre, anayasa mahkemelerinin anayasal haklar konusunda yargısal aktivizm sergilemesi demokrasinin güçlenmesi bakımından olumlu bir durumdur²⁶ ancak anayasada geçen Cumhuriyet, vb. kavramları geniş yorumlamak suretiyle değişiklik yasağını geniş yorumlaması ve sınırlaması, tali kurucu iktidarın yetki alanını sınırlandırmaya matuf bir yargısal aktivizmdir²⁷.

24 Fendoğlu, H. T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 109.

25 Barın, T. (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 232.

26 Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde Ergül, O. (Der.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-352), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 351.

27 Gözler, K. (2021). s. 1449.

Eleştirilerin “AYM’nin teklif edilmezlik yasağını bir anah-tar gibi kullanarak şekil kapısından girerek esas denetimi yaptığı”²⁸ iddiasına ise katılmak mümkün gözükmemektedir. Eleştirilerin bu kısmında “teklif yasağı” ile “Cumhuriyet kavra-mının içeriğinin genişletmesi” ayrımı birbirine karışmıştır.

İptal kararı şekil denetiminin unsurlarından biri olan “tek-lif” mekanizması üzerinden verilmiştir. Anayasa’nın 9’uncu maddesi devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmünün sa-dece değişimini değil, değiştirilmesinin teklifini dahi yasak-lamıştır.

AYM, 9’uncu madde hükmünde yer alan “teklif edilme yasa-ğı” kapsamında kaldığını düşündüğü anayasa değişikliklerin-de denetim gerçekleştirmiştir. Bu denetim esas değil şekil de-netimidir. Yüksek Mahkeme’ye göre; *Cumhuriyet rejiminin Ana-yasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez....Anayasa’da yapılacak değişikliklerin, başta Anayasa’nın 155., 9. maddesi olmak üzere, ko-numuzla ilgili görülen 85., 91. ve 92. maddelerinde gösterilen yön-tem ve koşullara uyulmak yoluyla çıkarılacak kanunlarla yapılması zorunludur*²⁹. Görüldüğü üzere mahkeme burada şekil denetimi yapmaktadır. Mahkeme’ye göre şekil denetimi anayasa deği-şikliğinin anayasada belirtilen yöntem ve koşullarla yapılp ya-pılmadığının denetimidir. Bu usul ve koşulların düzenlendiği maddelerden birisi de 9. maddedir. Hükme göre devletin şek-linin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değişti-rilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. Yapılacak bir anayasa değişikliği ile anayasada yer alan devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirleyen açık kuralın ve Cumhuriyetin anayasal ilke ve kurallarının değişmesi sonucunu doğuran bir anayasa değişikliği 9. maddedeki teklif yasağı karşısında şekil bakımın-dan anayasaya aykırılık içerir.

28 a.g.e. s. 1454.

29 AYM, E.1973/19, K.1975/87, 15/4/1975.

1961 Anayasası uyarınca -anayasa değişiklikleri dâhil olmak üzere- tüm kanunlar öncelikle bakanlar kurulu veya TBMM üyeleri tarafından teklif edilir (91. mad.) ve TBMM’de görüşülmesini müteakip Cumhuriyet Senatosuna gönderilir (92. mad.). Bu metodoloji uyarınca AY 9. mad. hükmüne aykırı olarak 91. maddedeki teklife konu olamayacak bir değişiklik önerisinin anayasa değişikliği olarak kanunlaştırılması şeklen anayasaya aykırılık oluşturur zira “teklif edilebilirlik” şekil unsurunun başlangıç noktasıdır.

Tali kurucu iktidar, 1971 düzenlemesi ile anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetim yolunu açık tutarak katı anayasa niteliğini korumaya çalışmıştır. Ancak esas denetimi imkanını ortadan kaldırarak anayasanın esasa ilişkin nitelik ve hükümlerini belirleme konusunda tali kurucu iktidar ile asli kurucu iktidar arasındaki farkı ortadan kaldırmıştır. Oysa tali kurucu iktidarın en önemli niteliği, asli kurucu iktidarın verdiği yetkiyi kullanarak ve onun çizdiği sınırlara bağlı olarak kurucu iktidar yetkisini kullanabilmesidir. Tali kurucu iktidar ikincildir³⁰ ve asli kurucu iktidar tarafından belirlenen hukuki çerçeve -anayasa- ile bağlıdır³¹. Yaptığı değişikliklerin asli kurucu iktidar tarafından ihdas edilen anayasaya aykırı olup olmadığının denetimi kapatılmış tali kurucu iktidara adeta asli kuruculuk kimliği tanınmış türevlik niteliği aslilik seviyesine yükseltilmiştir.

B. 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1982 Anayasası anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi yasağını pekiştirmiş, şekil denetiminin içeriğini sınırlandırmış üstelik iptal kararı için gerekli oy miktarını da artırmak suretiyle şekil bakımından iptal kararı verilmesini zorlaştırmıştır. Düzenleme uyarınca “*Anayasa mahkemesi ... Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetler ve inceler*” (148/1. mad.), “...*şekil bakımından denetim Anayasa değişikliklerle*

30 Gözler, K. (2016). *Kurucu İktidar*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 119.

31 Batum, S., Yılmaz, D. ve Köybaşı, S. (2021). s. 312.

rinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülmeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır” (148/2. mad.) Bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi yetkisi verilmediği gibi şekil bakımından denetimi de “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülmeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları” ile sınırlandırılmıştır³².

1982 Anayasası şekil denetiminin sadece içeriği sınırlandırılmakla kalmamış iptal kararı için gereken karar yeter sayısı da ağırlaştırmıştır. Buna göre AYM’nin anayasa değişikliğinde şekil bakımından iptal kararı verebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte ikisinin iptal yönünde oy kullanması gerekir (149/3 mad.) Şekil denetimi gibi usuli ve teknik, anayasanın düzenlemesine göre sadece *teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülmeyeceği şartına uyulup uyulmadığı* gibi net ve tartışma götürmeyecek bir konuda yapılacak incelemede toplantıya katılan üyelerin üçte iki çoğunluğunu aramak anayasa değişikliklerinin denetimine dair katı ve olumsuz tutumu ortaya koyan ilginç bir düzenlemedir.

Şekil denetiminin bile içeriğinin sınırlanması, AYM’nin şekil denetimi altında içerik denetimi yapmasını engellemek amacıyla yapılmış bir sınırlandırmadır. AYM, 1971 değişikliğinden sonraki kararlarında AY. mad. 9’da yer alan “teklif edilemezlik” hükmünü şekil şartı olarak değerlendirmiştir. Mahkeme 9’uncu maddede yer alan devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu ilkesinin değişimi sonucunu doğurabilecek AY değişikliklerini esaslarını, bu tip bir değişikliğin teklif edilemeyeceği hükmünden hareketle şekil şartına aykırılıktan iptal etmiştir. Mahkemenin bu argümantasyonu ve vardığı sonucu yukarıda da değinildiği gibi doktrinde çoğu yazar tarafından, AYM’nin şekil denetimi aparatlarını kullanarak esas denetim yasağını dolanma faaliyeti olarak algılanmış ve eleştirilmiştir³³.

32 Döner, A. (2024). s. 413.

33 Gözler, K. (2021). s. 1447, 1448, 1450.

Önceden de belirtmeye çalıştığımız üzere bu yaklaşıma katılmıyoruz. 1982 Anayasası uyarınca da benzer bir denetim imkânı olduğu kanaatindeyiz. Zira teklif edilemez bir değişikliğin teklif edilmesi, anayasa değişikliklerinin teklif şartına uygunluğunun şekil bakımından denetimine imkân tanıyan 148'inci madde uyarınca AYM'nin denetimine açıktır zira “teklif” ve şartları şekle ilişkin bir husustur.

Bu konuda AYM 1982 AY döneminde de tutarlı bir yaklaşım göstermiştir. Mahkeme; *“Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimlerinin de teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulduğu tespiti ile bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece Anayasa değişikliklerinin denetiminin mümkün olmadığına”* hükmetmiş³⁴, “Teklif” kavramını esas aldığı anda ise; 1961 AY dönemindekilere benzer bir içtihat sergilemiştir. Mahkemeye göre *“Anayasa’nın 4’üncü maddesinde Anayasanın 1’inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2’nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3’üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez”* denilmek suretiyle, 175’inci maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir. Anayasa’nın 175’inci maddesine göre kullanılacak Anayasa’yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa’nın 4’üncü maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148’inci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır³⁵.”

34 AYM, E.1987/9, K.1987/15, 18/6/1987.

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

AYM'nin bu yaklaşımı da 1961 AY döneminde olduğu gibi doktrinde bazı yazarlarca AYM'nin yetkisini aşarak şekil denetimi altında esas denetimi yaptığı bu surette meclisin anayasa değişikliği yapma yetkisini fiilen kullanılamaz hâle getirdiği gerekçeleri ile eleştirilmiştir³⁶. Bu eleştiriye de katılmak mümkün değildir. Öncelikle AYM denetimini açık olarak şekil denetiminin unsurlarından biri olan “teklif usulü” üzerinden gerçekleştirmiştir. Gerçekten de teklif dahi edilemeyecek bir konuda teklif şartlarına uygun bir anayasa değişikliğinden bahsedilemez zira “teklif edilmesi mümkün olmayan konu” teklife ilişkin tüm şartların başladığı alandır.

Mahkeme gerek 1961 gerekse de 1982 AY döneminde eleştirilen kararlarında; *Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir*³⁷ demek suretiyle şekil denetiminin ilk ve olmazsa olmaz etabı olan yetki bakımından konuya yaklaşmıştır. Farklı bir açıdan değerlendirilecek olursak AYM'nin bu yaklaşımının, 1961 AY döneminde olduğu gibi Yüksek Mahkemeye cumhuriyeti geniş yorumlamak suretiyle pek çok anayasa değişikliğini denetim kapısı aralığı açtığı ileri sürülebilir. Bu yerinde bir endişedir. Ancak bu endişeyi gidermenin yolu kanımca mahkemenin “teklif edilmezlik” denetimi yetkisini görmezden gelmek değildir. Çünkü sorunun kaynağı bu değil, 1982 AY'nin değiştirilmesi teklif edilemeyecek hükümleri özellikle de 2'nci madde özelinde çok geniş tutmuş olmasıdır. Gerçekten de 2'nci maddenin geniş yorumlanması hâlinde yapılacak anayasa değişikliklerinin büyük kısmı teklif edilmezlik yasağının ihlali kapsamında ve dolayısıyla şekil denetimi kapsamında kalabilir. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi bu, mahkemenin yetki aşımı değil Anayasa'daki

36 Atar, Y. (2018). s. 414.

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

düzenlemenin genişliğinin sonucudur. 1961 AY döneminde mahkeme, sadece Cumhuriyete hasredilen değişim ve teklif yasağını “Cumhuriyet” kavramını geniş yorumlayarak içti-hadını genişletmiştir. 1982 Anayasası ise doğrudan anayasa normu ile yasak alanını genişletmiştir. Bu alan genişletilirken şekil denetimi dahi sınırlandırılmıştır.

1982 Anayasası’nın düzenlemesi paradoksal bir nitelik taşır. Anayasa koyucu 2’nci maddenin ayrıntılı düzenlemesi ile anayasa değişiklik iktidarının sınırlarını daraltmıştır. Ancak tali kurucu iktidarın bu sınırlara uyup uymadığının denetimini de zorlaştırmıştır. Düzenleme uyarınca tali kurucu iktidarın 2’nci madde hükmüne aykırı bir anayasa değişikliği ihdası hâlinde bu değişikliğin esas bakımından denetimi mümkün değildir. Böyle bir düzenlemenin şekil bakımından denetimi de oldukça sınırlıdır. Öncelikle şekil içeriği sınırlanmış ayrıca AYM’nin şekil bakımından iptal kararı verebilmesi için gerekli karar nisabını ağırlaştırılmıştır.

Ortada ironik bir durum vardır. Anayasa’da kabul edilen değişmezlik yasağının ihlali, -yargısal denetim yolu kapalı olduğu için- esas bakımından mümkün ama teklifi söz konusu olamayacağı için şekil bakımından mümkün değildir. Anayasa koyucu esas denetim yasağından o denli korkmaktadır ki adeta kulağını arkadan dolanıp tutarak değişmezlik hükmünün ihlalinin şekil kriterlerini kullanarak engellemeye çalışmış ama bunu yaparken bir yandan da şekil denetimini de zorlaştırmıştır.

II. ESAS DENETİM YASAĞININ ANALİZ VE ELEŞTİRİSİ

Kanunların anayasaya aykırılığının denetimi için oluşturulan anayasallık denetimi sistemi, Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin doğal bir sonucu aynı zamanda da güvencesidir. Bu niteliği ile anayasa yargısı, anayasal devletin olmazsa olmaz iki ilkesi olan hukuk devleti ve insan haklarının güvence altına alınmış olması esaslarının da güvence rejimini oluşturur³⁸.

38 Sır, O. (2011). *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun*

Yazılı anayasalara atfedilen üstünlük ve bağlayıcılık niteliği ile anayasalar dönemsel etkilerden, siyasi iktidarların günlük politik yaklaşımlarından korunmak istenmiştir³⁹. Özellikle de insan haklarına dair anayasal düzenlemeler bu güvenceye ziyadesiyle ihtiyaç duyan, hukuk çıpası ile sabitlenme ihtiyacı arz eden düzenlemelerdir.

Yazılı anayasalar, düzenledikleri konuların önemi sebebiyle genellikle katı anayasalar olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, bir anayasanın katı olması isteniyorsa öncelikle yazılı olarak düzenlenmesi gereklidir, yazılı olma katılığın ön şartıdır⁴⁰. Anayasaların katı niteliği, onların varlık amacına yani devletin iktidarının belirlenip sınırlanması ve temel haklar ile özgürlüklerin güvence altına alınmasına yönelik bir özelliktir. Ancak katılıkta bir denge gözetimi de zorunludur. Mutlak esneklik yani anayasaların alelade kanunlar gibi kolaylıkla değiştirilebilmesi anayasal devletin ve çağdaş demokrasilerin kabul edebileceği bir özellik değildir. Anayasa değişikliklerinin zorlaştırılması çoğunluk baskısına karşı azınlığın temel hak ve hürriyetlerini koruyan bir güvencedir. Bununla birlikte, anayasanın değişmeyecek şekilde mutlak surette katı olarak düzenlenmesi de anayasaların değişen sosyal ihtiyaçlar ve politik olgulara uyarlanmasına engel olacaktır⁴¹. Çağdaş demokrasilerde bu iki uç yaklaşım arasında bir formül benimsenir⁴², anayasalar sabitlik ve esneklik arasında bir gerilim barındırmalıdır⁴³.

Yukarıda da değindiğimiz üzere anayasalarda değişiklik

Yargısal Denetimi, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 135, 136.

39 Schmitt, C. (2008). *Constitutional Theory*, Sietzer, J. (Çev.), USA: Duke University Press, s. 72, 73.

40 Batum, S., Yılmaz, D. ve Köybaşı, S. (2021). s. 303.

41 Turhan, M. (2010). "Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *Liberal Düşünce*, C. 15., S. 57-58., s. 34.

42 Özbudun, E. (2010) s. 157.

43 Boysen, S. (2010). Anayasanın Değiştirilmesi, içinde Ergül, O. (Der.), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim* (ss. 177-190), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 177.

yapan düzenlemeler de kanun niteliğinde yasama işlemidir⁴⁴. Anayasa değişikliklerine dair kanunların anayasaya aykırılık denetimi hususunun analizi beraberinde pek çok meselenin de ele alınmasını gerektirir. Bu meselelerin bir kısmı, denetim yasağının sonuçlarına yönelik olup fonksiyonel, görece olarak epistemolojik, bir kısmı ise böyle bir denetimin hukuk tekniği itibarıyla mümkün olup olmadığı tartışmalarına dönüktür.

Anayasa değişikliği yetkisi ve kapsamı demokratik teori ile doğrudan ilgili bir konudur⁴⁵. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetim yasağının veya aksine tamamen denetime tabi olmasının fonksiyonel sonuçları önemlidir. Anayasa değişikliklerinin mutlak olarak denetime açık olması hâlinde asli kurucu iktidarın düzenlemeleri, tali kurucu iktidarı mutlak surette bağlayıcı hâle gelecek böylelikle tali kurucu iktidar etkisiz kalacaktır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin tamamen engellenmesi hâlinde ise asli kuruculuk iradesi anlamını yitirecek, tali kurucu iktidar asli kurucunun tüm düzenlemelerini serbestçe değiştirebilecektir. Böyle bir sonuç pratik anlamda tali kurucu iktidara asli kuruculuk yetkisi tanımak anlamına gelir ki tali kurucu iktidar doğası gereği, düzenlemelerinde hem içerik hem de şekil bakımından asli kurucu iktidarın çizdiği çerçeve ile sınırlı bir yetkiye sahiptir⁴⁶.

Bu iki sonuç da kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Zira ilk hâlde anayasa tamamen statik, durağan bir metin hâline gelecek, ikincisinde ise asli kurucu iktidarın kurucu iradesi anlamını yitirecektir.

A. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN DENETİMİNİN FONKSİYONEL ANALİZİ

Anayasa sadece kurulu iktidarı mı bağlar yoksa tali kurucu iktidar için de bağlayıcı mıdır? Diğer bir ifade ile anayasa-

44 Gözler, K. (2021). s. 1443, 1444.

45 Turhan, M. (2010). s. 33.

46 Batum, S., Yılmaz, D. ve Köybaşı, S. (2021). s. 313, 337.

dan aldığı yasama yetkisini kullanan yasama organı, sadece kurulu iktidar yetkisi ile yasama faaliyetlerini ifa ederken mi, yoksa tali kurucu iktidar olarak anayasayı değiştirme faaliyetlerini ifa ederken de mi anayasaya aykırı davranmamakla mükelleftir? Zira yasama organları bir cihetiyle anayasaya göre oluşmuş ve yetkilendirilmiş kurulu iktidarın unsurlarından biri iken diğer cihetiyle tali kurucu iktidarlardır. Tali kurucu iktidar olarak yasama organları, anayasadan aldıkları türev -ikincil yetki ile anayasayı belirli şartlara uymak şartıyla değiştirme, ona eklemelerde bulunma yetkisine sahip, asli kurucu iktidardan farklı olarak hukukiliği tartışılmayan kamu otoriteleridir⁴⁷. Asli ve tali kurucu iktidar ayrımı, mekanik olarak asli kurucu iktidarın yerini belirginleştirmeye yönelik bir yapılanma olup katı anayasaların katılığını sağlama unsurlarından birisidir⁴⁸.

Bu mesele konunun ele alınması bakımından önemli ve kilit açıcı bir nitelik taşır. Eğer anayasaya aykırı davranmama yükümünün sadece kurulu iktidar için olduğu, tali kurucu iktidar yetkisini kullanan yasama organının böyle bir sınırı olmadığını kabul etmemiz hâlinde anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi işlemi yetki bakımından temelsiz kalacaktır.

Yukarıda ifade edilen sorunun anayasa hukuku teorisindeki karşılığı tali kurucu iktidarın yetki sınırı meselesini oluşturur. Anayasalarda tali kurucu iktidara açık ve zımni (örtülü) olmak üzere iki tür sınır getirildiği görülür. Açık sınırlamalarda anayasa değişiklikleri, şekil ve/veya konu bakımından sınırlanır. Anayasalarda açık bir yasak olmamasına rağmen temel ilkelere, politik sisteme, ideolojik ön kabullere aykırı değişikliklerin yapılamayacağının kabul edildiği⁴⁹ hâllerde

47 Teziç, E. (2012). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 191.

48 Brunet, P., Hamon, F. ve Troper, M. (2024). *Droit Constitutionnel*, Paris: LGDJ, Lextenso Yayınları, s. 58.

49 Örtülü sınırlar isminden de anlaşılacağı üzere açık hükme dayanmayan ancak ilgili konularda anayasa değişikliği yapılamayacağına dair kanaat

ise zımni sınırlar söz konusudur⁵⁰. Tali kurucu iktidar yetkisi teorik olarak sınırlı ve türev bir yetki olsa da bu sınırlılığın etkin olabilmesi için anayasada açıkça düzenlenmiş olması gerekir⁵¹.

Açık sınırlar, birden fazla yöntem ile kurgulanabilir. Bunların ilki ve en yaygın olanı tali kuruculuk yetkisinin kullanımının şekil şartlarına bağlanmış olmasıdır. Anayasamızda da tali kurucu iktidarın anayasa değişikliği yetkisini kullanımı bazı şekil şartları ile sınırlanmıştır. Anayasa'nın 175'inci maddesinde tali kuruculuk yetkisinin kullanılmasının şekil ve usul şartlarını belirlemiştir. Bu şartların bir kısmına da olsa aykırılık AYM'nin denetimine açık bir hukuka aykırılık oluşturur (AY mad. 148/1, 2) Anayasa Mahkemesine göre; *Anayasa'nın 4'üncü maddesinde Anayasanın 1'inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" denilmek suretiyle, 175'inci maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir*⁵². Mahkeme bu kararında asli kurucu iktidarın net ve belirgin sınırlayıcı iradesi karşısında tali kurucu iktidarın adeta kurulu iktidar gibi bağlı olduğuna hükmetmiştir. Buna göre *"Kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6'ncı maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhan-*

içeren sınırlardır. Bu sınırların varlığı ancak kabulüne bağlıdır.

50 Klein, C. ve Andras, S. (2013). "Constitution – Making: Process and Substance", içinde Rosenfeld, M. ve Sajo, A. (Der.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ss. 98-133). Oxford: Oxford University Press.

51 Gözler, K. (2012). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 117.

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

gi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa'nın 175'inci maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir⁵³."

Anayasa değişikliklerinin bir diğer açık sınırlanma yöntemi ise içeriğe ilişkin olanlardır. Bu sınırlandırma değiştirilemez maddeler hatta alan ve konular belirlemek şeklinde gerçekleştirilir. 1961 Anayasası'nda devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilemeyeceği (9. mad.), 1982 Anayasası'nda ilk 3 madde hükmünün değiştirilemeyeceği esasa ilişkin açık sınırlardır.

İçerik sınırlandırılmasına dair pozitif bir hukuk düzenlemesi olmaması hâlinde de tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerinde tabi olacağı doğal bir sınırı olup olmadığı diğer bir ifade ile "zımni sınır" kavramı tartışma konusudur. Zımni sınırların varlığının kabulü hâlinde bunların ortaya konulması ve ölçü norm olarak kullanılması bir değerlendirilme gerektirir. Bu değerlendirme, şüphesiz önüne anayasa değişikliğinin denetimi gelen yargı organınca yapılacaktır ki bu faaliyet "yargısal aktivizm" tartışmalarını beraberinde getirecektir⁵⁴.

B. ANAYASA HÜKÜMLERİ ARASINDA NORMATİF HİYERARŞİ VARLIĞI TARTIŞMASI

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminde öncelikli mesele bu denetimin metodolojik olarak mümkün olup olmadığıdır. Anayasa metninde "değişmez", "değiştirilmesi teklif edilemez", "aykırı düzenleme yapılamaz" gibi pozitif normatif düzenlemeler ile açık değişiklik sınırlarının konmuş olması hâlinde esas denetiminin metodolojik imkân-

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

54 Eren, A. (2023). s. 77.

nı sorgulanmaz. Buna karşın sistem ve temel kurucu çerçeve normların varlığına rağmen bu normlara aykırı bir düzenlemenin açıkça yasaklanmadığı anayasalarda, değişikliğin zımni sınırları olup olmadığı tartışma konusudur.

Anayasa normları arasında normatif bir hiyerarşinin var olup olmadığı meselesi anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi incelemesinde evleviyetle ele alınıp çözüme kavuşturulması gereken bir konudur. Anayasa normlarının tamamını aynı hiyerarşik seviyede kabul edersek, aynı seviyedeki normlar arasında altlık üstlük ilişkisi kurgulanamayacağı için normatif bir denetim de söz konusu olamaz⁵⁵.

Anayasa değişikliklerine sınır getirmek ölçü norm oluşturup anayasa değişikliklerinin bunlara aykırı olmamasını denetleme anlamına gelir. Ölçü norm tesisi ise öncelikle normatif hiyerarşiyi gerektirir. Açık sınırlamalarda normatif hiyerarşi anayasanın açık hükümleri ile normatif olarak kurulur. Örneklemek gerekirse Anayasa'nın 4'üncü maddesi uyarınca Anayasa'nın ilk üç maddesi yapılacak tüm anayasa değişikliklerinin normatif olarak üstünde normlardır. Elbette bu üstünlük ilk üç maddenin düzenlediği konuların öneminden kaynaklanır. Ancak bu normlar çok daha niteliksiz, hatta anayasal konulara dair olmayan hususları düzenlemiş olsalardı bile 4'üncü maddenin açık düzenlemesi marifetiyle artık normatif üstünlüğe sahip ölçü normlar olarak kabulleri gerekecek idi. Örneklemek gerekirse, her ne kadar içeriği itibarıyla oldukça önemli bir konuyu düzenlese de anayasal bir konu sayılamayacak olan AY 169'uncu maddesinin "Yanan ormanların yerine yeni ormanlar yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz." hükmünün AY'nin ilk 3 maddesinden birisine eklenmesi hâlinde artık bu hükmeye aykırı bir anayasa değişikliğinin yapılması mümkün olmayacaktır.

Bu noktada aksine pozitif bir anayasal düzenleme olmaksı-

55 Turhan, M. (2010). s. 35.

zın anayasa hükümlerinin içeriği itibarıyla birbirlerinden farklı “değerler” taşıdığına dair görüşü⁵⁶ kabul etmediğimizi ifade etmek isteriz. Görüldüğü üzere buradaki sınırlama konunun önemi veya anayasal niteliğinden değil normatif düzenlemenin (AY 4’üncü madde) emredici yasağından kaynaklanır.

Örtülü sınırların varlığı ise ancak örtülü sınırları oluşturan normların anayasa değişikliği ile tesis edilecek yeni kuralardan üstün olduğu ön kabulüne bağlıdır. Zira bu kabul ile anayasa kuralları arasında -açık olarak düzenlenmemiş olsa da- hiyerarşik bir sıralamanın varlığı benimsenmiş olur.

Normatif hiyerarşiden bahsedebilmek için biri içeriksel diğeri ise işlevsel iki şartın gerçekleşmiş olması gerekir. İçerik şartı, normlar arasında altlık – üstlük ilişkisinin olması, işlevsel şart ise aykırılık hâlinde alt sıradaki normun iptal ya da ihmal suretiyle hukuk düzeni dışına çıkartılıyor olmasıdır⁵⁷. İçerik şartının temeli, bir hukuk kuralının geçerli olmasının o kuralın kendinden önce ihdas edilmiş bir hukuk kuralına dayanması, varlık kaynağını önceki kuraldan alması gerektiği anlayışıdır⁵⁸. Alt ve üst norm arasında bir sebep sonuç ilişkisi vardır⁵⁹, alt seviyedeki kural, geçerliliğinin kaynağı olan üst norma aykırı olamaz zira ona uygun olduğu için geçerlidir⁶⁰. Bunun doğal sonucu olarak, bir normun, kaynağını teşkil eden üst norma aykırı olarak geçerlilik kazanması -veya Kelsen’in alternatif norm teorisine göre⁶¹ geçerlilik kazandığının kabulü hâlinde bile- geçerliliğini koruması mümkün değildir⁶².

56 Abdülhakimoğulları, E. ve Baykan, M. (2012). "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 21.

57 Sezer, A. (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, içinde *Anayasa Mahkemesi’nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, C. 36., s. 358.

58 Gülgeç, Y. (2016). *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 14, 15; Işıktaç, Y. ve Metin, S. (2021). *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 142.

59 Sır, O. (2011). s. 120.

60 Gülgeç, Y. (2016). s. 23; Sezer, A. (2019). s. 358.

61 Turhan, M. (2017). s. 52-53.

62 Gülgeç, Y. (2016). s. 23.

Normatif hiyerarşinin ikinci unsuru olan aykırı normun, hukuk düzeninden kaldırılması veya işlevsiz kılınması ise ancak açık bir düzenleme ile mümkün olabilir. Bu işlem, belirli bir kamu organına normu iptal ederek hukuk sisteminden kaldırma ya da normu ihmal ederek uygulamama suretiyle hukuk düzeni içinde işlevsiz bırakma yetisi verilerek gerçekleştirilebilir.

Kural olarak aynı derecedeki normlar arasında normatif hiyerarşinin varlığından bahsedilemez. Hiyerarşi farklı huku-ki formlarda örneğin, anayasa – kanun, kanun – yönetmelik vb. arasında oluşur. Normatif hiyerarşinin önemli bir diğer boyutu ise normu üreten kamu güçleri arasındaki hiyerarşik ilişkidir. Bu perspektiften bakılınca görülür ki normlar arası hiyerarşik ilişki kuralların içeriğinden değil, onları ihdas eden otoritelerin hiyerarşik yapılanmasından kaynaklanır. Bu yönüyle normlar hiyerarşisi normu üreten kamu organları arası ilişkidir. Bir diğer ifade ile aslında hiyerarşi hukuku üreten organlar arası hiyerarşidir. Bu hiyerarşi piramidinin basamaklarını da hukuku üreten devlet güçleri oluşturur⁶³. Bu anlayış uyarınca normatif hiyerarşiyi kuran, normları ihdas eden devlet organları arasındaki hiyerarşik kademelenmedir.

Örneğin, kanunlar idari düzenleyici işlemlerden üstündür çünkü kanunlar yasama organının, idari düzenleyici işlemlerin ise yasama organının ürettiği kanuna dayanarak oluşturulan (AY 123. mad.) idarenin ürünüdür. Normatif hiyerarşinin ele aldığımız “organik boyut” penceresinden bakınca, anayasaların asli kurucu iktidar tarafından; anayasa değişikliklerinin ise asli kurucu iktidarın belirlediği hukuk düzeni içinde oluşan tali kurucu iktidar tarafından üretilmekle, iki farklı seviyedeki kamu otoritesinin ürettiği normlar olduğu gözükür.

İhdas eden kamu otoriteleri arasındaki hiyerarşik fark normlara da yansır ve asli kurucu iktidar tarafından ihdas edilen normlar ile tali kurucu iktidar tarafından ihdas edile-

63 Grabenwarter, C. (2014). Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa, Kafkas, H. (Çev.), içinde Depenheuer, O. ve Grabenwarter, C. (Der.), *Anayasa Teorisi* (ss. 403-429), Ankara: Lale Yayıncılık, s. 418.

cek normalar arasında hiyerarşik bir ilişki oluşur. Bu ilişkinin sonucu olarak ifade etmek gerekirse, tali kurucu iktidarın kaynak norm olan anayasa hükmünü değiştirme – iptal etme yetkisi kendiliğinden -mündemiç- bir yetki değildir. Tali kuruculuk ancak asli kurucu tarafından verilmesi hâlinde oluşan ikincil bir yetkidir. Kaynak teorisi uyarınca, anayasa değişikliklerinde her ne kadar aynı seviyedeki hukuk kurallına ekleme – değiştirme yapılıyorsa da ekleme – değişikliği yapan yasama gücü tali niteliktedir. Dolayısıyla tali nitelikte bir kaynak tarafından üretilen norm asli kurucu tarafından ihdas edilen normda organik ve kaynak ilkesi bakımından alt seviyede kalır. Bu defo, tali kurucu iktidarın da asli kurucu tarafından yetkilendirilmiş olduğu gerçeğinden sebep, değişiklik – ekleme anayasa normu niteliğini kazandıktan sonra ortadan kalkar ve asli kurucunun tali kurucuya tanıdığı yetki onu asli kurucunun düzenlediği diğer normlar ile eşit seviyeye çıkartır.

Anayasa normlarının tamamının aynı hiyerarşik seviyede kabul edilmesinin yol açacağı önemli bir sorun, “önceki norm-sonraki norm”, “genel norm-özel norm” çatışması ile oluşacak durumdur. Hukuk düzeni, tezat ve çelişkiyi kabul etmez. Aynı seviyede, hele hele aynı hukuki metinde birbiri ile çelişen iki düzenlemenin aynı anda geçerli olup uygulanması, «hukuki belirlilik ilkesine»⁶⁴ aykırılık teşkil eder.

Aynı normatif hiyerarşi basamağındaki normlar arasında içerik çatışmasının yaşanması hâlinde iki farklı senaryo uyarınca iki ayrı uygulama gerçekleşir.

İlk olarak; farklı kronolojiye sahip normların farklı hükümler içermesi hâlinde -önceki norm – sonraki norm- diyalektiği oluşur. Bu çatışma “*lege posteriori derogat lege priori*” ilkesinin esas alınarak sonraki normun önceki norm yerine uygulanmasıyla çözülür⁶⁵. Bu hâlde sonraki norm önceki normu zımnen ilga etmiştir.

64 Eren, A. (2023). s. 419.

65 Işıқтаç, Y. ve Metin S. (2021). s. 176.

İkinci hâlde, yani normların aynı tarihte yürürlük kazanmasına rağmen birinin özel nitelikte düzenlemeler içermesi ve bu düzenlemelerin genel nitelikteki hükümler ile çatışması hâlinde, konuya dair daha ayrıntılı hükümler içerdiği için özel hüküm genel düzenlemenin yerine uygulanacaktır⁶⁶.

Yeni (sonraki) norm ve özel hüküm ihtiva eden normun tercihi ilkesinin, anayasa değişikliklerinde diğer hukuki metinler gibi uygulanmasında, anayasal normların ve ihdas makamlarının niteliklerinden kaynaklanan iki farklı olumsuzluk vardır.

Öncelikle ayrıntısına aşağıda değinileceği üzere, anayasal normların bir kısmı anayasal konuların temel ilkelerini kuran kurucu normlar, bir kısmı ise devletin gücü ve otoritesine sınırlar çizen, çerçeve kuran, sınırlandırıcı normlardır. Bu tip kuralların göz ardı edilmesine sebep olacak şekilde, yeni tarihli veya özel içerikli anayasa normları üretmek, buna karşı eski normu alenen ilga etmeden yürürlükte bırakmak anayasal sistematığı bozan bir durum ortaya koyacaktır. Bu konunun ayrıntıları, aşağıda “Temel Normlar – Çerçeve Kuran Normlar” başlığında ele alınacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz olumsuzluğun ikinci nedeni ise, ihdas makamlarının farklı hukuki niteliklerinden kaynaklanır. Bir hukuki metin, örneğin kanun veya genelge içinde “*lex specialis*” (özel norm) veya sonradan yapılan bir düzenleme ile “*lex posterior*” hüküm ihdas eden irade, aynı seviyedeki hukuki otoritedir, kanunlarda yasama, idari düzenleyici işlemlerde ise yürütme organı. Oysa anayasaları yapan irade asli kurucu iktidar iken; değişiklik ile sonradan ihdas edilen “*lex posterior*” hükmü koyan irade, asli kurucu iktidarın belirlediği hukuki çerçevede çalışmakla yetkili kılınmış olan tali kurucu iktidardır. Yukarıda izah etmeye çalıştığımız ve normatif hiyerarşinin ikinci temelini oluşturan kaynaklar arası hiyerarşi, anayasa değişiklik ve eklemelerini her ne kadar aynı hukuki

66 a.g.e. s. 177.

metnin içine girmiş olsa da ihdas eden otorite bakımından ilk metinden farklı bir yere konumlandırır. Bu denklemde “*lege posteriori derogat lege priori*” ilkesinin uygulanması hâlinde tali kurucu iktidarın her yeni düzenlemesinin asıl anayasada yer alan ancak değişiklik ile çatışan eski hükmün zımnen ilgası sonucunu doğuracaktır. Bu tip bir duruma engel olmak adına, tali kurucu iktidarın değişiklik veya ekleme yaparken mevcut anayasa hükümlerinden birini ilga etmek istemesi hâlinde bunu aleni olarak yapması gerekir.

Buraya kadarki açıklamalara dayanarak, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenebilmesi için anayasa normlarının bir kısmının ölçü norm olarak kabulü ve bu normların değişiklik ile tali kurucu iktidar tarafından ihdas edilen yeni anayasa normlarından hiyerarşik olarak üstün olduğunu kabul ediyoruz. Bu hiyerarşi anayasa normlarının aynı huku-ki metin içinde olmalarından kaynaklı olarak olağan normatif hiyerarşiden farklı işletilmelidir. Tali kurucu iktidarın anayasanın açık hükmü ile sınırlanmadıkça tüm anayasa normlarını değiştirme, ilga etme ve yeni hükümler ihdas etme yetkisi vardır. Ancak yukarıda da önerdiğimiz gibi bunu aleni surette yapması ve anayasa içinde eski hükümler ile çatışan yeni hükümler oluşmasına imkân tanımaması gerekir. Eğer böyle bir aleni ilga yoluna gidilmez ise anayasa yargısını görevini ifa etmekle yetkili kamu organının özellikle temel ve sistem kuran çerçeve normları ölçü norm olarak kabul edip anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemesi zaruridir.

1982 Anayasası’nın düzenlemeleri bu hiyerarşinin izlerini taşıyan bir sistematik ile kurgulanmıştır. Şöyle ki anayasa koyucu, Anayasa’nın ilk 3 maddesinin tali kurucu iktidarın düzenleyeceği yeni anayasa normlarından üstün olduğunu açıkça belirlemiş, Anayasa’nın ilk kısmını “genel esaslar” başlığı altında düzenlemiş, Temel Haklar ve Ödevlerin düzenlendiği ikinci kısmın birinci bölümünü ise temel haklar ve ödevlerin tüm özel hükümlerine uygulanacak genel hükümler olarak benimsemiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak örnekleneceği üze-

re örneğin; temel hakların sınırlandırılmasına dair genel hüküm olan 13'üncü maddenin aksine bir sınırlandırma rejiminin özel hükümler altında düzenlenmesi hâlinde "özel hüküm genel hüküm ile çelişir ise özel hüküm uygulanır" kuralı işletilerek özel hükmün uygulanması anayasanın sistematigi ve kurmak istediği güvence rejimine zarar verecektir.

Diğer yandan, Anayasa'nın 148'inci madde hükmü ile Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetime kapatılması -böyle bir yasak olmaksızın- bu denetimin mümkün olduğuna işaret eder. Mantık örgüsü gereği zaten mümkün olmayan bir denetimin anayasa normu ile engellenmesinin bir anlamı olmayacaktır. Anayasa koyucu asli kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasa normları ile tali kurucu iktidar tarafından değişiklik, ekleme vb. ile vazedilen normlar arasında normatif bir hiyerarşiyi kabul etmiştir ki bu hiyerarşiden kaynaklanan aykırılık denetimini normatif bir düzenleme ile kapatma yoluna gitmiştir.

III. SİSTEM-TEMEL KURUCU ÇERÇEVE NORMATİF DEĞERLERİ

Anayasaların içindeki maddi anayasa hükümleri, devletin niteliklerini, kuvvetlerin yapılanmasını birbirleriyle ilişkilerini belirleyen temel haklar ve hürriyetlere dair rejimi kuran kısacası anayasal konuları düzenleyen normlardır⁶⁷. Maddi anlamda anayasacılık kavramına göre, bir metnin anayasa olarak kabulü için içerik olarak anayasal konuları düzenlemiş olması gereklidir⁶⁸. Anayasal konulara dair hükümlerin bir kısmı sistem kurucu temel normlar; bir kısmı ise kamu gücünün yetki sınırını belirleyen çerçeve normlardır.

Schmitt'e göre, anayasa en temel yasal düzenlemedir, diğer tüm kanun ve normların dayanağı olan kanunların kanunu-

67 Anayurt, Ö. (2023). s. 61; Teziç, E. (2012). s. 171, 172; Döner, A. (2023). s. 41.

68 Eren, A. (2023). s. 102, 103.

dur, üstün normdur⁶⁹. Kelsen, maddi anayasa hükümlerinin normatif bir etkisi olduğunu maddi anlamda anayasa kurallarının normatif hiyerarşide bir alt seviyede olan kanunların yetki kaynağını oluşturduğunu kabul eder⁷⁰. Hart bu normatif işlevi ikincil norm teorisi ile açıklar. Hart'a göre ikincil normlar, kişilere veya devlete görev ve edimler yükleyen birincil kuralların yetki kaynağını oluşturan, kişisel ve kamusal yetkileri belirleyen normlardır⁷¹. İkincil normlar, adeta birincil normlara varlık değeri yükleyen hukuki kaynaklardır⁷².

Sistem kuran temel normlar bloğu devletin niteliklerini, temel özelliklerini, organlar arası ilişkilerde uygulanacak kuralları, devletin fonksiyonlarının içerik ve çerçevesini belirleyerek devletin omurgası ve sistematik sinir sistemini oluşturur. Bu yapısal fonksiyon bir misyonu ve teleolojiyi⁷³ barındırır. Bu misyon gereği anayasalar, sadece teknik hukuki metinler değil, değerler ve ilkeler bütünü inşa edeni “kurucu felsefeye” sahip temel normlardır⁷⁴. Bu anlamda anayasalar teleolojik metinlerdir. Anayasanın teleolojik niteliği maddi neden olarak karşımıza çıkar ve bu maddi neden formal nedenin de meşruiyet kaynağı, adeta dayanağıdır⁷⁵.

Schmitt, bu felsefe ve değerler bütünü “anayasa”, yazılı hâle gelen pozitif metni “anayasa kanunu” olarak isimlendirir. Her düzenleme, *aprejure* -hukuk öncesi- olarak tercih edilen politik kararlara dayanır. Politik tercihlere göre verilen kararlar, yukarıda değinilen kurucu felsefe ve değerler ışığında şekillenir ve “anayasa” bu bütündür. Yazarın “Anayasanın ruhu” olarak nitelediği bu değerlerin pozitif düzenleme hâli-

69 Schmitt, C. (2008). s. 62.

70 Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law and State*, Massachusetts: Harvard University Press, s. 124.

71 Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, New York: Clarendon Press, s. 81.

72 Işıktaç, Y. ve Metin, S. (2021). s. 147, 148.

73 İşsevenler, O. V. (2019). s. 63.

74 Batum, S., Yılmaz, D. ve Köybaşı, İ. (2021). s. 352.

75 İşsevenler, O. V. (2019). s. 70.

ne gelen şekli ise “anayasa kanunudur”. Her normun ardında dayandığı ondan kaynaklandığı bir ruh vardır. Anayasanın ruhu da asli kurucu iktidarın değerlerini oluşturan ilkelerdir⁷⁶. Yazar “*Sistem Kurucu Temel ve Çerçeve Normlar*” olarak isimlendirdiğimiz kuralların, “*apriori*” olarak- anayasanın ruhuna dayandığını, bu ruhun kapsam ve çerçevesinde kalan diğer anayasa hükümlerinin ise anayasal kuralları oluşturduğunu söyler⁷⁷.

Bu misyon gereği anayasalar, devlet iktidarını sınırlandırmaya yönelmiş bir yapılanma içerir. Bu yönelim, adeta “kurumsal bir zorunluluktur”. Bu “kurumsal zorunluluk” uyarınca, anayasalar devletin yapılanmasını ve kuvvet – fonksiyon örgütlenmesini bir amaca hizmet edecek şekilde düzenlemelidir. Bu amaç, devletin her bir kuvvetinin sınırlarını belirleyen, kuvvetlerin bu sınırlar içinde kalmasını sağlayacak ve temel haklar ile hürriyetleri güvence altına alacak bir hukuki yapı kurmaya yönelmiştir⁷⁸.

Maddi anlamda anayasa normlarının bir grubu, temel haklar ve hürriyetlere dair anayasal sistemi kurar. Bu normlar, temel haklar ve hürriyetlerin güvence rejimini belirleyen, anayasal devletin en önemli şartı olan temel hakların anayasa ile güvence altına alınması ilkesini -normatif düzlemde- gerçekleştiren normlardır.

Asli kurucu iktidarın, devletin ve insan hakları rejiminin temelini üzerine inşa ettiği bu tip normlar, normatif hiyerarşide diğer anayasa normlarından üstün olarak değerlendirilmelidir. Bu üstünlük sadece maddi ve moral bir üstünlük değil aynı bunlarla birlikte sistematik bir üstünlüğü de içerir. Örneğin Anayasamızda devlet başkanının veraset yolu ile değil de seçim ile göreve gelişi (101. mad.), devletin Cumhuriyet niteliğinin (1. mad.) sonucu, yasama (75., 77., 78., 79. mad.) ve

76 Schmitt, C. (2008). s. 73, 76.

77 a.g.e. s. 76-78.

78 Barın, T. (2016). s. 104.

yürütmenin (101. mad.) birbirlerinden bağımsız şekilde oluşumu ve farklı görev ve yetkileri haiz olmaları (87., 88., 90., 92., 104. mad.) anayasanın 2'nci maddesinin atfı ile “Kuvvetler Ayrımı” ilkesini benimseyen Başlangıç kısmının 4'üncü paragrafı hükmünün gereğidir.

Anayasa değişikliklerinde bu tip sistem kuran ve çerçeve normlar ölçü norm olarak kabul edilmeli bu kurallara aykırı anayasa değişiklikleri yapılacak ise öncelikle bu tip kurallar değiştirilmeli ki değişiklik ile eklemlenen hüküm sistem-temel kuran normlar ile çatışır olmamalı.

Sistem kuran temel ve çerçeve normlar ile diğer anayasa hükümleri arasındaki hiyerarşi çoğu kez, «değiştirilemez», «değiştirilmesi teklif edilemez» gibi açık hükümler ile anayasa metninin açık hükümleri ile normatif olarak tesis edilmiştir. Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunun değiştirilemeyeceğine dair 1924 Anayasası'nın 102'nci ve 1961 Anayasası'nın 9'uncu maddeleri, yine devletin şeklinin, Cumhuriyetin nitelikleri, devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkentinin belirlendiği 1., 2. ve 3' üncü maddelerinin değiştirilme yasağını düzenleyen 4'üncü maddesi bunlara örnektir. Benzer şekilde; Federal Almanya Anayasası'nın 79/3. maddesindeki federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya temel hakları düzenleyen 1. ve 20'nci maddelerde yazılı esaslara ilişkin anayasa değişikliğini yasaklayan düzenleme⁷⁹, Portekiz Anayasası'nda; ulusal bağımsızlık ve devletin birliği, yönetim şeklinin Cumhuriyet olması, Kilise ve Devlet arasındaki ayrım, vatandaşların hakları, özgürlükleri ve teminatları, işçilerin, işçi komiteleri ve sendikaların hakları, üretim araçlarının mülkiyetine, kamu, özel ve kooperatif ve sosyal sektörlerin sahip olması, karma ekonomi çerçevesinde var olan ekonomik planlara olan gereksinim, egemenlik yetkisi kullanan organların,

79 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim Tarihi: 7/4/2025)

özerklik bölgesi organlarının ve yerel yönetim organlarının seçimle gelinen görevlerine genel, gizli ve periyodik seçimle atamalar; ve nispi temsil sistemi, siyasi partiler ve demokratik muhalefet hakkını da içeren çoğul ifade ve siyasi örgütlenme, egemenlik yetkisini kullanan organların ayrılığı ve birbirine bağımlılığı, hukuk kurallarının anayasaya pozitif uygunluk ve ihmal yönünden aykırılık incelemesine tabiliği, mahkemelerin bağımsızlığı, yerel yönetimlerin özerkliği, Azor adaları ve Madeira takımadalarının siyasi ve idari özerkliğine dair hükümlerin değiştirilemeyeceğine dair hükümler (288. mad.)⁸⁰ bu tip açık sınırlamalara örnektir.

Anayasamızın sistem kuran ve çerçeve belirleyen normları ilk üç madde ile sınırlı değildir. Devletin temel amaç ve görevlerini sayan (5. mad.), egemenliği tanımlayan (6. mad.), devletin temel fonksiyonları ve niteliklerini belirleyen (7., 8., 9. mad.), kanun önünde eşitliği ve anayasanın bağlayıcılığı ile üstünlüğünü kuran (11. mad.) sistem kuran temel ve çerçeve normlardır. Bu normlar ile anayasa devletin, temel nitelikleri ve esaslarını düzenlemiştir. Ancak anayasa koyucu bu maddelerin değişimine dair tali kurucu iktidara açık bir sınırlama getirmemiştir.

Anayasa'nın iki ana sütunundan biri olan insan hakları alanı ise, temel haklar ve hürriyetlerin genel nitelikleri ile sınırlama rejimine dair Anayasa'nın ikinci kısmının ilk bölümünü oluşturan 12., 13., 14. ve 15 inci maddeleri ile düzenlenmiştir. Bu kısım insan haklarının genel rejiminin belirlendiği- ilk on bir maddesine benzer nitelikte- temel ve sistem kuran çerçeve normlardır. Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliğini belirleyen 12'nci madde, Temel Haklar ve Hürriyetleri sınırlarken kamu gücünün uyması gerektiği esasları belirleyen 13'üncü madde, "kötüye kullanma" kavramı ile kötüye kullanım yasasını düzenleyen 14'üncü madde ve Temel Haklar ve Hürri-

80 Portekiz Cumhuriyeti Anayasası, https://adaletbizcom.teimg.com/adalet-biz-com/images/dosyalarim/PORT_EK_Z_ANAYASASI.pdf (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

yetlerin kullanımının durdurulmasının koşullarını belirleyen 15'inci madde anayasal hakların temelini oluşturan, sistematikliğini belirleyen, hakların ve bunlara devletin müdahalesinin sınır ve çerçevesini belirleyen normlarındandır.

Bu tip sistem kuran ve çerçeve belirleyen normlar nitelikleri gereği, anayasanın sistematik, gaî ve lafzi yorumundan hareketle anayasa içi ölçü norm değeri taşırlar. Bu normlar değiştirilmeksizin, bunlara aykırı olacak şekilde diğer anayasa normlarının değiştirilmesi temel haklar ve hürriyetlerin genel rejimini ve güvence sistematikliğini zedeleyecektir.

Anayasa yargısı ile katı anayasa arasında sarmal şeklinde bir sebep – sonuç ilişkisi vardır. Yazılı ve katı anayasa bir yandan anayasa yargısının ön koşulu olup⁸¹ diğer yandan ise anayasa yargısı, katı anayasanın amacı olan üstünlük ve bağlayıcılığının güvencesidir. Temel norm olan anayasanın gündelik değişimlere karşı stabiliteye sahip olması aranır bu da ancak yazılı ve katı bir anayasa ile mümkün olabilir⁸².

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirttiğimiz genel sistem ve kamu gücünün çerçevelendiği çerçeve rejiminin zedelenmesine sebep olabilecek anayasa değişikliklerini oldukça geniş yorumlamış ve bunlara aykırı değişiklikleri hukuka aykırı bulmuştur. AYM'yi buna sevk eden, sistem ve temel kurucu çerçeve normların korunmasına dair anayasal koruma mekanizmalarının ihdas edilmemiş olmasıdır. Mahkeme bu eksiği yargısal aktivizm ile giderme yoluna gitmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; *Anayasa'da sadece "Cumhuriyet" sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amaç "Cumhuriyet" sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir... Şu halde, sadece "Cumhuriyet" sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle*

81 Fendoğlu, H. T. (2019). s. 84.

82 Schmitt, C. (2008). s. 68.

*bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır*⁸³. Yüksek Mahkeme, 1971 değişikliği ile anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi yetkisine getirilen içerik (sadece şekil bakımından denetim sınırlaması) sınırlandırılmasına takılmamak adına sistem kuran ve çerçeve koyan normları geniş yorumlamak suretiyle bu normlar ile belirlenen anayasal sistemin ilke – esaslarına aykırı düzenlemelerin de yasaklandığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre; *“Cumhuriyet Devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler manzumesidir. Şu hâlde Cumhuriyet Devlet şeklini ortadan silecek veya onu işlemez duruma getirecek olan Anayasa değişikliklerinin yapılamayacağı Anayasamızın gerek açık hükümlerinden gerek ruh ve felsefesinden çıkmaktadır*⁸⁴.”

Temel haklar ve hürriyetlere dair kurulan güvence sisteminin ilk ve en önemli ayağını bunların kamu otoritesine karşı korunması yani dikey korunma etkisinin⁸⁵ tesis edilmesidir. Anayasanın başlangıç hükümlerine göre; *millet adına egemenlik yetkisini kullanan hiçbir kişi ve kuruluş bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamaz* (Bşl. 3'üncü paragraf).

Anayasa'da belirlenen hürriyetçi demokrasi icapları ile belirlenmiş hukuk düzenin başladığı yer; Anayasa'da yer alan temel haklar ve hürriyetler rejimine dair hükümlerdir. 11'inci maddenin anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayacağına dair genel ve açık hükmü karşısında, yasama organı, kurulu iktidar olarak yasama faaliyetini ifa ederken anayasaya aykırı davranmamak ile yükümlüdür. Bununla beraber tali kurucu iktidar olarak anayasayı değiştirirken de sistem kuran ve çerçeve belirleyen normlarda değişiklik yapmaksızın bunlara aykırı yeni hükümler ihdas etmemeli mevcut hükümleri bunlara aykırı olacak şekilde değiştirmemelidir.

83 AYM, E.1970/1, K.1970/31, 16/6/1970.

84 AYM, E.1970/41, K.1971/37, 13/4/1971.

85 Eren, A. (2023). s. 492.

Bu aşamaya kadar ileri sürdüğümüz savımız; anayasadaki sistem ve temel kurucu çerçeve normlar ile diğer anayasa hükümleri arasında bir altlık üstlük ilişkisinin olduğudur. Bu altlık üstlük ilişkisi, sadece normun niteliğinden değil aynı zamanda normu ihdas eden kamu otoritelerinin konumundan da kaynaklanır.

Yukarıdaki savımız üzerine inşa edilen ikinci soru: Anayasalarda değiştirilemez hükümler yok ise veya değişme yasağına dahil olmayan hükümlerde tali kurucu iktidarın düzenleme yetkisi sınırsız mıdır? Bu sorunun cevaplanabilmesi farklı seviyede çözümlemeleri gerektirir. İlk olarak tali kurucu iktidarın anayasayı tamamen değiştirmesi, yeni bir anayasa kabul etmesi yetkisi incelenmelidir. Tali kurucu iktidar, yetkisini anayasa değişikliğini aşacak adeta yeni bir anayasa yapacak nitelikte ve yoğunlukta kullanabilir mi? Kendisi bizatihi hukuki bir yetki olan⁸⁶, tali kuruculuk yetkisi hukukun-en azından iç hukukun- henüz oluşmadığı ortamda kullanılan, “hukuk” öncesi bir yetki değil, hukuk içinde, iç hukukun en üst hukuk kaynağı olan Anayasa tarafından verilmiş bir kuruculuk yetkisidir. Bu yetki, tüm kamu hukuku yetkileri gibi verildiği kadar ve verildiği çerçeve içinde kullanılabilir. Bu konudaki çerçeve düzenleme, Anayasamızda tüm devlet yetkilerinin kaynağını Anayasa’ya bağlayan 6’ncı maddededir. Buna göre “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan devlet yetkisini kullanamaz.”.

Tali kurucu iktidar, her ne kadar mevcut hukuk düzenini kuran ana hukuk belgesinde değişiklikler yapma yetkisini ile «kuruculuk» niteliğini haiz ise de bu yetkisini mevcut kurulmuş hukuk rejiminden almakla tali niteliktedir. Bir hukuki yetki kaynaklandığı hukuk kaynağının izin verdiği ve çerçevelendiği oranda kullanılabilir. Bu genel kural kamu hukukunun en temel ilkesi olan kamu hukukunda genel kuralın kamunun yetkisizliği, istisnai olarak ise verildiği kadar yetkili olduğu

86 Gözler, K. (2016). s. 115; Teziç, E. (2012). s. 191; Anayurt, Ö. (2023). s. 204.

kabulünden doğar⁸⁷. Bu sınırlılığın doğal sonucu olarak, tali kurucu iktidar -aksine bir yetki ile donatılmadı ise- yetkisini aldığı anayasayı ortadan kaldırarak şekilde, adeta “bindiği dalı kesercesine”⁸⁸ toptan bir anayasa değişikliği yapamaz. “Değişiklik yapma” yetkisi “yok etme” yetkisini içermez⁸⁹. Ancak yukarıda değindiğimiz üzere tali kurucu anayasa ile açıkça yetkilendirildiği durumlarda anayasayı baştan sona değiştirmek suretiyle yeni bir anayasa yapabilir. Bu hâlde tali kurucu iktidar, *pouvoir constituant originaire* (asli anayasa yapımı iktidarı) ve *pouvoir constituant institue* (tali anayasa yapımı iktidarı) olarak iki farklı yetkiye sahip addedilir⁹⁰. Bu ayrıma göre; anayasayı tamamen ortadan kaldırıp yeni anayasa yapma yetkisi asli anayasa yapımı iktidarındır.

İsviçre Anayasası bu teorik ayrım uyarınca anayasanın toplu (194. mad.) ve kısmi olarak (193. mad.) değişimini ayrı ayrı düzenlemiştir⁹¹. Benzer şekilde İspanya Anayasası da anayasa değişikliklerini anayasa değişikliği (167. mad.) ve anayasa da temel reformlar olarak ikiye ayırmakta ve ikincisinde anayasanın toptan değiştirilmesini düzenlemektedir (168. mad.)⁹².

Özet olarak ifade etmek gerekirse ülkemizde olduğu gibi anayasada sadece anayasa değişikliğinin prosedürü düzenlenmiş böylelikle tali kurucu iktidar sınırlı yeki ile yetkilendirilmiş ise tali kurucu iktidarın anayasayı tamamıyla değiştirebilmesi, kamu hukukunun “yetkisizlik esas – yetki istisnadır” kuramı gereğince mümkün değildir zira değişiklik ile ortadan

87 Atar, Y. (2024). s. 1153.

88 Teziç, E. (2012). s. 205.

89 Schmitt, C. (2008). s. 150, 151.

90 Waldhoff, C. (2014). Anayasa Kanunun Meydana Gelişi, Aras Buz, B. (Çev.), içinde Depenheuer, O. ve Grabenwarte, C. (Der.), *Anayasa Teorisi* (ss. 305-363), Ankara: Lale Yayıncılık.

91 https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2002 (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

92 https://mahmudcelaleddinoktenaihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/44/10/761717/dosyalar/2019_10/131_24_433_Yspanya_AnayasasY.pdf. (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

kaldırma (*annihilation*) farklı yetkililerdir⁹³. Asli kurucu iktidarın tali kurucu iktidara anayasayı tamamen değiştirme yetkisi tanımak istemesi hâlinde, İsviçre ve İspanya Anayasalarında olduğu gibi bunu açıkça düzenlemiş olması gereklidir. Bu tip bir yetkilendirme yapılmadıysa, değişiklik yetkisi anayasayı ortadan kaldırma yetkisini içermez⁹⁴. Karşıt fikirdeki bazı yazarlara göre pozitivist anlayış uyarınca⁹⁵ anayasada öngörülen maddi sınırlar dışında tali kurucu iktidarı sınırlandıran sınırlar yoktur⁹⁶. Bu görüş tali kurucu iktidara ancak anayasa ile sarıh maddi sınırlar getirilebileceğini savunup örtülü maddi sınır kavramını kabul etmemektedir⁹⁷.

Tali kurucu iktidarın, anayasanın tamamını değil de belirli nitelikteki hükümlerini değiştirmeye dair sınırları olup olmadığı başka bir tartışma konusudur. Kurduğu “anayasanın ruhu – anayasa kanunu” sistematığı mekaniğinde konuya yaklaşan Schmitt, Weimar Anayasası 76’ncı maddesinde düzenlenen anayasa değişikliği yetkisinin sadece anayasa kanununu kapsadığını bu maddeye dayanılarak, Alman halkının politik tercihleri ile oluşan “anayasa ruhunun” yansıması olan hükümlerin değiştirilemeyeceğini savunur. Yazara göre, örneğin; Alman Meclisi üçte iki çoğunluğu sağlayarak Alman devlet sistemini mutlak monarşiye veya Sovyet rejimine dayalı cumhuriyete dönüştüremez⁹⁸. Oysaki Weimar Anayasası’nda bu konuda bir sınırlama yoktur.

Macaristan Anayasa Mahkemesine göre; “23 Ekim 1989 tarihinde Macaristan Anayasasında yapılan anayasa değişikliği ile adeta yeni bir anayasa yapılmış, devletin hukuk sistemi, politik ya-

93 Schmitt, C. (2008). s. 150, 151.

94 Marbury, W. L. (1919). “The Limitations upon Amending Power”, *Harvard Law Review*, C. 33., S. 2., s. 223-235.

95 Gözler, K. (2012). s. 121.

96 a.g.e. s. 121

97 Eren, A. (2023). s. 79.

98 Schmitt, C. (2008). s. 79.

*pısı ve siyasi rejimi değiştirilmiştir*⁹⁹. Macar Yüksek Mahkemesi devletin hukuk sistemini ve politik yapısını belirleyen anayasa kurallarını diğer anayasa hükümlerinden ayrı tutup bunların değişiminin devlet sistemi ve siyasal rejimin değişimi olarak değerlendirmektedir. Bu yaklaşıma göre devlet sistemi, siyasal rejim gibi anayasanın hayati yapısını oluşturan temel kuralların anayasadan kaynaklanan tali yetki ile değişmesi yadırganacak bir durum olarak algılanabilir¹⁰⁰.

Sistem kuran ve çerçeve belirleyen normlara aykırı düzenlemelerin, neler olabileceği ve anayasal sisteme ne gibi zararlar verebileceği Anayasamız üzerinden şu şekilde örneklenebilir; Anayasa'nın 17'nci maddesinde yapılacak bir anayasa değişikliği ile zorla çalıştırma ve angarya yasağının kaldırılması Anayasa'nın 12'nci maddesindeki temel haklar ve hürriyetlerin dokunulmazlığı ilkesine, Anayasa'nın 35'inci maddesinde, kişiye mutlak ve geri alnamaz surette mülkiyet edinimi hakkında feragat edebilme imkânı tanıyan bir değişiklik Anayasanın 12'nci maddesinde yer alan temel haklar ve hürriyetlerin devredilmezliği ve vazgeçilmezliği ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Benzer şekilde; 23'üncü maddede yerleşme ve seyahat hürriyetinin idarenin takdiri ile belirlenecek nedenlerle ilin en yüksek mülki amiri tarafından sınırlandırılabilmesine imkân tanıyacak, 34'üncü maddede toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin idare tarafından süresiz olarak durdurulabilmesine olana sağlayacak düzenlemeler, Anayasa'nın temel haklar ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair devletin yetkisini sınırlayan 13'üncü maddesinde düzenlenen sınırlamalarda mutlaka uyulması gerekli "kanunilik", "özel sebebe bağlılık" ilkelerine, sınırlamalar ile temel hak ve hürriyetin özüne dokunulamayacağını düzenleyen "öze dokunma yasağına" aykırılık teşkil edecektir. Benzer şekilde, artan

99 Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin 3/3/1992 tarih, K.11/1992 (III.5.) sayılı kararı [https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039_c89527bcbcb-1258382003c4639/\\$FILE/en_0011_1992.pdf](https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039_c89527bcbcb-1258382003c4639/$FILE/en_0011_1992.pdf). (Erişim Tarihi: 2/4/2025)

100 Kay, S. R. (2010). Kurucu Otorite, içinde Ergül, O. (Der.), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim* (ss. 49-107), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 61.

şiddet olayları sebebiyle, haberleşme hürriyeti, dernek kurma hürriyeti basın hürriyeti ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetlerinin kullanımının süresiz olarak durdurulabilmesi imkânını tanıyacak bir Anayasa değişikliği, temel haklar ve hürriyetlerin kullanımının ancak; savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde durdurulabileceğini düzenleyen 15'inci maddede hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

IV. TBMM İÇ TÜZÜK 38'İNCİ MADDE: ANAYASAL NÖRMLAR HİYERARŞİSİ'NE DAİR İPUÇLARI

Anayasa normları arasında normatif hiyerarşiye işaret eden bir düzenleme de TBMM İç Tüzüğünde yer alır. İç Tüzük 38'inci madde uyarınca; *“meclis komisyonları kendilerine havale edilen kanun tekliflerinin ilk önce Anayasanın metin ve ruhuna aykırı olup olmadığını tetkik etmekle mükelleftir. Bir komisyon, bir teklifin Anayasaya aykırı olduğunu gördüğü takdirde maddenin müzakeresine geçmeden reddeder”*. Meclis Komisyonlarının hangileri olduğu İç Tüzük 21'inci maddede düzenlenmiştir. Komisyonlardan bir tanesi de meclise sunulan anayasa değişikliğine dair kanun tekliflerini değerlendirmekle yetkili Anayasa Komisyonudur. Anayasa Komisyonu İç Tüzük 38'inci maddenin açık görevlendirmesiyle anayasa değişikliğinin evleviyetle anayasanın metnine ve ruhuna aykırı olup olmadığını inceleyecek, Anayasaya aykırılık tespit etmesi hâlinde ise anayasa değişikliğini müzakere etmeksizin başkanlığa iade edecektir. Bu inceleme, şüphesiz asli kurucu iktidar tarafından oluşturulan Anayasa hükümlerinin tali kurucu iktidar tarafından değişiklik ile oluşturulacak yeni Anayasa hükümlerinden üstün olduğu ön kabulüne dayanır.

İç Tüzük 38'inci maddenin anayasa değişiklikleri için, Anayasa Komisyonu tarafından uygulanmasında Anayasa hükümlerinin tamamı değil sistem kuran ve çerçeve belirleyen temel hükümleri ölçü norm olarak alınmalıdır. Aksi takdirde, tüm anayasa hükümlerinin değişiklik öngören kanun düzenlemeleri için üstün norm olarak kabul edilip ölçü norm olarak

uygulanması, Anayasa'yı statik ve durgun hâle getirip tali kuruculuk yetkisini kullanılamaz kılacaktır. Ancak bu metodun uygulanabilmesi için de anayasanın açık düzenleme ile yönlendirmesine ihtiyaç vardır.

1982 Anayasasının mevcut hâliyle anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargı denetimi dışında bırakılmış olması yukarıda örneklenen tip anayasa değişikliklerini denetim dışı bırakacak böylelikle Anayasa'nın birinci kısmında kurgulanmış devletin organik, fonksiyonel ve politik yapısı ve ikinci kısım birinci bölümü ile tesis edilmeye çalışılan temel haklar ve hürriyetlere dair genel güvence rejimi saf dışı bırakılmış olacak, anayasada genel rejimler ve güvenceler sistemleri kurgulamayı anlamsız hâle getirecektir. Bunun sonucu ise asli – tali kurucu iktidar ayrımının belirsiz ve işlevsiz hâle gelmesidir. Anayasal normlar arası eşitlik, şekli olarak anayasa normu hâline gelen bir kuralın anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığından faydalanması anlamında bir eşitlik olarak anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.

Normatif hiyerarşinin ikinci unsuru, hiyerarşik olarak altta olan düzenlemenin üstte kalan düzenlemeye aykırılık içermesi hâlinde hukuk düzeninden kaldırılabilir veya işlevsiz kılınabilir olmasıdır. Bu şart ancak açık bir düzenleme ile görevli bir kamu organına normu iptal ederek hukuk sisteminden kaldırma ya da normu ihmal ederek uygulamama suretiyle hukuk düzeni içinde işlevsiz bırakma yetisi verilerek gerçekleştirilir. 1961 Anayasası'nın 1971 değişikliği sonrasında hâli gibi 1982 Anayasası da bu denetimi kapalı tutmuş, anayasa değişikliği yeni ihdas edilen anayasa normunun sistem kuran veya çerçeve bir norma aykırılığı hâlinde iptalini öngören bir mekanizma tesis edilmemiştir. İşlevsel şartın gerçekleşmiş olabilmesi ve normatif hiyerarşiden tam anlamıyla bahsedebilmek için norm denetimi ile yetkilendirilmiş bir kamu organına anayasa değişikliklerinin esas bakımından da denetimi yetkisinin tanınmış olması gereklidir. Aksi takdirde, yukarıda anlatmaya çalıştığımız sistem kuran ve çerçeve be-

lirleyen normların içerikleri gereği diğer anayasa normlarından üstün olmasının işlevsel bir etkisi olmayacak, normatif hiyerarşi sağlanamayacak bu eksiklik nedeniyle bu tip normlara aykırı yeni anayasa normları tali kurucu iktidar tarafından anayasa değişiklikleri ile ihdas edilebilecektir.

V. ÖNERİLER

Anayasalarda açık olarak belirtilmese de “anayasanın ruhu”, “politik sistemin değer ve esasları”, “anayasanın haki-kati” şeklinde tanımlanan esasları tali kurucu iktidarın “zım-ni sınırları”¹⁰¹, “örtülü maddi sınırlar”¹⁰² olarak kabul eden görüş anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin varlığını kabul eder. Bu tip bir hiyerarşinin ontolojik olarak var olduğunu kabul ettiğimizi yukarıda açıklamıştık. Ancak bu normatif hiyerarşinin tam olarak tesis edilebilmesi için zımni olan kuralların açık şekilde belirlenmesi ve normatif hiyerarşinin işlevsel unsuru yani bunlara aykırı olan normların hukuk düzeninden ayıklanabilmesi sisteminin de kurgulanmış olması gerekir.

Anayasalarda açık olarak belirtilmese de “anayasanın ruhu”, “politik sistemin değer ve esasları”, “anayasanın haki-kati” şeklinde tanımlanan esasları tali kurucu iktidarın “zım-ni sınırları”¹⁰³, “örtülü maddi sınırları” olarak kabul eden görüş anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin varlığını kabul eder.

Yapılması gereken; bu hiyerarşinin, “ruh”, “esas”, “ilke” gibi gözlemlenemeyen, pozitif olmayan kurallara yaslanılarak yargı organlarınca içtihat yoluyla değil, sistem kuran temel ve çerçeve normları üstün ölçü norm kabul eden somut bir anayasal hiyerarşi kurgulanarak tesis edilmesidir. Bunu yapmanın en net ve tartışmalara son veren metodu, bu tip normları

101 Klein, C. ve Andras, S. (2013).

102 Eren, A. (2023). s. 77. (Yazar bu tip sınırlara karşı olsa da kavram yazarın eserinden alınmıştır.)

103 Klein, C. ve Andras, S. (2013).

değiştirilemez maddeler olarak koruma altına almak ayrıca bunları ölçü norm olarak nitelemektir. Nitekim 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası, Weimar Anayasası aksine 76'ncı maddesindeki anayasa değişikliği yetkisini 79'uncu madde hükmü ile sınırlamış, Schmitt'in "anayasanın ruhu" olarak ifade ettiği ilke ve değerleri "federal sistem", "federe devletlerin federal yasamaya katılımı" ve "temel haklara dair" temel ve çerçeve normlar olarak belirlemiş ve koruma altına almıştır.

Örtülü maddi sınırların – zımni sınırların örtülü ve zımni bırakılarak bunları açma ve yorumlama yetkisinin sadece yargı organlarına bırakılması tali kurucu iktidardan esirgenen bir yetkinin yargısal aktivizm ile anayasa mahkemesi tarafından kullanılması sonucunu doğuracaktır¹⁰⁴.

Ancak bu metot yani değiştirilemez maddeleri artırmak, demokratik teori bakımından ciddi sorunlar içerir. Anayasalarda değiştirilemez maddeleri artırmak asli kurucu iktidar - tali kurucu iktidar arasında demokratik bir devlette olması gereken dengenin asli kurucu iktidar lehine bozulması sonucunu doğuracaktır. Türk anayasa tarihinde asli kurucu iktidarlar maalesef demokratik olarak oluşan iktidarlar olmamıştır. Anti demokratik şekilde, bir askerî darbe neticesinde oluşan asli kurucu iktidarın hazırladığı 1982 Anayasası'nın temel haklar ve özgürlükler konusunda çağının gerisinde kalan pek çok hükmü özellikle 2004 yılından sonraki değişiklikler ile güncellenmiş ve anayasayı daha özgürlükçü bir hâle gelmiştir. Bu, şüphesiz, tali kurucu iktidarın başarısıdır. Ülkemiz üzerinden verilebilecek bu somut örnek, değiştirilemez maddeleri artırmanın ideal bir yol olmadığını gösterir.

Yapılması gereken sistem ve temel kurucu çerçeve normları değiştirilemez hükümler hâline getirip tali kurucu iktidarın işlevini sınırlandırmak değil -ki buna gerek de yoktur- tali kurucu iktidara bu normları değiştirme kapısını açık bırakmak-

104 Eren, A. (2023). s. 79.

la birlikte, böyle bir değişiklik yapmadan bunlara aykırı anayasa hükümleri ihdas etmek suretiyle anayasa içi çelişki ve çatışmalar oluşturmaya engel olmaktır. Bunun da en doğru yolu, sistem ve temel kurucu çerçeve normları ölçü norm kabul ederek anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimine imkân tanıyan düzenlemeler yapmaktır. Sistem ve temel kurucu çerçeve normlar güvence altına alan bu tip bir düzenleme yapılmaması hâlinde, bu koruma görevini üstlenmek isteyen yüksek yargının yargısal aktivizm ile hareket ederek değiştirilemez hükümlerin alanını genişletmesi riski ile karşı karşıya kalınabilir.

Bu yaklaşım ile anayasal normlar arasında, *i)* değiştirilemez hükümler *ii)* sistem ve temel kurucu çerçeve normlar *iii)* diğer anayasa hükümleri şeklinde üç katmanlı bir hiyerarşi oluşturulmalıdır.

Bu normatif hiyerarşinin işlevsel boyutunu işler hâle getirebilmek için de anayasa yargısının bu normlar arasında denetimi işletebilecek bir mekanikte kurgulanması gereklidir.

SONUÇ

Yazılı ve katı bir anayasa ile bir yandan devletin nitelikleri, fonksiyonları, organları, organlarının ilişkilerini belirleyen, diğer yandan ise temel haklar ve hürriyetleri düzenleyip güvence altına alan bir hukuk rejiminin belirlenmesi, bu anayasaya, üstünlük ve bağlayıcılık nitelikleri tanınmak suretiyle de devlet iktidarının sınırlanması anayasal devletin temel unsurudur.

Anayasanın üstün ve bağlayıcı olması şüphesiz bu düzenleme sistematığının amaca matuf şekilde işleyebilmesi için olmazsa olmaz bir niteliktir. Bağlayıcılık ve üstünlük normatif hiyerarşi ve bu hiyerarşi içinde anayasaya aykırı hukuk normlarının hukuk düzeninden ayıklanması ile işler hâle gelir.

Anayasa değişiklikleri, yetkili otorite bakımından değerlendirildiğinde, asli kurucu iktidar tarafından konulan ana-

yasa hükümlerinin, yetkisini asli kurucu iktidardan alan tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmesidir. Anayasa normları arasında sistem kuran ve çerçeve belirleyen normlar ile diğer anayasa normları arasında sistem kuran normların üstün olduğu bir altlık üstlük ilişkisi olmalıdır. Bu hiyerarşik ilişki, anılan normların ihdas amacı ve niteliklerinin sonucu olup, anayasal devletin zorunluluklarından kaynaklanır. Normatif hiyerarşinin tamam olması için normlar arasında altlık üstlük ilişkisi ile birlikte bu ilişkiye aykırı olarak alttaki normun üstteki norma aykırı olması hâlinde iptal edilip hukuk düzeninden ayıklanabilmesi gerekir. İptal edilebilirlik mekanizmasının eksikliği normatif hiyerarşinin kurulmasını engelleyen böylelikle altlık üstlük ilişkisini anlamsız kılan sistematik bir eksikliklidir. Özellikle anayasal sistemimizde olduğu gibi bu eksik bilerek düzenlenmiş bir eksiklik ise anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı konusunda sistematik bir zafiyete sebep olur. Bu zafiyet devletin hukuki çerçevesi ve temel haklara ilişkin genel rejimi korumasız bırakacak kadar ciddi riskler içerir.

Yazılı ve katı bir anayasa tercih eden Türk anayasal sistemi, anayasanın kendi sistematığı içinde tutarlı ve istikrarlı bir metin olarak kalabilmesini temin etmelidir. Bu yapılırken asli kurucu iktidar – tali kurucu iktidar dengesi gözetilmeli, pozitif anayasa düzenlemeleri ile anayasal normlar arasında, hiyerarşik bir yapı oluşturmalı ve bu hiyerarşiye aykırı yeni anayasa normlarının ihdası engellenmelidir.

KAYNAKÇA

- ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Erdal ve BAYKAN, Metin (2012). “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 19-40.
- ANAYURT, Ömer (2023). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ARMAĞAN, Servet (1979). *Türk Esas Teşkilat Hukuku I. Kitap*, Fakülteler Matbaası.
- ATAR, Yavuz (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ATAR, Yavuz (2024). Anayasa Mahkemesinin Anayasa’daki (M. 104/17) “Genel Yetkiye” İstinaden Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimine İlişkin Bazı Kararları Üzerine Bir İnceleme, içinde Yıldırım, E., Hak-yemez, Y. Ş., Şen, M. ve Gedik, Ö. (Der.), *Prof. Dr. Zühtü Aslan’a Armağan Cilt 2* (ss. 1149-1158), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- BARIN, Taylan (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşrui-yeti*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BATUM, Süheyl, YILMAZ, Dilek ve KÖYBAŞI, Serkan (2021). *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BOYSEN, Sigrid (2010). Anayasanın Değiştirilmesi, içinde ERGÜL, Ozan (Der.), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Deği-şim* (ss. 177-190), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayın-ları.
- BRUNWT, Piere, HAMON, Francis ve TROPER, Michel (2024). *Droit Constitutional*, Paris: LGDJ, Lextenso Yayınları.
- DÖNER, Ayhan (2023). *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- DÖNER, Ayhan (2024). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- EREN, Abdurrahman (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- EROĞUL, Cem (2009). "Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 64., S.1., ss. 89-113.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2012). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, Kemal (2016). *Kurucu İktidar*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- GRABENWARTER, Christoph (2014). Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa, Kafkas, Hilal (Çev.), içinde DEPENHEUER, Otto ve GRABENWARTER, Christoph (Der.), *Anayasa Teorisi* (ss. 403-429), Ankara: Lale Yayıncılık.
- GRIMM, Dieter (2013). Types of Constitutions, içinde ROSENFIELD, Michel ve SAJO, Andras (Der.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ss. 98-133). Oxford: Oxford University Press.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol (2016). *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1994). *The Concept of Law*, New York: Clarendon Press.
- ISENSEE, Josef (2014). Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet), Topakkaya, Aslan (Çev.), içinde DEPENHEUER, Otto ve GRABENWARTER, Christoph (Der.), *Anayasa Teorisi* (ss. 209-287). Ankara: Lale Yayıncılık.

- İŞIKTAÇ, Yasemin ve METİN, Sevtap (2021). *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İŞSEVENLER, Osman Vahdet (2019). *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni*, İstanbul: Pinhan Yayıncılık.
- KAY, Richard (2010). Kurucu Otorite, içinde ERGÜL, Ozan (Der.), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim* (ss. 49-107), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- KELSEN, Hans (1949). *General Theory of Law and State*, Massachusetts: Harvard University Press.
- KLEIN, Claude ve ANDRAS, Sajo (2013). Constitution – Making: Process and Substance, içinde ROSENFELD, Michel ve SAJO, Andras (Der.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ss. 98-133). Oxford: Oxford University Press.
- KÖKÜSARI, İsmail ve GEDİK, Ömer (2024). *Türk Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde ERGÜL Ozan (Der.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-352), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2010). Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları, içinde ERGÜL, Ozan. (Der.), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim* (ss. 155-176), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- MARBURY, William (1919). “The Limitations upon Amending Power”, *Harvard Law Review*, C. 33., S. 2., ss. 223-235.
- POURHIET, Anne – Marie (2021). *Droit Constitutional*, Paris: Economica Yayınları.

- SCHMITT, Carl (2008). *Constitutional Theory*, Sietzer, Jeffrey (Çev.), USA: Duke University Press.
- SCHUTZE, Robert (2019). Constitutionalism, içinde MASTERMAN, Roger ve SCHUTZE, Roger (Der.), *The Cambridge Companion to Comperative Constitutional Law* (ss. 40-67). Cambridge: Cambridge University Press.
- SEZER, Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, içinde *Anayasa Mahkemesi’nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, C. 36., ss. 353-412.
- SIR, Onur (2011). *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2001). *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- TEZİÇ, Erdoğan (2012). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları
- TURHAN, Mehmet (2017). *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Ankara: Hukuk Yayınları.
- TURHAN, Mehmet (2010). “Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi” *Liberal Düşünce*, C. 15., S. 57-58., ss. 33-59.
- WALDHOFF, Christian (2014). Anayasa Kanunun Meydana Gelişi, Aras Buz, Bilge (Çev.), içinde DEPENHEUER, Otto ve GRABENWARTE, Christoph (Der.), *Anayasa Teorisi* (ss. 305-363), Ankara: Lale Yayıncılık.

Çevrimiçi Kaynaklar

https://adaletbizcom.teimg.com/adaletbiz-com/images/dosyalarim/PORT_EK_Z_ANAYASAS_I.pdf (9/4/2025)

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/> (Erişim Tarihi: 25/2/2025)

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim Tarihi: 7/4/2025)

https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2002. (Erişim tarihi: 9/4/2025)

https://mahmudcelaleddinoktenaihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/44/10/761717/dosyalar/2019_10/13124433_Yspanya_AnayasasY.pdf. (Erişim tarihi: 9/4/2025)

[https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039c-89527bcb1258382003c4639/\\$FILE/en_0011_1992.pdf](https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039c-89527bcb1258382003c4639/$FILE/en_0011_1992.pdf). (Erişim Tarihi: 2/4/2025)



ANAYASA YARGISINDA ZAYIF FORM MODELİ

The Weak-Form Model in Constitutional Adjudication

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah GÖRGEN*

ÖZET

Anayasaya uygunluğun yargısal denetimi, Türkçe literatürde yaygın olarak ikiye ayrılmaktadır: Avrupa tipi ve Amerikan tipi anayasa yargısı modelleri. Ancak bu iki yargısal denetim modeline alternatif bir yaklaşımın varlığı tartışılmıştır. Zayıf form anayasa yargısı modeli olarak adlandırılan bu modelin temellerinin, 1982 tarihli Kanada Anayasası'nın kabulüyle atıldığı kabul edilmektedir. Bu makalenin amacı, zayıf form anayasa yargısı modelinin tanımını ve özelliklerini ele almaktır. Bu amaçla, makale anayasa yargısı kavramını yeniden tanımlamakta ve sınıflandırmaya gitmektedir. Bu bağlamda, anayasa yargısını iki gruba ayırmaktadır: Güçlü form modeli ve zayıf form modeli. Ayrıca, Avrupa tipi ve Amerikan tipi anayasa yargısı modellerini güçlü form modelinin alt türleri olarak ele almaktadır. Özellikle anayasal konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkları sonlandırmada nihai kararı veren makamın yargı organı olması durumunda güçlü form modelden, yasama organı olması durumunda ise zayıf form modelden söz edilmektedir. Yani iki model arasındaki ayırt edici özellik, anayasal bir konuda var olan uyuşmazlıkta son sözü söyleyen makamın kim olduğudur. Zira bu unsur, anayasa yargısı modelini belirlemektedir. Daha sonra, bu makale zayıf form modelin tarihsel gelişimini, ayırt edici özelliklerini, kuramsal temelini, hakların korunmasına ilişkin

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, nurullah.gorgen@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7713-8273

mekanizmasını ve uygulandığı sistemleri incelemekte; bu doğrultuda, zayıf formun Avrupa tipi ve Amerikan tipi anayasa yargısı modellerinden farklı, bağımsız bir yargısal denetim modeli olduğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zayıf form anayasa yargısı modeli, güçlü form anayasa yargısı modeli, anayasa yargısı, yasama organı, yargı organı.

ABSTRACT

Judicial review of constitutionality is commonly divided into two categories in the Turkish literature: the European model and the American model of constitutional adjudication. However, today, there exists an alternative model of judicial review alongside these two. This model, known as the weak-form model of constitutional review, is generally considered to have emerged in Canada in 1982. The aim of this article is to examine the definition and characteristics of the weak-form model of constitutional review. To this end, the article redefines and reclassifies the concept of constitutional adjudication. In this context, it categorizes constitutional review into two main groups: the strong-form model and the weak-form model. Furthermore, it treats the European and American models as subtypes of the strong-form model. In particular, when the final authority in resolving constitutional disputes is a judicial body, it is considered a strong-form model; when it is the legislature, it is considered a weak-form model. In other words, the distinguishing feature between the two models lies in which institution has the final say in a constitutional dispute. This distinction determines the type of constitutional review model in question. Subsequently, the article examines the historical development, defining features, theoretical foundations, rights-protection mechanisms, and the systems in which the weak-form model is implemented.

Keywords: Weak-form model of constitutional review, strong-form model of constitutional review, constitutional adjudication, legislative body, judicial body.

GİRİŞ

Anayasaya uygunluğun yargısal denetimi ya da kısaca anayasa yargısı, literatürde yeterince ele alınmıştır¹. Özellikle, yaygın biçimde kabul edilen iki anayasa yargısı modeli olan Avrupa tipi ve Amerikan tipi modeller detaylı bir şekilde tartışılmıştır. Zayıf form anayasa yargısı modeli ise bu iki modelle alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Son kırk yıl içinde gelişen ve yayılan bu anayasa yargısı türünün, literatürde kabul gören iki modele kıyasla yeni bir anayasa yargısı modeli olduğu vurgulanmaktadır².

Common law³ sistemine tabi ülkelerde, zayıf form anayasa

- 1 Anayurt, Ö. (2023). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Ankara: Seçkin, ss. 773–815; Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 17–87; Kaboğlu, İ. Ö. (2024). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye* (5. bs.), Ankara: Platon Hukuk Yayınevi, ss. 15–77; Eren, A. (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku* (4. bs.), Ankara: Seçkin, ss. 1081–1098; Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 45–70; Gözler, K. (2024). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (16. bs.), Bursa: Ekin Basım Yayın, ss. 438–492; Stone Sweet, A. (2020). “Constitutions, Rights, and Judicial Power”, içinde Caramani, D. (Ed.), *Comparative Politics* (ss. 159–176). Oxford: Oxford University Press; Calabresi, S. G., Owens, J. M. ve Silverman, B. G. (Eds.) (2021). *The History and Growth of Judicial Review* (Cilt 2), New York: Oxford University Press, ss. 1–38.
- 2 Tushnet, M. V. (Ed.). (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N. J.: Princeton University Press, ss. 18–24; Calabresi, S. G. (2021). *The History of Growth of Judicial Review* (Cilt 1). New York: Oxford University Press, ss. 28–31; Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 1–2.
- 3 Common law’ın Türkçe karşılığı olarak Teamül Hukuku, Örfi Hukuk, Örf ve Adet Hukuku, Ortak Hukuk, Anglo Sakson Hukuk gibi terimler kullanılmakla beraber, bu terimlerin Common Law’ı gerçek anlamda yeterince tanımlamadığını düşündüğümüz için terimi doğrudan kullanmayı uygun bulduk. Common Law’ı İngiltere’de ve ABD’nin büyük bölümünde, politikacılar veya yasa yapıcılar tarafından yapılan yasalar yerine, eski gelenekler ve mahkeme kararları doğrultusunda zaman içinde gelişen hukuk sistemi olarak tanımlayabiliriz. Bu bağlamda, Common Law yargıçlar tarafından vaka bazında ifade edilen ve geliştirilen yasal ilkelere dayanır. Daha fazla bilgi için bkz.: Elliott, M. ve Thomas, R. (2024). *Public Law* (5. bs.). Oxford: Oxford University Press, s. 67–70. “The Common Law and Civil Law Traditions”, <https://www.law.berkeley>.

yargısı modelinin mevcut anayasa yargısı modellerinin özelliklerinin birleşmesinden doğan bir tür karma model olduğu, aksine başlı başına yeni bir anayasa yargısı modeli olduğu tartışılmaktadır⁴. Türkçe literatürde bu anayasa yargısı modeli yeterince ele alınmamıştır. Bu nedenle bu çalışma, söz konusu tartışmaları ele alarak bu anayasa yargısı modelini incelemeyi amaçlamaktadır.

Bu amaç doğrultusunda, anayasa yargısı kavramı yeniden ele alınarak zayıf form anayasa yargısını da kapsayacak şekilde bir sınıflandırma yapılmıştır. Yargısal denetim kavramı tanımlandıktan sonra, bu makale *Tushnet* gibi akademisyenlerin öne sürdüğü gibi anayasa yargısı modellerini farklı bir sınıflandırmaya tabi tutmaktadır: a. Güçlü form anayasa yargısı b. Zayıf form anayasa yargısı⁵.

Bu yaklaşıma göre, anayasal konularda ortaya çıkan uyumsuzlukların nihai olarak hangi organ tarafından çözümlendiğine dayanarak karar verme veya son sözü söyleme yetkisinin yargı organına ait olması durumunda güçlü form, yasama organına ait olması durumunda ise zayıf form anayasa yargısından söz etmektedir. Ayrıca, bu bağlamda güçlü form yargısal denetim iki alt modele ayrılmaktadır: a.1. Avrupa tipi anayasa yargısı a.2. Amerikan tipi anayasa yargısı.

Devamında, bu makale güçlü form anayasa yargısının özelliklerini ele alarak onun zayıf form anayasa yargısından farklı bir denetim modeli olduğu yönündeki tartışmaları inceleyecektir. Sonrasında, zayıf form anayasa yargısını daha ayrıntılı bir şekilde ele almak ve güçlü formdan farklarını ortaya koymak amacıyla; zayıf form anayasa yargısının ortaya çıkışı ve gelişimi, bu modelin ülkelerde nasıl kurulduğu, tanımı ve

edu/wp-content/uploads/2017/11/ CommonLawCivilLawTraditions.pdf.
(Erişim Tarihi: 28/12/2024)

4 Gardbaum, S. (2013). s. 1.

5 Tushnet, M. (2008). ss. 33-36; Tushnet, M. (2003). "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., ss. 2782-2786.

temel özellikleri gibi konulara odaklanılacaktır. Bu bağlamda, anayasa yargısının en önemli amaçlarından biri olan hakların korunması işlevinde zayıf form anayasa yargısının nasıl bir mekanizma sunduğu ve bu işlevi nasıl yerine getirdiğine ilişkin tartışmalar da ele alınmaktadır.

Son olarak politik anayasacılık ve yasal anayasacılık çerçevesinde zayıf form anayasa yargısı teorisi incelenerek bu modelin oluşumunda etkili olan teorik ve pratik nedenler, literatürdeki tartışmalar doğrultusunda ele alınacaktır.

I. ANAYASA YARGISI KAVRAMI

Öğretide yaygın şekliyle anayasa yargısı (yargısal denetim, anayasal denetim veya anayasal yargı) şu şekilde tanımlanmaktadır: “Ulusal bir mahkemenin veya mahkeme benzeri bir kurumun, ülkenin anayasasıyla uyumsuzluk taşıdığı gerekçesiyle, öncelikle kanunlar olmak üzere normları iptal etme veya geçersiz kılma yetkisine sahip olmasıdır⁶.” Bu tanımda dikkat edilmesi gereken husus, anayasal denetimin yargı organı tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu doğrultuda, yargı organı (mahkeme veya mahkemeler) kanunları (ve mümkünse diğer normları) kodifiye, üstün ve katı bir anayasaya uygunluk açısından denetlemekte; eğer bir uyumsuzluk tespit edilirse söz konusu normları iptal etmekte veya geçersiz kılmaktadır.

Ancak bu tanımın, anayasa yargısını açıklamakta yeterli olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Bu tür bir tanım, esasen anayasa yargısının güçlü formunu açıklamakta yeterlidir; zira bu model için kodifiye (yazılı), üstün ve katı bir anayasa varlığı zorunludur⁷. Bu özelliklere sahip bir anayasa

6 Ginsburg, T. ve Versteeg, M. (2013). “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29, s. 4. Benzer tanımlar için bkz. Harding, A. (2017). *The Fundamentals of Constitutional Courts*, Stockholm: International IDEA, s. 1; Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 45; Anayurt, Ö. (2023). s. 763.

7 Özbudun, E. (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 377; Gözler, K. (2024). s. 440; Tunç, H. (1997). ss. 19–25; Onar, E. (2003). *Kanunların*

sistemine sahip olmayan ülkelerde anayasa yargısının mevcut olmadığı iddia edilmiştir. Örneğin, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde anayasa yargısının bulunmadığı ileri sürülmektedir⁸. Bu doğrultuda, zayıf form modelinin bir anayasa yargısı modeli olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu tür bir yaklaşım yetersizdir. Çünkü kodifiye, üstün ve katı bir anayasa metnine sahip olmayan ülkelerde de farklı bir tür anayasa yargısının mümkün olduğu ve fiilen uygulandığı ifade edilebilir.

Bu tanımda, yargı organının anayasa ile uyumsuzluk nedeniyle normları iptal edebilmesi için kodifiye, üstün ve katı bir anayasanın varlığı şart koşulmuştur. Bu ön koşullar, yalnızca yargı organlarının denetim yaptığı güçlü form modeli için geçerlidir. Oysa yargısal denetim sürecine yasama organının da dâhil olduğu zayıf form modeli için bu tür ön koşullar geçerli değildir. Bu nedenle, anayasa yargısında neden kodifiye, üstün ve katı bir anayasa metnine ihtiyaç duyulmadığı konusu tartışmaya açılmalıdır.

Öncelikle, anayasa yargısının temel amaçlarından biri ve günümüzde anayasa yargısına başvurmanın en yaygın nedenlerinden biri, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır⁹. Hakların korunabilmesi için kodifiye, üstün ve katı bir anaya-

Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 93; Fendoğlu, H. T. (2020). *Anayasa Yargısı* (Güncellenmiş, düzeltilmiş ve 2020 değişikliği yapılmış 4. Baskı), Ankara: Yetkin, ss. 85–86; Gardbaum, S. A. (2001). "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, C. 49., s. 707–708; Hiebert, J. L. (2006). "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?", *Modern Law Review*, C. 69., S. 1., s. 7.

8 Gözler, K. (2024). s. 440.

9 Hirschl, R. (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry*, C. 25., S. 1., ss. 91–149; Aktaran; Calabresi, S. G. (2021). s. 3–8; Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (1. bs.). Cambridge: Cambridge University Press; de Visser, M. (2014). *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing, ss. 55–86.

sa metnine sahip olunması gerektiğini savunan şekli anayasacılık anlayışı, anayasa yargısı için bu tür ön koşulları zorunlu görmektedir. Bu anlayışa göre, anayasanın üstünlüğü ilkesi doğrultusunda bir hukuk sisteminde çeşitli normlar bulunmakta ve bu normlar arasında hiyerarşik bir yapı bulunmaktadır¹⁰. Bu hiyerarşinin en üstünde ise üstün, yazılı ve katı bir anayasa metni yer almaktadır. Anayasal denetimi gerçekleştiren mahkeme, önüne gelen kanun ve diğer normların, bu yazılı ve katı anayasa metniyle uyumlu olup olmadığını denetlemekte ve böylece temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktadır.

Oysa zayıf form modeli, anayasal denetimin gerçekleştirilebilmesi için – başta hak ve özgürlüklerin korunması olmak üzere – anayasa yargısından beklenen tüm işlevlerin yerine getirilmesinde, ülkede bir anayasa veya hakları güvence altına alan bir haklar bildirgesinin (*bill of rights*) varlığını yeterli görmektedir¹¹. Burada özellikle vurgulanması gereken nokta, yasama organı tarafından yapılan normların denetlenebilmesi için kodifiye edilmiş bir haklar bildirgesinin varlığıdır. Bu bildirgenin üstün ve katı bir anayasa metni içerisinde yer alıp almamasının anayasal denetim açısından belirleyici bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, söz konusu bildirgenin hukuk düzeninde mevcut olması veya kanun statüsünde bulunması yeterlidir. Hakların korunması açısından önemli olan bu tür bir belgenin normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alıp almadığı değil, yargı tarafından denetim ölçütü olarak kullanılabilirliğidir.

10 Hans Kelsen, hukuk sistemini normlardan oluşan bir hiyerarşi olarak tanımlamış ve aynı sistem içinde farklı normlar arasında bir üstlük-astlık ilişkisi bulunduğunu belirtmiştir. Bu hiyerarşik yapıda, alt normlar üst normlara uygunluk açısından denetlenir. Bu doğrultuda, örneğin Anayasa Mahkemesi, gerektiğinde üst norma aykırılık taşıyan bir alt normu iptal edebilir. Kelsen, H. (1941). "The Pure Theory of Law And Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, S. 44., ss. 61-63.

11 Tomlinson, D. (2022). "Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review", *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy*, C. 46., S. 1., s. 18.

Nitekim Birleşik Krallık'ta 1998 yılında kabul edilen İnsan Hakları Yasası (The Human Rights Act 1998, İHY) ve Yeni Zelanda'da 1990 yılında kabul edilen Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (The New Zealand Bill of Rights Act 1990, YZHB), sıradan birer yasa statüsündedir ve pozitif hukuk açısından diğer yasalardan farklı bir konumda değildir. Ancak buna rağmen, her iki ülkede de mahkemeler yasamanın yaptığı kanunların bu bildirgelere uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir¹².

Bu noktadaki sorunun, şekli anayasacılık anlayışının benimsenmesinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. İçeriği anayasal öneme sahip olan meseleleri yalnızca şekil üzerinden değerlendirmek, özellikle Common Law sistemine sahip ülkeler başta olmak üzere, çeşitli hukuk sistemlerini analiz etmekte yetersiz kalacaktır. Bu kapsamda, yapılış ve yürürlüğe giriş şekli itibarıyla sıradan yasalarla aynı statüde olmalarına rağmen, söz konusu haklar bildirgelerinin anayasal metinler olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmalıdır. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının yolu, bu hakları içeren metinlerin üstün ve katı bir anayasa kapsamında yer almasını zorunlu kılmamaktadır¹³.

Bu görüşü destekleyen Tushnet, “Anayasa, tek bir belge olabileceği gibi anayasal öneme sahip olduğu kabul edilen bir dizi belge de olabilir; hatta bu belgelerden bazıları yargı kararları olabilir”¹⁴ diyerek anayasa yargısının kodifiye, üstün ve katı olma gibi ön koşullara dayandırılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir. Bu bağlamda, anayasa yargısı için belirleyici olan unsur,

12 Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998) Bölüm 3-4; Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990) Bölüm 6.

13 Bu iddianın desteklenmesi açısından, dünya genelinde hak ve özgürlüklerin bildirge, beyanname veya benzeri metinler aracılığıyla hangi hukuki statülerle (anayasa, kanun vb.) korunduğunu gösteren detaylı bir tabloya bakmak yararlı olacaktır. Daha fazla bilgi için Erdos, D. (2010). *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World* (1. bs.), Oxford: Oxford University Press, ss. 14–16.

14 Tushnet, M. (2008). s. 19.

bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bildirgelerin varlığı ve bu bildirgelerde tanımlanan hakların yasama organı tarafından yapılan normlarla ihlal edilip edilmediğinin yargı tarafından denetlenebilmesidir. Dolayısıyla şekli değil, içeriğe dayanan maddi bir anayasacılık anlayışı benimsenmelidir. Üstelik, Common Law sistemini benimseyen ülkelerde pozitif hukuka göre kanunlar arasında bir hiyerarşi bulunmamasına rağmen, politik anayasacılık¹⁵ anlayışı çerçevesinde bu haklar bildirgelerinin diğer kanunlara kıyasla daha üstün olduğu ifade edilebilir¹⁶.

Haklar bildirgelerini içerik temelinde ele almanın bir diğer gerekçesi, söz konusu metinlerin yasal statülerinin ülkeden ülkeye oldukça farklılık gösterebilmesidir. Örneğin Kanada'da haklar bildirgesi güçlü form modeline uygun olarak yalnızca belirli eyaletlerin ve ulusal nitelikli çoğunlukların onayıyla değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilirken¹⁷; Yeni Zelanda'daki haklar bildirgesi, sıradan bir yasama çoğunluğu tarafından değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilir. Hatta, sonraki bir yasa ile çelişmesi durumunda, eğer yorum yoluyla uyum sağlanamıyorsa zımnen ilga edilebilir. Buna karşın Birleşik Krallık'ta İnsan Hakları Yasası bakımından, olağan zımni ilga doktrini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklar için uygulanmaz; bu hakların değiştirilebilmesi veya ortadan kaldırılabilmesi yalnızca açık bir yasal düzenleme ile mümkündür¹⁸. Ancak bu makalede detaylı biçimde ele alınacağı üzere, söz konusu ülkelerde anayasa yargısının zayıf form modeline özgü nitelikleri açık biçimde gözlemlenmektedir¹⁹.

15 Politik anayasacılık, anayasal meselelerde nihai karar yetkisinin yasama organına ait olduğunu savunan bir anayasacılık yaklaşımıdır. Gardbaum, S. (2013). s. 23.

16 Young, A. L. (2009). *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford: Hart Publishing, ss. 9-10.

17 *Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982)*, (1982), mad. 38; Aktaran; Gardbaum, S. (2001). s. 743.

18 Gardbaum, S. (2001). s. 743.

19 Gardbaum, S. (2013). ss. 97-203.

Benzer şekilde, katı bir anayasanın varlığı da anayasa yargısının işletilebilmesi için zorunlu bir ön koşul olarak değerlendirilmemelidir. Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde, haklar bildirgelerini içeren kanunlar, diğer olağan yasalarla aynı usullerle değiştirilebilmekte veya yürürlükten kaldırılabilir. Bu bağlamda, yumuşak anayasalara sahip olan bu ülkelerde anayasa yargısının bulunmadığını iddia etmek, hem hukuki hem de fiilî gerçeklikle örtüşmemektedir. Zira bu ülkelerde bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, yasama organı tarafından yapılan kanunlar yargısal denetime tabi tutulmaktadır²⁰. Ancak bu sistemlerde dikkat çeken temel fark, yargı organının nihai karar mercii olmamasıdır. Parlamantonun üstünlüğü ilkesinin uzun süredir geçerliliğini koruduğu bu ülkelerde, son karar yasama organına aittir²¹. Bu durum, anayasa yargısının mevcut olmadığı anlamına gelmemekte, yalnızca denetimin yapısı ve etkisinin farklılaştığını göstermektedir.

Burada üzerinde önemle durulması gereken bir diğer husus, bu haklar bildirgelerinin her ne kadar olağan yasalar gibi kabul edilip değiştirilebilir olduğu iddia edilse de söz konusu ülkelerin hukuki, sosyal ve politik yapıları çerçevesinde bu belgelerin bireylerin haklarını koruma açısından yeterli etkiye sahip olduklarının kabul edilmesidir. Teorik olarak yasama organları bu hakları olağan çoğunlukla bireylerin aleyhine değiştirme yetkisine sahip olsa da pratikte bu tür sınırlayıcı düzenlemelerin gerçekleştirilme ihtimali oldukça düşüktür. Aksine, temel hak ve özgürlükler söz konusu ülkelerde hem toplumun farklı kesimleri hem de kurumlar nezdinde geniş kabul görmüştür. Bu çerçevede haklar bildirgesine ilişkin tartışmalar, genellikle hak ve özgürlüklerin daraltılmasından ziyade genişletilmesi yönünde ilerlemektedir²².

20 Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998) Bölüm 3-4; Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990) Bölüm 6.

21 Tomlinson, D. (2022). s. 18.

22 Bu tür tartışmalara örnek teşkil etmesi açısından, İnsan Hakları Yasası'nın hukuki konumunu ele alan bu çalışmaya başvurulabilir. Young, A. L. (2009).

Ayrıca, anayasa tanımında yapılan katı/yumuşak, yazılı/yazısız gibi sınıflandırmalar, anayasal düşüncenin özünden uzaklaşılmasına ve konunun biçimsel tartışmalarla sınırlandırılmasına neden olabilmektedir. Örneğin Kanada’da üstün ve katı bir anayasanın var olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Kanada Anayasası, kanun hâline getirilmiş normların yanı sıra yazılı olmayan ancak bağlayıcılığı olan anayasal teamüllerin (conventions) bileşiminden oluşur²³. Dolayısıyla Kanada Anayasası, tamamen kodifiye edilmiş tek bir belge değildir. Bu bağlamda, 1867 tarihli Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1867) ve 1982 tarihli Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982) ile anayasal teamüller birlikte Kanada Anayasası’nı oluşturmaktadır²⁴.

Üstelik Kanada Anayasası’nın 1982 tarihli kısmı, anayasa değişiklikleri için beş farklı prosedür öngörmektedir. Bazı değişiklikler nitelikli çoğunluk gerektirirken bazıları federal ve tüm eyalet meclislerinin onayını; bazıları ise yalnızca ilgili eyaletin ya da federal parlamentonun basit çoğunluğunu yeterli görmektedir²⁵. Bu yönüyle Kanada Anayasası’nın ne ka-

23 Bjork, C. “Guides: Canadian Legal Research: Constitutional Law”, https://guides.ll.georgetown.edu/Canadian_LegalResearch/constitution. (Erişim Tarihi: 29/12/2024)

24 Department of Justice Government of Canada. “The Canadian Constitution - About Canada’s System of Justice”, 7 Eylül 2016, <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/05.html>. (Erişim Tarihi: 18/4/2025)

25 1982 Kanada Anayasası’nda değişiklik yolları, Anayasa’nın 3. bölümünde 38 ila 49. maddeler arasında ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, anayasa değişikliklerinin farklı içerik ve kapsamlarına göre beş ayrı prosedür öngörmektedir: 1. Genel Prosedür (Madde 38): Anayasayı değiştirmenin standart yolu olarak belirlenmiştir. Anayasa, başka bir değişiklik yöntemi gerektirmedikçe bu genel formül uygulanır. Ayrıca, 42. maddede belirtilen özel bazı konular (örneğin, senatörlerin yetkileri veya seçim yöntemlerinin değiştirilmesi gibi) için de bu prosedür zorunludur. Bu yöntemle göre anayasa değişikliğinin: Avam Kamarası, Senato ve En az yedi eyaletin yasama organı tarafından onaylanması (eyaletlerin en az üçte ikisinin yasama meclisleri) gerekir. Onaylayan eyaletler toplam 10 eyaletten en az yedisi olmalı ve bu eyaletler Kanada nüfusunun en az %50’sini temsil etmelidir. Bu nedenle bu kurala genellikle 7/50 kuralı adı verilir. 2. Oybirliği Prosedürü (Madde 41): Kanada için temel öneme sahip anayasal değişiklikler bu prosedür

dar katı olduğu tartışmaya açıktır. Öte yandan, Anayasa'nın 52. maddesi açık bir biçimde Anayasa'nın üstünlüğünü vurgulamaktadır: “*Kanada Anayasası, Kanada'nın en üstün yasasıdır ve Anayasa hükümleriyle çelişen herhangi bir yasa, çelişme ölçüsünde hiçbir geçerliliğe veya etkiye sahip değildir.*” Ancak aşağıda detaylı biçimde ele alınacağı gibi, anayasa ile çelişen bir yasa söz konusu olduğunda, nihai karar mercii yasama organlarıdır.

Bu nedenle, farklı türde bir anayasa yargısının varlığını tartışabilmek için anayasa yargısı kavramının farklı bir biçimde tanımlanması önerilmektedir. Anayasa yargısı, “*normların anayasaya veya anayasa hükümlerine uygunluğunu denetleme ve anayasa hükümlerine aykırı olan mevzuat hakkında anayasa aykırılığı ve geçersizliğine ilişkin yargısal bir tespitte bulunma prosedürü*”²⁶ olarak tanımlanabilir. Bu tanım, önceki tanıma kıyasla daha kapsayıcıdır; zira burada yargısal denetim yetkisini yalnızca mahkeme veya mahkeme benzeri kurumlar değil, farklı

kapsamında gerçekleştirilir. Bu değişikliklerin yürürlüğe girebilmesi için federal yasama organları ile tüm eyalet yasama meclislerinin oybirliğiyle onay vermesi gerekmektedir. 3. Özel Düzenlemeler Prosedürü – İkili veya Kısmi (Madde 43): Sadece belirli bir veya birkaç eyaleti ilgilendiren anayasal değişiklikler için uygulanır. Bu tür değişiklikler, Avam Kamarası, Senato ve değişiklikten etkilenen eyaletlerin yasama meclislerinin onayıyla yürürlüğe girer. 4. Yalnızca Federal Parlamento Prosedürü (Madde 44): Federal hükümetin yalnızca kendi yapısına ilişkin düzenlemelerde kullandığı değişiklik yoludur. Bu tür değişiklikler, federal parlamentonun olağan yasama süreci çerçevesinde tek taraflı olarak yapılabilir. 5. Yalnızca Eyalet Yasama Organı Prosedürü (Madde 45): Eyaletlerin kendi anayasal yapılarıyla ilgili düzenlemelerde kullandığı prosedürdür. İlgili değişiklik, yalnızca söz konusu eyaletin yasama meclisi tarafından kabul edilerek yürürlüğe girer. “The Constitution Acts 1867 to 1982”, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-13.html#h-59>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024); “Amending Formula”, <https://www.constitutionalstudies.ca/ccs-term/amendingformula/?print=printsearch#:~:text=To%20change%20the%20Constitution%20using,of%20all%20the%20provinces%20combined>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

- 26 Paris, M.-L. (2016). Setting the Scene: Elements of Constitutional Theory and Methodology of the Research, içinde Bell, J. ve Paris, M.-L. (Der.), *Rights-Based Constitutional Review* (ss. 2–3). Cheltenham: Edward Elgar Publishing; Aktaran: Roznai, Y. (2021). “Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review”, *ICL Journal*, C. 14., S. 4., s. 355.

aktörler de kullanabilmektedir. Aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, anayasa yargısının bir türü olan zayıf form anayasa yargısı modelinde mahkemeler yargısal denetim yetkisine sahiptir ancak mahkeme anayasal bir sorun tespit ettiğinde veya normun anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğinde, son sözü söyleme yetkisi yargı değil, yasama organına aittir²⁷. Başka bir deyişle, yasama organı da yargısal denetim sürecinde etkin bir rol oynamaktadır.

Sonuç olarak anayasa normlarının üstün, kodifiye ve katı niteliklere sahip olması biçimsel açıdan yaygın bir şekilde kabul edilmekle birlikte, bu özelliklerin ülkeden ülkeye değişiklik gösterebildiği dikkate alındığında, anayasa yargısının varlığı için söz konusu niteliklerin her zaman zorunlu koşullar olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Zira sayıca az da olsa bazı ülkeler, bu genel kabullerden farklı bir anayasa yargısı modelini benimsemektedir.

II. ANAYASA YARGISI MODELLERİ

Anayasa yargısı modelleri genel olarak iki ana başlık altında incelenmelidir: Güçlü form anayasa yargısı ve zayıf form anayasa yargısı. Türk hukuk literatüründe anayasa yargısı uzun süre yalnızca güçlü form modeli üzerinden değerlendirilmiş; bu modelin de kendi içinde ikiye ayrıldığı kabul edilmiştir: Avrupa modeli (Kelsen modeli veya merkezileşmiş yargı modeli) ve Amerikan modeli (yaygınlaştırılmış yargı modeli). Ayrıca, bu iki alt modelin belirli yönlerini bir arada barındıran anayasa yargısı sistemlerine “karma model” adı verilmiştir²⁸.

27 Calabresi, S. G. (2021). ss. 29-30.

28 Anayurt, Ö. (2023). ss. 784-800; Tunç, H. (1997). ss. 89-160; Gözler, K. (2024). ss. 446-457; Kaboğlu, İ. Ö. (2024). ss. 15-30; Güveyi, Ü. (2012). “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16., S. 3., ss. 148-149; Özyurt, B. (2023). *Karşılaştırmalı Örnekler ve Türk Anayasa Hukuku Doktrininden Görüşler Işığında T.C. Anayasa Mahkemesi’nin Üye Kompozisyonu*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 44-59; Eren, A. (2022). ss. 1081-1085. Anayasa yargısının Avrupa ve Amerikan modellerinin ortaya çıkışı, temel özellikleri ve karşılaştırmalı analizi için bkz: Anayurt, Ö. (2023). ss. 783-799.

Bununla birlikte, 1982 Kanada Anayasası'nın kabulüyle birlikte, güçlü form modelin iki alt türünün dışında kalan yeni bir anayasa yargısı modeli ortaya çıkmıştır. Yaklaşık kırk yıldır varlığı kabul edilen bu yeni model, literatürde farklı terimlerle anılmaktadır: zayıf form yargısal denetim (weak-form judicial review)²⁹, zayıf yargısal denetim (weak judicial review)³⁰, ikinci bakış modeli (the second look model)³¹, parlamento haklar bildirgesi modeli (the parliamentary bill of rights model)³², diyalog modeli (the dialogue model) veya demokratik diyalog modeli (the model of democratic dialogue)³³, diyalogsal yargısal denetim (dialogic judicial review)³⁴, hibrit modelleri (hybrid models)³⁵ ve Yeni İngiliz Milletler Topluluğu Modeli (the New Commonwealth model)³⁶ gibi.

Bu çalışmada, güçlü form model ile arasındaki farkı açıkça vurgulamak amacıyla bu sistem “zayıf form modeli” olarak adlandırılacaktır. Zira her ne kadar bir tür anayasa yargısı modeli olsa da bu sistemde anayasal uyumsuzluklarda son karar mercii yargı değil, yasama organı olduğundan, denetimin gücü zayıftır. Zayıf form anayasa yargısı modeli, genellikle Common Law hukuk sistemine sahip ülkelerde uygulanmak-

29 Tushnet, M. (2003) s. 2781.

30 Waldron, J. (2006). “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, C. 115., S. 6., s.1354.

31 Calabresi, S. G. (2021). s. 28.

32 Hiebert, J. L. (2006). s. 7.

33 Young, A. L. (2009). s. V.

34 Roach, K. (2004). “Dialogic Judicial Review and Its Critics”, *Supreme Court Law Review*, C. 23., s. 49.

35 Goldsworthy, J. (2003). “Homogenizing Constitutions”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 23., S. 3., s. 483.

36 Gardbaum, S. (2013). s. 1; Gardbaum, S. (2001). s. 707. Bu modele farklı adlar veren akademisyen ve araştırmacıların her birinin bu tercihi için kendine özgü gerekçeleri bulunmaktadır. Örneğin, *Yeni İngiliz Milletler Topluluğu Modeli* terimini kullanan Gardbaum, bu adlandırmayı modelin genellikle İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerde uygulanıyor olmasına dayandırır. Benzer şekilde, son karar yetkisinin yasama organında bulunması nedeniyle bu modele *Parlamento Haklar Bildirgesi Modeli* de denilmiştir. Ayrıca, yasama ve yargı organları arasında anayasal diyalogu teşvik ettiği gerekçesiyle *Diyalog Modeli* ifadesi de tercih edilmektedir.

tadır. Bu bağlamda Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, Kanada ve Avustralya örnek olarak verilebilir³⁷.

Dolayısıyla, anayasa yargısı modellerini incelemek adına genel bir sınıflandırma şu şekilde yapılabilir: “a. Güçlü Form Anayasa Yargısı Modelleri: a.1. Güçlü ve merkezi olmayan anayasa yargısı modeli (Amerikan modeli): Her mahkemenin anayasa normları ile kanunlar arasındaki uyumu denetleyebildiği yaygınlaştırılmış sistem. a.2. Güçlü ve merkezi anayasa yargısı modeli (Avrupa ya da Avusturya modeli): Anayasal denetim yetkisinin yalnızca belirli bir mahkemeye (anayasa mahkemesi) veya mahkeme benzeri bir organa ait olduğu merkezileşmiş sistem. b. Zayıf Form Anayasa Yargısı Modeli (Yasama organının üstünlüğüne dayanan model): Yargı organları, yasama organının çıkardığı kanunları inceleyebilse de, nihai karar verme yetkisi yasamada kalmaktadır³⁸.”

A. GÜÇLÜ FORM MODELİ

Güçlü form anayasa yargısı modeli, yargının üstünlüğüne dayanan bir sistem olarak tanımlanabilir. Bu modelde, anayasa normlarına uygunluk denetimi yapan mahkemeler, Anayasa’nın anlamını belirleme konusunda genel ve bağlayıcı bir yetkiye sahiptir³⁹. Yargının anayasal yorumları, genellikle davanın tarafları ve aynı zamanda yasama ve yürütme organları ile eyalet veya federe yönetimler gibi diğer kamu kurumlarını da bağlayıcı niteliktedir⁴⁰.

Güçlü form modelinin en belirgin özelliği, mahkemelerin anayasa aykırılığı tespit ettikleri yasa ve düzenlemeleri geçersiz kılabilmeleridir. Bu karar, sıradan yasama çoğunlukları tarafından ortadan kaldırılamaz⁴¹. Dolayısıyla, yargı organları,

37 Calabresi, S. G. (2021). s. 28; Hiebert, J. L. (2006). s. 8.

38 Roznai, Y. (2021). s. 360.

39 Tushnet, M. (2003). s. 2784.

40 Gardbaum, S. (2018). What Is Judicial Supremacy?, içinde Jacobsohn, G. ve Schor, M. (Der.), *Comparative Constitutional Theory* (s. 24). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

41 Tushnet, M. (2008). s. 33; Kavanagh, A. (2015). “What’s so Weak about ‘Weak-

özellikle seçimle gelen siyasi kurumların yetkilerini sınırlamakta etkili olur. Bu durum, yargının siyasi alanı şekillendirmesiyle sonuçlanabilir ve yargısal aktivizme zemin hazırlayabilir⁴².

Bu model, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararıyla içtihat yoluyla ortaya çıkmıştır. Söz konusu davada, ABD Yüksek Mahkemesi ilk kez Kongre tarafından çıkarılan bir kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiş ve bu kanunun anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Böylece anayasal denetim yetkisi yargı eliyle oluşturulmuş ve Yüksek Mahkeme Anayasa'nın "baş yorumcusu" olarak konumlandırılmıştır⁴³. Anayasa'da açıkça bu yetki düzenlenmemiş olsa da Mahkeme bu yetkisini Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinden hareketle meşrulaştırmıştır⁴⁴.

Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998", *International Journal of Constitutional Law*, C. 13., S. 4., s. 1011.

- 42 Kmiec, K. D. (2004). "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review*; C. 92., ss. 1463-1477; Tezcür, G. M. (2009). "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case", *Law & Society Review*, C. 43., S. 2., ss. 305-336; Görgen, N. (2024). The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary, içinde Reayat, N., Smith, R. K. M. ve Cho, M. (Der.), *Judicial Independence in Transitional Democracies* (ss. 91-99), Routledge; Hirschl, R. (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry*, C. 25., S. 1., s. 92-105; Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, ss. 1-16; Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 258.
- 43 Bu davadan sonraki süreçte, ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen diğer önemli davalar aracılığıyla anayasanın yorumlanması konusundaki yetkisi önemli ölçüde genişlemiştir. Bu kapsamda, *Martin v. Hunte's Lessee* (1816), *Cohens v. Virginia* (1821) ve *Dred Scott v. Sandford* (1856) gibi davalar örnek olarak gösterilebilir. Calabresi, S. G. (2021). ss. 132-133.
- 44 ABD Yüksek Mahkemesi ve anayasal denetim yetkisi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: "The Enduring Legacy of *Marbury v. Madison* (1803)", <https://www.uscourts.gov/file/2675/download#:~:text=t%20always%20clear,Marbury%20v.,was%20not%20always%20the%20case.> (Erişim Tarihi: 1/12/2024); Ginsburg, T. (2003). ss. 91-96.

Güçlü form modeli, temel olarak üç ilkeye dayanır: “1. Temel haklara olağan yasaların üzerinde, üstün bir anayasal statü tanınması, 2. Yasama organının bu hakları sıradan çoğunlukla değiştirememesi veya ortadan kaldıramaması, 3. Bu haklarla uyuşmayan yasa ve işlemlerin yargı eliyle geçersiz kılınabilmesi ve mahkeme kararlarının yasanın sıradan çoğunluk kararıyla denetlenememesidir⁴⁵.”

Bu çerçevede, bir mahkemenin bir normu Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmesi durumunda, söz konusu norm geçerliliğini yitirir. Bu karar, yasama organı tarafından olağan çoğunlukla değiştirilemez ve en azından kısa ve orta vadede bağlayıcılığını korur. Dolayısıyla güçlü form modelinde denetim mekanizması, yargının daha yüksek normlarla (örneğin anayasa) çeliştiğini tespit ettiği yasa veya işlemleri geçersiz kılma, uygulamama veya değiştirme yetkisine dayanır. Bu kararlar çoğunlukla devletin diğer organları ve toplum tarafından son ve bağlayıcı karar olarak kabul edilir⁴⁶.

Güçlü form modelinin izlerini çok eski dönemlere dayandıranlar olsa da anayasa yargısı bakımından teorik zemin sağlayan tartışmaların ABD’de ortaya çıktığı ve anayasal denetimin fiilen burada şekillendiği genel olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Anayasal denetimin doğuşu ve uygulanışı, *Marbury v. Madison* davasına kadar gerçekleşmemiştir. Bu davada Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall, ABD Anayasası’nın en üstün yasa olduğunu vurgulayarak mahkemeye anayasal denetim yetkisi tanımıştır⁴⁸.

45 Gardbaum, S. (2001). ss. 707, 718; Gardbaum, S. (2010). “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 8., S. 2., s. 169.

46 Gardbaum, S. (2018). “What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, C. 29., ss. 39–40; Aktaran; Tomlinson, D. (2022). ss. 12.

47 Tomlinson, D. (2022). ss. 12–14.

48 ABD Anayasası’nın üç temel özelliği vurgulanmaktadır: Anayasanın hukuki normlar hiyerarşisinde en üstte yer alması; olağan yasalardan farklı olarak daha zor değiştirilebilen katı bir anayasa olması; ve anayasa ile uyumsuz normların denetimini gerçekleştirme yetkisine sahip bir yargı organı tarafından korunması. Bu konularla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: Gardbaum, S. (2001). ss. 712–713; Tomlinson, D. (2022). ss. 13–14.

Yine anayasanın üstünlüğü bağlamında, 1920 yılında Kelsen'in teorisinin kurumsallaşmasıyla ortaya çıkan ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşan Avrupa modeli de güçlü form modelinin bir alt türüdür⁴⁹. Bu iki alt tür arasında bazı yapısal farklılıklar bulunsun da güçlü form modelinin ayırt edici özelliği, anayasal denetimi yapan mahkemenin kararlarının bağlayıcı ve nihai olmasıdır⁵⁰.

Ancak bu bağlayıcılığın süresiz olduğu varsayılmamalıdır. Mahkemelerin anayasal yorumları, en azından kısa ve orta vadede diğer organlar üzerinde kesin ve bağlayıcıdır⁵¹. Güçlü form modeli, yargının anayasal yorumlarının olağan yasama çoğunluklarıyla değiştirilemediği bir sistem öngörür. Bununla birlikte, bu yorumların hukuk sisteminde sonsuza kadar sabit kalması beklenmez. Anayasa değişikliği için gereken özel çoğunluklara sahip yasama organları tarafından bu kararlar değiştirilebilir ya da yeni hâkimlerin göreve gelmesi veya mevcut hâkimlerin görüşlerini değiştirmesiyle bu yorumlar zaman içinde farklılaşabilir⁵².

Buna karşılık, zayıf form modeli yasama organlarına kısa vadede mahkeme yorumlarını geçersiz kılma imkânı tanır⁵³. Başka bir ifadeyle, *“güçlü form modeli, siyasi organlara yargısal*

49 Calabresi, S. G. ss. 27–28. Avrupa modeli, ilk olarak 1920 yılında Çekoslovakya ve Avusturya anayasalarıyla kurulması öngörülmüş ve I. Dünya Savaşı ile II. Dünya Savaşı arasındaki dönemde, zaman ve işleyiş bakımından sınırlı da olsa uygulanma imkânı bulmuştur. Anayasa mahkemesinin kurulmasını anayasal düzeyde düzenleyen ilk ülke Çekoslovakya'dır; ancak fiilen ilk kurulan anayasa mahkemesi, Avusturya Anayasa Mahkemesi olmuştur.

50 Avrupa ve Amerikan anayasa yargısı modellerinin başlıca farklarını görmek amacıyla tabloya başvurmak için bkz: Anayurt, Ö. (2023). s. 799.

51 Tushnet, M. (2003). s. 2784.

52 Tushnet, M. (2008). ss. 33–34.

53 Kelly, J. B. ve Hennigar, M. A. (2012). “The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 10., S. 1., s. 36; Tushnet, M. (2003). s. 2786.

yorumları uzun vadede gözden geçirme fırsatı sunarken; zayıf form modeli, bu imkânı kısa vadede sağlar⁵⁴."

B. ZAYIF FORM MODELİ

1. Zayıf Form Modelinin Tarihsel Gelişimi

Zayıf form model, 1980'lerin başında güçlü form modele alternatif olarak ortaya çıkmıştır. O zamana dek yasama üstünlüğünün varlığı ile yargı üstünlüğüne dayalı temel hakların etkin şekilde korunması tezleri, birbirleriyle zorunlu olarak uyumsuz ve birbirini dışlayan iki yaklaşım olarak kabul ediliyordu. Bu bağlamda, bir hukuk sisteminin bu iki yaklaşımdan yalnızca birini benimseyebileceği, her ikisini aynı anda kabul edemeyeceği varsayılmıştır. Ancak zamanla, bu iki yaklaşımı uzlaştıran bir model olarak zayıf form modelin ortaya çıkmasına yol açan bir dizi gelişme yaşanmıştır⁵⁵.

1982 ile 1998 yılları arasında, daha önce geleneksel yasama üstünlüğü ilkesinin temsilcileri arasında yer alan Kanada, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık, kendi ülkelerinde hakların korunmasını daha etkin kılmak amacıyla yeni yollara başvurmuşlardır. Bu ülkeler, yasama üstünlüğünden yargı üstünlüğüne yani bir kutuptan diğerine keskin bir geçiş yapmak yerine, bir orta yol oluşturmaya çalışarak güçlü form modelinden bilinçli bir şekilde ayrılan haklar bildirgeleri kabul etmiş ve böylece yeni bir model yaratma sürecini başlatmışlardır⁵⁶.

Bu ülkelerin yeni bir anayasa yargısı modeli yarattığı iddiasının temelinde; mahkemelere hakları koruma yetkisi verirken, yasama organlarına da son sözü söyleme yetkisini tanımaları, yani anayasal denetimi yargısal üstünlükten ayırmaları yer almaktadır. Bu doğrultuda söz konusu ülkeler, anayasa (yargı) ve yasama üstünlüğü kutupları arasında yer alan yeni bir üçüncü anayasacılık modeli geliştirmişlerdir⁵⁷.

54 Kelly, J. B. ve Hennigar, M. A. (2012). s. 36; Tushnet, M. (2008). s. 34.

55 Gardbaum, S. (2001). ss. 708–709.

56 Gardbaum, S. (2001). s. 709.

57 a.g.e. ss. 709.

Zayıf form modelinin, Kanada’da 1982 Anayasası ile ortaya çıktığı genel olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Kanada Anayasası’nda yer alan Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’nin (Canadian Charter of Rights and Freedoms) 33. maddesi, hem federal hem de eyalet yasama organlarına, olağan çoğunlukla Kanada Yüksek Mahkemesinin kararını beş yıl boyunca askıya alma yetkisi tanımaktadır. Bu hükümle, yasama organlarına yargı organının kararlarını gözden geçirerek son sözü söyleme yetkisi verilmiştir. Yasamanın üstünlüğüne dayanan bu yeni anayasa yargısı modeli, zamanla farklı ülkelerde farklı biçimlerde benimsenmiştir.

1990 yılında Yeni Zelanda, *Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi*’ni; Birleşik Krallık ise 1998 yılında *İnsan Hakları Yasası*’nı kabul etmiştir. Avustralya’da ise sırasıyla, 2004 yılında Avustralya Başkent Bölgesi’nde *İnsan Hakları Yasası* (2004 Human Rights Act) ve 2006 yılında Victoria Eyaleti’nde *İnsan Hakları ve Sorumlulukları Bildirgesi Yasası* (2006 Charter of Human Rights and Responsibilities Act) yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemelerle zayıf form modelin benimsendiği, öğretide yaygın olarak kabul görmektedir⁵⁹.

Bununla birlikte, tartışmalı olmakla birlikte birçok ülkenin de zayıf form modelini ya da bu modelin bazı unsurlarını benimsediği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, İsrail⁶⁰ ve Güney Afrika⁶¹ gibi ülkeler örnek olarak gösterilebilir.

2. Zayıf Form Modelini Kurma Yöntemleri

Bir ülkenin hukuk sisteminin zayıf form modeli benimsemişliğini anlamak için iki yöntem bulunduğu ifade edilmektedir. İlk yöntem, anayasal veya yarı-anayasal normların olağan

58 Tushnet, M. (2003). ss. 2784–2785.

59 Gardbaum, S. (2013). s. 1.

60 Calabresi, S. G. (2021). s. 28.

61 Tushnet, M. V. (2003). “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, C. 38., s. 822.

yasa yapma süreciyle yürürlüğe girmesidir. Parlamentolar, anayasal normları olağan yasama prosedürüyle kabul ettiklerinde, bu normları daha sonra yine aynı yöntemle değiştirme, yürürlükten kaldırma veya açıkça askıya alma yetkisini ellerinde tutmaya devam ederler. Böylece parlamentolar, kararlarına katılmadıkları bir mahkemenin yorumunun veya kararının herhangi bir kısmını ya da tamamını geçersiz kılma yetkisine sahip olurlar. Bu tür bir sistem, parlamento üstünlüğü doktrininin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir⁶². Bu durum, 1990'larda yeni anayasal haklar bildirgelerini veya beyannamelerini bu yöntemle oluşturan Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkeler için geçerlidir⁶³.

İkinci yöntem ise anayasa metninde veya anayasal nitelik taşıyan bir belgede, yasama organına yargı kararlarını geçersiz kılma ya da değiştirme yetkisinin açık bir biçimde tanımlanmasıdır. Örneğin üstün bir anayasaya sahip olan Kanada'da, 1982 tarihli *Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi'nin* 33. maddesi, Kanada Parlamentosu ve eyalet parlamentolarına böyle bir yetkiyi açıkça vermektedir⁶⁴. Benzer şekilde, çeşitli dönemlerde Polonya, Moğolistan, Belçika, Lüksemburg ve Finlandiya anayasalarında da geçersiz kılma yetkileri benimsenmiştir⁶⁵.

3. Zayıf Form Modelinin Tanımı ve Özellikleri

Zayıf form modelini herkesin üzerinde uzlaşabileceği şekilde tanımlamak zordur. Bu model, yasama üstünlüğü ile yargı üstünlüğü arasındaki çatışmayı uzlaştırmayı amaçlayan bir anayasal denetim yaklaşımıdır⁶⁶. Zayıf form modeli, ilk kez mahkemelerin kesin ve bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmadığı anayasal denetim sistemlerini tanımlamak amacıyla

62 Dixon, R. (2019). "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law*, C. 17., S. 3., s. 907; Hiebert, J. L. (2006) ss. 13-16.

63 Dixon, R. (2019). s. 908.

64 a.g.e. s. 908.

65 a.g.e. s. 908; Gardbaum, S. (2013).

66 Gardbaum, S. (2010). s. 171; Tomlinson, D. (2022). s. 18.

ortaya çıkmıştır⁶⁷. Bu anlayışa göre, yasama organlarının olağan çoğunlukla mahkeme kararlarını geçersiz kılabildiği durumlar, zayıf formda anayasal yargılamaya işaret eder⁶⁸.

Başka bir tanıma göre zayıf form modeli; bir haklar bildirgesi veya beyannamesinde yer alan hakların yasama tarafından kabul edilen normlarla uyumunun mahkemelerce yorumlandığı, ancak bu yorumların yasama organı tarafından olağan çoğunlukla sınırlandırılabilmesi veya geçersiz kılınabileceği anayasal düzenlemeleri kapsar. Bu tanım çerçevesinde model, hem yargı hem de yasama üstünlüğünü anayasal olarak reddeden bir yaklaşımı temel alır⁶⁹. Yasama organının, mahkeme kararlarını kısa vadede ve olağan çoğunlukla gözden geçirme veya geçersiz kılma yetkisine sahip olması, bu modelin ayırt edici özelliğidir⁷⁰.

Zayıf form modelinde, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı güçlü form modele kıyasla oldukça sınırlıdır. Güçlü form modelde, mahkemenin yorumları devletin diğer organları için bağlayıcıdır; oysa zayıf form modelinde, yasama ve yürütme organları, mahkemenin anayasal kararlarını reddetme veya değiştirme yetkisine sahiptir⁷¹. Bu bağlamda, yargı kararları kesin ve bağlayıcı olmaktan çok “kısa vadede açık şekilde yasama müdahalesine açık” niteliktedir ve bu nedenle koşulludur⁷². Bu modelde bir tür yargısal denetim söz konusu olmakla birlikte, yargının üstünlüğünden bahsedilemez; zira nihai karar yetkisi yasama organına aittir.

Zayıf form model, Stephen Gardbaum⁷³ tarafından 2013 yı-

67 Tushnet, M. (2003). s. 2782.

68 Dixon, R. (2019). s. 904; Tushnet, M. (2003).

69 Roach, K. (2004). s. 55.

70 Tushnet, M. (2003). s. 2786.

71 Tushnet, M. (2008).

72 Kavanagh, A. (2015). s. 1011; Tushnet, M. (2003). ss. 2792–2793; Tushnet, M. (2008). s. xi; Tushnet, M. (2003). s. 823.

73 Gardbaum, 2010 yılında yayımladığı *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism* başlıklı çalışmasında, bu modelin üç temel

linda yayımlanan *Anayasacılığın Yeni İngiliz Milletler Topluluğu Modeli: Teori ve Uygulama* başlıklı çalışmasında sistematik şekilde ele alınmış ve dört temel özellikyle tanımlanmıştır:

1. Kodifiye Edilmiş Haklar Bildirgesi: İlk özellik, yasalaştırılmış ve kodifiye edilmiş bir haklar bildirgesinin varlığıdır. Bu bildirme, geleneksel Common law özgürlüklerinden, ahlaki veya sadece siyasi haklardan farklı olarak yazılı, yasal veya anayasal statüye sahip olmalıdır. Bu modelde temel hakların statüsü, bu ikisi arasında bir ara formda yer almaktadır⁷⁴. Bu bağlamda, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda’da teorik olarak yasa statüsünde olan haklar bildireleri, pratikte daha üst bir norm olarak işlev görmekte ve zayıf form modelinin bu özelliğini yansıtmaktadır.

2. Yasama Öncesi Zorunlu Hak Denetimi: İkinci özellik, yasa tasarılarının yürürlüğe girmesinden önce yürütme organı tarafından hak denetiminin zorunlu olarak gerçekleştirilmesidir. Genellikle bu, yürütmenin (bir bakan aracılığıyla) yasa tasarısını yasama organına sunarken tasarının haklar bildirgesi ile uyumlu olup olmadığına ilişkin bir açıklama veya rapor sunması yoluyla olur. Bu mekanizma Kanada, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık’ta uygulamada görülmektedir.

3. Mahkemelerin Anayasal Denetim Yetkisi: Üçüncü özellik, mahkemelerin yasama normlarını haklar bildirgesi bağlamında denetleme yetkisidir. Bu yetkinin kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Yeni Zelanda’da mahkemelerin, yasama normlarını makul ölçüde mümkün olduğu sürece korunan haklarla uyumlu şekilde yorumlama görevi ve yetkisi

özelliği bulunduğunu ifade etmiştir: 1. Yasallaşmış bir anayasa, haklar bildirgesi veya beyannamenin varlığı; 2. Anayasayı veya haklar bildirgesini yorumlama ve yasama organı tarafından kabul edilen normları bu yorum doğrultusunda denetleme yetkisine sahip mahkemelerin varlığı; 3. Mahkeme yorumlarının, olağan çoğunlukla geçersiz kılınabilmesini sağlayan bir yasama organının bulunması. *Gardbaum*, 2013 yılında bu modele dördüncü bir unsur daha ekleyerek, “zayıf form anayasal review” modelinin temel özelliklerini dörde çıkarmıştır.

74 *Gardbaum*, S. (2001). s. 742.

vardır. Bu, oldukça zayıf bir denetim biçimidir. Bunun daha güçlü bir türü ise Birleşik Krallık örneğinde görülmektedir. Bu modelde mahkemeler, normları Haklar Bildirgesi'ndeki haklarla uyumlu şekilde yorumlamakla yükümlüdür; yorumlamanın mümkün olmadığı durumlarda ise norm ile Haklar Bildirgesi arasında bir uyumsuzluk olduğunu ilan edebilirler. Ancak yasaları geçersiz kılma yetkileri bulunmamaktadır. Son olarak zayıf form modelin en güçlü türü Kanada'daki uygulamadır. Kanada'da mahkemeler, yasama tarafından kabul edilen bir normun Haklar Bildirgesi'ne aykırı olduğunu tespit ederse, bu normu iptal etme veya geçersiz kılma yetkisine sahiptir⁷⁵. Bu durum, zayıf form modelin tek tip olmadığını göstermektedir⁷⁶.

4. Son Sözün Yasamaya Ait Olması: Dördüncü ve en belirleyici özellik, anayasal denetimle ilgili son kararın, olağan çoğunluk oyu ile hareket eden yasama organına ait olmasıdır. Yasama organının bu yetkiyi kullanma biçimi, mahkemelere tanınan denetim yetkisinin kapsamına bağlı olarak değişkenlik gösterecektir. Bu, mahkemelerin hakları koruma amacıyla yorumladığı bir normu değiştirme yetkisinden, söz konusu normun mahkeme tarafından yargısal olarak geçersiz kılınmasının yasama tarafından iptal edilmesine kadar uzanan bir yelpazeyi kapsayabilir⁷⁷. Zayıf form modelin ayırt edici özelliği, son sözün yasama organına ait olmasıdır⁷⁸. Özellikle vur-

75 Kavanagh, A. (2015). s. 1012.

76 Bu konuya ilişkin çeşitli tartışmalar da mevcuttur. Örneğin, anayasa yargısı modellerinin yalnızca “zayıf” ya da “güçlü” form olarak ikili bir şekilde sınıflandırılmasının yeterli olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bir diğer tartışma ise, zayıf form modelin homojen bir yapı arz etmediği, aksine en az dört farklı zayıflatılmış yargı denetimi türünün var olduğu yönündedir. Bu türler şu şekilde sınıflandırılmıştır: 1. Kısıtlı ve nihai olmayan (saf zayıf biçim), 2. Kısıtlı ancak resmi olarak nihai olan (zayıf-güçlü), 3. Aktif ancak resmi olarak nihai olmayan (güçlü-zayıf), 4. Aktif ve resmi olarak nihai olan (güçlü-güçlü). Leckey, R. (2015). *Bills of Rights in the Common Law* (1. bs.), Cambridge: Cambridge University Press; Aktaran; Dixon, R. (2019). s. 917.

77 Gardbaum, S. (2013). ss. 30–31.

78 Tomlinson, D. (2022). s. 18; Gardbaum, S. (2001). s. 709.

gulamak gerekir ki yasama organı bu yetkisini kullanırken nitelikli çoğunluk aranmamalıdır; zira böyle bir şart, güçlü form modele işaret eder.

Sonuç olarak zayıf form modelde anayasal denetim mekanizması, yargının mevcut olsa da sınırlı yetkileri çerçevesinde işler. Mahkemeler anayasal uygunluk denetimi yapabilir ancak normun anayasaya aykırı olduğuna karar verildiğinde, nihai kararı verecek olan organ yargı değil, yasamadır. Bu yönüyle, zayıf form modeli “zayıflatılmış” fakat hâlâ etkin bir anayasal denetim formudur.

Aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere zayıf form modeli, parlamentonun üstünlüğüne dayalı politik anayasacılık ve yargının üstünlüğüne dayalı yasal anayasacılık anlayışlarına bir alternatif olarak üçüncü bir seçenek şeklinde ortaya çıkmıştır. Zayıf form modeli birçok açıdan tartışmaya açık bir modeldir. Bu bağlamda, modelin istikrarsız olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır⁷⁹. Bu tür eleştirilerle bağlantılı bir başka tartışma ise zayıf form modelinin gerçekten ayırt edici, özgün bir anayasa yargısı modeli olup olmadığı sorusudur. Bazı görüşlere göre, zayıf form sistemleri pratikte ya parlamenter üstünlüğe dayalı sistemlere dönüşmekte ya da zamanla güçlü form modeline evrilmektedir⁸⁰. Buna karşılık, zayıf form modeline sahip olan Birleşik Krallık, Yeni Zelanda ve Kanada örneklerinde, bu sistemlerin her iki anayasacılık anlayışından da farklılaştığı ve zayıf formun temel niteliklerini taşıdığı açıkça görülmektedir. Özellikle, hem yargı organlarının belirli ölçüde denetim yetkisine sahip olması hem de son kararın yasama organına ait olması, bu sistemleri diğer anayasa yargısı modellerinden ayırmaktadır. Üstelik söz konusu ülkeler, hakların korunması konusunda uygulamada büyük ölçüde istikrar sağlamışlardır. Bu çerçevede, yasama organının son sözü söylemesi nedeniyle zayıf form modeli-

79 Dixon, R. (2019). s. 930.

80 Bu tür tartışmaların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için bkz: Tushnet, M. (2003). ss. 824–837.

nin anayasa yargısı modeli olarak kabul edilmemesi gerektiği yönündeki görüşler de eleştirilmektedir. Zira, parlamento üstünlüğüne dayalı anayasacılık anlayışının geçerli olduğu bir ülkede, kodifiye edilmiş bir haklar bildirgesinin kabulü bile, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin zayıflamaya başladığını ve hakların korunması için yeni yollar arandığını göstermektedir. Nitekim, bu bildirimler olağan yasama süreciyle kabul edilmiş olsalar dahi, artık onların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması oldukça güç hâle gelmiştir. Bu da söz konusu ülkelerin, hakların korunmasına ilişkin yeni ve farklı bir yola girdiğini göstermektedir⁸¹. Bu tartışmalar ışığında, zayıf form modelinin gerçekten özgün ve ayrı bir anayasal denetim modeli olduğunu gösterebilmek için, bu modelde hakların nasıl korunduğunun detaylı biçimde incelenmesi gerekmektedir. Çünkü zayıf form modelinde hakların korunma yöntemi, güçlü form modelinden belirgin biçimde farklıdır.

III. ZAYIF FORM MODELİNDE HAKLARIN KORUMA MEKANİZMASI

Gardbaum'a göre, zayıf form modelinde hakları korumak için iki yeni tekniğin birleşimi söz konusudur. Bunlar: “zo-runlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi (pre-enactment political rights review, yasama ve yürütme tarafından yapılan) ve zayıf-form yargısal inceleme (weak-form judicial review, yargı tarafından yapılan)”⁸². Bu iki tekniğin birleşmesiyle, üç aşamalı bir haklar denetim mekanizması oluşmaktadır.

81 Bu durumun en güncel örneği, Birleşik Krallık'ta Hükümetin 2022 yılında 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nı yürürlükten kaldırarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasına yönelik yeni bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan *Bill of Rights Bill* (Haklar Bildirgesi Yasa Tasarısı) tasarisını Parlamento'ya sunmasıdır. Tasarı, hukukun üstünlüğüne zarar vereceği ve bireysel hakların korunmasını zorlaştıracığı gerekçesiyle yoğun tartışmalara yol açmıştır. Sonuç olarak, yasa tasarısı Haziran 2023'te geri çekilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz.: “Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament”, <https://bills.parliament.uk/bills/3227>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

82 Gardbaum, S. (2013). ss. 30.

Zayıf form modelde hakların korunması, güçlü form modelinden farklıdır. Güçlü formda, hakların korunması mekanizması yargı üstünlüğüyle ilişkilendirilen tek aşamalı bir süreç olup yargı organı tarafından yapılmaktadır. Zayıf formda ise hakların korunması, bu tek aşama yerine üç aşamalı bir hak denetimine dönüşmektedir. Yani, yasamanın yaptığı normların korunan haklarla uyumsuzluğu, üç ayrı aşama ve farklı denetimlerle gözden geçirilmektedir. Zayıf form yargı denetimindeki ilk aşama, yasanın yürürlüğe girmeden önceki siyasi organlarca yapılan haklar incelemesidir (pre-enactment political rights review); ikincisi, yargı tarafından hakların denetlenmesidir (judicial rights review) ve üçüncü aşama, yasanın yürürlüğe girdikten sonra dava sonrası siyasi organlar tarafından yapılan haklar incelemesidir (post-litigation political rights review)⁸³.

Bu bağlamda, zayıf form modelinde hakların yeterince korunup korunmadığı tartışılabilir. Güçlü formda, normun anayasaya uygunluğunun denetimi genellikle bir mahkeme (anayasa mahkemesi veya yüksek mahkeme) tarafından yapılır ve mahkemenin kararı kesin ve bağlayıcı olarak kabul edilir. Mahkemenin verdiği kararı yasama ve yürütme organ-

83 Gardbaum, S. (2010). ss. 176-177; a.g.e. ss. 79-83. *Stephenson*, hakların korunmasına yönelik denetimi dört aşamalı bir süreç olarak değerlendirmektedir. Birinci aşama, yürütme organının, önerilen yasa tasarılarını insan haklarına uygunluk açısından incelemesini kapsamaktadır. İkinci aşama, yasama sürecinde görevli özel bir komitenin, bu tasarılar üzerinde bağımsız bir ön inceleme gerçekleştirmesini öngörür. Üçüncü aşama, bir yasa yürürlüğe girdikten sonra, mahkemelerin bu yasanın insan haklarına uygunluğunu denetleyebilecek bir mekanizmaya sahip olmasını içerir. Dördüncü ve son aşama ise, yasama organına yargı kararlarını hukuken geçersiz kılma yetkisinin tanındığı durumları ifade eder. Bu modelde dikkat çeken noktalardan biri, yukarıda ele alınan ilk aşamanın iki ayrı denetim adımı şeklinde değerlendirilmesidir: Yürütme organı ve yasama içinde kurulan özel bir komite, yasa tasarılarının insan haklarına uygunluğunu sağlamak amacıyla ayrı ayrı denetim işlevi üstlenmektedir. *Stephenson, S. (2016). From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism* (1. bs.). Sydney: Federation Press, ss. 102-106; Aktaran; Geiringer, C. (2017). "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, C. 15., S. 4., s. 1249.

ları, normal yollarla (örneğin, olağan çoğunlukla yasa yapma) denetleyemez veya gözden geçiremez. Oysa zayıf form modelinde yargı, yasama ve yürütme organları arasında bir diyaloga dayalı, üç aşamalı bir anayasal denetim mekanizması söz konusudur.

İlk aşama, yasanın yürürlüğe girmeden önceki siyasi organlarca yapılan haklar incelemesidir⁸⁴. Bu aşamada siyasi aktörler, yasa tasarısının parlamentoda ele alınmasından önce, tasarının haklar beyannamesi veya bildirgesine uygun olup olmadığını tartışır. Kanada’da, federal adalet bakanı, yasa gereği yasa tasarılarının Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’ne uygunluğunu değerlendirir ve bildirgeyle tutarsız olduğunda bunu Parlamente’ye bildirir⁸⁵. Yeni Zelanda’da ise, YZHB’nin 7. maddesine göre, Başsavcı, yasa tasarısının Bildirge’ye aykırı görülen herhangi bir yönünü, parlamento’ya bildirmekle yükümlüdür⁸⁶. Birleşik Krallık’ta ise İHY’nin 19. maddesi, Parlamente’nin her iki meclisinde bir yasa tasarısından sorumlu bakanın, yasa tasarısının hükümlerinin Sözleşme haklarıyla uyumlu olduğu görüşünü yazılı olarak bildirmesini ya da uyumluluk beyanında bulunamıyorsa bile, hükümetin parlamente’nin yasa tasarısıyla ilgili süreci sürdürmesini istemesini şart koşturmaktadır⁸⁷.

84 Hiebert, yürütme ve yasama organları tarafından gerçekleştirilen ve yasal olarak zorunlu hale getirilen bu tür bir denetim mekanizmasını, yeni anayasal modelin ve hakların etkili biçimde korunmasının en önemli ve ayırt edici özelliği olarak görmektedir. Ancak Gardbaum, bu unsuru yeni modeli güçlü form modelden —yani yargı üstünlüğüne dayalı ABD tarzı anayasacılıktan— ayıran temel fark olarak değerlendirmez. Hiebert, J. L. (2005). “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, *Texas Law Review*, C. 82; Gardbaum, S. (2010). ss. 175–176.

85 Gardbaum, S. (2013). s. 80.

86 Gardbaum, S. (2013). ss. 80–81; *Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990)*, (1990).

87 Gardbaum, S. (2013). s. 81; *Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998)*, (1998). Benzer şekilde, Avustralya’da da ilk aşama kapsamında siyasi organlar tarafından haklara ilişkin bir inceleme mekanizması bulunmaktadır.

Yasanın yürürlüğe girmeden önce siyasi organlarca denetlenmesi, yürütme ve yasamanın hakları korumasındaki etkinliklerini arttırır ve potansiyel sorunların daha detaylı ve özgürce tartışılmasını sağlar⁸⁸.

İkinci aşama, hakların yargı tarafından denetlenmesi aşamasıdır. Bu aşamada mahkeme, yasamanın yaptığı normu, mümkün olduğunca bildirge veya bildirgedeki haklarla tutarlı olacak şekilde yorumlama yetkisine sahip olabileceği gibi, onu geçersiz kılmaya kadar değişen oranda bir yetkiye de sahip olabilir. Yani, zayıf form modelinde yargı organının denetim yetkisi farklılık göstermektedir. Böylece, zayıf form modeli zayıftan güçlüye doğru üç farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir: Yasayı haklar bildirgesine göre yorumlama yetkisi (Yeni Zelanda), yasanın haklar bildirgesi ile uyuşmaz olduğunu ilan etme yetkisi (Birleşik Krallık) ve yasayı haklar bildirgesine aykırı bularak iptal etme yetkisi (Kanada).

Bu aşama, yasama işleminden sonra denetim yetkisini yargı organına vererek klasik anlamda yasama üstünlüğüne dayalı anayasacılıktan ayrılmaktadır. Özellikle, seçilmiş organların seçimleri kazanma, popüler olma veya çoğunluğun desteğini alma kaygısı gibi nedenlerle hakların yeterince korunamaması ihtimalini, uzman bir mahkemenin denetimi ile önlemek amaçlanmaktadır⁸⁹.

Bu modelde, hakların korunmasında devletin üç organının da rol oynaması nedeniyle mahkemeler, birinci aşamadaki seçilmiş organlar tarafından yapılan siyasi haklar incelemesini ciddiye almalı ve güçlü form denetimindeki gibi, siyasi organların hakları korumak için yaptığı müzakereleri yargının üstünlüğünün gaspı olarak görmezden gelmemeli ya da küçümsememelidir⁹⁰. Yani yargı, yasama ve yürütme organla-

88 *Gardbaum*'a göre, bu aşamanın altı temel yararı bulunmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz.: *Gardbaum*, S. (2013). ss. 81–82.

89 a.g.e. ss. 83–84.

90 *Gardbaum*, S. (2010). s. 176.

rının fikirlerini önemseydiğinden, bir çeşit diyalog ve uzlaşma ortamı oluşacaktır.

İkinci aşamanın diğer bir özelliği de mahkemenin bu aşamadaki denetimini, üçüncü aşamadaki yasama organının son sözü söyleme yetkisini gözeterek yapmasıdır⁹¹. Burada mahkeme, kesin ve bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmadığının farkındadır. Bu nedenle kararları daha temkinli, ikna edici ve iyi gerekçelendirilmiş şekilde vermelidir. Güçlü form denetimindeki, potansiyel hesap vermemezlik ya da yargısal aktivizm ihtimali düşüktür; çünkü son sözü söyleme yetkisi yasamanın elindedir. Mahkeme, yetki gaspı gibi bir durum oluşturmamaya dikkat edecektir⁹².

Denetimin üçüncü aşaması, ikinci aşamadaki yargısal denetimin kararından sonra son sözün yasama organına ait olmasıdır. Yani son aşamada yasama organı bir denetim yapmaktadır. Bu özellik, zayıf form modelini güçlü form modelinden ayıran en önemli farktır. Özellikle, bu aşamadaki denetim, ikinci aşamadaki yargı organının kararıyla ilk aşamadaki denetim sonunda ortaya çıkan karar arasında fark veya çelişki olduğunda, son sözü söyleme yetkisine sahip yasama organının yapacağı denetimdir. Modelin ilk aşaması, hem zayıf hem de güçlü form modellerinde zorunlu olmayan ve ayırt edici olmayan bir özellik olarak var olabilir. Ancak bu üçüncü aşama, açık şekilde yargı üstünlüğünü sona erdirip yasama üstünlüğünü vurgulamaktadır⁹³. Yasama üstünlüğünün kabul edilmesi, yasamanın ikinci aşamadaki mahkeme kararını iptal edeceği veya değiştireceği anlamına gelmez. Yasama, yargı organının kararını kabul de edebilir. Burada önemli olan, teorik olarak yasamanın son sözü söyleme hakkının olmasıdır. Uygulamada, ülkeler genellikle yargı organının kararlarına

91 Gardbaum, S. (2013). s. 84.

92 Kahana, T. (2002). "Understanding the Notwithstanding Mechanism", *The University of Toronto Law Journal*, C. 52., S. 2., ss. 255-272; Aktaran; Gardbaum, S. (2013). s. 84.

93 Gardbaum, S. (2013). ss. 87-88.

önemseyip onları geçersiz kılma yoluna az başvururlar. Yani, yasama genellikle mahkeme kararlarına uyar. Örneğin Kanada'da mahkeme kararına karşı Kanada ulusal yasama organı hiçbir zaman askıya alma yetkisini kullanmamıştır ve eyalet yasama organlarının mahkemenin kararlarını geçersiz kılma yetkisini kullanması nadirdir. Quebec eyaletinin yasama organı, bu yetkisini *Ford v. Quebec* davasında mahkeme kararına karşı kullanmıştır⁹⁴. Yine, Birleşik Krallık'ta genellikle mahkeme uyumsuzluk ilanı verdiğinde parlamento ve hükûmet, yetkileri olmalarına rağmen mahkemenin belirttiği uyumsuzluğu çözmek için gerekli değişiklikleri yaparlar. Ancak 2005 tarihli *Hirst v. UK* davasında olduğu gibi, yasama organı mahkeme kararına uymayabilir⁹⁵. Son olarak Yeni Zelanda'da yasama organı mahkemelerin kararlarına uyumlu şekilde hareket eder. Ancak yasama, *Refugee Council of New Zealand, Inc v. Attorney-General* davasında mahkeme kararını geçersiz kılmıştır⁹⁶.

IV. ZAYIF FORM MODELİN TEORİSİ

A. POLİTİK ANAYASACILIK VE YASAL ANAYASACILIK

Yargı üstünlüğü ve yasama üstünlüğüne dayalı sistemlere karşı alternatif olarak sunulan bu modelin çıkış noktasını anlamak için teorisi incelenmelidir.

Güçlü form modeline, demokrasi ve demokratik yönetim kavramlarıyla uyumsuz olduğu yönünde eleştiriler yöneltilmektedir⁹⁷. Bu modelde, mahkemeler anayasa metinlerini çeşitli anayasa yorumlama yöntemleri kullanarak çoğunluğu temsil eden siyasi organların yaptığı normları kısıtlama veya

94 Tushnet, M. (2008). s. 52; Dixon, R. (2012). "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 32., S. 3., s. 495.

95 Gardbaum, S. (2013). s. 174; Dixon, R. (2019). s. 918; Tushnet, M. (2008). s. 30; Kavanagh, A. (2015). ss. 1024–1025.

96 Dixon, R. (2012). s. 493.

97 Tomlinson, D. (2022). s. 16.

iptal etme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, anayasacılık kavramının çoğunluğu sınırlamakla ilgili olup olmadığı tartışılabilir. Mahkemelerin, haklar bildirgelerinde yer alan soyut ilke ve ifadeleri yorumlaması sürecinde bu durum daha belirgin hâle gelebilir⁹⁸. Özellikle bölünmüş toplumlarda veya uzlaşma kültürünün zayıf olduğu ülkelerde anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler, halkı temsil eden seçilmiş politik organların alternatifi gibi işlev görebilir. Böylece, mahkemeler anayasa yorumlama yetkisini çoğunlukları sınırlamak için kullanabilir.

Günümüzde anayasacılık, halkın ülke politikalarını bir tür demokratik yönetim aracılığıyla kendisinin belirlemesi anlayışına dayanmaktadır. Ancak aynı zamanda, anayasacılık, halkın politika tercihleri üzerinde bazı sınırlamaların bulunmasını da gerektirir. Bu sınırlamalar genellikle ülkenin anayasasında belirtilmiştir⁹⁹.

Bu bağlamda zayıf form modeli, demokratik yönetim ile anayasacılığı uzlaştırmamanın bir yolu olarak tanımlanabilir. Goldsworthy bu model için şöyle der: *“Her iki geleneksel modelin (parlamentonun üstünlüğü ve yargının üstünlüğü) en iyi özelliklerini birleştiren bir uzlaşma olanağı sunar. (Bu sistemde) mahkemelere, korunan haklarla normların tutarlılığını inceleme konusunda anayasal sorumluluk verilirken, yasama organlarının son sözü söyleme yetkisi korunur”*¹⁰⁰.

Anayasacılıkla ilgili temel soru, *“devlet gücü üzerindeki kısıtlamaların nasıl kurumsallaştırılması gerektiğidir”*¹⁰¹. Anayasal demokrasiler tarihsel olarak bu soruya iki önemli yanıt, yani iki farklı kurumsal anayasacılık biçimi sunmuştur: a) Yasama

98 Tushnet, M. (2008). s. x.

99 a.g.e. ss. 18–19.

100 Goldsworthy, J. (2003). s. 484; Aktaran; a.g.e. s. xi. Yargısal aktivizm, zaman zaman demokratik çoğunlukların kararlarını sınırlamak amacıyla bir denge unsuru olarak kullanılabilir. Bu duruma Türkiye ve Güney Afrika gibi ülkeler örnek olarak gösterilebilir.

101 Gardbaum, S. (2013). s. 22.

üstünlüğü veya parlamenter egemenlik. Başka bir deyişle, Politik Anayasacılık (*Political Constitutionalism*) b) Yargısal veya anayasal üstünlük. Terim olarak tanımlarsak, Yasal Anayasacılık (*Legal Constitutionalism*)¹⁰². Bu iki tür anayasacılık anlayışı, zayıf form modelinin ortaya çıkışıyla doğrudan ilişkilidir.

Politik anayasacılık, yasamanın üstünlüğü ilkesine dayanır ve bu ilke, “parlamento egemenliği” veya “parlamento üstünlüğü” olarak da adlandırılır¹⁰³. Bu anlayış, yasama organının devleti yönlendiren “en üstün ve mutlak güç” olduğu görüşünü temel alır¹⁰⁴. Bu doğrultuda, parlamentonun yasama yetkisinin yasal olarak sınırsız olduğu; mahkemelerin ise yasamanın yaptığı normların geçerliliğini sorgulama ya da denetleme yetkisine sahip olmadığı düşünülür. Bir başka deyişle, yasama üstünlüğünün geçerli olduğu sistemlerde, yasama organı istediği yasaları yapma yetkisine sahiptir ve bu yasaları iptal etme yetkisi, yasama dışındaki herhangi bir organa verilmemelidir¹⁰⁵.

Demokratik bir sistem bağlamında politik anayasacılığın

102 Ayrıca, öğretilerde bu kavramlar için farklı terimlerin kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin, demokratik olarak seçilmiş yasama organlarının üstünlüğüne dayalı politik anayasacılık anlayışı, *Westminster parlamento üstünlüğü modeli* olarak da adlandırılmaktadır. Benzer şekilde, ABD’de yargı üstünlüğüne dayanan yasal anayasacılık anlayışı ise bazı yazarlar tarafından *kısıtlı parlamentarizm modeli* olarak tanımlanmıştır. Gardbaum, S. (2013). ss. 21–22; Tushnet, M. (2003). ss. 813–814.

103 Tushnet, M. (2003). s. 816; Tomlinson, D. (2022). s. 8.

104 Tomlinson, D. (2022). s. 8; Goldsworthy, J. (2001). *The Sovereignty of Parliament*. Oxford: Oxford University Press, s. 126.

105 Çeşitli sebeplerle, yasama organının üstünlüğü pratikte sınırlanmış olabilir. Örneğin, Birleşik Krallık’ta Avrupa Birliği’ne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olunmasının doğurduğu geniş sonuçlar nedeniyle, parlamentonun üstünlüğünün fiilen kısıtlandığına dair geniş bir görüş birliği bulunmaktadır. Her ne kadar Birleşik Krallık 2020 yılında Avrupa Birliği’nden resmi olarak ayrılmış olsa da, Avrupa Birliği hukukunun önemli bir kısmını kendi ulusal hukuk sistemine entegre etmeye devam etmiştir. Gardbaum, S. (2013). s. 23; Bradley, A. (2011). *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance*, içinde Jowell, J. L. ve Oliver, D. (Ed.), *The Changing Constitution* (7. bs.). Oxford – New York: Oxford University Press; Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (8. rev. bs.), Michener, R. E. (Ed.), Indianapolis: Liberty Fund Inc.; Aktaran; Tomlinson, D. (2022). s. 8.

bazı faydaları olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. İlk olarak seçime dayalı hesap verebilirlik ve temsil mekanizmaları sayesinde bu anlayışın, meşruiyet ve demokrasi ile uyum içinde olduğu savunulur. İkinci olarak yerleşik demokrasilerde karşılaşılan birçok hak sorununun çözümünde yasama organlarının, yargıdan daha etkin ve uygun bir konumda olduğu ileri sürülür. Yasama, bu sorunları müzakere ortamında ve toplumsal temsil aracılığıyla ele alırken; yargı, olay ve metinlere dayalı daha sınırlı bir perspektifle yaklaşır¹⁰⁷.

Buna karşılık, politik anayasacılığın iki temel zayıflığı olduğu dile getirilmiştir. İlki, yasama organlarının –çoğunluğun desteğini alma zorunluluğu ve seçim odaklı politikalar nedeniyle– bazı hakları (azınlık hakları gibi) korumakta yetersiz kalabileceği riskidir¹⁰⁸. İkincisi ise, yargısal denetimin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha etkili bir araç olabileceği yönündeki görüştür¹⁰⁹.

Yasal anayasacılık ise yargının ve anayasanın üstünlüğüne dayanan bir anayasacılık anlayışıdır¹¹⁰. Bu modelde, sıradan kanunlardan farklı olarak anayasanın daha yüksek bir norm olduğu kabul edilir ve mahkemelere, bu yüksek norma dayanarak devletin organlarının yaptığı aykırı eylem ve işlemleri iptal etme yetkisi tanınır. Yazılı bir anayasanın varlığı ve yargı kararlarının hukuken bağlayıcılığı, bu tür bir anayasacılığın

106 Gardbaum, S. (2013). s. 53.

107 Tomkins, A. (2005). *Our Republican Constitution*. Oxford: Hart Publishing, ss. 27–29; Aktaran; Gardbaum, S. (2013). s. 53.

108 Gardbaum, S. (2013). s. 54.

109 a.g.e. s. 54–55.

110 Yargı üstünlüğünün ne anlama geldiği konusunda da literatürde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu bağlamda iki temel yaklaşım öne çıkmaktadır: yargısal aktivizm ve yargısal kısıtlama. Yargısal aktivizm, yargı organlarının siyasal alana müdahalede bulunarak yasama veya yürütme yetkilerini sınırlandırması olarak tanımlanırken; yargısal kısıtlama ise yargının yetkilerini ölçülü ve ihtiyatlı bir şekilde kullanması, yalnızca gerektiğinde müdahale etmesi gerektiğini savunan bir yaklaşımdır. Tushnet, M. (2003). ss. 815–816.

temel unsurlarıdır¹¹¹.

Yasal anayasacılığın çeşitli avantajları vardır. İlk olarak, anayasal metinler hakları düzenli ve erişilebilir hâle getirerek bireylerin haklarını daha iyi bilmelerini sağlar. Bu yönüyle, ahlaki ya da siyasi hakların kodifiye edilmemiş hâllerine veya Common Law'a dayalı özgürlük anlayışlarına göre daha güçlü bir koruma sunar. İkinci olarak seçimler ve popülist politikalar nedeniyle hakların yeterince korunmadığı durumlarda, yargı organları devreye girerek bu eksiklikleri giderebilir. Zira hâkimler, genellikle siyasi destek ya da seçim kazanma kaygısı taşımadıkları için daha tarafsız kararlar alma potansiyeline sahiptirler¹¹².

Bununla birlikte, yasal anayasacılığın da bazı zayıf yönleri vardır. Örneğin, nihai karar verme yetkisinin getirdiği sorumluluk nedeniyle bazı mahkemelerin çekingen davranma riski bulunmaktadır. Ayrıca, mahkemelerin demokratik meşruiyet eksikliği eleştirisiyle karşı karşıya kaldığı ve toplumun çeşitli kesimlerini yeterince temsil etmedikleri yönünde iddialar da bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, yargıçların bireysel dünya görüşlerinin, anayasal yorumlara yansımaları ihtimali de tartışma konusudur¹¹³.

B. İKİ TÜR ANAYASACILIĞIN ÇATIŞMASI VE YENİ TÜR BİR ANAYASACILIK

Anayasacılık bağlamında temel mesele, anayasal konularda son sözü söyleme yetkisinin kimde olacağı sorusuna yanıt aramaktır. Uygulamada, 19. yüzyılın başından 20. yüzyılın sonuna kadar bu soruya iki farklı yaklaşımla çözüm getirilmiştir: Parlamento üstünlüğü ve yargı üstünlüğü¹¹⁴.

İkinci Dünya Savaşı'na kadar Avrupa'da yasama üstünlü-

111 Gardbaum, S. (2013). s. 24.

112 a.g.e. s. 57-59.

113 a.g.e. s. 57.

114 Tushnet, M. (2008). s. 19.

ğü baskın bir model olarak benimsenmişken, savaş sonrası dönemde birçok Avrupa ülkesi bu sistemden vazgeçerek yargı üstünlüğüne dayalı güçlü biçim denetim sistemine geçiş yapmıştır¹¹⁵. Ancak Hollanda, İsviçre ve Birleşik Krallık gibi bazı ülkeler, yasama üstünlüğü anlayışını sürdürmeye devam etmiştir. Bu tercihin birkaç nedeni olduğu söylenebilir. İlk olarak bu ülkeler, yasaların yorumlanmasında son sözün yasayı yapan organa ait olması gerektiğini ve bunun daha demokratik ve etkili bir yöntem olduğunu savunmuşlardır¹¹⁶. Ayrıca, bu ülkelerdeki parlamentoların Almanya gibi ülkelerdeki gibi siyasal krizlere yol açmamış olması da bu anlayışın sürdürülmesinde etkili olmuştur.

Parlamento üstünlüğü ilkesi, uzun süre Avrupa’da hâkimiyetini korumuştur¹¹⁷. Ancak savaş sonrası dönemde yasama organlarının ikinci planda kalması ve siyasi kurumlara duyulan güvenin azalması, bu anlayışın zayıflamasına yol açmıştır. Bu nedenle, 20. yüzyılın sonlarına gelindiğinde, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi birkaç ülke dışında parlamenter üstünlük anlayışı gerçek anlamda varlığını sürdürememiştir¹¹⁸.

Öte yandan, güçlü form modelinin Avrupa versiyonu, 1920’li yıllarda Çekoslovakya ve Avusturya anayasaları ile resmen kabul edilmiş ve Birinci Dünya Savaşı ile İkinci Dünya Savaşı arasındaki dönemde anayasalarda yer almaya başla-

115 Kıta Avrupası’nda Hollanda ve İsviçre, tartışmasız biçimde yasama üstünlüğü ilkesine dayalı sistemi koruyan ülkeler arasında yer almaktadır. Benzer şekilde, İngiltere ile geçmişte onun kolonisi olan Hindistan, Yeni Zelanda ve Avustralya da yasama üstünlüğünü esas alan anayasal sistemleri benimsemişlerdir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, Avrupa’daki birkaç istisnai örnek ile bazı İngiliz Milletler Topluluğu ülkeleri dışında, günümüzde yasama üstünlüğü ilkesine dayalı anayasal sisteme sahip ülke sayısının oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Tomlinson, D. (2022). s. 9.

116 Barber, N. W. (2011). “The Afterlife of Parliamentary Sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 9., s. 148; Aktaran; Tomlinson, D. (2022). ss. 10–11.

117 Ginsburg, T. (2003). s. 1.

118 Tushnet, M. (2008). s. 19.

mıştır¹¹⁹. İkinci Dünya Savaşı öncesinde yükselişe geçen faşist rejimlerin yol açtığı yıkımlar, kontrolsüz demokrasinin tehlikelerini ortaya koymuş ve Avrupalıların savaş sonrası dönemde parlamento egemenliğinin sınırlandırılması gerektiğine dair kanaat geliştirmelerine neden olmuştur¹²⁰. Bu bağlamda, haklara ve yargısal denetime vurgu yapan, yargı üstünlüğüne dayalı anayasacılık anlayışı, Almanya ve İtalya gibi ülkelerde yaşanan trajedilere bir tepki olarak kurumsallaşmış ve yaygınlaşmaya başlamıştır. Böylece, insan haklarını ve demokrasiyi koruma amacıyla yargı üstünlüğüne dayanan anayasa mahkemeleri, önce Batı Avrupa’da, daha sonra 1989 sonrası Doğu Avrupa ülkelerinde, bazı Latin Amerika ülkelerinde ve nihayetinde Doğu Asya ülkelerinde benimsenmiştir¹²¹.

Benzer şekilde, Amerikan tipi güçlü form modeli de İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar bugünkü kadar etkin değildi. Ancak, 1950’li yıllardan itibaren ABD Yüksek Mahkemesi, bireysel hakları koruma yönündeki yetkisini kademeli olarak genişletmiş; 1960’ların sonlarına gelindiğinde, açıkça bu rolü benimsemiştir¹²². Böylece başlangıçta etkili olmayan bu model, savaş sonrası dönemde önemli bir konuma ulaşmıştır.

Özetle, İkinci Dünya Savaşı öncesinde politik anayasacılık (yasama üstünlüğü modeli) oldukça yaygındı. 1945 yılı itibarıyla yalnızca üç ülkede (ABD, Kanada ve Avustralya) anayasa uygunluğunun yargısal denetimi bulunmaktaydı¹²³. Ancak

119 Calabresi, S. G., Owens, J. M. ve Silverman, B. G. (Eds.). (2021). ss. 27–29.

120 Ginsburg, T. ve Versteeg, M. (2013). s. 7.

121 Roznai, Y. (2021). s. 358; Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, New York: Oxford University Press, s. 214.

122 Stone Sweet, A. ve Mathews, J. (2019). “Constitutional Dialogues”, içinde Stone Sweet, A. ve Mathews, J. (Eds.), *Proportionality Balancing and Constitutional Governance* (ss. 128–161). Oxford: Oxford University Press.

123 Bu döneme kadar, ABD ve yeni bağımsızlığını kazanmış bazı Latin Amerika ülkeleri dışında, temel hakların ihlalleri bağlamında ulusal mevzuatın anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip çok az sayıda mahkeme bulunmaktaydı. Mevcut olanlar ise genellikle üç kategori altında toplanıyordu: (a) yakın dönemde kurulmuş ya da kısa süreli olarak faaliyet göstermiş mahkemeler; (b) bu tür bir anayasal yetkinin meşruiyeti ve kapsamı üzerine yoğun tartışmaların yaşandığı sistemler;

savaş sonrasında yasal anayasacılık uzun bir dönem boyunca baskın hâle gelmiştir. 1945 ile 1970'lerin sonları arasında, hakların korunması konusunda dünya genelinde yasama üstünlüğünden yargı üstünlüğüne yönelik radikal bir geçiş süreci yaşanmıştır. Bu süreçte, anayasalarda yer alan katı ve üstün hak bildirgeleri ile bu hakların yargı yoluyla yürürlüğe konulması; buna karşılık yasama organlarının olağan çoğunlukla daha zayıf bir konuma itilmesi, savaş sonrası anayasacılığın temel özelliklerinden biri hâline gelmiştir¹²⁴.

Bu bağlamda, güçlü form modelinin uzun bir süre boyunca tartışmasız bir biçimde baskın olduğu söylenebilir. Ancak zamanla, bu modele yönelik eleştiriler artmış; mahkemelerin son söze sahip olmasının demokratik yönetimi olumsuz etkilediği, seçilmiş organların meşruiyetini zayıflattığı ve yargısal aktivizmi teşvik ettiği görüşü daha fazla dile getirilir olmuştur. Özellikle 1945 sonrası güçlü form modeli benimseyen ülkelerde bu tür eleştiriler yoğunluk kazanmıştır. Örneğin son otuz yılda Fransa, Almanya ve İtalya mahkemeleri, ABD Yüksek Mahkemesi'nin tüm tarihinde geçersiz kıldığından daha fazla sayıda yasayı iptal etmiştir. Bu durum, yargının siyasal süreç üzerindeki etkisine dair eleştirileri desteklemektedir¹²⁵. Öte yandan, Birleşik Krallık ve İngiliz Milletler Topluluğu'na bağlı bazı ülkeler, parlamenter üstünlüğü koruyan anayasacılık anlayışını sürdürmüş ancak bu durumun hakların korunmasında yetersiz kaldığı yönünde eleştirilere maruz kalmışlardır¹²⁶.

ve (c) mahkemelerin teorik olarak bu yetkiye sahip olduğu, ancak fiilen kullanmadığı sistemler. Calabresi, S. G. (2021). ss. 2, 24; Garbbaum, S. (2013). s. 3.

124 Weinrib, L. (2005). "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism", içinde Choudhry, S. (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press; Aktaran; Garbbaum, S. (2013). ss. 2-3.

125 Stone Sweet, A. (2003). "Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter", *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., s. 2780; Hiebert, J. L. (2006). s. 7.

126 Bunun en iyi örneklerinden biri Birleşik Krallık'ta kabul edilen İnsan Hakları Yasasıdır. Bu yasanın amacı, herkesin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri tanımlamak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakları İngiliz iç hukukuna dahil ederek bu haklara daha güçlü ve etkili bir koruma sağlamaktır. *Human Rights Act 1998*.

Bu gelişmeler ışığında, bazı ülkeler hem yasama üstünlüğüne hem de yargı üstünlüğüne tepki olarak zayıf form modelini benimsemeye yönelmişlerdir. Özellikle 1980'li yıllardan itibaren, İkinci Dünya Savaşı'nın getirdiği tarihsel travmanın etkisinin azalmasıyla birlikte, yargı üstünlüğüne dayalı anayasal denetim tek çözüm yolu olarak görülmemeye başlanmıştır.

Bu yeni modeli benimseyen ülkelerin önemli bir kısmı (Kanada, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ile Avustralya'nın Başkent Bölgesi ve Victoria Eyaleti) yasama üstünlüğü anlayışını savaş sonrasında da sürdüren ülkeler arasında yer almaktadır. Ayrıca bu ülkelerin çoğu İngiliz Milletler Topluluğu üyesidir. Bu devletlerde yasama üstünlüğü, faşist veya otoriter yönetimlere zemin hazırlamamış; aksine, Common Law sisteminin bir parçası olarak demokratik yönetimin ve hakların korunmasının temel taşı olarak kabul edilmiştir.

Ancak 1980'li yıllardan itibaren, bu ülkelerde de geleneksel yasama üstünlüğünün hakların korunması açısından yetersiz kaldığı kabul edilmiş ve bu eksiklikleri gidermek amacıyla yeni bir koruma mekanizması arayışına girilmiştir. Diğer ülkelerin aksine, bu ülkeler yargının üstünlüğüne dayalı klasik anayasacılık modelini benimsemek yerine, zayıf form modeli çerçevesinde bir çözüm geliştirmişlerdir. Bu doğrultuda, organlar arasında daha dengeli bir güç paylaşımı ve hakların korunmasına dair ortak bir sorumluluk tesis etmeyi hedeflemişlerdir. Böylece, tam anlamıyla anayasallaştırılmış bir haklar bildirgesi ile mutlak yasama üstünlüğü arasında üçüncü bir yol arayışına girilmiş, yeni bir anayasal paradigma ortaya konmuştur¹²⁷. Başka bir ifadeyle, bu ülkeler yasal ve politik anayasacılığı bir araya getirerek, daha esnek ve dengeleyici bir alternatif anayasacılık modeli geliştirmeye çalışmışlardır.

127 Gardbaum, S. (2013). s. 7.

SONUÇ

Bu makale, anayasa yargısı öğretisinde yaygın biçimde benimsenen iki temel modele (parlamento üstünlüğü ve yargı üstünlüğü modellerine) alternatif olarak zayıf form modelini ele almayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, ilk olarak anayasa yargısı kavramının zayıf form modelini de kapsayacak şekilde yeniden tanımlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira anayasa kavramının dar anlamda yorumlanması, mevcut modellerin ve hukuk sistemlerinin çeşitliliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu yeniden tanımlama sayesinde, zayıf form modelinin de anayasa yargısı modellerinden biri olarak kabul edilmesi ve belirli ülkelerde uygulandığı gerçeğinin altı çizilmiştir.

Makale, zayıf form modelinin hem ayırt edici özelliklerini hem de tarihsel gelişimini ele alarak, bu modelin kavramsal çerçevesini ortaya koymayı hedeflemiştir. Ayrıca modelin, mevcut anayasa yargısı yaklaşımlarından nasıl ve neden farklılaştığı da değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, zayıf form modelinin hakların korunmasına dair getirdiği yaklaşımın, güçlü form modelinden hangi yönleriyle ayrıldığı ortaya konmuştur. Özellikle, güçlü form modelinde hakların korunması sürecinin tek aşamalı ve yargı merkezli olduğu; buna karşılık zayıf form modelinde hakların korunmasının yasama, yürütme ve yargıyı kapsayan çok aşamalı bir denetim mekanizmasına dayandığı vurgulanmıştır.

Bunun yanında, zayıf form modelinin ortaya çıkışında etkili olan politik anayasacılık ile yasal anayasacılık arasındaki gerilim ve bu iki yaklaşımın birleşiminden doğan üçüncü bir anayasacılık anlayışı da teorik zeminde tartışılmıştır. Böylece, zayıf form modelinin yalnızca normatif değil, aynı zamanda pratik ve siyasal ihtiyaçlardan kaynaklanan bir çözüm arayışı olduğu; bu nedenle de belirli ülkelerde benimsenip uygulanmasının tarihsel ve yapısal nedenlere dayandığı ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 45–70.
- ANAYURT, Ömer (2023). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Ankara: Seçkin.
- BARBER, Nicholas W. (2011). “The Afterlife of Parliamentary Sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 9., ss. 144–166.
- BJORK, Charles. “Guides: Canadian Legal Research: Constitutional Law”, <https://guides.ll.georgetown.edu/CanadianLegalResearch/constitution>. (Erişim Tarihi: 29/12/2024)
- BRADLEY, Anthony (2011). “The Sovereignty of Parliament – Form or Substance”, içinde JOWELL, Jeffrey L. ve OLIVER, Dawn (Eds.), *The Changing Constitution* (7. bs.). Oxford – New York: Oxford University Press.
- CALABRESI, Steven G. (2021). *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, New York: Oxford University Press.
- CALABRESI, Steven G., OWENS, Jasmine M. ve SILVERMAN, Bradley G. (Eds.) (2021). *The History and Growth of Judicial Review v. 2*, New York: Oxford University Press.
- DE VISSER, Maartje (2014). *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing.
- DICEY, Albert V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Michener, Roger E. (Ed.), Indianapolis: Liberty Fund Inc.
- DIXON, Rosalind (2012). “Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 32., S. 3., ss. 487–510.
- DIXON, Rosalind (2019). “The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 17., S. 3., ss. 904–932.

- ELLIOTT, Mark ve THOMAS, Robert (2024). *Public Law* (5. bs.), Oxford: Oxford University Press.
- ERDOS, David (2010). *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, Oxford: Oxford University Press.
- EREN, Abdurrahman (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku* (4. bs.), Ankara: Seçkin.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2020). *Anayasa Yargısı* (4. bs., güncellenmiş), Ankara: Yetkin Yayınları.
- GARDBAUM, Stephen (2001). "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, C. 49., ss. 707–760.
- GARDBAUM, Stephen (2010). "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, C. 8., S. 2., ss. 167–206.
- GARDBAUM, Stephen (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GARDBAUM, Stephen (2018). "What Is Judicial Supremacy?", içinde JACOBSON, Gary ve SCHOR, Miguel (Eds.), *Comparative Constitutional Theory* (ss. 24–45), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- GARDBAUM, Stephen (2018). "What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts?", *Duke Journal of Comparative & International Law*, C. 29., ss. 39–40.
- GEIRINGER, Claudia (2017). "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, C. 15., S. 4., ss. 1249–1265.
- GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.

- GINSBURG, Tom ve VERSTEEG, Mila (2013). "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2013-29.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (2001). *The Sovereignty of Parliament*, Oxford: Oxford University Press.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (2003). "Homogenizing Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 23., S. 3., ss. 483–505.
- GÖRGEN, Nurullah (2024). "The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary", içinde REAYAT, Nauman, SMITH, Rhona K. M. ve CHO, Moohyung (Der.), *Judicial Independence in Transitional Democracies* (ss. 86–110), London: Routledge.
- GÖZLER, Kemal (2024). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Basım Yayın.
- GÜVEYİ, Ümit (2012). "Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16., S. 3., ss. 137–162.
- GRIMM, Dieter (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, New York: Oxford University Press.
- HARDING, Andrew (2017). *The Fundamentals of Constitutional Courts*, Stockholm: International IDEA, s. 1.
- HIEBERT, Janet L. (2006). "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?", *Modern Law Review*, C. 69., S. 1., ss. 7–28.
- HIEBERT, Janet L. (2005). "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review*, C. 82.
- HIRSCHL, Ran (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry*, C. 25., S. 1., ss. 91–149.

- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2024). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye* (5. bs.), Ankara: Platon Hukuk Yayınevi, ss. 15–77.
- KAHANA, Tsvi (2002). “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, *The University of Toronto Law Journal*, C. 52., S. 2., ss. 255–272.
- KAVANAGH, Aileen (2015). “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review’? The Case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 13., S. 4., ss. 1011–1039.
- KELSEN, Hans (1941). “The Pure Theory of Law And Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, S. 44.
- KELLY, J. B. ve HENNIGAR, M. A. (2012). “The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 10., S. 1., s. 36.
- KMIEC, Keenan D. (2004). “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, C. 92.
- LECKEY, Robert (2015). *Bills of Rights in the Common Law*, Sydney: Federation Press.
- ONAR, Erdal (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler*, Ankara: AÜHF Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2007). “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 257–268.
- ÖZBUDUN, Ergun (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- ÖZYURT, Barkın (2023). *Karşılaştırmalı Örnekler ve Türk Anayasa Hukuku Doktrininden Görüşler Işığında T.C. Anayasa Mahkemesi'nin Üye Kompozisyonu*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- PARİS, Marie-Luce (2016). "Setting the Scene: Elements of Constitutional Theory and Methodology of the Research", içinde BELL, John ve PARIS, Marie-Luce (Eds.), *Rights-Based Constitutional Review* (ss. 1–18), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- ROACH, Kent (2004). "Dialogic Judicial Review and Its Critics", *Supreme Court Law Review*, C. 23., ss. 49–78.
- ROZNAI, Yaniv (2021). "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review", *ICL Journal*, C. 14., S. 4., ss. 355–365.
- STEPHENSON, Scott (2016). *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*, Sydney: Federation Press.
- STONE SWEET, Alec (2003). "Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter", *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., ss. 2780–2817.
- STONE SWEET, Alec ve MATHEWS, Jud (2019). "Constitutional Dialogues", içinde STONE SWEET, Alec ve MATHEWS, Jud (Eds.), *Proportionality Balancing and Constitutional Governance* (ss. 128–161) Oxford: Oxford University Press.
- STONE SWEET, Alec (2020). *Constitutions, Rights, and Judicial Power*, içinde CARAMANI, Daniele (Ed.), *Comparative Politics* (ss. 159–176), Oxford: Oxford University Press.
- TEZCÜR, Güneş Murat (2009). "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case", *Law & Society Review*, C. 43., S. 2., ss. 305–336.
- TOMKINS, Adam (2005). *Our Republican Constitution*, Oxford: Hart Publishing.

- TOMLINSON, Douglas (2022). “Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review”, *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy*, C. 46., S. 1., ss. 1–28.
- TUNÇ, Hasan (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- TURHAN, Mehmet (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379–404.
- TUSHNET, Mark (2003). “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., ss. 2781–2793.
- TUSHNET, Mark V. (2003). “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, C. 38., s. 822.
- TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- WALDRON, Jeremy (2006). “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, C. 115., S. 6., s. 1354.
- WEINRIB, Lorraine (2005). “The Migration of Constitutional Ideas”, içinde CHOUDHRY, Sujit (Ed.), *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism* (ss. 84–110), Cambridge: Cambridge University Press.
- YOUNG, Alison L. (2009). *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford – Portland, OR: Hart Publishing.

Mevzuat

Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998)

Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982)

Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990)

Çevrim İçi Kaynaklar

Department Of Justice Government Of Canada. “The Canadian Constitution - About Canada’s System of Justice”, 7 Eylül 2016, <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/05.html>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament”, <https://bills.parliament.uk/bills/3227>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“The Constitution Acts 1867 to 1982”, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-13.html#h-59>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“Amending Formula”, <https://www.constitutionalstudies.ca/ccs-term/amending-formula/?print=print-search#:~:text=To%20change%20the%20Constitution>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“The Common Law and Civil Law Traditions”, <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>. (Erişim Tarihi: 28/12/2024)

“The Enduring Legacy of Marbury v. Madison (1803)”, <https://www.uscourts.gov/file/2675/download#:~:text=Marbury%20v>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)



HUKUK DEVLETİ VE İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI

Rule of Law and Withdrawal of Administrative Acts

Dr. Öğr. Üyesi Onur GÜRER*

ÖZET

İdare, kamu yararını gerçekleştirme amacıyla faaliyet yürüttüğü için kamu gücü kullanır ve bireylerden üstün kabul edilir. Ancak idare bu üstünlüğünü kötüye kullanmamalı ve hukuka uygun hareket etmelidir. Bunun sağlanabilmesi için bazı durumlarda hukuka aykırı işlemlerin kaldırılması veya geri alınması gerekebilir. Kaldırmanın etkisinin geleceğe yönelik olması nedeniyle bu konuda herhangi bir sorun çıkmamaktadır. Buna karşılık idarenin işlemlerini geri alması geçmişe etkili olduğundan, bireylere (çoğunlukla kamu personeline) yapılan çeşitli ödemeler, imar mevzuatına göre verilen izinler, öğrenim, meslek hayatı gibi konular bakımından önemli hukuki sorunlarla karşılaşlabilmektedir. Bu sorunların düğümlendiği yer işlemi geri alma süresidir. İşlemin geçmişe etkisinin bazı durumlarda yaratabileceği sakıncalı sonuçları önlemek için yüksek yargı organları, geri alma süresi konusunda dava açma süresi ve makul süre olmak üzere iki temel ölçüt geliştirmiştir. Açık hata, yokluk veya ilgilinin hilesi durumlarında ise işlemin her zaman geri alınabileceği kabul edilmektedir. Dava açma süresi konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak makul süre aralığının mahkemeler tarafından çok geniş takdir edilmesi benzer olaylarda çelişkili kararlar verilmesine yol açmaktadır. İlgilinin hilesi veya açık hata durumlarının belirlenmesi

* Piri Reis Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, ogurer@pirireis.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2714-5299

konusunda da benzer biçimde birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararları söz konusudur. Danıştayın konuya ilişkin vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararları da sorunu bütünüyle çözmemiştir. Danıştayın yanı sıra Anayasa Mahkemesi de idari işlemlerin geri alınması konusunda önemli bir denetim organıdır. Bireysel başvuru usulünde, geri almanın yol açtığı temel hak ve özgürlüklerin ihlali konusunda Yüksek Mahkemenin önemli kararlar verdiği söylenebilir. Buna rağmen birçok durumda ilgililerin hak kayıpları ancak uzun yıllar sonra giderilebilmektedir. Bu çalışmada idari işlemin geri alınması, hukuk devleti ilkesi bağlamında teorik boyutuyla ve yargı kararları çerçevesinde incelenmiş; idarenin yargısal denetiminin kapsamlı ve titiz biçimde yapılmasına, benzer konularda mahkemelerin yeknesak karar vermesine yönelik çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İdari işlemin geri alınması, hukuki güvenlik, kazanılmış haklar, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, idari işlemlerin yargısal denetimi.

ABSTRACT

The administration wields public power in the public interest. It is, therefore, considered superior to individuals. However, the administration should act in accordance with the law and avoid abusing its superiority. To this end, it may be necessary to withdraw or revoke unlawful acts in certain cases. Since the revocation has a prospective effect, there will be no legal issues in this regard. However, given that the withdrawal of administrative acts has a retroactive effect, legal issues may arise regarding payments made to individuals (mostly public employees), permits granted under planning legislation, education, professional life, etc. A critical issue concerns the time limit for withdrawal of an administrative act. Hence, to prevent adverse legal consequences due to the retroactive effect of withdrawal of an act, supreme judicial authorities have developed criteria regarding the time limit for withdrawal. The period for filing an action and reasonable time period are used as basic criteria. In cases of manifest error, non-existence or fraud, it is considered that the act can always be withdrawn. Whereas there is no debate regarding the period for filing an action before the administrative courts, the courts' very broad interpretation of the reasonable time period has led to conflicting decisions in similar cases. Decisions have also been inconsistent concerning the determination of fraud or manifest error. Decisions on the unification of conflicting judgments of the Council of State have not fully resolved the issue either. Along with the Council of State, the Constitutional Court is also an important supreme judicial authority on the withdrawal of administrative acts. Under the individual application procedure, the Court has taken several landmark decisions on the violation of fundamental rights and freedoms caused by withdrawal. However, in many cases, the rights of those concerned can only be restored after many years. This study examines the withdrawal of administrative acts in terms of the rule of law, both theoretically and within

the framework of judicial decisions. Based on this analysis, the article recommends a thorough judicial review of administrative acts and for courts to make consistent judicial decisions in similar cases.

Keywords: Withdrawal of administrative acts, legal security, acquired rights, restriction of fundamental rights and freedoms, judicial review of administrative acts.

GİRİŞ

İdare kamu hizmeti sunan ve kolluk faaliyeti¹ yürüten bir aygıttır. Bu faaliyetler idari eylemler ve işlemler aracılığıyla hayata geçirilir. Yasama ve yargı organlarından farklı olarak idare; faaliyetini kesintisiz sürdüren, personel sayısı bunlarla karşılaştırılamayacak kadar çok, hayatın neredeyse her alanına müdahale edebilen bir varlık olduğu için daha fazla hata yapma eğilimi taşımaktadır. Dolayısıyla bu hataların yarattığı olumsuz sonuçların giderilmesi gerekir. İdari eylemlerin doğurduğu zararların karşılanması tazminat yoluyla olur. Hatalı veya hukuka aykırı olan idari işlemler de tazminat sorumluluğuna yol açabilir. Ayrıca bu olumsuz sonuçların idari yoldan giderilmesi de söz konusu olabilir. Gerekli koşulların varlığı durumunda idari işlemler bizzat idare tarafından geri alınabilir, kaldırılabilir, değiştirilebilir veya mahkemeler tarafından iptal edilebilir. Mahkemeler ancak hukuka aykırılığın söz konusu olması durumunda idari işlemleri iptal edebilirken idare, hukuka aykırı veya yerinde bulmadığı işlemlerini geçmişe veya geleceğe etkili olacak biçimde ortadan kaldıracaktır.

İdarenin aldığı kararları ortadan kaldırmaya yönelik iradesinin en çok sorun yaratan konusu işlemin geri alınma sürecidir. İdarenin farklı uygulamalarının yanında yargı organlarının konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar sorunu daha da karmaşıklştırmıştır. Çalışmada bu sorun; hukuka uygunluk/aykırılık, kazanılmış hak / kazanılmış durum (müesses vaziyet) gibi kavramlarla bağlantılı bir biçimde, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve mahkeme içtihatları bağlamında değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin bir diğer önemli kavram ise hukuk devletidir. Hukuk devletiyle idari işlemlerin geri alın-

1 Kolluk faaliyetini kamu hizmetinin özel usullerle yürütülen bir türü olarak kabul etmek gerekir. Özay, İ. H. (1996). *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 475-476; Karahanoğulları, O. (2022). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 371; Ulusoy, A. D. (2019). *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 518.

ması arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Çünkü işlemin geri alınması; hukuka uygunluk, hukuki belirlilik, idari işlemlerin geriye yürümezliği ve idari istikrar ilkeleriyle doğrudan ilgilidir. Ayrıca idari işlemlerin geri alınması birtakım temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilebilmesine de yol açmaktadır. Ancak bugüne kadar idari işlemlerin geri alınması konusu bu bağlamda incelenmemiştir. Bu nedenle çalışmada, bahsettiğimiz kavramlarla bağlantılı bir biçimde, 1982 Anayasası'nın çeşitli maddelerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükleri de kapsayacak biçimde, idari işlemlerin geri alınmasının hukuk devleti ilkesi çerçevesinde incelenmesine odaklanılmıştır. Düzenleyici işlemlerin geri alınmasına uygulamada çok sık rastlanılmamakta, temel hak ve özgürlükler çoğunlukla subjektif (birel) işlemlerle sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda subjektif (birel) işlemlerin geri alınmasının koşulları ve yarattığı hukuki sonuçlar, bunların düzenleyici işlemlerle ilişkisi göz ardı edilmeden incelenmiştir.

I. İDARİ İŞLEMLERİN GERİ ALINMASI

A. TANIM VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

İdari işlemin geri alınması, işlemin yapıldığı andan itibaren hukuk dünyasından çıkarılmasıdır². Aynı hukuki sonucu doğurmaları nedeniyle işlemin geri alınması ile idare mahkemelerinin iptal kararı arasında benzerlik kurulmaktadır³. Nitekim bu anlamda idarenin işlemini geri alması, maddi ba-

-
- 2 Balta, T. B. (1968-1970). *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara: TODAİE Yayınları, s. 183; Tan, T. (1970). *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara: AÜSBF Yayınları, s. 5; Uler, Y. (1970). *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 7; Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 421; Günday, M. (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 170; Ulusoy, A. D. (2019). s. 423; Gözler, K. (2019). *İdare Hukuku C. I*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 1231; Bülbül, E. (2010). *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 19, Sancakdar, O. vd. (2021). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 385.
- 3 Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. I*, İstanbul: Hak Kitabevi, s. 581; Gözler, K. (2019). s. 1231. İdarenin işlemi geri alması için zaman zaman iptal kavramı da kullanılmaktadır. Günday, M. (2017). s. 170-171; Ulusoy, A. D. (2019) s. 424; Karahanoğulları, O. (2022). s. 133. Her iki işlemin de sonuçları benzerdir. Uler, Y. (1970). s. 7.

kımdan yargı işlevinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir⁴. Hâlbuki işlemin geri alınması konusunda idarenin takdir yetkisi bulunurken, mahkemenin hukuka aykırı işlemi iptal etmesi bir yükümlülüktür ve bu durum; kamu yararını gözetilerek idareyle idari yargının özünü oluşturan bireyleri koruma arasındaki hukuki işlev farklılığından kaynaklanmaktadır⁵. İtalyan Anayasa Mahkemesi de idari işlemin geri alınmasının maddi bakımdan yargısal nitelikte olmadığını ve takdir yetkisine dayandığını belirtmektedir⁶.

İdari işlemin geri alınması işlemin kaldırılması kavramıyla da karıştırılmakta⁷, hâkimler dahi zaman zaman bu iki terimi gelişigüzel kullanmaktadır⁸. Ne var ki bunlar arasında da bir takım farklar bulunmaktadır. Her şeyden önce geri almanın etkisi geçmişe etkiliyken, idari işlemin kaldırılması geleceğe yönelik etki doğurur⁹. Geri almanın ancak hukuka aykırı iş-

- 4 Benvenuti, F. (1990). "Autotutela (diritto amministrativo)", içinde *Scritti Giuridici Volume II*, Napoli: Jovene Editore, s. 1789.
- 5 Zanobini, G. (1955). *Ricorso Amministrativo e Annullamento di Ufficio*, içinde *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Milano: Giuffrè Editore, s. 480 vd.
- 6 Cort. Cos., Sent. 181/2017, 21/6/2017, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017 &numero=181> (Erişim Tarihi: 15/4/2025)
- 7 Güneş, T. (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: AÜSBF Yayınları, s. 170-171; Tan, T. (1970). s. 3-4. İlginçtir ki yazar, İtalya'da idari işlemin geri alınmasına ilişkin çalışmasında anlama göre değil *mot à mot* çeviri yaptığı için *revoca* için *geri alma*, *annullamento d'ufficio* için *kendiliğinden iptal* kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Tan, T. (1974). *İtalyan İdare Hukukunda İdari İşlemin Geri Alınması*, içinde *Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 541, 556. Yazarın hukuki etki bakımından işlemleri yanlış değerlendirmesi söz konusu değilse de ilki için kaldırmayı, ikincisi için geri almayı kullanması daha uygun olurdu.
- 8 Matarella, B. G. (2015). *Il Provvedimento*, içinde Sabino Cassese (Der.), *Istituzione di Diritto Amministrativo* (ss. 353-422), Milano: Giuffrè Editore, s. 422. Benzer görüş için bkz. Gündüz, F. E. (2010). *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 104.
- 9 Matarella, B. G. (2015). s. 421; Clarich, M. (2019). *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna: Società Editrice Il Mulino, s. 224; Monteduro, M. (2014). "Retroattività del Provvedimento Amministrativo e Principi Generali Dell'ordinamento", *Amministrazione in Cammino*, s. 13, https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/08/Monteduro_Retroatt_prov-amministr.pdf (Erişim Tarihi: 15/4/2025); Tan, T. (1970). s.

lemler için söz konusu olduğu, hukuka uygun işlemlerin ise kaldırılabilirliği belirtilmektedir¹⁰. Hukuka aykırı işlemlerin geri alınması hukuka uygunluğu sağlamaya yönelik olup¹¹, idare bakımından bir yükümlülük¹² olduğu kadar, hukuk devleti olmanın da bir gereğidir¹³. Ancak hukuka uygun idari işlemlerin de istisnai olarak geri alınabilmesi mümkündür. Nitekim doktrinde Fransız idare hukukundan ve yargı uygulamasından esinlenilerek, idari işlemlerin hak doğurup doğurmadıklarına göre bir ayırım yapılmakta ve buna göre hangi işlemlerin hangi koşullarda geri alınabileceği veya kaldırılabilirliği belirlenmektedir¹⁴. Bu kapsamda hukuka uygun hak yaratıcı olmayan işlemlerin geri alınabilmesinin ve kaldırılabilmesinin mümkün olduğu, hukuka uygun hak yaratıcı işlemlerin ise geri alınamayacağı¹⁵, ancak kanunda öngörülmesi durumunda kaldırılabilirliği savunulmaktadır¹⁶. Bize göre de idari işlemin geri alınması hukuka aykırı işlemler bakımından söz konusu olabilir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuka uygun idari işlemlerin istisnai durumlarda geri alınabilmesi mümkündür. Örneğin ilgilisi ve üçüncü kişiler için hak yaratmayan izin isteminin reddi kararı, memur

7; Gözler, K. (2019). s. 1231; Ulusoy, A. D. (2019). s. 423.

10 Güneş, T. (1965). s. 172; Bülbül, E. (2010). s. 14.

11 Tan, T. (1970). s. 14; Gözler (2019). s. 1232.

12 Karahanoğulları, O. (2022). s. 138; Akyılmaz, B., Sezginer M. ve Kaya, C. (2023). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 484.

13 Danıştay Birinci Dairesinin 30/5/2003 tarihli ve E.2003/71, K.2003/69 sayılı kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi*, C. 1., S. 2., s. 34.

14 Tan, T. (1970). s. 73 vd.

15 Balta, T. B. (1968-1970). s. 183.

16 Gözler, K. (2019). s. 1217; Bıyıklı, H. İ. (1973). "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", *Danıştay Dergisi*, C. 3., S. 11., s. 124; Oğurlu, Y. (2003). *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 182 vd.; Tan, T. (1970). s. 39-40. Yazar hukuka uygun hak doğuran işlemlerin geri alınmasının gerçekte kaldırma niteliğinde olduğunu, Alman hukukunda hukuka aykırı idari işlemin geri alınması konusunda ise hak yaratıcı etkinin dikkate alınmadığını, ancak hukuka aykırılığın mahkemeler tarafından çok dar yorumlandığını belirtmektedir. Eserin yayımlanmasından kısa bir süre sonra 1976 yılında Alman İdari Usul Kanunu yürürlüğe girmiş; Kanun, hak yaratan işlemlerin geri alınmasını ve kaldırılmasını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Hak yaratıcı olsun veya olmasın hukuka uygun işlemlerin geri alınamayacağına ilişkin görüş için bkz. Gündüz, F. E. (2010). s. 182.

alımı için yarışma sınavı yapılması kararı gibi işlemler yerinde gerekçesiyle geri alınabilir¹⁷. Benzer biçimde hak yaratan hukuka uygun subjektif (birel) işlemler ilgili kişinin (üçüncü kişilerin haklarına zarar vermemek koşuluyla) talebi üzerine veya kanunun öngördüğü durumlarda geri alınabilir¹⁸.

İdari işlemin geri alınmasının değiştirme, düzeltme, icazet, onay ve aksine (karşı) işlem ile ilişkisi üzerinde de durulmalıdır. İdari işlemin değiştirilmesi de kaldırma gibi geleceğe yönelik etki doğururken¹⁹ düzeltme işlemi hem geçmişe hem de geleceğe etkili olmaktadır²⁰. Düzeltme işleminin geleceğe yönelik etkisi başka bir işlemi sona erdirmeye niteliği bulunmasından kaynaklanır²¹. İcazet (*convalida*) ve onay (*ratifica*) işlemlerinin etkisi de geçmişe yönelik olmakla beraber geri almadan farklıdır²². Bunlar hâlihazırda yapılmış işlemlerin etkisini açıklayan veya koruyan olumlu işlemler olduğu için *retrospektif*, hukuki sonuçlarını doğurmuş işlemlerin başından itibaren hiç var olmaması sonucunu doğuran geri alma ise *retroaktif* nitelikte kabul edilmektedir²³. Son olarak mevzuatta düzenlenen özel usullerle hukuka uygun idari işlemleri geleceğe etkili olarak sonlandıran aksine (karşı) işlemin kaldırmanın bir türü olarak geleceğe yönelik etki doğurduğunu belirtelim²⁴.

17 Gözler, K. (2019). s. 1235-1236. Çeşitli taleplerin veya kararların reddi olarak kendisini gösteren negatif işlemlerin hak doğurmasının kabul edildiği istisnai durumlar için bkz. Tan, T. (1970). s. 79-81.

18 Gözler, K. (2019). s. 1236-1237.

19 Balta, T. B. (1968-1970). s. 183.

20 Duran, L. (1982). s. 421-422.

21 Erguvan, D. D. (2016). İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 227.

22 Corso, G. (1969). *L'efficacia del Provvedimento*, Milano: Giuffrè Editore, s. 400-404.

23 a.g.e. s. 405 vd.

24 Bülbül, E. (2010). s. 7. Disiplin cezasıyla meslekten/memuriyetten çıkarma aksine işlemin tipik örneği olarak gösterilmektedir. Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2018). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 490.

B. İDARİ İŞLEMLERİN GERİ ALINMASINDA SÜRE SORUNU

1. Geri Alma Süresine İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Türkiye’de idari işlemin geri alınması konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Üst makama başvuru” başlıklı 11. maddesi ve bazı kanunlarda idari işlemlerin ve yaptırımların geri alınmasına ilişkin hükümler dışında ayrıntılı bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman İdari Usul Kanunu’nun (Verwaltungsverfahrensgesetz) 48. ve 49. maddeleri, sırasıyla hukuka aykırı ve hukuka uygun idari işlemlerin kaldırılmasına ve geri alınmasına ilişkin oldukça ayrıntılı hükümler içermektedir. Bu işlemler doktrinde “hükümsüz kılma” başlığı altında incelenmektedir²⁵. Bunun işlemlerin hem geçmişe hem de geleceğe etkili olabilme niteliğinden ileri geldiği söylenebilir. Alman İdari Usul Kanunu’nun 48. maddesinin 2. fıkrasına göre, hukuka aykırı hak yaratan işlemler, ancak belli koşulların varlığı hâlinde geri alınabilir. Parasal veya aynı ödemeye ilişkin idari işlemler; hile, tehdit, rüşvet yoluyla veya yanlış-eksik bilgiye dayanılarak elde edilmemesi veya hukuka aykırılığın doğrudan veya ağır ihmal nedeniyle bilinmemesi kaydıyla geri alınamaz. Bu kapsamda olmayan fakat ilgisine mali külfet yükleyen hukuka aykırı idari işlemler geri alınabilir, ancak özel kişinin zararı, kamu yararı karşısında korunmaya değer olduğu oranda tazmin edilir²⁶. İlginin korunmaya değer menfaatinin kamu yararından *fazla* olması durumunda işlem geri alınamayacaktır. Bu ikisi arasındaki denge değerlendirilirken, işlemin yapılmasından itibaren geçen sürenin uzun olması veya kesin mal varlığı zararı durumu özel menfaat lehine değerlendirilecek

25 Yılmaz, D. (2011). “Alman İdari Usul Hukuku’nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15., S. 2., s. 257 vd. Kanunun 48. maddesinde *rücknahme* (withdrawal), 49. maddesinde ise *widerruf* (revocation) kavramları kullanılmaktadır.

26 https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestext/VwVfg_en.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Erişim Tarihi: 15/4/2025)

ve işlem geri alınamayacaktır²⁷. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre idare, hukuka aykırılığı öğrenmesinden itibaren bir yıl içerisinde işlemi geri alabilir. İdari yargının süreyi işlemin hükümsüz kılınması için gereken tüm koşulların öğrenilmesinden itibaren başlatmasının Alman doktrininde eleştirildiği belirtilmektedir²⁸. Hak yaratan hukuka uygun işlemler ise Kanun'un 49. maddesine göre ancak kaldırılabilir. Kaldırmaya kanunda izin verilmiş olması veya kaldırma yetkisinin idari işlemde bulunması gibi sebeplerle²⁹ işlem yine bir yıl içerisinde kaldırılabilir. Hukukumuz bakımından da makul sürenin her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği, ancak genel bir eğilim olarak bir yıllık sürenin *makul* kabul edildiği belirtilmektedir³⁰.

İtalya'da da geri alma süresine ilişkin birtakım kanuni düzenlemeler yapılmıştır. 7 Ağustos 1990 tarihli 241 sayılı İdari Usul Kanunu'nda³¹ değişiklik yapan 30 Aralık 2004 tarihli 311 sayılı Kanun'un 136. maddesiyle; idare için tasarruf sağlayan veya mali yüklerin azaltılması konusundaki idari işlemlerin geri alınabileceği, bunların sözleşmeden doğan bir zarara yol açması durumunda işlemin yapılmasından itibaren en fazla üç yıl içinde zarar görenlere maddi tazminat ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. 7 Ağustos 1990 tarihli 241 sayılı Kanun'un 21. maddesinde değişiklik yapan 11 Şubat 2005 tarihli 15 sayılı Kanun'a göre, ekonomik çıkar sağlayan bir işlem; kamu yararına dayanılarak ilgililerin çıkarlarını da gözetmek koşuluyla makul süre içinde işlemi yapan organ veya kanunlarda gösterilen başka bir organ tarafından geri alınabilecek-

27 https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetztestexte/VwVfg_en.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Erişim Tarihi: 15/4/2025)

28 Yılmaz, D. (2011). s. 262.

29 Kaldırma için gerekli diğer sebepler ve bunların geri alma sebepleriyle karşılaştırılması için bkz. Yılmaz, D. (2011). s. 265 vd.

30 Ulusoy, A. D. (2019). s. 425.

31 Kanunun orijinal hâli daha farklıdır: İdari Usul ve İdari Belgelere Erişim Hakkına İlişkin Yeni Kurallar (*Nuove Norme in Materia di Procedimento Amministrativo e di Diritto di Accesso ai Documenti Amministrativi*).

tir. Makul süre, 2015 ve 2021 yıllarında yapılan değişikliklerle önce on sekiz ay olarak, sonra on iki ay olarak belirlenmiştir³². 21. maddenin 9. fıkrasının 2. bendine göre, kamu yararının bulunması durumunda, geri alınabilir işlemin makul sürede üst makam tarafından onaylanması da mümkündür. İdari işlemlerin geri alınmasına ilişkin kanuni düzenleme yapılması, işlemin geri alınması konusunda idari yargının geçmişteki eğilimini önemli ölçüde etkilememiş, idarenin işlemi geri alma konusundaki takdir yetkisinin geniş olduğu düşüncesi sürdürülmüştür³³. İdare mahkemeleri hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasında güncel ve somut kamu yararının varlığını aramaya devam etmişlerdir³⁴. Ayrıca İtalyan Devlet Konseyi, Kanun hükümlerinin idari işlemin geri alınmasını zorunlu hâle getirmediği yönünde karar vermiştir³⁵. Ancak Kanun'un idari işlemin geri alınmasındaki esnek *makul süreyi* belirli bir zaman dilimine bağlayarak hukuki belirlilik ilkesini güçlendirdiği³⁶ ve bunu tükenmeyen bir yetki olmaktan çıkardığı doktrinde savunulmaktadır³⁷. Ayrıca hak düşürücü nitelikte olduğu kabul edilen bu sürede idarenin işlemini geri almaması durumunda, işlemin hukuka aykırılığının yeniden incelenerek geri alınması mümkün olmadığı belirtilmektedir³⁸. Düzenleme, Fransız Devlet Konseyinin 2001 tarihli *Ternon* kararında hukuka aykırı hak yaratıcı işlemler için belirlediği dört

32 https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/1990_0241.htm (Erişim Tarihi: 18/4/2025)

33 Allena, M. (2018). *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla Tutela*, Napoli: Editoriale Scientifica, s. 34-35.

34 Cons. Stato, Ad. Plen., 17 Ottobre 2017, n. 8.

35 Cons. Stato, Sez. V, 17 Aprile 2012, n. 2551.

36 di Modugno, N. (2024). "Annullamento d'ufficio, Affidamento e Termine di Dodici Mesi", *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, V. 21., F. 1., s. 288, 304.

37 Ramajoli, M. (2016). "L'annullamento d'ufficio alla Ricerca di un Punto d'equilibrio", *Rivista Giuridica di Urbanistica*, F. 32., No. 1-4., s. 104. Bu Almanya'daki düzenlemeye benzemektedir, ancak Almanya'dan farklı olarak İtalya'da ve Fransa'da geri alma süresi, öğrenme tarihi değil işlemin yapıldığı tarihinden itibaren başlamaktadır. di Modugno, N. (2024). s. 283-284.

38 a.g.e. s. 289, 290.

aylık geri alma süresinden uzun olmakla birlikte³⁹, İtalyan idare mahkemelerinin kimi durumlarda iki yıldan uzun süreyi makul bulduğu kararlarına göre kısadır⁴⁰. Ayrıca Kanun'un 21. maddesinin 9. fıkrasının 2. bendinin ikinci cümlesine göre; ilgilinin ciddi hatası, hilesi veya yanlış beyanı söz konusu olduğunda idari işlemlerin geri alınmasında on iki aylık süre uygulanmayacaktır⁴¹. Böylece ilgisinin iyi niyetli olmadığı idari işlemlerin her zaman geri alınabileceğine ilişkin Konsey kararlarının⁴² kanunlaştırıldığı söylenebilir⁴³.

İtalya'da imar hukukunda işlemlerin geri alınmasına ilişkin özel bir süre bulunmaktadır. 6 Haziran 2001 tarihli 380 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne göre⁴⁴, şehir planlama ve imar konularında şehircilik ilkelerine veya konuya ilişkin mevzuata aykırılık hâlinde idari işlemin on yıl içinde geri alınabilmesi mümkündür. Bu düzenleme 241 sayılı İdari Usul Kanunu'ndaki genel geri alma süresiyle çelişmektedir⁴⁵. Bu konuda sonraki kanun hükmünün öncekini kaldırması mı yoksa özel-genel kanun ilişkisinin mi bulunduğu tartışmalıdır. Ancak 7 Ağustos 2015 tarihli 124 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasıyla, yukarıda bahsettiğimiz 311 sayılı Maliye Kanunu'nun (*Legge Finanziaria*) 241 sayılı Kanun'daki idari iş-

39 a.g.e. s. 283.

40 Ramajoli, M. (2016). s. 105.

41 23 Ekim 2015 tarihli Fransız İdari Usul Kanununun (*Code des relations entre le public et l'administration*); 242. maddesinde hak yaratıcı bir işlemin geri alınması dört ayla sınırlandırılmış, 241. maddesinde de hileyle elde edilmiş bir işlem konusunda bu süre sınırının uygulanmayacağı düzenlenmiştir. di Modugno, N. (2024). s. 283. İtalyan Devlet Konseyinin sessiz kalmayı da yanlış beyan olarak kabul ettiği bir kararı bulunmaktadır. Cons. Stato, Sez. IV, 18 Luglio 2018, n. 4374.

42 Cons. Stato, Sez. IV, n. 942/1983; Cons. Stato, Sez. V, n. 1213/1999, n. 2544/2000, n. 2648/2000. Kararları aktaran di Modugno, N. (2024). s. 291.

43 a.g.e. s. 291-292.

44 İtalya'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini hazırlayan ve uygulayan Bakanlar Kuruludur. Bunlar bizim hukuk sistemimizdeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine değil kanun hükmünde kararnamelere karşılık gelmektedir.

45 Ramajoli, M. (2016). s. 111.

lemin geri alınmasına ilişkin yaptığı değişiklik kaldırılmıştır. Buna karşılık Kararname’de düzenlenen on yıllık geri alma süresinin açıkça kaldırılmaması nedeniyle, özel-genel kanun ilişkisinin var olduğu yorumunun doğru olduğu doktrinde savunulmaktadır⁴⁶.

İtalya’da merkezî idarenin yerel yönetimlerin işlemlerini istisnai olarak geri alması da mümkündür⁴⁷. 23 Ağustos 1988 tarihli 400 sayılı Yürütme Faaliyeti ve Başbakanlık Örgütünün Kuruluşu Hakkında Kanun’un (*Disciplina dell’attività di Governo e Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*) ve 18 Ağustos 2000 tarihli 267 sayılı Yerel Yönetimler Hakkında Kanun’un (*Testo Unico degli Enti Locali*) hükümlerine göre; Bakanlar Kurulu, düzenin (idarenin) bütünlüğünü sağlamak için içişleri bakanının önerisiyle, Devlet Konseyinin (*Consiglio di Stato*) görüşünü almak koşuluyla yerel yönetimlerin hukuka aykırı işlemlerini bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle her zaman olağanüstü olarak geri alabilir (*annullamento straordinario*)⁴⁸. İtalyan Devlet Konseyi, Bakanlar Kurulunun bu yöndeki birtakım taleplerine olumlu görüş vermiştir. Konsey; Cenova Belediyesinin yerel seçimlerde ve referandumlarda Avrupa Birliği vatandaşı olmayan belediye sakinlerine oy kullanma hakkı veren düzenleyici işleminin geri alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulunun talebine, konunun devletin yasama yetkisinin saklı alanında bulunması gerekçesiyle olumlu görüş vermiştir⁴⁹. Benzer biçimde Covid-19 pandemisi döneminde, Messina Belediye Başkanı’nın Messina Limanı’ndan Sicilya’ya girişlerde ilgililere en az kırk sekiz saat önceden kimlik bilgilerini, gidilecek yeri ve gerekçesini bildiren online form doldurma zorunluluğu getiren emrini geri almak için Bakanlar Kurulu, Devlet Konseyinin görüşüne başvurmuştur. Konsey, belediye başkanının temel hak ve özgürlükleri sınır-

46 a.g.e. s. 112.

47 Tan, T. (1974). s. 556.

48 di Modugno, N. (2024). s. 285-286.

49 Cons. St., Sez. I, 16 Marzo 2005, n. 9771.

landıran emrinin geri alınmasını ilgili kanun hükümlerine uygun bulmuş ve olumlu görüş vermiştir⁵⁰.

2. Yüksek Yargı Organlarının Konuya Yaklaşımı

XIX. yüzyılda Fransa'da idarenin hak yaratan işlemini geri alamayacağı kabul ediliyordu⁵¹. Ancak Fransız Devlet Konseyi (*Conseil d'État*), idarenin hak yaratan hukuka aykırı işlemini geri alabileceğini 1912 tarihli *Abbè Blanc* kararıyla kabul etmiş, bundan on yıl sonra verdiği 1922 tarihli *Dame Cachet* kararıyla hukuka aykırı hak yaratıcı işlemlerin geri alınmasının koşullarını belirlemiştir⁵². Konsey, hak yaratıcı birel işlemin geri alınabilmesi için işlemin hukuka aykırı olmasını ve işleme karşı dava açma süresinin (altmış gün) başlamamış veya geçirilmemiş olmasını, dava açılmışsa kararın kesinleşmemiş olmasını aramaktaydı⁵³. Altmış günlük geri alma süresinin her durumda kabul edilmesi karmaşık durumlar bakımından kısa bulunmaktadır⁵⁴. Konsey, 2001 tarihli *Ternon* kararında ise işlemin kabulünden itibaren dört ay içerisinde idarenin hak yaratıcı hukuka aykırı işlemini geri alabileceğini kabul etmiştir⁵⁵. Böylece dava açma süresiyle işlemi geri alma süresi arasındaki bağın koptuğu söylenebilir.

İtalyan Devlet Konseyi, İtalya'da idari yargı organlarının idari işlemlerin her zaman geri alınabileceği yönündeki erken dönem kararlarının zaman içinde evrimleştiğini, bu konuda mahkemeler tarafından makul sürenin aranmaya başlandığını vurgulamaktadır⁵⁶. Konsey, bu nedenle idarenin, kamu

50 Cons. St., Sez. I, 7 Aprile 2020, n. 735.

51 di Modugno, N. (2024). s. 282.

52 a.g.e. s. 282-283; Allena, M. (2018). s. 28; Gözler, K. (2019). s. 1239.

53 a.g.e. s. 1239.

54 Allena, M. (2018). s. 96. Benzer görüş için bkz. Karahanoğulları, O. (2022). s. 134.

55 Allena, M. (2018). s. 28; di Modugno, N. (2024). s. 283; Gözler, K. (2019). s. 1243-1244; Ramajoli, M. (2016). s. 105.

56 Makul süreyi, idarenin işlemi geri almasının geleneksel sınırı olarak tanıyan görüş için bkz. Ramajoli, M. (2016). s. 104.

yararı gerekçesiyle geri alınan hukuka aykırı işlemle ilgili diğer durumlar ve çıkarlar (subjektif haklar ve haklı beklentiler) arasında daha dikkatli değerlendirmeler yapmasının sağlandığını belirtmektedir⁵⁷.

Hukukumuzda Danıştay, idari işlemin geri alınma süresi konusunda kendisini kesin bir süre sınırıyla bağlı tutmamaktadır⁵⁸. Ancak Yüksek Mahkeme, derece yükselme (terfi) işlemleri ve uyarılama (intibak) işlemlerine dayanılarak yapılan hatalı ödemeler konusunda idari işlemlerin hangi süre içerisinde geri alınabileceğini belirlemiştir. Danıştay; kanunsuz yapılan bir yükselmenin memur lehine kazanılmış bir hak doğurmayacağını, ancak bu işlemin birçok etki ve sonuç doğurduğunu, idarece kanunsuz bir yükselme işleminin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin *istikrar ilkesiyle* bağdaştırılamayacağını, memurun kanuna uygun biçimde peş peşe yükselmesinin söz konusu olması durumunda idarenin işlemini geri almasının mümkün olmadığına ilişkin kararlar doğrultusunda farklı içtihatları birleştirmiştir⁵⁹. Danıştay peş peşe yükselmenin, altı yıllık süreye karşılık gelen en az iki derece yükselme olduğuna karar vermiştir⁶⁰. Bu içtihadın ve kararların sadece kanuna aykırı yükselmelere ilişkin olduğunu hatırlatmak gerekir. Yine Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu; hukuka aykırı yükselme (terfi) ve uyarılama (intibak) işlemlerine dayanılarak yapılan hatalı ödemelerin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanının veya hilesinin bulunmaması koşuluyla, dava açma süresi içerisinde geri alınabileceğine ilişkin kararlar doğrultusunda içtihatları birleştirmiştir:

57 Cons. Stato, Ad. Plen., Sentenza 17 Ottobre 2017, n. 8.

58 Tan, T. (1970). s. 121.

59 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 26/9/1952 tarihli ve E.1952/15, K.1952/244 sayılı kararı, LEGALBANK.

60 Danıştay Beşinci Dairesinin 24/9/2002 tarihli ve E.1999/1909, K.2002/3361 sayılı kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 196; Danıştay Beşinci Dairesinin 16/9/2005 tarihli ve E.2002/1094, K.2005/3654 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 36., S. 111., s. 177.

“(...) hukuka aykırı terfi veya intibak işlemine idare edilenin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa veyahut geri alman idarî tasarruf yok denilebilecek bir illele malûlse yahut bir terfi veya intibakta idare edilenin kolayca anlıyabileceği kadar açık bir hata mevcutsa ve idareyi haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye imkân yoktur. (...) Ancak, bunun dışında kalan hatalı ödemeler için memurun iyi niyeti istikrar ve kanuniyet kadar önemli bir kural olduğundan yukarıda yazılı istisnalar dışında kalan hatalı ödemeler 90 gün içinde istirdat edilebilir ve 90 günlük sürenin başlangıcı da hatalı ödemenin ilk yapıldığı tarihtir.

2- İdarenin, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceğine (...)

3- Yukarıda belirtilen istisnalar dışında kalan hatalı ödemelerin istirdadının, hatalı ödemenin ilk yapıldığı tarihten başlamak üzere 90 gün içinde kabil olduğuna ve 90 günlük süre geçtikten sonra istirdat edilemeyeceğine (...) karar verildi.⁶¹”

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu da başta yanlış uyarılama (intibak) işlemleri olmak üzere idarenin subjektif (birel) işlemlerinin ancak iptal davası açma süresi içerisinde, kanunlarda düzenlenmişse özel sürelerde ve dava açılmışsa dava sonuna kadar geri alınabileceğine ilişkin kararlar doğrultusunda içtihatları birleştirmiştir:

“1- Yokluk ve mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla, idarenin yanlış şart-tasarrufunun (özellikle yanlış intibak işlemi), ancak iptal davası süresi veya kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri alabileceğine,

61 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 21-22/12/1973 tarihli ve E.1968/8, K.1973/14 sayılı kararı, Resmî Gazete, S. 14915.

2- Bu süreler geçtikten sonra yanlış (tasarrufun geriye yürür şekilde geri alınamayacağına,

3- Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere, hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerektiğine,

4- Bu nedenle yanlış işlemin (İntibakın) bu süreler geçtikten sonra geri alınması durumunda geri alma gününe kadar ödenmiş bulunan fazla paraların (aylıkların) hukuken geçerli bir nedenle ödenmiş bulunduğu kabulü gerekmesi karşısında artık sebepsiz zenginleşme söz konusu olamayacağından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenemeyeceğine ve içtihatların bu yolda birleştirilmesine ilk toplan-tı günü olan 27/1/1973 tarihinde üçte ikiyi aşan çoğunlukla karar verildi.⁶²

Görüldüğü üzere Yargıtay kararında bütün subjektif (birel) işlemlere ilişkin geri alma süreleri belirlenmiştir. Buna karşılık Danıştay, yalnızca kanuna aykırı yükselme ve ödemeler konusunda geri alma süresine ilişkin içtihadı birleştirme kararı vermiştir. Ayrıca Danıştay, Yargıtaydan farklı olarak, açık hatanın⁶³ söz konusu olması durumunda da idari işlemin her zaman geri alınabileceğine karar vermiştir. İdari işlemlerin geri alınmasında dava açma süresiyle makul süre arasında bir denge kurulması gerektiğini düşünüyoruz. İlginin hilesinin, yanlış beyanının veya idarenin açık hatasının bulunmadığı durumlarda, idarenin hukuka aykırı olarak yaptığı her türlü hatalı ödemenin dava açma süresinde veya dava açılmışsa karar kesinleşene kadar geri alınabilmesinin, bunun dışında kalan durumlarda geri almada makul sürenin her bir olayda

62 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 27/1/1973 tarihli ve E.1972/6, K.1973/2 sayılı kararı, Resmî Gazete, S. 14497.

63 Açık hata nedeniyle idari işlemlerin geri alınması hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Altındağ, H. (2016). "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20., S. 4., s. 81-97.

görevli mahkemeler tarafından belirlenmesinin yerinde olduğunu düşünüyoruz⁶⁴. Yalnız makul süre aralığının çok geniş takdir edilip, benzer işlemler için çelişkili kararlar verilmemesi gerektiğini de belirtmek isteriz.

3. Her Zaman Geri Alınabilen İdari İşlemler

Yukarıda idari işlemlerin Türkiye, Almanya, Fransa ve İtalya gibi kıta Avrupası ülkelerinde hangi koşullarda ve sürelerde geri alınabileceğini inceledik. Bunların dışında, geri alınması herhangi bir süreyle sınırlı olmayan birtakım idari işlem-

64 Benzer görüş için bkz. Karahanoğulları, O. (2022). s. 134-137; Ulusoy, A. D. (2019). s. 425; Erguvan, D. D. (2016). s. 329. Hukuka aykırı idari işlemlerin ancak dava açma süresinde geri alınabileceğine ilişkin görüş için bkz. Onar, S. S. (1966). s. 561 vd.; Balta, T. B. (1968-1970). s. 173; Gündüz, F. E. (2010). s. 140; Akyılmaz, B., Sezginer M. ve Kaya, C. (2023). s. 504; Gözler, K. (2019). s. 1238. Yazar, Fransız Devlet Konseyi kararlarına ve Fransız doktrinine dayanarak maaş ödemesi, lojman tazminatı gibi parasal işlemlerin hak yaratıcı değil tespit edici nitelikte olduğunu; çünkü bu durumda kanunların öngördüğü koşulların gerçekleştiğini, bu konuda kişiye hak etmediği bir ödeme yapılması işleminin her zaman geri alınabileceğini veya kaldırılabilceğini savunmaktadır. Bu tür ödemelerin yapılmasında veya miktarının belirlenmesinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlar ise yazar tarafından hak yaratıcı olarak kabul edilmektedir. Gözler, K. (2019). s. 1238, 1248. Anayasa Mahkemesi iptal edilen bir kanuna dayanılarak kazanılmış haktan bahsedilmesinin mümkün olmadığını, ancak maaş ödemelerinin kazanılmış hak yarattığını belirtmektedir: “Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarufa göre oluşan statüde yerini alır. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur.” AYM, E.1989/11, K.1989/48, 22/1/1990, Resmî Gazete, S. 20410. Hukuka aykırı da olsa kişinin hilesinin, yanlış beyanının veya açık hatanın bulunmaması durumlarında bu işlemler ancak kaldırılabilir veya dava açma süresinde veya dava sürerken geri alınabilir. Çünkü hukuka aykırı olarak elde edilen statü makul sürede geri alınabilirken statü içindeyken elde edilmiş mali haklar korunur ve geri alınamaz. Karahanoğulları, O. (2022). s. 137. Hukuka aykırı bir sübvansiyon tedbiri sayesinde uzun süreli kamu fonlarından yararlanılması durumunda idarenin işlemi geri alması mümkün, fakat ödemeleri geçmişe yönelik tahsil etmesi mümkün olmayacaktır. Monteduro, M. (2014). s. 30. Hukuka aykırı birtakım işlemlerin hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri gereği birel ve özgül sonuçları korunur. Duran, L. (1982). s. 422. Hak yaratan işlemlere (kazanılmış haklara) geçmişe ve geleceğe dönük olarak dokunulamazken, kişisel kazanımların korunması kaldırma gibi geleceğe etkilidir. Gündüz, F. E. (2010). s. 217.

ler de bulunmaktadır. Örneğin ilgisine yükümlülük getiren hukuka aykırı işlemler her zaman geri alınabilir⁶⁵. Zira idari istikrarın sağlanması bakımından bu işlemlerin uygulanmasında haklı bir yön bulunmamaktadır⁶⁶. Yokluk, ilgilinin hilesi veya yanlış beyanı ve idarenin açık hatası durumlarında da idari işlemler her zaman geri alınabilir. Bu konuda mahkeme içtihatlarına ve birtakım kanuni düzenlemelere yukarıda değinmiştik. Şimdi bunları biraz daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

a. Yokluk ve Yok Hükmünde Sayılma Hâli

İdare hukuku doktrinimizde yokluk kavramı, Fransız doktrinine ve yargı kararlarına dayanılarak maddi yokluk ve yok hükmünde sayılan işlemler olarak ikiye ayrılmıştır. Yoklukta ortada herhangi bir işlemin bulunmaması, yok hükmünde sayılması gereken işlemlerde ise ağır ve bariz hukuka aykırılık söz konusudur⁶⁷. Yoklukla sakat veya yok hükmünde sayılan işlemler; işlev gaspı, yetki gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü gibi işlemlerdir⁶⁸. İşlev gaspı, idarenin yasama veya yargı güçlerinden birinin görev alanında bulunan bir konuda karar almasıdır. Örneğin işleri bakanının bir siyasi partinin kapatılmasına karar vermesi Anayasa Mahkemesinin (yargı) işlevinin gasp edildiği anlamına gelir. Yetki gaspı, idare adına irade açıklama yetkisi bulunmayan bir kişinin veya organın işlem yapmasıdır. Araştırma görevlisinin rektör yerine bir öğretim üyesi tarafından atanması yetki gaspına örnek olarak verilebilir. Ağır ve bariz yetki tecavüzü ise idare adına irade açıklama yetkisi bulunan makamın, kendi görev alanının dışında, başka bir idarenin görev alanına giren bir konuda irade açıklamasında bulunmasıdır. Memurun başka bir bakanlık ta-

65 Onar, S. S. (1966). s. 551; Karahanoğulları, O. (2022). s. 134.

66 Gündüz, F. E. (2010). s. 163.

67 Erku, C. (1988). "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9., S. 1-3., s. 72 vd.; Gözler, K. (2019). s. 1124 vd.

68 Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2018). s. 522 vd.; Karahanoğulları, O. (2022). s. 87 vd.; Gözler, K. (2019). s. 1126 vd.; Ulusoy, A. D. (2019). s. 387 vd.; Ak-yılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 416-422; Günday, M. (2017). s. 142-143.

rafından emekliye sevk edilmesi ağır ve bariz bir yetki tecavüzüdür⁶⁹. Bunun gibi, kurul hâlinde alınması gereken kararların; toplantı ve karar yeter sayısına uyulmadan alınması veya elden imza toplanarak alınması⁷⁰; görev süresinin bitmesinden sonra rektörün veya onun adına rektör yardımcısının üniversite senatolarını toplayıp aldığı kararların⁷¹ yetki unsuru bakımından yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Benzer biçimde idari işlemin imzalanmaması, yazılı olarak yapılması zorunlu olan bir işlemin sözlü yapılması⁷² durumlarında ise işlemin şekil unsuru bakımından yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir⁷³. Yayımlanması zorunlu bir işlemin yayımlanmaması (bir yönetmeliğin Resmî Gazete’de yayımlanmaması gibi) durumunda idari yargı organı geçersizlik veya yokluk saptaması yapacaktır⁷⁴. Nitekim Danıştay bu konuda işlemin; yok hükmünde olduğuna⁷⁵, yürürlüğe girmediğine⁷⁶ veya hukuka aykırı olduğuna⁷⁷ karar verebilmektedir.

69 a.g.e. s. 143.

70 Danıştay, elden imza alınarak kurul kararı alınmasını, kurula ait bir yetkinin kullanılması için gereken usule uyulmadığı gerekçesiyle yok hükmünde saymıştır. Danıştay Beşinci Dairesinin 1/4/1970 tarihli ve E.1969/4127, K.1970/1162 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 206.

71 Danıştay Sekizinci Dairesinin 14/11/2001 tarihli ve E.2001/2054, K.2001/5012 sayılı kararı; 7/7/2006 tarihli ve E.2006/970, K.2006/2893 sayılı kararı, LEGALBANK.

72 Danıştay sözlü emirle verilen yıkım kararlarında idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir işlemlerin söz konusu olmadığına karar vermektedir. Danıştay Altıncı Dairesinin 3/6/2009 tarihli ve E.2007/526, K.2009/6691 sayılı kararı; Danıştay On Dördüncü Dairesinin 29/4/2015 tarihli ve E.2013/5788, K.2015/3404 sayılı kararı, LEXPERA.

73 Günday, M. (2017). s. 167.

74 Karahanoğulları, O. (2022). s. 96. Yokluğun ancak işlemin yetki unsurunda (işlev gaspı, yetki gaspı) ve konu unsurunda bulunabileceğine ilişkin görüş için bkz. Erku, C. (1988). s. 75-76

75 Danıştay Beşinci Dairesinin 13/6/1988 tarihli ve E.1986/1673, K.1988/1868 sayılı kararı, 13/4/1989 tarihli ve E.1987/1931, K.1989/640 sayılı kararı, LEGALBANK.

76 Danıştay Onuncu Dairesinin 3/5/1988 tarihli ve E.1987/2441, K.1988/787 sayılı kararı; 4/5/1988 tarihli ve E.1986/1113, K.1988/806 sayılı kararı, LEGALBANK.

77 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 6/3/1992 tarihli ve E.1991/21, K.1992/57 sayılı kararı, LEGALBANK.

Yokluk kurumunun tek işlevi, dava açma süresinin kaçırılmasının veya yargı yolunun kapalı olduğu işlemlerin söz konusu olması durumlarında yargı denetiminin önündeki engelleri kaldırmak olarak tanımlanmıştır⁷⁸. Bu tespit doğru olmakla beraber eksiktir. Yoklukla sakat işlemler, süre sınırı olmaksızın iptal davasına konu olabilmenin yanında idare tarafından her zaman geri alınabilirler⁷⁹. Dolayısıyla yokluğun bir diğer işlevi, idarenin süre sınırına tabi olmaksızın işlemini geri alabilmesidir. Üstelik işlemin geri alınmasının çoğu zaman iptal kararından çok daha hızlı ve *sancısız* olduğu da açıktır.

b. Hile

Hile, *olumlu* hareketlerle ilgilinin idareyi gerçek olmayan beyan ve bilgilerle aldatması veya *olumsuz* hareketlerle gerçeği gizlemek için susması durumunda söz konusu olur⁸⁰. İlgilinin hilesi hâlinde hak yaratıcı işlem (kazanılmış hak) söz konusu olmaz ve hileyle elde edilen idari işlemlerin her zaman geri alınabilmesi mümkündür⁸¹. Bu durumda idarenin herhangi bir irade sakatlığı söz konusu değildir, işlemi hukuka aykırı hâle getiren, yönetilenlerin yanıltıcı iradeleridir⁸². İlgilinin hilesinin bulunmaması durumunda, işlemin hiç yapılmaması veya farklı koşullarla yapılması söz konusuysa işlem her zaman geri alınabilmeli, hile bulunmasına rağmen işlem aynı biçimde yapılacak idiyse, işlemin her zaman geri alınamaması gerekir⁸³.

Danıştay ve 2017 Anayasa değişikliğiyle kaldırılana kadar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), istikrarlı bir biçim-

78 Karahanoğulları, O. (2022). s. 88.

79 Duran, L. (1982). s. 425; Günday, M. (2017). s. 166; Tan, T. (1970). s. 74-75.

80 a.g.e. s. 77.

81 a.g.e. s. 75 vd.; Duran, L. (1964). *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 405.

82 Erkut, C. (1988). s. 79.

83 Gündüz, F. E. (2010). s. 149-150.

de ilgilinin hilesinin bulunması durumunda idari işlemin süre sınırı olmaksızın geri alınabileceğine karar vermektedir. İlgilisinin, koşullarını taşımadığı hâlde yanıltıcı birtakım belgeler kullanarak dövizle askerlik kapsamına alındığı işlemin on yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen idare tarafından geri alınması, AYİM tarafından hukuka uygun bulunmuştur⁸⁴. Benzer bir olayda Yüksek Mahkeme, ilgilinin yanlış beyanı veya yanıltıcı belge kullanması söz konusu olmamasına rağmen işlemin sekiz yıl sonra geri alınmasını hukuka uygun bulmuştur⁸⁵.

Danıştay, hilenin oluşup oluşmadığını her olayda ayrı ola-

84 AYİM İkinci Dairesinin 5/4/1995 tarihli ve E.1993/1050, K.1995/254 sayılı kararı, AYİMKD, S. 10., s. 579 vd.

85 AYİM İkinci Dairesinin 13/1/1999 tarihli ve E.1998/314, K.1999/8 sayılı kararı, LEGALBANK. İlgilisinin hilesinin ve açık hatanın bulunmaması nedeniyle dövizle askerlik kapsamına alma işleminin ancak askerlik süresince geri alınabileceğinden hareketle karara karşı oy yazılmıştır: “*Davacı 3031 Sayılı Kanunda, yabancı ülkede “bulunan sözcüğünün yer aldığını, fiilen bulunma şartının olmadığını, “fiilen” sözcüğünün Kanuna 01.06.1992 gün ve 3802 Sayılı yasa ile ilave edildiğini, oturma veya çalışma izin belgesinin yeterli olduğunu vurgulamaktadır, davacının 3031 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu tarihte Kanun metnini bu şekilde yorumlaması kendisi açısından doğal olup, bu yorum şekli ile yasadan yararlanmak için Amman Büyükelçiliğine başvurduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Kanunkoyucu 1992 yılında 3802 sayılı kanun metnine “fiilen” sözcüğünü ilave ederek malumu ilan etmiş ve davacı gibi yasayı yorumlayanların tereddütlerini ortadan kaldırmıştır.*

(...) idare işlemini ancak yükümlülüğün tamamlanmasına kadar geri alınabileceği halde davacının yükümlülüğünü tamamladığı tarihe kadar Kanun kapsamından çıkarılmadığı, idari işlemin yokluk ve açık hatalı işlem niteliğinde olmadığı, esasen davalı idarenin böyle bir savunmasının da bulunmadığı, davacının yurtdışında yeterli süre kalıp kalmadığının idarece davacının ibraz ettiği ve kendisine temel eğitimini müteakip onaylanarak iade ettiği pasaportundan her zaman inceleme imkanına sahip olduğu, zamanında yeterli incelemeyi yapmayan veya Kanunu davacı gibi yorumlayan idareyi, davacının yanıltığının söylenemeyeceği bu nedenle davacının dövizle askerlik hizmetinden yararlandırılıp kesin terhis işlemi yapıldıktan (8) yıl sonra idareyi yanılttığından bahisle işlemini geri alarak dövizle askerlik hizmeti kapsamından çıkarılması o tarihte yürürlükte olan mevzuata, idarenin istikrarı, idari işlemlerin geriye yürümemesi, kazanılmış haklara saygı, idari işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı gibi genel hukuk prensiplerine aykırı olduğu sonucuna ulaştığından, idarenin geri alma işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken davanın reddine ilişkin çoğunluk kararına katılmadım.”

rak incelemektedir. Örneğin annesi ve babası fiilen ayrı yaşayan, fakat resmî olarak evli memurun bakmakla yükümlü olduğu kimse sıfatıyla annesine sağlık karnesi çıkarması sonrasında tedavi masraflarının geri alınması işlemini denetlerken Danıştay; kötü niyet, hile veya yanıltmanın söz konusu olmadığına karar vermiştir⁸⁶. Kendileri yerine başkalarını üniversite yerleştirme sınavına sokarak çeşitli tıp fakültelerine kayıt yaptıran kişilerin hilesi çeşitli ihbarlar sonucunda idare tarafından öğrenilmiştir. Öğrencilerin bir bölümü hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca üniversiteden çıkarma kararı verilmiş, diğerlerinin kayıt işlemi geri alınmış ve üniversiteyle ilişkileri kesilmiştir. Danıştay Sekizinci Dairesinin bazı kararlarında ilgililerin hileli eylemleri nedeniyle öğrencilik sıfatını hiç kazanmadıkları, işlemin geri alınması gerektiği, öğrenci statüsünde bulunmayanlara disiplin hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiş fakat sonucunun geri almayla aynı olması gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin davaların reddi kararları onanmıştır. 1985 yılında Yükseköğretim Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden sonra aynı daire diğer kararlarında; her ne kadar öğrencilerin eylemlerinin yönetmeliğin yürürlüğünden önce gerçekleşmiş olsa da yönetmelikte iki yıl içinde soruşturma açılmaması durumunda zaman aşımının söz konusu olacağını belirtmiş, somut olaylarda bu sürenin geçmesi gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin iptal kararlarını onanmıştır. Daire, ilgililerin hilesine rağmen mezun olmaları veya diplomalarına dayanarak memurluğa girmelerinden doğan haklarının geri alınmasının hukuki istikrara aykırı olacağını eklemiştir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, ilgililerin öğrencilik sıfatını kazanmamaları nedeniyle işlemin ancak geri alınabilmesinin mümkün olduğu, ilgililer hakkında disiplin yoluyla yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezasının uygulanamayacağı doğrultusunda içtihatları birleştirmiştir. Kurul disiplin yoluyla çıkarmanın,

86 Danıştay Beşinci Dairesinin 25/6/1997 tarihli ve E.1996/3069, K.1997/1482 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 28., S. 95., s. 316.

bir daha başka bir yükseköğretim kurumuna girememe sonucunu doğurduğu için geri almaya göre daha ağır olduğunu belirtmiş, ilgilinin hilesine dayanılarak yapılan kayıt işleminin öğrenim süresi içerisinde geri alınmasını⁸⁷ idari istikrar ilkesine aykırı bulmamıştır. Danıştayın, önüne gelen sözü edilen somut uyuşmazlıklarda ilgililerin öğrenciyken kayıtlarının silinmesi nedeniyle *öğrenim süresi içinde geri alma* vurgusu yaptığını düşünüyoruz. Kararda ilgilinin hilesi nedeniyle yapılan işlemlerin süre sınırı olmaksızın geri alınabileceği belirtilmiştir. Yüksek Mahkemenin kararını hem hile konusundaki yaklaşım hem de daha ağır bir sonuca yol açacak, ilgililerin öğrenim hakkını sınırlandırmanın da ötesinde imkânsızlaştıracak bir işlemi hukuka aykırı bulması nedeniyle yerinde buluyoruz. Danıştay Sekizinci Dairesi bu kararı bize göre yanlış bir biçimde dar yorumlayarak ve hileyle yükseköğretim kurumuna giren öğrencinin kaydının ancak öğrenim süresi içinde geri alınabileceğine karar vermektedir⁸⁸. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da yakın sayılabilecek tarihli bir kararında aynı yorumu yaparak hileyle yükseköğretim kurumuna kayıt yaptırmış öğrencinin mezun olmasından sonra işlemin geri alınmasını hukuka aykırı bulmuştur:

“Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun, 19/03/1988 günlü, 19759 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 06/07/1987 günlü, E:1987/1, 2, 4; K:1987/2 sayılı kararında; yerli ve yabancı doktrin ve içtihatlarda kabul edildiği üzere, yanlış idari işlemlerden dolayı kişi yararına hak veya korunması gereken yerleşmiş bir durum doğmuş ise, idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içinde geri alınabileceği, bu sürenin geçmiş olması halinde idare için de işlemin kesinleşmiş olacağı, an-

87 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 6/7/1987 tarihli ve E.1987/1,2,4, K.1987/2, sayılı kararı, Resmî Gazete, S. 19759. Kararın karşı oyunda “öğrenim süresi içinde” geri alma ifadesinin yanlış anlaşılmalara yol açabileceği, bu işlemlerin her zaman geri alınabileceği yönünde hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

88 Danıştay Sekizinci Dairesinin 13/12/2001 tarihli ve E.2000/892, K.2001/5894 sayılı kararı; 1/12/2006 tarihli ve E.2005/4157, K.2006/4764 sayılı kararı, LE-GALBANK.

cak bu kuralın, iyi niyetli kişiler için geçerli olup, yokluk ve mutlak butlan halleri ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu hallerde, idarenin yanlış işlemini böyle bir süre şartına bağlı kalmaksızın geriye doğru yürür şekilde geri alabileceği, nitekim, uyuşmazlıkta, Üniversitelerarası Yerleştirme Sınavına kendi yerlerine başkalarını sokarak veya sahte belge düzenleyerek yükseköğretim kurumlarına kayıt yaptırmış ve ara sınıflarda okumakta olan davacıların, hile ile veya idareyi yanıltarak hatalı ve hukuka aykırı idari işlem (fakülteye kayıt) tesisine neden olmaları nedeniyle ortaya çıkan fiili durumun kendileri için kazanılmış hak teşkil etmediği gibi, bu durumun idarece farkına varılması üzerine, sakat idari işlemlerin geri alınması yoluyla, öğrenim süresi içinde yükseköğrenim kurumlarından kayıtlarının silinebileceği belirtilmiştir. Söz konusu kararda, ilgililerin “hile” ile tesis ettirdikleri, yükseköğretim kurumuna kayıt yolundaki idari işlemlerin dahi “öğrenim süresi içinde” geri alınabileceğinin ifade edilmiş olması, olayda ise, yükseköğretim kurumundan kaydı silinen davacının aftan yararlanma başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki “yargı kararı üzerine” öğrenimine devam etmesi sonucunda “mezun durumda bulunması” karşısında, davacının yargı kararına dayanılarak sağladığı bu başarının kendisi için kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerektiği ve mezuniyet belgesinin iptalinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁸⁹”

Buna karşılık Danıştay, 1976 yılında yapılan üniversite sınavında herhangi bir lisans programına kayıt hakkı kazanmamasına rağmen hukuk fakültesine kayıt yaptıran, çeşitli aflardan yararlanarak 2003 yılında mezun olduktan sonra 2006 yılında stajını tamamlayıp avukatlık ruhsatnamesi alan kişinin 2010 yılında diplomasının iptali üzerine, ruhsatnamenin baro tarafından geri alınmasını hukuka uygun bulan bölge idare

⁸⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 17/2/2016 tarihli ve E.2014/397, K.2016/298 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S. 142., s. 103-104.

mahkemesi kararını onamıştır⁹⁰. Biz de ilgisinin hilesinin bulunması durumunda, kazanılmış hakkın söz konusu olamayacağını ve idari istikrar ilkesine dayanılarak bunun korunamayacağını düşünüyoruz. Bu bağlamda idare edilenin hileli davranışına dayanılarak yapılan kayıt, sadece öğrenim süresi içinde değil her zaman geri alınabilmelidir.

c. Açık Hata

Açık hatada işlem den yararlananın hukuka aykırılığı bilmemesi gerekir⁹¹. Başka bir ifadeyle açık hata, idare edilenler tarafından kolayca anlaşılabilecek⁹², derhâl fark edilebilen belirgin bir hatadır⁹³. İlgilinin bildiği hâlde sustuğu durum ise açık hata olarak değerlendirilebileceği⁹⁴ gibi yanlış beyanda bulunma veya hile olarak⁹⁵ da değerlendirilebilir. Açık hata; takdir yetkisinin kullanımında söz konusu olabilen, bariz değerlendirme veya seçim hatası olabileceği gibi kanuni bir düzenlemenin idare tarafından yanlış anlaşarak uygulanması şeklinde de olabilir⁹⁶. Açık hata, Danıştayın yukarıda değindiğimiz 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında, idare edilenin kolayca anlayabileceği bir hata olarak tanımlanmıştır. Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında açık hatayı; *“(...) mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmâl içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu*

90 Danıştay Sekizinci Dairesinin 10/2/2022 tarihli ve E.2019/3633, K.2022/730 sayılı kararı, LEXPERA.

91 Yıldırım, T. vd. (2018). *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 388. İlgililerin bilemeyeceği durumlarda dahi idari işlemlerin, açık hata gerekçesiyle süre sınırlaması olmaksızın, geri alınmasını hukuka uygun bulan mahkeme kararları hakkaniyete aykırı bulunarak eleştirilmektedir. Yıldırım, T. vd. (2018). s. 356-357.

92 Günday, M. (2017). s. 180.

93 Erku, C. (1988). s. 78.

94 Erguvan, D. D. (2016). s. 319.

95 Tan, T. (1970). s. 77.

96 Erku, C. (1988). s. 77.

*durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış” nitelikte bir hata olarak daha ayrıntılı olarak tanımlamıştır*⁹⁷. Açık hatanın söz konusu olması durumunda da idari işlem süre sınırı olmaksızın geri alınabilecektir. Ancak hatayla açık hata arasındaki farkı tespit edebilmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır⁹⁸. Danıştay, kanundaki açık düzenlemeye aykırı olarak⁹⁹ veya Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanun hükmüne dayanılarak inşaat ruhsatı verilmesi¹⁰⁰ durumlarında açık hata nedeniyle işlemin geri alınmasını hukuka uygun bulmaktadır. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, mevzuat hükmünün yorumlanması gerekiyorsa açık hatanın bulunmadığına karar vermektedir¹⁰¹. Sınava girmedigi veya sınavda boş kâğıt verdiği

97 Danıştay Onuncu Dairesinin 18/5/2005 tarihli ve E.2003/4745 K.2005/2591 sayılı kararı, LEXPERA; Danıştay On Beşinci Dairesinin 23/11/2017 tarihli ve E.2014/2478 K.2017/6893 sayılı kararı, LEXPERA.

98 Erku, C. (1988). s. 78; Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 497.

99 Danıştay Onuncu Dairesinin 11/5/1982 tarihli ve E.1982/3328, K.1982/1232 sayılı kararı; 13/3/1991 tarihli ve E.1988/257, K.1991/922 sayılı kararı; 24/5/1993 tarihli ve E.1991/2389, K.1993/2134 sayılı kararı; 20/5/1997 tarihli ve E.1995/3949, K.1997/1929 sayılı kararı; 17/11/1998 tarihli ve E.1996/4639 K.1998/5838 sayılı kararı; Danıştay Beşinci Dairesinin 13/12/2012 tarihli ve E.2012/7438, K.2012/8775 sayılı kararı; 10/12/2004 tarihli ve E.2004/3658, K.2004/5187 sayılı kararı; Danıştay On Beşinci Dairesinin 23/1/2017 tarihli ve E.2016/8185, K.2017/395 sayılı kararı; Danıştay Sekizinci Dairesinin 25/10/2021 tarihli ve E.2021/513; K.2021/4765, LEGALBANK.

100 Danıştay Altıncı Dairesinin 6/11/1991 tarihli ve E.1991/749, K.1991/2306 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 22., S. 84-85., s. 419.

101 “(...) mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmali içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış ise, idarenin açık hatasından söz edilebilir.” Danıştay Onuncu Dairesinin 18/5/2005 tarihli ve E.2003/4745, K.2005/2591 sayılı kararı, LEGALBANK. “Yapılan ödemenin her zaman geri alınabilmesi olanağını tanıyan “Açık hata” halinin ise; yapılan ödemede, ödemenin muhatabı olan kişinin (idare edilenin) kolayca anlayabileceği kadar açık bir hatanın mevcudiyetini ifade ettiği kabul edilmektedir. Uygulamada bu çoğu kez ilgili mevzuata aykırı bir şekilde ve hiç gereği yokken yapılan ödemeler şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca davacıya denetim tazminatı ödenmesinde, davacının hilesinin, gerçek dışı beyanının neden olmadığı, ayrıca açık hatanın da bulunmadığı görüldüğünden; söz konusu ödemelerin, yukarıda yer verilen Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı ile belirlenen ilkeler uyarınca idari dava açma süresi içerisinde geri istenmesi mümkün iken, anılan ödemelerin bu süre

hâlde öğrenciye geçer not verilmesi¹⁰², geçme notundan daha düşük not alan öğrencinin başarılı sayılması, üç aylık yurt dışı görevlendirmesinin rektör yerine dekan tarafından yapılması gibi işlemlerde açık hata bulunur¹⁰³. Danıştay, enstitüye kayıt için gerekli puanı alamayan adayın kaydının yapılmasında açık hata bulunması nedeniyle işlemin süre sınırı olmaksızın her zaman geri alınabileceğine karar vermiştir¹⁰⁴. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, idarenin kayıt sırasında tespit edebileceği bir hata (Bulgaristan'dan Türkiye'ye göç eden Türk soylu kişinin uyruğunu yanlış göstermesi) nedeniyle, iyi niyetli (hilesi bulunmayan) kişinin fakülteyi bitirmesine kısa bir süre kala, işlemten altı yıl sonra kaydının silinmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁰⁵. Diğer taraftan Yüksek Mahkeme, hatalı bir biçimde ilgili fakültenin Yüksek Öğretim Kurulunun (YÖK) ilan ettiği kontenjan kılavuzundakinden daha fazla kontenjan belirlemesi nedeniyle öğrencilerin kayıtlarının silinmesi işlemini hukuka aykırı bulup iptal eden ilk derece mahkemelerinin kararları hakkındaki istinaf başvurularını reddeden bölge idare mahkemesi kararlarını onamıştır¹⁰⁶. Bu konuda ilgili öğrencilerin hileli bir davranışı bulunmamasına rağmen idarenin, elli kontenjan belirlenmiş fakülteye elli altı kişinin kaydını yapmasında bir hatanın söz konusu olduğu kesin-

geçtikten sonra geri istenilmesinde hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay İkinci Dairesinin 13/12/2012 tarihli ve E.2012/8229, K.2012/9842 sayılı kararı, LEGALBANK.

102 Yıldırım, T. vd. (2018). s. 388; Gündüz, F. E. (2010). s. 154. Yazar, boş kâğıt veren öğrencinin mezun olup hâkim olması, yani statüsünün değişmesi durumunda işlemin geri alınamayacağını savunmaktadır. Benzer yönde bkz. Karahanoğulları, O. (2022). s. 136. Yazar, hukuka aykırı statüden hukuka uygun statüye eğitim, sınav, değerlendirme gibi yöntemlerle geçiş durumunda işlemin geri alınamayacağını savunmaktadır.

103 Altındağ, H. (2016). s. 93-95.

104 Danıştay Sekizinci Dairesinin 2/2/1981 tarihli ve E.1979/3251, K.1981/564 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 12., S. 44-45., 1982, s. 415.

105 Danıştay Sekizinci Dairesinin 1/11/1982 tarihli ve E.1981/1955, K.1982/1293 sayılı kararı, LEGALBANK.

106 Danıştay Sekizinci Dairesinin 27/4/2023 tarihli ve E.2021/2066, K.2023/2473 sayılı kararı; 27/4/2023 tarihli ve E.2021/2041, K.2023/2474 sayılı kararı, LEXPERA.

dir. Burada hatanın açık olup olmadığı önem kazanmaktadır. Kontenjan sayısının yanlış belirlenmesi açık bir hata olarak değerlendirilebilir. Bu gibi durumlarda idarenin ilgililerin uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir. Ancak burada açık hatanın bulunmadığı yorumu yapılırsa söz konusu işlem ancak dava açma süresi içerisinde geri alınabilecektir.

Danıştay bir kararında; işlemde açık hata bulunduğu gerekçesiyle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının yanında başka bir ülke vatandaşlığı da bulunan kişinin yabancı öğrenci statüsüyle üniversiteye kayıt işleminin geri alınmasının hukuka uygun olduğu yönündeki bölge idare mahkemesinin kararını onamış¹⁰⁷, aynı konudaki bir başka kararında, kaydın geri alınması işleminin hukuka aykırı olduğu yönündeki bir diğer bölge idare mahkemesi kararını bozmuştur¹⁰⁸. Yine Yüksek Mahkeme, yurt dışında açık öğretim hukuk programından Türkiye’de örgün öğretim yapan hukuk fakültesine yatay geçişin kabulü işleminin ilgili üniversite tarafından geri alınması konusunda, açık hata bulunan işlemler bakımından kazanılmış hakkın doğmayacağını ve bunların süre sınırı olmaksızın geri alınabileceğini gerekçe göstererek, bölge idare mahkemesi kararlarını bozmuştur¹⁰⁹. Son olarak Danıştayın, hatanın basit bir incelemeyle değil teftiş (denetim) sonucunda ortaya çıkması durumunda açık hatanın bulunmadığını kabul ettiğini belirtelim¹¹⁰.

Açık hatanın bulunmadığı, işlemin muhatabının durumu fark etmediği ancak kamu düzeni veya yararı bakımından

107 Danıştay Sekizinci Dairesinin 27/2/2024 tarihli ve E.2023/3283, K.2024/935 sayılı kararı, LEXPERA.

108 Danıştay Sekizinci Dairesinin 25/10/2021 tarihli ve E.2021/513, K.202/47655 sayılı kararı, LEGALBANK.

109 Danıştay Sekizinci Dairesinin 21/12/2023 tarihli ve E.2021/7859, K.2023/7606 sayılı kararı; 27/12/2023 tarihli ve E.2021/7006, K.2023/7922 sayılı kararı, LEXPERA.

110 Danıştay Sekizinci Dairesinin 7/7/2006 tarihli ve E.2006/2880, K.2006/2896 sayılı kararı, LEGALBANK; Danıştay On İkinci Dairesinin 18/9/2019 tarihli ve E.2018/3097 K.2019/5995 sayılı kararı, LEXPERA.

önemli hataların söz konusu olduğu durumlarda işlem her zaman geri alınabilecek, somut olayın özelliklerine göre kişisel kazanımların korunmasının ötesinde, idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹¹¹. Danıştay, mühendislik yüksek lisans derecesi bulunan, ancak bu alanda lisans öğrenimi görmeyen kişinin mühendis kadrosuna atama işleminin on yıl sonra geri alınmasını hukuka uygun bulmuş, fakat ilgiliye yapılan fazla ödemenin tahsil edilmesi işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir¹¹². Yüksek Mahkeme benzer bir kararında, yine mühendislik alanında lisans derecesi bulunmayan, fakat yüksek lisans derecesi bulunan ilgilinin on bir yıl sonra mühendis kadrosuna atanması işleminin geri alınmasını iptal eden daire kararını bozmuştur¹¹³. Yine Yüksek Mahkeme, eğitim fakültesinin eğitimde psikolojik hizmetler bölümü lisans ve yüksek lisans programı mezunu kişinin psikolog olarak atanmasının on yıl altı ay sonra geri alınması işlemini iptal eden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹¹⁴. Yüksek Mahkeme her üç kararını da yukarıda bahsettiğimiz 1952 ve 1973 yıllarında verdiği içtihadı birleştirme kararlarına atıfta bulunarak gerekçelendirmektedir:

“(...) söz konusu İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları ile sağlanan korunmanın da kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlı olduğunu, idarede istikrar ilkesi esas alınarak sağlanan bu korumanın, kamu düzenini ve bunun sonucu olarak kamu yararını ihlal eden, bozan bir sonuca ulaştığında artık sürdürülmesinin olanaklı olmadığını; korumanın, hukuka aykırı işlemin düzeltildiği tarihe kadar ilgili kişi için doğurduğu kişisel kazanımlarla sınırlı kalacağını kabul etmek gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla hukuka aykırı idari işlemle elde

111 Gözler, K. (2019). s. 1254-1257; Altındağ, H. (2016). s. 93-94.

112 Danıştay Beşinci Dairesinin 5/2/1998 tarihli ve E.1996/1234, K.1998/239 sayılı kararı, LEXPERA.

113 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 13/11/1998 tarihli ve E.1996/509, K.1998/562 sayılı kararı, LEXPERA.

114 Danıştay Beşinci Dairesinin 9/10/1997 tarihli ve E.1994/7834, K.1997/230 sayılı kararı, LEXPERA.

edilen statü ve bu statüye dayanılarak yapılan işlem ve eylemler kamuya yönelik etki ve sonuçlar doğruyorsa bu statü korunmayacak, ancak idarece hatalı işlem düzeltilinceye kadar ilgili kişinin bu statü nedeniyle elde ettiği kişisel kazanımlara da dokunulmayacaktır.”

Bu kararları değerlendirdiğimizde; açık hatanın söz konusu olmadığı fakat hukuka aykırı işlemin kamu yararına veya kamu düzenine aykırı olduğu durumlarda Danıştay, hak kazandırıcı işlemlerin uzun süre geçse dahi geri alınabileceğine hükmetmektedir. Her ne kadar uzun bir süre geçtikten sonra idari işlemin geri alınmasının idari istikrarı bozabileceği düşünülebilirse de bu tür durumlarda görevde yükselme ve daha yüksek maaş alma gibi kazanılmış durumların (müesses vaziyet) korunmasının, idari istikrar ile hukukilik arasındaki dengeyi sağlamak bakımından yeterli olacağı düşüncesindeyiz.

II. HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAĞLAMINDA İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI

A. HUKUKİ GÜVENLİK VE KAZANILMIŞ HAKLARA SAYGI İLKESİ BAKIMINDAN İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI

Hukuk devleti ilkesi kamu hukukunun temel kavramlarından biridir ve devletin bütün organlarının hukuka bağlı olması anlamına gelir. Hukuk devleti; devlet faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından denetlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, idarenin kanuniliği ve sorumluluğunun yanında hukuki güvenlik ve istikrarın tesis edilmesiyle gerçekleşir. İdarenin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi yasama ve yargı organına göre daha yoğundur. Çünkü devlet işlevleri arasında sadece idarenin fiziksel bir olgu olan eylem yapma yeteneği bulunmakta, yasama ve yargı organlarının işlemleri yürütme tarafından uygulanmakta veya yürütülmektedir¹¹⁵. Bu bakımdan idari

115 Özey, İ. H. (1996). s. 11.

işlemlerinin kural olarak geriye yürümemesi gerekir. Çünkü önemli yetkilerle ve güçlerle donatılmış idare kolaylıkla keyfî kararlar alabilir¹¹⁶. Geriye yürütülmesi zorunlu olan işlemlerde ilgilisinin kimi kişisel kazanımları korunmalıdır. Aksi hâlde idarenin keyfî biçimde işlemlerini geri alması kazanılmış hakları anlamsızlaştırır, temel hak ve özgürlükleri kısmen veya tamamen sınırlamasına yol açabilir.

1. İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Hukuki Güvenlik ve İdari İstikrar

İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin temelinde hukuki güvenlik ilkesi yatmaktadır¹¹⁷. Devlet faaliyetinin belirliliği (hukuki güvenlik)¹¹⁸ ve düzenli idare ilkelerinin temelinde eşitlik¹¹⁹ ve hukuk devleti ilkesi yer alır. Anayasa Mahkemesi hukuki güvenlik ilkesinin gereklerini tanımlamıştır. Buna göre; “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.¹²⁰” Yine “(...) Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır.¹²¹” Danıştaya göre hukuki gü-

116 a.g.e. s. 13.

117 Gözler, K. (2019). s. 1178; Karahanoğulları, O. (2022). 118; Sancakdar, O. vd. (2021). s. 379; Ramajoli, M. (2016). s. 117.

118 Hukuki belirliliğin hukuki güvenliğin bir unsuru olduğuna ilişkin görüş için bkz. Çaptuğ, M. (2021). “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 9., S. 17., s. 136.

119 Günday, M. (2017). s. 45-46.

120 AYM, E.2013/110, K.2014/8, 16/1/2014, Resmî Gazete, S. 28995.

121 AYM, E.2007/76, K.2008/46, 24/1/2008, Resmî Gazete, S. 26821. “Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlenimler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi

venlik ilkesinin “(...) anlam kazanabilmesi için, o ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da hukuk güvenliği sağlanması boyutunun da gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Böylelikle devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu kişilerde tam bir güven duygusu yaratacak, onlara hukuk kurallarının tam anlamıyla geçerli olduğu ve toplumun bütün unsurlarıyla birlikte uyum içinde yürüdüğünü gösteren bir güven ortamını tesis edecektir.¹²²” Keza İtalyan Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan¹²³ hukuki güvenlik (belirlilik) ilkesini kanunların geriye yürümezliği ilkesiyle birlikte değerlendirmektedir¹²⁴. Yüksek Mahkeme, hukuki belirliliği tehdit eden olguların bilinmezlik (*oscurità*), belirsizlik (*ambiguità*), istikrarsızlık (*instabilità*) ve yargılamanın uzunluğu olduğunu belirtmiştir¹²⁵. Danıştay da benzer biçimde; kanunların geriye yürümezliğinin hukuki güvenlik ilkesi bakımından önem taşıdığını¹²⁶, idari işlemlerin geriye yürümezliğinin ise düzen-

gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.” AYM, E.2006/95, K.2009/144, 15/10/2009, Resmî Gazete, S. 27456.

- 122 Danıştay On Birinci Dairesinin 12/6/1995 tarihli ve E.1995/1838, K.1995/1861 sayılı kararı, LEXPERA. “Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi “hukuki güvenlik ilkesi”dir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Diğer bir ifadeyle hukuki güvenlik ilkesi, kişilerin hukuksal ilişkiler kurarken tabi olacakları hukuk kurallarını önceden bilmeleri anlamına gelirken, “idari istikrar ilkesi” ise, bu kurallara dayanılarak kazanılan hakların korunacağı güvencesinin kişilere verilmesini ifade etmektedir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun, 1/11/2017 tarihli ve E.2016/3580, K.2017/3408 sayılı kararı, LEXPERA.
- 123 Corte Cos., Sent. 216/2023, 22/11/2023, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2023:216 (Erişim Tarihi: 18/4/2025)
- 124 Corte Cos., Sent. 446/1994, 12/12/1994, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1994&numero=446>; Sent. 8/2016, 17/11/2015, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=8>; Sent. 210/2021, 22/9/2021, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2021&numero=210>; Sent. 188/2022, 21/06/2022, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2022&numero=188> (Erişim Tarihi: 18/4/2025)
- 125 Corte Cos., Sent. 194/2018, 26/9/2018, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2018:194 (Erişim Tarihi: 18/4/2025)
- 126 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 3/7/1989 tarihli ve E. 1988/5, K. 1989/3 sayılı kararı, Resmî Gazete, S. 20325.

leme yetkisinin geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılmasının hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereği olduğunu belirtmiştir¹²⁷. Geriye yürümezlik doktrinde hukukun genel ilkesi¹²⁸, kazanılmış hakları korumak ve hukuki istikrarı sağlama amacı bulunan sosyal bir hukuk kuralı olarak tanımlanmaktadır¹²⁹. Ancak geriye yürümeme ilkesiyle kazanılmış haklara saygı arasında mutlak bir benzerlik ilişkisi kurulamayacağı, ilkinin sonuçlarının geçmişe, ikincisinin ise hem geçmişe hem de geleceğe etkili olduğu belirtilmektedir¹³⁰. Hukuki istikrar ilkesinin bir alt dalı olan idari istikrar ise Anayasa Mahkemesi tarafından “*kamu idaresinin yürürlükte bulunan kuralları yürürlükte kaldıkları sürece, onların uyduğu her olaya gereğince ve aynı biçimde uygulaması*” olarak tanımlanmıştır¹³¹. İdari istikrar, hukuka aykırı işlemlerin geri alınamamasında geçerli bir ölçüttür ve kazanılmış hak kavramından farklıdır. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi kazanılmış hakkın doğabilmesi için işlemin hukuka uygun olma zorunluluğu bulunur. Bu bağlamda idari işlemin geri alınabilme süresi konusunda hukuka uygunluk ve idari istikrar arasında bir seçim sorunu söz konusu olur¹³². Dolayısıyla idare ve idari yargı organları bu iki ilke arasındaki dengeyi iyi kurmalıdır. Aksi hâlde benzer konularda verilen farklı kararlar nedeniyle çeşitli hak kayıplarıyla karşılaşılabilir.

127 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 15/1/1999 tarihli ve E.1997/417, K.1998/81 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 30., S. 101., s. 79.

128 Bıyıklı, H. İ. (1973). s. 87 vd.; Tan, T. (1970). s. 58. Bu ilkenin anayasa veya kanun gibi pozitif hukuk kurallarından kaynaklanmadığı, Fransız Devlet Konseyinin de ilkeyi hukukun genel bir ilkesi saydığı aktarılmaktadır. Gözler, K. (2019). s. 1175; Çaptuğ, M. (2021). s. 137 vd. İlkenin Fransız yüksek yargı organları tarafından hukukun genel ilkesi olarak tanınması, ancak Ceza hukuku bakımından ilkenin anayasal değeri bulunması hakkında bkz. Akıllıoğlu, T. (1984). “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17., S. 3., s. 38.

129 Duran, L. (1964). s. 403.

130 Tan, T. (1970). s. 59-60.

131 AYM, E.1976/51, K.1977/16, 10/3/1977, Resmî Gazete, S. 15977.

132 Uler, Y. (1970). s. 10.

2. Kazanılmış Hak Müesses Vaziyet (Kazanılmış Durum) ve Haklı Beklenti

Teorik olarak idari işlemlerin amacı ilgilileri hak sahibi yapmak değil kamu yararını gerçekleştirmek olmakla birlikte kimi durumlarda idare, faaliyet yürütürken kişiler lehine hak yaratan işlemler yapabilir¹³³. Hak yaratan işlemlerin ilgililer lehine bir avantaj yarattığından bahsedilebilir¹³⁴. Hak yaratan işlem (kazanılmış hak), ortaya çıkma anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve kişinin lehine sonuçlar doğuran daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması söz konusu olsa dahi hukuk düzenince korunması gereken hak olarak tanımlanmaktadır¹³⁵. Ne var ki bu tanım, geri alınan idari işlemin ve kazanılmış hakkın bir arada bulunmasının tutarsız olması gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³⁶. İdare hukukunda kazanılmış hak, ancak statü dolayısıyla genel durumun kişisel bir duruma dönüşmesinden sonra söz konusu olabilir¹³⁷. Kazanılmış hakkın doğması için hukuka uygun yapılmış subjektif (birel) bir işlemin varlığı¹³⁸ gerektiği gibi oluşan hakkın hileyle elde edilmemiş, kesinleşmiş, kamu düzenini ihlal etmemiş veya kamu yararına ağır biçimde aykırılık taşıyor olması gerekir¹³⁹.

İtalyan hukukunda kazanılmış hak (hak yaratıcı işlem) kavramından subjektif hukuki durumlar/subjektif haklar

133 Ulusoy, A. D. (2019). s. 430.

134 Gözler, K. (2019). s. 1246. Bu avantajlar parasal-mali-iktisadi niteliktedir. Virzi, F. V. (2018). s. 25. “Statü kişi için kazanılmış hak değilken statüye bağlı sonuçlar malvarlığına etki ettiği oranda kazanılmış hak doğurabilir. Özellikle idarenin statü ilişkisine bağlı olarak yaptığı ödemelerden ve idarenin mülkiyet hakkına etki eden işlemlerden malvarlığına yönelik sonuçlar doğurabilir. Memurun statüsünden kaynaklanan mali haklar ilk duruma, inşaat ve iskân izinlerinden kaynaklanan haklar ikinci duruma örnektir.” Karahanoğulları, O. (2022). s. 132.

135 Oğurlu, Y. (2003). s. 8.

136 Erguvan, D. D. (2016). s. 145.

137 Onar, S. S. (1966). s. 482; Kazanılmış hak kavramıyla, geçmişte oluşmuş kişisel bir statünün veya hükmünü tamamlayarak sona ermiş statülerin korunması amaçlanmaktadır. Akilhoğlu, T. (1984). s. 41.

138 Uler Y. (1970). s. 8, dipnot 24.

139 Ulusoy, A. D. (2019). s. 431-432.

(*situazioni giuridiche soggettive/ diritti soggettivi*) anlaşılmaktadır¹⁴⁰. İtalyan hukuk doktrininde hak yaratan işlemlerin geri alınıp alınamayacağı tartışmalı olup¹⁴¹, İtalyan Devlet Konseyi işlemin geri alınabilmesi için, hukuka aykırılığı, güncel ve somut kamu yararının varlığını aramaktadır¹⁴². Kamu yararının üstün olduğunun tespit edilebildiği durumlarda işlemin geri alınmasının zorunluluğu konusunda bir sorun bulunmadığı fakat kamu yararının bireysel çıkarlardan üstünlüğünün belirsiz olduğu durumlarda dahi idare mahkemelerinin işlemin geri alınmasının zorunlu olduğuna ilişkin kararları doktrinde eleştirilmektedir¹⁴³. İtalyan hukukunda (Fransız hukukundan farklı olarak) idari işlemin geri alınması, büyük ölçüde takdir yetkisine dayandırılmaktadır¹⁴⁴. İtalyan Devlet Konseyi; hukuka aykırı idari işlemin kaldırılması konusunda da idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte, ancak kimi durumlarda¹⁴⁵ bunun sadece bir yetki değil aynı zamanda yükümlülük olduğu yönünde karar vermektedir¹⁴⁶. Ancak Konseyin işlemin kaldırılmasını hukuki bir görev olarak değil ahlaki bir yükümlülük olarak tanımladığı bir kararı da bulunmaktadır¹⁴⁷. Ayrıca geri alınan idari işlemdeki hukuka aykırılık iptal nedenlerinden daha geniş değerlendirilmektedir¹⁴⁸.

140 Virzi, F. V. (2018). “La Doverosità del Potere di Annullamento d’ufficio”, *federalismi.it- Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, No. 14., s. 4 vd.; di Modugno, N. (2024). s. 287; Ramajoli, M. (2016). s. 108 vd.; Allena, M. (2018). s. 87 vd.; Tan, T. (1974). s. 552.

141 a.g.e. s. 561-562.

142 Cons. Stato, Sez. V, 25 Maggio 1928, n. 279. Kararı aktaran Allena, M. (2018). s. 26. Aynı yönde güncel kararlar için bkz. Cons. Stato, Sez. II, 16 Dicembre 2019, n. 8500; Cons. Stato, Sez. VI, 25 Novembre 2019, n. 7989.

143 Virzi, F. V. (2018). s. 33.

144 Allena, M. (2018). s. 28-29. Benzer görüşler için bkz. Matarella, B. G. (2015). s. 419; Virzi, F. V. (2018). s. 4 vd.; Clarich, M. (2019). s. 225.

145 İtalya’da idari işlemin geri alınmasında takdir yetkisinin mi ve bağlı yetkinin bulunduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. Tan, T. (1974). s. 560.

146 Cons. Stato, Sez. IV, 14 Maggio 1926, n. 254; Cons. Stato, Sez. IV, 18 Luglio 1930, n. 286. Kararları aktaran Allena, M. (2018). s. 16-17.

147 Cons. Stato, Sez. V, 23 Febbraio 1935, n. 90. Kararı aktaran Allena, M. (2018). s. 23, dipnot 30.

148 di Modugno, N. (2024). s. 283.

Türkiye’de de yargı organları kazanılmış hakkın tanımını yapmış ve hangi durumlarda kazanılmış hakların koruna-acağına ilişkin çeşitli kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bir erken dönem kararında, kamu hukukunda kazanılmış hakların temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması çerçevesinde, dokunulmazlık ve ilişilmezlik düşüncesinin yumuşatılarak uygulanabileceğini belirterek hüküm kurmuştur¹⁴⁹. Karar, Yüksek Mahkemenin temel haklarla kazanılmış hakları birbirine karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁵⁰. Yüksek Mahkemeye göre kazanılmış hak, ancak statü dolayısıyla genel durumun kişisel bir duruma dönüşmesinden sonra söz konusu olabilir¹⁵¹. Yüksek Mahkeme bir başka kararında kazanılmış hak kavramını şöyle tanımlamıştır: *“Gerek öğretide ve gerek uygulamalarda tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan (kazanılmış hak), özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurlarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebilir.”*¹⁵² Bu bağlamda kazanılmış hak statüden doğan, tahakkuk etmiş, kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliği bulunan haklar için söz konusu olabilir¹⁵³.

149 AYM, E.1971/22, K.1971/54, 10/6/1971, Resmî Gazete, S. 14083. Yüksek Mahkeme 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararında kazanılmış hak kavramının genişletilerek sürekli hâle gelmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir: *“(…) İlerde, aldıkları belgelerin iptal edileceği endişesi olmazsa ormanların yok edilmesi önlenemez. Bir kez, yasanın bir kuralına aykırı biçimde edinilen hakka, daha üstün bir hak bulunmasına karşın, sonsuza değin geçerlik tanımak, kazanılmış hak durumunu genişleterek Anayasa’nın özel kuralı karşısında sağlıklı kabul etmek kötü niyetlileri bu yolda davranmaya özendirir ve böylece ormanların daralması sonucunu doğurur.”* AYM, E.1988/35, K.1989/13, 14/3/1989, Resmî Gazete, S. 20263.

150 Oğurlu, Y. (2003). s. 32.

151 AYM, E.1976/45, K.1977/1, 13/1/1977, Resmî Gazete S. 16242. *“Kazanılmış hak deyimi, öğretide ve uygulamada, niteliği ve kapsamı ile açık biçimde tamamlanmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nce de kabul edildiği üzere, “Statü hukuku” esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında bu tür haktan genellikle söz edilmemektedir. Burada ancak statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir.”* AYM, E.1988/12, K.1988/32, 28/9/1988, Resmî Gazete, S. 20016.

152 AYM, E.1976/51, K.1977/16, 10/3/1977, Resmî Gazete, S. 15977.

153 AYM, E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989, Resmî Gazete, S. 20410.

Danıştay “Gerek öğretide, gerekse uygulamada, kişilerin hukuki statülerini belirlemiş ve buna dayalı olarak da yeni hukuki durumların ve hakların elde edilmesine neden olmuş, bir başka deyişle hukuki sonuçlarını yerine getirmiş olan durumların, artık geriye dönülmez, vazgeçilmez haklar olduğu, yani kazanılmış hak teşkil ettiği de bilinmektedir” demek suretiyle kazanılmış hakları tanımlamıştır¹⁵⁴. Danıştay Boğaziçi Kanunu’nun bir hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafında iptal edilmesinden sonra verdiği görüşte, kazanılmış hakların her bir olay özelinde incelenmesinin, yani kavramın işlevsel niteliğinin doktrinde ve Danıştay içtihatlarında kabul edildiğini, idari işlemlerin geçmişe etkili olmamasının kazanılmış hakların korunmasını amaçladığını belirtmiştir¹⁵⁵. Bununla birlikte inşaat ruhsatlarının kazanılmış hak yaratması konusunda özgün bir durum bulunmaktadır. İmar planlarının idare mahkemeleri tarafından iptali durumunda ilgililerine verilmiş olan inşaat ruhsatları hukuka aykırı hâle gelebilmektedir. Ancak inşaatla hiç başlanmaması, inşaatın tamamının veya bir bölümünün bitirilmesi, geri alma işleminin zaman bakımından etkisini belirleyecektir. İmar planının iptali hâlinde, buna dayanılarak alınan inşaat ruhsatları kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır¹⁵⁶. Ancak iptal¹⁵⁷ tarihine kadar tamamlanmış binanın¹⁵⁸ veya inşaatın tamamlanmış kısmının¹⁵⁹ kazanılmış hak oluşturduğu kabul edilmektedir. Aslında bu son durumda kazanılmış haktan değil kazanılmış durumdan (müesses vaziyetten) bahsedilmesi

154 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 14/6/1989 tarihli ve E.1989/1-2, K.1989/2 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 20., S. 76-77., s. 75.

155 Danıştay Birinci Dairesinin 19/12/1988 tarihli ve E.1988/336, K.1988/355 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 19., S. 74-75., s. 76.

156 Danıştay Altıncı Dairesinin 11/2/2004 tarihli ve E.2002/4645, K.2004/685 sayılı kararı, LEGALBANK.

157 Danıştay Altıncı Dairesinin 3/12/1998 tarihli ve E.1997/6294, K.1998/5931 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, C. 29., S. 100., s. 266.

158 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 23/10/2008 tarihli ve E.2005/1721, K.2008/1837 sayılı kararı, LEGALBANK.

159 Danıştay Altıncı Dairesinin 8/12/2004 tarihli ve E.2003/3435, K.2004/6378 sayılı kararı; 20/2/2004 tarihli ve E.2003/6430, K.2004/948 sayılı kararı, LEGALBANK.

daha doğru olurdu¹⁶⁰. Bu kavramların ilki hem geçmişe hem de geleceğe etkiliyken, ikincisi kural olarak¹⁶¹ sadece geçmişe yöneliktir¹⁶². Ayrıca hukuka aykırı işlemler kazanılmış hak değil kazanılmış durum (müesses vaziyet) yaratır¹⁶³. Danıştayın ilgili kararları doğrultusunda, inşaatın hiç başlamaması durumunda ruhsatın geri alınabileceği, inşaatın geldiği aşamaya kadar olan kısmın korunacağı, inşaatın tamamlanması durumunda ise ruhsatın geri alınamayacağı söylenebilir. Ancak Danıştayın bu konudaki yaklaşımı zaman içerisinde değişmiştir. Yüksek Mahkeme, imar planının yargı kararıyla iptal edilmesinden sonra ruhsatın idare tarafından geri alınması veya ruhsatın dava konusu olması¹⁶⁴ durumlarında kazanılmış hakkın doğmayacağına, tamamlanan inşaatların dahi yıkılmasının hukuka uygun olduğuna, ancak inşaatı izin vererek kusurlu eylemde bulunan idarenin iyi niyetli kişilerin zararını tazmin etmesi gerektiğine karar vermektedir¹⁶⁵. Ka-

160 Benzer görüş için bkz. Şahin, C. (2018). "Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi – Eleştirel Bir Bakış", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76., S. 2., s. 767; Erguvan, D. D. (2016). s. 338-339.

161 Kanunsuz atamanın veya terfiin iki derece yükselmeden sonra (altı yıl) geri alınmaması durumunda kazanılmış durum (müesses vaziyet) geleceğe de etkilidir. Erguvan, D. D. (2016). s. 334-335. Kazanılmış durumun (müesses vaziyetin) her durumda geçmişe ve geleceğe yönelik etkisinin bulunduğu ilişkin görüş için bkz. Gündüz, F. E. (2010). s. 217.

162 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 27/1/1973 tarihli ve E.1972/6, K.1973/2 sayılı kararı, Resmî Gazete, S. 14497.

163 Tan, T. (1970). s. 59-61; Sancakdar, O. vd. (2021). s. 382; Akyılmaz, B., Sezginer M. ve Kaya, C. (2023). s. 486-487; Oğurlu, Y. (2003). s. 202-203. Yazar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 15/1/1997 tarihli ve E.1996/312, K.1997/11 sayılı kararında hukuka aykırı işlemin kazanılmış hak yaratabileceğinden bahsedilmesini, bu durumun ancak hukuka uygun işlemler bakımından söz konusu olabileceği gerekçesiyle eleştirmektedir. Oğurlu, Y. (2003). s. 219, dipnot 131.

164 Yüksek Mahkemeye göre dava konusu olma, ruhsatı geri alma işlemine karşı açılan davanın reddedilmesi veya idarenin verdiği ruhsatın mahkeme tarafından iptal edilmesi kararlarının kesinleşmesidir.

165 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 12/11/2014 tarihli ve E.2012/477, K.2014/3990 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 3/3/2016 tarihli ve E.2014/2009, K.2016/653 sayılı kararı, LEXPERA; Danıştay On Dördüncü Dairesinin 4/6/2012 tarihli ve E.2011/3942, K.2012/4150 sayılı kararı; 28/2/2013 tarihli ve E.2011/10119, K.2013/1433

rarlarda idarenin imar planlarını ancak kaldırabileceği veya değiştirebileceği, mahkemenin iptal kararlarının etkisinin ise geçmişe dönük olduğu belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme, imar planının iptalinden sonra inşaat ruhsatının başından itibaren hukuka aykırı hâle geldiği gerekçesiyle verilen yıkım kararlarını hukuka uygun bulmaktadır. Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlar, idari işlem teorisi bakımından doğru olmakla beraber sonuçları itibarıyla ağırdır. İdarenin yaptığı imar planına dayanılarak ruhsata göre yapılan inşaatların, tamamlanmış ve aradan uzun yıllar geçmiş olsa dahi, yıkılması ve ilgililere tazminat ödenmesi oldukça masraflı bir yoldur. Bu bakımdan hukuka aykırılıkla idari istikrar arasındaki denge bozulmuş olmaktadır. Belirli bir seviyeye gelmiş veya tamamlanmış binalar konusunda kazanılmış durumun (müesses vaziyet) varlığının kabulünün daha doğru olacağını düşünüyoruz¹⁶⁶. Böylece inşaatın yıkımı için masraf yapılmasına ve ilgililere tazminat ödenmesine gerek kalmayacaktır.

Son olarak haklı beklenti kavramına değinmek istiyoruz. Kazanılmış haklara saygı, hukuk devletinin gerçekleştirilmesinin bir aracıdır¹⁶⁷. Hukuki güvenlik ilkesinin bir uzantısı olan haklı beklenti¹⁶⁸ ise yetkililerin taahhüdüne veya devam eden hukuki uygulamalara dayanılarak ilgililerin belirli hak-

sayılı kararı; 28/2/2013 tarihli ve E.2011/14794, K.2013/1444 sayılı kararı; 19/2/2015 tarihli ve E.2012/5272, K.2015/1268 sayılı kararı; 20/1/2016 tarihli ve E.2015/10132, K.2016/92 sayılı kararı, LEXPERA. Aynı Dairenin benzer konuda verdiği bir kanun yararına bozma kararı için bkz. Danıştay On Dördüncü Dairesinin 20/1/2016 tarihli ve E.2015/10132, K.2016/92 sayılı kararı, LEGALBANK. İmar planının iptali sonrasında ruhsatın iptalinin veya geri alınmasının doğrudan yıkım kararı verilmesine yol açmaması gerektiği, ilgili yapının ancak ruhsatlı yapı statüsünü kazanamamasının kesinleşmesi durumunda yıkılabileceği gerekçesiyle Danıştayın bu kararları eleştirilmektedir. Şahin, C. (2018). s. 776.

166 Yapı ruhsatının dayandığı kuralın iptal edilmesi durumunda ruhsatın kaldırılması gerektiği, kazanılmış hakkın ancak ruhsattan doğan mülkiyet hakkına dâhil olmuş değerler için söz konusu olabileceğine ilişkin görüş için bkz. Karahanoğulları, O. (2022). s. 137.

167 Balta, T. B. (1968-1970). s. 63; Günday, M. (2017). s. 45; Ulusoy, A. D. (2019). s. 87; Oğurlu, Y. (2003). s. 40.

168 Bülbül, E. (2010). s. 41.

ları elde etme beklentilerinin korunması olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁹. Kazanılmış haktan farklı olarak haklı beklentide, hakkın henüz doğmadığı kabul edilmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla bu iki kavram arasında zaman bakımından bir farklılık bulunduğu söylenebilir. Haklı beklenti kavramının, 2000'li yıllardan itibaren yargı kararlarında kullanılmaya başlandığı; Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin haklı beklenti konusunda ilgililer lehine sonuç doğuran bazı kararlar verdiği görülmektedir¹⁷¹. Bu bağlamda idarenin, faaliyet yürütürken kazanılmış hakların yanında haklı beklentileri de göz önünde bulundurması gerekir. Örneğin düzenleyici işlemler kazanılmış hak yaratmaz¹⁷². Bunlar hukuki durum¹⁷³ veya haklı beklenti yaratır¹⁷⁴. İlgililerin haklı beklentilerinin karşılanması için kanunlara ve düzenleyici işlemlere geçiş hükümlerinin konulması gerektiği vurgulanmalıdır¹⁷⁵.

Kazanılmış haklara ilişkin bir diğer önemli konu, bunların temel haklarla olan bağıdır. Kazanılmış haklarla insan haklarının ve temel hakların doğrudan ilişkili olmadığı, ilkinin sonradan, diğerinin ise doğuştan kazanıldığı iddia edilmektedir¹⁷⁶. Bu yorum liberal anlayışın sonucudur. Bize göre, haklar doğuştan değil ancak devlet tarafından düzenlendiğinde/tanıldığında söz konusu olabilir¹⁷⁷. Temel haklarla kazanılmış

169 Oğurlu, Y. (2003). s. 223.

170 a.g.e. s. 227; Ulusoy, A. D. (2019) s. 441.

171 Türkiye'de yargı organının haklı beklenti kavramına yaklaşımı için bkz. Erguvan, D. D. (2016). s. 184 vd. Karşılaştırmalı hukukta yargı organının kavrama yaklaşımı için bkz. Oğurlu, Y. (2003). s.229 vd.

172 Onar S. S. (1966). s. 482; Gözler, K. (2019). s. 1247. Karşı görüş için bkz. Güneş, T. (1965). s. 169.

173 Tan, T. (1970). s. 67.

174 Gündüz, F. E. (2010). s. 191-192.

175 Karahanoğulları, O. (2022). s. 127; Oğurlu, Y. (2003). s. 283.

176 a.g.e. s. 33.

177 "Hukukun oluşumu, toplumsal ilişkilerden türeyen kurallara iradi müdahale ile gerçekleşir. Toplumsal ilişkilerde mevcut olan düzenliliklerin devlet tarafından söylenmesi, soyut kurallar olarak düzenlenmesi ve bunların arkasına güç konulması hukuk düzeninin temel kaynağıdır. Ayrıca, devletin toplumsal ilişkilere bastırma veya geliştirme için müdahale etmesinin aracı veya sonucu olarak da hukuk

haklar arasındaki ilişkide devletin merkezî bir rolü bulunmaktadır. Çalışmanın ilerleyen kısmında bunlar arasındaki ilişkiyi idari işlemin geri alınması bağlamında inceleyeceğiz.

B. İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASIYLA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

İdari işlemin geri alınması kimi durumlarda temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkilemektedir. Özellikle imar hukukundaki uygulamalar ve ilgisine yapılan ödemeler Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla, öğren-ciliğe son verme/kaydın geri alınması işlemleri Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen öğrenim hakkıyla, pasaportun ve ehliyetin geri alınması işlemleri Anayasa'nın 20. ve 23. maddelerinde düzenlenen özel hayata saygı hakkıyla ve seyahat özgürlüğü sıkı bir ilişki içerisinde.

Mülkiyet, kişinin doğada bulunan nesneleri emeğiyle dönüştürmesi, onu ortak mülkiyet olmaktan çıkarması olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁸. Benzer bir tanıma göre insan, vücudunu harekete geçirerek kendi dışında bulunan doğayı değiştirir ve ortaya çıkan *ürünü* mülk edinir¹⁷⁹. Burada sadece tüketim nesneleri bakımından mülkiyetten bahsettiğimiz için üretim araçları üzerindeki özel mülkiyete değinmiyoruz. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını emekle bağlantılı bir biçimde tanımlamaktadır:

“Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.” denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile

kuralları oluşur. Devletin oluşumuna katkıda bulunduğu ama her halükarda toplumsal ilişkilerden türemiş kuralları iradesinden geçirerek biçimselleştirmesinden hukuk düzeni oluşur. Hukuk düzeni toplumsal ilişkilerin hukuksal kurgusudur.” Karahanoğulları, O. (2018). *Marksizm ve Hukuk- Diyalektik Hukuk Bilimi*, İstanbul: Yordam Kitap, s. 235.

178 Locke, J. (1980). *Second Treatise of Government*, Indianapolis: Hackett Publishing Company, s. 19.

179 Marx, K. (2011). *Kapital Cilt I*, Selik, M. ve Satlıgan N. (Çev.), İstanbul: Yordam Kitabevi, s. 182.

doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye, emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı haklarını kapsamaktadır. Bununla birlikte, anayasallık denetiminde ekonomik değer ifade eden malvarlıklarına ilişkin olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında inceleme yapılabilmesi için ilgili mülkün hâlihazırda kişilerin mülkiyetinde bulunması gerekmektedir.¹⁸⁰

Maaş¹⁸¹, ücret, yaşlılık aylığı¹⁸², emeklilik ikramiyesi¹⁸³, kıdem tazminatı¹⁸⁴ gibi ödemeler Anayasa Mahkemesi tarafından mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu tür ödemelerin ve benzerlerinin idare tarafından süre sınırı olmaksızın geri alınması mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelecektir. Bu bağlamda hukuka aykırı olarak yapılan ödemelerin; açık hatanın, ilgisinin hilesinin veya yanıltıcı beyanının bulunmaması durumlarında dava açma süresince, dava açılmışsa dava süresince geriye alınabilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi eğitim hakkını da ayrıntılı bir biçimde tanımlamış ve kapsamını belirlemiştir:

“Eğitim hakkı, Anayasa’da düzenleniş biçimiyle sosyal bir hak olarak devlete karşı ileri sürülebilir nitelikte bir temel haktır. Devlet, eğitim olanaklarının ve buna ilişkin altyapının sağlanması yükümlülüğü beraberinde, hiçbir ayırım yapmadan, herkesi eşit biçimde bu haktan yararlandırmak durumundadır. İlâveten eğitim hakkı kapsamında devletin, kendi dışında

180 AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, Resmî Gazete, S. 29417.

181 Ayten Yeğenoğlu, B. No: 2015/1685, 23/5/2018.

182 AYM, E.2019/50, K.2019/96, 25/12/2019, Resmî Gazete, S. 31078; Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192, 7/11/2019.

183 AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/5/2018, Resmî Gazete, S. 31299; Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.

184 AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/7/2018, Resmî Gazete, S. 30615; Adnan Alver, B. No: 2014/5800, 9/11/2017.

diğer bireyler tarafından da eğitim hakkının kullanılmasını engelleyen uygulamalara son verecek tedbirleri alma yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁸⁵

Yüksek Mahkemeye göre eğitim hakkı; yükseköğrenim seviyesini kapsayan¹⁸⁶, mevcut eğitim kurumlarına etkili erişimi güvence altına alan¹⁸⁷, devlete bireylerin eğitim-öğretim almasını engellememe biçiminde negatif ödev yükleyen¹⁸⁸ niteliklere sahiptir. Tüm bu nitelikler dolayısıyla eğitim ve öğrenim hakkına geri alma işlemiyle yapılan müdahalelerde idarenin çok titiz davranması gerekmektedir. Ödemelerin geri alınması süresi konusundaki düşüncemiz, kayıt silinmesi veya diplomaların geri alınması gibi eğitim öğretim hakkına müdahale edilen durumlar için de geçerlidir. İdare mahkemelerinin de ilgililerin eğitim ve öğretim hakkının koruyucusu olması gerekmektedir. Nitekim yukarıda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 6/7/1987 tarihli ve E.1987/1,2,4, K.1987/2 sayılı kararıyla üniversiteye giriş sınavında hile yapan öğrencilerin dahi tekrar sınava girerek bir yükseköğretim kurumuna girmesi olanaklı kılınmıştır. Doktrinde ve yargı uygulamasında çokça atıf yapılan kararın bu yönü hiç irdelenmemiştir. Bu bakımdan ilgili kararın, eğitim-öğretim hakkının korunması bakımından köşe taşı niteliğinde olduğunu düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, kişinin yüksek lisans mezuniyetinden sonra programa giriş sınavının idare mahkemesi tarafından iptali kararının Danıştay tarafından

185 AYM, E.2018/78, K.2022/114, 13/10/2022, Resmî Gazete, S. 32120.

186 Hikmet Balabanoğlu, B. No: 2012/1334, 17/9/2013; İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014.

187 Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri, B. No: 2013/583, 10/12/2014. Anayasa Mahkemesi bu kararda eğitim hakkının özel niteliğine vurgu yapmaktadır: “Eğitim, Anayasa tarafından doğrudan güvence altına alınmış bir haktır. Ayrıca eğitim, çok özel bir kamu hizmeti olarak sadece doğrudan faydaları olan bir hizmet değil geniş sosyal fonksiyonları da olan bir hizmettir. Demokratik bir toplumda insan haklarının korunması ve devamı için eğitim hakkının vazgeçilmez ve temel bir katkısı olduğu da aşîkârdır.”

188 Adem Öğüt ve diğerleri, B. No: 2014/20527, 22/11/2017; Yüksel Baran, B. No: 2012/782, 26/6/2014.

onanması gerekçesiyle, ilgili enstitünün mezuniyetten iki yıl sonra diploma veya mezuniyet belgesi verilmesi talebini reddeden işleminin eğitim hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir:

“İdare (...) ancak başvuruçunun eğitiminin tamamlamasından yaklaşık 2 yıl 5 ay sonra eğitiminin geçersiz sayıldığını başvuruçuya bildirmiştir. Bu durumda idarenin iyi yönetim ilkesine uygun hareket etmediği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak başvuruçunun yüksek lisans eğitiminin geçersiz sayılması suretiyle eğitim hakkına yapılan ağır müdahalenin sınavın iptaline ilişkin mahkeme kararının uygulanmasında menfaati bulunan kişilerin haklarının korunması için başvurulabilecek son çare olduğu idarece ortaya konulamamıştır. Ayrıca sınavın iptal edilmesinde başvuruçunun kusurunun bulunmadığı, tüm kusurun idareye ait olduğu, idarenin başvuruçunun eğitimi tamamlamasının üzerinden uzunca bir süre geçtikten sonra iyi yönetim ilkesine aykırı olarak durumu düzeltme yoluna gittiği ve başvuruçunun bu sonucu katlanmasını gerektiren haklı gösterebilecek bir nedenin bulunmadığı gözetildiğinde sınavın iptaline ilişkin kararın uygulanmasındaki kamusal yarar ile başvuruçunun yüksek lisans eğitiminin tanınmasındaki bireysel yarar arasında adil bir dengenin kurulmasında başarısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle somut olayda Anayasa’nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.¹⁸⁹”

Yüksek Mahkeme benzer bir kararında yatay geçiş koşullarını taşıyıp taşımadığı incelenen ilgilinin, seminer dersi alma koşulunu taşınamaması nedeniyle diplomasının bir yıldan biraz fazla bir süre sonra geri alınması işleminin iptali talebinin istinaf ve temyiz aşamalarında reddedilmesini eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir:

189 Şehmus Altuğrul, B. No: 2017/38317, 13/1/2021.

“Başvurucu Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’ni bilmekle yükümlüdür. Bu bağlamda Yönetmelik’te öngörülen söz konusu zorunluluğa rağmen başvurucunun doktora eğitimi sırasında seminer dersi alma yönünde bir talebinin bulunduğu ilişkin herhangi bir açıklama yapmadığı görülmüştür. Bu bilgiler ışığında söz konusu eksiklik yönünden başvurucunun kendinden beklenen özeni gösterdiği söylenemez.

Bununla birlikte doktora yeterlilik sınavına katılma şartlarını taşınamasına rağmen başvurucunun yeterlilik sınavına kabul edilmesinde idarenin kusuru olduğu, sınav için gerekli şartları taşıdığı hususunda idare tarafından hatalı bir değerlendirme yapıldığı da açıktır.

(...) Gerek başvurucunun gerekse idarenin kusurlu hareket ettiği bu uyumsuzlukta hatalı işlemde kaynaklanan tüm sorumluluğun başvurucuya yüklenerek -işlemin tesisinin üzerinden bir yıldan fazla zaman geçtikten sonra- diploma iptaline karar verilmesi iyi yönetim ilkesinin unsurlarından olan idarenin tutarlılığı prensibiyle de çelişmekte ve kamu menfaatleri ile bireysel yarar arasında kurulması gereken dengenin bozulmasına yol açmaktadır. Diğer bir ifadeyle somut olayda idarenin de yükümlülüklerini ihmal etmesinden doğan külfetin sadece başvurucuya yüklenmesi sonucu ortaya çıkmış ve bu durum başvurucunun eğitim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir¹⁹⁰.”

Anayasa Mahkemesinin bu kararında, ilgilinin dersi alması gerektiğini bilebilecek durumda olmasına rağmen sessiz kalmasının yanıltıcı davranış veya yanlış beyan olarak değerlendirmemesi önemlidir. İdarenin kolayca tespit edebileceği

190 Abidin Pişgin, B. No: 2018/16871, 18/10/2023.

bir hukuka aykırılık konusunda gerekli özeni göstermemesi, ilgilinin diplomasının korunmasına yol açmıştır. Bu bağlamda idarenin bu tür durumlarda daha özenli hareket etmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, merkezî sınavlarda alınan puanlar konusunda yapıldığı iddia edilen usulsüzlüklere ilişkin bulguların somut olarak ortaya konulamaması durumunda hak ihlali kararı vermektedir. 2005-2010 yılları arasında Üniversiteler Arası Kurul Yabancı Dil Sınavı'na (ÜDS) ve Kamu Personeli Yabancı Dil Tespit Sınavı'na (KPDS) giren ilgililer, aldıkları puanların şüpheli görülmesi üzerine Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından sekiz ile on beş yıl sonra eş değer sınava çağırılmıştır. Sınava girmeyen veya önceki sınava göre düşük puan alan ilgililerin; doktora dereceleri, doçentlik ve profesörlük unvanları geri alınmış, bazıları bir alt kadroya atanırken, bazıları kamu görevinden çıkarılmıştır. Yüksek Mahkeme, sınava girilmemesine veya üzerinden uzun süre geçmiş sınavlar arasındaki puan farkına dayanılarak derecelerin ve unvanların geri alınmasının eğitim hakkını ihlal ettiğine karar vermektedir¹⁹¹. Ayrıca Yüksek Mahkemenin, eş değer sınava çağırılmanın mesleki statünün (doçentlik unvanı) kaybına yol açabileceği gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir kararı da bulunmaktadır¹⁹².

İdari işlemin geri alınması, mülkiyet hakkının ve eğitim hakkının yanında, çalışma hakkının veya seyahat özgürlüğünün ihlal edilmesine de yol açabilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmek için Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesine göre, AİHS'in ve Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ek protokollerinin ve Anayasa'nın birlikte güvence altına aldığı bir hakkın ihlal edilmesi gerekir. Ne var ki çalışma hakkı, 1982 Anayasası'nda güvence altına

191 Özcan Bayrak, B. No: 2019/14060, 3/11/2022; Nurullah Kıratlı, B. No: 2019/372, 3/5/2023; Yunus Yıldırım ve diğerleri, B. No: 2018/35325, 12/7/2023.

192 Mustafa Güneş ve Bahar Özgür, B. No: 2022/77281, 28/5/2025.

alınmış olsa da AİHS'te düzenlenen haklardan değildir. Bu nedenle çalışma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurular için Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir¹⁹³. Bu nedenle, sürücü belgesinin geri alınması işlemlerine ilişkin başvurular, çalışma hakkının ihlaline değil mülkiyet hakkı veya özel hayata saygı hakkı kapsamında yapılmakta ve Yüksek Mahkeme mülkiyet¹⁹⁴ veya özel hayata saygı¹⁹⁵ hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir. Sürücü belgesi geri alınan şoförün gelir kaybı yaşayacağı kesindir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi olağandır. Özel hayata saygı hakkının geri alma işlemiyle bağlantılandırılması ise dolaylı bir yoldan olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, mesleki ve özel hayat bir-biriyle yakından ilişkilidir. Ancak Mahkeme, mesleğe ilişkin yapılan bir müdahalenin belirli bir ağırlık düzeyinde olmasını aramaktadır¹⁹⁶. Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşım içerisinde¹⁹⁷. Seyahat özgürlüğü bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Seyahat özgürlüğü Anayasa'nın 23. maddesinde ve AİHS'in 4 no'lu Ek Protokolü'nün 2. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Türkiye bu protokole taraf değildir. Bu nedenle seyahat özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin talepler hakkında da Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir¹⁹⁸. Pasaportun iptal edilmesi işlemi seyahat özgürlüğünü ihlal edebilecektir. Fakat seyahat özgürlüğü bireysel başvurunun kapsamı dışında kaldığından Anayasa Mahkemesi, pasaportların geri alınması konusunda

193 Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013; Sinan Ceylan, B. No: 2019/38275, 24/1/2024.

194 Ali Örs, B. No: 2020/17774, 18/9/2024.

195 Mahmut Aslanbay, B. No: 2020/22893, 2/4/2024.

196 Lekavičienė/Litvanya, B. No: 48427/09, 27/6/2017; Denisov/Ukrayna, B. No: 76639/11, 25/10/2018; Polyakh ve diğ. lerleri/Ukrayna, B. No: 58812/15, 17/10/2019.

197 K.Ş., B. No: 2013/1614, 3/4/2014; Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015; Bülent Polat, B. No: 2013/7666, 10/12/2015; Ata Türkeri, B. No: 2013/6057, 16/12/2015; Ö.Ç., B. No: 2014/8203, 21/9/2016; Haluk Öktem, B. No: 2014/13433, 13/10/2016; E.G., B. No: 2014/12428, 13/10/2016.

198 Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014.

meslekleri gereği yurt dışına sık gidip gelen (akademisyenler, ihracat departmanında çalışanlar), ailesi veya kendisi yurt dışında yaşayan/çalışan kişilerin özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir¹⁹⁹. Anayasa'nın ve AİHS'in ortak koruma alanında bulunmayan temel hak ve özgürlüklerin dolaylı yoldan da olsa korunuyor olması sebebiyle Yüksek Mahkemenin kararlarını yerinde buluyoruz.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İdari işlemlerin geri alınması, Türkiye'de ve çeşitli kıta Avrupası ülkelerinde birtakım sorunlara yol açabilmektedir. Hukuki istikrar, belirlilik, kazanılmış hakların korunması gibi sebeplerle, kimi durumlarda hukuka aykırı işlemlerin ancak belirli sürelerde geri alınabileceği ilgili ülkelerin yüksek mahkemeleri tarafından kabul edilmektedir. Süre sınırı olmadan geri alma, dava açma süresi ve makul süre, geri alma konusunda temel ölçütler olarak kullanılmaktadır. Dava açma süresi kanunlar tarafından açıkça düzenlenmektedir. Ancak hangi işlemlerin dava açma süresinde geri alınabileceğine ilişkin Danıştayın çelişkili kararları bulunmaktadır. Süre sınırı olmadan, yani her zaman geri alınabilen işlemlerde de açık hatanın, hilenin varlığının veya yok hükmünde olmanın tespitinde kimi sorunlar yaşanmaktadır. Açık hata olduğunda kuşku bulunmayan bazı maddi hatalar Danıştay tarafından hata olarak değerlendirilmekte, idarenin dava açma süresinin geçmesinden sonra işlemini geri almasını iptal eden derece mahkeme kararları bozulmaktadır. Hileli bir eylem olduğu açık olan üniversite sınavına kendisi yerine başkasını sokan ilgililerin mezun olması durumunda Yüksek Mahkeme yakın döneme kadar, ancak öğrenim süresince kayıt silmenin

199 Onur Can Taştan, B. No: 2018/32475, 27/10/2021; Yağmur Erşan, B. No: 2018/36451, 27/10/2021; Asya Saydam, B. No: 2018/32268, 18/1/2022; Şengül Tükel, B. No: 2018/12456, 12/1/2022; Dilek Dünder, B. No: 2018/1272, 18/1/2022; Ayşen Çetintaş Doğan, B. No: 2018/7858, 18/1/2022; Ramazan Demir ve diğerleri, B. No: 2018/10727, 13/4/2022; Nevin Padem, B. No: 2018/32822, 26/5/2022; Necati Özkök, B. No: 2018/34658, 26/5/2022; İzge Hakan Günel, B. No: 2019/37323, 5/10/2023; Tuba Karahan, B. No: 2019/39517, 7/2/2024.

mümkün olduğuna karar veriyordu. Kararlarda mezuniyetten sonra ilgililerin hukuki istikrar ilkesi gereği kazanılmış haklarının bulunduğu belirtilmekteydi. Oysa ilgilinin hilesine dayanılarak yapılan işlemin hiçbir zaman kazanılmış hak yaratmayacağı ve bu işlemlerin her zaman geri alınabileceği kabul edilmelidir. Danıştayın 1973 ve 1987 yıllarında vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararları da bu yöndedir. Neyse ki Danıştayın ilgili dairesi daha güncel bir kararında, hileli kayıt işleminin mezuniyetten yedi yıl sonra geri alınmasını hukuka uygun bulmuştur. Bu yöndeki kararların istikrar kazanması gerektiğini düşünüyoruz. Makul süre bakımından ise kavramın elastikiyeti nedeniyle mahkeme kararlarında yeknesaklık sağlanamamaktadır. Hukuka aykırı atama ve terfi konusunda makul süre, Danıştay içtihadı birleştirme kararlarında iki derece yükselmesi (altı yıl) olarak belirlenmiştir. Bunun dışındaki konularda makul süre, her bir olayda ayrı ayrı belirlenmektedir. Danıştayın, bazı durumlarda işlemin geri alınmasında uzun süreyi makul bulduğu, diğer durumlarda ise daha kısa süreleri makul bulmadığı çelişkili kararları bulunmaktadır. Bu çelişkiyi gidermek amacıyla kanunlarda, çeşitli konularda mahkemelere takdir yetkisi de tanıyan geri alma süreleri belirlenebilir. Örneğin öğrenim işlerinde yarıyıl, yıl veya mezuniyet süresi öngörülebilir. Mahkemeler de her bir olayın özelliğine göre bu süreleri uygulayabilir.

İdarenin işlemlerinin geri alınması kimi durumlarda zorunlu olabilir. Ancak işlemlerin geriye yürütülmesiyle hukukilik ve idari istikrar ilkesi arasında makul bir denge kurulmalıdır. İşlemlerin geri alınması; çalışma, eğitim, mülkiyet, özel hayata saygı hakkı ve seyahat özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında, idarenin bu hakları sınırlandıran işlemlerinin hukuka uygun bulunması durumunda hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir. Yüksek Mahkemenin, Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ortak koruma alanında bulunmayan

birtakım hakları, başvuru dilekçesinde başka haklarla bağlantılandırılması şartıyla, dolaylı olarak koruduğu söylenebilir. Yüksek Mahkemenin kararları olumlu olmakla birlikte ilginin hak kaybı, çoğu durumda işlemin geri alınmasından uzun yıllar sonra giderilmektedir. Bu nedenle idare ve idari yargı organları her bir olayı ve olguyu ayrıntılı bir biçimde incelemeli, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını, hukuk siteminin öngördüğü sınırlamalar dışında daraltan eylem, işlem ve kararlardan kaçınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin (1984). “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17., S. 3., ss. 36-45.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat ve KAYA, Cemil (2023). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ALLENA, Miriam (2018). *L’annullamento d’ufficio dall’autotutela alla Tutela*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- ALTINDAĞ, Halil (2016). “İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20., S. 4., ss. 81-97.
- BALTA, Tahsin Bekir (1968-1970). *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara: TODAİE Yayınları.
- BENVENUTI, Feliciano (1990). “Autotutela (diritto amministrativo)”, içinde *Scritti Giuridici Volume II*, Napoli: Jovene Editore, s. 1781-1821.
- BIYIKLI, H. İsmet (1973). “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, *Danıştay Dergisi*, C. 3., S. 11., ss. 82-132.
- BÜLBÜL, Erdoğan (2010). *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- CLARICH, Marcello (2019). *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna: Societa Editrice Il Mulino.
- CORSO, Guido (1969). *L’efficacia del Provvedimento*, Milano: Giuffrè Editore,
- ÇAPTUĞ, Mehpare (2021). “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 9., S. 17., ss. 133-160.
- DURAN, Lûtfi (1964). *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- DURAN, Lûtfi (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

- ERGUUVAN, Derya Deviner (2016). İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- ERKUT, Celal (1988). “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9., S. 1-3., ss. 69-91.
- GÖZLER, Kemal (2019). *İdare Hukuku Cilt I*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TAN, Turgut (2018). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜNDAY, Metin (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru (2010). İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- GÜNEŞ, Turan (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: AÜSBF Yayınları.
- KARAHANOGULLARI, Onur (2018). Marksizm ve Hukuk- Diyalektik Hukuk Bilimi, İstanbul: Yordam Kitap.
- KARAHANOGULLARI, Onur. (2022). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- LOCKE, John (1980). *Second Treatise of Government*, Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- MARX, Karl (2011). *Kapital Cilt I*, Selik, M. ve Satlıgan N. (Çev.), İstanbul: Yordam Kitabevi.
- MATARELLA, B. Giorgio (2015). Il Provvedimento, içinde Sabino Cassese (Der.), *Istituzione di Diritto Amministrativo* (ss. 353-422), Milano: Giuffrè Editore.
- MONTEDURO, Massimo (2014). “Retroattività del Provvedimento Amministrativo e Principi Generali Dell’ordinamento”, *Amministrazione in Cammino*, ss. 1-33.
- OĞURLU, Yücel (2003). *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ONAR Sıddık Sami (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I*, İstanbul: Hak Kitabevi.

- ÖZAY, İl Han (1996). *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları.
- RAMAJOLI, Margherita (2016). “L’annullamento d’ufficio alla Ricerca di un Punto d’equilibrio”, *Rivista Giuridica di Urbanistica*, F. 32., No. 1-4., s. 99-124.
- SANCAKDAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale Burcu, US DOĞAN, Eser, KASPOĞLU TURHAN, Mine ve SEYHAN, Serkan (2021). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞAHİN, Cenk (2018). “Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi – Eleştirel Bir Bakış”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76., S. 2., ss. 757-785.
- TAN, Turgut (1970). *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara: AÜSBF Yayınları.
- TAN, Turgut (1974). “İtalyan İdare Hukukunda İdari İşlemin Geri Alınması”, içinde *Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan*, Ankara: Sevinç Matbaası, ss. 537-564.
- ULER, Yıldırım (1970). *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara: AÜHF Yayınları.
- ULUSOY, Ali Dursun (2019). *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- VIRZI, F. Valerio (2018). “La Doverosità del Potere di Annulamento d’ufficio”, *federalismi.it- Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, No. 14., s. 1-56.
- YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, Halit Eyüp, ÜSTÜN, Gül ve OKAY TEKİNSOY, Özge (2018). *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- YILMAZ, Dilşat (2011). “Alman İdari Usul Hukuku’nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15., S. 2., ss. 253-272.
- ZANOBINI Guido (1955). “Ricorso Amministrativo e Annulamento di Ufficio”, içinde *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Milano: Giuffrè Editore, ss. 477-484.

Çevrim İçi Kaynaklar

Amministrazione in Cammino, https://www.amministrazione-incammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/08/Monteduro_Retroatt_provv-amministr.pdf (Erişim Tarihi: 15/4/2025)

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetz-testexte/VwVfg_en.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Erişim Tarihi: 15/4/2025)

https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/1990_0241.htm (Erişim Tarihi: 18/4/2025)



İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARINDA İHTİYAT İLKESİ

The Precautionary Principle in Climate Change Litigation

Dr. Öğr. Üyesi Züleyha KESKİN*

ÖZET

Literatürde çoğunlukla çevre politikası bağlamında ele alınan ihtiyat ilkesi açık ve standart normatif bir içeriğe sahip değildir. Bu belirsizlik, ilkenin hem esasa hem de usule ilişkin karar süreçlerinde etkin biçimde kullanılmasını engellemektedir. Bilimsel belirsizlik ve yüksek riskin belirleyici olduğu iklim değişikliği davalarında, ihtiyat ilkesinin hem maddi hem de usuli yargısal süreçlerde daha etkin bir rol üstlenebilmesi için açık, net ve uygulanabilir bir standart olarak yasal düzenlemelere konu edilmesi; aynı zamanda bir yargılama ilkesi ve denetim standardı olarak işlev görmesi gerekmektedir. Nitekim ihtiyat, makul ve yeterli önlemlerin neler olduğunun tespitinden kanıt yükü ve kanıt standardının belirlenmesine; mahkemeye erişimden (dava ehliyeti) geçici tedbir kararlarının alınmasına kadar birçok aşamada belirleyici olması gereken temel ilkelerden biridir. İlkenin bu şekilde uygulanması, bir yandan davacı lehine usuli sonuçlar sağlayabilirken, diğer yandan çevresel adaletin gerçekleştirilmesine katkıda bulunacaktır. Bu çerçevede çalışma, ihtiyat ilkesinin uluslararası çevre hukukundaki normatif çerçevesini, uluslararası iklim davaları üzerinden uygulama pratiklerini değerlendirmekte ve ilkenin idari yargılama bağlamındaki potansiyel işlevlerini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İhtiyat ilkesi, iklim değişikliği, idari yargı, kanıt standardı, kanıt yükü.

* Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, zuleyhakeskin2005@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-4154-3058

ABSTRACT

In the literature, the precautionary principle—most often discussed in the context of environmental policy—lacks a clear and standardized normative content. This indeterminacy hinders its effective use in decision-making processes concerning both substantive and procedural matters. In climate change litigation, where scientific uncertainty and high risk are decisive factors, the precautionary principle must be incorporated into legislation as a clear, precise, and enforceable standard in order to play a more active role in both substantive and procedural judicial processes. At the same time, it should function as both a principle of adjudication and a standard of review. Indeed, precaution is one of the fundamental principles that should guide various stages, ranging from determining what constitutes reasonable and adequate measures, to allocating the burden and standard of proof, and from ensuring access to the courts (standing) to issuing interlocutory injunctions. Applied in this way, the principle may generate procedural advantages for claimants while also contributing to the realization of environmental justice. In this context, this study examines the normative framework of the precautionary principle in international environmental law, analyzes its application in international climate litigation, and seeks to identify its potential functions within the context of administrative procedure.

Keywords: Precautionary principle, climate change, administrative law, standard of proof, burden of proof.

GİRİŞ

İklim değişikliği, bilimsel bilgiye yoğun biçimde bağımlı çevre sorunlarının başında gelmektedir¹; özellikle atmosferdeki sera gazı artışının ölçümleri, iklim modelleri, uzun vadeli sıcaklık ve ekosistem değişimlerine ilişkin veriler bu bilgilerin temelini oluşturmaktadır. Her ne kadar iklim değişikliğinin insan kaynaklı olduğu konusunda güçlü bir bilimsel uzlaşa bulunsa da etkilerinin kapsamı, bölgesel dağılımı, şiddeti ve uzun vadeli etkilerine dair önemli belirsizlikler sürmektedir². Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) raporlarında da vurgulandığı üzere bu belirsizliklerin bir kısmı iklim sisteminin karmaşık ve dinamik yapısından, bir kısmı ise mevcut modelleme araçlarının sınırlılıklarından kaynaklanmaktadır³.

İklim değişikliğine ilişkin belirsizlikler, bilimsel araştırmalar ve gelişmelerle veya öngörülen etkilerin gerçekleşmesiyle giderilebilir. Ancak iklim değişikliğinin belirsiz, telafisi imkânsız ve güç zararlarının gerçekleşmesini beklemek ve zarar oluştuktan sonra nedeni ele almak çok geç olduğundan reaktif yaklaşım (*bekle ve gör yaklaşımı*)⁴ yerine, iklim değişik-

- 1 Bkz. Kriebel, D., Tickner, J., Epstein, P., Lemons, J., Levins, R., Loechler, E. L., Quinn, M., Rudel R., Schettler, T. and Stoto, M. (2001). "The Precautionary Principle in Environmental Science", *Environmental Health Perspectives*, Vol. 109., No. 9., pp. 871-876.
- 2 Bkz. Tol, R. S. J. (2014). "Quantifying the Consensus on Anthropogenic Global Warming in the Literature: A Re-Analysis", *Energy Policy*, Vol. 73., pp. 701-705; Farber, D. A. (2015). "Coping with Uncertainty: Cost-Benefit Analysis, the Precautionary Principle, and Climate Change", *Washington Law Review*, Vol. 90., No. 4., pp. 1661,1663; Ayrıca bkz. Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli'nin (IPCC) değerlendirme raporları (Assessment Reports/AR) AR2, AR3, AR5, AR6. IPCC raporları için bkz. www.ipcc.ch. (Erişim Tarihi: 8/7/2025)
- 3 IPCC AR6 belirsizliklerin bir listesini sunmaktadır. Ayrıca bkz. Woodward, A. (2003). Uncertainty and Global Climate Change: The Case of Mosquitoes and Mosquito-Borne Disease, in Tickner, J. (Ed.), *Precaution: Environmental Science and Preventive Public Policy* (pp. 127-139), Washington DC: Island Press, p. 127. Tickner, J. (2003). "Precaution, Environmental Science and Preventive Public Policy", *New Solutions: A Journal of Environmental and Occupational Health Policy*, Vol. 13., No. 3., p. 280.
- 4 Elliot, L. (2004). *The Global Politics of the Environment* (2nd ed.), New

liğini önlemek için proaktif davranış (*harekete geçme*) gerekliliği yaygın bir şekilde benimsenmiştir⁵. İnsan kaynaklı iklim değişikliğinin risklerine ilişkin bilimsel değerlendirmeler de uzun vadede telafisi güç ve imkânsız, büyük ölçekli zararların ortaya çıkma ihtimaline ilişkin makul bir endişe olduğunu göstermiştir⁶. İklim değişikliği konusundaki belirsizlikler ve zarar riskleri, ilkenin iklim politikasında uygulanmasını savunanların en güçlü motivasyonlarından biridir. İhtiyat ilkesi, insanlara ve/veya çevreye ciddi zarar verme riski varsa kesin bilimsel kanıtların yokluğunun eylemsizlik (beklemek) için bir neden olmadığını öngörür⁷.

İhtiyat ilkesi, uluslararası çevre hukukunda ve özellikle iklim hukukunda önemli ölçüde destek bulan bir ilke⁸ olsa da

York: Palgrave MacMillan, p. 79. İklim değişikliği konusunda *bekle ve gör* yaklaşımını savunanlar, daha güçlü kanıtlar bulunana kadar eylemin geciktirilmesini savunurlar. Bkz. Elamparo Deloso, R. (2005). *The Precautionary Principle: Relevance in International Law and Climate Change*, Master's Thesis, Lund University, Sweden, p. 29.

- 5 Bkz. Wiener, J. (2016). Precaution and Climate Change, in Gray, K. R., Tarasofsky, R. and Carlarne, C. P. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (pp. 163-184), Oxford: Oxford University Press; Kegge, R. (2020). "The Precautionary Principle and the Burden and Standard of Proof in European and Dutch Environmental Law", *Review of European Administrative Law*, Vol. 13., No. 2., pp. 113-131. Bu çalışma içinde özellikle bkz. A. Uluslararası Çevre Düzenlemelerinde İhtiyat; II. İhtiyat İlkesinin İklim Davalarındaki Rolü başlıkları.
- 6 Van der Sluijs, J. P. and Turkenburg, W. C. (2006). Climate Change and the Precautionary Principle, in Fisher, E., Jones, J. and Von Schomberg, R. (Eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Chapter 12 (pp. 245-269), Cheltenham: Edward Elgar, p. 1.
- 7 Çalışma içinde bkz. "Uluslararası Çevre Düzenlemelerinde İhtiyat" başlığı. İhtiyat ilkesi hakkında Türkçe kaynaklar için bkz. Turgut, N. (1996). "İhtiyat İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45., S. 1., ss. 67-102; Güneş, A. M. (2012). *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Ankara: Bilge Yayınevi; Civanoglu, A. (2006). *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- 8 Bkz. Nash, J. R. (2008). "Standing and the Precautionary Principle", *Columbia Law Review*, Vol. 108., No. 2., pp. 494-527; Kegge, R. (2020). p. 114; de Sadeleer, N. (2006). "The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law", *European Law Journal*, Vol. 12., No. 2., p. 139; Chen, L. (2016). "Realizing the Precautionary Principle in Due Diligence", *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Vol. 25., pp. 1-23.

açık ve yeknesak bir anlamı olmadığı gerekçesiyle tartışılmaya devam etmektedir. Bununla birlikte iklim davalarındaki belirleyici potansiyeli de göz ardı edilemeyecek önemdedir⁹. İklim değişikliği konusundaki belirsizlikler, yargılamada özellikle kanıt yükünü ve kanıt standardını karşılamayı güçleştirir. Bu durum, özellikle nedensellik bağının kurulması ve sorumluluğun belirlenmesi aşamalarında yargılayanın sonucunu doğrudan etkilemektedir. İhtiyat ilkesi, kesin kanıt eşğine ulaşılmamış olsa bile ciddi zarar riskinin varlığı hâlinde önleyici adımlar atılmasını meşru kılarak belirsizliğin yarattığı hukuki tıkanıklığı aşmaya yardımcı olur. İhtiyat, çevre hukukunda yalnızca risk yönetimini yönlendiren bir politika ilkesi değil aynı zamanda yargısal süreçlerde dava ehliyeti, ihtiyati tedbir, kanıt yükü ve kanıt standardının belirlenmesi gibi kritik konularda uygulanan normatif bir ilkedir. Bu yönüyle çevreyi korumaya yönelik başvuruların daha geniş yorumlanmasına (mahkemeye erişim hakkı bağlamında), ihtiyati tedbirlerin kolaylaştırılmasına ve nihayetinde devletin pozitif yükümlülüklerinin daha etkili denetlenmesine katkı sağlar.

Bu çalışmada, ihtiyat ilkesinin normatif içeriği, tanımları ve iklim değişikliği davalarındaki işlevi ele alınacaktır. Öncelikle, ilkenin uluslararası hukukta ve iklim hukukunda tanımları ve niteliği incelenecektir. Bu bağlamda, ihtiyat ilkesinin iklim davalarında nasıl uygulanabileceği sorusuna açıklık getirilecek; ilkenin kanıt yükü ve standardı, dava ehliyeti ve ihtiyati tedbir gibi yargılama süreçlerindeki işlevi ve uluslararası özen standardı, Paris Anlaşması kapsamında belirlenen ulusal katkılar (NDC) ve AİHS'in 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin belirlenmesindeki rolü birlikte değerlendirilecektir. Böylece ihtiyat ilkesinin yargılama süreçlerini yönlendiren temel ilkelerden biri olması gerektiği savunulacaktır. Bu sav, ilkenin hem esasa hem usule ilişkin

9 Kamu hukuku alanındaki iklim davalarının çoğunun idari yargının konusu olacağı hakkında bkz. Keskin, Z. (2024). "As New Class of Administrative Cases: Climate Change and The Issue of Legal Standing", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 7., No. 2., pp. 463-480.

değerlendirmelerde belirleyici olan özellikle *Urgenda/Hollanda*,¹⁰ *Massachusetts/EPA*¹¹ ve *KlimaSeniorinnen/İsviçre*¹² kararları üzerinden somutlaştırılacaktır. Çalışma, karşılaştırmalı bir içtihat analizi yapmayı değil, Türk hukukunda idari yargıda açılan¹³ ve açılması beklenen iklim davalarına ihtiyat ilkesinin potansiyel etkisini göstermeyi hedeflemektedir. Bu nedenle idari yargının çevre içtihadının detaylı analizi kapsam dışında tutulmuştur; ilerleyen dönemde gelişecek içtihatlarla birlikte bu husus ayrı bir çalışmada ele alınabilir. Bununla birlikte, literatürde ihtiyat ilkesine yönelik çeşitli eleştiriler (ör. bilimsel ve teknolojik gelişmeleri yavaşlatma, belirsizlik ve aşırı önlem riskleri) mevcuttur. Bu tartışmaların ayrıntılı biçimde incelenmesi, çalışmanın odaklandığı yargısal işlev ve normatif çerçeve açısından kapsamı önemli ölçüde genişleteceği için,

- 10 Temyiz Mahkemesi, *Urgenda Vakfı/Hollanda*, 9/10/2018, Case 200.178.245/01, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, § 76 vd. (**Urgenda davası I**). Kararın İngilizce metni için bkz. https://jusmundi.com/en/document/decision/en-stichting-urgenda-v-state-of-the-netherlands-ministry-of-economic-affairs-and-climate-policy-judgment-of-the-hague-court-of-appeal-tuesday-9th-october-2018#decision_51765 (Erişim Tarihi: 7/8/2025); Hollanda Yüksek Mahkemesi, *Urgenda Vakfı/Hollanda*, (2019/20 Aralık 2019,) 19/00135, (**Urgenda davası II**) § 8.3.4 İngilizce metni için bkz. <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>. (Erişim Tarihi: 7/8/2025)
- 11 Amerikan Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, *Massachusetts/EPA*, 549 U.S 497, 528 (2007), s. 497 vd. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep549/usrep549497/usrep_549497.pdf?u=tm_ (Erişim Tarihi: 21/8/2025)
- 12 AİHM, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri/İsviçre*, B. No: 53600/20, 9/4/2024 (*KlimaSeniorinnen/İsviçre*).
- 13 Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review, s. 6'daki tanıma göre Türkiye'de açılan bazı iklim davaları için bkz. "37 termik santrali kapatma davası görüldü: Avukatları 'Cumhurbaşkanının yetkisi yok' dedi", Yeşil Gazete, 17/3/2022, <https://yesilgazete.org/37-termik-santrali-kapatma-davasi-goruldu-avukatlari-cumhurbaskaninin-yetkisi-yok-dedi/#:~:text=Dokuz%20%C3%A7evre%20%C3%B6rg%C3%BCt%C3%BC%20ve%20Adana,%C4%B0dare%20Mahkemesi'nde%20g%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC> (Erişim Tarihi: 21/8/2025); "Gençlerden Cumhurbaşkanı Erdoğan'a ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na İklim Davası: 'Gelecek Hakkımızı Koruyun'" İklim Haber, 9 Mayıs 2023, <https://www.iklimhaber.org/genclerden-cumhurbaskani-erdogana-ve-cevre-sehircilik-ve-iklim-degisikligi-bakanligina-iklim-davasi-gelecek-hakkimizi-koruyun/> (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

burada yalnızca bu eleştirilerin varlığına atıfta bulunulmakla yetinilecektir¹⁴.

I. İHTİYAT İLKESİ: NORMATİF İÇERİK

İhtiyat ilkesi; uluslararası hukukta potansiyel zararların önlenmesi ve öngörülmesi fikrini yansıtan normlarla, önleme ilkesi ve özen yükümlülüğüyle ilişkisi ölçüsünde açıklanabilir. Önleme ilkesi ve özen yükümlülüğü, ilkenin amacını ve sonuçlarını açık bir şekilde belirler.

A. ÖNLEMEDEN TEDBİRE: İHTİYAT İLKESİ

Önleme ilkesi ve ihtiyat ilkesi, “çevrenin yeterli düzeyde korunması ve çevresel zararı önlemek” amacına hizmet etmektedir¹⁵. Önleme ilkesi daha eskiye dayanmakla birlikte

14 İhtiyat ilkesinin inovasyon, maliyet ve bilimsel risk alma kültürü üzerindeki etkileri hakkındaki tartışmalar için bkz. Sunstein, C. R. (2005). *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press; Sunstein, C. R. (2003). “Beyond the Precautionary Principle”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151., No. 3., pp. 1003-1058; Wiener, J. B. and Rogers, M. D. (2002). “Comparing Precaution in The United States and Europe”, *Journal of Risk Research*, Vol. 5., No. 4., pp. 317-349; Hemphill, T. A. (2020). “The Innovation Governance Dilemma: Alternatives to the Precautionary Principle”, *Technology in Society*, Vol. 63., pp. 101-115; Gollier, C., Jullien, B. and Treich, N. (2000). “Scientific Progress and Irreversibility: An Economic Interpretation of The ‘Precautionary Principle’”, *Journal of Public Economics*, Vol. 75., No. 2., pp. 229-253; Marchant, G. E. and Mossman, K. L. (2004). *Arbitrary & Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*, AEI Press; OECD (2018). *Innovation, Productivity and Sustainability in Food and Agriculture: Main Findings from Country Reviews and Policy Lessons*, OECD Publishing; Stirling, A. (2007). “Risk, Precaution and Science: Towards a More Constructive Policy Debate”, *EMBO Reports*, Vol. 8., No. 4., pp. 309-315; European Commission (2000). *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, COM (2000) 1 final, Brussels. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52000D0001> (Erişim Tarihi: 8/7/2025)

15 Trouwborst, A. (2009). “Prevention, Precaution Logic and Law”, *Erasmus Law Review*, Vol. 2., No. 2., p. 112; İhtiyat ve önleme ilkeleri arasındaki ilişki için bkz. Trouwborst, A. (2002). *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International, p. 35; Trouwborst, A. (2006). *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p. 91; Trouwborst, A. (2007). “The Precautionary Principle in General International Law: Combating the Babylonian Confusion”, *Review of European Community and*

birçok çevre anlaşmasının ve kirliliğin en aza indirilmesini amaçlayan somut önlemlerin temelinde¹⁶ uluslararası çevre hukukunda geniş kabul görmüştür¹⁷. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve tahkim kararlarına göre önleme ilkesi, uluslararası hukukun genel bir ilkesidir ve teamül kuralı niteliğindedir¹⁸.

Çevrenin onlarca yıllık bozulmanın ardından kendini iyileştiremeyeceğinin anlaşılmasıyla birlikte, hükûmetler çevresel zararların maliyetlerini kirletenlere yüklemeye başlamıştır¹⁹. Bununla birlikte bu tür ekonomik kuralların işlevselliği, yalnızca zararın gerçekleşmesinden sonra maliyetlerin (sorumluluğun) dağıtılmasıyla sınırlı kaldığında zayıflamakta, etkili olabilmesi için önleyici nitelikteki düzenleyici mekanizmalarla desteklenmesi gerekmektedir. Bu noktada önleme ilkesi, hasar gerçekleşmeden önce devreye giren bir mekanizma olarak önem kazanır²⁰.

International Environmental Law, Vol. 16., No. 2., p. 191; Jaeckel, A. L. (2017). "The Precautionary Principle in International Law", in *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle* (pp. 27–69), Brill Nijhoff.

- 16 Kiss, A. and Shelton, D. (2000). *International Environmental Law* (2nd ed), New York: Transnational Publishers, p. 263.
- 17 Duvic-Paoli, L.-A. (2018). *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 1.
- 18 Bkz. *Iron Rhine Tahkimi* (Belçika/Hollanda), 24/5/2005, Daimi Hakemlik Mahkemesi (PCA), ICGJ 373 (PCA 2005), § 59; Uruguay Nehri Üzerindeki Selüloz Fabrikaları (Pulp Mills) Davası (Arjantin/Uruguay), Uluslararası Adalet Divanı (ICJ), Geçici Tedbirlere İlişkin 13/7/2006, Yargıcı Vinuesa'nın Karşılıklı Görüşü, § 101; Esas Hakkında Karar, ICJ Reports 2010, s. 14.
- 19 de Sadeleer, N. (2020). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (2nd Ed.) Oxford: Oxford University Press, p. 31 vd. Kirleten öder ilkesi için bkz. Nash, J. R. (2000). "Too Much Market? Conflict between Tradable Pollution Allowances and the 'Polluter Pays' Principle", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 24., No. 2., pp. 472-478.
- 20 Önleme kavramı uluslararası hukukta sınıraşan zararları ele almak için kullanılmaktadır. Sınıraşan zarar önleme yükümlülüğü, 1972 Stockholm İnsan Çevresi Bildirgesi'nin 21. ilkesinde detaylandırılmıştır. Bu ilke, devletlere "kendi çevre politikaları uyarınca kendi doğal kaynaklarını kullanma" egemenlik haklarını kullanırken "diğer Devletlerin veya ulusal yetki sınırlarının ötesindeki alanların çevresine" zarar vermeme yükümlülüğü getirmektedir (İlke 21).

Kanada'nın British Columbia bölgesinde faaliyet gösteren Trail Smelter adlı kurşun ve çinko eritme tesisinden atmosfere salınan kükürtdioksit gazlarının ABD'nin Washington eyaletindeki tarım arazileri ve ormanlara zarar vermesi üzerine açılan uluslararası tahkim davasında mahkeme bir devletin kendi topraklarından kaynaklanan faaliyetlerin başka bir devlete zarar vermemesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak *Trail Smelter*²¹ kararına göre bir devlet bu yükümlülüğünü yalnızca zararın "*ciddi bir sonuç*" doğurması ve "*açık ve ikna edici kanıtlarla*" ispatlanması durumunda ihlal etmiş sayılır. Bu ifade, yalnızca çevresel zararların ciddi bir etkiye sahip olması durumunda devletin sorumlu tutulabileceği anlamına gelir ve yüksek bir kanıt standardı oluşturur. Bu yüksek eşikler, önlemin yalnızca ciddi çevresel zararın meydana geleceğine dair bilimsel olarak ölçülebilir ve değerlendirilebilir bir kanıt olduğunda alınması gerektiği anlayışına dayanmaktadır. Bu da çevre zararlarının çoğu zaman uzun vadeli, belirsiz ve bilimsel olarak tam ölçülemeyen etkilerle ortaya çıkması nedeniyle, önleyici müdahalelerin gecikmesine neden olur.

Bazı çevresel risklerin engellenmesi için yeterli bilimsel kanıt bulmak sıklıkla zordur. Çevresel zararlar uzun süre kendini göstermez ve bu zararların genellikle uzun vadeli ve bazen de geri döndürülemez nitelikte etkileri olduğu bilinmektedir. Çevre bilimi ve politikalarının iklim değişikliği, ekosistemin bozulması ve kaynakların tükenmesi gibi sorunlar karşısında tehlikeleri tespit etme ve önleme hızının çok yavaş kalması²²

21 *Trail Smelter Davası* (Amerika Birleşik Devletleri/Kanada), 16/4/1938 ve 11/3/1941, 3 RIAA (Uluslararası Tahkim Kararları Raporları) 1905, s. 1965; Ayrıca bkz. *Alabama Talepleri Davası* (Amerika Birleşik Devletleri/Büyük Britanya), 14/9/1872, 24 RIAA 125; *Korfu Boğazı Davası* (Birleşik Krallık/Arnavutluk) Esas Hakkında, 9/4/1949, UAD Kararları 1949, s. 4.

22 Bilimsel belirsizlik yaratmanın çevre politikalarını geciktirdiğini dair bkz. Oreskes, N. and Conway, E. M. (2010). *Merchants of Doubt: How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming*, Bloomsbury Press. Çevresel bozulmanın hızının, alınan önlemlerden daha hızlı ilerlediğini gösteren küresel değerlendirme raporu için bkz. UNEP (2019). *Global Environment Outlook 6 (GEO-6): Healthy Planet, Healthy People*, Cambridge University Press. İklim değişikliğine karşı alınan önlemlerin

sonucu, önleme ilkesinin gücü zayıflamıştır. İhtiyat ilkesi bu aşamada devreye girer: çevresel zararların tam olarak kanıtlanmasını beklemeden, potansiyel tehditlerin varlığı hâlinde önleyici önlemlerin alınmasını meşrulaştırır. Bu yönüyle ihtiyat ilkesi, *Trail Smelter* kararında benimsenen yüksek kanıt standardına bir tepki ve tamamlayıcı yaklaşım olarak değerlendirilebilir. İlke, özellikle doğal süreçlerin karmaşıklığı ve değişkenliğinden kaynaklanan çevresel etkilerin ciddiyeti ve olasılığı hakkındaki belirsizliklere ve sınırlı öngörülebilirliğe odaklanır²³.

Önleme ve ihtiyat ilkesi arasındaki farkın bilimsel belirsizlik olduğu çoğunlukla kabul edilir²⁴. İhtiyat ilkesinin uygulanması için öngörülen “bilimsel kesinlik eksikliği (bilgi eksikliği)” için hangi derecedeki belirsizliğin önlem alınması hususunda yeterli olduğuna dair genel bir standart yoktur²⁵. İhtiyat ilkesi bağlamında risk, belirsizlikle iç içedir²⁶. Uluslararası anlaşmalarda “risk” genellikle “bilinmeyen veya belirsiz” olasılıklar olarak kullanılır²⁷. Ölçülebilir veya bilinen riskleri

yetersizliğini ve gecikmelerin sonuçlarını ele alan IPCC raporu için bkz. IPCC (2021). *Sixth Assessment Report (AR6), Working Group III, Summary for Policymakers*. Ayrıca bkz. Sands, P., Peel, J., Fabra, A. and MacKenzie, R. (2018). *Principles of International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 212-213.

23 Bkz. Wiener, J. (2016).

24 de Sadeleer, N. (2010). The Principles of Prevention and Precaution in International Law: Two Heads of the Same Coin?, in Fitzmaurice, M. et al. (Eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (pp. 182-199), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 186.

25 Risk ve belirsizlik birbirinden farklıdır ve ihtiyat ilkesinin uygulanması için önemli olabilecek şekillerde farklılık gösterir. Geleneksel tanımlara göre, “risk, bir olasılık dağılımı ile yakalanabilen sonuçlardaki değişkenliktir, ancak belirsizlik bu şekilde ölçülemez.” Smith, H. E. (2004). “Property and Property Rules”, *N.Y.U. Law Review*, Vol. 79., No. 5., p. 1724.

26 Trouwborst, A. (2009). “Prevention, Precaution, Logic and Law: The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions”, *Erasmus Law Review*, Vol. 2., No. 2., p. 118.

27 Petersen, A. (2002). “The Precautionary Principle, Knowledge Uncertainty, and Environmental Assessment.” *Paper for NOB/NIG Workshop “Knowledge Uncertainty”*, 30-31 Ekim 2002, Erasmus University Rotterdam, p. 16.

ele almayı amaçlayan önleme ilkesi de bir dereceye kadar belirsizlik içerir²⁸. Bu anlamda, risklerle mücadele etmek için alınan önlemler, önleyici olduğu kadar ihtiyati unsurlar içerir²⁹. Bu tür bir eylemin ihtiyati boyutu, söz konusu belirsizliklerin göreceli önemine bağlıdır³⁰.

İhtiyat ilkesinin mantığının önemli bir parçasını belirsizlik karşısında öngörü oluşturmaktadır. Öngörü, ihtiyatlı davranışa uygun olarak daha erken bir müdahaleyi içermektedir³¹. Bu sebeple de kökleri Alman çevre hukukundaki “vorsorgeprinzip” (öngörü)³² kavramına dayanan ihtiyat ilkesinin “öngörü ilkesi” olarak çevrilmesi önerilmektedir³³. Öngörü, “(b)ir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma” olarak tanımlanır³⁴. Dolayısıyla

-
- 28 Hohmann, H. (1994). *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, Graham & Trotman, p. 334.
- 29 Cameron, J. and Wade-Gery, W. (1995). Addressing Uncertainty: Law, Policy and the Development of the Precautionary Principle, in Dente, B. (Ed.), *Environmental Policy in Search of New Instruments* (pp. 95-142), Kluwer: The Hague, p. 101; Trouwborst, A. (2009), p. 118.
- 30 Bkz. Trouwborst, A. (2009), p. 118.
- 31 “Yeni unsur, iyileştirici eylem ihtiyacından ziyade zamanlamadır.” Freestone, D. and Hey, E. (1996). “Origins and Development of the Precautionary Principle”, in Freestone, D. and Hey, E. (Eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (pp. 3-15), The Hague: Kluwer Law International, p. 13.
- 32 “Vorsorge kavramı, kelime anlamı olarak ‘önceden ya da önceki bakım ve endişe’ demektir. ‘Bakıma almak veya gözetmek, endişelenmek veya kaygılanmak ve hazırlık yapmak veya temin etmek’ anlamına gelir.” Dana, D. A. (2003). “A Behavioral Economic Defense of the Precautionary Principle”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97., No. 3., p. 1315.
- 33 Kriebel, D., Tickner, J., Epstein, P., Lemons, J., Levins, R., Loechler, E. L., Quinn, M., Rudel, R., Schettler, T. and Stoto, M. (2001). “The Precautionary Principle in Environmental Science”, *Environmental Health Perspectives*, Vol. 109., No. 9., p. 871.
- 34 TDK Sözlük, bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10/8/2025). Oxford Sözlükte ‘başkasının eylemini önceden karşılayan, hazırlık yapan veya engelleyen bir ön eylem’ olarak tanımlanır. Bkz. Oxford English Dictionary, s.v. Anticipation, <https://www.oed.com/view/Entry/8557?redirectedFrom=anticipation>, (Erişim Tarihi: 9/7/2025)

öngörü, ihtiyat ilkesine içkin bir belirsizlik unsuru içerir³⁵. İhtiyat ilkesi, çevre hukuku ve uluslararası hukukta devletlerin, şirketlerin veya diğer aktörlerin potansiyel zararları önceden tahmin edip (öngörüp) bu zararları önlemek için daha erken davranması gerektiğini vurgular³⁶. Bu durumda özen yükümlülüğünün derecesi değişir, devletten daha yüksek bir özen beklenir. İhtiyat ilkesi, zarar riski karşısında daha erken harekete geçmeyi gerektirdiği için önleme ilkesinin gelişmiş bir versiyonu olarak görülebilir³⁷. Birçok modern çevre anlaşması ve belgesi, bu iki ilke yerine³⁸ yalnızca ihtiyat ilkesinden söz etmektedir³⁹. Bu, önlemenin ihtiyat ilkesinin doğasında var olduğu veya bu ilkeyi kapsadığı varsayımına dayanmaktadır⁴⁰.

- 35 Chapman, A. R. (2009). "Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications", *Journal of Human Rights*, Vol. 8., No. 1., p. 22; Trouwborst, A. (2007). pp. 191-192.
- 36 Bkz. Güneş, M. (2023). Gıda Güvenliği Konusunda Danıştay Kararlarında İhtiyatlılık İlkesi, içinde *Türkiye’de Gıda Güvenliği ve Gıda Sektörünün Regülasyonu Sempozyumu*, Ankara, 17 Mayıs 2023, s. 4, https://www.academia.edu/108226582/GIDA_G%C3%9CVENL%C4%B0%C4%9E%C4%B0_KO_NUSUNDA_DANI%C5%9ETAY_KARARLARINDA_%C4%B0HT%C4%B0YATLILIK_%C4%B0LKES%C4%B0_?utm_ (Erişim Tarihi: 9/7/2025)
- 37 Trouwborst, A. (2009). p. 118; Trouwborst, A. (2007). pp. 191, 192.
- 38 Her iki ilkeyi içeren bir dizi uluslararası hukuk ve politika belgesi de bulunmaktadır. Bkz. Afrika’ya İthalatın Yasaklanması ve Afrika’da Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Taşınımının ve Yönetiminin Kontrolüne İlişkin Bamako Sözleşmesi (1991) mad. 4.3 (f). Avrupa Topluluğu Antlaşması (1957- Roma Antlaşması) mad. 174(2); Meuse Nehri’nin Korunmasına İlişkin Sözleşme (2002) mad. 3(2); Scheldt Nehri’nin Korunmasına İlişkin Sözleşme (2002) mad. 3(2); Pan-Avrupa Biyolojik ve Peyzaj Çeşitliliği Stratejisi (1995) Bölüm 2.4, prg. 2 ve 3; 1996 Ems Nehri Ağzında Su ve Doğa Koruma Alanında İşbirliği Protokolü (1960 Hollanda ve Almanya Arasında Ems Nehri Ağzında İşbirliği Anlaşması), mad. 1(2); 1997 Üçlü Wadden Denizi Planı, prg. 8; 1999 Ren Nehri’nin Korunması Sözleşmesi mad. 4; Su ve Sağlık Protokolü (1999) (1992 Sınırtaş Su Yolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanımı Sözleşmesi) mad. 5.
- 39 Bkz. BMİDÇS (1992) mad. 3; Cartagena Biyogüvenlik Protokolü (2000) mad. 1; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (1992) mad. 15; Rio Deklarasyonu İlke 15. Daha fazla örnek için bkz. Trouwborst, A. (2002). p. 41.
- 40 Soria Jiménez, A. (1996). Ecological Catastrophes in Light of the Rio Agreements, in Delbrück, J. (Ed.), *German Yearbook of International Law* (pp. 388-408), Vol. 39., Berlin: Duncker & Humblot, pp. 392-407.

B. ULUSLARARASI ÇEVRE DÜZENLEMELERİNDE İHTİYAT

İhtiyat ilkesi, uluslararası alanda görece yakın bir tarihte 1987’de Kuzey Denizi’nin korunmasına yönelik ikinci uluslararası konferansta kabul edilen Kirliliğin Azaltılması Çağrısında Bulunan Bakanlar Deklarasyonu’nda yer almıştır⁴¹. 1992’de evrensel olarak uluslararası çevre hukukunun merkezî bir ilkesi olarak Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı’nda onaylanmıştır. Bunun dışında çok sayıda çevre beyanında ve anlaşmasında yer almaktadır⁴². İlke, aynı zamanda Avrupa Birliği (AB) çevre hukuku ve politikasının da önemli bir ilkesi hâline gelmiştir⁴³. Bu uluslararası gelişme-

41 Kuzey Denizinin Korunmasına ilişkin İkinci Uluslararası Konferans Deklarasyonu, 25 Kasım 1987, prg. XVI: Kuzey Denizi’nin Korunmasına ilişkin Üçüncü Uluslararası Konferans Deklarasyonu (Lahey Deklarasyonu), 8 Mart 1990, Önsöz; Oslo ve Paris (OSPAR) komisyonlarının müzakereleri sırasında ihtiyat kavramı, Kuzey Denizi’nin ötesinde Kuzeydoğu Atlantik’i de kapsayacak şekilde kendine yer bulmuştur. Bkz. Kuzeydoğu Atlantik mad. 2(2)(a), 1992 Paris Kuzeydoğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi; Baltık Denizi mad. 3(2), Baltık Denizi Sözleşmesi; Karadeniz Deklarasyonu ve Geniş Karayipler Bölgesi Birinci Deklarasyon Paragrafı.

42 Bkz. McGinnis, J. O. (2003). “The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44., No. 2., p. 276; Sunstein, C. R. (2006). “Irreversible and Catastrophic”, *Cornell Law Review*, Vol. 91., No. 4., p. 843; Trouwborst, A. (2007). p. 187; Hickey Jr., J. E. and Walker, V. R. (1995). “Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law”, *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 14., No. 3., pp. 423-424.

43 Avrupa Adalet Divanı, ihtiyat ilkesini çeşitli davalarda yorumlayarak, bilimsel belirsizlik durumunda dahi çevresel ve halk sağlığına yönelik önlemlerin alınmasını gerektirmiştir. Bkz. *Pfizer Animal Health SA v Avrupa Birliği Konseyi*, Case T-13/99, [2002] ECR II-3305 (*Pfizer Davası*). <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=t-13/99>, (Erişim Tarihi: 21/8/2025); 1992 Avrupa Birliği Antlaşması (1992 Maastricht Antlaşması) ihtiyat ilkesini “çevre ile ilgili topluluk politikalarının” temel dayanaklarından biri olarak kabul etmiştir (mad. 174/2). Lizbon Antlaşması (2007) sonrası yapılan düzenlemelerle bu madde numarası değişimi ve Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın (TFEU) 191. maddesi haline gelmiştir. Ayrıca bkz. Avrupa Çevre Ajansı (EEA) (2001). Erken Uyarılardan Geç Alınan Dersler: İhtiyat İlkesi 1896–2000 Raporu: EEA (2001). s. 14. https://www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/environmental_issue_report_2001_22, (Erişim Tarihi: 8/7/2025); (EEA (2001)); İhtiyat İlkesi

lerle birlikte giderek artan sayıda devlet ihtiyat ilkesini ulusal çevre yasaları ve politikalarında uygulamaktadır⁴⁴.

Antlaşmalar, bildirgeler, uluslararası örgüt kararları, eylem programları ve ulusal ve uluslararası içtihat dâhil olmak üzere çok sayıda kaynak ihtiyat ilkesi için genel bir çerçeve sunmaktadır⁴⁵. İhtiyat ilkesinin en iyi ifadesi için genellikle 1992'deki BM Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda Rio Deklarasyonu'nun 15. ilkesi örnek gösterilmektedir. Bu ilkeye göre “*ciddi veya geri döndürülemez zarar tehditlerinin bulunduğu durumlarda, tam bilimsel kesinlik eksikliği, çevresel bozulmayı önlemeye yönelik maliyet etkin tedbirlerin ertelenmesi için bir gerekçe olarak kullanılamaz.*” İhtiyat ilkesinin benzer anlamdaki tanımları, farklı antlaşmalarda yer almaktadır⁴⁶. İhtiyat ilkesi,

Hakkındaki Bildirisi'de Avrupa Komisyonu, “çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığı başta olmak üzere uygun bulunduğu koruma düzeyini belirleme hakkına sahip olduğunu” ifade etmiştir. Bkz. European Commission (2000). Özet prg. 3; Kege, R. (2020). p. 114.

- 44 İhtiyat ilkesi, 2005 yılında Fransız Anayasası'na dahil edilmiştir, Bkz. Yurtcanlı, S. (2012). “Fransız Çevre Şartı'na Bir Bakış”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No. 47., s. 322 vd.; 2005 yılında Birleşik Krallık Çevre, Gıda ve Köy İşleri Bakanlığı (DEFRA) tarafından yayımlanan “İhtiyat İlkesi Üzerine Kılavuzlar” belgesinde ihtiyat ilkesi, karar alma sürecini yöneten bir ilke olarak yer alır. Bkz. United Kingdom, Department for Environment, Food & Rural Affairs (DEFRA) (2005). *Guidelines on the Precautionary Principle*, [https://www.gov.uk/government/publications/environmental-principles-policy-statement?utm](https://www.gov.uk/government/publications/environmental-principles-policy-statement/environmental-principles-policy-statement?utm) (Erişim Tarihi: 21/8/2025); İhtiyat ilkesi, İsveç Çevre Kanunu'nun (Miljöbalken, 1998:808) 2. Bölümünde (General Rules of Consideration - Genel Dikkate Alma Kuralları) düzenlenmiştir. <https://www.government.se/contentassets/ets/be5e4d4ebdb4499f8d6365720ae68724/the-swedish-environmental-code-ds-200061/> (Erişim Tarihi: 8/7/2025); Diğer örnekler için bkz. Vos, E. and De Smedt, K. (2019). *Taking Stock as a Basis for the Effect of the Precautionary Principle Since 2000*, RECIPES Project, p. 16. <https://bit.ly/precaution-2000> (Erişim Tarihi: 8/7/2025)
- 45 İlkenin uygulanması için geliştirilen bazı çerçeveler için bkz. Fisher, E. and Harding, R. (2006). The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism: The Development of Frameworks for Applying the Precautionary Principle, in Fisher, E., Jones, J. and von Schomberg, R. (Eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects* (pp. 113-136), Cheltenham: Edward Elgar.
- 46 Bkz. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (1992). Cartagena Biyogüvenlik Protokolü (2000).

bir dizi uluslararası çevre belgesine doğrudan ya da dolaylı olarak farklı kavramlarla (ihtiyati yaklaşım, ihtiyati tedbir) dâhil edilmiştir⁴⁷. Uluslararası belgelerde ihtiyat kavramını yansıtan hükümler bulunsa da; ilkenin anlamı, normatif içeriği ve hukuki statüsü konusunda yeknesak bir anlayışa ulaşamadığı görülebilir⁴⁸.

İhtiyat ilkesinin bağlayıcı uluslararası teamül kuralı statüsünde ya da sadece bir rehber ilke olup olmadığı konusunda bir ikilem vardır⁴⁹. Tartışmalar devam etse de⁵⁰ ihtiyat ilkesinin teamül hukuk kuralı olduğu genel olarak kabul görmektedir⁵¹. Bu görüşün destekçileri, ilkenin teamül hukuku nite-

47 Viyana Sözleşmesi (1985). Doğrudan ihtiyat ilkesi geçmese de, mad. 2'de önleyici tedbirleri teşvik eden bir çerçeve sunar. Montreal Protokolü (1987). Giriş prg. 6, ihtiyati tedbirlerle ozon tabakasının korunacağını belirtir. Sınırşan Sular Sözleşmesi (1992) mad. 2.5 (a), prg. 8, ihtiyati tedbirlerin alınmasını öngörür. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (1992). Giriş, prg. 9, bilimsel belirsizliklerin önleyici tedbirlere engel olmaması gerektiğini vurgular. Kuzeydoğu Atlantik Deniz Çevresi Sözleşmesi (1992). mad. 2.2 (a), ihtiyat ilkesinin uygulanmasını gerektirir. Balık Stokları Anlaşması (1995). mad. 6, ihtiyatlı yaklaşımın benimsenmesini öngörür. Cartagena Biyogüvenlik Protokolü (2000). Giriş, prg. 4, ihtiyatlı yaklaşımı Rio Deklarasyonu'na dayandırır; mad. 1, 10 (6) ve 11 (8) ihtiyatlılığı ima eder. Tedsen, E. and Homann, G. (2013). "Implementing the Precautionary Principle for Climate Engineering", *Carbon & Climate Law Review*, Vol. 7., No. 2., p. 91.

48 Sands, P. (2003). *Principles of International Environmental Law* (2nd ed.), Cambridge: Cambridge University Press, p. 272; Sands, P., Peel, J., Fabra, A. and MacKenzie, R. (2018). p. 234; Hickey Jr., J. E. and Walker, V. R. (1995). "Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law", *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 14., No. 3., pp. 424, 425; Sunstein, C. R. (2003). pp. 1004-1008; Tedsen, E. and Homann, G. (2013). pp. 94-95; Fisher, E. (2001). "Is the Precautionary Principle Justiciable?", *Journal of Environmental Law*, Vol. 13., No. 3., pp. 315-334.

49 Farklı görüşler için bkz. Susskind, L. (1994). *Environmental Diplomacy: Negotiating More Effective Global Agreements*, Oxford: Oxford University Press, p. 79; Geistfeld, M. (2001). "Implementing the Precautionary Principle", *Environmental Law Reporter*, Vol. 31., p. 11326; McGinnis, J. O. (2003). pp. 229, 269; Sunstein, C. R. (2006). pp. 841, 843; Freestone, D. and Hey, E. (Eds.) (1996).

50 Bkz. Pedersen, O. W. (2014). "From Abundance to Indeterminacy: The Precautionary Principle and Its Two Camps of Custom", *Transnational Environmental Law*, Vol. 3., No. 2., pp. 323-339.

51 Bkz. Trouwborst, A. (2002). pp. 7-31; Freestone, D. and Hey, E. (1996). pp.

liğine sahip olduğuna dair devlet pratiği (objektif unsur) ve opinio juris (subjektif unsur) koşullarını karşıladığını düşünmektedir⁵². Nitekim birçok uluslararası anlaşma ve belgenin yanı sıra bu ilkenin devlet politikasının bir parçası hâline geldiğini gösteren kanıtlar da mevcuttur. Ulusal ve uluslararası yargı organları da bu ilkeyi giderek daha fazla kullanmaktadır⁵³. Buna rağmen ihtiyat ilkesinin hukuki değeri hâlâ tartışmalıdır⁵⁴. Birçok belgede ilke, belirsizliğin önlem almamayı

3-15; McIntyre, O. and Mosedale, T. (1997). "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *Journal of Environmental Law*, Vol. 9., No. 2., pp. 221-225.

- 52 "Uluslararası çevre anlaşmalarını, ulusal yasaları ve politikaları, yargı kararlarını ve devlet beyanlarını inceleyerek, Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü'nün 38(1)(b) maddesi gereği uluslararası bir teamülün varlığını kanıtlamak için devlet pratiği ve hukuki görüşlerin yeterli kanıtının bulunduğunu makul bir şekilde söyleyebiliriz." Elamparo Deloso, R. (2005). p. 41; ayrıca bkz. Sands, P., Peel, J., Fabra, A. and MacKenzie, R. (2018). pp. 239, 240; Sands, P. (2003). p. 279.
- 53 ITLOS Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, 'ihtiyatlı yaklaşımın artan sayıda uluslararası antlaşmaya ve diğer belgelere dahil edildiğini, bunların çoğunun Rio Deklarasyonu'nun 15. İlkesinin formülasyonunu yansıttığını' belirtmiştir. Dairenin görüşüne göre, bu durum, bu yaklaşımı teamül hukuku parçası haline getirme yönünde bir eğilim başlatmıştır. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (ITLOS) (2011). *Alanla İlgili Faaliyetlerde Kişileri ve Kuruluşları Destekleyen Devletlerin Sorumlulukları ve Yükümlülükleri*, Danışma Görüşü, ITLOS Raporları 2011, pp. 10-70, prg. 135. ITLOS, Mavi Yüzgeçli Orkinos davalarında, " tarafların, güney mavi yüzgeçli orkinos stokuna ciddi zarar gelmesini önlemek için etkili koruma tedbirlerinin alınmasını sağlamak amacıyla ihtiyatlı ve dikkatli davranmaları gerektiğine" karar vermiştir. Güney Mavi Yüzgeçli Orkinos Davaları (Yeni Zelanda/Japonya; Avustralya/Japonya) (1999). (Geçici Önlemler) (ITLOS Davaları No. 3 & 4, 27 Ağustos 1999), prg. 77; 38 ILM (1999) 1624. Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) (1995). *Nükleer Testler (Yeni Zelanda/Fransa)*, ICJ Raporları, 288; Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) (1997). *Gabcikovo-Nagymaros (Macaristan/Slovakya)*, ICJ Raporları, 7; Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) (2013). *Havaile İlaçlama (Ekvador/Kolombiya)*, prg. 172, 173. İhtiyat ilkesinin uluslararası teamül hukuku normu olarak ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin örnekler arasında Hindistan ve Kanada Yüksek Mahkemelerinin sırasıyla deri endüstrisi ve böcek ilaçlarından kaynaklanan çevre kirliliğine ilişkin kararları da yer almaktadır. Bkz. Hindistan Yüksek Mahkemesi (1996). *Tamil Nadu Dericileri Davası, Vellore Citizens Welfare Forum/Union of India*, 5 SCC 647, AIR (SC) (1996) 2715, prg. 14; Kanada Yüksek Mahkemesi. (t.y.). *Spray-Tech/Hudson*, 19 MPLR (3d) 1; Avrupa Adalet Divanı. (2018). *Bayar ve Syngenta/Avrupa Komisyonu* (birleştirilmiş davalar T-429/13 ve T-451/13), [2018] EU:T:2018:280, prg. 109.
- 54 Bkz. Harding, R. and Fisher, E. (Eds.) (1999). *Perspectives on the Precautionary*

haklı çıkarmadığı şeklinde formüle edilmiştir. İhtiyat ilkesi, tek başına somut veya pratik yükümlülükleri tanımlamadığı için belirli durumlarda nasıl ve ne ölçüde uygulanacağı belirsizdir⁵⁵. İhtiyat ilkesinin çeşitli kaynaklarda birçok farklı tanımı bulunur⁵⁶. Tanım çeşitliliği uygulamada esneklik sağlasa da yorum farkının getirdiği belirsizlik, ilkenin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. İlkenin nasıl uygulanacağı, hangi koşullar altında harekete geçileceği, eylemi haklı kılacak zarar düzeyi ve türü, eylemi haklı kılmak için gereken bilgi miktarı, ihtiyati önlem olarak uygun olabilecek eylem türleri ve bunların hangi koşullar altında uygun olacağı sorularına⁵⁷ farklı yanıtlar verilmektedir⁵⁸. Bazı formülasyonlarda ihtiyat ilkesi, makul düzeyde bir risk ortaya çıktığında, maliyetine bakılmaksızın faaliyetlerin durdurulmasına yönelik bir emir gibi görünürken (güçlü versiyon), diğerlerinde sadece çevreye potansiyel olarak zararlı faaliyetlere karşı bir karine (zayıf ve orta güçlü versiyon) oluşturmaktadır⁵⁹.

BMİDÇS ve Rio Deklarasyonu gibi çoğu uluslararası anlaşmada ihtiyat ilkesinin ‘zayıf’ versiyonu kabul edilmektedir⁶⁰. Rio Deklarasyonu (İlke 15) maliyet etkinliğini vurgulayarak ve katı yasaklardan kaçınarak zayıf versiyonu yansıtmakta-

Principle, Federation Press; Raffensperger, C. and Tickner, J. A. (Eds.) (1999). *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Island Press; Freestone, D. and Hey, E. (Eds.), (1996).

55 Bkz. Geistfeld, M. (2001). p. 11326; Stone, C. D. (2001). “Is There a Precautionary Principle?”, *Environmental Law Reporter*, Vol. 31., No. 7., pp. 10790-10799; Farber, D. A. (2015). p. 1675.

56 Sunstein, C. R. (2006). p. 848.

57 Tedsen, E. and Homann, G. (2013). p. 94.

58 Örneğin Sandin ihtiyat ilkesinin uygulanmasından önce “güçlü bilimsel kanıtlar”, “bilimsel olarak desteklenen güçlü şüpheler” ve “zayıf kanıtlar” gibi niteliksel terimlerle bir kanıt derecesi önerir. Sandin, bu farklı dereceleri kullanarak ihtiyat ilkesinin ne zaman ve nasıl devreye gireceğini tartışır. Sandin, P. (1999). “Dimensions of the Precautionary Principle”, *Human and Ecological Risk Assessment*, Vol. 5., No. 5., pp. 889-907; Tedsen, E. and Homann, G. (2013). p. 94.

59 Stone, C. D. (2001). s. 10790; Wiener, J. B. and Rogers, M. D. (2002). pp. 320-321.

60 Vos, E. and De Smedt, K. (2019). p. 16.

dır. 1992 BMİDÇS'nin 3(3) maddesi, örneğin zararın “açık ve ikna edici kanıt”larla kanıtlanmasını değil “ciddi veya geri döndürülemez” olmasını gerektirir. Üstelik bu hüküm, tarafların yalnızca *maliyet etkin* önlemler almasını talep etmektedir. Maliyet-etkin şartı, güçlü ihtiyat ilkesine kıyasla ekonomik açıdan rasyonel önlemlere öncelik verilmesini sağlar. Maliyet-etkin önlem hükümleri, ekonomik olarak uygulanabilir olmalarını sağlayarak ihtiyati önlemlerin kapsamını sınırlamaktadır. Bu durum, maliyeti ne olursa olsun çevrenin korunmasına öncelik verebilecek güçlü ihtiyati yaklaşımlarla tezat oluşturmaktadır⁶¹.

AB mevzuatı belirli şartlar altında ihtiyat ilkesiyle yüksek koruma seviyesi sağlayacak önlemleri öngörür ancak ihtiyat ilkesinin uygulanması için belirli bilimsel ve hukuki koşullar aranır⁶². Avrupa Komisyonunun 2000 tarihli İhtiyat İlkesi Bildirisi, ihtiyat ilkesiyle tutarlı önlemlerin “eylemin veya eylemsizliğin potansiyel fayda ve maliyetlerinin değerlendirilmesini” ve “yeni bilimsel veriler ışığında gözden geçirmeye tabi” olması gerektiğini belirtmektedir⁶³. Bu, güçlü ihtiyat ilkesinden farklıdır, bilimsel bir değerlendirme yapılmadan ihtiyat ilkesi doğrudan devreye girmez. Ayrıca Komisyon, ihtiyati önlemlerin orantılı olması ve alınan önlemlerin ekonomik boyutunun da göz önünde bulundurulmasını önerir. Güçlü ihtiyat ilkesi ekonomik faktörleri (maliyet etkin önlemleri) karar sürecinde dikkate almazken, orta seviyedeki ihtiyat ilkesi bu unsurları değerlendirir. Bununla birlikte Avrupa Komisyonu, “endişelenmek için makul gerekçeler” standardını seçmiştir⁶⁴. Ay-

61 Trouwborst'a göre ihtiyati tedbirlerin geleneksel, katı ekonomik anlamda maliyet-etkin olması gibi bir gereklilik yoktur. Bu, çevresel ve toplumsal faydaların maliyetten daha ağır basabileceği senaryolar için önemli bir noktadır. Kaldı ki bu durumlarda etkili ihtiyati tedbir, süreç içinde maliyet etkin olma eğilimindedir. Trouwborst, A. (2007). p. 193 vd.

62 Avrupa Komisyonu (2000).

63 Avrupa Komisyonu (2000).

64 Avrupa Komisyonu (2000). “*Topluluk, çevre ve insan, hayvan veya bitki sağlığında yüksek düzeyde bir koruma sağlamaya çaba göstermiştir. Çoğu durumda, bu yüksek koruma düzeyine ulaşılmasını sağlayan önlemler tatmin edici*

rica kanıt yükünün tamamen risk yaratan tarafa kaydırılması söz konusu değildir. AB Komisyonu bildirisi, bu yükümlülüğün bazen düzenleyici otoritelere veya bağımsız bilimsel kuruluşlara da ait olabileceğini öngörür. Avrupa Komisyonu'na göre, belirli ürünlerin piyasaya sürülmeden önce ön onay gerektiren (örneğin ilaçlar, pestisitler) ürünleri listelediği bir düzenleme ile ihtiyat ilkesini uygular. Bu durumda, yeni bir ürün piyasaya sunmak isteyen tarafın, çevresel risk olmadığını kanıtlaması gerekir. Burada ihtiyat ilkesi, yükümlülük (*obligation*) olarak uygulanır ve özel kanıt kuralları devreye girer. İhtiyatlı davranma yükümlülüğü altında olan tarafın, tedbirlerin çevreye zarar vermediğine dair kanıt yükünü taşıdığı anlamına gelir. Başka bir deyişle, 'potansiyel olarak zararlı faaliyetlerin savunucuları' bu tür faaliyetlerin 'çevresel açıdan kabul edilebilir' olduğuna dair kanıt sunmak zorundadır. Yükümlülüğün bu şekilde dağıtılması, bu tarafların bir tedbir almadan önce etki değerlendirmeleri yapmalarını sağlayacaktır. Eğer bir önlem veya ürün zaten piyasadaysa ve çevreye zarar verdiği iddia ediliyorsa kanıt yükü, bunu iddia eden tarafa düşer. Genel kanıt kuralları uygulanır ve ihtiyat ilkesi burada gerekçe (*justification*) olarak kullanılır⁶⁵.

Güçlü versiyonlar nadirdir ve tipik olarak yüksek riskli faaliyetler için ihtiyati önlemler önerir, örneğin belirli tehlikeli maddelerin yasaklanması. Bu anlamda, Wingspread Bildirgesi, güçlü ihtiyat ilkesinin en iyi örneklerinden biridir⁶⁶. İhtiyat için bilimsel kesinlik şart koşulmaz. Faaliyetin güvenli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü, tamamen risk yaratan tarafın üzerindedir. Faaliyetin güvenli olduğunu kanıtlaması gere-

bir bilimsel temelde belirlenebilir. Ancak, potansiyel tehlikelerin çevreye veya insan, hayvan veya bitki sağlığına etki edebileceğine dair makul gerekçeler bulunduğu ve mevcut veriler ayrıntılı bir risk değerlendirmesini engellediğinde, ihtiyat ilkesi çeşitli alanlarda bir risk yönetimi stratejisi olarak kabul edilmiştir."

65 Bkz. Ambrus, M. (2012). "The Precautionary Principle and a Fair Allocation of the Burden of Proof in International Environmental Law", *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, Vol. 21., No. 3., p. 259.

66 Wingspread Bildirgesi (1998). <https://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>, (Erişim Tarihi: 8/7/2025)

ken taraf, faaliyeti gerçekleştirmek isteyen taraf olmalıdır. Bildirge ayrıca zarar oluşturabilecek faaliyetler yerine daha güvenli alternatiflerin tercih edilmesi gerektiğini ifade ederek güçlü ihtiyat ilkesini destekler.

Vurguları farklı olsa da güncel uluslararası hukuk formülasyonlarında ihtiyat ilkesi üç temel unsuru içermektedir: çevreye (ciddi/önemli/geri döndürülemez) zarar riski veya tehdidi, nedenler ve/veya etkiler hakkında (bilimsel) bilgi eksikliği⁶⁷ ve önleyici (makul) eylem⁶⁸. Bu üç koşul birlikte ilkenin

67 Trouwborst, “endişe için makul gerekçeler’in olup olmadığı, mevcut en iyi bilgilere dayalı olarak belirleneceğini ifade etmekte ancak makul endişe gerekçesini yalnızca bilimsel verilere dayandırmamaktadır. Yazar bir faaliyetin çevresel zarara yol açabileceğine dair kesin bilimsel kanıtlar olmasa bile, mevcut bilgilerin kaygı oluşturacak kadar güçlü olduğu durumlarda, devletlerin önleyici tedbirler alması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda “makul kaygılar”ın bilimsel olmayan bilgiyle de temellendirilebileceği, riskin hesaplanabilir olmasının şart olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca devletlerin bu kaygıları değerlendirme ve uygun önlemler alma konusunda takdir yetkilerine sahip olduğu ifade edilmektedir. Önleyici ilkenin sadece hesaplanabilir risklerle sınırlı olmadığı, belirsizliğin çeşitli türlerinde de uygulanabileceği vurgulanmaktadır. Uygulamada, bu tür bilgiler genellikle bilimsel araştırmaların bir sonucu olacaktır, ancak bu, ihtiyat ilkesinin devreye girmesi için bir önkoşul değildir. İlgili riskin endişe için makul gerekçeler oluşturması için nicel olarak belirlenmesi gerekmez. Objektif ve subjektif faktörlerin bir kombinasyonu, herhangi bir belirli beklenen etkinin gerçekten olumsuz, önemli, ciddi ve/veya geri dönüşümsüz olup olmadığını belirler. Eğer bir etki, gerçekleşirse, uluslararası çevre hukukunun maddi bir kuralını ihlal ediyorsa, kesinlikle önemli olarak nitelendirilecek ve aynı zamanda ciddiyet şüphesi uyandıracaktır. Devletlerin daha önceki açıklamaları, örneğin, hukuki araçların başlangıç bölümlerinde, neyin önemli veya ciddi çevresel zarar olarak kabul edilmesi gerektiğine dair ipuçları sağlar. Her bir davanın koşulları, bu ve diğer faktörlerin ağırlığını belirler ve dolayısıyla ilgili makamların takdir yetkisi için alan yaratır. Trouwborst, A. (2007). p. 191; Trouwborst, A. (2006). pp. 145, 146.

68 Bu formülasyon, çeşitli yazarlar tarafından da desteklenmiştir. Hohmann, H. (1994). p. 10; Cameron, J. and Abouchar, J. (1996). “The Status of the Precautionary Principle in International Law”, in Freestone, D. and Hey, E. (Eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (pp. 29–38). Kluwer Law International, p. 30; Christoforou, T. (2002). The Precautionary Principle in European Community Law and Science, in Tickner, J. (Ed.), *Precaution: Environmental Science and Preventive Public Policy* (pp. 241–262), Island Press, p. 241. Trouwborst, A. (2007). Sandin’e göre, ihtiyatlı eylem için üç kriter bulunmaktadır: kasıtlılık (niyetlilik), belirsizlik ve makullük. Sandin, P. (2002). *The precautionary*

karar kuralını (karar üçgeni) oluşturur⁶⁹. Bu üç koşulun tam olarak nasıl belirleneceği duruma bağlıdır: Beklenen zarar az ya da çok şiddetli olabilir, zararın meydana gelmesiyle ilgili kanıtlar az ya da çok önemli (kesin) olabilir ve önerilen çözüm az ya da çok etkili olabilir. Bu esneklik, ilkenin mevcut formülasyonlarının çokluğunu kısmen açıklasa da ilkenin temel iskeleti değişmemektedir⁷⁰. İlkenin çeşitli versiyonları, ihtiyati önlemlerin ne zaman haklı görüleceğini belirleyen bazı epistemik eşikleri ya da *de minimis* gereklilikleri ifade etmek-

principle: From theory to practice (Licentiate thesis). Kungl Tekniska Högskolan, pp. 7-8. Avrupa Komisyonu için ihtiyat ilkesine başvurmayı tetikleyen faktörlerle bağlantılı bir “hareket etme ya da etmeme konusunda siyasi bir karar”, bilinmeyen veya belirsiz bir zarar ve makullük kriterini karşılayan bir eylem olduğunda ihtiyatlı kabul edilir. Avrupa Komisyonu (2000).

- 69 Bir karar kuralı olarak İhtiyatlılık ilkesi temel olarak, üç koşuldan oluşan ‘karar üçgeni/karar kuralı’ olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Hopster, J. (2023). “Climate Uncertainty, Real Possibilities and the Precautionary Principle”, *Erkenntnis*, Vol. 88., p. 2434.
- 70 Steel, ihtiyat ilkesini üç bileşenden (karar üçgeni, orantılılık ve meta ihtiyat ilkesi) oluşan bir karar kuralı olarak sunmaktadır. Steel orantılılığı “tutarlılık” ve “verimlilik” olarak adlandırdığı kavramlarla ifade etmektedir. Steel’in meta-ihtiyat ilkesi ciddi bir zarar tehdidi karşısında bilimsel belirsizliğin eylemsizliğe sebep olmamalıdır. Bkz. Steel, D. (2014). *Philosophy and the Precautionary Principle*, Cambridge University Press; Steel, D. (2013). “The Precautionary Principle and the Dilemma Objection”, *Ethics, Policy & Environment*, Vol. 16., No. 3., pp. 321-340. Steel’in önerdiği üç bileşenli karar kuralına Hopster, ‘ters bağlantı’ (*inverse linkage*) kuralını eklemektedir. Buna göre öngörülen felaket ne kadar büyükse, ihtiyati eylemi garanti altına almak için o kadar az kanıtı ihtiyaç duyulur. Yani, beklenen zarar gerçekten de felaket boyutundaysa, epistemik gerekçeleri karşılayacak standartlar düşük olmalıdır, öyle ki önlem kolayca alınabilsin. Ancak, zarar çok ciddi olsa bile, eğer risk hiçbir makul epistemik temele dayanmıyorsa, ihtiyat ilkesinin devreye sokulması rasyonel olmayabilir. Bu nedenle Hopster, epistemik koşulu (ve minimis gerekliliğini) ihtiyat ilkesinin aşırı genişletilmesini önleyen önemli bir filtre olarak görür. Hopster’e göre bu dört aşamalı ihtiyat ilkesi, makul bir karar kuralı oluşturmaktadır. Hopster, J. (2023). pp. 2435-2437.

tedir⁷¹. Risk veya belirsizlik altında⁷² karar vermeye yönelik tüm normatif yaklaşımlar, önlem alınması için hangi düzeyde kanıtın yeterli olduğu ve kimin kanıt yükü⁷³ altında sorusuyla

- 71 Epistemik koşul, bir tehlikenin ihtiyat ilkesini harekete geçirebilmesi için spekülasyon olmaması, yani bilimsel olarak tamamen temelsiz veya varsayımsal bir risk olmaması gerektiğini vurgular. De minimis gerekliliği, dikkate alınan risklerin çok küçük, ihmal edilebilir veya tamamen belirsiz olmaması gerektiğini belirtir. Hopster'a göre, bir riskin gerçek bir olasılık olarak kabul edilmesi için bazı makul bilimsel veya rasyonel gerekçelere dayanması gerekir. İhtiyat ilkesini devreye sokabilmek için bilimsel belirsizlik olsa bile en azından belirli bir seviyede güvenilir bilgiye ihtiyaç vardır. Hopster, J. (2023). pp. 2431-2432. Foster, ihtiyat ilkesinin uygulanabilmesi için bazı asgari eşiklerin olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu eşikler, bilimsel belirsizliğin derecesi ve potansiyel zararın büyüklüğü gibi faktörleri içerir. Foster'a göre, ihtiyat ilkesinin uygulanabilmesi için, bilimsel belirsizliğin belirli bir seviyenin üzerinde olması ve potansiyel zararın ölçeğinin ciddi boyutlarda olması gerekmektedir. Bu durumda, ihtiyat ilkesine dayanarak koruyucu önlemler alınması için kanıt standardının düşürülmesi ve kanıt yükünün yeniden değerlendirilmesi gibi prosedürel değişiklikler yapılabilir. Foster, C. E. (2011). *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge University Press, p. 257. "Sadece belli bir öneme sahip belirsiz riskler ihtiyat ilkesi kapsamına girmelidir". de Sadeleer, N. (2002). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, pp. 156, 157. Beklenen çevresel zararın olasılığı ve ciddiyeti, "endişe için makul gerekçeler", "önemli zarar" ve "ciddi/geri dönüşümsüz zarar" eşiklerinin kesiştiği bir ölçek olarak düşünülebilir. Trouwborst'a göre ilke en azından makul endişe gerekçelerinin olduğu durumlarda uygulanır. Trouwborst, A. (2007). p. 191, 198.
- 72 Hopster, ihtiyat ilkesinin risk (olasılıkların bilindiği durumlar) ve belirsizlik (olasılıkların bilinmediği veya güvenilmez olduğu durumlar) arasındaki ayrımı netleştirmekte yetersiz kaldığını belirtir. Bu belirsizlik, ilkenin hangi koşullarda uygulanması gerektiği konusunda kafa karışıklığına yol açmaktadır. Yazar, karar vericilerin, bir olayın gerçekleşme olasılığına dair birinci dereceden kanıtlarla bu olasılıkların güvenilirliğine dair ikinci dereceden epistemik durumları nasıl bir araya getirecekleri konusunda bir "toplama/birleştirme sorunu" (aggregation puzzle) yaşadıklarını vurgular. Hopster, J. (2023). p. 2442 vd.
- 73 Kanıt yükünün dağılımı bağlamında Ambrus, ihtiyat ilkesinin uygulanmasında kanıtlama yükünün nasıl dağıtılması gerektiğini Avrupa Komisyonu'nun 2000 tarihli ihtiyat ilkesine ilişkin bildirisinde (bkz. Avrupa Komisyonu. (2000)) belirtilen iki farklı senaryo üzerinden ele almakta ve ihtiyat ilkesinin yükümlülük ya da gerekçe olarak ileri sürülmesi arasında bir ayrım yapmaktadır. Ambrus M. (2012). pp. 97-98. Trouwborst, ihtiyat ilkesinin koruyucu tedbirler için gereken kanıt standardını düşürdüğünü, yani kesin kanıt yerine "belirli bir riskin varlığının makul şekilde öngörülebilir" olmasının yeterli olduğunu ancak kanıt yükünü değiştirmedığını iddia etmektedir. Trouwborst, A. (2007). p. 192.

karşı karşıyadır⁷⁴.

Genel itibarıyla hem zarar riski için hem bilimsel kesinlik için belirli eşiklerin aşılması beklenir. İhtiyat ilkesine başvurmak için belirli eşiklerin aşıldığını gösteren ve riskin kabul edilebilir olduğuna dair⁷⁵ bir risk değerlendirmesine ihtiyaç vardır⁷⁶. Her düzenleme ya da uygulama için risk değerlendirme metodolojileri farklıdır.

C. İHTİYAT İLKESİ: BİR ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özen yükümlülüğü birçok durumda, hukuki sorumluluğu veya hukuka aykırılığı tespit etmek için kullanılan bir standarttır⁷⁷. Bu bağlamda özen yükümlülüğünün aranan çözüme bağlı olarak zaman içinde farklı referans noktaları olabilir. İklim değişikliği davalarının önemli bir kısmı; geleceğe yönelik görevler, önlemler ve davranış değişikliğinin istendiği işlemleri içermektedir. Bu davalarda zamansal referans noktası, gelecekteki belirsiz zararlar ve bu zararların önlenmesi için yeterli düzenlemelerin yapılması olduğundan ihtiyat ilkesi devreye girer. İhtiyat ilkesi, yetersiz bilimsel kanıtın bulunduğu durumlarda çevresel riskleri önceden görmek veya dikkatli bir şekilde yönetmekle ilgilidir yani dikkatli ve öngörülü olma özeni göstermektir⁷⁸. İhtiyat ilkesinin uygulanmasını ve

74 Hopster, J. (2023). p. 2432.

75 Foster, C. E. (2011). p. 257.

76 Her düzenleme ya da uygulama için risk değerlendirme metodolojileri farklıdır. Örneğin Avrupa Komisyonu, belli standartlara karar alıcılar için katı bir çerçeve oluşturur. Bkz. Avrupa Komisyonu (2000); Fisher, E. and Harding, R. (2006). p. 113-136.

77 Özen yükümlülüğüne uluslararası hukukta farklı anlamlar şekillerde yorumlanıp uygulanmışsa da, bu kavram uluslararası çevre hukukunda önemli ölçüde evrilmiştir. Bkz. Peters, A., Krieger, H. and Kreuzer, L. (Eds.). (2020). *Due diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, p. 14. Uluslararası Hukuk Derneği'nin (ILA) özen yükümlülüğüne ilişkin ikinci raporu, özen yükümlülüğünü uluslararası hukukun geniş bir ilkesi olarak tanımlamanın yanı sıra, uluslararası hukukun çeşitli alanlarındaki belirli yükümlülükler olarak da ele almaktadır. Stephens, T. and French, D. (2016). pp. 12, 47.

78 Malaihollo, M. (2021). "Due Diligence in International Environmental Law and International Human Rights Law: A Comparative Legal Study

çeşitli çıkarların dengeli bir şekilde değerlendirilmesini anlamak için bir davranış standardı öngören özen yükümlülüğü esastır. İlke, yetkililerin riskler gerçek zarara dönüşmeden önce harekete geçmesini sağlayan daha katı bir özen yükümlülüğünü yansıtır⁷⁹. Özen yükümlülüğünün geniş ve belirsiz içeriği, ihtiyat ilkesiyle hem esas hem de usul açısından netleşir ve genişler⁸⁰.

Hukuki doktrin ve içtihatlar, özen yükümlülüğünü ağırlıklı olarak davranış yükümlülüğü olarak nitelendirir⁸¹. Davranış yükümlülükleri, sonuç yükümlülüklerinin aksine devletten belirli bir önlemleri özel olarak yerine getirmesini gerektirmez.

of the Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 68., No. 1., pp. 121-155. *ITLOS Deniz Tabanı Madenciliği Danışma Görüşünde* “(bir devlet) ... bu riskleri dikkate almadığı takdirde özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olur... [bu tür bir] dikkatsizlik, ihtiyat yaklaşımına uymamak anlamına” geldiği ve “ihtiyatlı yaklaşım aynı zamanda devletlerin genel özen yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçası” olduğu belirtilmiştir. ITLOS. (2011). Prg. 131. İhtiyati tedbir alma yükümlülüğünün gerekli özenin yasal çerçevesindeki rolünü kanıtlamak için sıkça örnek gösterilen davalar arasında *Pulp Mills* ve *Güney Mavi Yüzgeçli Tuna* davası bulunmaktadır. Bkz. Chen, L. (2016).

79 *ITLOS Deniz Tabanı Madenciliği Danışma Görüşünde*, önlemin, aslında özen yükümlülüğünün bir parçası olduğunu vurgulamış ve “özen yükümlülüğünün” daha riskli faaliyetler için daha katı gereklilikler getirebileceğini kabul etmiştir. ITLOS. (2011) prg. 131 vd.; prg. 111-117.

80 Peters, A., Krieger, H. and Kreuzer, L. (Eds.) (2020). p. 3.

81 Bkz. Koivurova, T. (2010). Due diligence, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?prd=OPIL> (Erişim Tarihi: 7/7/2025); Black-Branch, J. (2016). “Due Diligence as a Legal Concept to Ensure Security and Safety of Peaceful Uses of Nuclear Energy as well as Non-Proliferation and Disarmament Obligations”, in *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, Vol. III: *Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes*, TMC Asser Press; Bannelier-Christakis, K. (2014). “Cyber Diligence: A Low-Intensity Due Diligence Principle for Low-Intensity Cyber Operations”, *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 14., pp. 23-39; Baade B. (2020). Due diligence and the Duty to Protect Human Rights, in Krieger H., Peters A. and Kreuzer L. (Eds.), *Due Diligence in the International Legal Order* (pp. 92-108), Oxford: Oxford University Press, p. 92; Uluslararası Adalet Divanı (UAD), “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin Uygulanması (Bosna-Hersek/Sırbistan ve Karadağ)”, UAD Kararları 2007, s. 43, § 430; *Pulp Mills*, §§ 186, 187.

Davranış görevi, zararın önlenmesinden bağımsız olarak ortaya çıkacaktır. Özen yükümlülüğünde amaç, zararın tamamen önlenmesi değil devletin zararı önlemek ve en aza indirmek için yeterli çabayı göstermesi gerektiğidir. Yeterli çaba/özen, aynı durumda iyi bir idareden makul (uygun ve gerekli) bir şekilde beklenebilecek davranış olarak tanımlanmıştır⁸². Uygun ve gerekli önlemler, söz konusu riske orantılı ve öngörülü bir şekilde hareket edilmesini gerektirir. Sonuç yükümlülüğünde ise devletlerin sadece tedbir almakla kalmayıp aynı zamanda bu tedbirlerin belirli bir koruma standardını karşılayacak sonuçlar doğurması gerekir. Davranış yükümlülüğünün geçerli olduğu durumlarda, yük genellikle devletin önemli bir çevresel riski önlemede gerekli özeni göstermediği iddiasını kanıtlaması gereken davacıya aittir⁸³. Devletin de aksi kanıtlanmadıkça iyi niyetle hareket ettiği varsayılır⁸⁴. Buna karşılık, bir sonuç yükümlülüğünün kabul edildiği durumlarda kanıt yükü yer değiştirir. Bu gibi durumlarda devlet, yükümlülüklerini etkin bir şekilde yerine getirdiğini gösterme sorumluluğunu taşır. Gerekli sonucun elde edilememesi, sarf edilen çabalara bakılmaksızın doğrudan sorumlulukla sonuçlanabilir.

Çevre davalarında, özellikle AIHM içtihadında, bu ayrıma

82 Bkz. Voigt, C. (2021). p. 8.

83 Malaihollo, M. (2021). p. 129.

84 Devletin ‘iyi niyetle hareket ettiği varsayımı’ genelde uluslararası çevre hukukunda geçerlidir, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Gabčíkovo-Nagymaros Davası’nda (Macaristan/Slovakya): devletlerin uluslararası çevre hukukuna uygun hareket etmesi gerektiği ilkesiyle birlikte, “iyi niyet” yükümlülüğüne de vurgu yapmıştır. Mahkeme, tarafların iyi niyetle anlaşmazlıkları çözmesi gerektiğini belirtmiştir (Gabčíkovo-Nagymaros Project, Macaristan v. Slovakia, I.C.J. Reports 1997, https://www.icj-cij.org/case/92&ved=2ahUKEwj66qXEhbqRAxUcRvEDHTxqDc0QFnoECaKQAg&usg=A_OvVaw3g6m2B7iMKhpD_Q3qe6-A_ (Erişim Tarihi 13/12/2025). Birleşmiş Milletler, çevre koruması ve sürdürülebilir kalkınma konularındaki ilkelerinde devletlerin çevresel sorumluluklarını yerine getirirken iyi niyetle hareket etmeleri gerektiğini kabul etmektedir. Bu ilkeler arasında, çevre politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında devletlerin işbirliği yapması gerektiği ve çevreye ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde “iyi niyet” ilkesinin önemi vurgulanır. Bu metin, özellikle BM Çevre ve Kalkınma Konferansı’nda (Rio, 1992) benimsenen ilkelerle bağlantılıdır.

(davranış-sonuç yükümlülüğüne) yönelik sonuçlar katı bir şekilde uygulanmaz. Gerekli düzenlemeleri yapmak, bunları izlemek ve bunların uygulanmasını sağlamak dâhil olmak üzere tüm uygun ve gerekli tedbirler özen standardına dâhildir⁸⁵. Çevre davalarında özen yükümlülüğü yalnızca davranış değil aynı zamanda düzenleme perspektifinden sonuç yükümlülüğü olarak tanımlanır⁸⁶. Devletlerin bilimsel belirsizliğe rağmen riski minimize etmek için aldığı önlemler, örneğin iklim değişikliğini önlemek için büyük ölçüde karbon salınımına sebep olan sektörler için belli yasal sınırlar koymak ihtiyati önlemlerdir. Bu bağlamda düzenleme yükümlülüğü, devletlerin hukuki ve idari yapılarında iyileştirmeler yaparak çevre ve insan hakları alanında somut koruma sonuçları üretmelerini zorunlu kılar⁸⁷. Devletin düzenleyici nihai hedefe ulaşmak için daha somut ve özel kurallar ve politikalar oluşturmaları gerekmektedir. İhtiyat ilkesi, risklerin yönetilmesinde öncelik verilmesi gerektiğini belirtirken kendiliğinden bu kuralların ve politikaların nasıl olması gerektiğini belirlemez.

85 Çevre davaları açısından bu yükümlülükler; düzenleme, denetleme ve izleme, çevresel etki değerlendirmesi talep etme ve onaylama, acil durum planları oluşturma ve çevresel zarar meydana geldiğinde azaltma olarak öne çıkmaktadır. Bkz. *Pulp Mills*, § 187; ITLOS (2011). §§ 119, 122 vd.; AİHM, *Budayeva/Rusya*, B. No: 15339/02, 20/3/2008, § 135, AİHM, *Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 17423/05, 28/2/2012, § 160.

86 Malaihollo özen yükümlülüğünü; uluslararası çevre ve insan hakları hukuku bağlamında karşılaştırarak, bu yükümlülüklerin hem davranışsal hem de sonuçsal yükümlülükler olarak ele alınabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Malaihollo, M. (2021). p. 128 vd.

87 Westerman'a göre, yükümlülük "davranış yükümlülüğü" ile ilgiliyse, norm muhatabı belirli düzenleyici eylemleri gerçekleştirmekle yükümlüdür. Norm muhatabı, düzenlemenin nihai sonucunu elde etmek için norm tarafından talep edilen belirli eylemi gerçekleştirmek zorundadır. Bu durum, norm muhatabına herhangi bir düzenleyici takdir yetkisi bırakmaz. Örneğin, bir anlaşma hükmü bir devletten "çevresel zararı önlemek için düzenleyici nihai hedefe ulaşmak amacıyla bir idari organ oluşturmaları" gerektiriyorsa, norm çok somut olup açık bir yön belirlemektedir: devlet o idari organı kurmalıdır. Bu, nihai sonuçtur ve devletin bu önleyici ilkenin uygulanması için en iyi yol olup olmadığını belirlemesi söz konusu değildir. Westerman, P. C. (2018). *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Edward Elgar Publishing, pp. 31-33.

Bu da devlete, düzenleyici nihai hedefe nasıl ulaşacağına dair bir takdir yetkisi verir⁸⁸.

İklimsel talepleri karara bağlarken mahkemeler, bazen davranış yükümlülüğü getirirken diğer durumlarda bunu somut önleyici önlemler gerektiren bir sonuç yükümlülüğü olarak ele almaktadır⁸⁹. İklim davaları için dönüm noktası niteliğindeki *Urgenda Vakfı/Hollanda* davasında Hollanda mahkemeleri, devletin yalnızca mevcut çevresel zararı gidermek için değil aynı zamanda gelecekteki riskleri azaltmak için de proaktif önlemler alması gerektiğini teyit ederek hükûmetin AİHS'in 2. ve 8. maddeleri kapsamındaki özen yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir⁹⁰. Mahkemeler; iklim değişikliğinin öngörülemezliğinin eylemsizliği haklı çıkarmaması gerektiğini, aksine ihtiyati tedbirlere olan ihtiyacı güçlendirmesi gerektiğini vurgulamıştır. Hollanda Yüksek Mahkemesi nihayetinde hükûmetin sera gazı emisyonlarında asgari %25'lik bir azaltım sağlamamasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde *KlimaSeniorinnen ve Diğerleri/İsviçre* davasında AİHM, İsviçre'nin yeterli bir iklim politikası uygulamayarak ve somut emisyon azaltma hedeflerini yerine getirmeyerek AİHS'in 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁹¹.

88 Uluslararası Hukuk Derneği'nin (ILA) ikinci raporu, devletin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini değerlendirirken dört faktör belirler: (1) makuliyet, devletin sadece makul önlemler almasının yeterli olması, (2) kontrol, devletin kapasite ve kaynaklarına bağlı olarak kontrol düzeyinin değişmesi, (3) risk derecesi, devletin alacağı önlemlerin zarar riskine uygun olması, (4) öngörülebilirlik, devletin zarar veya zarar riski hakkında sahip olduğu bilgi. Rapora göre, özen yükümlülüğü, sonuç yükümlülükleri yerine davranış yükümlülüklerini tetikler ve devletlere uluslararası yükümlülüklerini yerine getirirken önemli bir esneklik ve özerklik sunar. Stephens, T. and French, D. (2016). *ILC Study Group on due diligence in international law: Second report*, International Law Commission. Uluslararası Hukukta İyi Niyetin Yerine Getirilmesi Üzerine ILC Çalışma Grubu, İkinci Rapor, <https://www.ila-hq.org/en/documents/draft-study-group-report-johannesburg-2016?utm> (Erişim Tarihi: 7/7/2025)

89 Karar örnekleri için bkz. Keskin, Z. (2023). s. 463-480.

90 *Urgenda davası I*, § 76 vd.; *Urgenda davası II*, § 8.3.4.

91 *KlimaSeniorinnen ve Diğerleri/İsviçre*, §§ 558-574.

AİHS'in 2. ve 8. maddeleri kapsamındaki içtihadında AİHM, gerekli özeni gösterme yükümlülüklerini (ihtiyati önlemler dâhil)⁹² pozitif yükümlülükler olarak yorumlamaktadır⁹³. AİHM, başvuran tarafından açık bir talep olmasa bile pozitif yükümlülükleri genellikle resen değerlendirmektedir⁹⁴. İhtiyat ilkesinin AİHM tarafından açıkça tanınması⁹⁵, davacıların kanıt yükünü hafifletmek için yasal bir dayanak sağlamaktadır. Ancak Mahkemenin devletin kanıtlama yükümlülüğünü kabul etmesi, öncelikle pozitif yükümlülükler içtihadının bir sonucudur. Pozitif yükümlülük içtihadı, devletin iyi niyet karinesini etkili bir şekilde tersine çevirmekte, bunun yerine devletin iddia edilen çevresel riski azaltmak için zamanında ve etkili önlemler aldığını göstermesini gerektirmektedir. Dolayısıyla özen yükümlülüğü genel olarak devletlerin iyi niyetle hareket ettiğini varsayarken, AİHM'in

92 AİHM, *Tatar/Romanya*, B. No: 67021/01, 27/1/2009, § 120.

93 AİHS kapsamındaki tüm pozitif yükümlülükler gerekli özeni gösterme yükümlülüğü olarak sınıflandırılmazken -örneğin, suçları cezalandırma ve soruşturma yükümlülüğü- Mahkemenin 8. madde kapsamındaki içtihadı, bireyleri çevresel zararlardan korumaya yönelik genel görevin bir gerekli özeni gösterme yükümlülüğü olarak çerçevelenebileceğini göstermektedir (Örnek olarak AİHM, *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* (Büyük Daire), B. No: 36022/97, 8/7/2003; *Fadeyeva/Rusya*, B. No: 55723/00, 9/6/2005; *Jugheli ve diğerleri/Gürcistan*, B. No: 38301/04, 17/5/2007. Ayrıca bkz. Stoyanova, V. (2020). Due Diligence versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women, in Niemi, J., Peroni, L. and Stoyanova, V. (Eds.), *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention* (pp. 1-27), Routledge, pp. 12, 13. Bu bağlamda özen yükümlülüğü, devletlerin 8. madde kapsamında korunan hakları korumak için çevresel riskin ciddiyetiyle orantılı olarak makul ve uygun tedbirler almasını gerektirmektedir (bkz. *Fadeyeva/Rusya*, § 89; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 98). Bkz. Malaihollo, M. (2021). p. 136; Kegge, R. (2020).

94 Mahkemenin resen hareket etmesine ve iddia eden tarafın kanıt standartını bu kadar düşürmesine dayanak olarak bir effet utile (işlevsel) yorumu kullanılmaktadır. Özellikle uluslararası hukukta, kuralların boşluk bırakmayacak ve anlamsız kalmayacak şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla kullanılır.

95 AİHM, *Tatar/Romanya* davasında ihtiyat ilkesi ile pozitif yükümlülükler arasındaki ilişki, Mahkeme'nin Romanya'nın vatandaşlarını çevresel sağlık risklerinden koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği yönündeki tespitinin merkezinde yer almıştır. bkz. *Tatar/Romanya*, § 120.

davacılar için kanıt standardını düşüren yaklaşımı zımnen bunun tersini varsaymaktadır⁹⁶. Bu nedenle çevresel riskleri azaltmak için özenli davrandığını ve yeterli önlemleri aldığını kanıtlama yükümlülüğü devlete aittir.

İhtiyat ilkesinin hem hukuka aykırılığın belirlenmesinde hem de kanıt yükü ve standardının uygulanmasında davranış ya da düzenleme perspektifinden sonuç yükümlülüğü olarak sınıflandırılması, büyük ölçüde uygulama ve düzenleme bağlamına bağlıdır.

D. PARİS ANLAŞMASI'NIN İHTİYATA DAYANAN NORMATİF TASARIMI

İhtiyat ilkesi, BMİDÇS'nin bir parçası olarak iklim değişikliği rejimine dahildir. BMİDÇS'nin amacı ihtiyatlı olmaktır. BMİDÇS mad. 2'de belirtildiği üzere Sözleşme'nin "nihai amacı" sera gazı konsantrasyonlarını "*iklim sistemine tehlikeli insan kaynaklı müdahaleyi önleyecek*" bir seviyede stabilize etmektir. Uygun seviyeye "*...ekosistemlerin iklim değişikliğine doğal olarak uyum sağlamasına, gıda üretiminin zarar görmeyeceği ve ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir bir şekilde devamına izin verecek bir zaman dahilinde ulaşılmalıdır.*" Sözleşme'nin 3/3. maddesi açık bir şekilde ihtiyat ilkesine başvurulması gerektiğini belirtir.

BMİDÇS'nin belirlediği bu çerçeve içinde, Kyoto Protokolü de taraf devletlerin yükümlülüklerini detaylandıran önemli bir adımdır. 1997 Kyoto Protokolü'nde "ihtiyati tedbir" terimi yer almamakla birlikte, giriş bölümünün 4. paragrafı Protokol'ün BMİDÇS'nin 3. maddesi rehberliğinde hareket edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu açık atıflarla birlikte BMİDÇS ve Kyoto Protokolü sera gazı (GHG) konsantrasyon seviyesini istikrara kavuşturma amacına ulaşmak için benimsenen temel stratejiler (GHG emisyonlarının azaltılması, havuz ve rezervuarların korunması ve güçlendirilmesi), ihtiyati

96 Bkz. Malaihollo, M. (2021). p. 128 vd.

eylemler olarak değerlendirilebilir⁹⁷. Bu önlemler, taraflarca iklim değişikliğinin potansiyel risk ve etkilerini ele almak amacıyla belirlenmiş olup iklim değişikliği sorunu, bilimsel araştırmalar ve deneyler yoluyla zamanla çözümlenebilecek veya çözümlenemeyecek birçok belirsizliği içerir. Ayrıca bu önlemler, sera gazı konsantrasyonlarını atmosferde sabitleme hedefine ulaşmak için bilimsel olarak sağlam kabul edilmektedir.

Kyoto Protokolü'nün ardından, küresel iklim politikalarında önemli bir dönüm noktası olan Paris Anlaşması (PA/ Anlaşma⁹⁸) ihtiyat ilkesine doğrudan atıfta bulunmamıştır. Ancak Anlaşma'nın BMİDÇS rejiminin tamamı bağlamında okunması gerektiği açıktır. Anlaşma, küresel sıcaklık artışını sanayi öncesi seviyelere göre 2°C'nin oldukça altında tutmayı ve 1,5°C ile sınırlamayı amaçlamaktadır (mad. 2/1/a)⁹⁹. Bu hedef doğrultusunda, taraf ülkelerden sera gazı emisyonlarını azaltmaları beklenmektedir. Anlaşma her ülkeye belirli bir emisyon azaltım hedefi dayatmaz; bunun yerine, ülkelerin kendi ulusal koşulları ve kapasiteleri doğrultusunda belirledikleri NDC'ler aracılığıyla emisyon azaltım hedeflerini sunmalarını teşvik eder¹⁰⁰. NDC'ler ve tarafların emisyon azaltma hedefleri, belirsizliklere rağmen riskleri azaltmaya yönelik önlemler, ihtiyat ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirir.

97 Elamparo Deloso, R. (2005). p. 40. "Sera gazı emisyonlarının azaltılması" ve "havuz ve rezervuarların korunması ve güçlendirilmesi" gibi stratejiler, BMİDÇS'nin 3. ve 4. maddelerinde ve Kyoto Protokolü'nün 2. ve 3. maddelerinde doğrudan yer alır. Bu maddeler, söz konusu ihtiyati eylemlerin normatif dayanağını oluşturan hükümler içermektedir.

98 1980 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31(2)(a) maddesine göre bağlamsal yorum 'antlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olarak tüm taraflar arasında yapılan antlaşmaya ilişkin her türlü antlaşmayı' içerir.

99 Paris Anlaşmasının küresel iklim krizini çözme potansiyelini eleştiren çalışma için bkz. Jayaraman, T. and Kanitkar, T. (2016). "The Paris Agreement: Deepening the Climate Crisis", *Economic and Political Weekly*, Vol. 51., No. 3., pp. 10-13.

100 Mace, M. J. (2016). "Mitigation Commitments under the Paris Agreement and the Way Forward", *Climate Law*, Vol. 6., No. 1., p. 24; Sands, P., Peel, J., Fabra, A. and MacKenzie, R. (2018). p. 321.

lir. Anlaşma'nın 4(2) maddesi¹⁰¹ uyarınca iklim değişikliğini azaltmak için atılması gereken adımlar, böylece BMİDÇS'nin 3(3) maddesinin uygulanması dolayısıyla ihtiyati tedbirlerdir¹⁰².

Anlaşma, NDC'ler aracılığıyla taraflara küresel sıcaklık artışını sınırlama ve iklim değişikliğine uyum sağlama konularında; tarafların NDC'ler sunmaları, sera gazı emisyonlarını azaltmaları ve uyum tedbirlerini hayata geçirmeleri konularında bağlayıcı somut prosedürel yükümlülükler içerir¹⁰³. Paris Anlaşması, taraf olanların iklim değişikliği hafifletme ile ilgili hedefleri kendilerinin belirlemeleri ve aynı zamanda bu hedeflere ulaşmak için en iyi çabalarını göstermeleri temel fikrine dayanır. Her tarafın ulusal olarak belirlenen katkısı *mümkün olan en yüksek hedefi (highest possible ambition)* yansıta- caktır (mad. 4/3). En iyi çaba, Anlaşma'da benimsenen *“ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ve göreceli kabiliyetler”* ilkesi çerçevesinde değerlendirilir¹⁰⁴. Paris Anlaşması'ndaki “farklı-

101 PA mad. 4/2: “Her bir Taraf, gerçekleştirmeyi amaçladığı ulusal olarak belirlenmiş katkıları hazırlayacak, iletecek ve sürdürecektir. Taraflar, söz konusu katkıların hedeflerine ulaşılması amacıyla yerel azaltım tedbirlerini takip edeceklerdir.”

102 Sharma, Paris Anlaşması'nın adaptasyon, kayıp ve zarar ile finansman konularındaki hükümlerini inceleyerek bu anlaşmanın BMİDÇS'nin mad. 3/3'te belirtilen ihtiyatlı yaklaşım ilkesini tam olarak karşılamadığını belirtmektedir. Anlaşma'nın adaptasyonla ilgili hükümlerinin, gelişmekte olan ülkelerin iklim değişikliğine uyum sağlamaları için gerekli olan somut eylem ve destekten yoksun olduğunu vurgular. Kayıp ve zarar konusunun anlaşmada ele alınmasına rağmen, bu konuda bağlayıcı yükümlülüklerin eksikliği nedeniyle, etkili bir ihtiyatlı yaklaşımın uygulanamadığını ifade eder. Gelişmekte olan ülkelere sağlanacak finansal desteğin belirsiz ve yetersiz olduğunu, bu durumun da ihtiyat ilkesine uygun bir finansman yapısının oluşturulmasını engellediğini belirtir. Sharma'nın analizi, Paris Anlaşması'nın mevcut haliyle ihtiyat ilkesine tam anlamıyla uygun bir yapı sunmadığını göstermektedir. Özellikle adaptasyon, kayıp ve zarar ile finansman konularında daha somut ve bağlayıcı yükümlülüklerle ihtiyaç duyulduğunu vurgular. Bkz. Sharma, A. (2016). “Precaution and Post-Caution in The Paris Agreement: Adaptation, Loss and Damage and Finance”, *Climate Policy*, Vol. 16., No. 5., pp. 523-534.

103 Bu kapsamda her tarafın başarmayı amaçladığı ardışık NDC hazırlama, iletmeye ve sürdürme ve NDC'sinin amacına ulaşma amacıyla yerel önlemleri uygulama yükümlülüğü vardır (mad. 4/2).

104 Ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi, Anlaşma'nın 2. ve 4. maddelerinde vurgulanmaktadır.

laştırılmış sorumluluklar” ve “en yüksek hedef” ifadeleri, taraf devletlerin kendi koşulları ve kapasiteleri doğrultusunda mümkün olan en güçlü çabayı göstermelerine yönelik beklentiyi ve taahhüdü yansıtır¹⁰⁵. Bu tür çabaları gösterme yükümlülüğü, özen yükümlülüğü olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁶. Anlaşma, güçlü bir prosedürel çerçeveye birlikte, tarafların kendi koşulları dâhilinde ilerleme sağlamalarını ve mümkün olan en yüksek hedefi ortaya koymalarını; böylece özellikle gelişmiş ülkelerin daha iddialı katkılar sunarak küresel liderlik rolü üstlenmelerini beklemektedir¹⁰⁷. Bu normatif beklentiler, devlet davranışlarını şekillendiren önemli standartlar sunmaktadır¹⁰⁸. Devletler alınacak önlemlerin türü ve zamanlaması konusunda geniş takdir yetkisine sahip olsalar da¹⁰⁹ bu standartlar, özellikle makul ve uygun önlemlerin neleri oluşturduğunun belirlenmesini sağlar ve devletin takdir yetkisini sınırlar¹¹⁰.

105 Voigt, C. (2021). “The Climate Change Dimension of Human Rights: Due Diligence and States Positive Obligations”, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3839012> (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

106 Mayer, B. (2018). “Obligations of Conduct in International Law on Climate Change: A Defence”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol. 27., No. 1., p. 135; Bodansky, D., Brunnée, J. and Rajamani, L. (2017). *International Climate Change Law*, Oxford University Press, p. 231; Bodansky, D. (2016). “The Legal Character of the Paris Agreement”, *Review of European, Community & International Environmental Law*, Vol. 25., No. 2., p. 146; Rajamani, L. (2016). “The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft, and Non-Obligations”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 28., No. 3., p. 354; Voigt, C. (2021). p. 8.

107 Paris Anlaşması mad. 4(2), (3) ve (9), devletlerin NDC’ler yoluyla ilerleme sağlamasını, en yüksek hedefi yansıtmasını ve bu hedefleri düzenli olarak güncellemesini öngörmektedir. Anlaşma’nın 4(4) maddesi, gelişmiş ülkelerin bu konuda gelişmekte olan ülkelere liderlik etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

108 Rajamani, L. (2020). p. 173; Malaihollo, M. (2021). p. 140.

109 Mace, M. J. (2016). p. 35; Sands, P., Peel, J., Fabra, A. and MacKenzie, R. (2018). p. 322; Rajamani, L. (2020). Due diligence in International Climate Change Law, in Krieger, H., Peters, A. and Kreuzer, L. (Eds.), *Due diligence in International Climate Change Law* (pp. 163–180), Oxford: Oxford University Press, p. 169.

110 Paris Anlaşması’nın ülkelere geniş takdir yetkisi verdiği genellikle kabul edilmektedir. Bu yetki, anlaşmanın uygulanabilirliğine ilişkin bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Voigt, Paris Anlaşması’nın

Paris Anlaşması'na taraf olan ülkelerin NDC'lerini gerçekleştirmek için kaynakları ve kapasiteleri elverdiği ölçüde *iyi niyetle* harekete geçmeleri beklenmektedir¹¹¹. Devletin iyi niyetle çaba gösterdiğinin kabul edilmesi, özen yükümlülüğünün ihlali iddiasında bulunan tarafın devletin kötü niyetle hareket ettiğini ve menfaat/hak ihlalinin kanıtlanmasını gerektirir¹¹². Ancak önlem alınmadığında meydana gelebilecek ciddi

bağlayıcılığını hukuki olarak kesin yükümlülükler ve yumuşak hukuk normları arasında bir spektrumda değerlendirmektedir. Voigt için Paris Anlaşması yumuşak hukuk ve sert hukuk unsurlarını bir arada barındırıyor ve devletler üzerinde dolaylı bir bağlayıcılık etkisi yaratmaktadır. Voigt, C. (2023). "The Power of the Paris Agreement in International Climate Litigation", *Review of European Comparative & International Environmental Law*, Vol. 32., No. 2., pp. 237-24; Rajamani, mevcut iklim değişikliği rejiminin kendi belirlediği hedefler, takdir yetkisi, farklılaşma ve esneklik üzerine inşa edildiği sonucuna varmaktadır. Rajamani, L. (2020). p.180.

- 111 Rajamani, L. (2020). p. 179. Rajamani, Paris Anlaşması'nda tarafların iyi niyetle hareket etmesini vurgulayan çeşitli hükümler belirtilmektedir. Bu hükümler, tarafların NDC'leri belirlerken, iletirken ve sürdürürken iyi niyetli bir çaba göstermelerini bekleyen bağlayıcı davranış yükümlülükleri içerir. Özellikle, Anlaşma'nın şeffaflık çerçevesi, tarafların katkılarını yerine getirmelerini denetlerken, iyi niyet beklentisini güçlendiren mekanizmalar sunar (Rajamani, L. (2016). "The 2015 Paris Agreement: Interplay between Hard, Soft, and Non-Obligations", *Journal of Environmental Law*, Vol. 28., No. 3., pp. 337-358). Anlaşma metninde "iyi niyet" ifadesi doğrudan geçmemektedir. Ancak, tarafların iklim değişikliğiyle mücadeledeki çabalarında dürüstlük ve samimiyetle hareket etmeleri gerektiği, Anlaşma'nın genel ruhunda ve çeşitli maddelerinde dolaylı olarak ifade edilmektedir. PA mad. 4.2 şöyledir: "Her bir Taraf, gerçekleştirmeyi amaçladığı ulusal olarak belirlenmiş katkıları hazırlayacak, iletecek ve sürdürecektir. Taraflar, bu katkıların hedeflerine ulaşmak amacıyla ulusal azaltım tedbirlerini takip edecektir." İlk cümledeki 'gerçekleştirme niyetindedir (intends to achieve/gerçekleştirmeyi amaçladığı)' ifadesi, Tarafların katkılarını gerçekleştirme niyetinde olduklarına dair iyi niyetli bir beklenti oluşturmakta, ancak bunu yapmalarını zorunlu kılmaktan uzak durmaktadır. İkinci cümledeki 'bu katkıların hedeflerine ulaşması amacıyla' ifadesi de benzer bir işlevi yerine getirir. Tarafların katkılarının hedeflerine ulaşmayı amaçlamalarını gerektirir. Rajamani, L., ve Werksman, J. (2018). "The Legal Character and Operational Relevance of the Paris Agreement's Temperature Goal", *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 376., No. 2119., p. 6.

- 112 Geleneksel olarak, uluslararası hukuktaki özen yükümlülükleri devletler arasında karşılıklı bir ilişkiye dayanır ve tarafların yükümlülükleri birbirine bağlıdır. Paris Anlaşması gibi çevre antlaşmaları, bu model üzerinden işler. Ancak, insan hakları hukuku bağlamında durum farklıdır;

çevresel zararlar söz konusu olduğunda devletin zarar henüz gerçekleşmemiş olsa bile önleyici tedbirler alması talep edilebilir. Bu durumda devlet, önleme ilkesinin yüksek eşiklerine sığınamaz¹¹³. İhtiyat ilkesi, ciddi çevresel zarar riski olduğunda, zarar gören taraf için kanıt standardını düşürmeyi ve kanıt yükümlülüğünün devlete kaymasını mümkün kılar. Bu tür bir anlayış Anlaşma metninde açıkça belirtilmemişse de, BMİDÇS ilkeleri doğrultusunda Paris Anlaşması'nın 4(2) maddesinde belirtilen NCD'leri izleme yükümlülüğünün ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda ihtiyat ilkesi gereği devlet, çevresel zararın ciddi olmayacağını göstermek zorundadır.

Anlaşma'nın devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınması ve bağlayıcılığına ilişkin tartışmalar, bu yükümlülüklerin etkinliğini zayıflatabilmektedir. Bu çerçevede, Paris Anlaşması kapsamındaki özen yükümlülüklerinin düzenleyici işleyişi, AİHM'in insan hakları temelli pozitif yükümlülükler konusundaki içtihadı ile birleştirildiğinde daha güçlü bir hukuki dayanak oluşturabilir¹¹⁴. İnsan hakları bağlamında devletler yalnızca niyet beyan etmekle değil somut ve etkili iklim politikaları üretmekle de yükümlüdür. Zira Paris Anlaşması genel politika hedefleri belirlerken AİHM kararları devletlerin bireylere yönelik koruma sorumluluğuna odaklanmaktadır. Nitekim *Urgenda/Hollanda* kararından başlayarak Avrupa'nın dört bir yanındaki mahkemeler, devletlerin sera gazı emisyonlarını azaltma yükümlülüğünü kabul etmek için AİHS'te belirtilen yükümlülüklerle daha fazla dayanmaktadır¹¹⁵. AİHM

burada yükümlülükler devletlerin bireylere karşı sorumluluğunu içerir ve karşılıklılık ilkesine dayanmaz. İnsan hakları antlaşmaları, devletlerin tek taraflı taahhütlerini yansıtan bağlayıcı düzenlemeler olup, bireylerin haklarını korumaya yönelik bir hukuk sisteminde entegre edilmiştir. Güvence açısından değerlendirildiğinde, insan hakları hukuku temelli yükümlülükler, bireyler açısından genellikle daha koruyucu bir çerçeve sunar. Bkz. Malaihollo, M. (2021). p. 138 vd.

113 *Trail Smelter*, p. 1965.

114 Bkz. Malaihollo, M. (2021). pp. 149, 150.

115 Bkz. Keskin, Z. (2023). p. 473-475.

de *KlimaSeniorinnen/İsviçre* kararında, devletlerin bireyleri iklim değişikliğinin etkilerine karşı koruma yükümlülüğünü, AİHS kapsamındaki pozitif yükümlülükler çerçevesinde yorumlayarak bu alanda ulusal mahkemelerde gelişen içtihatlarla paralel bir yaklaşım geliştirmiştir. AİHS mad. 2 ve 8 kapsamındaki hakları güvence altına almak için, her davalı devlet, iç iklim politikasında ve NDC'sinde hedefini mümkün olan en yüksek hedef düzeyinde belirleyerek, insan haklarını güvence altına almak için gerekli ve uygun tüm araçları kullanarak yani makul kabul edilecek önlemleri alarak özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olur¹¹⁶.

II. İHTİYAT İLKESİNİN İKLİM DAVALARINDAKİ ROLÜ

A. USUL KARARLARINA ETKİSİ

Birçok hukuk sisteminde dava ehliyeti, özellikle yakın ve gerçek ihlal ve ihlalin doğrudan kişi üzerinde gerçekleşmesine, idare hukuku terminolojisiyle güncellik ve kişisellik koşullarının varlığına bağlanmıştır. Ancak Avrupa genelindeki iklim davaları,¹¹⁷ özellikle gelecek nesillerin iklim değişikliğinin mağdurları olduğunun kabul edildiğini göstermektedir¹¹⁸.

116 Malaihollo, M. (2021). p. 141.

117 İklim davaları ve ehliyet sorunu hakkında genel olarak bkz. Aydınoglu Yalçın, Z. N. (2021). "İklim Değişikliğine İlişkin Düzenlemelere Karşı İdari Yargıda Açılacak İptal Davalarında Ehliyet Sorunu", in *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu İSALAJ 2022, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku Ekseninde 'Çevre, İklim Değişiklikleri ve Ekoloji' "Prof Dr. İl Han Özyay'ın Hatırasına"*, 16-18 Mayıs 2021 İSALAJ-2022 Bildiriler Kitabı, ss. 339-358.

118 *Urgenda davası I*, § 37. Neubauer/Almanya davasında Anayasa Mahkemesi, genç nesillere dava açma hakkını doğrudan tanımasa da devletin onları koruma yükümlülüğünü nesnel ve bağlayıcı bir anayasal sorumluluk olarak kabul etmektedir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Neubauer et al./Germany, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20–German. §§ 146, 148, 193: Bkz. <https://www.acrisl.org/casenotes/m2ll8m8skjpglk8-83mk2-k5yza-dcafy-x5ztr-bjfxk-c9y55-5ryfp> (Erişim Tarihi: 7/8/2025); Belçika İstinaf Mahkemesi, VZW Klimaatzaak/Kingdom of Belgium&Others, 30 Kasım 2023, §§ 266, 267. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.klimaatzaak.eu/en/>; <http://climatecasechart.com/non-us-case/vzw-klimaatzaak-v-kingdom-of-belgium-et-al/> (Erişim Tarihi: 14/8/2025); Bkz. Keskin, Z. (2023). ss. 463-80.

Güncellik koşulunun bu davalarda esnetilmesi, açıkça olmasa da, ihtiyati yaklaşımın bir sonucu olarak görülebilir.

AIHM'in önüne giden iklim davalarından çıkan sonuç ise bireysel başvuru için bu yaklaşımın uygulanmasının oldukça zor olduğudur. Bu davalarda da başvuranlar, farklı biçimlerde de olsa, gelecekte zarar görme riski olduğunu iddia etmişlerdir¹¹⁹. Mahkeme 9 Nisan 2024 tarihinde verilen üç kararda da, Sözleşme'nin 34. maddesinde belirttiği "mağdur statüsü", iklim değişikliği davalarının öne çıkan konulardan biriydi¹²⁰. AIHS'in 34. maddesinin mağdur şartına göre bireyler, sivil toplum kuruluşları ve kişi grupları bir talepte bulunabilir ancak başvuru sahibinin "*Bir Sözleşme hakkının ihlal edildiği iddiasından kişisel olarak etkilenmiş*"¹²¹ veya ciddi ve doğrudan etkilenme, potansiyel mağdur olma gibi yakın bir riskin olması gerekir¹²². Bu koşulları sağlamayan başvuru sahibinin davası, Sözleşme'nin 34. maddesi gerekçesiyle reddedilmektedir¹²³. Başvuru sahiplerinin mağdur olduklarını iddia

119 Bkz. Keskin, Z. (2023). s. 474, 475.

120 *Portekiz Gençlik İklim Davası'nda* AIHM diğer devletler aleyhine 6 portekizli genç tarafından yapılan başvuruyu yargı yetkisinin dışında olduğu ve ayrıca (§§ 487-88) mağdur statüsünün belirlenmesindeki önemli netlik/açıklık eksikliklerin olduğunu ifade etmiş (§ 229-230), iç hukuk yollarının tüketilmemesi ile birlikte belirtilen netlik eksikliğini (sayısız kişinin benzer etkilere maruz kalacak olması) başvuru sahiplerinin mağdur statüsünü belirlemede ölçüt olarak kullanmıştır. AIHM, *Duarte Agostinho/Portekiz ve 32 diğer ülke*, B. No: 39371/20, 9/4/2024. *Carême/Fransa* davasında AIHM, başvuru sahibinin artık Fransa'da ikamet etmemesi nedeniyle mağdur statüsüne sahip olmadığı gerekçesiyle Carême davasını kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme ayrıca başvuranın artık belediye başkanı olmadığını da göz önünde bulundurarak Grande-Synthe adına başvuru yapamayacağı sonucuna ulaşmıştır. AIHM, *Carême/Fransa* (GC), B. No: 7189/21, 9/4/2024, §§ 80-84.

121 AIHM, *Karner/Avusturya*, B. No: 40016/98, 24/10/2003, § 25.

122 Schall, C. (2008). "Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters Before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?", *Journal of Environmental Law*, Vol. 20., No. 3., p. 421; ayrıca bkz. <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-72>. (Erişim Tarihi: 7/8/2025)

123 Mahkeme, bir kişinin herhangi bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilmesi için söz konusu önlemden doğrudan etkilenmiş olması gerektiğini kabul etmektedir (bkz. AIHM, *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.

edebilmeleri için kendilerini kişisel olarak etkileyen bir ihlalin meydana gelme olasılığına dair makul ve ikna edici kanıtlar sunmaları gerekir, bu hususta sadece şüphe veya zan yeterli değildir¹²⁴. AİHM, iklim değişikliği ile ilgili verdiği ilk kararlarında bunu açık bir şekilde dile getirmiştir.

Kabul edilebilirlik kararı verilerek şu ana kadar esas incelemesi yapılan ilk ve tek iklim davası olan *Klimaseniorinnen/İsviçre* davası, ihtiyatı yaklaşım bakımından kritik önemdedir. Kararda Mahkeme, gelecek nesiller ve potansiyel mağdurlar hakkındaki görüşünü ayrıntılı bir şekilde dile getirmiştir. Mahkeme, mağdur statüsünü belirlerken bireysel başvuru- lar ile dernekler arasında bir ayrıma gitmiştir. Mahkeme, derneklerin mağdur statüsünü değerlendirirken iklim değişikliğinin “*insanlığın ortak kaygısı*” olarak görmesi ve bu bağlamda “*nesiller arası yük paylaşımının*” teşvik edilmesi gerekliliğini (§ 489) göz önünde tutmuş ve bu davalar özelinde derneklerin mağdur statüsünü Aarhus Sözleşmesi’ni dikkate alarak kabul etmiştir (§ 499)¹²⁵. Mahkeme, iklim değişikliğinin özel duru-

No: 5310/71, 18/1/1978, §§ 239, 240; *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 502/71, 6/9/1978, § 33). Dolayısıyla Sözleşme, öngördüğü hakların yorumlanmasıyla ilgili *actio popularis* getirilmesine cevaz vermediği gibi, kişilere, kendileri bundan doğrudan etkilenmemiş oldukları halde salt Sözleşme’ye aykırı olabileceği için iç hukukun herhangi bir hükmünden şikâyetçi olmalarına da izin vermemektedir (bkz. AİHM, *Norris/İrlanda*, B. No: 10581/83, 26/10/1988, § 31).

124 AİHM, *Shortall ve diğerleri/İrlanda*, B. No: 50272/18, 19/10/2021.

125 Derneklerle ilgili olarak Mahkeme, iklim değişikliği bağlamında temsil haklarını belirlemek için yeni ve esnek bir test ortaya koymuştur. Mahkeme, derneklerin bu bağlamda özellikle önemli bir işlev gördüğünü düşünüp, bu tür kuruluşlara başvuran belirli gruplar (örneğin, “gelecek nesiller”, çevre hukukundan alınmış bir kavramsal düşünce) için “mevcut olan tek seçenek” olabileceğini belirtmiştir. Yani, derneğin aşağıdaki “Dernek Mağdur Statüsü Kriterleri”ni karşılaması gerekmektedir: (a) ilgili yargı alanında yasal olarak kurulmuş olmalı veya orada hareket etme yetkisine sahip olmalıdır; (b) üye veya diğer etkilenen bireylerin insan haklarını savunmak amacıyla yasal hedefleri doğrultusunda özel bir amaç güttüğünü kanıtlayabilmelidir; ve (c) Sözleşme uyarınca yaşam, sağlık veya refahları üzerinde iklim değişikliğinin spesifik tehditleri veya olumsuz etkileriyle karşı karşıya olan üyeleri veya diğer etkilenen bireyler adına hareket etme konusunda gerçekten nitelikli ve temsilci kabul edilebilmelidir (*KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre*, § 490 ve §§ 501, 502).

munu göz önünde bulundurarak *actio popularis* şikâyetlerin önüne geçilebilmesi için bireysel başvuru sahiplerinin (dört yaşlı İsviçreli kadın) dava konusu işleminden doğrudan ve kişisel olarak etkilendiklerini göstermeleri gerekliliğini eşiği yüksek iki temel (katı) kritere bağlamıştır: başvuru sahibinin iklim değişikliğinin yoğun olumsuz etkilerine maruz kalması yani hükûmetin eyleminin veya eylemsizliğinin başvuru sahibini etkileyen olumsuz sonuçlarının ciddi olması ve zararı azaltacak makul tedbirlerin yokluğu veya yetersizliği nedeniyle başvuru sahibinin bireysel olarak korunmasını sağlamaya yönelik acil bir ihtiyaç olması (§§ 487, 488). Mahkemenin görüşüne göre başvuru sahipleri herhangi bir “kritik tıbbi durumda” olduklarına ve kadınlardan birinin astımıyla bir korelasyon olduğuna dair bir kanıt sunmadıkları için bu gereklilikleri yerine getirememiştir (§ 533). Aynı zamanda Mahkeme, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel zarar riskinin mağdur statüsünü belirlemede ancak “sadece son derece istisnai durumlarda” dikkate alınabileceğine dair yerleşik içtihatlarını yinelemiştir (§ 470). Mahkeme, bireysel başvuru sahiplerinin iddia edilen zarar (veya gelecekte uğrayabilecekleri zarar) ile iklim değişikliği arasında yeterli bir bağlantı kuramadıkları için 34. madde anlamında mağdur olmadıklarına karar vermiştir.

Klimaseniorinnen/İsviçre davasında bireysel mağdur statüsünün belirlenmesi için ihtiyati yaklaşım dikkate alınmamıştır. Aksine Mahkemenin yaklaşımı bireysel başvuru sahipleri açısından daha çok bilimsel netlik ve bireysel zarar (yüksek kanıt standardı) odaklı olmuştur. Davada IPCC raporları gibi geniş kabul görmüş ve bilimsel kanıtlar dikkate alınmış ancak bu tür raporların geniş çerçevede riskleri ortaya koyması, bireysel hak ihlali ile doğrudan bağ kurulmasını zorlaştırmıştır. AİHM, kararında devletin iklim değişikliğiyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesinin genel riskleri artırıcı etkisini göz önünde tutmuş (§ 439), sera gazlarının zaman ve yer yönünden karmaşık ve öngörülemeyen etkilerinin (§ 417) iklim değişikliğinin nesiller arası yük paylaşımı ve gelecek nesillerin haklarına yönelik

etkilerinin¹²⁶ farkında olduğunu da göstermiştir. Bu yaklaşım, sadece doğrudan ve somut zarar gösterilmesine dayanan katı bir yaklaşım yerine, özellikle sistemik çevresel zararların çok sayıda bireyi etkilemesi durumunda mağduriyet kavramının esnetilmesi anlamına gelir. Buna rağmen mevcut bireysel başvuruçuların iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine yüksek yoğunlukta maruz kaldığını ve koruma ihtiyacının aciliyet taşıdığını kanıtlayamadıkları gerekçesiyle mağdur statüsünü kabul etmemiştir (§ 533). Bu Mahkemenin daha önceki içtihatlarıyla uyumlu bir yaklaşım olsa da davacı derneğin mağdur statüsünün kabul edilmesi konusunda farklı bir yaklaşım benimsemiştir¹²⁷. Derneklerin temsil ettiği toplulukların potansiyel zararlarını ileri sürerek dava açabilmesi¹²⁸, ihtiyat ilkesinin ruhuna

126 Mahkeme, “iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin nesiller arası yük paylaşımı sorununu ortaya çıkardığı” konusundaki farkındalığı kararın çeşitli paragraflarında vurgulanmıştır (bkz. *KlimaSeniorinnen/İsviçre*, §§ 410, 419, 420, 499).

127 Esasen AİHM, “ciddi çevre kirliliğinin” başvuranların sağlığını belirgin bir şekilde etkilemediği durumlarda bile, bir kişinin konutunda huzurlu bir şekilde yaşaması ve yararlanmasına müdahale edebileceğine ve bunu engelleyen eylemlerin 8. maddenin ihlaline yol açabileceğine karar vermiştir (bkz. AİHM, *Fadeyeva/Rusya*; *Taşkın/Türkiye*, B. No: 46117/99, 10/11/2004; *Ioan Marchis/Romanya*, B. No: 38197/03, 28/7/2011; *López Ostral/İspanya*, B. No: 16798/90, 9/12/1994; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 36022/97, 8/7/2003). Bu içtihat, iklim davaları genellikle, yaygın çevresel zarara yol açan mevzuatın uygulanması veya uygun şekilde uygulanmasındaki sistemik başarısızlıklardan etkilenen mağdurlar tarafından açılan iklim davaları bakımından son derece önemlidir. Ayrıca Mahkeme’nin potansiyel mağdur kavramına ilişkin içtihatıyla uyumlu olan temel varsayım, sistemik çevre kirliliği vakalarının, çok sayıda birey etkilense bile AİHS ihlali bulgularıyla sonuçlanabileceğidir. Mahkeme, örneğin bir yasama faaliyetinin birçok kişiyi ve hatta bir Taraf Devletin tüm nüfusunu doğrudan etkileyebileceğini kabul etmiştir (bkz. AİHM, *Klass ve Diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978; *Dudgeo/Birleşik Krallık*, B. No: 7525/76, 23/9/1981; *Norris/İrlanda*, B. No: 10581/83, 26/10/1988; *Modinos/Yunanistan*, B. No: 15070/89, 22/4/1993; *Taner Akçam/Türkiye*, B. No: 27520/07, 25/10/2011). Ancak, sistemik çevre kirliliği bağlamında daha doğrudan bir örnek olarak *Cordella ve diğerleri/İtalya* davası (B. No: 54414/13 ve 54264/15, 24/1/2019) gösterilebilir.

128 Muhalif yargıç Eicke, bu yaklaşımın Mahkeme’nin içtihadıyla çeliştiğini, potansiyel olarak dava açma kapılarını genişlettiğini ve örtük bir actio popularis (genel halkın dava açma hakkı) yarattığını savunmuştur. Ayrıca, bireysel başvuruçulara mağdur statüsü tanınmazken, başvuruçucu derneğin dava açma ehliyetinin kabul edilmesinin tutarsız olduğunu eleştirmiştir.

daha uygun bir yaklaşımı yansıtırken bireysel başvuruçuların mağduriyetlerinin reddi, dava ehliyeti bakımından daraltıcı bir etki yaratmaktadır. İhtiyat temelli bir yaklaşım, zarar gerçekleşmeden önce potansiyel risklere karşı önlem almayı desteklerken Mahkeme mevcut zararın somut olarak kanıtlanmasını istemiştir. AİHM, bireysel başvuruçuların mağdur statüsünü kabul etmesi için somut, kişisel ve mevcut zararlarını “makul şüpheyi aşan” bir kanıt standardı ile kanıtlamalarını beklemiştir¹²⁹. Riskin boyutu ve aciliyeti konusunda sunulan kanıtlar, kişisel ihlali (kişisel zararı) ortaya çıkaracak şekilde değerlendirilmemiştir. Aynı kanıt standardı, başvuruçular için yeterli bulunmuştur.

İklim davalarının büyük bir çoğunluğunun idari yargıda iptal davası olarak açılacağı göz önünde bulundurulduğunda dava ehliyetinin geniş yorumlanacağı söylenebilir. Dava ehliyetinin geniş yorumlanması, iptal davasının temel özelliklerinden bir tanesidir. Ancak özellikle güncellik koşulu, davacıları zorlama kapasitesine sahiptir. Menfaat ihlali koşulunun ihtiyat ilkesiyle desteklenmesi, dava ehliyetini daha da esnetebilir. İhtiyat ilkesini dava ehliyeti koşuluna dâhil eden çalışmalarda öneri, davacının maruz kalabileceği zararın yıkıcı ve geri döndürülemez ve meydana gelmesinin büyük bir belirsizliğe tabi olduğunun gösterebildiği durumlarda, yani ihtiyati eylemin kabul göreceği durumlarda, dava ehliyeti için aranan “zarar/menfaat ihlali” unsurunun karşılandığının kabul edilmesidir¹³⁰.

KlimaSeniorinnen/İsviçre, Yargıç Eicke’nin Kısmen Uyumlu Kısmen Muhalef Görüşü, §§ 22-51.

129 AİHM bireylerin mağdur statüsünü değerlendirirken, başvuruçuların iddialarını desteklemek için “makul şüphenin ötesinde” kanıt sunmalarını bekler (bkz. AİHM, *Mordeniz/Türkiye*, B. No: 49160/99, 10/1/2006; *Klaas/Almanya*, B. No: 15473/89, 22/9/1993). Ancak çevresel davalarda bu standardın nasıl uygulandığı tartışmalıdır. *Klimasenioren/İsviçre* kararı bağlamında AİHM, bireylerin mağdur statüsünü değerlendirmek için belirli bir kanıt standardı ve kanıt usulleri kullanmıştır. Bu değerlendirmede, bireysel başvuruçuların mağdur kabul edilebilmesi için somut ve kişisel zararlarını açıkça ortaya koymaları beklenmiştir.

130 Nash, J. R. (2008). p. 496.

Bu öneride belirleyici unsur zararın yıkıcı niteliğidir¹³¹. Yıkıcı ve geri döndürülemez bir zararın meydana gelme olasılığının belirsizlikle bir araya geldiği durumlarda *ihtiyat temelli dava ehliyeti* argümanı uygulanabilir¹³². Yıkıcı, geri döndürülemez bir zararın düşük olasılığının genel olarak gerçek ve yakın (güncel) ve somut ve doğrudan (kişisel) olması koşullarını karşılanması kolay değildir. Genel olarak mahkemeler, davacıların somut ve belirli bir zarar göstermelerini şart koşar. Nash, bu durumda belirsiz zarar gerekçeleriyle reddedilen davaların beklenen değer yaklaşımı benimsenerek kabul edilebileceğini savunur¹³³.

İhtiyat temelli dava ehliyeti argümanının işlediği gösteren önemli örneklerden biri, *Massachusetts/EPA* davasıdır. *Massachusetts/EPA* davasında, Yüksek Mahkeme, sera gazı emisyonlarının küresel ısınmaya katkı sağladığı yönünde kesin bilimsel kanıt olmasa bile, olası zararların büyüklüğünü dikkate

131 Nash, J. R. (2008). p. 496. Bununla birlikte Lichtman, geleneksel ihtiyati tedbir analizini, telafisi mümkün olmayan zararı değerlendirirken, bunun karşıtı olan “telafisi mümkün olmayan faydaları” göz ardı ettiği için eleştirmektedir. Bkz. Lichtman, D. (2007). “Irreparable Benefits”, *The Yale Law Journal*, Vol. 116., No. 6., p. 1284.

132 Farber, toplumda belirsizlik durumlarıyla karşılaştığında bireylerin ve kurumların genellikle bu riskleri azaltmak için önlemler aldıklarını, bunun da bir tür “sigorta” işlevi gördüğünü savunur. Farber’in argümanı şu şekildedir: Eğer toplumda belirli bir risk veya belirsizlik için sigorta sistemleri gelişmişse bu durum o belirsizliğin hukuken dikkate alınması gerektiğini gösterir. Dolayısıyla, mahkemeler dava ehliyeti (standing) konusunda karar verirken, bu tür risklerin toplumda sigorta yoluyla kabul edilip edilmediğini göz önünde bulundurmalıdır. Bkz. Farber, D. A. (2005). “Uncertainty as a Basis for Standing”, *Hofstra Law Review*, Vol. 33., No. 4., pp. 1126-29; Nash, J. R. (2008). p. 523.

133 Yıkıcı ve geri döndürülemez (telafisi imkânsız) zararın meydana gelme olasılığının belirsiz olması, zararın beklenenden düşük olacağı anlamına gelmez. Gerçekleşme ihtimali düşük ve zaman açısından uzak olsa bile, bu tür zararlar o kadar büyük olabilir ki, yine de önemli bir tehdit oluşturur. İklim değişikliği gibi zararlar, küçük bir ihtimalle bile gerçekleşse etkisi çok büyük olur. Bu nedenle, bu tür zararların beklenen değeri hâlâ yüksek kalır. Bu durumda beklenen değer teorisinin dava ehliyeti koşullarına dahil edilmesi önerilmektedir. Nash, J. R. (2008). p. 521; ayrıca bkz. Nash, J. R. (2013). “Standing’s Expected Value”, *Michigan Law Review*, Vol. 111., No. 7., pp. 1283-1325.

alarak Massachusetts Eyaleti'nin dava ehliyetini kabul etmiştir. Bir grup eyalet ve yerel yönetim, önde gelen on üç çevre örgütüyle birlikte, EPA'ya Temiz Hava Yasası'nın 202(a)(1) bölümü kapsamında sera gazlarını düzenlemesi için verilen dilekçenin reddi üzerine açılan davada Mahkeme, “iklim değişikliğiyle ilişkili zararların ciddi olduğuna ve iyi bilindiğine” ikna olmuş ve küresel ısınmayı ve bununla ilişkili riskleri, dava ehliyetinin varlığı için bir neden olarak kabul etmiştir¹³⁴. Bu durum, ihtiyat ilkesinin dava ehliyetinin belirlenmesinde dolaylı olarak etkili olabileceğini gösterir. Zararın kesin olarak gerçekleşmesi gerekmeden, sadece “makul bir tehdit” olması, başvuruçuların dava açabilmesi için yeterli görülmüştür. Bu davada, iklim değişikliği gibi küresel ve uzun vadeli etkileri olan bir konuda, zarar kesinleşmeden Massachusetts'in zarar görebileceği ihtimali dikkate alınmıştır¹³⁵. Zarar yakın ve fiilî (güncel) olmasa da potansiyel olarak büyük ve geri döndürülemez olduğu için dava açma hakkı verilmiştir. Bu durum, bilimsel belirsizlik durumunda bile potansiyel büyük zararların dava ehliyetinin tanınmasında dikkate alınabileceğini gösterir. Böylece ihtiyat ilkesiyle dava ehliyeti arasında zarar kesinleşmeden, potansiyel tehditlerin de dikkate alınabileceği bir ilişki kurulmuştur.

İhtiyat temelli karar argümanının uygulanabileceği diğer usuli karar kategorisi, *geçici tedbir kararlarıdır*¹³⁶. Bu tür önlemler, zararların meydana gelmesini engellemek amacıyla alınır ve ihtiyat ilkesi gereği risk ortadan kalkana kadar bu tedbirler uygulanabilir. Geçici ihtiyati tedbir kararları, meydana gelmesi belirsiz olabilecek bazı türlerdeki telafisi imkânsız zarar olasılığına karşı koruma sağlamaktadır¹³⁷. Örneğin bir proje çevreye zarar verme riski taşıyorsa projenin durdurulması için yürütmeyi durdurma kararı verilebilir. Zararın yıkıcı niteliği

134 *Massachusetts/EPA*, p. 497 vd.

135 *Massachusetts/EPA*, p. 516–526.

136 Nash, J. R. (2008). p. 517.

137 Bkz. Nash, J. R. (2008). p. 517.

(telafisi güç ve imkânsız zarar) çoğunlukla geçici bir tedbir kararı olan yürütmeyi durdurma kararı için bir koşul olarak görülmektedir¹³⁸. Bu da açıkça ihtiyati bir yaklaşımdır. Belirsizlik, “telafisi imkânsız zarar” koşulunu etkileyen bir unsur değildir. Bu koşulda sözü edilen zarar deyiminden mutlaka teknik anlamda maddi ve manevi zararlar değil, dava konusu yapılan işlemin yürütülmesinin durdurulmaması hâlinde ileride verilebilecek olan bir iptal kararının etkisini azaltması ya da etkisiz hâle gelmesi anlaşılmalıdır¹³⁹.

Geçici tedbir kararının yalnızca açık bir hukuka aykırılık durumunda uygulanabilmesi şart koşulduğunda belirsizlik, idari eylemsizliğin hukuka aykırılığının tespitini zorlaştırmaktadır¹⁴⁰. İdari eylemin veya eylemsizliğin bir zarara yol açıp açmayacağının ya da hangi türden bir zarara sebebiyet vereceğinin öngörülemediği durumlarda, hukuka aykırılığın belirlenmesi güçleşmektedir. Bu noktada ihtiyat ilkesi, belirsizliğin yönetilmesi için önemli bir araç olarak devreye girebilir. Riskin belirli bir eşiği aşması ve makul bir tehdit oluşturması yeterli olmalıdır¹⁴¹. Davis’in belirttiği gibi mahkemeler belirsizlikten kaçınmak yerine onu ciddiye almalı ve ihtiyat ilkesi doğrultusunda karar vermelidir¹⁴². Bu çerçevede, bilimsel belirsizliğin bulunması geçici tedbir kararlarının reddedilmesine değil, aksine uygulanmasına neden olmalıdır. Özen yükümlülüğünü güçlendiren ihtiyat, devletin çevresel riskleri

138 Örnek olarak bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu mad. 27.

139 Günday, M. (2022). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 359.

140 Yürütmeyi durdurma kararı verilmesini zorlaştıran bu koşulun eleştirisi için bkz. Günday, M. (2022). s. 360.

141 Davis, mevcut uygulamaların belirsizliği yeterince dikkate almadığını ve bu durumun adaletin sağlanmasında eksikliklere yol açabileceğini savunur. Bu yaklaşım, özellikle çevre davaları gibi potansiyel zararların büyük ve geri döndürülemez olduğu durumlarda önem taşır. Davis, belirsizliğin ciddiye alınmasının, mahkemelerin ihtiyati tedbir kararlarını daha dikkatli ve özenli bir şekilde değerlendirmesine yardımcı olacağını belirtir. bkz. Davis, J. P. (2003). “Taking Uncertainty Seriously: Revising Injunction Doctrine”, *Rutgers Law Journal*, Vol. 34., No. 2., pp. 363-462.

142 Davis, J. P. (2003).

önlemek için gerekli önlemleri almasını gerektirir. Bu bağlamda geçici bir tedbir olarak yürütmeyi durdurma, devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlayan bir araçtır. Çevresel zararların telafi edilemez olması ve belirsizlik durumlarında ihtiyatlı hareket edilmesi gerekliliği, yürütmeyi durdurma kararlarının çevre davalarında daha kolay alınmasını destekler.

B. KARARIN ESASINA ETKİSİ

İhtiyat ilkesi, esasa ilişkin yargısal denetimde iki aşamada rol oynamaktadır: ilk olarak ilkenin uygulanmasını tetikleyen sebeplerin (bilimsel belirsizlik ve ciddi zarar riski olgusu ve yasal düzenlemeler) varlığı ile idarenin tutumu arasındaki nedensellik ilişkisinin tespitinde, ikinci olarak ise karar verme aşamasında dikkate alınması gereken hususlar ve ilkeye dayalı hukuki işlemlerde uyulması gereken gerekliliklerin (oranlılık ve makuliyet) karşılanıp karşılanmadığının tespitinde. İlk aşamada mahkeme, devletin eyleminin devletin sorumluluğuna yol açacak bir eylem olup olmadığını inceler. İdarenin harekete geçmesi için gereken sebepler ile bu sebepler gerçekleştiğinde idarenin tutumu (hareketsizliği) arasındaki ilişki (nedensellik bağı) işlemin hukuka aykırılığını belirleyen temel unsurlardandır. İdari bir eylemin zarar riski yaratıp yaratmadığını ve bu eylemin sonucu olarak ortaya çıkan zararlar ne ölçüde bağlantılı olduğunu kanıtlanmak zorundadır. Bu nedenle nedensellik bağının kurulması esasa ilişkin bir konu olup dava sonucunu doğrudan etkiler. Mahkemenin bilimsel belirsizliği ve makul bir zarar riskine ilişkin değerlendirmesi, ihtiyat ilkesinin uygulanıp uygulanmadığını belirler. Bu süreçte mahkemenin kullandığı kanıt standardı, her ne kadar yargılama usulüne ilişkin bir sorun olsa da davanın sonucu etkileyen (ihtiyat ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını) bir unsurdur. Mahkeme, burada ihtiyat ilkesinin gerekliliklerini sağlamayan keyfî veya aşırı ihtiyatlı düzenlemeleri iptal etme yetkisine sahiptir. İkinci aşamada ise bilimsel veriler ve toplumsal ya da politik tercihlerle şekillenen karmaşık ve takdirî

karar süreci incelenir. Ölçülülük ilkesi ve makullük testi, burada devreye girer; alınan önlemlerin riskle uyumlu olup olmadığına karar verilir.

1. Nedensellik Bağının Kurulmasında İhtiyat

Nedensellik bağı, devletin eylemsizliklerinin (yani gerekli önlemleri almaması) iklim değişikliği gibi karmaşık küresel sorunlarla ilişkilendirilmesi ve bu eylemsizliklerin belirli bir zarar veya risk oluşturmaya ilgilidir. İklim değişikliği gibi karmaşık ve küresel bir olgu için bir devletin eylemleri ile iklim değişikliğinin somut zararları arasında kesin bir nedensellik bağı kurmak zor olabilir. Ancak somut bir zarar, davacının menfaatlerini ihlal edebilir. İklim davalarında öne sürülen zarar riski ve bilimsel belirsizlik, devletin eylemi ile zarar arasındaki bağlantı kurulmasını ve devletin sorumluluğunun belirlenmesini engellemektedir.

İklim değişikliğine uyum (azaltım ve adaptasyon) sağlamasını zorlamak için açılan davalarda, zayıf nedensellik bağının yeterli görülmesi, ihtiyati yaklaşımın bir sonucudur. Davacıların kesin zararı gösteren güçlü deliller yerine olası zarar riskini göstermesi yeterlidir. *Urgenda/Hollanda* davasında Lahey Temyiz Mahkemesi, bu yaklaşıma uygun bir kararla, uyuşmazlığın konusunun tazminata hükmedilmesi değil sadece hükûmetin yasal ve politik önlemler alma yükümlülüğü olduğu durumlarda nedenselliğin daha az sorun teşkil ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, nedensellik bağı olmadığı iddiasına karşın ‘önlem alınması gereken tehlikeye ilişkin gerçek bir (tehlike/ zarar riski) risk olması yeterli’ görmüştür¹⁴³.

Zararın riskine ilişkin endişe, (ihtiyati) idari işlem için sebebi oluşturur. Sebep unsurunun gerçekleşmesi için *makul endişe* yeterlidir. *Urgenda/Hollanda* davasında Mahkeme, iklimle ilgili belirsizlikleri dikkate alarak nedensellik bağının kurul-

143 *Urgenda davası* I, § 64.

masında “yüksek makuliyet” aramıştır¹⁴⁴. Bu makuliyet seviyesi, devletin önlemleri alırken bilimsel belirsizliklere rağmen etkin ve yeterli bir önlem almak adına bilimsel kesinlik aranmadan mevcut veriler ve tahminler ışığında, gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirir.

Gelecekteki olası zararları önlemek adına *Massachusetts/EPA* davasında kanıt standardı daha da düşmektedir. Massachusetts ve diğer eyaletler, çevre kuruluşları ve belediyeler, EPA’nın sera gazlarının araç emisyonları yoluyla atmosfere salımını Temiz Hava Yasası (Clean Air Act) kapsamında düzenlemesini talep etmişti. EPA, sera gazlarının yasa kapsamındaki hava kirleticileri olmadığı için düzenleme yetkisinin olmadığını ve sera gazlarını düzenleme yetkisine sahip olsa bile, bu yetkiyi kullanmamayı tercih edeceğini, bunun kısmen bu gazların küresel iklim değişikliğine neden olup olmadığındaki belirsizliklere bağlı olduğunu belirtmişti¹⁴⁵. Dava konusu ABD Temiz Hava Yasası’nın 202(a)(1) bölümünde EPA’nın motorlu araç emisyonlarının “kamu sağlığı veya refahını makul şekilde tehdit etmesi beklenen” hava kirleticilerini düzenlemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu ifade, EPA’nın yalnızca kesin zarar veya mevcut bir tehdit durumunda değil, gelecekte makul şekilde beklenen riskler durumunda da harekete geçmesi gerektiğini belirtir. Mahkeme, bu hükmün doğası gereği ihtiyatlı bir standart oluşturduğunu kabul etmiştir, bu hüküm bilimsel kesinlik veya somut zarar beklemeden önleyici adımlar atılmasını öngörmektedir¹⁴⁶. Mahkeme, düzenleme yapılması için yasanın 202(a)(1) maddesine dayanarak kanıt zorunluluğu olmadan sadece “makul bir tehdit algısı”nı yeterli görmüştür¹⁴⁷. ABD Yüksek Mahkemesi, oy çokluğuyla EPA’nın sera gazlarını düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir.

144 *Urgenda davası I*, § 63.

145 *Massachusetts/EPA*, s. 497 vd.

146 *Massachusetts/EPA*, s. 497 vd. ve s. 532 vd.

147 Farber, D. A. (2015). pp. 1659-1726.

Zarar riski, hem yasal önlem eksikliğine hem de bilimsel raporlara (özellikle IPCC raporları) dayalı olarak kanıtlanmaktadır. İklim davalarının temel yasal dayanakları, ulusal mevzuat da dâhil olmak üzere ihtiyatlı yaklaşımı temel alan ve sera gazı emisyonlarını hedefleyen BMİDÇS ve bu Sözleşme'ye taraf devletlerce kabul edilen Paris Anlaşması'dır¹⁴⁸. Nitekim davacılar, davalının iklim değişikliğine katkıda bulunan eylemlerini ve azaltım yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirli yasal eksiklikleri göstererek kanıtlamaktadırlar. *Urgenda* ve *Massachusetts/EPA* davalarında davacılar, Paris İklim Anlaşması'na ve ulusal yasalara uygun uygun düzenlemelerin yapılmaması gerekçesine dayanarak devletin eylemsizliği ile zarar riski arasındaki ilişkiyi ortaya koymuşlardır. Son olarak AİHM de bu ilişkiyi bilimsel kanıtlarla birlikte devletin bu konudaki yükümlülükleriyle kurmuştur. AİHM, devletin iklim değişikliği ile ilgili görevlerinin, bireyler için zarar risklerini azaltma yükümlülüğüne dayandığını ve bu görevlerin yerine getirilmesindeki başarısızlıkların ilgili risklerin ağırlaşmasına neden olduğunu belirtmiş (§ 439) ve 'İsviçre makamlarının ilgili yerel düzenleyici çerçeveyi uygulamaya koyma sürecindeki bazı kritik boşlukların' mad. 8'in ihlalini kanıtlamak için yeterli olduğunu kabul etmiştir (§ 573)¹⁴⁹.

Nedensellik bağı kurulmasında yasal düzenleme eksikliklerinin gösterilmesinin yanı sıra güçlü bir bilimsel temel, neredeyse tüm iklim davalarının ortak özelliğidir¹⁵⁰. Zarar riskinin

148 Açılan davalar, bu anlaşmalarda belirlenen hedeflerle ülke hedeflerinin uyumsuzluğu ve yetersizliği gerekçesine dayanmaktadır. Bu konudaki temel norm, Paris Anlaşması'nın sıcaklık artışlarını sanayi öncesi seviyelere kıyasla "2°C'nin çok altında tutma" ve artışları "1,5°C ile sınırlama" çabalarını sürdürme hedefini düzenleyen 2. maddesidir.

149 Mahkeme, bu boşlukların tespitine yönelik değerlendirmelerini yaklaşık 4 sayfada (§§ 558-572) yapmıştır.

150 Belçika'da açılan *Klimaatzaak* davasında, Université Catholique de Louvain tarafından yapılan bir araştırmaya ve Institut Scientifique de Santé Publique'nin (Belçika Bilimsel Halk Sağlığı Enstitüsü) 2010 yılında hazırladığı bir rapora atıfta bulunulmuştur. Özellikle, Institut Scientifique de Santé Publique'nin 2010 yılında iklim değişikliğinin insan sağlığı üzerindeki etkilerini kapsamlı bir şekilde incelediği belirtilmiştir. Bu

kanıtlanması için her zaman spesifik ve açık bilimsel raporlar olması gerekmez. Doğası gereği tehlike içeren faaliyetler, ihtiyat ilkesi gereği engellenebilir¹⁵¹. İhtiyat ilkesinin devreye girmesi için bilimsel kanıtlar ön koşul olmasa da zarar riskini göstermenin yolu, çoğunlukla bilimsel kanıtlardır¹⁵². Hem davacılar hem de mahkemeler, ulusal ve uluslararası bilim-

bilgiler, davanın temyiz dilekçesinin 72. sayfasında belirtilmiştir. Bkz. <https://climatecasechart.com/non-us-case/vzw-klimaatzaak-v-kingdom-of-belgium-et-al/>; https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20211117_2660_petition.pdf (Erişim Tarihi: 20/8/2025); Brüksel Temyiz Mahkemesi, 30 Kasım 2023'te Belçika'nın ve özellikle Flaman ve Brüksel Başkent Bölgeleri'nin sera gazı (GHG) emisyonlarını 2030 yılına kadar 1990 seviyelerine göre %55 oranında azaltması gerektiğini hükmetti. Mahkeme, bu hedefin Belçika'nın ulusal ve uluslararası yükümlülükleri doğrultusunda zorunlu olduğunu ve yeterli bilimsel kanıtlarla desteklendiğini vurguladı. Brüksel Temyiz Mahkemesi, -2021/AR/1589, 2022/AR/737 ve 2022/AR/891- s. 158. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20231130_2660_judgment-2.pdf, (Erişim Tarihi: 21/8/2025); *Massachusetts/EPA* davasında davacıların sunduğu "saygın bilimsel görüş", büyük ölçüde IPCC ve Ulusal Okyanus ve Atmosfer İdaresi (NOAA) raporları, NASA'nın iklim araştırmaları, Amerikan Bilim Adamları Federasyonu (American Association for the Advancement of Science, AAAS) raporları, ABD Ulusal Bilimler Akademisi'nin yayımladığı araştırmalar, hakemli bilimsel makaleler ve dergilerde yayımlanmış çalışmalara dayanmıştır. Mahkeme, bu bilimsel görüşlere dayanarak EPA'nın sera gazlarını düzenleme yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. *Massachusetts/EPA*, s. 508 vd.; *Urgenda* davasında Lahey Bölge Mahkemesi, Hollanda Çevresel Değerlendirme Ajansı (PBL) ve Hollanda Kraliyet Meteoroloji Enstitüsü'ne (KNMI) atıfta bulunmaktadır. Lahey Bölge Mahkemesi - Ticaret Dairesi, *Urgenda/Hollanda*. 24/6/2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396. § 2.8 vd. özellikle 2.22 ve 2.24. Bkz. <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/03/Urgenda-Foundation-v-State-of-Netherlands.pdf>. (Erişim Tarihi: 21/8/2025); Fransa'da, davacı *Notre affaire 3 tous* adlı kâr amacı gütmeyen kuruluş, *Observatoire Nationale sur les Effets du Changement Climatique (ONERC)* tarafından elde edilen bulguları davaya sunmuştur. *Conseil d'État* (2021). *Dava No: 1904967, 1904968, 1904972, 1904976: Oxfam France Derneği, Notre Affaire à Tous, Fondation pour la Nature et l'Homme ve Greenpeace France'in Devlete Karşı Açtığı Dava* [Karar]. s. 7. Bkz. <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2021/03/Concl-AFB-AdS.pdf> (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

151 *Pfizer* davasında, Birinci Derece Mahkemesi (Genel Mahkeme): 'İnsan sağlığına yönelik bir riskin varlığı konusunda bilimsel belirsizlik durumunda, AB kurumları ve Üye Devletler, ihtiyat prensibini başvurup koruyucu önlemler almak için, kesin bilimsel kanıtları ortaya koyan bir risk değerlendirmesi yapılamasa bile, ihtiyat ilkesini kullanabilirler.' *Pfizer* davası, § 382 vd.

152 Bkz. Trouwborst, A. (2007). p. 191. Trouwborst (2006), pp. 145, 146.

sel kurumların araştırma ve bulgularına kapsamlı bir şekilde atıfta bulunmaktadır. Mahkemeler, genellikle belirsizliğin derecesinden bağımsız olarak sunulan ulusal ve uluslararası raporları, gerekli önlem alınması için yeterli bulmaktadır. *KlimaSeniorinnen/İsviçre* davasında AİHM, 1990'lardan 2015 Paris Anlaşması ile getirilen yasal olarak bağlayıcı taahhütlere, IPCC raporlarına ve BM Genel Kurulunun (BM Genel Kurulu kararı 76/300) kararına kadar iklim krizine ilişkin uluslararası taahhütler ve bilimsel bilgileri dikkate alarak davayı kabul edilebilir bulmuştur (§§ 553-572). Bu bağlamda Mahkeme, "insan kaynaklı iklim değişikliğinin var olduğunu", "iklim değişikliğinin zamanımızın en acil sorunlarından biri olduğunu" ve bunu bir yargı organı olarak göz ardı edemeyeceğini (§§ 410-413); ayrıca "ilgili risklerin, sıcaklık artışı 1.5°C ile sınırlı tutulursa ve acil önlemler alınırsa daha düşük olmasının öngörüldüğünü ve mevcut küresel hafifletme çabalarının bu son hedefi karşılamının yeterli olmadığını" kabul etmiştir.

2. Makul ve Orantılı Önlemlerin Belirlenmesinde İhtiyat

Zarar riski ve zarara neden olan eylem arasında nedensellik bağının olduğuna ikna olan mahkemeler, devletin makul adımlar atmadığını tespit ederek özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. AİHM pozitif yükümlülük içtihadı gereği, devletlere hakları etkili bir şekilde korumak ve tehditlere karşı caydırıcılık sağlamak için makul ve yeterli önlemler¹⁵³ alma görevini yüklemektedir. AİHM içtihadında geniş takdir yetkisiyle karakterize edilen soyut pozitif yükümlülükler¹⁵⁴, adil denge ve makuliyet testiyle sınırlandırılmaktadır¹⁵⁵. AİHS kapsamında bir devletin geniş takdir

153 Öneriyıldız/Türkiye, § 89, Budayeva/Rusya, § 129, Kolyadenko ve diğerleri/Rusya, § 157, AİHM, López Ostra/İspanya, B. No: 16798/90, 9/12/1994, § 51; Cordella ve diğerleri/İtalya, § 158; Tatar/Romanya, § 88.

154 Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, §§ 100, 122; Fadeyeva/Rusya, §§ 103-105; AİHM, Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, B. No: 9310/81, 21/2/1990, § 44; Budayeva/Rusya, § 135; Kolyadenko ve diğerleri/Rusya, §160.

155 Arai-Takahashi Y. (2002). The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in The Jurisprudence of The ECHR, Intersentia,

marjı, Mahkeme tarafından sıkı bir makuliyet standardının uygulanmasıyla aşılsa bile, AİHS mad. 8 uyarınca korunan bireysel hakların dengelenmesi sürecinde ekonomik kalkınma ve toplumun genel çıkarlarını daha öncelikli görülebilmektedir¹⁵⁶. İhtiyat ilkesi, özellikle iklim davalarında, bireylerin sağlığına yönelik riskleri önceliklendirme yönünde yeni bir pozitif yükümlülük doğurabilir. Bu durum, Mahkemenin makuliyet standardını daraltarak ekonomik çıkarların çevresel korumaya göre üstün geldiği mevcut “adil dengeyi” değiştirme potansiyeline sahiptir. Devletin alması gereken önlemler, daha sıkı ve önleyici nitelikte olmalıdır. Bu durumda Mahkeme, ihmal veya yetersiz önlemleri gözden geçirirken sadece ekonomik gerekçelerle savunmayı kabul etmeyebilir. Bu nedenle ihtiyati olduğu kabul edilen iklim anlaşmalarına dayanarak hangi iklim azaltma önlemlerinin makul ve yeterli olacağı sorusuna yanıt aranmalıdır.

Paris Anlaşması kapsamında devletlere büyük bir takdir yetkisi tanısa da BMİDÇS rejiminin güçlü kurumsal yapısı ve somut prosedürel yükümlülükler, Paris Anlaşması kapsamındaki özen yükümlülüklerini tanımlanmaktadır¹⁵⁷. Nitekim *Urgenda/Hollanda* davasında Temyiz Mahkemesi, pozitif yükümlülüklerin içeriğini doğrudan Paris Anlaşması’nın sıcaklık artışlarını azaltma hedefleriyle belirlemiştir. Mahkeme, AİHM’in çevreye ilişkin içtihadına atıf yaparak devletlerin AİHS’in 2. maddesi ve 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülükler, devletlerin kendi yetki alanlarındaki bireylerin yaşamlarını ve refahlarını tehdit eden ciddi çevresel risklere karşı önleyici

p. 80. *Powell ve Rayner ile Hatton ve Diğerleri* davaları, Mahkeme’nin geniş bir değerlendirme marjını tanıdığını göstermektedir. Ancak, rahatsızlık makul seviyeleri aştığında, bir devletin değerlendirme marjını aşmak için makullük standardını daha da yoğunlaştırdığını gösteren örneklerdir. Bkz. *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 123; *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, §§ 43, 44; ayrıca bkz. *López Ostra/İspanya*, § 58.

156 Bkz. *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, §§ 43, 44; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 123.

157 Malaihollo, M. (2021). p. 195.

tedbirler almasını gerektirir. Mahkeme, iklim değişikliğinin ihtiyat ilkesi gereği bu tür bir risk oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, Paris Anlaşması'nda belirlenen küresel sıcaklık artışını 2°C'nin altında tutma ve 1,5°C ile sınırlama hedefleri doğrultusunda, Hollanda'nın sera gazı emisyonlarını 2020 yılına kadar 1990 seviyelerine göre en az %25 oranında azaltması gerektiğine hükmetmiştir. Bu oran, IPCC raporlarına dayanmaktadır. Makul önlem, bilimsel olarak belirlenen oran üzerinden tespit edilmiştir¹⁵⁸.

AİHM ise bu soruya yaşayan araç doktrini ile cevap vermiştir¹⁵⁹. *KlimaSeniorinnen/İsviçre* davasında Mahkeme, Sözleşme'nin dinamik ve çağdaş yorumlanması gereği, iklim değişikliği gibi yeni ve küresel bir tehdidin AİHS kapsamında devletlere yeni türde pozitif yükümlülükler yüklediğini, Sözleşme'nin bu tür çevresel tehditlere karşı bireyleri koruyacak şekilde yorumlanması gerektiğini değerlendirmiştir¹⁶⁰. Mahkeme, sera gazı kirliliğinin zaman ve yer bakımından karmaşık ve öngörülemez etkileri (§ 417), iklim değişikliğini durdurmanın belirli yerel veya tek sektörlü tedbirlerin alınmasına bağlı olmaması (§ 419), iklim eylemiyle ilişkili nesiller arası yük (§ 420) ve emisyon kaynakları ile azaltım ve uyum tedbirlerinin nispi önemindeki yerel farklılıklar (§ 421) nedeniyle mevcut çevre içtihadını doğrudan iklim değişikliği davalarına uygulamanın 'yeterli ve uygun' olmayacağını kabul

158 *Urgenda davası I*, §§ 12; 48-49.

159 Mahkeme doktrinin ayrıca "insan haklarının korunması alanında giderek daha yüksek standartlara ihtiyaç duyulduğunu yansıtabilecek şekilde uluslararası hukuktaki gelişmelere uygun" yorumlamayı da içerdiğini belirtmiştir. Bkz. AİHM, *Demir ve Baykara/Türkiye*, B. No: 34503/97, 12/11/2008, § 85; Ayrıca bkz. ECHR Registrar (2020). *Background paper: The Convention as a living instrument at 70*, Council of Europe https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar_background_paper_2020_eng (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

160 Mahkeme (§§ 415, 416) bu tür bir başvurunun, çevresel zararların belirli kaynaklarına odaklanan önceki davalardan farklı olarak, tekil ya da belirli bir zarar kaynağının olmadığı iklim değişikliği gibi daha geniş bir sorunla ilgilendiği için çevre hukuku içtihadında yeni bir yaklaşım anlamına geldiğini kabul etti.

etmiştir (§ 422). Bu kabulün sonucu olarak iklim davalarında devletlere tanınacak takdir marjı konusunda Mahkeme, çevre içtihadında açıkladığından daha daraltıcı yaklaşımla pozitif yükümlülükleri belirlemiştir¹⁶¹. Mahkeme, devletlere araç seçimi konusunda geniş bir takdir yetkisi tanırken (§ 543) iklim değişikliği tehdidinin doğası ve ciddiyeti [aciliyet, bilimsel, politik ve yargısal kabul, devletlerin olumsuz sicili (§ 542)] göz önüne alındığında, devletlerin harekete geçip geçmemeye karar vermede “azaltılmış bir takdir marjına” sahip olduğunu belirtmiştir. Davadaki bu yaklaşım, ihtiyat ilkesine uygun olarak ciddi ve acil bir sorun teşkil eden iklim değişikliği karşısında devletlerin çevresel risklerin gerçekleşmesini beklemeden gerekli önlemleri almasını sağlamaktadır; aynı zamanda iklim davalarında özen yükümlülüğünün kapsamını da belirler.

AİHM, karbon bütçelerini ve emisyon azaltım hedeflerini pozitif yükümlülüklerle ilişkilendirdikten (§ 545) sonra devletin pozitif yükümlülüklerin içeriğini belirlemiştir. Mahkeme, karar verirken mevcut yasaların ötesine geçerek¹⁶² sadece devletin mevcut çabalarını değil aynı zamanda bilimsel veriler, uluslararası standartlar ve karbon bütçeleri gibi kriterleri de dikkate alarak AİHS mad. 8 kapsamında devletin iklimle mücadelede alması gereken önlemleri; karbon nötrlük için hedef zaman çizelgesi belirlemek, tutarlı ve zamanında hareket etmek, ara emisyon azaltım hedefleri belirlemek ve

161 Ganesan, P. (2024). Content of Climate Obligations & Compliance: Analysis of *KlimaSeniorinnen Schweiz v Switzerland* (Part 2 of 3), 19/4/2024 <https://climaterightsdatabase.com/2024/04/19/content-of-climate-obligations-compliance-analysis-of-klimasenioren-schweiz-v-switzerland-part-2-of-3/> (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

162 Mahkeme, bu bağlamda uluslararası hukuk yükümlülüklerinin rolü üzerinde özellikle durmuştur. AİHM sera gazı azaltım tedbirlerinin BMİDÇS ve Paris Anlaşması kapsamındaki yükümlülüklerin yanı sıra Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) tarafından sağlanan bilimsel kanıtlarla uyumlu olması gerektiğini vurgulamıştır (*KlimaSeniorinnen/İsviçre*, § 546). Kararın 553-572. paragraflarında Mahkeme, IPCC raporları ve uluslararası iklim hedeflerini devletin pozitif yükümlülükleriyle ilişkilendirmiştir.

güncellemek: ulusal karbon bütçesini belirlemek ve izlemek, bilimsel bulgulara dayalı politika üretmek olarak somutlaştırmıştır¹⁶³. Mahkemeye göre İsviçre bu yükümlülükleri yerine getirmemiş ve geçmiş sera gazı emisyonu azaltma hedeflerini karşılamayarak ve düzenleyici çerçevesinde “kritik boşluklara” izin vererek takdir yetkisini aşmıştır (§§ 548, 558-559). Bu sebeple Mahkeme, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, ikincilik ilkesi ve devletlerin takdir yetkisi doğrultusunda, AIHM İsviçre’nin sera gazı emisyonlarını nasıl azaltacağına dair bir emir vermemiştir. Kararın bu yönü, ihtiyat ilkesinin etkinliğini azaltan potansiyel bir engel olarak değerlendirilebilir. Bu durum, devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede esnekliğe sahip olmalarını sağlarken çevresel zararların önlenmesi için gereken somut ve etkili tedbirlerin alınmasını geciktirebilir ya da zayıflatabilir.

AIHM’in bu davada devletlere yüklediği pozitif yükümlülükleri şekillendirirken ihtiyat ilkesinin temel bileşenlerini fiilen uyguladığı söylenebilir. Mahkeme, iklim değişikliğinin ciddi ve geri dönüşü olmayan sonuçları olduğunu kabul etmiştir (§ 546). Bilimsel belirsizliği eylemsizlik için bir gerekçe olarak görmemiştir. İhtiyat ilkesiyle uyumlu şekilde, kesin zarar kanıtı beklemeden devletin yükümlülüğünü tanımlamıştır. Aynı zamanda Mahkeme, İsviçre’nin hedeflerinin ve uygulamalarının yeterli olup olmadığını bilimsel veriler ve uluslararası yükümlülükler ışığında analiz etmiştir (§ 550). Alınacak önlemlerin erken bir safhada alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Devletlerin karbon nötrlüğe ulaşmak için bilimsel verilere dayalı zaman çizelgeleri oluşturması gerektiği belirtilmiştir (§ 545). Mahkeme, pozitif yükümlülüğü belirlerken devletin mevcut çabalarını değil bilimsel gereklilikleri referans almıştır. İsviçre’nin “politik taahhütleri” yeterli görülmemiş, bilimsel verilerle uyum aranmıştır. Karar verirken yalnızca iç hukuk değil uluslararası karbon bütçesi hesaplamaları dikkate alınmıştır. Mahkeme, karbon bütçeleri ve

163 *KlimaSeniorinnen/İsviçre*, §§ 545-574.

bilimsel raporları delil olarak kabul ederek kanıt standardını daha esnek yorumlamıştır. Karar, ilgili bilimsel bulguları ve bunların iklim değişikliği bağlamında devletlerin pozitif yükümlülüğü için ne anlama geldiğini öne çıkararak tartışmış ve değerlendirmiş, bu doğrultuda takdir yetkisini sınırlamıştır (§§ 553-572).

SONUÇ

İhtiyat ilkesinin meşruiyeti üzerine gelişen bir literatürle birlikte ulusal ve uluslararası düzeyde mahkemelerin kararlarında ihtiyat ilkesini kullanmaya başladıkları görülmektedir. Karar alma süreçlerinde, iklim değişikliği risklerini dikkate almamanın özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebileceği ve ihtiyati davranmak gerektiği giderek daha fazla kabul edilmektedir. Yargı kararlarında ihtiyat ilkesinin usule ilişkin etkileri de dikkate değerdir. Mahkemeler, kabul edilebilirlik kriterlerini belirlerken, geçici tedbir kararlarında ve kanıt standardı ile yükünün dağılımında bu ilkeyi temel alabilmektedir. Bu, ihtiyat ilkesinin yalnızca devletlerin sorumluluğunu belirleyen değil aynı zamanda yargılama usulünü etkileyen bir ilke olma potansiyeline işaret etmektedir.

İhtiyat ilkesi, ulusal-uluslararası mahkemeler tarafından uluslararası hukuki metinlerle bütünleştirilerek özen yükümlülüğü olarak uygulanmaktadır. İklim davalarında genellikle insan hakları yükümlülükleriyle Paris Anlaşması'nın gerekliliklerinin bütünleştiği bir denetim modeli baskın görünmektedir. Bu bütünleşmeyi en iyi kuran davalardan biri olan *Urgenda/Hollanda* davasıdır. Diğer yandan AIHM'in *KlimaSeniorinnen/İsviçre* kararında, Paris Anlaşması'nın genel devlet yükümlülükleri çerçevesinden farklı olarak, bireylerin insan hakları temelinde korunması bağlamında özen yükümlülüğünü vurgulamak yönünden güçlü olmakla birlikte, kararda ihtiyat ilkesi açıkça uygulamamıştır. AIHM her ne kadar devletlere tanınan takdir yetkisini sınırlamamak için *Tatar/Romanya* kararından sonra, ihtiyat ilkesi yerine çevre davalarında temel

olarak devletlerin karar alma süreçlerinde şeffaflık, katılım ve hukuki denetim gibi usuli güvencelere odaklansa da¹⁶⁴ *Klima-Seniorinnen* kararında iklim değişikliğine ilişkin bilimsel bulgular ve geniş toplumsal kabul karşısında devletlerin azaltılmış bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir.

İklim değişikliğinin insan haklarına etkileri göz önüne alındığında, devletlerin en üst düzeyde, makul ve yeterli tüm önlemleri alması gerekmektedir. İhtiyat ilkesinin yargılama ilkesi olarak iklim davalarına uygulanması, dava ehliyeti için aranan yüksek eşiği düşürebilir, telafisi imkânsız zararlardan kaçınılmasını ve devletlere daha sıkı hukuki yükümlülükler getirilmesini sağlayabilir. Bu durum, ihtiyat ilkesinin en güçlü versiyonlarından birinin uygulanmasına olanak tanıyabilir ve risk altındaki grupların korunmasını güvence altına alabilir. Önümüzdeki dönemde, iklim hukuku ve insan hakları hukuku arasındaki ilişkinin, ihtiyat ilkesinin uygulama alanını genişletmesi ve ulusal yargı yerlerince daha fazla dikkate alınması olasıdır.

İhtiyat ilkesi her ne kadar, idari yargı yerleri tarafından sınırlı bir şekilde uygulansa da, iklim davaları açısından idari yargının mevcut yasal ve yargısal yapısı, ihtiyat ilkesinin uygulanabilirliğini destekleyen bir çerçeve sunmaktadır. Türkiye’de henüz “iklim davası” niteliği taşıyan dava sayısının azlı-

164 Bu yaklaşım, AİHM’in çevrenin korunmasına ilişkin ilerici içtihadında bir gerileme olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Pedersen, O. W. (2018). The European Court of Human Rights and international environmental law. Chapter 5, in Knox, J. H. and Pejan, R. (Eds.), *The Human Right to a Healthy Environment* (pp. 13), Cambridge University Press, p. 12. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3196971 (Erişim Tarihi: 21/8/2025). Örneğin *Hardy ve Maile/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, çevresel risklerin varlığından çok, bu risklerin değerlendirilmesi ve yönetilmesi için kapsamlı bir yasal ve düzenleyici çerçeve mevcut olduğunu ve başvuruların, bu süreçte haklarını başvurabilecekleri yargısal mekanizmalara sahip olduklarını belirtti. (*Hardy ve Maile/Birleşik Krallık*, B. No: 31965/07, 14/2/2012). Bu usuli yaklaşım, *Cordella ve Diğerleri/İtalya* davasında da görülebilir. Burada AİHM, başvuruların çelik fabrikasının yarattığı çevresel risklere karşı koruyucu önlemlerin eksikliğine itiraz etmeleri için herhangi bir bilgi ve etkili yasal yol sağlama konusundaki ağır ihmeline özellikle önem vermektedir.

ğı ve mevcut davaların büyük ölçüde sonuçlanmamış olması, ayrıca şimdiye kadar çevre davalarında ihtiyat ilkesine açıkça başvurulmaması nedeniyle iklim davalarında ihtiyat ilkesinin nasıl uygulanacağını öngörmek zor olsa da; ihtiyat ilkesinin uygulanmasını önleyecek normatif ve yargısal bir engel görünmemektedir. İdari yargıda, davanın menfaat ihlali şartına bağlı olması, idarenin resen araştırma yetkisi ve iptal davalarının objektif niteliğı, ihtiyat ilkesinin uygulanmasını kolaylaştıran unsurlar arasındadır. İlkenin karar alma süreçlerinde yasal bir standart olarak işlev görmesi yargısal denetim mekanizmalarıyla desteklenmesine bağlıdır.

KAYNAKÇA

- AMBRUS, Monika (2012). “The Precautionary Principle and a Fair Allocation of the Burden of Proof in International Environmental Law”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, Vol. 21., No. 3., pp. 259-270.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in The Jurisprudence of The ECHR*, New York: Intersentia.
- AYDINOĞLU YALÇIN, Zeynep N. (2022), “İklim Değişikliğine İlişkin Düzenlemelere Karşı İdari Yargıda Açılacak İptal Davalarında Ehliyet Sorunu”, in *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu İSALAJ 2022, (İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku Ekseninde ‘Çevre, İklim Değişiklikleri ve Ekoloji) “Prof Dr. İl Han Özay’ın Hatırasına”, 16-18 Mayıs 2021, İSALAJ-2022 Bildiriler Kitabı*, ss. 339-358.
- BAADE, Björnstjern (2020). Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights, in Krieger, Heike, Peters, Anne and Kreuzer, Leonhard (Eds.) *Due Diligence in the International Legal Order* (pp. 92-108), Oxford: Oxford University Press.
- BANNELIER, Karine (2015). “Cyber Diligence: A Low-Intensity Due Diligence Principle for Low-Intensity Cyber Operations”, *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 14., pp. 23-39.
- BLACK-BRANCH, Jonathan (2016). Due Diligence as a Legal Concept to Ensure Security and Safety of Peaceful Uses of Nuclear Energy as well as Non-Proliferation and Disarmament Obligations, in *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, Vol. III: Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes, (pp. 489-524), Springer.
- BODANSKY, Daniel (2016). “The Legal Character of the Paris Agreement”, *Review of European, Community & International Environmental Law*, Vol. 25., No. 2., pp. 142-150.

- BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta and RAJAMANI, Lavanya (2017). *International Climate Change Law*, Oxford University Press.
- CAMERON, James and WADE-GERY, Will (1995). Addressing Uncertainty: Law, Policy and the Development of the Precautionary Principle, in Dente, Bruno (Ed.), *Environmental Policy in Search of New Instruments* (pp. 95-142). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- CAMERON, James and ABOUCHAR, Juli (1996). The Status of the Precautionary Principle in International Law, in Freestone, David and Hey, Ellen (Eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (pp. 29-53), Kluwer Law International.
- CHAPMAN, Audrey R. (2009). "Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications", *Journal of Human Rights*, Vol. 8., No. 1., pp. 1-36.
- CHEN, Ling (2016). "Realizing the Precautionary Principle in Due Diligence", *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Vol. 25., pp. 1-23.
- CHRISTOFOROU, Theofanis (2002). The Precautionary Principle in European Community Law And Science, in Tickner, Joel (Ed.), *Precaution: Environmental Science and Preventive Public Policy* (pp. 241-262). Washington DC: Island Press.
- CİVANOĞLU, Ahmet (2006). Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- DANA, David A. (2003). "A Behavioral Economic Defense of the Precautionary Principle", *Northwestern University Law Review*, Vol. 97., No. 3., pp. 1315-1350.
- DAVIS, Joshua P. (2003). "Taking Uncertainty Seriously: Revising Injunction Doctrine", *Rutgers Law Journal*, Vol. 34., No. 2., pp. 363-462.

- de SADELEER, Nicolas (2002). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press.
- de SADELEER, Nicolas (2006). "The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law", *European Law Journal*, Vol. 12., No. 2., pp. 139-172.
- de SADELEER, Nicolas (2010). The Principles of Prevention and Precaution in International Law: Two Heads of the Same Coin?, in Fitzmaurice, Malcolm, Ong, David M. and Mercuris, Panos (Eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (pp. 182–199). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- de SADELEER, Nicolas (2020). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- DUVIC-PAOLI, Leslie-Anne (2018). *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ECHR Registrar (2020). *Background paper: The Convention as a living instrument at 70*, Council of Europe, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar_back_ground_paper_2020_eng. (Erişim Tarihi: 21/8/2025)
- ELAMPARO DELOSO, Rabbi (2005). The Precautionary Principle: Relevance in International Law and Climate Change, Master's Thesis, Lund University, Sweden.
- ELLIOT, Lorraine (2004). *The Global Politics of the Environment*, New York: Palgrave MacMillan.
- EUROPEAN COMMISSION (2000). *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, COM (2000) 1 final, Brussels, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52000D_C0001 (Erişim Tarihi: 8/7/2025)

- FARBER, Daniel A. (2005). "Uncertainty as a Basis for Standing", *Hofstra Law Review*, Vol. 33., No. 4., pp. 1123-1129.
- FARBER, Daniel A. (2015). "Coping with Uncertainty: Cost-Benefit Analysis, the Precautionary Principle, and Climate Change", *Washington Law Review*, Vol. 90., No. 4, pp. 1659-1726.
- FISHER, Elizabeth (2001). "Is the Precautionary Principle Justifiable?", *Journal of Environmental Law*, Vol. 13., No. 3., pp. 315-334.
- FISHER, Elizabeth and HARDING, Ronnie (2006). The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism: The Development of Frameworks for Applying the Precautionary Principle, in Fisher, Elizabeth, Jones, Judith and Von Schomberg, René (Eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects* (pp. 113-136). Cheltenham: Edward Elgar.
- FISHER, Elizabeth and HARDING, Ronnie (Eds.). (1999). *Perspectives on the Precautionary Principle*, Sydney: Federation Press.
- FOSTER, Caroline E. (2011). *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge University Press.
- FREESTONE, David and HEY, Ellen (1996). Origins and Development of the Precautionary Principle, in Freestone, David and Hey, Ellen (Eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (pp. 3-15). The Hague: Kluwer Law International.
- FREESTONE, David and HEY, Ellen (Eds.) (1996). *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, The Hague: Kluwer Law International.
- GANESAN, Pranav (2024). *Content of Climate Obligations & Compliance: Analysis of KlimaSeniorinnen Schweiz v Switzerland*

(Part 2 of 3). <https://climaterightsdatabase.com/2024/04/19/content-of-climate-obligations-compliance-analysis-of-klimasenioren-schweiz-v-switzerland-part-2-of-3/>, (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

GEISTFELD, Mark (2001). "Implementing the Precautionary Principle", *Environmental Law Reporter*, Vol. 31., pp. 11326-11333.

Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review. United Nations Environment Programme (2020). Nairobi.

GOLLIER, Christian, JULLIEN, Bruno and TREICH, Nicolas (2000). "Scientific Progress and Irreversibility: An Economic Interpretation of The 'Precautionary Principle'", *Journal of Public Economics*, Vol. 75., No. 2., pp. 229-253.

GÜNDAY, Metin (2022). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

GÜNEŞ, Ahmet M. (2012). *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Ankara: Bilge Yayınevi.

GÜNEŞ, Mehmet (2023). "Gıda Güvenliği Konusunda Danıştay Kararlarında İhtiyatlılık İlkesi", *Türkiye'de Gıda Güvenliği ve Gıda Sektörünün Regülasyonu Sempozyumu*, Ankara, 17 Mayıs 2023. https://www.academia.edu/108226582/GIDA_G%C3%9CVENL%C4%B0%C4%9E%C4%B0_KONUSUNDA_DANI%C5%9ETAY_KARARLARINDA_%C4%B0HT%C4%B0YATLILIK_%C4%B0LKES%C4%B0?utm (Erişim Tarihi: 9/7/2025)

HARDING, Ronnie and FISHER, Elizabeth (Eds.) (1999). *Perspectives on the Precautionary Principle*, Federation Press.

HEMPHILL, Thomas A. (2020). "The Innovation Governance Dilemma: Alternatives to The Precautionary Principle", *Technology in Society*, Vol. 63., pp. 101-115.

- HICKEY JR, James E. and WALKER, Vern R. (1995). "Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law", *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 14., No. 3., pp. 423-454.
- HOHMANN, Harald (1994). *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, London: Graham & Trotman.
- HOPSTER, Jeroen (2023). "Climate Uncertainty, Real Possibilities and the Precautionary Principle", *Erkenntnis*, Vol. 88., pp. 2431-2447.
- ILC Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report, Tim Stephens (Rapporteur) and Duncan French (Chair) July 2016).
- International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion) (Seabed Disputes Chamber, Case No. 17, 1 February 2011) (SDC Advisory Opinion) ITLOS Reports 2011, pp. 10-70, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf (Erişim Tarihi: 20/8/2025)
- IPPC, Climate Change (1995). *The Science of Climate Change*, Contribution of Working Group I to the Second Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Houghton, J. T. Meira Filho, L. G. Callander, B. A. Harris, N., Kattenberg, A. and Maskell, K. (Eds.), Cambridge: Cambridge University Press.
- IPPC, Climate Change (2001). *Synthesis Report*, A Contribution of Working Groups I, II, and III to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Watson, R. T. and the Core Writing Team (Eds.), Cambridge, United Kingdom, and New York, NY, USA: Cambridge University Press.

- IPPC, Climate Change (2014). *Synthesis Report*, Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Core Writing Team, Pachauri, R. K. and Meyer, L. A. (Eds.), IPCC, Geneva, Switzerland.
- IPPC, Climate Change (2023). *Synthesis Report*, Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Lee, H., Romero, J. and Core Writing Team (Eds.), IPCC, Geneva, Switzerland.
- JAECKEL, Aline L. (2017). The Precautionary Principle in International Law, in *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle* (pp. 27-69). Leiden: Brill Nijhoff.
- JAYARAMAN, Thiagarajan and KANITKAR, Tejal (2016). "The Paris Agreement: Deepening the Climate Crisis", *Economic and Political Weekly*, Vol. 51., No. 3., pp. 10-13.
- KEGGE, Rogier (2020). "The Precautionary Principle and the Burden and Standard of Proof in European and Dutch Environmental Law", *Review of European Administrative Law*, Vol. 13., No. 2., pp. 113-131.
- KELLY, Patrick M. (2000). Towards a Sustainable Response to Climate Change, in Huxham, Mark and Summer, David (Eds.), *Science and Environmental Decision Making*, Essex: Pearson Education Limited.
- KESKİN, Züleyha (2024). "As New Class of Administrative Cases: Climate Change and the Issue of Legal Standing", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 7., No. 2., pp. 463-480.
- KISS, Alexandre Charles and SHELTON, Dinah (2000). *International Environmental Law*, New York: Transnational Publishers.

- KOIVUROVA, Timo (2010). *Due Diligence*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?prd=OPIL> (Erişim Tarihi: 7/7/2025)
- KRIEBEL, David, TICKNER, Joel, EPSTEIN, Paul, LEMONS, John, LEVINS, Richard, LOECHLER, Elizabeth L., QUINN, Mary, RUDEL, Ruth, SCHETTLER, Ted and STOTO, Michael (2001). "The Precautionary Principle in Environmental Science", *Environmental Health Perspectives*, Vol. 109., No. 9., pp. 871-876.
- KRIEGER, Heike and PETERS, Anne (2020). Due Diligence and Structural Change in The International Legal Order, in Krieger, Heike, Peters, Anne and Kreuzer, Leonhard (Eds.), *Due Diligence in the International Legal Order* (pp. 351-390) Oxford University Press.
- KRIEGER, Heike, PETERS, Anne and KREUZER, Leonhard (Eds.) (2020). *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford: Oxford University Press.
- LICHTMAN, Douglas (2007). "Irreparable Benefits", *The Yale Law Journal*, Vol. 116., No. 6., pp. 1284-1301.
- MACE, M. J. (2016). "Mitigation Commitments under the Paris Agreement and the Way Forward", *Climate Law*, Vol. 6., No. 1., pp. 21-39.
- MALAIHOLLO, Medes (2021). "Due Diligence in International Environmental Law and International Human Rights Law: A Comparative Legal Study of the Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *Netherlands International Law Review*, Vol. 68., No. 1., pp. 121-155.

- MARCHANT, Gary E. and MOSSMAN, Kennet L. (2004). *Arbitrary & Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*, AEI Press.
- MAYER, Benoit (2018). "Obligations of Conduct in International Law on Climate Change: A Defence", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol. 27., No. 2., pp. 130-140.
- MCGINNIS, John O. (2003). "The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44., No. 2., pp. 229-284.
- MCINTYRE, Owen and MOSEDALE, Thomas (1997). "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *Journal of Environmental Law*, Vol. 9., No. 2., pp. 221-241.
- NASH, Jonathan R. (2000). "Too Much Market? Conflict between Tradable Pollution Allowances and the 'Polluter Pays' Principle", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 24., No. 2., pp. 465-535.
- NASH, Jonathan R. (2008). "Standing and the Precautionary Principle", *Columbia Law Review*, Vol. 108., No. 2., pp. 494-527.
- NASH, Jonathan R. (2013). "Standing's Expected Value", *Michigan Law Review*, Vol. 111., No. 7., pp. 1283-1325.
- O'RIORDAN, Timothy and CAMERON, James (Eds.) (1994). *Interpreting the Precautionary Principle*, London: Earthscan.
- OECD (2018). *Innovation, Productivity and Sustainability in Food and Agriculture: Main Findings from Country Reviews and Policy Lessons*, OECD Publishing.
- ORESKE, Naomi and CONWAY, Erik M. (2010). *Merchants of Doubt: How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Is-*

sues from Tobacco Smoke to Global Warming, New York: Bloomsbury Press.

PEDERSEN, Ole W. (2014). "From Abundance to Indeterminacy: The Precautionary Principle and Its Two Camps of Custom", *Transnational Environmental Law*, Vol. 3., No. 2., pp. 323-339.

PEDERSEN, Ole W. (2018). *The European Court of Human Rights and International Environmental Law*, in Knox, John H. and Pejan, Ramin (Eds.), *The Human Right to a Healthy Environment* (pp. 13), Cambridge: Cambridge University Press.

PETERSEN, Arthur (2002). The Precautionary Principle, Knowledge Uncertainty, and Environmental Assessment. *Paper for NOB/NIG Workshop "Knowledge Uncertainty"*, 30-31 Ekim 2002, Erasmus University Rotterdam, www.uitgezocht.nl/VU/Docs/Precautionary_Principle.pdf (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

RAFFENSPERGER, Carolyn and TICKNER, Joel A. (Eds.) (1999). *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Washington D.C.: Island Press.

RAJAMANI, Lavanya (2016). "The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft, and Non-Obligations", *Journal of Environmental Law*, Vol. 28., No. 3., pp. 337-358.

RAJAMANI, Lavanya (2020). *Due Diligence in International Climate Change Law*, in Krieger, Heike, Peters, Anne and Kreuzer, Leonhard (Eds.), *Due Diligence in International Climate Change Law* (pp. 163-180). Oxford: Oxford University Press.

RAJAMANI, Lavanya and WERKSMAN, Jacob (2018). "The Legal Character and Operational Relevance of the Paris Agreement's Temperature Goal", *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 376., No. 2119., pp. 1-14.

- SANDIN, Per (1999). "Dimensions of the Precautionary Principle", *Human and Ecological Risk Assessment*, Vol. 5., No. 5, pp. 889-907.
- SANDIN, Per (2002). *The Precautionary Principle: From Theory to Practice* (Licentiate thesis), Kungl Tekniska Högskolan.
- SANDS, Philippe (2003). *Principles of International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SANDS, Philippe, PEEL, Jacqueline, FABRA, Adriana and MacKENZIE, Ruth (2018). *Principles of International Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHALL, Christian (2008). "Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters Before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?", *Journal of Environmental Law*, Vol. 20., No. 3., pp. 417-453.
- SCHREIBER, Matthias (2020). *The Legal Dimensions of the Precautionary Principle in Environmental and Human Rights Law*, Abingdon: Routledge.
- SHARMA, Anju (2016). "Precaution and Post-Caution in The Paris Agreement: Adaptation, Loss and Damage and Finance", *Climate Policy*, Vol. 16., No. 5., pp. 523-534.
- SMITH, Harold E. (2004). "Property and Property Rules", *N.Y.U. Law Review*, Vol. 79., No. 5., pp. 1719-1798.
- SORIA JIMÉNEZ, Antonio (1996). Ecological Catastrophes in Light of the Rio Agreements, in Delbrück, Jürgen (Ed.), *German Yearbook of International Law*, Vol. 39., (pp. 388-408), Berlin: Duncker & Humblot.
- STEEL, Daniel (2013). "The Precautionary Principle and the Dilemma Objection", *Ethics, Policy & Environment*, Vol. 16., No. 3., pp. 321-340.
- STEEL, Daniel (2014). *Philosophy and the Precautionary Principle*, Cambridge University Press.

- STEPHENS, Tim and FRENCH, Duncan (2016). Uluslararası Hukukta İyi Niyetin Yerine Getirilmesi Üzerine ILC Çalışma Grubu, İkinci Rapor. <https://www.ila-hq.org/en/documents/draft-study-group-report-johannesburg-2016?utm.> (Erişim Tarihi: 7/7/2025)
- STIRLING, Andrew (2007). "Risk, Precaution And Science: Towards A More Constructive Policy Debate", *EMBO Reports*, Vol. 8., No. 4., pp. 309-315.
- STONE, Christopher D. (2001). "Is There a Precautionary Principle?", *Environmental Law Reporter*, Vol. 31., No. 7., pp. 10790-10799.
- STOYANOVA, Vladislava. (2020). Due Diligence versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women, in Niemi, J., Peroni, L. and Stoyanova, V. (Eds.), *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention* (pp. 1-27). Routledge.
- SUNSTEIN, Cass R. (2003). "Beyond the Precautionary Principle", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151., No. 3., pp. 1003-1058.
- SUNSTEIN, Cass R. (2005). *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press.
- SUNSTEIN, Cass R. (2006). "Irreversible and Catastrophic", *Cornell Law Review*, Vol. 91., No. 4., pp. 841-844.
- SUSSKIND, Lawrence (1994). *Environmental Diplomacy: Negotiating More Effective Global Agreements*. Oxford: Oxford University Press.
- TEDSEN, Elizabeth and HOMANN, Gesa (2013). "Implementing the Precautionary Principle for Climate Engineering", *Carbon & Climate Law Review*, Vol. 7., No. 2., pp. 90-100.

- TICKNER, Joel (2003). "Precaution, Environmental Science and Preventive Public Policy", *New Solutions: A Journal of Environmental and Occupational Health Policy*, Vol. 13., No. 3., pp. 275-282.
- TOL, Richard S. J. (2014). "Quantifying the Consensus on Anthropogenic Global Warming in the Literature: A Re-Analysis", *Energy Policy*, Vol. 73., pp. 701-705.
- TROUWBORST, Arie (2002). *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International.
- TROUWBORST, Arie (2006). *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- TROUWBORST, Arie (2007). "The Precautionary Principle in General International Law: Combating the Babylonian Confusion", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 16., No. 2., pp. 185-195.
- TROUWBORST, Arie (2009). "Prevention, Precaution, Logic and Law: The Relationship Between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions", *Erasmus Law Review*, Vol. 2., No. 2., pp. 105-127.
- TURGUT, Nükhet (1996). "İhtiyat İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45., S. 1., ss. 67-102.
- UNEP (2019). *Global Environment Outlook 6 (GEO-6): Healthy Planet, Healthy People*. Cambridge University Press.
- United Kingdom, Department for Environment, Food & Rural Affairs (DEFRA) (2005). *Guidelines on the Precautionary Principle*, <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-principles-policy-statement/environmental-principles-policy-statement?utm> (Erişim Tarihi: 21/8/2025)

- VAN DER SLUIJS, Jeroen P. and TURKENBURG, Wim C. (2006). Climate Change and the Precautionary Principle, in Fisher, Elizabeth, Jones, Judith, and Von Schomberg, René (Eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Chapter 12, (pp. 245-269), W Cheltenham: Edward Elgar.
- VOIGT, Christina (2021). "The Climate Change Dimension of Human Rights: Due Diligence and States Positive Obligations", SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3839012> (Erişim Tarihi: 21/8/2025)
- VOIGT, Christina (2023). "The Power of the Paris Agreement in International Climate Litigation", *Review of European Comparative & International Environmental Law*, Vol. 32., No. 2., pp. 237-24.
- VOS, Ellen & De SMEDT, Kristel (2019). Taking Stock as a Basis for the Effect of the Precautionary Principle Since 2000, RECIPES Project, <https://bit.ly/precaution-2000> (Erişim Tarihi: 8/7/2025)
- WESTERMAN, Pauline C. (2018). *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Edward Elgar Publishing.
- WIENER, Jonathan B. (2016). Precaution and Climate Change, in Gray, Kevin R., Tarasofsky, Richard, and Carlarne, Carlarne P. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (pp. 163-184). Oxford: Oxford University Press.
- WIENER, Jonathan B. and ROGERS, Michael D. (2002), "Comparing Precaution in The United States and Europe", *Journal of Risk Research*, Vol. 5., No. 4., pp. 317-349.
- WOODWARD, Alistair (2003). Uncertainty and Global Climate Change: The Case of Mosquitoes and Mosquito-Borne Disease, in Tickner, Joel (Ed.). *Precaution: Environmental Science and Preventive Public Policy*, Washington DC: Island Press, pp. 127-139.
- YURTCANLI, Seda (2012). "Fransız Çevre Şartı'na Bir Bakış", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No. 47., pp. 309-334.



TÜRK YARGI TEŞKİLATINDA CEZA SORUŞTIRMALARI VE KOVUŞTIRMALARINDA HEDEF SÜRE UYGULAMASI: ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ Mİ?*

*Target Time Application in Criminal Investigations and Prosecutions in
the Turkish Judiciary: Is It a Violation of the Right to a Fair Trial?*

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR**

ÖZET

Ülkemizde makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin ulaştığı yüksek rakamlar, hedef süre uygulaması gibi yöntemlere başvurmayı zorunlu hâle getirmiştir. Bundan hareketle Adalet Bakanlığı tarafından “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” çıkarılmıştır. Hâkimler Savcılar Kanunu’nun 28’inci maddesinin yedinci fıkrasında hedef sürelerin Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, mezkûr Kanun’un 28’inci maddesinin yedinci fıkrasının iptali talebiyle önüne gelen başvuruda oy çokluğuyla hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

* Bu çalışma, 22/5/2025-24/5/2025 tarihleri arasında gerçekleştirilen “Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu II Türk Hukukunda Muhakeme Usulleri” isimli sempozyumda sunulan “Türk Yargı Teşkilatında Ceza Soruşturmaları ve Kovuşturmalarında Hedef Süre Uygulaması: Adil Yargılanma Hakkının İhlali Mi?” başlıklı özet bildirinin genişletilmiş, gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş hâlidir.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, sercan.tokdemir@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9749-688X

“Türkiye Yüzyılı, Adaletin Yüzyılı” başlıklı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi’nde (2025-2029) hedef süre uygulaması için açılan başlık altında ceza yargılamalarında hedef sürelerin daha kısa olacak şekilde yeniden belirlenmesi, hedef süre uygulamasının takip edilmesi, hedef sürenin aşılmasına neden olan hususlara yönelik önlemler alınması ve istinaf kanun yolunda da hedef sürelerin konulmasından bahsedilmiştir.

Hedef süre uygulaması, ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarının makul sürede tamamlanmasında, uzun süren soruşturma ve kovuşturma faaliyetlerinin kişiler üzerindeki maddi ve manevi baskıların bertaraf edilmesinde ve bu suretle adaletin temin ve hukuka olan inancın muhafaza edilmesinde önemli rol oynamaktadır. Yargıdaki iş yükünü hafifletmek kaygısıyla getirilen bu uygulamayla yargılama sürecinin uzaması kadar kısa tutulması da adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilir. Süre kaygısı nedeniyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması gibi usul ihlallerinden kaynaklı yargılama sürecinin uzaması gündeme gelebilir. Adil yargılanma hakkını aşındırma potansiyeli olan bu uygulamadan uzun vadede vazgeçilmeli, hızlı ve adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek şekilde ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları için mevcut ceza muhakemesi kanunumuza dercedilen enstrümanlar etkin kullanılmalıdır.

Çalışmada ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları için getirilen hedef süre uygulamasında mevcut durumun eleştirel bakışla değerlendirilmesi amaçlanmış ve uygulamanın geleceğine dair bazı önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hedef süre, soruşturma, kovuşturma, adil yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı.

ABSTRACT

In Türkiye, the high number of violations of the right to a trial within a reasonable time has necessitated the adoption of mechanisms such as the target time application. Based on this, the Ministry of Justice issued the “Regulation on the Determination and Implementation of Target Times for Investigations, Prosecutions and Trials”. According to Article 28 § 7 of the Law no. 2802 on Judges and Prosecutors, the Ministry of Justice shall determine target times by receiving the opinion of the Council of Judges and Prosecutors. The Constitutional Court, in a case brought before it for the annulment of Article 28 § 7, held by a majority of votes that the relevant provision was not contrary to the Constitution.

In the Judicial Reform Strategy Paper titled “Century of Türkiye, Century of Justice” (2025-2029), it was stated that target times in criminal proceedings should be redetermined to be shorter, that target time application should be followed, that measures should be taken against the causes for exceeding the target time, and that target times should also be determined for appeal procedures.

Target time application plays a significant role in ensuring the conclusion of criminal proceedings within a reasonable time, thereby eliminating the material and moral pressures on individuals caused by lengthy proceedings, and thus ensuring justice, as well as maintaining public confidence in the law. However, although this practice was introduced to reduce workload of the judiciary, it may also lead to violations of the right to a fair trial by either shortening or prolonging the proceedings. The proceedings may be prolonged due to procedural violations, such as restriction of the defendant’s right to defence, arising from time constraints. Given its potential to erode the right to a fair trial, this practice should be abandoned in the long term, and the instruments included in our current criminal procedure code should be employed

effectively to ensure that criminal investigations and prosecutions are conducted in a way not violating the right to a speedy and fair trial.

This paper aims to critically evaluate the current practice of target time application in criminal investigations and prosecutions and to offer certain recommendations regarding its future development.

Keywords: Target time, investigation, prosecution, right to a fair trial, right to trial within a reasonable time.

GİRİŞ

Makul sürede yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarında en fazla ihlal edilen hakların başında gelmektedir. Bu durum, sadece hukuk yargılamaları bakımından değil, ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları bakımından da geçerlidir. Ülkemizde makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri yüksek rakamlara ulaşmış, bu da hedef süre uygulamasına başvurmayı zorunlu hâle getirmiştir. Bundan hareketle Adalet Bakanlığı tarafından “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” çıkarılmıştır. 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanunu’nun (HSK) 28’inci maddesinin ikinci ve yedinci fıkralarına dayanılarak hazırlanan ve 1/9/2017 tarihinde yürürlüğe giren bu yönetmelikte hedef süre kavramının tanımı yapılmış ve hedef süre uygulamasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. HSK’nın 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında soruşturma ve kovuşturmanın hedef sürede yapılması, kanun yolu değerlendirme formunda hâkim ve savcılar için değerlendirme ölçütü olarak kabul edilmiş, yedinci fıkrasında hedef sürelerin Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun (HS-Kur) görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirleneceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Konu bir AYM kararına konu olmuş ve Yüksek Mahkeme, hedef süre uygulamasının Anayasa’ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir. Kararda yazılan muhalefet şerhlerinde hedef süre uygulamasının önemli bir araç olduğu vurgulanmış ve Mahkeme’nin çoğunluk kararı anayasa ve ceza muhakemesi hukukundaki prensipler bakımından eleştirilmiştir (AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021).

“Türkiye Yüzyılı, Adaletin Yüzyılı” başlıklı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi’nde (2025-2029) hedef süre uygulaması için açılan başlık altında adli süreçlerin makul sürede tamamlanmasına yönelik kurumsal tedbirler alınması ve uygulamaların

geliştirilmesi kapsamında hedefler (hedef sürelerin kısaltılması, takibi, süre aşımına neden olan hususların önlenmesi, istinaf kanun yolunda hedef süre uygulamasına geçilmesi) ortaya konulmuştur.

Hedef süre uygulamasının, soruşturma ve kovuşturmaların makul sürede tamamlanması ve yargıdaki iş yükünü hafifletmek amacıyla getirildiğini, bu minvalde makul sürede yargılanma hakkının korunması bakımından çok önemli olduğunu ifade etmek gerekir. Bu minvalde çalışmada öncelikle konuya ilişkin soruşturma, kovuşturma, adil yargılanma, makul süre ve makul sürede yargılanma, hedef süre kavramları açıklanacaktır. Akabinde Hedef Süre Yönetmeliği'nde hedef süre uygulamasına ilişkin düzenlenen esaslar, uygulamanın getirilme nedenleri, 2021/17 Esas, 2021/103 Karar ve 30/12/2021 tarihli kararı çerçevesinde AYM'nin hedef süre uygulamasına ilişkin yaklaşımı ve 2025-2029 yılları arasını kapsayan Strateji Belgesi'ndeki hedefler çerçevesinde ceza soruşturmalarında ve kovuşturmalarında hedef süre uygulamasında mevcut durum ele alınacaktır. Mevcut durum ortaya konulduktan sonra, eleştirel bir bakışla, ceza muhakemesinde hedef süre uygulamasının yerindeliği, bunun savunma hakkına, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına etkisi irdelenecek ve makul sürede yargılanma hakkı özelinde uygulamanın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği sorusuna cevap aranacaktır. Bu kapsamda hedef süre uygulaması, adil yargılanma hakkının bir görünüş şekli olan makul sürede yargılanma hakkı özelinde değerlendirilecektir. Bu değerlendirmelerde başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹, 1982 Anayasası ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) makul sürede yargılanma hakkına ilişkin hükümler göz önünde bulundurulacaktır. Nihayetinde olumlu ve olumsuz yönleriyle hedef süre uygulamasının geleceğine dair bazı önerilerde bulunulacaktır.

1 Sözleşmenin kapsamı hakkında bkz. Kalabalık, H. (2023). *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 214.

I. CEZA SORUŞTIRMALARI VE KOVUŞTURMALARINDA HEDEF SÜRE UYGULAMASI

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1. Soruşturma

Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma kavramları 5271 sayılı CMK mad. 2’de şüpheli ve sanık kavramları² ile paralel şekilde tanımlanmıştır. Maddenin 1’inci fıkrasının e bendine göre soruşturma³, “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*”; mezkûr fıkranın f bendine göre kovuşturma, “*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi*” ifade etmektedir.

Ceza muhakemesinde soruşturma aşaması, “suç şüphesinin öğrenilmesiyle”⁴ başlar⁵. Soruşturma aşamasının başlayabilmesi, bir suç işlendiği izlenimini veren hâlin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından öğrenilmesini gerektirir. Bir suç iddiasının araştırılması ve nihayetinde kamu davası-

2 CMK mad. 2/f.1’in a bendine göre şüpheli, “*soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi*”; b bendinde sanık, “*kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi*” ifade etmektedir.

3 CMK mad. 2/f.1’in e bendinde iddianamenin mahkemeye verilmesi ile mahkeme tarafından kabul edilmesi arasındaki aşama, soruşturma aşaması içerisinde tanımlanmıştır. Her ne kadar doktrinde bu aşamayı “ara muhakeme aşaması” olarak gören görüşler (Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 613; Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Gezer, S., Saygılar, Y. F., Alan, E., Özaydın, Ö., Erdem, Tütüncü E. ve Tok, M. C. (2023). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 621) olsa da bu nitelendirmenin tanımlara ilişkin kanun düzenlemesine uygun olmadığı dile getirilmiştir. Bkz. Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 6.

4 CMK mad. 160/f.1’de bu husus, “*bir suçun işlendiği izlenimini veren hâlin öğrenilmesiyle*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanundaki ifadenin daha yerinde olduğu hakkında bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 161.

5 Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). s. 6; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 161; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 519.

nın açılmasına gerek olup olmadığı bu aşamada belirlenir. Soruşturma işlemlerinde gizlilik⁶, yazıllık ve dağınıklık esastır⁷. Bu aşamanın asli görevli ve yetkilisi Cumhuriyet savcısı olup hâkim kararını gerektirenler hariç tüm işlemler onun tarafından bizzat yapılır⁸.

2. Kovuşturma

Soruşturma aşamasında yeterli delile ulaşılması durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenir ve esas hakkında karar verecek olan mahkemeye sunulur. Mahkemenin iddianameyi kabul etmesiyle kamu davası açılmış ve kovuşturma aşaması başlamış olur. Soruşturma aşamasında şüpheli olan kişi sanık statüsüne geçer. Sözlülük, açıklık, bağlılık ve yüze karşılık prensiplerinin⁹ hâkim olduğu bu aşama;

-
- 6 Özbek, V. Ö. (2022). Masumiyet Karinesi ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etki Eden Sonuçları, içinde *Masumiyet Karinesi ve Lekelenme Hakkı Sempozyumu*, Ankara 8-9 Kasım 2021, (ss. 29-43), Ankara: Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayın No: 1, s. 34. Alman hukukunda adil yargılanma hakkının, şüpheli için soruşturmanın açıkça yürütülmesi konusunda bir hak doğurmayacağı kabul edilmektedir. Soruşturmanın gizliliği esastır. Soruşturmanın başladığının şüpheliye bildirimi konusunda mutlak bir yükümlülük bulunmamaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 163. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinden bu bildirimin soruşturma tamamlandıktan sonra yapılacağı sonucu çıkarılmaktadır. Bununla birlikte adil yargılanma ve etkin bir savunma hakkı için soruşturmanın başlatılması hakkında bilgi verme yükümlülüğünün doğduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Erb, V. (2018). *Verfahren im ersten Rechtszug* (§§ 151–295), in Löwe-Rosenberg Großkommentar (StPO), Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH, kn. 46.
- 7 Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 617, 619; Öztürk vd. (2023). s. 602; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 517-519. Alman hukukundaki prensipler hakkında bkz. Roxin, C., Achenbach, H., Jäger, C. ve Heinrich, M. (2019). *Strafprozessrecht*, München: C. H. Beck, s. 6 vd.
- 8 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 514. Türk ceza muhakemesi hukukunda savcının yetkilerinin sosyo-legal açıdan değerlendirilmesi açısından bkz. Tokdemir, S. (2013). *The Powers of the Prosecutor in the Turkish Criminal Justice System from A Socio-Legal Approach*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 15 vd.
- 9 Tiedemann, K. (2019). *Das Strafprozessrecht*, in Roxin, C., Arzt, G. ve Tiedemann, K., *Einführung in das Strafrecht and Strafprozessrecht*, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg: C. F. Müller, s. 95 vd.

duruşma hazırlığı, duruşma ve sonuç çıkarma evrelerinden oluşur. Delilleri toplamak, ortaya koymak, tartışmak ve bunlardan bir sonuç çıkarıp suç iddiası konusunda karar vermek ve gerektiğinde koruma tedbirlerine başvurmak bu aşamadaki ceza muhakemesi faaliyetleridir¹⁰. Ceza muhakemesinin kovuşturma aşamasında amaç, muhakeme ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeğe uygun infaz edilebilir hükmün verilmesidir¹¹.

3. Adil Yargılanma ve Adil Yargılama

Ceza muhakemesinde adil¹² bir yargılanmanın (*fair trail*) gerçekleştirilmesi esastır. CMK bu ilke göz önünde bulundularak hazırlanmıştır. Adil yargılanma, ceza muhakemesinde insan haklarını, şüpheli, sanık ve mağdur haklarını koruyarak gerçekleştirilen yargılama demektir. Diğer bir anlatımla bu kavram, iradenin serbestçe kullanılmasını engelleyen (kandırma, yanıltma veya zorlama vb.) veya savunma hakkının kullanılmasını sınırlandıran yollara girilmeksizin hukuk devleti ilkesine bağlı bir şekilde ceza muhakemesi işlemlerinin kanunlarda önceden belirlenmiş esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmesini ifade eder¹³.

“Adil yargılanma” bir hak¹⁴ olarak telakki edilirse bu

10 Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2024). s. 750-752; Öztürk vd. (2023). s. 632. Dar ve geniş anlamda kovuşturma kavramları için bkz. Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). s. 34; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 556 vd.

11 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 508.

12 TDK’da adil kelimesi “adaletle iş gören, adaletten, doğruluktan ayrılmayan, hakkı yerine getiren; adaletli” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. “Adil”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19/3/2025)

13 Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 126-127; Öztürk vd. (2023). s. 122-123.

14 Alman hukukunda adil yargılanma hakkı, bir usul ilkesi olarak ceza muhakemesinin yol gösterici ilkesi olarak nitelendirilir. Alman Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkını, anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) yoluyla ileri sürülebilecek temel haklar kategorisinde görmektedir. Adil yargılanma hakkı hem anayasa hukuku hem de ceza hukuku doktrininde bir temel hak olarak nitelendirilmektedir. Adil yargılanma, salt bir usul ilkesi değil, aynı zamanda uygulanabilirliği olan bir hak olup hukukun üstünlüğü ve temel özgürlük haklarına (Alman Anayasası mad. 2/f.1, mad. 20/f.3) dayandırılmaktadır. Sonuç olarak adil yargılanma hakkı, AİHS’in 6.

hakkı temin edecek olan devlet bakımından, yani soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından bir yükümlülük olarak anlaşılmalıdır. Bu durumda “adil yargılama” bahsedilir. Bu şekilde, adil yargılanma hakkı, adil yargılama ilkesine dönüşmüş olur. Adil yargılanma hakkı, “hakkaniyete uygun” veya “dürüst yargılanma hakkı”¹⁵

maddesi ve AİHM içtihatları ışığında uluslararası hukuka uygun, anayasal olarak uygulanabilir temel bir hak olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Brunhöber, B. (2010). “Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, S. 12., s. 761-763.

- 15 Adil yargılama yerine “dürüst muhakeme” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Oktar, S. (Çev.), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 52. Dürüst yargılanma (*fair trial*), dürüst dinle(n)ilme (*fair hearing*) yerine kullanılmakta ve her ikisi de aynı anlama gelmektedir. İki kavram da Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukundan gelmektedir. Dürüst yargılama ilkesinin dört genel şartı zikredilmektedir: Silahların eşitliği, ceza muhakemesi işlemlerinde bizzat hazır bulunma hakkı, delil ikamesi ve değerlendirmesine ilişkin haklar, hükümlerin gerekçeli olmasına zorlayabilme hakkı. Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfGE) ne göre bu ilke hukuk devleti ilkesinde mündemiçtir. Hukuk devleti ilkesi, dürüst yargılamayı da bünyesinde taşıyan genel ve kapsayıcı bir ilkedir. Bkz. Schroeder, F. C. (1996). “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”, Şahin, C. (Çev.), Adil yargılanma kavramı yerine dürüst yargılanma ifadesinin kullanılması eleştirilmiştir. Ünver/Hakeri’ye göre, ikisi aynı anlama gelmemektedir. Dürüst yargılanma, son sözün sanığa verilmesinde olduğu gibi şekli ve maddi nitelikteki usul kurallarına uygun yargılanmayı ifade eder. Bununla birlikte kanuna uygun davranmak daima adil bir yargılanma yapıldığını ifade etmez. Yani kanuna uygun davranmak her zaman hukuka uygun davranmak anlamına gelmez. Hukuka uygunluk kanunlarda yazmasa bile temel hukuk ilkeleri dikkate alınmalıdır. Çünkü kanundaki bir hüküm hukuka aykırı olabilir. Ceza muhakemesinde özellikle koruma tedbirlerinde amaç, sanığın haklarını korumak ve bu bağlamda hukuka aykırı delilleri kullanmamaktır. Bu amaç, adil yargılanma ilkesinin bir sonucudur. İlke, devlete ve soruşturma ve kovuşturma aşamasında görev alan makamlara görev yükler. Bu gerekçelerden hareketle yazarlar, ülkemiz açısından dürüst yargılama kavramının kullanımının doğru olmadığı kanaatindedir. Zira bu kullanımda kavram karışıklığının ortaya çıkması ve anlam kaymasının yaşanması ile kanuna/hukuka aykırılık kavramlarının ceza muhakemesine etkisi bakımından yanlış sonuçlara varılması mümkündür. Bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 54-55. Doktrinde “dürüst işlem ilkesi”, adil yargılanma yükümlülüğü” kavramlarını kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Öztürk vd. (2023). s. 122; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 54-55. Adil yargılanma hakkı ile ilişkisinde dürüst işlem ilkesinin, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre,

olarak da ifade edilmektedir¹⁶. Adil yargılama, bağımsız ve tarafsız yargılama yapılmasını¹⁷ ve haklarının ihlal edildiğini ileri süren bir kimsenin ihlalin durdurulması ve olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılması için yetkili makamlara başvurma hakkını kapsamaktadır¹⁸.

Adil yargılamanın temeli, taraf ilkesinden gelmektedir. Taraflardan biri davayı kazanabilir ve fakat bu, usul kurallarına uyularak gerçekleştirilmelidir. Bu kurallardan biri de adil bir yargılamadır. Adil yargılama kavramı, ceza yargılamaları için AİHS tarafından da kabul edilen genel nitelikte bir prensip olup bir sosyal ve hukuk devletinde temel değer yargıların bir sonucu olarak sisteme yerleşmiştir¹⁹.

Adil yargılamanın iki boyutu bulunmaktadır. Birinci boyutu, ceza yargılamasından etkilenen kişinin yargılamanın salt bir objesi²⁰ hâline getirilmemiş olmasıdır. Bu da kişinin yargılamanın gidişatını ve sonucunu bağımsız bir şekilde ve gerekli uzmanlıkla etkilemek için kanuni bir fırsata sahip olması anlamına gelir. İkinci boyutu, kolluğun yetkili kötüye kullanmalarını ve yargılanmadan etkilenenleri etkilemelerini yasaklamasıdır²¹.

dürüst işlem ilkesi, “ceza muhakemesi işlemlerinin yapılmasında özellikle delillerin toplanmasında başvuru işlemlerinin ve kullanılan yöntemlerin insanın onurunu, adaletin saygınlığını zedelememesi” anlamına gelir. Bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 55. Kavramsal tercihler için ayrıca bkz. Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 126. Schroeder’e göre, “yeterli savunma imkanının tanındığı ve hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurmaksızın yapılan yargılama” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Schroeder, F. C. (1996). s. 270.

16 Özbek, V. Ö. (2022). s. 31; Öztürk vd. (2023). s. 124.

17 Erdoğan, M. (2012). s. 239.

18 a.g.e. s. 239.

19 Roxin, C. ve Schünemann, B. (2017). *Strafverfahrensrecht*, München: C.H. Beck, § 11, kn. 4.

20 Muhakeme sijeleri, salt anlamda ceza muhakemesinin objeleri olmayıp bağımsız bir şekilde muhakeme hukukundan kaynaklı haklarını kullanma ve ithamlarla orantılı savunma imkânlarına sahiptir. Bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 52.

21 Brunhöber, B. (2010). s. 764. Adil yargılama hakkının sınırları hakkında

Ceza muhakemesinde adil yargılanma, sadece kovuşturma aşamasıyla sınırlı değildir. Adil yargılanma kavramının soruşturma evresini kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir²². Aslında AİHS'in 6'ncı maddesi içerik olarak sadece kovuşturma evresini ilgilendiriyor gibi görünmektedir. Ancak bu, hükmün soruşturma evresi için de geçerli olmayacağı anlamına gelmemektedir²³. Savcının soruşturma aşamasında adil yargılanma ilkesini de gözetmesi gerekir²⁴.

Doktrinde adil yargılanma hakkının fonksiyonel olarak devlet ve kişi tarafından başlatılan her türlü yargılamayı kapsadığı, bu noktada yargılamanın başlatılmasının devlet iradesiyle sınırlandırılmayacağı, yani vatandaş tarafından başlatılmış yargılamaların da bu kapsamda mütalaa edilebileceği kabul edilmektedir. Dahası mahkûmiyetten sonra infaz aşamasının da adil yargılanma hakkı kapsamında olduğu ifade edilmektedir²⁵.

bkz. a.g.e. s. 766 vd. Alman hukukunda adil yargılama ilkesinin geniş ve belirsiz olduğu eleştirisi yapılmakta ve ilkenin hukuk devletinin gerekleri ile sınırlandırılması önerilmekte ve kamuoyunu bilgilendirme gibi başka haklar karşısında tartışılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 54.

- 22 Gökçen A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 127. *Ünver/Hakeri*, adil yargılanma hakkının sadece soruşturma ve kovuşturma evresiyle sınırlı olmadığını, muhakemenin tamamına ilişkin ve insanın onuruna uygun, odak noktasında adilliğin olduğu bir yargılamayı hedeflediğini, hem alt yapı olarak hem de soruşturma ve kovuşturma için silahların eşitliğini sağlaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Yazarlara göre adil yargılanma, geniş surette sağlanacak silahların eşitliği ile insaniliği gerektiren adil bir yargılanmaya ve şüpheli ya da sanığın bu statüleri nedeniyle karşı karşıya kalabilecekleri tehlikeleri ve yoksunlukları en aza indirmeye katkı sağlayacaktır. Bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 56. Alman Federal Mahkemesi'ne (*Bundesgerichtshof-BGH*) göre adil yargılanma hakkı bir temel hak olduğundan bu hakkın ihlalinin tespitinde yargılama sürecinin tamamının göz önünde bulundurulması gerekir (BGH NJW 2009, 2463). Bkz. aktaran Brunhöber, B. (2010). s. 761.

- 23 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 55.

- 24 Erb, V. (2018). kn. 28, 44.

- 25 Brunhöber, B. (2010). s. 764-765.

4. Makul Süre ve Makul Sürede Yargılanma

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde (TDK) makul kavramı; “aşırı olmayan, uygun, elverişli” şeklinde açıklanmıştır²⁶. Makul süre, “davanın taraflarına ilave maliyetler yüklemeyen ve yargılama sonunda hakkın mahkemece teslimini bile anlam-sız hâle getirmeyecek bir süre” şeklinde tanımlanmaktadır²⁷. Makul süre aşımı, “yargılama usulü ve anayasa normlarına göre davacı, davalı, sanık, mağdur ya da katılan ile tanıkların hakları göz önüne alınarak, ceza ve hukuk sistemlerinin gerektirdiği zorunlu süreyi aşan usul gecikmesi” şeklinde tanımlanmaktadır²⁸.

Doktrinde makul kavramı ile anlatılmak istenen hususun “sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışların sınırı” olduğu ifade edilmiştir²⁹.

1982 Anayasası’nın 141’inci maddesinin son fıkrasında davaların en az giderle ve “mümkün olan süratle” sonuçlandırıl-masından bahsedilmiştir. Bu ifadenin makul sürede muhake-menin tamamlanması şeklinde anlaşılması gerekir. Bununla birlikte ne AİHS’te ne de Anayasa’da makul süre konusunda somut bir süre öngörülmüştür. AİHM içtihatlarında her so-mut olayın şartları çerçevesinde kavrama anlam yüklenmesi gerektiği vurgulanmıştır³⁰. Esasen CMK’da düzenlenen süre-ler de soruşturmanın ve yargılanmaların makul sürede ta-mamlanmasına yöneliktir.

26 “Makul”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 14/3/2025)

27 Erdoğan, M. (2012). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Kitabevi, s. 239.

28 Özkan Duvar, A. (2019). “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68., S. 1., s. 309.

29 Koç, C. (2020). “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., s. 93; Özkan Duvar, A. (2019). s. 301.

30 Koç, C. (2020). s. 93.

Makul süre kavramının bir belirsizlik içerdiğini ifade etmek gerekir. Sürenin kısalığı veya uzunluğu, makul olup olmadığının belirlenmesinde tek ölçüt değildir³¹. Bununla birlikte işlemlerde sürenin uzunluğuna dikkat etmek gerekir. Sürenin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde işlemin toplam süresine bakılmalıdır. Ancak dört yıl süren bir davanın üç yılının bilirkişi raporuna ayrılmasında olduğu gibi bazen işlemin belirli bir aşamasındaki makul olmayan bir gecikme makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açabilir³².

Adil yargılanma hakkının bir görünüş şekli olan makul sürede yargılanma, “ceza yargılamasının sağlığı, sanık haklarının korunması ve mağdur ve suçtan zarar görenin beklentilerinin karşılanması için de özenli ve fakat hızlı bir yargılanma yapılması, gereksiz yere davanın uzatılmaması” anlamına gelir. Bu kavram, ceza yargılamalarında çabukluk veya hızlılığı³³ ifade etmek için kullanılır³⁴. Makul sürede yargılanma ifadesindeki yargılanma kelimesini muhakeme olarak anlamak mümkündür. Bu durumda hem soruşturmanın hem de ko-

31 Beccaria, “Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserinde yargılamaların kısalığına ilişkin şu cümlelere yer vermiştir: “Kanıtlar belli olunca ve suçun işlendiği doğrulanınca, sanığa kendisini savunması için yeterli sürenin ve araçların verilmesi zorunludur. Ancak, bu süre, cezanın çabuk uygulanmasına zarar vermeyecek biçimde kısa olmalıdır. Çünkü, ... bu kısalık suçların işlenmesini durduran başlıca etkenlerden biridir. ... Yasalar, gerek sanığın savunması, gerek suç kanıtlarının toplanması için, kesin bir süreyi saptamak zorundadır. Bir suçun kanıtlanması için, gerekli süreye yargıçlar karar vermek durumunda bulunsalardı, yargıçlar yasa koyucunun yerine geçmiş olurlardı.” Bkz. Beccaria, C. (2014). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Selçuk, S. (Çev.), Ankara: İmge Kitabevi, s. 155-156. Beccaria, soruşturma, yargılama ve kanıtların toplanması sürelerinin kısa veya uzun olmasını suçların ağırlığı ile ters orantılı olacak şekilde yorumlamıştır. Düşünüre göre, suç canavarca işlenen bir suç ise az işlendiklerinden bu süre kısa tutulmalıdır. Çünkü bu suçlarda suçsuz olma ihtimali daha yüksektir. Bir suç ne kadar canavarca işlenmişse, yani ağır ise cezadan kurtulma ihtimali ile ilgili boş umutlara kapılma böbürlenme de o denli çok olur. Bu tehlikenin bertarafı için bir an evvel kişinin suç olup olmadığının kesin hükümle sonuçlanmalıdır. Buna mukabil, önemsiz, yani daha hafif suçlarda failin suçlu bulunma ihtimali daha düşük olduğundan bu süre uzun olmalıdır. Bkz. a.g.e. s. 156-157.

32 Koç, C. (2020). s. 93.

33 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56.

34 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 64.

vuşturmanın makul süre bir sürede tamamlanması gerektiği sonucuna varılabilir³⁵.

5. Hedef Süre

“Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”te hedef süre, ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları ile hukuk yargılamalarını kapsayacak şekilde tanımlanmıştır³⁶. Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinin d bendine göre hedef süre, “soruşturma, kovuşturma veya yargılamaların tamamlanmasında gözetilen, ilgilileri için hak doğurmayan, yargısal süreçleri iyileştirmeyi amaçlayan ve Kurul’un görüşü alınarak Bakanlık tarafından belirlenen süreyi” ifade eder. Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı HSK 28’inci madde-sinde ise herhangi bir tanım yapılmamıştır.

Mezkûr hükümde HSKur’un görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen hedef sürelerin soruşturmaların ve kovuşturmaların tamamlanması bakımından göz önünde bulundurulacağı, ilgilileri için hak doğurucu niteliğinin olmadığı, bu uygulamayla yargısal süreçlerin iyileştirilmesinin amaçlandığı hususlarından hareketle tanım yapılmış ve kavramın içeriği açıklanmıştır.

Makul sürede yargılanma hakkı ifadesinde kullanılan makul kavramından farkını ortaya koymak amacıyla hedef süre kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Belirlenen hedef süreler içerisinde ceza muhakemesinin tamamlanması istenildiği için hedef süre kavramının tercih edildiği söylenebilir.

B. HEDEF SÜRE YÖNETMELİĞİ ÇERÇEVESİNDE MEVCUT DURUM

24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı HSK 28’inci maddesinin ikinci ve yedinci fıkralarına dayanılarak hazırlanan ve 1/9/2017

35 Özbek, V. Ö. (2022). s. 34.

36 Bkz. Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Adalet Bakanlığı, R.G. 23/6/2017, Sayı: 30105).

tarihinde yürürlüğe giren yönetmelikte hedef sürenin belirlenmesine ve duyurulmasına ilişkin esaslar ve sürelerin nerde başlayıp nerde biteceği belirlenmiştir. Ayrıca sürelerin ilgililere duyurulması, bu sürelerin takibi ve güncellenmesi konuları yönetmelikte düzenlenen konulardır. Hedef sürenin esaslarına ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, mezkûr yönetmelikle hedef süre uygulamasında mevzuat alt yapı çalışmaları teorik düzeyde geliştirildiğini görmekteyiz.

1. Hedef Süre Uygulamasının Getirilme Nedenleri

Ülkemizde makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin ulaştığı yüksek rakamlar hedef süre uygulaması gibi tedbirlerle yargısal süreçlerde iyileştirme yapmayı zorunlu hâle getirmiştir. Adalet Bakanlığı bundan hareketle HSK'nın 28'inci maddesine dayanarak yargıda hedef sürelerinin belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin bir yönetmelik çıkarmıştır. Mezkûr yönetmeliğin 4'üncü maddesinin d bendinde hedef süreye ilişkin yapılan tanımda hedef süre uygulamasının getirilmesiyle yargısal süreçlerin iyileştirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla hedef süre uygulamasının getirilme nedeni, yargısal süreçleri iyileştirmek bağlamında makul sürede yargılanma hakkını korumak ve bu suretle adil yargılanma hakkı ihlallerini önlemektir.

Hedef süre uygulaması makul sürede yargılanma hakkının sağlanmasına dönük gerçekleştirilen faaliyetlerden biridir³⁷. Hedef süre uygulaması bir dava yönetim sistemi şeklinde ifade edilebilir³⁸. Bu sistemde yargılamalarda zamanın

37 Şahin, İ. (2019). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4., S. 1., s. 251.

38 Gemalmaz, H. B. (2022). S. 67. Türk Anayasa Mahkemesinin Trajedisi: Bireysel Başvuru Yolunun Etkisizliğinin Bazı Sebepleri ile Bunu Giderecek Bazı Öneriler, içinde *Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, 1 Mart 2022, (ss. 57-75), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 67. Ayrıca bkz. "Hedef süre uygulaması başlamıştır.", <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

planlaması (hedef belirlenmesi), planlamaya uyumun takip edilmesi ve bir denetim mekanizmasını oluşturulması gerekir³⁹. Dolayısıyla bu uygulamanın, adil yargılanma hakkı bağlamında makul sürede yargılanmanın temini için yargılama mercilerinden kaynaklı gecikmelerin önlenmesi amacıyla alınan tedbirlerden biri olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç itibarıyla hedef süre uygulaması; süresinde tamamlanmayan ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarını hızlandırma, yargısal süreçlere çabukluk kazandırmak ve süreçlerin kısaltılması maksadıyla çözümler üretilmesini sağlayan bir tedbir türü veya sistemdeki aksaklıkları tespit etmek suretiyle kabul edilen yargısal süreçleri yönetim sistemidir.

2. Hedef Süre Uygulamasına İlişkin Esaslar

Hedef Süre Yönetmeliği'nin birinci bölümünde hedef süre uygulamasının kapsamı belirlenmiştir. Hedef süre uygulamasının; bölge adliye mahkemeleri ve Cumhuriyet başsavcılıkları, adli yargı ilk derece mahkemeleri ve Cumhuriyet başsavcılıkları, bölge idare mahkemeleri ile idari yargı ilk derece mahkemeleri tarafından yürütülen soruşturma, kovuşturma veya yargılamaları içerdiği ifade edilmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerindeki kovuşturmalarda ve mezkûr mahkemelerin Cumhuriyet başsavcılıklarında Adalet Bakanlığı'nca belirlenen hedef süreler uygulanacaktır (mad. 2).

Yönetmeliğin ikinci bölümünde hedef sürelerin belirlenmesi, bu sürelerin duyurulması⁴⁰ ile sürelerin başlangıcı ve sonu düzenlenmiştir. Hedef süresi belirlenecek olan soruşturma ve kovuşturma türleri, bunlara ilişkin hedef süreler, HS-Kur'un görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir (mad. 5/f.1). Bu süreler belirlenirken 10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye

39 a.g.e. s. 67.

40 "Belirlenen hedef süreler, Bakanlık internet sitesinde ilan edilir ve Cumhuriyet Başsavcılıkları ile adalet komisyonu başkanlıklarına gönderilir." (Hedef Süre Yönetmeliği, mad. 5/f.3).

İstatistik Kanununa dayanılarak oluşturulan Resmi İstatistik Programı (RİP) kapsamında ve 29/3/1984 tarihli ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Bakanlıkça hazırlanan adli istatistiklerde gösterilen ortalama soruşturma, kovuşturma veya yargılama sürelerinin, fiilen görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcı sayısının, her bir daire, mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısına düşen derdest dosya sayısı veya puanının, soruşturma veya yargılama usul kurallarının ve 8'inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonu başkanlıklarınca gönderilen yıllık raporların dikkate alınacağı belirtilmiştir (mad. 5/f.2).

Bu bölüm altında hedef süreler uyumun ölçülmesi bakımından sürelerin başlangıcı ve sonu da belirlenmiştir. Buna göre hedef süreler, soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul edildiği ve bölge adliye mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar. Hedef süreler, soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararla, kovuşturma veya yargılamalarda gerekçeli kararın yazımı ile son bulur (mad. 6/f.1). Tatil günlerinin de sürelerin hesabına dâhil edileceği belirtilmiştir (mad. 6/f.2).

Yönetmeliğin üçüncü bölümünde hedef sürelerle ilişkin bilgilendirme ele alınmıştır. Konuya ilişkin 7'nci maddede ilgililere hedef sürelerin bildirilmesi detaylı düzenlenmiştir. Buna göre, *Cumhuriyet başsavcılıklarında kayıt numarası alan soruşturma dosyalarında, ilgilinin bizzat sözlü veya yazılı müracaatı halinde hedef süreyi içeren belge soruşturma bürosunca verilir. Bu belge ayrıca tebliğ edilmez (f.1). Ceza mahkemelerinde, sanık, müdafî veya kanuni temsilcisine iddianame ekinde hedef süreyi içeren belge gönderilir; şikâyetçi, mağdur, suçtan zarar gören, malen sorumlu veya vekiline ise duruşma gününü bildiren çağrı kâğıdıyla gönderilir (f.2). Bölge adliye mahkemelerinde, esas kaydı alan dosyalarda duruşma açılmaması hâlinde ilgilinin bizzat sözlü veya yazılı*

müracaatı üzerine hedef süreyi içeren belge yazı işleri müdürlüğünce verilir. Bu belge ayrıca tebliğ edilmez. Duruşma açılmasına karar verilmesi hâlinde ise hedef süreyi içeren belge çağrı kâğıdıyla ilgililere gönderilir (f.4) Yargılamaya ilişkin olarak ilgililere verilecek tevzi formlarında veya yapılacak bildirimlerde “Belirtilen sürede soruşturmanın/yargılamanın sonuçlandırılması hedeflenmekte olup, bu hedefin gerçekleştirilmesinde tarafların ve avukatların katkı ve desteği büyük önem arz etmektedir. Taraflardan kaynaklanan sebeplerle meydana gelen gecikmelerin hedef sürenin hesabında dikkate alınmadığı da göz önünde bulundurularak, bu hususlara hassasiyet göstermenizi rica ediyoruz.” açıklamasına yer verilir (f.5).

Dördüncü bölümde 8’inci maddede hedef sürelerin takibi ve güncellenmesine ilişkin esaslara detaylı olarak yer verilmiştir. Hedef sürelerin Bakanlık Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığına UYAP’a işleneceği⁴¹; hedeflenen sürede sonuçlanmayan her bir dava ve soruşturma dosyasına ilişkin gecikme nedenlerinin 30/9/2016 tarihli ve 29843 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik’te gösterilen değerlendirmeye esas olmak üzere dosyayı muktezaya bağlayan başkan, üye, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından UYAP’ta ilgili ek-

41 Yargıda hedef süre uygulamasının sistemsel yazılımı Adalet Bakanlığı tarafından yapılmış, UYAP ekranları hedef süre uygulamasına uygun hâle getirilmiştir. Bu sistemle hâkim ve Cumhuriyet savcılarının UYAP uygulama ekranlarında her bir dava ya da soruşturma türü için öngörülen hedef süreleri görebilmesi mümkün hâle gelmiştir. Bunun yanında hâkimlerin ve savcılarının, “dosyanın hedef süre çizelgesi” ekranından dosyanın hedef süreye ilişkin aşamalarını renkli çizelgeyle takip edebilmelerine, hedef sürede tamamlanan dosyaları aynı ekranda kırmızı renkle görebilmelerine imkân tanınmıştır. Her bir davada “duruşma ortalama süresi ve sayısı, bir dosyanın tebligatta geçen ortalama süresi, bir dosyanın bilirkişi incelemesinde geçirdiği ortalama süre, talimat dosyalarının ortalama yerine getirilme süreleri”ne ilişkin istatistiki veriler bu sistem üzerinden temin edilebilmektedir. Belirlenen hedef sürelerin aşılması durumunda gecikme nedenlerinin ilgili ekrana (gecikme nedenleri girişi) girilmesi, bu şekilde soruşturma ve yargılamaların uzama nedenleri bilimsel olarak tespit edilerek çözüm önerileri ile uzun yargılamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Hedef süre uygulamasına ilişkin Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen çalışmalar hakkında bkz. <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

rana işaretleneceğinden bahsedilmiştir (f.1). Hedef sürelerin ölçümlenmesine ilişkin bilgilerin her yıl ocak ayı başında Cumhuriyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıklarının ilgili UYAP ekranında gösterileceği (f.2), Cumhuriyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıkları, başkan, üye, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının da görüşünü alarak her yıl ocak ayı sonu itibarıyla hedef sürelerin gerçekleşmesinde yaşanan gecikmelerin sebepleri ile çözüm önerilerine ilişkin yetki çevresini de kapsayacak şekilde bir rapor hazırlanacağı ve hazırlanan raporun⁴² HSKur⁴³ ve Bakanlık Strateji Geliştirme Başkanlığı'na gönderileceği ifade edilmiştir (f.3). Son olarak hedef sürelerle ilişkin ölçümleme bilgilerinin ayrıca performans değerlendirme ve geliştirme formunun doldurulmasında değerlendirmeye esas alınacağı düzenlenmiştir (f.5). Hedeflerin güncellenmesi başlıklı 9'uncu maddede de soruşturma ve kovuşturma hedef sürelerinin en geç iki yılda bir Bakanlık tarafından güncelleneceği belirtilmiştir.

Dördüncü bölümde geçici birinci maddede adli ilk derece mahkemeleri ve Cumhuriyet Başsavcılıkları için yönetmeliğin yürürlüğü girdiği tarihten itibaren 10 gün içinde (f.1), Bölge Adliye Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları için yö-

42 Hazırlanan raporlar sonraki yıllarda soruşturma, kovuşturma veya yargılamalar için belirlenecek olan hedef süreler bakımından dikkate alınacaktır. Bu raporlardaki veriler, HSK Teftiş Kurulu tarafından adli yargı hâkim ve savcılar ile idari yargı hâkimlerinin denetiminde esas alınacak, istinaf ve temyiz incelemesi sırasında kanun yolu değerlendirme formlarının düzenlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Bkz. <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

43 2024-2028 yılları arasını kapsayan HSKur'un Stratejik Planı'nda "Yargının Etkinlik ve Verimliliğini Artırmak" başlığı altında adalet sisteminde performans ölçümü ve geliştirilmesi ile kalitenin artırılmasına yönelik araçların güçlendirileceği hedeflenmiş, uzun süren soruşturma ve davalar için yargısal etkinliğin artırılması amacıyla "Performans Esaslı İzleme Sistemi" geliştirileceği ve hedef sürenin takibi hususunda kurulun etkinliğinin artırılacağı ifade edilmiştir. Bkz. Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu 2024-2028 Stratejik Planı, s. 90. Belge için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/120320241040hsk-2024-2028-stratejik-planpdf.pdf> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

netmeliğin yürürlüğü girdiği tarihten itibaren 2 yıl içinde (f.2) hedef sürelerin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Madenin üçüncü fıkrasında hedef süre uygulamasının, sürelerin Adalet Bakanlığı’nca internet sitesinde ilanı tarihinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir⁴⁴.

Bunun dışında, yönetmelikteki düzenlemeler paralelinde HSKur tarafından 7/9/2021 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan ilke kararıyla, hâkim ve savcılarının yükselme esaslarına ilişkin ilke kararlarda güncelleme yapılmış ve hedef sürenin tanımı eklenerek bu sürelerle uymak, hâkim ve savcılarının yükselmesindeki ölçütler arasında kabul edilmiştir.

C. 2021/17 ESAS, 2021/103 KARAR VE 30/12/2021 TARİHLİ KARARI ÇERÇEVESİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Hedef süre uygulaması, somut norm denetimi yoluyla AYM kararına da konu olmuştur⁴⁵. Konu, HSK’nın 28’inci maddesinin yedinci fıkrasının iptali talebiyle Mahkeme’nin önüne gelmiştir. Başvuru kararında hedef süre uygulamasının adil yargılama hakkı kapsamında makul sürede yargı-

44 Adalet Bakanlığı, 2024-2028 yılları arasını kapsayan Stratejik Planı’nda başladığı tarihten itibaren 2018 yılındaki veriler dikkate alındığında hedef süre uygulamasına uyum oranı Cumhuriyet Başsavcılıklarında %74,84, ceza mahkemelerinde %66,83 olarak paylaşılmıştır. 2018 yılında tüm dava ve soruşturma türlerinde genel uyum oranı %69,59 olarak gerçekleşmiştir. 2022 yılında bu oranlar Cumhuriyet başsavcılıklarında %84,29 ve ceza mahkemelerinde %86,95 şeklinde gerçekleşmiştir. 2022 yılında tüm dava ve soruşturma türlerinde genel uyum oranı %85,71’e yükselmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, s. 21. Belge için bkz. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/adalet-bakanligi-stratejik-plan-2024-2028-29-04-20244-20-pm.pdf> (Erişim Tarihi: 14/4/2025)

45 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’na muhalefet suçundan sanığın cezalandırılması talebiyle açılan kamu davasında Hatay 6. Asliye Ceza Mahkemesi, HSK’nın 28’inci maddesinin yedinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varmış ve hükmün iptali için AYM’ye başvurmuştur. Bkz. AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021. Hedef süre, makul sürede yargılanma hakkı ihlallerine ilişkin bireysel başvurularda da bahsi geçen bir konu olmuştur. Bkz. *Keser Altıntaş*, B. No: 2023/18536, 25/7/2023, § 54; *Sabire Güngör*, B. No: 2019/32487, 29/2/2024, § 4; *Nevriye Kuruç*, B. No: 2021/58970, 5/7/2022, § 73.

lanmanın temini için yargılama mercilerinden kaynaklanan gecikmelerin önlenmesi amacıyla alınan tedbirlerde biri olduğu, bu süreleri kimin belirleyeceğinin önem arz ettiği, yargısal süreçte hedef süre uygulamasının hâkimleri bağlayıcı bir hedef ortaya koyduğu ve yargı yetkisini kullanmaya ilişkin olduğu, bu sürelerin Adalet Bakanlığı tarafından belirlendiği ve ancak sürelerin yürütme organı tarafından belirlenmesinin Anayasa'ya (Başlangıç kısmı, mad. 2 ve 138) aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak esasa ilişkin yaptığı incelemede Mahkeme, hedef süre uygulamasının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk kararıyla hükmün iptaline yönelik Hatay 6. Asliye Ceza Mahkemesinin itirazını reddetmiştir. Çoğunluk kararında hedef süre uygulamasının soruşturma ve kovuşturmaların makul süre içinde tamamlanmasının adaletin tesisinde ve hukuka inancın muhafazasında önemli rol oynadığını vurgulayan AYM, uygulamanın bunu temin etmek amacıyla getirildiğinin altını çizmiş ve meseleyi hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatı çerçevesinde ele almıştır. Mahkeme, özetle, hedef süreye ilişkin esasların uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin olduğundan yönetmelikle düzenlenebileceğini, hâkim ve savcılarının özlük haklarını etkileyen kanun yolu değerlendirmesinde hedef sürenin tek belirleyici ölçüt olmadığını ve sürelerin belirlenmesinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına sahip olan HSKur'un görüşü alındığı için HSK mad. 28/f.7'nin hâkimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Karara ilişkin yazılan karşı oy gerekçelerinde meselenin adil yargılanma hakkı bağlamında önemine değinilmiştir. Makul sürede yargılanmaların tamamlanmasının adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu ve bunun için hedef süre uygulamasının getirilmesinin yerinde olduğu, yargılananın tamamlanacağı sürenin belirlenmesinin tam bir yargılama faaliyeti olmasa bile HSK'nın 28'inci maddesinin yedinci fıkrasının temel hak ve hürriyetleri etkileyen ve yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme olduğu hususlarının altı çizilmiştir. Böylelikle

hedef süre uygulamasıyla muhakeme hukukunda mahkemelerin işleyiş düzenine ilişkin yeni bir usul kuralı eklenmiş olmaktadır.

Üyelerden Hasan Tahsin Gökcan, kaleme aldığı karşı oy gerekçesinde makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin ulaştığı yüksek rakamlar karşısında hedef süre uygulamasının yerinde bir yöntem olmadığının ileri sürülmesinin hoş karşılanmayacağını ifade etmiştir. Ancak Gökcan'ın da vurguladığı üzere, hâkimin mesleki performansında hedef süre gibi bir ölçüt hâkimler arasında bir baskı aracına dönüşür. Bu baskı; yargısal süreçlerin izlenmemesi, pratik kaygılardan dolayı sanığın savunma hakkının kısıtlanması ve tarafların hukuki dinlenilme haklarının ihlal edilmesi gibi usul ihlallerini berberinde getirebilir. Dolayısıyla bu nedenlerden kaynaklı yargısal süreçlerin uzaması ihtimaller dâhilinde olup bu durum, adil yargılanma hakkını zedeleyebilir.

Karardaki karşı oy gerekçelerinde özetle şu hususlar vurgulanmıştır:

Hedef süre uygulaması, makul sürede yargılanma hakkı için önemli ve gerekli bir adım olup adil yargılanma hakkının tesisi bakımından sadece bir araç olup hiçbir zaman bir amaç hâline getirilmemelidir. Zira ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarında uyulması istenilen hedef sürelerle, yargılamaların uzaması probleminin, yani sistemde temel bir sorunun çözümüne dair bir politikanın hayata geçirilmesi amaçlanmaktadır.

Hedef süre uygulaması, mesleki performansın değerlendirilmesinde üst mahkemede görev alan hâkim ile denetime tabi tutulan ve kararı incelenen hâkim arasında hiyerarşik bir ilişkiye yol açmaktadır. Bunun, hâkimler ve savcılar üzerinde baskı aracına dönüşmesi ve yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerini ihlal etmesi kaçınılmazdır.

Hedef süre uygulamasına ilişkin esasların yönetmelikle

değil kanunla⁴⁶ düzenlenmesi ve yargılama sürecinin adil yargılanma hakkının tüm ilkelerine uyularak gerçekleştirilmesi gerekir.

D. 2025-2029 YILLARI ARASINI KAPSAYAN YARGI REFORMU STRATEJİSİ BELGESİNDE ORTAYA KONULAN HEDEFLER

Konuya ilişkin yakın zamanda gerçekleşen gelişmelerden biri de “Türkiye Yüzyılı, Adaletin Yüzyılı” başlıklı Yargı Reformu Stratejisi (2025-2029) Belgesidir. Strateji Belgesi’nde adli süreçlerin makul sürede tamamlanmasına yönelik kurumsal tedbirler alınması ve uygulamaların geliştirilmesi kapsamında yapılacak bazı faaliyetlerden bahsedilmiştir. Buna göre ceza yargılamalarında hedef sürelerin daha kısa olacak şekilde yeniden belirlenmesi, hedef süre uygulamasının ta-

46 Hedef süre uygulamasına ilişkin esasların yönetmelikle değil, kanunla düzenlenmesinin önemi M. Emin Kuz’un kaleme aldığı karşıoy gerekçesinde kapsayıcı bir yorumla şu şekilde ortaya konulmuştur: “İncelenen kuralda ise hiçbir esas öngörülmeden hedef sürelerin Bakanlıkça belirleneceği hükme bağlanarak bu konuyu düzenleme bakımından idareye çok geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Buna karşılık idarenin hangi ölçütleri esas alarak bu süreleri belirleyeceği mezkûr hükümde de Kanunun başka bir maddesinde de açık, anlaşılır ve nesnel bir şekilde düzenlenmemiş ve bir çerçeve çizilmemiştir. Bu nedenle düzenleme, yorum ve değerlendirme farklılıklarına bağlı olarak keyfi uygulamalara yol açabilecek, başka bir ifadeyle belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık oluşturacak nitelikte olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Başka bir ifadeyle, mezkûr sürelerin yasama organı tarafından her bir dava türü açısından doğrudan kanunla ayrı ayrı belirlenmesi -uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel sorunlar sebebiyle pratik olarak mümkün olmasa da, özellikle davaların türü, davacı, davalı, sanık ve müdahil sayısı gibi kriterler ile aynı tür davalardaki ortalama yargılama süreleri, hâkim sayısı, mevcut dosya sayıları ve verilen kararların bunlara oranı gibi hususların dikkate alınmasını öngören bir çerçeve çizilmeden, düzenleyecekleri değerlendirme formlarında bu konuda asıl değerlendirmeyi yapacak olan temyiz mercilerinin görüşleri de aranmadan ve ayrıntıların belirlenmesinde yol gösterecek nitelikte hiçbir ilke getirilmeden hedef sürelerin Bakanlıkça belirlenmesinin öngörülmesinin, anayasal anlamda kanunla düzenleme zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılması için yeterli olduğu söylenemez. Dava konusu kural aynı sebeplerle, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına da uygun değildir.” Bkz. AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021 (M. Emin Kuz’un karşıoy gerekçesi).

kip⁴⁷ edilmesi, hedef sürenin aşılmasına neden olan hususlara yönelik önlemler alınması ve istinaf kanun yolunda da hedef sürelerin belirleneceği ifade edilmiştir. Ayrıca zamanında, etkin ve kaliteli bir adalet hizmeti için kurumsal performans ve verimliliğine dair çalışmaları yürütmek üzere Adalet Bakanlığı bünyesinde “Adalet Teşkilatı Performans ve Verimliliği Daire Başkanlığı”; yargısal faaliyetlerin yürütülmesinde hedef süre uygulaması başta olmak üzere kurumsal performans ve verimliliğe ilişkin çalışmaları yapmak üzere HSK bünyesinde “Yargı Teşkilatı Performans ve Verimlilik Birimi” kurulması hedeflenmiştir. Bunların yanında makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri önlemeye yönelik başka hedefler de belgede zikredilmiştir. Duruşmaların kesintisiz devam edeceği prensibi kabul edilmiş, ancak istisnai hâllerde en fazla iki ay ertelenebileceği belirtilmiştir. Ayrıca bekletici sorun yapılan durumlarda duruşmalara ara verilmesi kararı verilerek bekletici sorunun çözümüne kadar duruşma yapılmamasının sağlanacağı ifade edilmiştir. İlk derece yargılamalarında davalara bakma sırasına ilişkin uygulamanın makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesini önleyecek şekilde düzenleneceği, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden çözülmesi mümkün uyuşmazlıkların kapsamının genişletileceği ve bozma kararı verilen dosyaların öncelikle ve ivedilikle görülmesi gibi başka hedefler de konulmuştur.

II. CEZA MUHAKEMESİNDE MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI: HEDEF SÜRE UYGULAMASI ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ Mİ?

Ceza muhakemesi, vatandaşın devletin hamiyetiyle karşı karşıya geldiği bir hukuk dalı olup maddi ceza hukukunda ceza veya güvenlik tedbirleri ile yaptırım altına alınmış tipik

47 Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı’nda hedef sürelerin takip edileceği, hedef süreyi aşan dosyalar için önlemler alınacağı, makul sürede yargılanma hakkının temini amacıyla yargısal süreçler için belirlenen hedef sürelerle uyulması için tedbirler alınacağı ve bu uygulamanın geliştirileceği yönünde hedefler konulmuştur. Bkz. Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, s. 51, 58.

fiillerin uygulama alanıdır. Bu hukuk dalı, devletin amaca ve hukuka uygunluk aracıdır⁴⁸. Ceza muhakemesi hukuku, fail ve işlediği fiilin güvenli bir şekilde belirlenmesine, kanunda yazılan soyut cezanın somutlaştırılmasına ve failin suç teşkil eden fiilinin kamuda aleni şekilde tartışılması amacını güden bir hukuk dalı olup maddi ceza hukukunun genel önleme amacına ve adalet duygusunun tatmin edilmesine hizmet eder⁴⁹.

Ceza muhakemesinin amaçları; maddi gerçeği araştırmak⁵⁰, adaleti ve hukuksal barışı tesis etmektir. Bu üç amaç, yargısal bir süreçte dengelenmelidir. Bu süreç şekli⁵¹ olup belli kurallarla ilerler. Bununla birlikte bu süreci formalitelere uymaktan ibaret görmemek, aksine bir hukuk devletinde menfaatleri koruyan bir mekanizma olarak görmek gerekir⁵².

Maddi gerçeği açığa çıkarma faaliyeti sonucunda verilecek adil bir karar, adil ve usulüne uygun bir karar verilmesini gerektirir⁵³. Ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adil bir kararın verilmesine aykırılık teşkil eden usul düzenlemeleri sanığın adil yargılanma hakkını da etkilemektedir⁵⁴.

Toplumsal olayları ele alan ceza yargılamaları, ceza normlarının geçerliliğini sağlar ve bu şekilde hukuksal barış tesis edilir. Ceza yargılaması sonucu verilen karar, hukuksal mese-

48 Tiedemann, K. (2019). s. 85, 87-90.

49 Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 33.

50 Yaygın kabul edilen görüş, ceza muhakemesinin amacının suç teşkil eden fiili soruşturmak ve faili bu fiilden dolayı cezalandırmak suretiyle gerçeği açığa çıkarmak olduğu hakkında bkz. Tiedemann, K. (2019). s. 86.

51 Ceza muhakemesi hukuku şekli ceza hukuku (*formelles Strafrecht*) olarak da tanımlanır. Bkz. Roxin, C., Achenbach, H., Jäger, C. ve Heinrich, M. (2019). *Strafprozessrecht*, München: C. H. Beck, s. 1.

52 Volk, K. ve Engländer, A. (2018). *Grundkurs StPO*, München: C. H. Beck, § 3, kn. 5. Ayrıca bkz. Tiedemann, K. (2019). s. 86; Roxin, C., Achenbach, H., Jäger, C. ve Heinrich, M. (2019). s. 1.

53 Volk, K. ve Engländer, A. (2018). § 3, kn. 1.

54 Tiedemann, K. (2019). s. 93

leyi çözer. Bir taraftan kararın revize edilmesi imkânı olmalı ancak diğer taraftan ceza yargılamaları sonsuz kadar devam etmemelidir⁵⁵. Sonuç itibarıyla kesin hükümle hukuksal barış tesis edilmiş ve ceza muhakemesi sonlandırılmış olur⁵⁶.

Ceza muhakemesi, adil yargılanma hakkı doğrultusunda şekillenmektedir⁵⁷. Ceza muhakemesinin “zorunlu asli unsurlarından”⁵⁸ biri adil yargılanmadır. Ceza muhakemesinin adil olması hem sanığın korunması bakımından hem de muhakemenin kamusal etkisi bakımından önem arz etmektedir. Böylelikle gerek sanık gerekse toplum, sanığın kendisini savunabildiği ve savunma imkânlarının sağlandığı hususlarının farkında olmuş olur⁵⁹.

A. CEZA MUHAKEMESİNDE ADİL YARGILANMANIN BİR GÖRÜNÜŞ ŞEKLİ OLARAK MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma; bağımsız bir ilke olduğu gibi alenilik, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile silahların eşitliği gibi birçok ilke ile sıkı ilişki içerisinde olup⁶⁰ ceza muhakemesi sürecinde tüm ilkelere ruhunu, dinamiğini ve özünü veren çatı bir fonksiyon icra etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda birçok hüküm, hükümlerin icrası ve ihlali ile bağlantılı durumlar adil yargılanma ilkesine göre değerlendirilmekte ve

55 Volk, K. ve Engländer, A. (2018). § 3, kn. 1-4.

56 Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 33.

57 CMK’nın da temel amacının adil yargılama olduğu ve kanundaki hükümlerin bu temel amaç doğrultusunda kaleme alındığı hakkında bkz. Öztürk vd. (2023). s. 125.

58 Muhakemenin güvenilir, şeffaf, adil, şekilsel, çelişmeli ve sürekli olması ceza muhakemesinin asli zorunlu unsurları olarak kabul edilmektedir. Bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 35-37.

59 a.g.e. s. 35.

60 Adil yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı özelinde suçsuzluk karinesi, özgürlük ve güvenlik hakları ile de ilişkilidir. Ayrıca bkz. Özkan Duvan, A. (2019). s. 305. Anglo-Amerikan hukukunda ve AİHS’te savunma hakkı, silahların eşitliği, bizzat hazır bulunma, meramını anlatma ve kişinin kendisini suçlama yasağı gibi haklar da adil yargılama ilkesi kapsamında mütalaa edilmektedir. Bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 52.

gerekçelendirilmektedir⁶¹. Makul sürede yargılanma da bu kapsamda mütalaa edilebilir. Çünkü makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanmanın vazgeçilmez bir parçasını (alt unsurunu)⁶² oluşturur⁶³. Dolayısıyla makul sürede yargılanma adil yargılanma hakkı kapsamındadır⁶⁴. Bu durumda ma-

61 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 56.

62 Tatlıdil, S. (2019). “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı-Sürenin Aşılması ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, S. 143., s. 13; Özkan Duvar, A. (2019). s. 288.

63 Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 130. AY mad. 36’da makul sürede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkının zımni bir parçası olarak güvence altına alındığı hakkında bkz. İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: El Kitapları Serisi-4*, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayınları, s. 276. Adil yargılama hakkının kapsamında sadece makul sürede yargılanma bulunmamaktadır. AİHM içtihatlarına göre, adil yargılanmanın altı unsuru vardır: Bağımsızlık ve tarafsızlık, kanunla kurulmuş mahkeme, makul sürede yargılanma, aleniyet, denetim, silahların eşitliği (şüpheli veya sanığın savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması). Bkz. Öztürk vd. (2023). s. 124 vd.; Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 129. Ancak bu çalışmada, hedef süre uygulamasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği hususunda yapılan değerlendirmeler, bu unsurlardan makul sürede yargılanma hakkı ile sınırlı tutulmuştur. Bununla birlikte çalışmada, özellikle AYM’nin yaklaşımı ortaya konulurken adil yargılanmanın gereklerinden olan hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ve yeri geldikçe adil yargılanmanın diğer unsurlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

64 “Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup...” (Haydar İzgi, B. No: 2012/673, 19/12/2013, § 27); “Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında -ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle- Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhildir. Ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de -Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği- makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.” Güher Ergün ve diğerleri, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38-39; “Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme)’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18), Sözleşme metni ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de

kul sürede yargılanma hakkının ihlali, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir. Davaların gereksiz yere uzatılması, bu hakkın ihlali anlamına gelir.

Adil yargılanma hakkının bir görünüş şekli olan makul sürede yargılanma hakkının ne ulusal düzenlemelerde ne de uluslararası belgelerde tanımı yapılmıştır. Bununla birlikte içtihatlarda bu hakkın esasları ortaya konulmuştur⁶⁵.

Ülkemizde ceza yargılamalarının uzun sürdüğü ve bundan kaynaklı olarak insan hakları ihlallerinin ciddi boyutlara⁶⁶ vardığını belirtmek gerekir. AİHM ve AYM⁶⁷ bu hususta

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır." Aycan Yılmaz, B. No: 2014/10799, 10/3/2015, § 30.

65 Şahin, İ. (2019). s. 226; Özkan Duvan, A. (2019). s. 297.

66 2024 yılına ait ceza mahkemelerindeki dosya, sanık ve işlenen suçlara ilişkin adli istatistikler için bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7042025092455Adalet_%C4%B0statistikleri_2024%20T%C3%BCrk%C3%A7e_Ingilizce.pdf (Erişim Tarihi: 7/4/2025)

67 Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesini önlemeye yönelik kalıcı çözümün olmaması, ihlallerin neticelerini gidermeye yönelik etkili ve daimi başvuru yolunun getirilememesi ve bu ihlaller nedeniyle artan iş yükünün altından kalkamayacağı gerekçelerinden hareketle AYM, 2023 yılında *Keser Altıntaş* başvurusunda makul sürede yargılanma hakkı ihlali nedeniyle önüne gelen bireysel başvurular hakkında artık inceleme yapmama yönünde karar vermiştir. "...Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak Türk hukuk sisteminde mevcut olan yapısal sorunları bireysel başvuru kapsamında tespit etmiştir. her bir başvurunun ilk elden, doğrudan Anayasa Mahkemesince incelenmesi -makul sürede yargılanma hakkını ilgilendiren başvuruların katlanarak artan sayısı da dikkate alındığında- Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanması ile temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi işlevini yerine getirmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyecektir. Bunun ise bireysel başvurunun objektif amacı olan insan haklarına saygı kapsamında temel hak ve hürriyetlerin korunması misyonunun gerçekleşmesini engelleyeceği ortadadır.... Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin başvuruları incelemesi, bu aşamadan sonra temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından bir önem taşımamakta; Anayasa Mahkemesi bu başvurularda bir anlamda tazminat mahkemesi işlevi görmektedir. Yalnızca tazminat miktarının belirlenmesinden ibaret bu kararların 55.000'den fazla ihlal kararından

çok sayıda ihlal kararı vermiştir. Son olarak kısmi bir çözüm olarak ülkemizde Tazminat Komisyonu⁶⁸ kurulmuştur. Buna rağmen yargılamaların uzun sürmesine ilişkin sorun devam etmektedir⁶⁹.

Anayasa'nın 36'ncı ve AİHS'in 6'ncı maddelerine göre kişi, sadece medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda değil, cezai uyuşmazlıklarda da kendisine yöneltilen suç ithamlarının makul sürede karara bağlanmasını talep etme hakkına sahiptir⁷⁰. Suç isnadı, suç işlendiği iddiasının yetkili makamlar tarafından kişiye bildirilmesi anlamına gelir. İddianın suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde isnat edilen suçun pozitif düzenlemelerdeki tasnifinin, suçun ve suç için öngörülen cezanın niteliğinin ve ağırlığının göz önünde bulundurulması gerekir. Isnat edilen fiil, ceza kanununda suç olarak tanımlanmış

*sonra insan haklarının korunması ve geliştirilmesine artık bir katkı sağlamadığı da açıktır. Bu açıklamalar ışığında makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulardaki inceleme yöntemi, verilen ihlal kararının sayısı ve pilot kararda belirtilen ilkeler dikkate alındığında anılan ihlal iddiasıyla yapılan başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığı ortadadır.” Keser Altıntaş, § 78, 80-81. Makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkin başvuru sayısının fazlalığı mahkemenin iş yükünün önemli derecede arttırmış olsa da Esen'in de önemle vurguladığı gibi AYM'nin bu yaklaşımı, temel hak ve özgürlükler arasında bir “önem sırası” benimsediği izlenimini vermektedir. Bunun anayasal olarak hiçbir temeli bulunmamaktadır. Ayrıca bu tür dosyalara bakmama yönünde alınan pilot karar, AY mad. 36/f.2'ye de aykırıdır. Zira hiçbir mahkeme görev ve yetkisi kapsamındaki bir davaya bakmaktan kaçınmaz. Söz konusu hüküm yüksek mahkemelerden biri olan AYM için de geçerlidir. Karara yönelik değerlendirme ve eleştiriler hakkında detaylı bkz. Esen, S. (2023). *Makul Sürede Yargılanma Hakkının Korunması (Mevcut Durum ve Öneriler)*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 3-11. AİHM de Ümmühan Kaplan/Türkiye kararında Türkiye'de makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin uzun zamandır devam ettiğini, bu ihlallerin Türk hukuk sisteminde yapısal ve sistematik sorun teşkil ettiğini vurgulamış ve başvuru sayısını ve muhtemel ihlalleri dikkate alarak pilot karar usulünü uygulamıştır. Bkz. Ümmühan Kaplan/Türkiye, B. No: 24240/07, 20/3/2012, § 63.*

68 Tatlıdil, S. (2019). s. 43.

69 Gemalmaz, H. B. (2022). s. 67.

70 Roxin, C. ve Schünemann, B. (2012). § 11, kn. 5. Adil yargılanma hakkının da temel bir hak olarak anayasadaki güvenlik hakkından ve hukuk devleti ilkesinden çıkmaktadır. Bkz. Brunhöber, B. (2010). s. 761. Ayrıca bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 52. Hukuk devleti ilkesi, sanığa isnat edilen fiilin belirli bir süre içerisinde açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. Bu yüzden makul sürede yargılanma, hukuk devleti ilkesinden çıkan bir haktr. Bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56. Hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı için bkz. Volk, K. ve Engländer, A. (2018). § 3, kn. 30-31

ve yargılama aşamasında ceza hukuku kuralları uygulanmışsa ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi yapılmaksızın adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilir⁷¹.

Yargılama faaliyetinin çabukluğu; bu faaliyetin etkinliğini, hukuksal barışın tesisini ve yargıya olan inancı sağlar. Bununla birlikte süreçte birçok hakkın kullanılması yargılama sürecini uzattığından bu durum, yargılama güvenceleri arasındaki çatışmayı beraberinde getirmektedir. Yargılamanın makul sürede yapılması, sadece ceza muhakemesindeki tedbirlerin makul sürede uygulanmasına ilişkin değil, bütün yargılama sürecine ilişkin bir gerekliliktir⁷².

Ceza muhakemesinin tüm aşamalarında makul sürede yargılanma hakkına uyulmalıdır. Yargılamanın makul sürede gerçekleştirilmesi, sadece kovuşturma aşaması ile sınırlı olmayıp soruşturma aşaması için de geçerlidir. Ceza yargılamalarında makul sürenin başlangıcı genellikle soruşturma aşamasında kişinin suç isnadıyla karşılaştığı an kabul edilir. AYM⁷³ ve

71 “Anayasa’nın 36. ve Sözleşme’nin 6. maddeleri uyarınca kişilere, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların yanı sıra, cezai alanda yöneltilen suç isnatlarının makul sürede karara bağlanmasını talep hakkı tanınmıştır. Suç isnadı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi olup, kişiye cezai alanda yöneltilen iddianın suç isnadı niteliğinde olup olmadığının tespitinde; iddia olunan suçun pozitif düzenlemelerdeki tasnifinin, suçun gerçek niteliğinin, suç için öngörülen cezanın niteliği ile ağırlığının değerlendirilmesi gerekir. Ancak isnat olunan fiil, ceza kanunlarında suç olarak nitelendirilmiş ve yargılama aşamasında ceza hukukunun kuralları uygulanmış ise, ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi yapılmaksızın, adil yargılanma hakkının kapsamına girdiği kabul edilecektir”. Bkz. Fatih Taş, B. No: 2013/1461, 12/11/20214, § 115.

“Anayasa’nın 36. ve Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca kişilere, cezai alanda yöneltilen suçlamaların da (suç isnadı) makul sürede karara bağlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Isnat olunan fiil, ceza kanunlarında suç olarak nitelendirilmiş ve yargılama aşamasında ceza hukukunun kuralları uygulanmış ise ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi yapılmaksızın kendiliğinden adil yargılanma hakkının kapsamına girer.” Bkz. Ayca Yılmaz, § 32.

72 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 64.

73 “Ceza yargılamasının süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirildiği veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulandığı tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır.” Bkz. Hüseyin Kınağ, B. No: 2018/27472, § 23; “Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama

AİHM⁷⁴ içtihatlarına göre ceza davalarında makul sürenin başlangıcı, kişiye suç isnadının resmi olarak bildirildiği tarih, böyle bir bildirim yoksa kişinin suç isnadından ilk etkilendiği arama veya gözaltı gibi bazı koruma tedbirlerinin uygulandığı andır. Temyiz aşaması dâhil yargılamanın sona erdiği, yani kesin hükümle sonuçlandırıldığı tarih, makul sürenin bitim tarihidir. Devam eden yargılamalarda makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınacak tarih, AYM'nin başvuruya ilişkin verdiği karar tarihidir. Soruşturmanın uzun sürmesi kişi güvenliğini ve hukuk devleti ilkelerini ihlal eder. Bu yüzden soruşturma evresinde müracaat edilen koruma tedbirlerinde⁷⁵

ve gözaltı gibi bir takım tedbirlerin uygulanması anıdır.” Aycan Yılmaz, § 33.

74 Sarı/Türkiye ve Danimarka, B. No: 21889/93, § 66, 67.

75 Koruma tedbirlerinden tutuklamada makul süre ile yargılamada makul süre birbirinden bağımsız kavramlar olarak kabul edilmektedir. Yargılamanın makul sürede tamamlanması AİHS'in adil yargılanma hakkı başlığı altında (mad. 6), tutuklulukta makul süre ise özgürlük ve güvenlik hakkı başlığı altında (mad. 5) düzenlenmiştir. AİHS mad. 6/f.1'deki bütün yargılama sürecini ilgilendiren “makul süre” kavramı, AİHS mad. 5/f.3'teki “tutuklulukta makul süre” kavramından farklıdır. İkincisi, tutuklunun makul sürede yargılanma ve devam eden yargılanmada salıverilme hakkını ifade etmektedir. Tutuklulukta makul süre, yargılanmanın makul sürede gerçekleştirilmesinden ziyade tutukluluk süresinin makul olup olmadığına ilişkindir. Buradaki amaç, kişinin uzun süre tutuklu kalmasının önüne geçmektir. AİHS mad. 6/f.1'de düzenlenen yargılanmanın makul sürede yapılması ise kanun yolları aşaması da dahil bütün yargılanmanın makul sürede gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buradaki amaç ise, kişinin akıbetinin belirsiz kalmasının önüne geçmektir. Ancak her iki hükmün arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Mahkemenin özellikle tutuklu işlerde özel bir çaba göstermesi ve daha hızlı hareket etmesi gerektiğinin önemi vurgulanmaktadır. Bkz. İnceoğlu, S. (2018). s. 265.; Bu hususta ayrıca bkz. Özkan Duvar, A. (2019). s. 291, 305 vd.; CMK'da tutuklulukta makul süreye ilişkin hükümler bulunmaktadır. Söz konusu hükümlere aykırı hareket edilerek sürelerin uzatılması makul sürede yargılanma hakkını ihlal edecektir. Bunun yanında AY mad. 19/f.7'de tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanmayı isteme haklarının olduğu ifade edilmiştir. Hükmün sadece tutuklama ile sınırlandırılmaması ve makul sürede yargılanma hakkını kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre makul sürede yargılanma hakkı sadece tutuklu kişilerin sahip olduğu bir hak değildir. Bu hakkın sadece tutuklamayla kısıtlanması, adil yargılanma hakkıyla bağdaşmamaktadır. Bkz. Koç, C. (2020). s. 99. AYM'ye göre tutuklu kişinin makul sürede yargılanma hakkı diğer yargılamalara göre daha yüksek bir koruma kapsamındadır. “Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan serbest bırakılmayı isteme hakkı uyarınca, bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında tutuklu olan kişiler ilgili yargı mercilerinden serbest

belirli süreler konulmuştur⁷⁶.

İstinaf⁷⁷ ve temyiz aşamalarının da makul sürede tamamlanması gerekir. Bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki hukuka aykırılıkları düzeltip başvuruyu esastan reddetmeleri ve CMK mad. 303'te Yargıtay tarafından bozma kararı verilmeksizin hukuka aykırılıkların giderilmesi yargılamanın bu aşamada iken sürüncemede kalmasını engellemeye yönelik hükümler olup makul sürede yargılanma hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁷⁸. İstinaf aşamasında makul sürede yargılanma hakkının

bırakılmalarına karar verilmesini talep edebilirler. Bu hakkın bir yansıması olarak 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebileceği belirtilmiş; aynı Kanun'un 108. maddesinde de tutukluluğun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde belirli süreleri aşmayacak şekilde resen incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargı organlarınca tutukluluğun her aşamasında gerek kişinin serbest bırakılma talebi üzerine gerekse resen yapılan incelemelerde tutulmanın meşru nedenlerinin açıklanması Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının bir gereğidir. Anılan maddede ayrıca tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanmayı isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının konusudur. Kişilerin fiziksel hürriyetlerinin kısıtlanmasına ilişkin güvencelerin belirtildiği Anayasa'nın 19. maddesine göre öncelikle tutukluluğun makul süreyi aşmaması gerekir. Bununla birlikte maddenin tutuklu olarak sürdürülen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerektiğine de işaret ettiği görülmektedir. Hürriyeti kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaati, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazladır. Bu bağlamda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen tutuklu kişinin makul sürede yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkına göre daha yüksek bir koruma sağlamaktadır." Bkz. Yurt Atayün, B. No: 2017/34216, 29/5/2019, §§ 55, 56.

76 Şahin, İ. (2019). s. 227, 241; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56; Özkan Duvan, A. (2019). s. 311; Poyraz, Y. (2001). s. 663; İnceoğlu, S. (2018). s. 268-269, 281, 282; Koç, C. (2020). s. 94, 97; B.E., B. No: 2012/625, 9/1/2014, §§ 33-34.

77 Doktrinde istinaf kanun yolunun makul sürede yargılanma hakkına etkisi tartışılmıştır. Bir görüşe göre zaten uzun süren yargılamalar istinaf süreci ile daha da uzamaktadır. Aksi görüş, gerekli tedbirler alınırsa makul sürelerde ve daha ucuz bir yargılama mümkündür. AYM, hükmün denetlenmesinden elde edilecek menfaati makul sürede yargılamadan üstün tutmaktadır. Bkz. aktaran Koç, C. (2020). s. 108.

78 Şahin, İ. (2019). s. 227; Koç, C. (2020). s. 97.

gerçekleştirilmesinde etkinliğin sağlanması için 2025-2029 yılları arasını kapsayan Strateji Belgesi’nde istinaf kanun yolunda da hedef süre uygulamasına geçileceği ifade edilmiştir⁷⁹. Keza, Adalet Bakanlığının 2024-2028 yılları arasını kapsayan Stratejik Planı’nda da bu husus vurgulanmıştır⁸⁰.

Makul sürenin ne kadar olması gerektiği hususu belirsizdir. Esasen bu konuda belirli süreler koymak doğru değildir. Her somut davaya göre sürenin belirlenmesi gerekir. Çünkü bu konuda mutlak bir sürenin belirlenmesi mümkün değildir⁸¹. Makul süre belirlenirken önce yargılama sürelerinin başlangıcı ve sonu tespit edilir, daha sonra sürenin makul olup olmadığı değerlendirilir⁸². AİHM’in belirttiği üzere davanın karmaşıklığı, başvuranın ve ilgili makamların tutumu gibi ölçütler göz önünde bulundurularak makul sürenin takdir edilmesi gerekir. Örneğin AİHM; 9 yıl 1 ay ve 14 yıl 1 ay gibi süreleri uzun bularak Türkiye aleyhine AİHS mad. 6’nın ihlali karar verirken, 2 yıl 7 aylı süreyi makul kabul etmiştir⁸³. AİHM, 8 yıl ve üzerindeki süreleri makul sürede yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir. Özel şartlarından dolayı 6 ve 7 yıllık süreleri makul kabul eden Mahkeme, iki yıllık süreyi makul sürede yargılanma hakkının ihlali görebilmektedir⁸⁴. AİHM, *Zimmermann ve Steiner/İsviçre* kararında, yargılama süresinin makul olup olmadığının saptanmasında

79 Bkz. Adalet Bakanlığı 2025-2029 Yargı Reformu Stratejik Belgesi, s. 39.

80 Bkz. a.g.e. s. 21.

81 Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights (a handbook for legal practitioners)*, Strasbourg: Council of Europe Press, s. 107; Taşkın, M. (2016). “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., s. 1029; Tatlıdil, S. (2019). s. 14; Özkan Duvan, A. (2019). s. 291.

82 Özkan Duvan, A. (2019). s. 310 vd.

83 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56; Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). s. 267. Bu konuda örnek davalar için bkz. Tatlıdil, S. (2019). s. 17-19, 24-29.

84 İnceoğlu, S. (2018). s. 266-267; Şahin, İ. (2019). s. 235.

kullanılan ölçütleri belirlemiştir⁸⁵.

AYM de AİHM'in⁸⁶ belirlediği ölçütlerden hareketle sürenin makul olup olmadığına karar vermektedir⁸⁷. AYM, yargı-

85 “...davaların makul süre içinde görülmesi şartı, her davanın özel koşullarına göre değerlendirilmelidir. Mahkeme’nin göz önünde bulundurduğu konular arasında, davadaki olaylara veya hukuka ilişkin meselelerin karmaşıklığı, başvuruçuların ve yetkili mercilerin davranışları ve başvuruçular açısından başvurunun konusunun taşıdığı önem vardır; ayrıca, sadece Devlet’in neden olduğu gecikmeler davanın “makul bir süre içinde” görülmesi şartına uyulmaması sonucunu doğurabilir.” Karar için bkz. Dutertre, G. (2003). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 174. Eser için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (Erişim Tarihi: 26/3/2025). Ayrıca bkz. *Koştı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 74321/01, 3/5/2007; benzer kararlar için bkz. Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 129, dn. 33.

86 Özkan Duvar, A. (2019). s. 313-317; Poyraz, Y. (2001). “Sarı-Türkiye ve Danimarka Davası”, *AÜEHFD*, C. V., S. 1-4., s. 663; *Sarı/Türkiye ve Danimarka*, § 72-100; Taşkın, M. (2016). s. 1029; Tatlıdil, S. (2019). s. 16.

87 Ölçütler hakkında detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu, S. (2018). s. 283-292; 317 vd. “Başvurucu hakkında silahlı terör örgütüne üye olma ve terör örgütü propagandası yapma suçlarından yürütülen soruşturmanın farklı suçlarla ilgili soruşturmalara nazaran zorluğu ve karmaşıklığı ortadadır. Başvurucunun farklı tarihlerdeki eylem ve konuşmalarına ilişkin olan ve terör örgütü propagandası yapma gibi diğer çok sayıda suçlamayı odak alan soruşturma aşamasının sonucunda başvuru hakkında kamu davası açılmıştır. İddianamenin kabulünden kısa bir süre sonra duruşma açılarak yargılama başlatılmıştır. Kamu güvenliği gerekçesiyle davanın nakline karar verilmesi üzerine dava dosyası tarafına gönderilen Malatya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, aynı şekilde kısa bir süre geçtikten sonra yargılamayı başlatmış, dava dosyasının Malatya 5. Ağır Ceza Mahkemesine devredilmesi üzerine de yargılamaya anılan Mahkemede devam edilmiştir. Malatya 5. Ağır Ceza Mahkemesi 1/2/2019 tarihinde başvuruçunun atılı suçlardan hapis cezasına mahkûmiyetine ve tutukluluk hâlinin devamına hükmetmiş, mezkûr hükmün Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin 17/7/2019 tarihli ilamı ile bozulması üzerine yargılamaya Malatya 5. Ağır Ceza Mahkemesinde devam edilmiştir. Malatya 5. Ağır Ceza Mahkemesi hukuki ve fiilî bağlantı bulunduğu gerekçesiyle davanın başvuruçunun sanığı olduğu Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2021/6 sayılı dosyasında yürütülen dava ile birleştirilmesine karar vermiştir. Kovuşturma Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdesttir. Bu bakımdan delillerin toplanmasındaki güçlük ile başvuru hakkında suçlamaların sayısı ve mahiyetinin soruşturma/kovuşturma süreçlerinde tutuklama tedbirine başvurma ihtiyacını artırdığı ve anılan süreçlerin cereyanında bir özensizliğin bulunmadığı görülmektedir. Sonuç olarak tutukluluğun ön şartı olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirti ile hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin ve tedbirin ölçülülüğünün belirtilmesi bakımından başvuru hakkındaki tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olması ve soruşturma/kovuşturma süreçlerinin yürütülmesinde bir özensizliğin bulunmaması hususları bir bütün olarak dikkate alındığında yaklaşık 3 yıl 10 aylık

lama süresinin makul olup olmadığı her bir münferit başvuru özelinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir⁸⁸. Bu minvalde ihlal kararları verdiği gibi makul süreye uygun hareket edildiği yönünde kararlar da vermektedir⁸⁹. Makul süre-

tutukluluk süresinin makul olduğu sonucuna varılmıştır.” Bkz. Sebahat Tuncel, B. No: 2021/20346, 13/4/2022, § 99, 100. Ayrıca bkz. aktaran Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56, dn. 48.

- 88 “Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir.” (Haydar İzgi, § 27).
- 89 AYM, makul sürede yargılanma hakkının ihlali dolayısıyla önüne gelen Murat Öztürk başvurusunda suç isnadı ile bireysel başvurunun kararı bağlandığı tarih arasında geçen 7 yıl 3 aylık süreyi bu hakkın ihlali kapsamında görmemiştir. Mahkeme, bu sürenin makul olduğu, yargılama faaliyetlerinde hareketsiz kalınan bir dönemin olmadığı, yargı mercilerine atfedilecek bir kusurun bulunmadığı ve gerekli özenin gösterildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Murat Öztürk, B. No: 2014/2454, 4/11/2014. AYM, İbrahim Halil Yahli başvurusunda da üç sanığa isnat edilen terör örgütü propagandası yapma suçundan dolayı yapılan yargılamada 4 yıl 6 aylık süreyi makul kabul etmiştir. “...Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında kamu davasının açıldığı 25/9/2006 tarihinden itibaren Mahkemece 22/11/2007 tarihinde verilen karar tarihine kadar, bir yıl bir ay yirmi yedi gün yargılamanın devam ettiği, başvuruçunun savunmasının ilk olarak 1/2/2007 tarihinde alındığı ve yargılamadan anılan tarihte haberdar olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece 22/11/2007 tarihinde verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesince hükmün onandığı 11/4/2011 tarihine kadar üç yıl dört ay yargılama sürecinin devam ettiği, bu şekilde başvuruçunun hakkında kamu davasının açıldığı tarihten itibaren yargılamanın toplam dört yıl altı ay sürdüğü, başvuruçunun savunmasının alındığı tarihten itibaren ise dört yıl iki aylık süre sonunda yargılamanın sonuçlandığı anlaşılmıştır. Başvuruçunun, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı tarafından; iddianamedeki suçun niteliği, iki sanık olması, iki dereceli bir yargılama yapılması, temyiz aşamasında önemli bir gecikmenin olmaması dikkate alındığında yargılamanın makul sürede sonuçlandığı gerekçesiyle dört yıl altı ay on altı gün süren yargılamada makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine ve tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Başvuruçunun tarafından, anılan karara yapılan itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. Kurulu; suçun niteliği, iki sanık olması, iki dereceli bir yargılama yapılması, temyiz aşamasında önemli bir gecikmenin olmaması dikkate alındığında dört yıl altı ay on altı gün süren yargılamada makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği, kararın AİHM içtihatlarına da uygun olduğu ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçeleriyle itirazın reddine karar vermiştir. Yargılama süresinin makul olup olmadığının

nin kesin surette tespiti mümkün olmamakla birlikte davanın karmaşıklığı⁹⁰, yargılamanın kaç dereceli olduğu⁹¹, tarafların⁹²

incelenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken; davadaki sanık sayısı, davanın karmaşıklığı, atılı suçların vasıf ve mahiyeti, yargılamanın kaç dereceli olduğu gibi unsurlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde yargılama dosyasında toplam üç sanığın yargılandığı, 3713 sayılı Kanun'a dayalı olarak "terör örgütü propagandası yapmak" suçundan yargılama yapıldığı, isnat olunan suçun niteliği dikkate alındığında davanın karmaşık nitelikte olduğu, yargılama faaliyetlerinde yargılama makamlarınca hareketsiz kalınan bir dönemin bulunmadığı, yargı mercilerine atfedilebilecek bir kusurun olmadığı ve gerekli özenin gösterildiği dolayısıyla somut başvuru bakımından yargılama süresinin makul olduğu, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. Kurulunun kararlarının yerinde olduğu ve başvurusunun makul sürede yargılanma hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir..." Bkz. İbrahim Halil Yahli, B. No: 2017/176, 9/9/2015, §§ 43-47.

90 Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). s. 109. Taraf sayısını fazlalığı nedeniyle taraf teşkilinin sağlanamaması, çok sayıdaki delilin elde edilmesindeki güçlükler, birçok konuda bilirkişiye duyulan ihtiyaç, davanın uluslararası boyutlarının ve yazışma sürecinin olması, bekletici mesele yapma gibi nedenlerden kaynaklı olarak makul sürede yargılanma hakkı ihlali gündeme gelebilir. Bkz. Koç, C. (2020). s. 103.

91 İki dereceli ceza yargılamasında AYM, 10 yıl 5 ay ve 9 yıl 9 aylık yargılama sürelerini makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı sonucuna varmıştır. "...somut başvuruya konu ceza davasının makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığı bakımından değerlendirilmesi gereken süre iki dereceli bir yargılamada geçen yaklaşık 10 yıl 5 ay (Yıldıray ve İsmail Özbey) ve 9 yıl 9 aylık (Lokman Özbey) zaman dilimleridir. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun öngördüğü yargılama usullerine tabi mahkemeler nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar verilmiştir. Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde başvuruya konu ceza davası; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi ölçütler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Başvurucuların tutum ve davranışlarıyla ve usule ilişkin haklarını kullanırken özensiz davranmasıyla yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep oldukları da söylenemez. Anılan davaya bütün olarak bakıldığında somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve hâlen devam eden yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır. ... Açıklanan nedenlerle başvurusuların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir..." Bkz. Yıldıray Özbey ve diğ. B. No: 2014/18932, 8/9/2015, §§ 98-101.

92 "...Hukuk sistemimiz açısından taraflarca hazırlanma ilkesi ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalar arasında tarafların etkinliği noktasında farklılıklar bulunmakla beraber, genel olarak tarafların tutumunun yargılama

ve ilgili makamların⁹³ yargılama sürecindeki tutumu⁹⁴ ve baş-

sürecinin uzamasındaki etkisi, yargılama süresinin makul olma niteliğinin değerlendirilmesinde nazara alınması gereken önemli bir unsurdur. Zira tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik davranışlardan kaçınması ve kendisine tanınmış olan usuli hakları kullanırken dikkat ve özen göstermesi gereklidir...” Güher Ergun ve diğerleri, § 43.

- 93 “...Somut yargılamalarda, İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesi dava dosyasının akıbetinin uzun süre beklenildiği anlaşılmıştır. Yargılama faaliyetinin süresine ilişkin değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken ilgili makamların tutumu kapsamında sadece yargı makamlarının tutumu dikkate alınmayıp, Devletin kamu gücü kullanan tüm organlarına atfedilebilir bir gecikme olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa’nın 36. maddesi ile Sözleşme’nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir. Belirtilen ceza davası sonucunun beklenilmesi noktasındaki takdir ilgili usul hükümleri uyarınca derece Mahkemelerine ait olmakla beraber, belirtilen ceza davası akıbetinin uzun süre beklenilmesinin somut yargılamaların süresi üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır...” H. Ş., B. No: 2013/7123, 6/2/2014, §§ 63. AİHM’in makul süreye ilişkin değerlendirmelerinde üzerinde durduğunu önemli konuların başında yetkili makamların tutumu gelmektedir. Devletin kurduğu sistemden kaynaklanan gecikmeler makul sürenin aşılması olarak kabul edilmektedir. Devlet, idari ve adli makamların neden olduğu gecikmelerden sorumludur. AİHM’in bu bağlamda gördüğü nedenlerden biri, mahkeme ve savcılığın içinde olduğu görev çekilmesi nedeniyle yargılamaların uzamasıdır. Ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisi ile ilgili gerek kanundan gerekse uygulamadan kaynaklı göz ardı edilemeyecek boyutta yargılamalar gecikmeler yaşanmaktadır. AİHM, görevsizlik kararlarının veya görev uyuşmazlıklarının neden olduğu zaman kayıplarını “resmi makamların yürütümü” kapsamında makul yargılama sürelerinin uzatılması şeklinde telakki etmektedir. Gerek kanundan gerekse uygulamadan kaynaklı olarak ceza mahkemeleri arasındaki görev uyuşmazlıklarından dolayı gerçekleşen gecikmeler devletin makul sürede yargılamaya ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi demektir. Devlet yargı sistemini davaların hızlıca sonuçlandırılmasını temin etmenin yanında adaletin tesisini sağlayacak şekilde bir yargı mekanizmasını inşa etmelidir. Bkz. Taşkın, M. (2016). s. 1030, 1031.

- 94 Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). s. 110-111. Başvurucunun çok sayıda mazeret bildirmesi, bilirkişi raporu veya keşif için giderlerin zamanında yatırılmaması, çok sayıda dilekçe verilmesi başvurucudan kaynaklı gecikmeler olarak nitelendirilebilir. Dosyanın defalarca tetkike alınması, bekletici mesele kararının hatalı verilmesi, gerekçeli kararların vaktinde yazılmaması, görevsizlik, yetkisizlik ve birleştirme kararlarının hatalı verilmesi, etkin soruşturmanın yapılmaması, dosyanın kanun yolu incelemesine geç gönderilmesi yetkili mercilerden kaynaklı gecikmelere

vurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatin⁹⁵ niteliği gibi ölçütlerin dikkate alınması gerekir⁹⁶. Ceza yargılamalarında maddi gerçeğin araştırılması da yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesinde önemli rol oynamaktadır⁹⁷.

Yargılama sürecindeki uzama, yetkili makamlara atfedilebilecek gecikmelerden veya yargılamanın hızlı sonuçlandırılması konusunda gereken özenin gösterilmemesinden ya da yapısal sorunlardan ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanabilir⁹⁸. Bu çerçevede yargı sisteminin yapısı, mahkeme

örnek olarak verilebilir. Bkz. Şahin, İ. (2019). s. 238, 239. Ayrıca bkz. Koç, C. (2020). s. 105.

95 Uyuşmazlığın zamanında neticelenmesi bu durumda etkin hukuki korumanın gerçekleştirilmesi bakımından önem arz etmektedir. AİHM, tarafların süratle hüküm elde etmelerinde özel bir menfaatin olduğu durumlarda davanın kısa sürede sonuçlandırılmasına özel bir önem verilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bkz. Şahin, İ. (2019). s. 240.

96 “Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir”. Bkz. Ayca Yılmaz, § 31. Ayrıca bkz. Fatih Taş, § 114. Ölçütler hakkında detaylı bkz. Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). s. 109 vd.; İnceoğlu, S. (2018). s. 103, 270-276; Taşkın, M. (2016). s. 1029-1030; Tatlıdil, S. (2019). s. 16, 19 vd.

97 Tatlıdil, S. (2019). s. 16, 19 vd.

98 Şahin, İ. (2019). s. 240. “Devlet, yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların nicelik itibarıyla artmasına rağmen, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilebilmesi için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, hukuk sisteminin adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunun bir görünümüdür. Somut başvuru açısından özellikle değerlendirilmesi gereken yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliklerinin yol açtığı gecikmeler AİHM tarafından da müteaddit defalar incelemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda, bir yapısal sorun olması ve yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların uzun bir müddet zarfında artması ve birikmesi sonucu yargılamalarda makul sürenin aşılması durumunda, Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır. Tek dereceli bir yargılamada yedi yılı aşkın bir süre devam eden yargılama faaliyetinin, Anayasa’nın 36. maddesi ile Sözleşme’nin 6. maddesi gereğince, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmemesini izah edemeyeceği açıktır. Başvurucunun tutumunun yargılamanın uzamasına

kalemindeki mutlak görevler esnasındaki aksaklıklar, hükmün yazılmasında, dosya veya bir belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesi ve raportör atanmasından dolayı yaşanan gecikmeler, yargıç ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle makul sürelerin aşılması durumunda yetkili makamların sorumluluğa gündeme gelebilir⁹⁹. Ancak yargılama uzayabilir, duruşma tek celsede tamamlanamayabilir. Belirtilen ölçütlerden hiçbirisi makul sürenin değerlendirilmesinde tek başına belirleyici değildir. Bu yüzden, yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı belirlenmesi ve bunların yargılama üzerindeki toplam etkisi değerlendirilerek hangisinin sürecin uzamasında etken olduğu tespit edilmelidir¹⁰⁰.

Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturmaların uzun sürmesinin ve yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmamasının birçok nedeni bulunmaktadır. Bunların başında uyuşmazlıklarda artış olması ve alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının geliştirilememesi ve etkin şekilde uygulanmaması gelmektedir. Ceza davalarında duruşmaların gereksiz yere ertelenmesi, soruşturma aşamasının yeterince olgunlaşmadan iddianamelerin hazırlanması, gerekli olmamasına rağmen bilirkişiye müracaat edilmesi, bilirkişi raporlarının eksik olmasından veya temel hatlarının açık ol-

özellikle bir etkisi olduğu tespit edilmemiştir. Yargılama süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken davadaki sanık sayısı, davanın karmaşıklığı, atılı suçun vasfı ve mahiyeti, söz konusu suç için öngörülen cezanın miktarı gibi unsurların hiçbirisi somut davadaki yargılama süresinin makul olarak değerlendirilmesine olanak vermemektedir. Tek bir sanığın yargılandığı ve karmaşık nitelikte olmayan davada bu yargılama süresi makul olarak değerlendirilemez. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "makul sürede yargılanma hakkı"nın ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." Bkz. B. E., §§ 40-44. Benzer kararlar için bkz. aktaran Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 65; Koç, C. (2020). s. 106. Makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin yapısal sorunlardan kaynaklandığı hem AİHM hem de AYM içtihatlarıyla tespit edilmiş bir olgudur. Bkz. *Nevriye Kuruç*, § 82.

99 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 65.

100 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 65; Şahin, İ. (2019). s. 235.

mamasından dolayı dosyanın defalarca gidip gelmesi, davayı esastan çözmeyen yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, davanın düşmesi veya reddi kararlarının çokluğu ceza soruşturmalarında ve kovuşturmalarında makul sürede yargılanma hakkını ihlal edebilecek ve yargısal süreci uzatabilecek diğer nedenlerdir¹⁰¹.

Ceza davalarında duruşmalar mümkün olduğunca tek oturumda tamamlanmalıdır. Duruşma hazırlığına ilişkin CMK'daki hükümler, duruşmanın tek oturumda bitirilmesi amacıyla getirilmiştir. Duruşmanın tek oturumda bitirilmesi önem arz etmektedir. Çünkü duruşmanın kesik kesik yapılması yargılama süreci bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilir. Öncelikle bu durum, yargılama esnasında dikkatlerin konuya yoğunlaşmasını engeller. Bu durumda yargılama makamı, artık kendi huzurunda tartışan delillerden ziyade dosya üzerinden, yani tutanaklar üzerinden karar vermek zorunda kalır. Bu da kamu davasının kovuşturma aşamasındaki sözlülüğünü yazılılığa dönüştürür. Süjelerin katılımıyla ara verilmeden yapılan duruşma neticesinde taze ve unutulmayan bilgi ve kanılarla hüküm verilmesi sağlanmış olur. Bütün işlemlerin tek celsede, ara verilmeden yapılması (CMK mad. 190/f.1)¹⁰² ve yargılama makamını işgal eden aynı süjeler tarafından yapılması esas olup istisnai durumlar haricinde ara verilmemelidir. Yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması durumunda hem toplumun adalete olan güveni yeniden tesis edilmiş olur hem de suçun işlenmesinden kısa bir süre sonra mahkûmiyet kararının verilmesi ile cezanın etkililiği sağlanmış olur. Duruşmanın kesintiye uğramadan yapılması yoğunluk ve hızlilik ilkelerinin bir gereğidir. Hâkimin kamu davasının konusuna ilişkin kanaat edinebilmesi, bu kanaatin canlılığını koruyabilmesi ve zafiyete uğramaması için ilgilile-

101 Koç, C. (2020). s. 100, 101; Özkan Duvan, A. (2019). s. 295, 297.

102 CMK mad. 190/f.1: *"Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir."*

rin duruşmada her daim hazır bulunması, ara verilmeden duruşmanın gerçekleştirilmesi ve mümkün olan en kısa (makul) sürede hüküm verilmesi gerekir. Ancak bu şekilde sanığın makul sürede yargılanma hakkı gerçekleştirilmiş olur. Bununla birlikte duruşması uzun süren davalarda zorunluluktan kaynaklı kısa süreli araların verilmesi mümkündür. Sanığın kaçak olması, çağrı ile davet edilen tanığın gelmemesi, zorunlu müdafin hazır bulunmaması, ek savunma hakkının verilmesi, davanın nakli gibi durumlar kısa aralar vermeyi gerektirebilir¹⁰³. Ancak bu zorunlu hâllerde bile davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak şekilde hareket edilmelidir¹⁰⁴. CMK mad. 190/f.1 hükmü ve mad. 31, 178 ve 206'daki benzer düzenlemelerle ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma ve makul sürede yargılanma hakkı arasında denge gözetilmiştir. Mezkûr maddelerde yargılamanın uzatılması amacına yönelik taleplerin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir¹⁰⁵.

Yargılamanın makul sürede tamamlanmasının amacına yönelik CMK'da başka düzenlemeler de mevcuttur. Şahsi davanın kaldırılması, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması, iddianamenin iadesi, çapraz sorgu, uzlaştırma ve basit yargılama usulü maddi gerçeğe ulaşma ile makul sürede yargılanma hakkı arasında denge sağlanmasına yönelik atılan adımlar olarak görülebilir¹⁰⁶.

103 Şahin, C. ve Göktürk, N. (2024). s. 485-486. *"Ancak zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir"* şeklindeki CMK mad. 190/f.1 cüm. 2 hükmünün uygulamadaki uzun araları kanunileştiren ve duruşmanın yoğunluğu ilkesini zayıflatan bir hüküm olduğu ileri sürülmüştür. Uygulamada bu hükümden hareketle aralar uzun tutulmaktadır. Bu da adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Bu yüzden makul sürede yargılanma hakkı için kanuna duruşmalar arasındaki azami sürenin ne kadar olması gerektiğine ilişkin hükmün eklenmesi önerilmiştir. Bkz. Koç, C. (2020). s. 96.

104 Uygulamada duruşmaya ara verilmesini zorunlu kılan durumların makul süre ihlal edilerek gerçekleştirildiği hakkında bkz. Özkan Duvar, A. (2019). s. 300.

105 Şahin, İ. (2019). s. 227.

106 Koç, C. (2020). s. 96, 109.

Gerek soruşturma ve kovuşturma gerekse istinaf ve temyiz aşamalarında makul sürede yargılanma hakkının sağlanması adına CMK'da yapılan düzenlemelerle kişilerin hakların bir an önce ulaşmalarının sağlanması ve uzun süren yargılamaların neden olacağı maddi ve manevi zararların önlenmesi amaçlanmıştır. İfade etmek gerekir ki davanın olumlu veya olumsuz neticelenmesi de önemli değildir. Ceza davasında sanığın mahkûm olması veya beraat etmesi, davanın zamanaşımından dolayı düşmesi makul sürede yargılanma hakkını ortadan kaldırmaz¹⁰⁷.

Makul sürede yargılanmanın etkin bir şekilde gözetilmesiyle yargılanmaların uzun sürmesini engellemek amacıyla 2007'de Avrupa Yargının Etkinliği Komisyonu (CEPEJ)¹⁰⁸ tarafından Yargıda Zaman Yönetimi Merkezi (SATURN) kurulmuştur¹⁰⁹. 6/12/2006 tarihinde CEPEJ Genel Kurulu, yargılamaların belli sürelerde tamamlanması için “uygulama rehberi” oluşturmıştır¹¹⁰. Söz konusu rehberde üye devletler

107 Şahin, İ. (2019). s. 228.

108 Adaletin etkinliği alanında çalışmalar yürüten CEPEJ'in faaliyetleri hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cepej27022020045409> (Erişim Tarihi: 12/4/2025)

109 Bkz. <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>, (Erişim Tarihi: 9/4/2025); *Nevriye Kuruç*, § 73.

110 Planlama ve Veri Toplama (İlke 1-2), müdahale (ilke 3-5), bilgilerin toplanması (ilke 6-7), sürekli analiz (8-9), hedeflerin belirlenmesi (ilke 10-12), kriz yönetimi (ilke 13-15) başlıkları ile 15 rehber ilke kabul edilmiştir. Rehber ilkeler çerçevesinde Norveç'te pilot deneme yapılmış ve olumlu sonuçlar elde edilmiştir. Bkz. CEPEJ Uygulama Rehberi, § 12, Ek II. **Rehber İlke 1:** Yargı işlemlerinin ne kadar zaman alacağı hem genel düzeyde (belirli dava türlerinin standart/ortalama süresinin veya belirli mahkeme türlerinin yürüttüğü işlemlerin standart/ortalama süresinin planlanması) hem de somut işlemler düzeyinde planlanmalıdır. **Rehber İlke 2:** Yargılama sürecinin zaman yönetimi ve tarihlerin belirlenmesi veya usule ilişkin olarak atılması planlanan tüm adımların zamanlamasının hesaplanması konusunda adliye kullanıcıları ile irtibat kurulmalıdır. **Rehber İlke 3:** Yargıda zaman çizelgelerine ilişkin standartlar veya hedeflerden sapmalar olduğunun fark edilmesi veya sapmalar olacağının öngörülmesi hâlinde, bu sapmaların nedenlerini ortadan kaldırmak adına derhal harekete geçilmelidir. **Rehber İlke 4:** Toplam süreleri nedeniyle kişilerin makul bir zaman zarfında yargılanma haklarının ihlal edilmesine yol açabilecek davalara özel ihtimam gösterilmelidir. **Rehber İlke 5:** Yargı işlemlerinde herhangi bir faaliyetin

için davaların 1, 2 veya 3 yıllık sürelerde bitirilmesi tavsiye edilmiş ve ancak asıl hedefin bu sürenin 1 yıl olduğu ifade edilmiştir. Rehberde yargıda hedef sürenin belirlenmesi, bu sürelerle uyumun takibi ve denetim mekanizmasının oluşturulmasıyla uzun süren yargılamalara ilişkin çözümlerin geliştirilmesini esas alan bir sistem öngörülmüştür. Bu sistemde, yargılamaların kalitesinden ödün vermeksizin davaların süresinde tamamlanması, öngörülebilir bir süreçle yargıda

gerçekleştirilmediği sürelerin (bekleme süresi) çok uzun olmamasını sağlamak adına izleme yapılmalı ve bu tür uzun sürelerin söz konusu olması hâlinde işlemin hızlandırılması ve gecikmenin telafi edilmesi için özel çaba gösterilmelidir. **Rehber İlke 6:** Adliye müdürleri, adli süreçlerin önemli basamaklarına ilişkin bilgiler toplamalı ve bu basamaklar arasında geçen süreyi kayıt altına almalıdır. İzlenen bu basamaklar çerçevesinde Zaman Yönetim Kontrol Listesinin Dördüncü Göstergesi işlenmelidir. **Rehber İlke 7:** Toplanan bilgiler, çalışmalarında kullanımları adına adaletin yönetiminden sorumlu olan adliye idarecileri, hâkimler ve merkezi makamlara temin edilmelidir. Bilgiler uygun formatta olmak kaydıyla taraflar ve kamuoyuyla da paylaşılmalıdır. **Rehber İlke 8:** Toplanan tüm bilgiler sürekli olarak analiz edilmeli ve performansın izlenmesi ve geliştirilmesi alanında kullanılmalıdır. **Rehber İlke 9:** Analizlerin sonuçlarına ilişkin en az yılda bir kez olmak kaydıyla periyodik raporlar hazırlanmalı ve bu raporlarda uygun tavsiyelere yer verilmelidir. **Rehber İlke 10:** Daha üst düzeyde (ulusal, bölgesel) belirlenen standart ve hedeflerin yanı sıra, bireysel olarak mahkemeler düzeyinde de özel hedefler belirlenmelidir. Bu hedeflerin belirlenmesi sürecine aktif şekilde önderlik etmeleri veya katılmaları adına, adliye müdürlerine gereken yetki ve bağımsızlık tanınmalıdır. **Rehber İlke 11:** Hedefler amaçların açık tanımını içermeli ve ulaşılabilir olmalıdır. Hedefler yayımlanmalı ve periyodik olarak yeniden değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. **Rehber İlke 12:** Hedefler, mahkemenin performansının değerlendirilmesinde de kullanılabilir. Hedeflere ulaşamaması hâlinde, durumun telafi edilmesi adına somut adımlar atılmalı ve eylemler gerçekleştirilmez. **Rehber İlke 13:** Mahkeme düzeyinde belirlenmiş olan hedeflerden önemli derecede sapma olması hâlinde, sorunun nedeninin hızlı ve yeterli şekilde ele alınmasına yönelik özel araçlar mevcut olmalıdır. Taraflarla ve avukatlarla zamanlama konusunda anlaşılmalıdır. **Rehber İlke 14:** Mümkünse hâkim usule ilişkin takvim konusunda tüm taraflarla anlaşmaya varmaya çalışmalıdır. Bu çerçevede, kendisine gereken nitelikteki adli personel (kâtip) ve bilgi teknolojileri temin edilmelidir. **Rehber İlke 15:** Üzerinde anlaşmaya varılan takvime mümkün mertebe sadık kalınmalı ve sapmalar önemli gerekçesi olan nedenlerle sınırlı kalmalıdır. Esasen, önceden belirlenmiş olan sürenin uzatılması yalnızca tüm tarafların kabul etmesi veya adaletin menfaatinin gerektirmesi hâlinde mümkün olmalıdır. Bkz. CEPEJ, Yargıda Saturn Zaman Yönetimi Araçlarının Uygulanması Rehberi (§ 12), <https://rm.coe.int/avrupa-adaletin-etkililigi-komisyonu-cepej-mahkemelerde-saturn-zaman-y/168074822e>, (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

şeffaflık ve kamuoyu denetiminin sağlanması amaçlanmıştır. Söz konusu metinde amaç başlığı altında motivasyonun davaların uzun sürmesine dayandığı ve bunun çoğu Avrupa ülkesinde önemli bir sorun hâline geldiği, yargıda yaşanan gecikmelerin sadece kamuoyunu değil, adli sistemde konumu önemli olmaksızın sanık, mağdur, tanık vb. herkese zarar verdiği vurgulanmıştır¹¹¹.

B. HEDEF SÜRE UYGULAMASI ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ Mİ?

Adil bir ceza muhakemesi süreci için devletin, kişilerin yaşam, özgürlük ve mülkiyet ile ilgili temel haklara yönelik kısıtlamaları dürüst yargılanma esasına dayanmalıdır¹¹². Dolayısıyla adil yargılanma tüm ceza muhakemesi sürecine hâkim temel bir ilkedir. AİHS'in 6'ncı maddesinde¹¹³ ve 1982 Anayasası'nın 36'ncı maddesinde¹¹⁴ düzenlenen bu ilke, bir hukuk devletinde adil ve hukuka uygun yargılama ile adaletin tesis edilmesini gerektirir. Bu ilke, hukuka uygun ve sağlıklı bir ceza muhakemesi güvencesini sağladığı gibi muhakeme süreçlerine silahların eşitliği gereği adil ve hakkaniyete uygun

111 CEPEJ Uygulama Rehberi, §§ 1-2.

112 Tatlıdil, S. (2019). s. 13.

113 Brunhöber, B. (2010). s. 763. AİHS mad. 6/f.1, birinci cümle: *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”* Sözleşme metni için bkz. [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/ Convention_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR), (Erişim Tarihi: 24/3/2025). AİHM, AİHS mad. 6/f.1'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkına ilişkin çok sayıda karar vermiştir. Türkiye bakımından bu hakkın ihlali, özellikle bağımsız ve tarafsız hâkim önünde yargılanma ve makul sürede yargılanma hakkı özelinde ortaya çıkmıştır. Bkz. Öztürk vd. (2023). s. 123, 124.

114 1982 Anayasası mad. 36/f.1: *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle, bu fıkraya “savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” ibaresi eklenmiştir. Bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 238.

bir yargılama şansını da verir¹¹⁵. Adil bir yargılama için özellikle ceza yargılamalarında silahların eşitliği prensibine uyulmalıdır¹¹⁶. Silahların eşitliğinden anlaşılmaması gereken iddia makamı karşısında savunma makamının, bir hukuk devletinde kendisine tanınan hakları gerçekten kullanabilmesidir¹¹⁷. Bundan dolayı Türk ceza adaleti sisteminde savunmanın iddia makamı karşındaki eşitliğini ihlal ettiği ve hakkaniyetli yargılamayı engellediği gerekçeleriyle mahkeme düzeninde savcılığın sanık ve onun müdafii ile eşit statüde olmaması, savcının yargılama makamı ile kürsüde aynı yerde bulunması eleştirilmiştir¹¹⁸.

Hukuk devleti ilkesinin bir güvencesi olan ve insan onurunun yaşama geçirilmesini amaçlayan adil yargılanma hakkının, yargısal süreçlerde göz önünde bulundurulması gerekir¹¹⁹. Hatta ağır nitelikli suçlarda zorunlu müdafilik kurumunun işletilmesinde ve duruşmadan makul bir süre önce dosyanın tamamının taraflara açılmasında olduğu gibi süreç içerisinde hak sahibinin iradesine rağmen bu hakkın gereği yerine getirilmelidir¹²⁰. Çünkü AİHS mad. 6 ve AY mad. 36 hükümleri, devlete davaları makul bir sürede karara bağlama yükümlülüğünü içerecek şekilde adil yargılanmanın ge-

115 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 54. Adil yargılanma hakkı, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi (mad. 14) ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (mad. 10) gibi uluslararası belgelerde çağdaş hukuk anlayışıyla kendisine en fazla vurgu yapılan haklardan biri olarak güvence altına alınmıştır. Bkz. Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 128-129.

116 Erdoğan, M. (2012). s. 239.

117 Öztürk vd. (2023). s. 123.

118 Erdoğan, M. (2012). s. 242. Alman hukukunda silahların eşitliği, "farklı muhakeme rolleri ile örtüşmeyen farklı işleme tabi tutma yasağı" şeklinde ifade edilmektedir. Savcının bilgi önceliği ve güçlü yetkileri olması nedeniyle buna ilişkin ceza muhakemesi kanundaki hükümlerin silahların eşitliği ile uygun olmadığı, bununla birlikte şüphelinin kısmen de olsa savcılığa oranla daha güçlü yetkilere sahiptir. Bkz. Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 52.

119 Poyraz, Y. (2001). s. 663; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 56.

120 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 56.

reklerini yerine getirebilecek bir hukuk düzenini tesis etme sorumluluğunu getirmiştir¹²¹. AİHS'e taraf ülkeler, ceza yargılamalarını makul sürede sonuçlandırılabilir şekilde yargı mekanizmalarını geliştirmek, buna uygun bir yargı teşkilatını kurmak ve düzenli işlemlerini sağlamakla yükümlüdürler¹²². Ülkemiz bakımından bu yükümlülük istenilen düzeyde yerine getirilmediğinden makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinde artış yaşanmaktadır¹²³. İşte bu artışın önünü kesmek ve yargısal süreçleri iyileştirmek amacıyla hedef süre uygulamasına ihtiyaç duyulmuştur.

Adil yargılanmanın bir görünüş şekli olarak ortaya çıkan makul sürede yargılanma hakkı, hakkını arayan bir kimseyi uzun yargılama işlemlerine karşı korumak ve bu süreçten etkilenmesinin önüne geçmektir. Yargılanmanın adil olması, makul sürede bitirilmesini gerektirir ve yargılanmanın makul sürede yapılması adaletin tecelli etmesi bakımından önem arz etmektedir. Bunun gerekçesi, geciken adaletin adalet olmadığı anlayışına dayandırılır¹²⁴.

Makul sürede yargılanma hakkı, kişiyi, uzun süren soruşturma ve kovuşturma faaliyetlerinin üzerindeki maddi ve manevi baskılarından korumayı amaçlar¹²⁵. Hukuki uyuş-

121 Şahin, İ. (2019). s. 239.

122 Makul sürede yargılanma ile ilgili devletlere yüklenen görevin amacı, *"bütün hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, bu kişileri yargılama işlemlerinin süruncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında, suçlanan kişinin, uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemek"* olduğu AİHM içtihatlarında vurgulanmıştır (Stogmüller/Austria, B. No: 1602/62, 10/11/1969, § 5). Bkz. aktaran İnceoğlu, S. (2018). s. 265.

123 Koç, C. (2020). s. 100.

124 Tatlıdil, S. (2019). s. 13, 14.

125 Özkan Duvan, A. (2019). s. 299. Anayasa Mahkemesi de makul sürede yargılanma hakkının amacının, uzun süren yargılanmaların kişiler üzerindeki maddi ve manevi baskıyı ortadan kaldırmak ve uyuşmazlığın çözümünde gerekli özen gösterilmek suretiyle hukuka olan inancın muhafaza edilmesi olduğunu şu şekilde açıklamıştır: *"Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıdır. Hukuki uyuşmazlıkların çözüm sürecini uzatarak çoğu zaman elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıran bir yargılama, adaletin yerine getirilmesindeki etkililiğe*

mazlıklarda çözüm sürecinin uzaması hem çoğu kez elde edilmesi mümkün bir hükmün yararını ortadan kaldırır hem de bu şekildeki bir yargılama adaletin etkinliğine ve güvence fonksiyonuna zarar verir. Uyuşmazlığı çözmek adına başlayan yargılamanın kısa sürede sonuçlanması kadar çözümde gerekli özenin gösterilmesi de önem arz etmektedir. Makul sürede yargılanma ifadesinde geçen makul sürenin amacı, yargılamanın sürüncemede kalmasının önüne geçmek, tarafların ihlal edildiği ileri sürülen hakka çabuk bir şekilde ulaşmasını sağlamak ve davanın akıbetine dair kaygıları ortadan kaldırmaktır. Yargılamanın uzaması, yargıya olan güveni zedelemektir. Bunu engellemek için yargılanmanın makul bir sürede tamamlanması hedeflenmelidir¹²⁶. Dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkında geçen makul süre kurumu, uzayan yargılamalarla kişilerin haksız şekilde cezalandırılmasını önlemek için “emel koruyuculuk işlevi” görmektedir¹²⁷.

Yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması, maddi gerçeğe ulaşma oranını yükselten bir faktördür¹²⁸. Ancak yargılamanın çabuk yapılması adına gerçeğin araştırılması ihmal edilmemeli ve yüzeysel bir araştırmayla sonuca hemen gidilmemelidir. Makul süreyle amaçlanan; yargılamanın hızlıca neticelenmesi ve her ne olursa olsun çabuk bitirilmesi değil, yargılamanın çabukluğundan ziyade makul sürede bitirilmesi. Makul süre, daha önce de ifade edildiği üzere önceden belirlenen bir süre veya azami bir süre olmayıp her dava için ayrı ayrı belirlenmesi gereken süreyi ifade etmektedir¹²⁹.

ve güvenliğe zarar verecektir. Ancak, makul sürede yargılanma hakkı bakımından uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması önemli olmakla beraber, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir.” Bkz. Güher Ergun ve diğerleri, § 40.

126 Gökçen A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2024). s. 130; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 64.

127 Özkan Duvan, A. (2019). s. 290.

128 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56.

129 Koç, C. (2020). s. 93-94; Taşkın, M. (2016). s. 1028, 2029.

Yargılama sürecinin hızlandırılması gerekli olmakla birlikte çabukluğu sağlamak adına maddi gerçeğe ulaşma amacı göz ardı edilmemeli, etkin soruşturma ve kovuşturmadan ödün verilmemelidir. Etkin bir ceza adaleti sisteminin olmaması hak kayıplarına ve gecikmelerin ortaya çıkmasına neden olan bir faktördür. Etkin bir ceza adaleti sisteminin olmamasından kaynaklı makul sürenin ihlal edilmesi, adil yargılanma hakkının ihlali demektir¹³⁰.

Yargılamanın makul olmayan bir süreden kaynaklı olarak uzaması, hem hukuk devleti¹³¹ ilkesini hem de sanık haklarını ihlal etmektedir¹³². Bu ihlalin önüne geçmek için özellikle yargı mekanizmasını hızlandıran çözümler üretilmelidir. AİHM, makul sürede yargılanma hakkının ihlalinden dolayı sistematik bir şekilde aleyhine karar verdiği devletlerin yargı mekanizmalarını hızlandıran çözümler üretmesini içtihatlarında sıklıkla vurgulamaktadır. Yargılamalarda makul süreye uyulamaması nedeniyle ortaya çıkan adil yargılanma hakkı ihlallerinin önüne geçmek için devletin yargı mekanizması içindeki organizasyon eksikliklerini, fiziki ve insan kaynağı problemlerini çözmesi gerekmektedir. Bu bağlamda yetkili

130 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2024). s. 64; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2024). s. 93.

131 Makul sürede yargılanma hakkının ihlaller, hukuk devleti için tehlike arz edecek boyuta vardığında ve AİHM, bu yönde yoğun bir tehlikeyi tespit ettiğinde başvuruyu, AİHS mad. 13'te düzenlenen etkili başvuru yolu bakımından da incelemektedir. Yargılanmanın makul sürede gerçekleştirilmediğine karar verdiğinde bunu mad. 13'ün ihlali olduğu soncuna varmaktadır. Mahkeme, *Kudla/Pland* davasında dokuz yıldan fazla süren ceza yargılamasını hem makul sürede yargılanma hakkının hem de etkili başvuru yolu hakkının ihlali olarak görmüştür (*Kudla/Poland*, B. No: 30210/96, 26/10/2000, § 148-149). Devletler bu bakımından ceza yargılamalarında uzun süren yargılamaları hızlandıran etkili hukuk yollarını üretme pozitif yükümlülüğü altındadır. Bkz. aktaran İnceoğlu, S. (2018). s. 266. Ayrıca bkz. Özkan Duvan, A. (2019). s. 305. Hak arama özgürlüğü çerçevesinde etkili başvuru hakkında detaylı bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 236-238; Özkan Duvan, A. (2019). s. 302-305.

132 Alman Anayasa Mahkemesi de yargılamanın olağandan uzun sürmesinin sanık hakları ve hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği düşüncesindedir. Bkz. aktaran Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56. Bir usul ihlali olarak adil yargılanma hakkı ihlali aynı zamanda hukukun üstünlüğünün ihlali anlamına gelir. Bkz. Volk, K. ve Engländer, A. (2018). § 3, kn. 30.

hâkim olmadığı için ve başka hâkimlerin geçici ve ani şekilde görevlendirilmeleri nedeniyle mahkemelerin duruşma ve diğer işleri uzamakta ve bu da makul sürenin ihlaline yol açmaktadır¹³³.

Ceza yargılamalarında her davanın kendisine özgü şartları vardır. Her davanın konusu, taraf sayısı ve kanun yolları gibi hukuki ve maddi farklılıkları bulunmaktadır. Yargılamalar aynı türden olsa bile tamamında geçerli bir makul süre belirlemek kolay değildir. Bazı ceza davalarının çözümü çok basitken, bazılarınınki zor olabilir. Bu yüzden AYM'nin de benimsediği gibi davanın karmaşık olup olmadığı, başvuru-
cunun ve yetkili makamların tutumu ile yapısal sorunlar gibi ölçütler göz önünde bulundurularak çözümü zor olan davalarda makul sürenin uzun tutulması mümkündür¹³⁴. Makul süre, derece mahkemelerinin yargılamadaki rolüne göre değişebilir. Tek dereceli yargılamada üç yıl, iki dereceli yargılamada beş yıl ve üç dereceli yargılamada altı yıl aşıldığında kural olarak daha dikkatli bir incelemenin yapılması gerektiği söylenmektedir¹³⁵.

Davanın koşullarına göre makul sürenin belirlenmesi gerek AİHM gerekse AYM içtihatlarında kabul edilmiştir. Ancak ceza yargılamalarında hedef süre gibi tek bir sürenin belirlenmesi ve özellikle çözümü zor ve karmaşık olan terör suçları gibi suçlara ilişkin davaları belirlenen hedef sürelerde sonuçlandırma kaygısı, makul sürede yargılanma mantığına uygun düşmemektedir. Örneğin; ancak 5-10 yıl arası gibi bir sürede bitirilmesi muhtemel olan ve makul kabul edilen bir sürenin iki veya üç yıl olarak tespit edilen bir hedef süreye hapsedilmesi adil yargılanma hakkının ihlalinin gündeme getirebilir. Çünkü ceza yargılamalarında suç türüne göre değil ceza mah-

133 Şahin, İ. (2019). s. 240.

134 a.g.e. s. 236 vd.

135 Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights (a handbook for legal practitioners)*, Strasbourg: Council of Europe Press, s. 107; İnceoğlu, S. (2018). s. 108.

kemesi türü esas alınarak “tek tip hedef süre”¹³⁶ kabul edil-

- 136 Ceza yargılamalarında hedef süreleri belirleme ölçütlerine ilişkin Adalet bakanlığı tarafından şu esaslar kabul edilmiştir: **a.** Ceza mahkemelerinde suç türüne göre süreler ayrı ayrı belirlenmemiş olup tek süre tespit edilmiştir. **b.** Ceza mahkemelerinde hedef süreler iddianamenin kabulü ile başlayıp gerekçeli kararın yazımı ile sona ermektedir. **c.** Ceza mahkemelerinde hedef süreler mahkemeye düşen derdest dosya puanına göre belirlenmiştir. **d.** Ağır ceza mahkemelerinde 40.000 derdest dosya puanından başlanılarak 20.000’er artırımlı basamakları gösteren bir tablo düzenlenmiştir. **e.** Ağır ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının üst sınırı 100.000 olarak belirlenmiştir. Ağır ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının 100.000’i geçmesi durumunda; her 700 puanlık artış için belirlenen süreler 1 güne kadarlık sürenin eklenmesine karar verilmiştir. **f.** Asliye ceza mahkemelerinde 36000 derdest dosya puanından başlanılarak 24.000’er artırımlı basamakları gösteren bir tablo düzenlenmiştir. **g.** Asliye ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının üst sınırı 125.000 olarak belirlenmiştir. Asliye ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının 125.000’i geçmesi durumunda; her 900 puanlık artış için belirlenen süreler 1 güne kadarlık sürenin eklenmesine karar verilmiş **h.** Bozma üzerine yeni esas numarası alan dosyaların yargılamasının 180 güne kadar içerisinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kaldırılması üzerine açılan dosyalar ile denetimli serbestliğe uyulmaması üzerine açılan dosyaların yargılaması ise 75 güne kadar tamamlanır. Tefrik, üst mahkemenin görevsizlik kararını kaldırması, üst mahkemenin yetkisizlik kararını kaldırması, üst mahkemenin davanın ertelenmesi kararını kaldırması, Yargıtayın CMK 8/2’nci maddesi gereğince iadesi, üst mahkemenin ek kararı kaldırması, son soruşturma kararının kaldırılması üzerine açılış, durumlardan birinin bulunması hâlinde yargılama için öngörülen hedef süre bu durumun ortadan kalkmasından itibaren baştan başlar. **i.** Mahkemenin kapatılması üzerine açılan derdest dosya (Mahkemenin kapatılması hâlinde devredilen mahkemede dosyaların yeni esas alması durumu.) bulunması hâlinde, hedef süre kapatılan mahkemenin kaldığı süreden devam eder. **j.** Belirlenen hedef sürelerin aşılması durumunda gecikme nedenlerinden bir ya da birden fazlası hâkim tarafından UYAP ekranında düzenlenmiş olan “gecikme nedenleri ekranına” işaretlenecektir. Listede yar almayan bir gecikme nedeninin hedef sürenin aşılması sonucunu oluşturduğu durumlarda, bu neden UYAP ekranında yer alan “diğer” butonuna işaretleme yapmak suretiyle 100 karakteri aşmayacak şekilde ifade edilebilecektir. İcra ceza mahkemesi görevine giren suçlarda ise şu esaslar kabul edilmiştir: **a.** İcra ceza mahkemelerinde hedef süreler davanın esas kaydının yapıldığı tarihte ile başlayıp gerekçeli kararın yazımı ile sona ermektedir. **b.** İcra ceza mahkemelerinde herhangi bir dosya sayısı ve dosya puanı belirlemeden yargılamalar için tek bir hedef süre tespit edilmiştir. **c.** Belirlenen hedef sürelerin aşılması durumunda gecikme nedenlerinden bir ya da birden fazlası hâkim tarafından UYAP ekranında düzenlenmiş olan “gecikme nedenleri ekranına” işaretlenecektir. Listede yar almayan bir gecikme nedeninin hedef sürenin aşılması sonucunu oluşturduğu durumlarda, bu neden UYAP ekranında yer alan “diğer” butonuna işaretleme yapmak

miştir. Ancak her dava özelinde AİHM ve AYM içtihatlarında ortaya konulan ölçütler çerçevesinde makul sürelerin belirlenmesi daha isabetli bir çözüm yöntemidir. Böylelikle makul sürede yargılanma hakkı bakımından adil yargılanma hakkı başta olmak üzere insan hakları ihaleleri azaltılmış olur.

Ceza soruşturmalarının ve kovuşturmalarının belirlenen hedef sürelerde tamamlanması, makul sürede yargılanma hakkını etkin koruyabilecek faktörlerden biri olarak görülebilir. Bu bağlamda hedef süre uygulaması; süresinde tamamlanmayan ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarını hızlandırma, yargısal süreçlere çabukluk kazandırmak ve süreçlerin kısaltılması maksadıyla çözümler üretilmesini sağlayan bir tedbir türü veya yargısal süreçleri yönetim sistemi olarak nitelendirilebilir. Ancak uygulamanın, adil yargılanma hakkı ihlaline yol açabilme potansiyeli de bulunmaktadır. Soruşturma ve yargılama sürecinde hedef süreye uymak adına bazen tüm delillere ulaşmadan kararların verilmesi zorunluluğu doğabilir. Hâkim ve savcıların sırf hedef sürelerle uyma kaygısı, özellikle sanık haklarının ihlallerini ve bu bağlamda adil yargılanma hakkının ihlalini gündeme getirebilir. Örneğin AİHS mad. 6'da güvence altına alınan savunmanın hazırlığı için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı hedef süreye uyma motivasyonu nedeniyle ihlal edilebilir. Davanın esasını etkileyen bir belgenin dosyaya girmeden karar verilmesi söz konusu olabilir. Bunlar, sanık haklarını ve bu bağlamda adil yargılanma hakkını ihlal eden durumlardır. Bu itibarla, hedef süreye uyma kaygısı, ceza muhakemesi sürecinde zincirleme insan hakları ihlallerine yol açabilir.

Makul sürede yargılanma kişiye, davasının makul bir süre içerisinde sonuçlandırılmasını talep etme hakkı vermektedir. Daha önce belirtildiği üzere sürenin makul olup olmadığının her dosya özelinde değerlendirilmesi gerekir. Bu yüzden ne

suretiyle 100 karakteri aşmayacak şekilde ifade edilebilecektir. Bkz. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/31/dosya/ceza-yargilamasi-hedef-sure-belirleme-kistaslari17-07-202017-11.pdf> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

ulusal ne de uluslararası belgelerde mutlak şekilde süreler konulmuştur¹³⁷. Esasen, makul süre kavramının mahiyeti bunu gerektirir. Makul süreden anlaşılması gereken, adil yargılanma ile yargılamanın çabukluğu arasında bir dengenin kurulmasıdır. Dengenin yargılamanın hızlılığı lehine bozulması durumunda adil yargılanma hakkının gereklerinin ihlali gündeme gelebilir. İşte hedef süre uygulaması, bu hızlılığı gerçekleştirmek için getirilen bir kurumdur. Ancak hedef süre kavramında sürenin bir kesinlik anlamı taşıdığı aşikârdır. Böyle bir kesinlik, soruşturma ve kovuşturmaların dinamiğine, yani “soruşturmada silahların dengesine ve kovuşturmada silahların eşitliğine”¹³⁸ zarar verebilir. Dolayısıyla hedef süre kavramı ile belirlenen kesin süreler, makul sürenin mahiyetine uygun düşmemektedir. Makul süreler, önceden belirlenen kesin ve azami süreler olmayıp her dava özelinde ortaya çıkan sürelerdir. Dolayısıyla hedef sürelerin konulması, bahsi geçen dengenin bozulması tehlikesini bünyesinde taşımaktadır.

III. HEDEF SÜRE UYGULAMASININ GELECEĞİ VE ÖNERİLER

Makul sürede yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi, etkin bir ceza muhakemesi sisteminin kurulmasını gerektirir¹³⁹.

137 Aynı yönde bkz. Vitkauskas, D. ve Dikov, G. (2017). s. 107; İnceoğlu, S. (2018). s. 266.

138 Tokdemir, S. (2013). s. 17, 64.

139 Adalet Bakanlığı’nın 2024-2028 yılları arasını kapsayan Stratejik Planı’nda yargıda zaman yönetimi (hedef süre) uygulamasının daha da geliştirilmesi; sistemin basitleştirilerek etkinliğinin artırılması; insan hakları, uluslararası ilişkiler, mağdur hakları, alternatif çözümler, adalet erişim, ceza infaz sistemi, fiziki ve teknik altyapı, insan kaynakları, eğitim, mahkemeler teşkilatı alanlarında yeni politikalar geliştirilmesi ve uygulanması; sistemin etkinliğinin güçlendirilmesi ve sadeleştirilmesi için kanun değişikliği önerilerinin hazırlanması hususlarının altı çizilmiştir. Keza yargılama sürecinin hızlı, adil, etkin, güvenli ve isabetli şekilde işlemesi; savunma hakkı ve adli yardımın güçlendirilmesi; bazı hukuk uyumsuzluklarında basitleştirilmiş bir yargılama usulü getirilmesi; etkin işleyen bilirkişilik sistemi oluşturulması; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına öncelik verilmesi; bilişim teknolojilerinin kullanımının yaygınlaştırılması; fiziki ve teknik altyapının güçlendirilmesi hususlarına vurgu yapılmıştır. Ayrıca etkin ve kaliteli bir ceza adaleti sistemi için Adalet Bakanlığı 2024-2028 Strateji

Ceza muhakemesinde etkin soruşturma ve kovuşturmaların yapılamaması adil yargılanma hakkının ihlallerini beraberinde getirir. Adil yargılanma hakkı ihlalleri, sadece Türkiye'ye özgü bir sorun değildir¹⁴⁰. AİHM içtihatlarına da konu olması hasebiyle denilebilir ki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması çok sayıda devletin ortak bir sorunu hâline gelmiştir. Ülkemizde bu sorunun uzun süre devam etmesi bunu toplumsal bir sorun hâline getirmiştir¹⁴¹. Türkiye'de olduğu gibi her ülkede yargılama sürelerinin uzun olması meselesi her daim gündem konusu olmaya devam etmektedir. Özellikle AİHM, meseleye birçok kararında dikkatleri çekmiş ve bu durum doktrinde hukukçuları yeni çözüm yollarını aramaya itmiştir. Türk yargısının en önemli sorunlarından birinin yargılama sürelerinin uzunluğu olduğunu kabul edilmektedir. Bu konuda AİHM, Türkiye aleyhine çok sayıda ihlal kararı vermiştir¹⁴².

Bu sorunun çözümü için hedef süre uygulamasına ihtiyaç duyulmuştur. Devletin yargı mekanizmasını hızlandırıcı çözüm yöntemlerinden biri olmakla birlikte hedef süre uygulaması tek başına yeterli bir çözüm değildir¹⁴³. Ceza adaleti

Planı'nın "Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Artırılması" başlıklı amacı kapsamında soruşturmaların etkinliğinin artırılmasına ve makul sürede sonuçlandırılmasına yönelik düzenlemeler yapılması bu bağlamda soruşturma ve kovuşturma öncesi eleme araçlarının geliştirilmesi, iddianamenin iadesi müessesesinin daha işlevsel hâle getirilmesi ve suç tiplerine göre soruşturma kılavuzlarının hazırlanarak gerektiğinde güncellenmesi ve uzlaştırma kurumunun etkinliğinin artırılması hedeflenmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, s. 49 vd.

140 Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2024). s. 93.

141 Şahin, İ. (2019). s. 253.

142 Taşkın, M. (2016). s. 1026, 1027.

143 Ülkemizde yargılamaların uzun sürmesi soruna getirilen çözümlerden biri de AYM'ye bireysel başvurudur. AYM makul sürede yargılanma hakkı ihlallerini esastan incelemekte ve uzun süren yargılanmalar nedeniyle mağdur olan başvurucuya etkin ve makul bir telafi imkânı vermektedir. Ancak AYM, makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkin iddialarda "kanun yollarının tüketilmesi" şartını mutlak olarak uygulamakta, bu konuda esneklik göstermektedir. Bkz. Koç, C. (2020). s. 102, 107-108.

sisteminin etkin işleyişi için adli hizmetlerin kalitesinde belli bir standardın yakalanması ve bunun yükseltilmesi gerekir¹⁴⁴. Bunun için ceza adaleti mekanizmasının zamanında ve yerinde işlemesi önem arz etmektedir. Bu mekanizmanın geç işlemesi ceza adaletinin kalitesini ve etkinliğini olumsuz etkilemektedir¹⁴⁵.

Makul sürede yargılanma hakkına hizmet etmesi ve öngörülebilir, şeffaf ve kamuoyu denetimini sağlayan yargısal bir süreç sunması bakımından hedef süre uygulaması etkili ve makul bir uygulama olarak görülebilir. Ancak bu uygulama, yargıda rutinleşen iş yükü karşısında hâkimleri hedef süreye yetiştirmek adına kararın gerekçesinden ve muhakemeden fedakârlık yapmalarına yol açabilir. Bu da sistemin önemli bir dezavantajıdır¹⁴⁶.

Ceza muhakemesinde arzulanan, soruşturma ve kovuşturmaların mümkün oldukça kısa sürede tamamlanması, daha doğrusu makul sürede yapılmasıdır. Bunula birlikte, muhakeme sürecinde yapılan işlemlerin kalitesi, hassasiyeti ve kararların gerekçesi süre mefhumundan daha büyük bir değer olarak görülmelidir. Unutmamak gerekir ki geç de olsa gerekçesi sağlam ve temel hak ve hürriyetlere riayet edilerek ve dava dosyasının özünü benimseyerek kaleme alınan bir kararın, bu özellikleri taşımadan kısa sürede kaleme alınan bir karardan daha adil olduğu izahtan varestedir¹⁴⁷.

Doktrinde aşırı iş yükü altında olan hâkim ve savcıların hedef süreye göre hareket etmeleri, “ekstra efor ve zaman alan ve aşına olmadıkları temel haklar unsurunu muhakemelerinden kolayca dışlamaları için” bir mazeret şeklinde kullanma-

Bireysel başvuruda başvuru yollarının tüketilmesi hakkında bkz. Kaya, S. ve Kurt, T. (2023). *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 239-240. Ayrıca bkz. Kalabalık, H. (2023). s. 237-238.

144 Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2024). s. 93.

145 Koç, C. (2020). s. 101.

146 Gemalmaz, H. B. (2022). s. 68.

147 Gemalmaz, H. B. (2022). s. 68.

sının önünü açabileceği dile getirilmiştir. Hedef süreye uygun hareket etme sürecinde bu endişenin göz ardı edilmemesi, her bir uyuşmazlık türü açısından hedef süreler belirlenirken günümüzde kabul edilen insan hakları standartlarının muhakemenin tamamına ve özellikle gerekçeye entegrasyonu için gerekli (makul) sürenin göz önünde bulundurulması ve hedef süre uygulamasına ilişkin çıkarılan yönetmeliğe bu yönde hükümler eklenmesi önerilmiştir¹⁴⁸.

Etkin bir sistem olarak uygulanması sağlansa bile adil yargılanma hakkı ihlallerini önlemek adına sadece hedef süre uygulamasını getirmek yeterli değildir. Yargı sistemini bir bütün olarak etkin hâle getirmek, gerek personele ilişkin gerek yapısal gerekse yargıda kökleşmiş ve adil yargılanma hakkı ihlallerine yol açan sorunları çözmek gerekir. Aksi hâlde uzayan yargılamalar, yargıyı adaleti tesis etme işlevinden uzaklaştırır. Bu çerçevede ceza adaleti sistemini etkin hâle getirebilecek, ceza soruşturma ve kovuşturmalarında adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek ve makul sürede yargılanmayı sağlayacak şekilde hızlılığı temin edebilecek başka çözümlerin düşünülmesi ve bu çözümler çerçevesinde sistemde iyileştirmelerin yapılması gerekir.

1. Makul sürede yargılanma hakkının korunmasına ve bu hakkın ihlalinin giderilmesine yönelik önleyici araçların düşünülmesi ve hayata geçirilmesi gerekir. Bunun yollarından biri yapısal sorunların çözümüne yönelik önlemlerin alınmasıdır. Bu hakkın etkin kullanımı için nitelikli adli personel yetiştirilmeli, mahkemelerin dava yükü makul düzeye çekilmesi, mahkemelerin yargılamaları gereksiz yere uzatan tutumlardan kaçınmasını sağlayacak önlemler alınmalıdır. Hedef süre bu önlemlerden biri olarak düşünülebilir ve fakat etkin bir şekilde uygulanması gerekir¹⁴⁹.

148 a.g.e. s. 68.

149 Aynı yönde öneri hakkında ayrıca bkz. Esen, S. (2023). s. 11. Adalet Bakanlığı'nın 2024-2028 Stratejik Planı'nda "Adalet Teşkilatının Kurumsal Kapasitesinin Geliştirilmesi" başlığı altında mahkemeler teşkilatının

Bu bağlamda hâkim ve savcılarının niteliğini artıracak çalışmalar yapılmalıdır. Niceliksel olarak hâkim ve savcı sayısını arttırmak gerekli ve fakat efektif bir çözüm değildir. Mahkemelerin dava yükünün azaltılmasında hâkim ve savcı yardımcılığı kurumunun getirilmesi ve nitelikli yardımcılarının yetiştirilmesi de bir çözümdür. Ülkemizde bu kurumun getirilmesi ve uygulanmaya başlanması bu bağlamda önemli bir gelişme olarak kabul edilmelidir. Diğer bir çözüm de hedef süre uygulamasıdır. Hedef süre uygulaması, makul sürede yargılama yapılmasını teşvik etmek, ceza muhakemesi sürecinin açıklık ve şeffaflığını sağlamak açısından olumlu kabul edilen bir yöntemdir. Bununla birlikte uygulamada hedef süreye uyma kaygısı nedeniyle usule aykırı ve tam olarak gerçekleştirilmeyen yargılamaların yapılması veya mahkemelerin hedef süreyi önemsememesi gibi sonuçlar da söz konusu olabilir. Hâkim ve savcı yardımcılığı kurumu ile hedef süre uygulamasını getirmek elbette önemli adımlar olarak görülmelidir. Bu tür önlemlerin mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesinde olumlu bir etki oluşturacağı beklenmektedir. Ancak uzun vadede ülkemizde bu sorunun çözümü için meşakkatli olsa da kaliteli adli personel yetiştirmek daha etkin bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle sistemi gereğince ve zamanında işletebilen, eğitilmiş ve hak ve özgürlüklere duyarlı hâkim ve savcı ile hâkim ve savcı yardımcılarını başta olmak üzere adli personel eğitime önem verilmelidir. Kısa ve orta vadede hedef süre uygulaması ile adil yargılanma hakkı ihlal

organizasyon yapısının makul sürede yargılanma hakkı bakımından güçlendirilerek ihtisaslaşmaya yönelik uygulamaların geliştirileceği ve bu kapsamda iş yükü ve ortalama görülme süreleri dikkate alınarak adli yargıda ilk derece mahkeme sayıları ile bölge adliye mahkemelerinin daire ve hâkim sayılarının artırılacağı, adalete erişim imkânlarının dikkate alınması suretiyle bazı büyükşehirlerde yeni adliyeler kurulacağı ve yargı çevrelerinin yeniden belirleneceği, özellikle nitelikli adli personel yetiştirilmesi için yargı mensuplarının ihtisas alanlarına yönelik lisansüstü eğitim almalarının teşvik edileceği ve bunu kolaylaştıran düzenlemelerin yapılacağı, adalet personeline yönelik hizmet öncesi eğitim ile hizmet içi eğitimin nitelik ve niceliğinin artırılacağı şeklinde amaçlar belirlenmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, s. 53-55.

edilmeden mahkemelerin iş yükü hafifletilebilir. Ancak bunu geçici veya ara bir çözüm olarak görmek gerekir. Sonuç itibarıyla ancak daha etkin önlemler alınarak uzun vadede ceza adaleti sistemimiz iyileştirilebilir.

Uygulamada ihtiyaca göre hareket edilmeden gereksiz yere duruşmalar ertelenmekte, bilirkişi kurumu kötüye kullanılmakta, kısa karar ve uzun karar arasında uzun süre geçmektedir. Bu tür kötü uygulamaların önüne geçecek tedbirlerin alınması gerekir. Bunun için örneğin, her bir yargı kolu bakımından adli tıp raporları, tebligat ve ön inceleme kurumlarında yargılamayı gereksiz yere uzatan usul kurallarının gözden geçirilmesi, yerel mahkeme hâkimlerinin ve avukatların bu husustaki görüşlerine başvurularak önceliklerin belirlenmesi gerekir¹⁵⁰.

Ayrıca başta soruşturma aşamasındaki rolünü dikkate aldığımızda alınması gereken önlemlerden biri alanında uzman, donanımlı, eğitilmiş, insan haklarına duyarlı bir adli kolluk teşkilatının varlığıdır. Esasen CMK mad. 164 ile bir hukukçunun (savcının) denetiminde bir adli kolluk teşkilatı ihdas edilmiştir. Başta CMK olmak üzere muhtelif düzenlemelerde (örneğin PVSK) adli kolluğun görevini icrada sınırları belirlenmiştir. Problemin uygulamadan¹⁵¹ kaynaklandığını ve çözümü için bu alandaki personelin eğitime önem verilmesi gerektiğini belirtmek gerekir¹⁵².

150 Esen, S. (2023). s. 12.

151 Uygulamadan kaynaklanan problemler şu şekilde sıralanmaktadır: "Yargıçların ve diğer mahkeme personelinin profesyonel bakımdan nitelikli yetişmesini sağlamadaki eksiklikler, görev değişikliği ya da iş yoğunluğu gibi mazeretlerle yargıçların dava dosyalarına hâkim olmamasına bağlı lüzumsuz ertelemeler, mevzuatın çok sık değişmesinden kaynaklanan teknik sorunlar, değişen yasaların da yasama tekniklerine uygun olmamasına bağlı uygulama sorunları, yetki uyumsuzluklarının sürüncemede kalması, adli merciler ile diğer kurumlar arasındaki yazışmaların etkin şekilde yürütülmemesi, tanıkların veya bilirkişilerin gereken zamanda dinlenmemesi, teknolojik imkânların yetersizliği ya da yargılamanın tüm taraflarınca etkin şekilde kullanılmaması." Bkz. Özkan Duvar, A. (2019). s. 327.

152 Özkan Duvar, A. (2019). s. 327.

2. Yargılanmaların hızlandırılmasının yollarından biri adli çalışma kültürü ve iş ahlakı gereği adli işlerin çabuk ve etkin yürütülmesidir. Bunun için adliyede çalışanların performans ölçümleri yapılarak verimli çalışma kültürü geliştirilebilir. İşlerin geciktirilmesinde etken olan alışkanlıklar aşılabilir, gecikmelerin tolere edilmesi yerine gecikmeye neden olan kişilerin sorumluluğu cihetine gidilebilir¹⁵³.

3. Makul sürede yargılanma hakkı ihlallerini giderici araçlardan biri de ihlalin yargı organı tarafından tespit edilmesi ve hızlandırılması talebidir. Mukayeseli hukukta bu talepler genellikle üst derece mahkemelerine yapılmaktadır. Üst mahkeme böyle bir talep karşısında ihlali tespit ederek bunu gidermeye veya tazmin etmeye yönelik karar vermektedir. Üst mahkeme, alt derecede görülen bir davanın makul olmayacak bir sürede uzadığını tespit ederse mahkemeden bu davaya öncelik vermesini veya hâkimin değiştirilmesini isteyebilir. Üst mahkeme, bundan sonuç alınamaması durumunda ihlali gidermeye yönelik kararlar birlikte tazmini yönünde karar verebilir. Bu yöntemde üst mahkemeye yargılamanın hızlandırılması veya makul sürede tamamlanması yönünde emir verme yetkisinin verilmesi gerekir. Ancak bu her devlet özelinde başarı getirmeyebilir ve etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmeyebilir. Ayrıca üst mahkemelerin alt derecedeki mahkemelere emir vermesi yargı bağımsızlığına aykırılık meselesini gündeme getirebilir. Ülkemiz açısından bu son husus, ayrıca önem arz etmektedir. Çünkü AY mad. 38/f.2'de hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁵⁴.

4. Taraflardan birinin yargılamanın hızlandırılmasını davanın görüldüğü mahkemeden istemesi de makul sürede yargı-

153 a.g.e. s. 327.

154 Esen, S. (2023). s. 13-14.

lanma hakkının ihlalini gidermeye yönelik bir araçtır. Almanya'da uygulanan ve hiçbir yaptırımı olmayan bu yöntemde mahkemenin yargılamayı daha fazla geciktirmekten kaçınacağı beklentisi bulunmaktadır. Doktrinde *Esen*, bu yöntemin Türkiye için düşünülebileceği kanaatindedir. Yazara göre, taraflardan biri, yargılamanın makul süreyi aştığını çabuklaştırılmasına yönelik talebini davanın görüldüğü mahkemeye iletebilir. Mahkeme, bu talep karşısında ara kararla 30 gün içinde bu kararını değerlendirmelidir. Mahkemenin bu kararı, yargılamanın uzamasının sebeplerini, bunun makul sürede yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini ve yargılamayı hızlandırmak için hangi adımların atılması gerektiğini içermelidir. Mahkeme, AİHM ve AYM içtihatlarında kabul edilen ölçütler çerçevesinde (davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu vb.) önüne gelen talebe cevap vermelidir. Yazarın da belirttiği gibi hâkim ve savcı yardımcılığı kurumunun getirilmesiyle ihlali giderici bu yöntemin kullanılması mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde arttırmayacaktır. Ayrıca bu yöndeki bir düzenleme, hâkimi manevi bir yükün altına sokması, ihlalin devam etmesi hâlinde tazminat isteminin bir ön şartı olması bakımından önem arz etmektedir¹⁵⁵.

5. Mukayeseli hukukta makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin önüne geçmek için ceza muhakemesi önlemlerinde ölçülülük ilkesine göre hareket edilmesi, cezanın belirlenmesi aşamasında makul sürenin ihlal edilmesi nedeniyle failin cezasında indirim yapılması, yargılamanın önlenmesi veya düşürülmesi gibi çözüm yöntemleri uygulanmaktadır¹⁵⁶. Sanığın salıverilmesi de bu kapsamda kabul edilmektedir. Örneğin Amerika ve Kanada'da makul sürede yargılanma hakkı ihlallerine karşı içtihatlarda suçlamaların reddedilmesi yani davanın düşürülmesi kabul edilmiştir. Yargılamanın makul olmayan bir sürede yapılması durumunda içtihatlarda yargılamanın sonlandırılması veya yargılama bitmişse kararın ge-

155 Esen, S. (2023). s. 15.

156 Roxin, C. ve Schünemann, B. (2012). § 16, kn. 8-13.

çersizliği kabul edilmiştir¹⁵⁷. Yargılamanın uzun sürmesi bir muhakeme engeli olmamakla birlikte Alman Federal Mahkemesi (AFM) cezanın belirlenmesi aşamasında bunun bir hafifletici neden olarak uygulanabileceği yönünde karar vermiştir (BGHSt 37, 13). Adil yargılama ilkesine aykırılıktan dolayı sanığın cezasında indirim yapılmaması temyiz nedeni olarak kabul edilmektedir (BGHSt 32, 44)¹⁵⁸.

Kanaatimizce¹⁵⁹, ülkemizde de somut olayın şartları çerçevesinde cezada indirim gitmek, muhakemenin önlenmesi veya düşürülmesi suretiyle faili bu durumdan faydalandırmak uygulanabilecek çözüm yöntemlerinden biri olabilir. Sanık haklarını olumsuz etkilemesi nedeniyle en azından cezanın belirlenmesi aşamasında failin cezasında indirim yapılması alternatif bir çözüm olabilir¹⁶⁰.

6. Makul sürede yargılanma hakkı ihlallerini önlemek ve yargının iş yükünü hafifletmek için başvurulabilecek yöntemlerden biri alternatif çözüm uyuşmazlıklarıdır¹⁶¹. Türk ceza adaleti sisteminde uzlaştırma, seri muhakeme, ön ödeme vb. kurumlarla bunun önü açılmıştır. Bu kurumlar ilişkin düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerektiği¹⁶² hususunu bir tarafta tutarak başka alternatif çözüm uyuşmazlıklarının uygulanması düşünülmelidir. Alternatif çözüm uyuşmazlıklarından olan uzlaştırma kurumu bakımından etkin bir sistemin olması gerekir. Ayrıca uzlaştırma dışında mukayeseli hukukta fai-

157 Esen, S. (2023). s. 16.

158 Schroeder, F. C. ve Verrel, T. (2019). s. 53. Bkz. ayrıca aktaran Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2024). s. 56.

159 Aynı yönde düşünce için bkz. Volk, K. ve Engländer, A. (2018). § 3, kn. 31.

160 Doktrinde *Esen*, kötüye kullanılmaya müsait olduğundan bu yöntemleri ülkemiz açısından uygulanabilir görmemektedir. Bkz. Esen, S. (2023). s. 16, 18.

161 Aynı yönde bkz. Özkan Duvar, A. (2019). s. 327.

162 Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı'nın "Tespitler ve İhtiyaçlar" başlığı altında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulama alanının geliştirilmesi, dava öncesi çözüm imkânlarının artırılmasından bahsedilmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, s. 49.

lin, toplumun ve diğer kesimlerin haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan onarıcı adalet politikalarına, bu kapsamda mağdur-fail arabuluculuğunun (*victim-offender mediation*) uygulanması şeklinde uygulanan uzlaştırma dışında aile grup konferansları (*family group conferences*), topluluk grup konferansları (*community group conferences*), cezalandırıcı halka (*sentencing circles*), topluluk panelleri (*community panels*) gibi onarıcı adalet modellerine kapı aranmalıdır. Bunun için ceza adaleti sistemini tamamlayan ve sistemi daha güçlü kılacak bir onarıcı adalet mekanizmasının inşasını gerekli görmekteyiz¹⁶³.

7. Sistemdeki iş yükünü hafifletmeye¹⁶⁴ katkı sağlamak adı-

163 Ceza adaleti sistemini etkin hâle getirmek ve yargı sürecini iyileştirme amacı güden onarıcı adalet mekanizması hakkında detaylı bilgi için bkz. Tokdemir, S. (2017). “Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak ‘Onarıcı Adalet’ Mekanizması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI., S. 1-2., s. 75 vd.; Namus cinayetlerinde bu mekanizmanın uygulanabileceği hakkında bkz. Tokdemir, S. (2013). “Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing the Community Using Restorative Justice System”, *Law and Justice Review*, V. 4., I. 2., s. 257 vd.

164 2024-2028 Adalet Bakanlığı Stratejik Planı’nın “Adalet Hizmetlerinin Performans ve Verimliliğinin Artırılması” başlıklı amacı kapsamında adli süreçlerin makul sürede tamamlanmasına yönelik kurumsal tedbirler alınacağı ve bu yönde uygulamalar geliştirileceği, bunu sağlamak için hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile personel sayısının iş yüküyle orantılı bir düzeyde olmasının sağlanacağı, istinaf kanun yollarında hedef sürelerin uygulanacağı, bilirkişilikten kaynaklanan sorunların çözümüne yönelik tedbirler alınacağı, Adli Tıp Kurumu’nun bilimsel teknik ve fiziki kapasitesinin artırılacağı, tebligata ilişkin hataların azaltılacağı ve yargı bilişim sisteminin güncel teknolojik gelişmeler çerçevesinde güncelleneceği ifade edilmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, s. 57-59. Sistemdeki iş yükünü hafifletmek amacıyla 2025 yılında yargı teşkilatının etkinliğinin ve verimliliğinin artırılmasına ilişkin 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 38’inci maddesinin 1/a bendi uyarınca ağır ceza mahkemelerinin iş yoğunlukları, bu mahkemelerin bulunmadığı yerdeki iş hacmi ve bölgelerin coğrafi durumları, mevcut ulaşım imkânları ile sosyo-kültürel ve sosyo-ekonomik faktörler göz önünde bulundurularak 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 9’uncu maddesi gereğince yeni ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. Bkz. <https://pgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/03052024-tarihinde-kurulan-mahkemeler04052024105410> (Erişim Tarihi: 26/8/2025)

na hâkim ve savcılarının¹⁶⁵ soruşturma ve yargılama faaliyeti dışında kalan idari para cezası verme gibi idare alanına tekabül eden yetkileri kaldırılmalı veya en azından sınırlandırılmalıdır. Örneğin CMK'nın 94'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre *"ifadesi alınmak amacıyla düzenlenen yakalama emri üzerine mesai saatleri dışında yakalanan ve belirlenen tarihte yargı mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişinin serbest bırakılması, Cumhuriyet savcısı tarafından emredilebilir. Bu hüküm her yakalama emri için ancak bir kez uygulanabilir. Taahhüdünü yerine getirmeyen kişiye, yakalama emrinin düzenlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk lirası idari para cezası verilir."* Bunun dışında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) başta olmak üzere muhtelif kanunlarda Cumhuriyet savcılarının idari para cezası verme yetkisi verilmiştir. Örneğin Kabahatler Kanunu (KK) mad. 23'te¹⁶⁶ Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı verme yetkisi düzenlenmiştir. Kanun'un 24'üncü maddesinde ko-

165 Sistemde savcılara idari yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi, ceza muhakemesinin önemli sülhelerinden olan ve soruşturma aşamasında adli yetkilerle donatılmış biri olarak savcının hukuki statüsüne yönelik tartışmalara yol açmaktadır. Bu tartışmalar, savcılığın adli, idari veya hem adli hem de idari makam olduğu yönünde gelişim göstermiştir. Tartışmalar için bkz. Ekinci, M. ve Öztürk, M. A. (2025). "Cumhuriyet Savcısının İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi", TAAD, Y. 16., S. 63., s. 322-326.

166 KK mad. 23: *Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hâllerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir (1). Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi hâlinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir (2). Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması hâlinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir (3).* Doktrinde bir görüşe göre, mezkûr maddenin birinci fıkrasıyla Cumhuriyet savcısına tanınan yetki, kuvvetler ayrılığına ve savcının yargısal nitelikteki hukuki statüsüne aykırı değildir. Ancak idari nitelikteki bu yetkinin istisnai olması, makul ve meşru sebeplerin bulunması hâlinde kullanılması savcının ceza muhakemesindeki asıl işlevini aksatacak düzeyde olmaması gerekir. İkinci ve üçüncü fıkralarda ise savcının adli ve idari işlevleri iç içe geçecek şekilde düzenlendiğinden bu hükümler, kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir. Bu görüşe göre, bu hükümlerle kabahatler alanında idari yaptırım uygulama yetkisinin idari mercilere bırakılması ve bu şekilde yargının iş yükünün hafifletilmesi amacı gerçekleştirilememiş ve savcılarının iş yükü azaltılamamıştır. Bkz. a.g.e. s. 342, 344.

vuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması hâlinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verileceği ifade edilmiştir. Benzer yönde yapılan düzenlemelerden biri de “Emre Aykırı Davranış” başlığı ile düzenlenen kanunun 32’nci maddesidir. Keza 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’un 3’üncü, 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 7’nci, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu’nun 15’inci, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 23’üncü maddelerinde Cumhuriyet savcısına idari para cezası veya diğer idari yaptırımlara karar verme yetkisi verilmiştir. Mevzuatta sadece savcıya değil, yargılama makamına da benzer yönde yetki verildiğini görmekteyiz. Örneğin KK mad. 43A kapsamında daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hâllerde, bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından işlenen katalog suçlarda yargılama yapmakla görevli mahkemeye idari para cezası verme yetkisi verilmiştir. Başta idari para cezası olmak üzere idari yaptırım kararı verme yetkisiyle sistemde ayrı bir iş yükü oluşmaktadır. Bu kararları vermek için harcanan zaman ve enerji adli işlerde hâkim ve savcılarının performanslarını olumsuz etkilemektedir. İdare hukuku alanına tekabül eden bu yetkilerin, soruşturma ve kovuşturmanın aktörleri tarafından kullanılması; usul ekonomisi başta olmak üzere eşitlik ilkesi, kuvvetlerin ayrılığı, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması gibi birçok ilkeye zarar verildiği gibi idari usullerden uzak ve idari işlem teorisine aykırı tesis edilen işlemlerle sistemde tutarsızlıklara ve hukuka aykırılıkların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Mevzuatımızdaki mezkûr hükümlerin gözden geçirilerek hâkim ve savcılarının bu alandaki yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılmasıyla sistemdeki iş yükünün hafifletilmesi düşünülmelidir. Bu yetkiler, ilgili kurum veya kuruluşların bünyesinde ve idare hukuku alanında yetkin kişilerden oluşacak kurullara veya ilgili kurumların mevcut kurullarına devredilebilir¹⁶⁷.

167 Civan, M. (2024). “Kabahatler Kapsamında Yargı Erkinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

8. Makul sürede yargılanma hakkının korunmasına ve bu hak ihlallerinin giderilmesine yönelik önleyici araçlardan biri çalışma konumuz olan hedef süre uygulamasıdır. Bu uygulama, Türk Yargı Teşkilatı'nda, soruşturma ve kovuşturmaların makul sürede tamamlanması amacıyla getirilmiştir. Belirlenen hedef süreler, ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarının makul sürede tamamlanmasında, uzun süren soruşturma ve kovuşturma faaliyetlerinin kişiler üzerindeki maddi ve manevi baskıların bertaraf edilmesinde ve bu suretle adaletin temin ve hukuka olan inancın muhafaza edilmesinde önemli rol oynayabilir. Bu nedenle uygulamanın etkinliğinin sağlayacak şekilde önlemler alınmalıdır. Bu çerçevede aşağıdaki hususlar dikkate alınarak bu uygulamanın yeniden ele alınması gerekir.

a. Yargılamanın makul sürede tamamlanmasına yönelik teorik düzeyde düzenlemelerin yerinde ve yeterli olduğunu fakat problemin bunlara ilişkin hükümlerin uygulanmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Yargılamanın adil ve makul bir sürede gerçekleştirilmesine yönelik özellikle CMK'da çok önemli değişiklikler yapılmıştır. İddianamenin iadesi, uzlaştırma, çapraz sorgu, seri muhakeme, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması, şahsi davanın kaldırılması, duruşmaların kural olarak ara vermeden tamamlanmasına ve koruma tedbirlerinde sürelerin getirilmesi ilişkin hükümler bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak bu hükümlerin etkin ve yerinde kullanılmasıyla sağlıklı, adil ve insan haklarına riayet edilen ve makul sürede tamamlanan bir ceza muhakemesinden bahsedilebilir.

b. Hedef süre uygulamasının kısa ve orta vadeli uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Yargının iş yükünü hafifletmeye yönelik olumlu etkileri olmakla birlikte uzun vadede ya bu uygulamadan vazgeçilmeli ya da etkin bir uygulamayla ve sınırlı olarak belli dava türlerinde kabul edilmelidir. Aksi

Dergisi, C. XXVIII., S. 4., s. 497 vd. Benzer yönde yaklaşım için bkz. Ekinci, M. ve Öztürk, M. A. (2025). s. 344.

hâlde belirlenen hedef sürelerle ve hatta Strateji Belgesi'nde bu sürelerin daha da kısaltılmasıyla ortaya çıkacak ihlallerin mevcut durumdaki ihlalleri geçebilme ihtimali muhtemeldir. Örneğin hedef sürenin tamamlanması nedeniyle savunma hakkını ciddi etkileyen bir işlemin yapılamaması ve sonrada ortaya çıkan bir belgenin dosyaya girememesi, muhakemenin soruşturma aşamasında hedef süre nedeniyle olgunlaşmaması nedeniyle bitirilmesi, savunmanın hazırlanması için yeterli zaman ve kolaylığın sağlanmaması gibi adil yargılanma hakkını önemli derecede etkileyecek zincirleme ihlaller gündeme gelebilir.

c. Hedef süre uygulaması bakımından sürelerin miktarı ve kim tarafından belirleneceği dikkate değer konulardır. Aynı türden yargılamalar için belirli hedef süreler konulması makul sürede yargılanma mantığına uygun değildir. Esas olan, bu sürelerin her dava özelinde makul düzeyde belirlenmesidir. Bu yüzden adil yargılanma kapsamında makul sürede yargılanma kavramı kullanılır. Makul süreyi davanın koşulları çerçevesinde takdir edecek olanlar, dosyaya vakıf olan hâkim, savcı ve müdafidir. Adil yargılanma hakkı bakımından sürenin çok uzun veya kısa olması değil, makul olması önemlidir. Uzun süren bir yargılama adil yargılanma hakkını ihlal edilebileceği gibi, kısa süren bir yargılamada adil yargılanma hakkının gerekleri yerine getirilmiş olabilir. Bu yüzden ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturmalarda belirlenecek olan sürelerle uyma kaygısı hakların etkin kullanılmasının önüne geçmemelidir. Adil yargılanma bakımından süreler her zaman birer araç olmalıdır. Sistemin yükünü hafifletmeye ve adaletin zamanında tesisini sağlamaya yönelik kısa ve/veya uzun vadede uygulanmasını önerdiğimiz hedef süre uygulamasında süreler hiçbir zaman amaç hâline getirilmemelidir. Hedef süre uygulaması, etkin soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünün ortadan kalktığı şeklinde yorumlanmaması, aksine yargı sistemini geleceğe dönük iyileştirme amacına yönelik sadece bir araç olarak telakki edilmelidir. Ceza mu-

hakemesinde bu açıdan araç-amaç dengesinin değiştirilmesi ve aracın amaç hâline getirilmesi durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi kaçınılmazdır.

Hedef süre uygulamasında sürenin kim tarafından belirleneceği de önem arz etmektedir. HSK'nın 28'inci maddesinin yedinci fıkrasına göre, hedef süreler HSKur'un görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir. Kanaatimizce tarafların özellikle savunmanın sürece dâhil edilmesi gerekir. Sürelerin bakanlık tarafından belirlenmesi soruşturmaların ve yargılamaların mahiyetine uygun değildir. Özellikle yargılama faaliyeti ile ilgili bir konunun bakanlığın inisiyatifine bırakılması isabetli olmamıştır. Ayrıca mevcut durumda HSK görüşü bağlayıcı değil, tavsiye niteliğindedir. Yani, Adalet Bakanlığı kurulun bu konudaki görüşüyle bağlı değildir. Bu yetkinin bakanlıktan alınması ve dosyanın taraflarının iş birliğini esas alan bir sistemle sürelerin her dava özelinde belirlenmesi sistemi kabul edilmelidir. Bunun, mevcut ceza muhakemesi sisteminde kabul edilen sùjelerin iş birliği anlayışına daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Yukarıda bahsi geçen CEPEJ'in uygulama rehberinde yargılamalarda en uygun ve öngörülebilir makul sürelerin belirlenmesinde ulusal mahkemeler düzeyinde birçok yetkilinin rol oynadığı, sürelerle ilişkin tekliflerin ilgililerinin katılımı ile hazırlanmasının önemi, yargının kendisine has doğasının davalardaki gecikmeler için bir argüman olarak görülemeyeceği hususları vurgulanmış, rehber ilkelerin mahkemelere ve mahkemede çalışanlara yönelik hazırlandığı vurgulanarak konunun önemine dikkat çekilmiştir¹⁶⁸.

d. Belirlenen hedef sürelerle uygunluğun test edilmesi ve bunun ölçümlenmesi bakımından kanaatimizce bölgesel düzeyde pilot¹⁶⁹ mahkemelerin belirlenmesi, bu şekilde yerel ih-

168 CEPEJ Uygulama Rehberi, § 3.

169 Adalet Bakanlığı'nın paylaşımına göre, Türkiye'de yargıda reform çalışmalarının önemli bir kısmını oluşturan, 2013 yılında ilk defa pilot adliye seçilen mahkemelerde uygulanan, pilot mahkemelerden gelen

tiyaçlar göz önünde bulundurularak sorunların tespit edilmesi ve buna ilişkin çözümlerin tartışılması gerekir. Hedef süre uygulamasına ilişkin çıkartılan yönetmelikte hedef sürelerle uyumun ölçülmesi ve takibine ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesi ve bölgesel düzeyde pilot mahkeme uygulaması düşünülebilir.

e. Belirlenen hedef sürelerde soruşturma ve yargılamaların tamamlanması, hâkimler ve savcılar üzerinde baskı aracı olarak mesleki performanslarının değerlendirilmesinde bir ölçüt olmaktan çıkartılmalıdır. Bu durum hedef süreye uyma kaygısı taşıyan hâkim veya savcının hak ihlallerinin taşıyıcısı hâline getirebileceği gibi hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırılığı da gündeme getirebilir. Bu noktada AYM'nin konuya ilişkin verdiği ve hedef süre uygulamasını anayasaya aykırı görmediği yukarıdaki çoğunluk kararının yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

SONUÇ

Çalışmada Türk yargı teşkilatında ceza soruşturmalarında ve kovuşturmalarında hedef süre uygulaması özellikle makul sürede yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmiş ve uygulamanın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği tartışılmıştır.

Ülkemizde ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarındaki süreç birçok nedenden kaynaklı olarak uzamaktadır. Adil yargılanma hakkının bir görünüş şekli olan makul sürede yargılanma hakkının ihlali dolayısıyla gerek AİHM'e gerek-

olumlu sonuçlar neticesinde 2015 yılında ülke genelinde uygulanmasına karar verilen "Yargıda Hedef Süre Uygulaması" başlamış ve hâlen devam etmektedir. Hedef süreler, yaklaşık 3 yıl süren çalışmalar sonucu, Adalet Bakanlığı'nda hâkimler, savcılar ve akademisyenlerden oluşan bir komisyon tarafından, Türkiye genelindeki tüm adli yargı ilk derece mahkemeleri, Cumhuriyet başsavcılıkları, idari yargı ilk derece mahkemeleri, Yargıtay, Danıştay, HSK ve Türkiye Barolar Birliği'nin görüş ve önerileri doğrultusunda belirlenmiştir. Bkz. <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/Sayfa/Detail/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>. (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

se AYM'ye çok sayıda başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların çokluğu, başta ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları olmak üzere yargısal süreçlerin işleyişinde iyileştirmelerin yapılması gereğini ortaya koymuştur. Yargıya olan güveni yeniden tesis etmek, adil yargılanma hakkı ihlallerinin önüne geçmek ve yargısal süreçlerden verimliliği arttırmak için ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarında hedef süre belirleme gereği doğmuştur.

Hedef süre uygulaması, hem bir AYM kararına hem de Yargı Reformu Stratejisi Belgesi'ne konu olmuştur.

AYM, HSK'nın 28'inci maddesinin yedinci fıkrasının iptali talebiyle önüne gelen başvuruda oy çokluğuyla hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Çoğunluk kararında AYM, hedef süreye ilişkin esasların uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin olduğundan yönetmelikle düzenlenebileceğini, hâkim ve savcılarının özlük haklarını etkileyen kanun yolu değerlendirme formunda hedef sürenin tek belirleyici ölçüt olmadığını ve sürelerin belirlenmesinde HSKur'un görüşü alındığı için HSK mad. 28/f.7'nin hâkimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Karardaki muhalefet şerhlerinde makul sürede yargılanma hakkı için hedef süre uygulamasının önemli ve gerekli bir adım olduğu; adil yargılanma hakkının tesisi bakımından bunun sadece bir araç olduğu ve hiçbir zaman bir amaç hâline getirilmemesi gerektiği, mesleki performansları değerlendirirken hâkim ve savcılar üzerinde baskı aracı olacağı ve bunun yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerini ihlal edeceği; buna ilişkin esasların kanunla ortaya konulması, yargılama sürecinin adil yargılanma hakkının tüm ilkelerine uyularak gerçekleştirilmesi gerektiği özellikle vurgulanmıştır.

Strateji Belgesi'nde hedef sürelerin kısaltılması, takibi, süre aşımına neden olan hususların önlenmesi, istinaf kanun yolunda hedef süre uygulamasına geçilmesi gibi hedeflere yer verilmiştir. Ancak hedef süredeki sürenin belirli bir süreyi ifa-

de ettiği dikkate alındığında bu uygulamanın adil yargılanma ve onun bir görünüşü olan makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmesi, özellikle savunma makamının kendisine tanınan hakları gerçekten kullanamaması ve bunun ceza muhakemesinde silahların eşitliği ilkesini bozması mümkündür. Bu yüzden mezkûr hedef sürelerin kısaltılacağına ilişkin açıklamaya şüpheyle yaklaşılması gerekir.

Ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarının makul sürede bitirilmesinde, uzun süren soruşturma ve kovuşturmaların kişiler üzerindeki maddi ve manevi baskıları ortadan kaldırması, adaletin tesis edilmesi ve hukuka olan inancın korunması bakımından hedef süre uygulaması önemli rol oynamaktadır. Uygulamanın soruşturma ve kovuşturmaların makul sürede tamamlanması ve yargıdaki iş yükünü hafifletmek için getirildiğini, bu minvalde makul sürede yargılanma hakkının korunması bakımından çok önemli bir yargılama sürecini yönetim sistemi olduğunu belirtmek gerekir. Yargıdaki iş yükünü hafifletmek kaygısıyla getirildiğini düşündüğümüz bu uygulamayla yargılama sürecinin uzaması kadar kısaltılması da adil yargılanma hakkını ihlal edebilir. Süre kaygısı nedeniyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması gibi usul ihlallerinden kaynaklı yargılama sürecinin uzaması söz konusu olabilir. Adil yargılanma hakkını aşındırma potansiyeli olduğu kanaatini taşıdığımız bu uygulamadan uzun vadede vazgeçilmeli, hızlı ve adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek şekilde ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları için mevcut ceza muhakemesi kanunumuzdaki enstrümanların etkin kullanılması gerekir. Kısa ve orta vadede etkin bir hedef süre uygulaması için belli bölgelerde pilot mahkemeler belirlenmeli ve uygulama ilişkin pratik düzeyde ortaya çıkan problemler tespit edilmelidir. Ayrıca sürelerin her dosya özelinde tarafların iş birliğini esas alan bir sistemle belirlenmesi ve özellikle savunma makamının sürece dâhil edilmesi gerekir.

Yukarıda ortaya konulan mezkûr çözüm önerileriyle adil yargılanmanın bir parçası olan makul sürede yargılanma hak-

kının dinamizmine, ceza muhakemesinde soruşturma aşamasında silahların dengesine ve kovuşturmada silahların eşitliğine, kısacası sağlıklı ve insan haklarına dayalı bir ceza muhakemesi sürecine zarar vermeden hedef süre uygulamasının sınırlı şekilde ve belli davalar düzeyinde ve daha da önemlisi kısa ve/veya orta vadede daha etkin ve ölçülebilir bir uygulama ile kabul edilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Tezler ve Makaleler

- BECCARIA, Cesare (2014). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Selçuk, Sami (Çev.), Ankara: İmge Kitabevi.
- BRUNHÖBER, Beatrice (2010). “Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, S. 12., ss. 761-771.
- CİVAN, Muharrem (2024). “Kabahatler Kapsamında Yargı Erkinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX-VIII., S. 4., ss. 497-531.
- DUTERTRE, Gilles (2003). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları.
- EKİNCİ, Murat ve ÖZTÜRK, Mehmet Akif (2025). “Cumhuriyet Savcısının İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi”, *TAAD*, Y. 16., S. 63., ss. 315-346.
- ERB, Volker (2018). *Verfahren im ersten Rechtszug* (§§ 151–295), in Löwe-Rosenberg Großkommentar (StPO), Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH.
- ERDOĞAN, Mustafa (2012). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Kitabevi.
- ESEN, Selin (2023). *Makul Sürede Yargılanma Hakkının Korunması (Mevcut Durum ve Öneriler)*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- GEMALMAZ, H. Burak (2022). Türk Anayasa Mahkemesinin Trajedisi: Bireysel Başvuru Yolunun Etkisizliğinin Bazı Sebepleri ile Bunu Giderecek Bazı Öneriler, içinde *Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, 1 Mart 2022, (ss. 57-75), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

- GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerim (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: El Kitapları Serisi-4*, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayınları.
- KALABALIK, Halil (2023). *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KAYA, Seyithan ve KURT, Taha (2023). *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KOÇ, Coşkun (2020). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., ss. 89-113.
- ÖZBEK, Veli Özer (2022). Masumiyet Karinesi ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etki Eden Sonuçları, içinde *Masumiyet Karinesi ve Lekelenme Hakkı Sempozyumu*, Ankara 8-9 Kasım 2021, (ss. 29-43), Ankara: Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayın No:1.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe (2019). "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68., S. 1., ss. 287-336.
- ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, GEZER, Sırma, SAYGILAR, Yasemin Filiz, ALAN, Esra, ÖZAYDIN, Özdem, ERDEM TÜTÜNCÜ, Efser ve TOK, Mehmet Can (2023). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- POYRAZ, Yasin (2001). "Sarı-Türkiye ve Danimarka Davası", *AÜEHFD*, C. V., S. 1-4., ss. 649-664.

- ROXIN, Claus, ACHENBACH, Hans, JÄGER, Christian ve HEINRICH, Manfred (2019). *Strafprozessrecht*, München: C. H. Beck.
- ROXIN, Claus ve SCHÜNEMANN, Bernd (2017). *Strafverfahrensrecht*, München: C.H. Beck.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian (1996). “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”, Şahin, Cumhur (Çev.), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan), C. 5., S. 1-2., ss. 269-283.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian ve VERREL, Torsten (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Oktar, Salih (Çev.), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞAHİN, İsmail (2019). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4., S. 1., ss. 223-255.
- TAŞKIN, Mustafa (2016). “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., ss. 1025-1059.
- TATLIDİL, Sıla (2019). “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı-Sürenin Aşılması ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, S. 143., ss. 9-49.
- TIEDEMANN, Klaus (2019). *Das Strafprozessrecht*, in ROXIN, Claus, ARZT, Gunther and TIEDEMANN, Klaus *Einführung in das Strafrecht and Strafprozessrecht*, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg: C. F. Müller.
- TOKDEMİR, Sercan (2013). *The Powers of the Prosecutor in the Turkish Criminal Justice System from A Socio-Legal Approach*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- TOKDEMİR, Sercan (2013). "Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing the Community Using Restorative Justice System", *Law and Justice Review*, V. 4., I. 2., pp. 257-275.
- TOKDEMİR, Sercan (2017). "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak 'Onarıcı Adalet' Mekanizması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI., S. 1-2., ss. 75-114.
- ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- VITKAUSKAS, Dovydas ve DIKOV, Grigoriy (2017). *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights (a handbook for legal practitioners)*, Strasbourg: Council of Europe Press.
- VOLK, Klaus ve ENGLÄNDER, Armin (2018). *Grundkurs StPO*, München: C.H. Beck.
- YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yargı Kararları

- AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021.
- Koştı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 74321/01, 3/5/2007.
- Kudla/Poland, B. No: 30210/96, 26/10/2000.
- Sarı/Türkiye ve Danimarka, B. No: 21889/93, 8/11/2011.
- Stogmüller/Austria, B. No: 1602/62, 10/11/1969.
- Ümmühan Kaplan/Türkiye, B. No: 24240/07, 20/3/2012.
- Aycan Yılmaz, B. No: 2014/10799, 10/3/2015.
- B.E., B. No: 2012/625, 9/1/2014.

- Fatih Taş*, B. No: 2013/1461, 12/11/20214.
- Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013.
- H.Ş.*, B. No: 2013/7123, 6/2/2014.
- Haydar İzgi*, B. No: 2012/673, 19/12/2013.
- Hüseyin Kınağ*, B. No: 2018/27472, 11/12/2019.
- İbrahim Halil Yahli*, B. No: 2017/176, 9/9/2015.
- Keser Altıntaş*, B. No: 2023/18536, 25/7/2023.
- Murat Öztürk*, B. No: 2014/2454, 4/11/2014.
- Nevriye Kuruç*, B. No: 2021/58970, 5/7/2022.
- Sabire Güngör*, B. No: 2019/32487, 29/2/2024.
- Sebahat Tuncel*, B. No: 2021/20346, 13/4/2022.
- Yıldıray Özbey ve diğerleri*, B. No: 2014/18932, 8/9/2015.
- Yurt Atayün*, B. No: 2017/34216, 29/5/2019.
- BGH, NJW 2009, 2463.
- BGHSt 37, 13; BGHSt 32, 44.

Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Yürürlük Tarihi: 3/9/1950.

Avrupa Yargının Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) Uygulama Rehberi.

Biyogüvenlik Kanunu, Kanun Numarası: 5977, Kabul Tarihi: 18/3/2010, RG: 26/3/2010-27533.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4/12/2004, RG: 17/12/2004-25772.

Çek Kanunu, Kanun Numarası: 5941, Kabul Tarihi: 14/12/2009, RG: 20/12/2009-27438.

Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, Kabul Tarihi: 30/3/2005, RG: 31/3.2005-25772 (Mükerrer).

Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Adalet Bakanlığı, RG: 23/06/2017, Sayı: 30105).

Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 6222, Kabul Tarihi: 31/3/2011, RG: 14/4/2011-27905.

Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 1567, Kabul Tarihi: 20/2/1930, RG: 25/2/1930-1433.

Çevrim İçi Kaynaklar

Adalet Bakanlığı 2024-2028 Stratejik Planı, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/adalet-bakanligi-stratejik-plan-2024-2028-29-04-20244-20-pm.pdf> (Erişim Tarihi: 14/4/2025)

Adil, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19/3/2025)

Adli istatistikler, [https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7042025092455_Adal et_%C4%B0statistikleri_2024%20T%C3%BCrk%C3%A7e_Ingilizce.pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7042025092455_Adal_et_%C4%B0statistikleri_2024%20T%C3%BCrk%C3%A7e_Ingilizce.pdf) (Erişim Tarihi: 7/4/2025)

CEPEJ, <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cepej27022020045409> (Erişim Tarihi: 12/4/2025)

CEPEJ, Yargıda Saturn Zaman Yönetimi Araçlarının Uygulanması Rehberi (§ 12), <https://rm.coe.int/avrupa-adaletin-etkililigi-komisyonu-cepej-mahkemelerde-saturn-zaman-y/168074822e> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu 2024-2028 Stratejik Planı, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/120320241040hsk-2024-2028-stratejik-planpdf.pdf> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

Hedef süre belirleme kıstasları, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/31/dosya/ceza-yargilamasi-hedef-sure-belirleme-kis-taslari17-07-202017-11.pdf> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

Hedef süre uygulaması başlamıştır. <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir> (Erişim Tarihi: 9/4/2025)

Makul, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 14/3/2025)

Yeni ağır ceza mahkemeleri, <https://pgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/03052024-tarihinde-kurulan-mahkemeler04052024105410> (Erişim Tarihi: 26/8/2025)



ANAYASA MAHKEMESİNİN HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKINA İLİŞKİN NORM DENETİMİ KARARLARININ İDARİ YARGI ALANINDA DOĞURDUĞU ETKİLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

An Evaluation of the Impact of the Turkish Constitutional Court's Constitutionality Review Decisions on the Right to Request Judicial Review in the Field of Administrative Law

Arş. Gör. Dr. Mehmet İNANÇ*

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin kurulduğu zamandan bu yana, hak arama hürriyetine ilişkin güvencelerle idari yargı yolunu giderek daha etkin bir biçime getirecek şekilde yargısal yorum geliştirdiği görülmektedir. Bu genişlemenin bir örneği de hükmün denetlenmesini talep hakkı çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkı çerçevesinde izlenen yaklaşımının, idari yargı bakımından doğurduğu hukuksal sonuçlar incelemeye değer görülmüştür. Bu incelemeye, söz konusu hakkın Anayasa bakımından konumunu açıklayarak başlamak gerekir. Zira hükmün denetlenmesini talep hakkı, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetine dayandırılmıştır. Anayasa'nın 36. maddesinin hükmün denetlenmesini talep hakkının kaynağı olması nedeniyle söz konusu hakkın idari yargı düzeni bakımından da geçerliliğinin tartışılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Ayrıca tek yargı merciinin incelemesinden geçerek verilecek hükmün doğurabileceği olumsuz etkilere karşı güvence sağlayacak biçimde geliştirilen hükmün

* Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, minanc@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9033-9213

denetlenmesini talep hakkının Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre anayasal konumu ve bu nedenle idari yargı alanında doğurabileceği olası etkilerin değerlendirildiği çalışmada, özellikle son dönemde Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararların hükmün denetlenmesini talep hakkının mahiyeti daha da belirgin kılınarak, hakka yönelen sınırlamalara ilişkin sınırlar çizilmek suretiyle yasa koyucuyu etkin bir idari yargı sistemi kurma konusunda yönlendirici etki doğurduğu anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün denetlenmesini talep hakkı, hak arama hürriyeti, idarenin yargısal denetimi, hukuk devleti, kanun yolu.

ABSTRACT

Since its establishment, the Turkish Constitutional Court has progressively developed judicial interpretations aimed at enhancing the effectiveness of the administrative judiciary by reinforcing the guarantees related to the freedom to claim rights. One notable manifestation of this development has emerged within the framework of the right to request judicial review. The legal implications of the Constitutional Court's approach to this right, particularly in the field of administrative law, have been deemed worthy of examination. This study first clarifies the constitutional status of the said right, as the right to request judicial review is grounded in the principle of the rule of law enshrined in Article 2 and the freedom to claim rights safeguarded by Article 36 of the Turkish Constitution. Given that Article 36 of the Constitution serves as the legal basis for the right to request judicial review of judgments, it has become necessary to examine the applicability of this right within the framework of the administrative judiciary. Furthermore, in this study, which evaluates the constitutional status of the right to request judicial review—developed as a safeguard against the adverse consequences of judgments rendered after single-instance proceedings—and its potential impacts on the field of administrative law according to the Constitutional Court's approach, it is observed that recent decisions of the Court have further clarified the nature of this right, delineated the permissible scope of restrictions, and provided legislative guidance for establishing a more effective administrative judicial system.

Keywords: Right to request judicial review, freedom to claim rights, judicial review of administrative acts, rule of law, legal remedies.

GİRİŞ

Hükmün denetlenmesini talep hakkı, aleyhe sonuç doğuran yargısal hükümlerin başka bir yargı merciince denetlenmesini talep edebilme hakkı olarak tanımlanmaktadır¹. Bu tanıımı itibarıyla kanun yoluna başvuru hakkından daha dar bir anlama sahip olan hükmün denetlenmesini talep hakkı, tüm nihai kararların değil dava konusu uyuşmazlık hakkında verilen ve aleyhe sonuçlar doğuran kararlar bakımından geçerli olmaktadır².

Anayasa Mahkemesi kararlarında hükmün denetlenmesini talep hakkı, nitelik bakımından mahkemeye erişim hakkından farklılaşan bir hak görünümündedir. Zira hükmün denetlenmesini talep hakkı, yargı mercilerince verilen nihai kararlardan uyuşmazlığın esasına yönelik olanları bakımından devreye giren bir hak niteliğindedir³. Mahkemeye erişim hakkı ise usul kurallarının mahkemelerce hatalı veya aşırı şekilci yorumlanması karşısında güvence sağlayan bir hak niteliğindedir⁴. Oysa Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen şekliyle hükmün denetlenmesini talep hakkı, tek dereceli yargılamalarla ortaya çıkabilecek esasa ilişkin kararların doğurabileceği hakkaniyete aykırı ağır sonuçların oluşturacağı sistematik sorunlara karşı, kanun yoluna başvuru hakkından daha dar ölçekte karar türlerine uygulanabilecek ancak daha geniş

1 AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 12.

2 Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13., S. 49., s. 15, 16.

3 Anayasa Mahkemesinin bu iki hak arasındaki farkı izah eden ifadeleri şu şekildedir: "... Kişilerin davanın açıldığı tarihte hangi sürelerde ve hangi usullerle dava açabileceğini, başka bir deyişle mahkemeye ne şekilde başvurabileceğini ve bunun koşullarını öngörebilmesi mahkemeye erişim hakkının bir gereğidir. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ise yargı mercilerince aleyhine karar verilen tarafa bu karara karşı kanun yolu denetimine başvurma imkânı sağlamaktadır." AYM, E.2023/182, K.2024/203, 4/12/2024, § 45.

4 İnanç, M. (2024). "İdari Yargılama Hukukunda İptal Davaları Bakımından Mahkemeye Erişim Hakkı", Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 113-125.

bir alanda kullanılabilecek bir çözüm niteliğindedir⁵.

Anayasa Mahkemesine göre hatalı ve adil olmayan yargı kararları adalete olan güveni sarsmakta ve hukuk devleti ilkesini zedelemektedir⁶. Diğer yandan içtihat birliğinin sağlanamadığı durumda, aynı nitelikteki uyuşmazlıklar için farklı hukuksal sonuçlara ulaşılması, hukuk devleti ilkesinin unsurları olan, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerini zedelemektedir⁷. Bu nedenle mahkeme kararlarının denetlenmesinin uyuşmazlığın tarafları da dâhil olmak üzere tüm toplumun yargıya olan güvenini arttıracak ve hukuki güvenlik hissiyatını geliştireceği öngörülebilmektedir⁸. Kanun yolları, yalnızca yargılama süreçlerinde ortaya çıkabilecek hataların düzeltilmesi bakımından değil, hâkimleri daha özenli incelemelerde bulunmaya ve hukuka uygunluğu daha üst seviyede kararlar verebilmeye teşvik etme bakımından da fayda sağlamaktadır⁹. Zira, hükmünün denetlenmeyeceğini bilen

5 Anayasa Mahkemesince, “hükmün denetlenmesini talep hakkı” şeklinde farklı bir terim kullanılarak, kanun yoluna başvuru hakkından farklı bir kavramın ifade edildiğine ilişkin yorum için bkz. Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). s. 24.

6 “... adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmiş olsa da hâkimin gerek maddi vakıaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında yanılıya düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Böyle kararlara ilgililerin veya toplumun katlanmasını istemek adalete olan güveni sarsar ve hukuk devletini zedeler. Bu nedenle hak arama hürriyetinden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.” AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 8.

7 Akyılmaz, B., Kaya, C. ve Sezginer, M. (2019). s. 1668. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin temel gereklerindendir: “Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilen olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletinde yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir”, AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

8 Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). s. 17.

9 Güzel, O. (2024). *Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 24.

yargıçların keyfî hareket etme tehlikesi gündeme gelebilmektedir. Avrupa Venedik Komisyonunun hukuk devleti ölçüğünde adalete erişim ölçütü altında vurguladığı gibi, kararlarına karşı temyiz yolu kapalı olan bir mahkemenin keyfî hareket etme tehlikesi mevcut olacaktır¹⁰. Hükmün denetlenmesini talep hakkı, hukuk devleti ilkesi bakımından oluşan bu riskleri bertaraf edebilecek faydalar sunmaktadır. Ancak kanun yollarının hukuk devleti ilkesine yönelik katkılarının yanı sıra, uyuşmazlıkların uzamasına, daha maliyetli olmasına yönelik olumsuz yönleri de bulunmaktadır¹¹. Bu olumsuzlukların önlenmesi için Anayasa Mahkemesi tarafından hükmün denetlenmesini talep hakkının, usul ekonomisi ilkesini içeren Anayasa'nın 141. maddesi nedeniyle sınırlandırılabilceği kabul edilmektedir¹². İlginçtir ki usul ekonomisi ilkesi de hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır¹³. Bu anlamda hükmün denetlenmesini talep hakkının asıl dayanağı olan hukuk devleti ilkesinin, başka bir yönüyle hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlandırılmasının meşru amacına dayanak teşkil ettiği görülmektedir.

Buraya kadar genel etkileri ve mahiyeti kısaca açıklanan hükmün denetlenmesini talep hakkının, Anayasa Mahkemesi içtihadıyla gelişim gösteren bir hak durumunda olduğu söylenebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Anayasa veya kanunlarda “hükmün denetlenmesini talep hakkı” isminde bir haktan bahsedilmese de AİHS 7 numaralı ek Protokol'ün 2. maddesine göre cezai konularda ve Ceza Muha-

10 Rule of Law Checklist, Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu 106. Genel Kurul Oturumu (11-12 Mart 2016-Venedik), § 105, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf (Erişim Tarihi: 10/3/2025)

11 Atalı, M., Ermenek İ. ve Erdoğan, E. (2019). *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 594.

12 AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 30.

13 Yılmaz, D. (2019). “‘Usul Ekonomisi İlkesi’ Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 2., s. 269-272.

kemesi Kanunu'nun 260. maddesi ile ceza davaları bakımından kanun yollarına başvurma hakkının düzenlenmiş olduğu görülebilmektedir. Ancak bu hükümlerin genel olarak idari işlemler bakımından da kanun yollarına başvurma hakkını ihtiva ettiği ya da hükmün denetlenmesini talep hakkını idari yargıda da geçerli kıldığı söylenememektedir. Bunun dışında Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin kararlarıyla, söz konusu hakkın sağladığı güvenceleri idari uyuşmazlıklara da şamil olacak şekilde genişletip genişletmediğinin incelenmesi, söz konusu hakkın idari yargı alanında doğuracağı etkileri tahlil edebilme bakımından oldukça kıymetlidir. Bu nedenle çalışma kapsamında ağırlıklı olarak Anayasa Mahkemesinin ceza yargısı dışında hükmün denetlenmesini talep hakkını nasıl değerlendirdiğini anlamaya elverişli olacak norm denetimi kararları ile sınırlı incelemeler yapılmıştır. Böylece hükmün denetlenmesini talep hakkının, idari yargı düzeninde geçerliliği sorununun ötesinde söz konusu hakkın idari yargı düzeninde ne tür etkiler oluşturduğunun da değerlendirilmesi mümkün olmuştur.

I. HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKININ İDARİ YARGI DÜZENİNDE GEÇERLİLİK KAZANMASI

Hükmün denetlenmesini talep hakkı, yukarıda da ifade edildiği üzere ilk bakışta ceza yargısı alanında kanun yollarına başvurma hakkı olarak pozitif düzenlemelere sahip olan ve salt bu düzenlemeler nedeniyle tüm idari uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olduğu söylenemeyen bir hak olarak düşünülebilmektedir. Bununla birlikte bazı koşullarda idari yaptırım kararlarına¹⁴ ilişkin, mahkemeye erişim hakkının bir güvencesi olarak kanun yoluna başvuru hakkından söz edilebilmesi mümkün görülmektedir¹⁵. Zira Avrupa İnsan Hakları

14 İdari yaptırım kararları, idari işlem niteliğinde olmasına rağmen, bazı idari yaptırım kararları kanun hükümleri nedeniyle idari yargının görev alanı dışına çıkarılmıştır. Bu kararlar hakkında bkz. Akyılmaz, B., Kaya, C. ve Sezginer, M. (2019). *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 336-347.

15 Kanun yoluna başvuru hakkı ve mahkemeye erişim hakkı ilişkisi için bkz. İnanç, M. (2024). s. 141-144.

Mahkemesinin (AİHM) adil yargılanma hakkının norm alanını giderek genişlettiği kararları içinde idari yaptırım kararlarını konu alan başvurular önemli bir yer tutmaktadır. Bu başvurular hakkında zaman zaman idari yaptırımlara konu eylemlerin adil yargılanma hakkı kapsamında suç isnadıyla ilgili bulunmadığına karar veren AİHM¹⁶, bazı kararlarıyla belirlediği kriterlere uyan idari yaptırım kararlarına konu eylemlerin suç isnadı kapsamında bulunduğunu tespit etmiştir¹⁷. AİHM tarafından geliştirilen kriterlerle¹⁸, suç isnadı niteliğinde görülebilen idari yaptırıma konu eylemlere ilişkin uyuşmazlıklarda, cezai konudan söz edildiği ve bu uyuşmazlıklar bakımından AİHS'in 6. maddesindeki güvencelerin yanı sıra 7 numaralı ek Protokolü'nün 2. maddesinde yer alan güvencelerin de uygulanabilir olduğu söylenebilmektedir¹⁹. Zira, AİHS'in ek 7 numaralı Protokolü'nün 2. maddesi, AİHS'in 6. maddesi ile düzenlenen adil yargılanma hakkının tamamlayıcı bir güvencesi ve bu yönüyle adil yargılanma hakkına getirilen ek bir güvence olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM tarafından AİHS'in 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesinin birinci fıkrasındaki "suç" kavramı, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasındaki "suç isnadı" kavramının karşılığı olarak görülmektedir²⁰.

16 Örnek olarak bkz. *Brandao Ferreira/Portekiz*, B. No: 41921/98, 28/9/2000.

17 Altıparmak, K. (1998). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 53., S. 1., s. 26-33.

18 AİHM yerleşik içtihadına göre, idari yaptırımların suç isnadı olarak kabul edilebilmesinde, "Engel kriterleri" olarak bilinen üç kriter olarak; iç hukukta suçun sınıflandırılması, suçun niteliği ve ilgili kişinin çarptırıldığı suçun ağırlık derecesi önem arz etmektedir. İkinci ve üçüncü kriterler alternatif olup ikisinin birlikte uygulanması şart değildir. AİHS'in 6. maddesinin uygulanabilmesi için söz konusu suçun doğası gereği ceza yaptırımı gerektirmesi veya söz konusu suç nedeniyle ilgili kişiye, niteliği ve ağırlık derecesi bakımından genel olarak ceza hukuku alanına giren bir yaptırım uygulanması gerekmektedir. *Hüseyin Turan/Türkiye*, B. No: 11529/02, 4/3/2008.

19 Büyüktavşan, M. T. (2018). "Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 12., s. 311.

20 *Gourepka/Ukrayna*, B. No: 61406/00, 6/12/2005, §§ 52-55.

Dolayısıyla AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrasına göre "suç" kavramı çerçevesinde görülebilecek bir eylemin, ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesinin birinci fıkrasına göre hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında da yer aldığı kabul edilmektedir²¹. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkını, tıpkı AİHM gibi AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesi ile sınırlı bir mahiyette ele alıp almadığı sorusu önemli görülmektedir. Bu anlamda bir tespit olarak Anayasa Mahkemesinin hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını ayırarak hükmün denetlenmesini talep hakkını adil yargılanma hakkından çıkarmadığı, hükmün denetlenmesini talep hakkını, adil yargılanma hakkı dışında hak arama hürriyetine dayandırdığı ileri sürülmüştür²². Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep hakkı ile ilgili geçmiş kararlarını da dikkate alarak söz konusu hakkın Anayasa'da güvence altına alınıp alınmadığı hususuna ilişkin sorunun farklı kavramlar altında tartışıldığını ve farklı sonuçlara ulaşıldığını, bu nedenle içtihadın netleştirilmesine ihtiyaç bulunduğunu ifade ederek E.2018/71, K.2018/118 sayılı ve 27/12/2018 tarihli kararında hükmün denetlenmesini talep hakkının Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer aldığını tespit etmiştir²³:

"10. Anayasa'nın 36., 154. ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında güvenceye kavuşturduğu görülmektedir."

Anayasa Mahkemesinin bu kararında, hükmün denetlen-

21 Kamburov/Bulgaristan, B. No: 31001/02, 23/4/2009, § 22.

22 Hakyemez, Y. Ş. (2022). "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., s. 236; Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). s. 24-25.

23 AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 5-10.

mesini talep hakkının, hak arama hürriyetine dayandığını vurgulaması, adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan kanun yoluna başvuru hakkından farklılığının da bir ifadesi olarak düşünülebilmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından, “suç” niteliğini haiz eylemlere karşı uygulanan idari yaptırımlar karşısında kanun yoluna başvuru hakkının, adil yargılanma hakkı kapsamında görüldüğü bilinmektedir²⁴. Oysa, hükmün denetlenmesini talep hakkını kanun yoluna başvuru hakkından farklı olarak AİHS’in 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına dayandırmamakta, bu hak ile Anayasa’nın 36. maddesi arasında bir ayrıma gitmektedir²⁵. Nihayetinde, söz konusu hakkı, amaçsal bir yorumla Anayasa’da düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında görmektedir²⁶. Bu yaklaşımın idari yargı bakımından iki önemli sonucu olduğu anlaşılmaktadır. Birincisi, bu yaklaşım, hükmün denetlenmesini talep hakkının, adil yargılanma hakkı ve onun zımni unsuru mahkemeye erişim hakkının²⁷ bir güvencesi niteliğindeki kanun yoluna başvuru hakkına yönelik AİHM içtihadı ile getirilen koşullar ve sınırlardan kurtulmasını sağlamaktadır. Zira AİHM içtihadında, AİHS’in 6. maddesinin taraf devletleri, bir temyiz veya istinaf yolu ihdas etmeye zorlamadığı kabul edilmekte²⁸ ancak böyle bir yol iç hukukta öngörülmüşse o zaman 6. maddedeki temel güvencelerin kanun yolları bakımından da geçerli olması gerektiği değerlendirilmektedir²⁹. Bu durumda AİHS’in 6. maddesinin zımni bir unsuru olan

24 AYM, E.2016/19, K.2016/17, 16/3/2016, § 10.

25 Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). s. 24.

26 AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 8.

27 Mahkemeye erişim hakkının, AİHM içtihadıyla tespit edilen niteliğine ilişkin bkz. Öztürk, K. B. (2018). *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 74.

28 Hafif ceza kriterine uygun olmayan idari yaptırımlara karşı AİHS 7. Protokol’ün 2. maddesinin en az iki dereceli yargılama hakkı tanıyıp tanımadığı hususuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Büyüktavşan, M. T. (2018). s. 311.

29 *Delcourt/Belçika*, § 25; *Ali Atlı* [1. B.], B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49; *Emine Karaşgölmez* [1. B.], B. No: 2013/3673, 11/12/2014, § 21; Yıldız, H. (2023). “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 168., s. 205.

mahkemeye erişim hakkının, yalnızca ilk derece mahkemesinde dava açma hakkını değil şayet iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvuru olanağı tanınmışsa bu kanun yollarına erişim hakkını da içerdiği kabul edilmektedir³⁰. Diğer bir ifadeyle iç hukukta, kanun yoluna başvuru imkânının tanınmadığı hâllerde, mahkemeye erişim hakkının bir güvencesi olarak kanun yollarına erişim hakkından da söz edilemeyecektir. Oysa hükmün denetlenmesini talep hakkı, kanun yollarına erişim hakkından farklı bir mahiyette tanımlanarak aşağıda açıklanacağı üzere idari yargıda ilk derecede kesinleşen bazı uyuşmazlıkların kanun yolu denetimine tabi tutulmasını gerekli kılmaktadır.

Hükmün denetlenmesini talep hakkının hak arama hürriyetine dayandırılmasının idari yargı alanında ortaya çıkardığı ikinci ve daha önemli etkisi ise hükmün denetlenmesini talep hakkını adil yargılanma hakkının norm alanına ilişkin sınırlardan kurtarmış olması ve hükmün denetlenmesini talep hakkının idari yargıda da geçerlilik kazanmasını sağlamış olmasıdır. Zira adil yargılanma hakkı, medeni (*civil*) hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar ile suç isnadının (*criminal charge*) bulunduğu uyuşmazlıkların yargılanmasını içeren bir koruma alanına sahip olup medeni hak ve yükümlülüklerle veya suç isnadına ilişkin olmayan uyuşmazlıklar, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının norm alanı içinde değerlendirilmemektedir³¹. Diğer yandan adil yargılanma hakkı gibi suç isnadı veya medeni hak ve yükümlülüklerle sınırlı bir hak olmayan hak arama hürriyeti, adil yargılanmayı temin eden güvenceler bakımından geniş kapsamlı bir hak niteliğinde görülebilmektedir³². Nitekim Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin sonraki norm denetimi kararlarında³³ yer alan “...hükmün denetlenmesini talep

30 Bayar ve Gürbüz/Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42.

31 İnceoğlu. S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi, s. 4.

32 Günday, M. (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 168.

33 AYM, E.2021/34, K.2022/21, 24/2/2022, § 16; AYM, E.2020/21, K.2020/53,

etme hakkı, konusu bir suç isnadına dayanan ya da medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan tüm yargılamalar için geçerlidir.” ifadeleri ile hükmün denetlenmesini talep hakkının, adil yargılama hakkı norm alanının konu bakımından sınırına tabi kılınmadığı vurgulanmaktadır³⁴. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında, hükmün denetlenmesini talep hakkının *“konusu bir suç isnadına dayanan ya da medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan tüm yargılamalar için”* geçerli olduğu şeklinde AİHS’in mad. 6/1 hükmüne benzer nitelikte ifadelere yer verildiği görülmüştür³⁵. Örneğin Anayasa Mahkemesinin 1/10/2020 tarihli ve E.2020/21, K.2020/53 sayılı kararında önce hükmün denetlenmesini talep hakkının, Anayasa’nın 36. maddesinden kaynaklanmakta olduğu tespit edilse de devamında hükmün denetlenmesini talep hakkının suç isnadına veya medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılamalar için geçerli olduğu ifade edilmiştir³⁶:

“15. Anayasa’nın 36., 154. ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa’nın mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını yargılamanın konusuna göre herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında güvenceye kavuşturduğu görülmektedir. Dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, konusu bir suç isnadına dayanan ya da medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan tüm yargılamalar için geçerlidir.”

Yukarıda da ifade edildiği gibi hak arama hürriyeti çerçe-

1/10/2020, § 15.

34 Anayasa’nın 36., 154. ve 155. maddelerini birlikte değerlendirerek, hükmün denetlenmesini talep hakkını kabul etmesinin, Anayasa Mahkemesinin bu hakkı uluslararası sözleşmelerden daha geniş bir kapsamla tüm uyumsuzluklar için kabul ettiğini göstermekte olduğuna dair yorum için bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2022). s. 238.

35 Bkz. AYM, E.2020/21, K.2020/53, 1/10/2020, § 15; AYM, E.2021/34, K.2022/21, 24/2/2022, § 16; AYM, E.2022/135, K.2023/30, 16/2/2023, § 15.

36 AYM, E.2020/21, K.2020/53, 1/10/2020, § 15.

vesinde, medeni hak ve yükümlülükler veya suç isnadına ilişkin konu bakımından kapsam sınırı bulunmamaktadır. O hâlde, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan bu ifadelerin, bir suç niteliğinde sayılmayan idari yaptırımların veya medeni hak ve yükümlülükleri ilgilendirmeyen idari uyuşmazlıkların hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında olmadığı şeklinde mi anlaşılacağı sorusu akla gelebilmektedir. Ancak bu karar Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin diğer kararları ile birlikte incelendiğinde, aslında buradaki amacın sadece hükmün denetlenmesini talep hakkının ceza hukuku alanında daha geniş bir güvence ihtiva ettiğinin vurgulanması olduğu anlaşılmaktadır³⁷. Aksi hâlde hükmün denetlenmesini talep hakkının Anayasa Mahkemesi tarafından doğrudan, uyuşmazlıklar arasında konu ayrımı içermeyen Anayasa'nın 36. maddesine dayandırılıyor-ken aynı zamanda AİHS'in mad. 6/1 hükmünde yer alan adil yargılanma hakkının konu bakımından sınırına sığdırılmak istendiğine ilişkin hatalı bir sonuca ulaşılabilecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkını, tıpkı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.2.h maddesi gibi konu bakımından sınırlama yoluna başvurmadan tüm hak ve hürriyetlere şamil olacak biçimde tanımlamakta olduğunu ifade etmek daha uygun olacaktır³⁸.

Buraya kadar ifade edilenlerden anlaşılabilceği üzere hükmün denetlenmesini talep hakkının dayanağına ilişkin Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsedilen kararlardaki yaklaşım, hakkın kaynağını idari yargıyı dışarda bırakmayan bir anayasal güvenceye dayandırmakla, söz konusu hakkın idari yargı düzeninde de geçerlilik kazanmasını sağlayacak önemli bir adım olmuştur. Ancak bu adımın ne kadar ileriye götürüldüğü, söz konusu hakkın idari yargı düzeninin gelişiminde ne derece etkili olduğu ise Anayasa Mahkemesinin

37 Hakyemez, Y. Ş. (2022). s. 238.

38 U. N. (1987). *UN Treat Series*, C. 1.144., 17.949-17.961 Numaralı Anlaşmalar, New York, s. 127.

aşağıda açıklanan sonraki norm denetimi kararlarından daha iyi anlaşılabilir. Ancak, baştan ifade edilmelidir ki Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkı ile ilgili kararlarından, her durumda iki dereceli bir yargılamanın zorunlu olduğuna dair bir çıkarım elde etmeye imkân bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin, ilk derecede kesinleşen veya istinafa tabi olan veyahut temyize tabi kararlar bakımından farklı değerlendirmeleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yaptığı değerlendirmelerde, uyuşmazlıkların “önemli” veya “önemsiz” sayılıp sayılmamasında parasal miktarları esas aldığına dair bir algı oluşabilmekte ise de özellikle idari yargı alanında sonuçlar doğuran son dönem kararlarından, önem ölçütü olarak yalnızca parasal miktarın değil doğabilecek başka hukuki sonuçların da dikkate alınmakta olduğu anlaşılmaktadır.

II. HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKININ İLK DERECEDE KESİNLEŞEN İDARİ YARGI KARARLARI BAKIMINDAN ETKİLERİ

Anayasa Mahkemesinin idari yaptırımlara yönelik ilk derece yargı mercii kararlarının kesin nitelikte olmasını, hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında değerlendirmek suretiyle vermiş olduğu kararlarının, söz konusu hakkın gelişimine yönelik önemli katkılar sağlamış olduğu kabul edilmektedir³⁹. Bu kararlardan sonra, 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’un 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun’un 32. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesinin⁴⁰ Anayasa’ya uygunluğunu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, 1/10/2020 tarihli ve E.2020/21, K.2020/53 sayılı kararıyla, hükmün de-

39 Gündüz’e göre, “Yüksek Mahkeme, idari yaptırımlara ilişkin vermiş olduğu bu kararı ile de hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ceza yargılamaları ile sınırlı olmadığı yönündeki değerlendirmelerini somutlaştırmıştır.” Bkz. Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). s. 11.

40 Söz konusu hüküm, “İtiraz üzerine verilen mahkeme kararları kesindir.” şeklinde olup, 4708 sayılı Kanun kapsamındaki tüm idari para cezalarına ilişkin olarak sonuç doğuracak biçimde formüle edilmiştir.

netlenmesini talep etme hakkının 4708 sayılı Kanun kapsamındaki ekonomik etki bakımından düşük miktarda sayılabilecek idari para cezalarına ilişkin verilen kararlara karşı başvuru yapılabilmesini zorunlu kılmadığını tespit etmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi, 4708 sayılı Kanun kapsamındaki tüm idari para cezalarının ekonomik etki bakımından düşük miktarda bulunmadığı ve bu nitelikteki yaptırımlar bakımından hükmün denetlenmesini talep hakkına yönelik sınırlamanın orantılı sayılamayacağı gerekçesiyle itiraz konusu kanun hükmünü iptal etmiştir.

İdari yargılama usulünde, uyuşmazlıkların görece hızlı çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla 2576 sayılı Kanun'da öngörülen "*tek hâkim sınırı*"⁴¹ veya 2577 sayılı Kanun kapsamında "*duruşma sınırı*"⁴² veya "*istinaf sınırı*"⁴³ gibi kanun koyucunun miktar bakımından görece önemsiz bulduğu bazı uyuşmazlıklara ilişkin özel düzenlemeler söz konusu olabilmektedir⁴⁴. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, aslında idari yargılama usulünde tam yargı davaları gibi konusu para ile ölçülebilen davalar, yalnızca miktar durumuna göre önemsiz sayılmamalıdır. Zira, bu davalar, idari yargı hukuk düzenini koruma işlevini de yerine getirmektedir⁴⁵. Tam yargı davaları dahi, her ne kadar subjektif dava olma bakımından adli yargıdaki tazminat davalarına benzemekte ise de⁴⁶, tazminat davalarından farklı olarak, idarenin hukuka aykırı eylem veya işlemini tespit ederek bir davranış kalıbı sunmakta, genele yayılan bir hukuksal etki doğurmaktadır⁴⁷. Anayasa Mahkeme-

41 Tek hâkim sınırı 2025 yılı için 388.000 TL'dir.

42 Duruşma sınırı 2025 yılı için 388.000 TL'dir.

43 İstinaf sınırı 2025 yılı için 44.000 TL olup, temyiz sınırı ise 1.324.000 TL'dir.

44 Yılmaz, S. (2023). "İdari Yargıda "Parasal Sınırlar"ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72., S. 4., s. 1915.

45 Akyılmaz, B., Kaya, C. ve Sezginer, M. (2019). s. 44.

46 Tekinsoy, M. A. ve Bağrıaçık, A. (2022). "Tam Yargı Davası Özelinde İdari Yargıda Dava Açma Süresi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26., S. 3., s. 603.

47 Karahanoğulları, O. (2019). *İdari Yargı*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 8-10.

since kastedilen önem ölçütüne göre, “önemsiz” sayılabilecek uyuşmazlıkların ise, kanun koyucu tarafından istinaf kanun yolu incelemesine tabi kılınmayan uyuşmazlıklardan ibaret olduğu anlaşılmaktadır⁴⁸. Bu uyuşmazlıklar dışında kalan idari uyuşmazlıkların ise ilke olarak iki dereceli bir yargılamaya güvencesine sahip olduğu söylenebilmektedir⁴⁹. O hâlde Anayasa Mahkemesinin istinaf sınırının üzerinde bir miktara tekabül eden uyuşmazlıkların “önemsiz” kabul edilmeyeceğine ilişkin yaklaşımı⁵⁰ da göz önüne alınınca yasa koyucunun önem ölçütü ile tutarlı bir sistem içinde orantı kurulduğu anlaşılabilmektedir. Bu durumda hükmün denetlenmesini talep hakkının her durumda iki dereceli bir yargılamayı zorunlu kılmadığı hususu da belirgin bir şekilde görünmektedir.

İdari yargı usulünü düzenleyen temel kanunların⁵¹ dışında, başka kanun hükümleri nedeniyle, idari yargı mercilerinin ilk derecede kesinleşen kararlarının sadece istinaf sınırının altında olanlardan ibaret olmaması, parasal sınırlar dışında da idari yargı mercilerinin tek dereceli olarak inceleme yapabilmeleri mümkün olmaktadır. Mesela, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu mad. 53/3 hükmü uyarınca sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda verilen idare mahkemesi kararları kesindir. Anayasa Mahkemesi, her ne kadar itiraz yoluna başvuran idari yargı mercii tarafından söz konusu kanun hükmünün Anayasa’nın 2., 36. ve 155. maddelerine

Tam yargı davaları kişisel yarar ile birlikte kamu yararı da sağlamaktadır. Akyılmaz, B., Kaya, C. ve Sezginer, M. (2019). s. 254.

48 Temyiz sınırına ilişkin “önemsizlik” kavramı ise ayrı bir tartışma konusudur. Mesela, bir görüşe göre, miktarı düşük de olsa temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren konularla ilgili idari işlem ve eylemler hukuk devleti bakımından İYUK mad. 46’da sayılan konular kadar önemli görülebilmektedir. Akyıldız, A. (2015). İstinafa İlkesel Bakmak, içinde *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015) No. 89* (ss. 11-32), Ankara: Danıştay Yayınları, s. 30.

49 Bkz. Ulusoy, A. D. (2024). “İdari Yargı’da Temyiz Parasal Sınırı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Danıştay Dergisi*, S. 157., s. 21.

50 Güzel, O. (2024). s. 235.

51 Bu ifadeyle 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlar kastedilmiştir.

aykırılığı iddia edilmiş olsa da dava konusu hükmün kanun yollarına sınırlama getirdiğini tespit ettikten sonra incelemeyi Anayasa'nın 16., 23. ve 40. maddesine uygunluk bakımından yapmıştır. Neticede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 7 numaralı Protokolü'nün veya mezkûr Anayasa hükümlerinin sınır dışı edilme kararlarına ilişkin idare mahkemesi kararlarına karşı bir kanun yolu öngörülmesini gerektirmediği sonucuna ulaşmıştır⁵².

9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun'un, İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'nun makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu öngören 7. maddesinin 4. fıkrasında, itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu İnsan Hakları Komisyonunun verdiği kararların idari yargı denetimine açık olduğu değerlendirildiğine göre⁵³ söz konusu mad. 7/4 hükmünün, hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlanmasına bir örnek teşkil ettiği düşünülebilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu hükümle ilgili olarak da henüz hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında inceleme yaparak, bir karar vermemiş olması nedeniyle söz konusu sınırlamanın Mahkemenin önüne gelmesi durumunda, hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında görüp görmeyeceği, bu kapsamda göreceyse Anayasa'nın 13. maddesine uygunluğunu nasıl değerlendireceği ve ne yönde karar vereceği bilinmemektedir. Ancak hükmedilen tazminat miktarlarının hak ihlalini ortadan kaldırmaktan uzak olduğu⁵⁴, kararlarda bariz takdir hatası ya-

52 AYM, E.2024/25, K.2024/116, 30/5/2024, §§ 15-20.

53 Anayasa Mahkemesine göre, "6384 sayılı Kanun uyarınca oluşturulacak Komisyonun verdiği kararların 'kesin hüküm' niteliğini taşımadığı, yargı fonksiyonu kapsamında olmadığı, başvuruları inceleme süreci ve uygulayacağı usulün idari nitelikte olduğu, kararlarının idari yargı denetimine tabi olduğu anlaşılmaktadır." AYM, E.2013/34, K.2013/74, 6/6/2013.

54 S.D. [2. B.], B. No: 2020/31969, 24/10/2024, § 32.

pıldıđı⁵⁵ ve makul sürede yargılama hakkına ilişkin ihlallerin giderilmesi için öngörülen bu sistemin pratikte etkili bir yol olmadığı⁵⁶ yönünde tespitler içeren bireysel başvuru kararlarında yer alan sair veriler de dikkate alınarak İnsan Hakları Tazminat Komisyonu ve Ankara Bölge İdare Mahkemesince verilen hatalı kararların kanun yolu denetimiyle azalacağına kanaat getirilirse söz konusu hükmün orantısız bir sınırlama oluşturması nedeniyle iptaline karar verebileceğine dair bir öngörüde bulunulabilmektedir. Buna karşın İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun zaten makul sürenin üzerinde olduğu iddialarıyla pek çoğu oldukça uzun süren yargılamalar aleyhine gerçekleştirilen başvurular hakkında inceleme yaptığı, bu inceleme sonucu verilen kararlara yapılan itirazlar hakkında verilecek kararların kanun yolu başvurusuna tabi tutulmasının davacıların tazminat talebine ilişkin çözüm süresini daha da uzatmak suretiyle külfet oluşturacağı da düşünülebilmektedir. Ancak bu külfetin İnsan Hakları Tazminat Komisyonu ve Ankara Bölge İdare Mahkemesince verilen hatalı kararların bireysel başvuru incelemesi sonucunda verilecek ihlal kararlarının giderilmesi için dosyanın Ankara Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesini içeren uzun sürecin yarattığı külfetten daha ağır nitelikte olmayacağı düşünülmektedir⁵⁷.

III. KANUN YOLU MERCİİNİN İLK ELDEN VERDİĞİ KESİN KARARLAR BAKIMINDAN HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKININ ETKİLERİ

Anayasa Mahkemesinin 26/10/2022 tarihli ve E.2022/89, K.2022/129 sayılı kararına ilişkin incelemede, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değıştirilen

55 A.T. ve değlerleri [2. B.], B. No: 2020/26878, 24/5/2023, § 42.

56 S.D., § 33.

57 Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Tazminat Komisyonu ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararlarını birlikte ele alarak incelese de makul sürede yargılanma hakkı bakımından tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılması için dosyanın, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermektedir. *Besime Günel ve değlerleri* [1.B.], B. No: 2020/24855, 23/10/2024, § 24.

45. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin “... ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde,...” kısmı, temyize tabi kararlar yönünden hükmün denetlenmesini talep hakkına ve Anayasa’da yer alan başkaca haklara uygunluk bakımından denetlenmiştir. Bu incelemede, idari uyuşmazlığın esasının ilk elden bölge idare mahkemesince karara bağlandığı ve kararın kesin nitelikte olduğu durumların hükmün denetlenmesini talep etme hakkına müdahale oluşturabileceği tespit edilmişse de bölge idare mahkemesi kararlarından temyize tabi olanları yönünden hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik herhangi bir müdahale bulunmadığına karar verilmiştir⁵⁸.

Yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi bölge idare mahkemesince ilk elden verilen kesin kararlardan temyize tabi olanları yönünden hükmün denetlenmesini talep hakkının zedelenmediğine karar vermiş olduğu gibi 11/10/2023 tarihli ve E.2023/60, K.2023/176 sayılı kararında, temyize tabi olmayanları ile ilgili yaptığı incelemede de davanın reddine karar vermiştir. Söz konusu kararda, Anayasa Mahkemesi tarafından 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle değiştirilen 45. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinin “...ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde,...” bölümü “bölge idare mahkemesinin vereceği kesin kararlar” yönünden incelenmiştir. Yapılan incelemede, söz konusu hüküm istinafa ilişkin diğer kurallarla birlikte değerlendirilerek, hüküm kapsamında olmayan yargılama usulüne ilişkin başka hataların bölge idare mahkemeleri tarafından ilk derece mahkemesine gönderilmesini sağlayan bir düzenleme bulunmadığı gözetilerek, bu kapsamda yer

58 AYM, E.2022/89, K.2022/129, 26/10/2022, §§ 28-39.

alan uyumsuzluklar bakımından bölge idare mahkemelerince verilen kesin nitelikli kararların hükmün denetlenmesini talep hakkına aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorgulanmıştır. İnceleme sonunda söz konusu hükmün, hükmün denetlenmesini talep hakkı ile ilgisi görülmediği belirtilerek devamında “...istinaf merciinin hukuka uygun bulmadığı kararları kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeye ilişkin yetkilerinin genişletilmesi kanun koyucunun yargılama usullerini belirleme konusundaki takdir yetkisi kapsamında yapmış olduğu düzenlemeleri uygulanamaz hâle getirebilir. Bu bağlamda kuralda belirtilen hâller dışında da istinaf incelemesi sırasında tespit edilen ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamadaki maddi ve usule ilişkin eksiklerin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve hükmün denetlenmesi hakkının bu yolla tesisinin zorunlu olduğu söylenemez.” şeklinde tespitlerde bulunulmuştur⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi tarafından, temyiz veya istinaf kesinlik sınırı somut olaya uygulanırken, hangi tarihe göre değerlendirme yapılabileceğini gösteren açık bir kanun hükmü bulunmaması nedeniyle hükmün denetlenmesini talep hakkına getirilen sınırlamanın, Anayasa’nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 26/7/2023 tarihli ve E.2023/36, K.2023/142 sayılı kararına ilişkin incelemede, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle değiştirilen 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “Konusu yüz bin Türk lirasını aşan...” ibaresinin, her yıl yeniden değerlendirme oranına göre belirlenen parasal sınırın değerlendirilmesinde karar verecek yargı merciince “işlem veya eylem tarihi, idareye başvuru tarihi, dava tarihi, ilk derece mahkemesi karar tarihi veya istinaf merciinin karar tarihi”⁶⁰ gibi tarihlerden hangisinin esas alınacağına ilişkin belirli bir açıklıkta ve öngörülebilir şekilde düzenlenme bulunmaması

59 Bkz. AYM, E.2023/60, K.2023/176, 11/10/2023, §§ 27-29.

60 AYM, E.2023/36, K.2023/142, 26/7/2023, § 15.

nedeniyle kanunilik şartının karşılanmamış olması⁶¹ ve miktarı itibarıyla önemsiz olduğu kabul edilemeyecek idari davalarda ilk elden bölge idare mahkemesince davacı aleyhine bir karar verilmesi durumunda, hükmün denetlenememesi kişilere yüklediği aşırı külfetin Danıştayın iş yükünün azaltılması amacı karşısında orantısız olduğunu ve Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit etmiştir⁶². 26/10/2023 tarihli ve E.2023/81, K.2023/184 sayılı kararına ilişkin incelemede ise Anayasa Mahkemesi, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değiştirilen 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile 8/6/2000 tarihli ve 4577 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile değiştirilen ek 1. maddesinin iptaline karar verirken yalnızca 26/7/2023 tarihli ve E.2023/36, K.2023/142 sayılı kararının gerekçesindeki gibi sınırlamada kanunilik ilkesine aykırılığa ilişkin tespitlerine dayanarak sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir⁶³.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen son iki kararından sonra kanun koyucu tarafından 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ek 1. maddesi iki fıkra olarak değiştirilerek ikinci fıkra ile istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilecek kararların belirlenmesinde nihai kararın verildiği tarihin esas alınacağına ilişkin hüküm getirilerek belirsizlik giderilmeye çalışılmıştır⁶⁴. Ancak söz konusu hükmün Anayasa'ya uygunluğunun denetlendiği 11/2/2025

61 AYM, E.2023/81, K.2023/184, 26/10/2023, § 16.

62 AYM, E.2023/36, K.2023/142, 26/7/2023, § 23.

63 AYM, E.2023/81, K.2023/184, 26/10/2023, § 16.

64 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkra hükmü tümüyle şu şekildedir: "2. 17 nci madde uyarınca duruşma yapılmasının zorunlu olduğu davaların belirlenmesinde davanın açıldığı; 45 inci ve 46 ncı maddeler uyarınca istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilecek kararların belirlenmesinde ise ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesince nihai kararın verildiği tarihteki parasal sınır esas alınır. Ancak nihai karar tarihinden sonra parasal sınırlarda meydana gelen artış, bölge idare mahkemesinin kaldırma veya Danıştayın bozma kararı üzerine yeniden bakılan davalarda uygulanmaz."

tarihli ve E.2025/39, K.2025/35 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, istinaf veya temyiz kanun yolunun kesinlik sınırını belirten parasal limitlerin enflasyona göre güncellenmesinin öngörülmesine karşın itiraz konusu hüküm nedeniyle dava konusu değerin maruz kalabileceği enflasyondan kaynaklanan külfetin davanın tarafları üzerinde kalabileceğini gözeterek sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu kararla ayrıca söz konusu iptal hükmünün Resmî Gazete'de yayımlandıktan 9 ay sonra yürürlüğe girmesine hükmedilmiştir. Karar 6/3/2025 tarihli ve 32833 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, dokuz aylık süre bu tarihten itibaren başlamıştır.

İdari yargı sistemimizde, kanun yolu merciinin ilk elden karar verdiği başkaca durumlar da olabilir. Anayasa Mahkemesinin henüz hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında inceleyerek bir karar vermemiş olduğu, mesela İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A ve 20/B maddelerine göre temyiz merciinin bazı koşullarda ilk elden karar vermesini içeren düzenlemeler gibi hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama örneği olarak görülebilecek yasal düzenlemeler de mevcuttur. Burada, hükmün denetlenmesini talep hakkının iki dereceli yargılamanın yapıldığı durumlarda temyiz merciince esasa ilişkin farklı şekilde verilen kararların da denetlenmesini zorunlu kıldığı düşünülmemelidir⁶⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, bir yargı kolunun en üst dereceli merciince yapılacak incelemeler sonucu verilen kararlara karşı kanun yolu öngörülmemiş olmasını mahkemeye erişim hakkı bakımından etkili başvuru hakkına aykırılık teşkil etmeyeceğine dair yaklaşımının⁶⁶ benzerini hükmün denetlenmesini talep hakkı kapsamında da geliştirmiş olması bu anlamda değerli görülmektedir⁶⁷:

65 Ulusoy, A. D. (2024). s. 24.

66 Karşılaştırınız: AYM, E.2022/48, K.2022/93, 20/7/2022, § 37 ve AYM, E.2022/89, K.2022/129, 26/10/2022, § 28.

67 AYM, E.2022/89, K.2022/129, 26/10/2022, § 28.

“...bölge idare mahkemesi kararlarından 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesi uyarınca temyize tabi olanlar yönünden bunların Danıştay tarafından gözden geçirilmesi ve denetlenmesi imkânı bulunduğundan hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik herhangi bir müdahalenin varlığı söz konusu değildir.”

Anayasa Mahkemesinin 26/7/2023 tarihli ve E.2023/36, K.2023/142 sayılı; 26/10/2023 tarihli ve E.2023/81, K.2023/184 sayılı kararlarının bölge idare mahkemelerince ilk elden verilen kararların hükmün denetlenmesini talep hakkını sınırlamada orantılı olup olmadığının yanı sıra idari yargıda parasal limitlerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin sonuçlar da doğurduğu görülmektedir. Söz konusu kararlara uygun olarak kanun yoluna başvuruya ilişkin kesinlik sınırlarının değerlendirilmesinde davanın açılma tarihinin esas alınmasını içeren bir yasal düzenleme ihtiyacı bulunuyorken kanun koyucu tarafından getirilen hüküm, Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararlarının gereklerini sağlamaktan uzak olması nedeniyle eleştirilmiştir⁶⁸. Nitekim bu yasa hükmü de Anayasa Mahkemesinin 11/2/2025 tarihli ve E.2025/39, K.2025/35 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu noktada yasa koyucu tarafından Anayasa Mahkemesinin son iptal kararları da dikkate alınarak parasal sınırların zaman bakımından uygulanması noktasında hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve ölçülülük ilkelerinin gözetilmesi suretiyle bu ilkelere daha uygun yeni bir yasal düzenleme yapılmasına duyulan ihtiyacın devam ettiğini belirtmek gerekir.

Bu kararlardan öncesinde de idari yargıda kanun yoluna ilişkin her yıl güncellenen parasal sınırların karar tarihinde ulaştığı miktar bakımından görülmekte olan davalar üzerinde etki ve sonuç doğurmasına yönelik uygulamalar, mahkemeye erişim hakkı, hükmün denetlenmesini talep hakkı, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmekte; idari

68 Yılmaz, S. (2023). s. 1.992, 1.993.

yargı mercilerince davanın açıldığı tarihteki sınırların dikkate alınmasının gerektiği ifade edilmekteydi⁶⁹. Hukuki belirliliğin sağlanabilmesi içinse idari yargılama usulünde kanun yoluna başvuruya ilişkin kesinlik sınırına yönelik değerlendirmelerde davanın açıldığı tarihin esas alınmasını gerektiren bir kanun hükmü ihtiyacı olduğu ifade edilmekteydi⁷⁰. O hâlde, Anayasa Mahkemesinin 11/2/2025 tarihli ve E.2025/39, K.2025/35 sayılı kararından sonra da hâlâ devam eden bu problem karşısında soruna ilişkin hukuka uygun bir çözümün kanun koyucu tarafından davanın açılış tarihini esas alan bir düzenleme yapılmasıyla üretilebileceği düşünülebilmektedir⁷¹.

IV. BELİRLİ KONULAR DIŞINDA DANIŞTAYA TEMYİZ YOLUNUN KAPATILMIŞ OLMASININ HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP HAKKINI ÖLÇÜSÜZ SINIRLANDIRMASI

İdari yargı usulünde temyize tabi kararlar 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinde sayılan konularla ilgili verilen kararlar ve Danıştay dava dairelerinin ilk derece yargı yeri sıfatıyla bakmış olduğu davalarda verilen kararlar olarak ifade edilebilmektedir⁷². Bu konular dışında bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda verdiği kararların kesin olduğuna dair İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun mad. 45/6 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından hükmün denetlenmesini talep hakkı

69 Söyler, Y. ve Yılmaz, M. (2021). "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 3., s. 2.159-2.164.

70 Yıldız, H. (2023). s. 221.

71 Yılmaz, S. (2023). s. 1994; Ulusoy, A. D. (2024). s. 32, 33; Candan, T. (2025). "Kanun Yollarına Başvuru Hakkının Belirlenmesinde Esas Alınan Tarihlerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı ve Değerlendirilmesi", <https://turgutcandan.com/2025/03/07/kanun-yollarina-basvuru-hakkinin-belirlenmesinde-esas-alinan-tarihlerle-ilgili-anayasa-mahkemesi-karari-ve-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 13/4/2025); Atay, E. E. (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 836.

72 Karavelioğlu, C. (2018). *Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1.483.

çerçevesinde incelenmiştir⁷³. Anayasa Mahkemesi, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 45. maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesini, hükmün denetlenmesini talep hakkına yönelik ölçüsüz bir sınırlama getirmesi nedeniyle *"istinaf başvurusunun kısmen veya tümünden kabulü hali"* yönünden iptal etmiştir⁷⁴. Anayasa Mahkemesi yaptığı bu incelemede, idari yargılama usulünde, herhangi bir önem ölçütüne göre ayırım yapılmaksızın temyize tabi olmayan bölge idare mahkemesi kararlarının kesin nitelikli olmasının sonucunda temyiz yolu kapalı olan ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak esas hakkında bölge idare mahkemesince yeni bir karar verilmesi hâlinde bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaması durumunun hükmün denetlenmesini talep etme hakkına aykırılık teşkil edebileceğini tespit etmiştir⁷⁵. Anayasa Mahkemesine göre itiraz konusu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun mad. 45/6 hükmü *"... istinaf merciinin bu tür bir kararının yaratacağı sonuçların önemi gözetilerek uyumsuzluğa ilişkin temyiz incelemesinin gerekli olup olmadığı noktasında herhangi bir değerlendirme yapılmasına imkân vermeksizin temyiz kanun yolunu kapatmaktadır."* Gerçekten de idari yargılama usulünde temyiz merciinin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinde sayılanlar dışında bölge idare mahkeme kararlarını temyizen inceleyebilme hususunda takdir yetkisi öngörülmemiştir⁷⁶. Danıştay istese dahi 46. maddede sayılmayan son derece önemli bir uyumsuzluk hakkında verilen bölge idare mahkemesi kararını temyizen inceleyememektedir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı ise soruna kısmen çözüm sağlamaktadır. Zira bu karar ile bölge idare mahkemelerinin esas hakkında yeniden verdiği kararların temyiz edilebilmesine olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte son derece önem-

73 AYM, E.2024/189, K.2025/83, 27/3/2025.

74 AYM, E.2024/189, K.2025/83, 27/3/2025, § 30.

75 AYM, E.2024/189, K.2025/83, 27/3/2025, § 28.

76 Günday, M. (2024). s. 561, 562.

li bir konuya ilişkin de olsa ilk derece mahkemesi kararı ile aynı yönde verilen bölge idare mahkemesi kararları temyiz edilemeyecektir. Zira Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararı, “*istinaf başvurusunun kısmen veya tümünden kabulü hâli*” yönünden sonuç doğurmaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin neden önemli uyuşmazlıkları içeren tüm bölge idare mahkemesi kararlarının üst yargı merciince denetlenbilmesine cevaz verecek bir iptal kararı vermemiş olduğu sorusu akla gelebilmektedir. Elbette Anayasa Mahkemesinin yaklaşımında, hükmün denetlenmesini talep hakkı bakımından verilen hükmün üst derecede denetlenmesinin yeterli görüldüğü, ne kadar önemli olsa da hiçbir konu bakımından bu hakkın üç dereceli bir yargılamayı zorunlu kılmadığı düşünülebilmektedir. Zira Anayasa Mahkemesine göre hükmün denetlenmesini talep hakkı, idari uyuşmazlıkların her durumda temyize tabi olmasını gerektirmemektedir. Anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla önemsiz sayılabilecek uyuşmazlıkların makul sürede yargılanmasını sağlama veya Danıştayın iş yükünün hafifletilmesi gibi nedenlerle belirli konuların temyize tabi kılınmaması hususunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁷.

Anayasa Mahkemesinin İdari Yargılama Usulü Kanunu mad. 45/6 hükmünü tümüyle iptal etmek yerine, belirli yönünden iptal kararı vererek meseleye kısmen çözüm üretme yolunu seçmiş olması bir yana, bu kararı ile idari yargı usulüne ilişkin sistematik bir soruna⁷⁸ yönelik ürettiği kısmi çözümün idari yargı usulü bakımından değeri büyüktür. Ancak bu noktada söz konusu hükmün tümüyle iptal edilmesi ve bu şekilde yasa koyucuya daha kapsamlı bir çözüm için olanak tanınması ihtimalinin de üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. Zira yasa koyucu tarafından 46. maddede sayılan

77 AYM, E.2022/135, K.2023/30, 16/2/2023, § 35.

78 Danıştayın içtihat birliğini sağlamak üzere gerekli gördüğünde istinaf kararlarını temyize açamaması idari yargı sistemimizdeki kanun yolları konusundaki en önemli sorun olarak ifade edilmektedir. Ulusoy, A. D. (2024). s. 28.

konular dışındaki uyuşmazlıklara ilişkin bölge idare mahkemesi kararlarına karşı temyiz başvurusu yapılabilmesi hususunda Danıştaya takdir yetkisi tanınması daha kapsamlı bir çözüm olarak düşünülebilmektedir. Aslında 2014 yılında idari yargı usulüne ilişkin kanun yolu reformuna yönelik hazırlık çalışmaları sırasında “*temyiz başvuru filtrelemesi*” ismiyle veya 2017 yılında Danıştayın iş yükünün azaltılmasını amaçlayan yasa değişiklikleri kapsamında yapılan hazırlık çalışmalarında “*temyiz izni*” ismiyle Danıştaya temyiz başvurularını kabul etme hususunda olanak tanıyan öneriler yapılmış olsa da yasa koyucu tarafından bu önerilere uygun bir kanun hükmü ihdas edilmemiştir⁷⁹. Nihayetinde Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının etkisiyle bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda ilk derece yargı merciinin kararını kısmen veya tamamen kaldırarak esas hakkında verdiği yeni kararlardan, İdari Yargılama Usulü Kanunu mad. 46 hükmü çerçevesinde temyiz yoluna tabi kılınmayanlarının da temyiz edilebilmesinin yolu açılmaktadır. Ancak bu karar, mad. 46 hükmü çerçevesinde temyiz yoluna tabi kılınmayan ve büyük önem arz eden uyuşmazlıklarla ilgili açılan davalar hakkında, bölge idare mahkemelerince ilk derece idari yargı mercilerinin kararlarına karşı yapılan istinaf başvurularının reddine dair kararlarının temyiz edilmesine ilişkin sınırlamayı sona erdirmemektedir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklar bakımından “*temyiz izni*” gibi filtreleme sistemine duyulan ihtiyacın sürmekte olduğu görülmektedir. Her ne kadar, Anayasa Mahkemesinin yaklaşımından, hükmün denetlenmesini talep hakkının söz konusu uyuşmazlıklar bakımından üç dereceli bir yargılamayı zorunlu kıldığına dair bir çıkarım yapılamasa da yasa koyucunun hükmün denetlenmesini talep hakkının kapsamını Anayasa Mahkemesinden daha geniş yorumlamasına engel bulunmamaktadır. Ayrıca böyle bir çözüm yalnızca

79 Her iki yasa çalışması sürecinde Adalet Bakanlığına sunulan taslak metinlerde yer alan önerilerin Bakanlıkça hazırlanan kanun taslağından çıkarılmış olduğu ve bu nedenle filtreleme sisteminin kanunlaştırlamadığına ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel, O. (2024). s. 70, 71.

hükmün denetlenmesini talep hakkı bakımından fayda sağlamayacaktır. Aynı zamanda, yasa koyucu tarafından 2577 sayılı Kanun'da 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin gerekçesinde ifade edilen Danıştayın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi temel amacını gerçekleştirme bakımından da değer taşımaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından, belirli konular dışında temyiz yolunun kapatılmış olmasının Danıştayın içtihat mahkemesi rolünü güçlendirme bakımından elverişli olmadığı da ortaya konulmuştur⁸⁰. Bu durumda belirli uyuşmazlıklar dışında temyiz yolunun kapatılması suretiyle sadece bazı yönleriyle değil tüm yönleriyle hak arama hürriyetine getirilen sınırlamanın kaldırılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından daha yerinde bir çözüm olacağı değerlendirilmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından hak arama hürriyeti, hukuk devletinin başlıca ölçütü ve demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biri olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Üstelik hukuk devleti ilkesi bakımından, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu büyük önem arz etmekte olduğundan idari yargı kararları karşısında hükmün denetlenmesini talep hakkının sınırlandırılması, hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesi önünde önemli bir engel oluşturma riski taşımaktadır⁸². Bu riskin en aza indirilmesi için idari yargı mercilerince verilen kararların gerektiğinde temyiz kanun yolu denetimine tabi tutulmasına imkân tanınmasına, hükmün denetlenmesini talep hakkına getirilen sınırlamaların kaldırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır⁸³. Do-

80 “... kanunlarda belirtilen belirli konular dışındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak temyiz yolunun kapalı olması, içtihadın gelişmesi ve çeşitlenmesine hizmet etmeyeceği gibi içtihadın kısır bir alana hapsolmesine de neden olabilir.” Bkz. AYM, E.2024/189, K.2025/83, 27/3/2025, § 29.

81 Anayasa Mahkemesi hak arama hürriyetini, hukuk devletinin başlıca ölçütü ve demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biri olarak nitelendirmektedir. Bkz. AYM, E.1991/2, K.1991/30, 19/9/1991.

82 Gündüz, E. ve Gündüz, H. (2022). s. 26.

83 Temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi nedeniyle hükmün denetlenmesini talep hakkına yönelik genişletici yorum yapılması gerektiğine dair görüşler için bkz. Usta, Ö. (2024). “İdari Yargıda Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Parasal Sınır Şartı ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 1., s. 271.

layısıyla bu hakka yönelik sınırlamaların kaldırılmasının ve hükmün denetlenmesini talep hakkının sağladığı güvence-lerin hem yargı hem de yasama organı tarafından olabildiğince geniş yorumlanmasının hukuk devleti ilkesine katkı sağlayacağı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin norm denetimi kararları, Türkiye’de insan haklarının gelişimi bakımından önemli bir gelişmedir. Bu çalışmada ayrıntılarıyla değerlendirilen kararlar göstermektedir ki Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep hakkını bağımsız bir anayasal güvence olarak tanımlamaktadır. Hükmün denetlenmesini talep hakkı, uyumsuzlukların çözümünde ikinci bir yargı merciinin denetimini öngörerek tek dereceli yargılamaların olumsuzluklarını azaltan ve bu şekilde, bireylerin yargısal korunma taleplerinin etkinliğini, usul güvencelerinin işlerliğini ve yargıya güven duygusunu geliştiren bir anayasal hak olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hakkın anayasal dayanağını 36. maddede yer alan hak arama hürriyeti çerçevesinde tespit etmiş, adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı ile ilişkisini kurmadan, bu haklardan farklı ve onlara göre daha geniş veya daha farklı bir koruma sağladığını da vurgulamıştır. Böylece adil yargılanma hakkının norm alanına ilişkin sınırlamalara da sıkıştırılmayan hükmün denetlenmesini talep hakkı, bu şekliyle daha geniş bir alanda koruma sağlamaktadır.

Hükmün denetlenmesini talep hakkına yönelik, idari yargı sisteminde yer alan bazı sınırlamaların bu hakkın kaynağı olan hak arama hürriyetine, hukuk devleti ilkesi, öngörülebilirlik, belirlilik veya ölçülülük ilkelerine uygun olmadıklarının tespit edildiği görülmüştür. Mahkemenin özellikle “önem ölçütü” bağlamında geliştirdiği yorumun yasa koyucunun belirlediği ölçünün dikkate alınması suretiyle de olsa idari

yargılamanın özelliğine uygun düşmeyebileceği anlaşılmıştır. İdari yargının idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğü çerçevesinde idareyi hukuk içinde kalmaya zorlama işlevini yerine getirmesi nedeniyle parasal miktar olarak önemsiz görülen bir dava, ilkesel anlamda önemli kamusal sonuçlar doğurabilir. Bu durum, hükmün denetlenmesini talep hakkının yasa koyucu bakımından “önemsiz” olarak nitelendirilen davalar bakımından da geçerli görülmesinin hukuk devleti ilkesi yararına başka bir olumlu sonucu olarak değerlendirilebilir. Elbette bu konu yasa koyucunun takdiri bulunduğu da düşünülebilir. Zira hükmün denetlenmesini talep hakkının her durumda iki dereceli bir yargılamayı zorunlu kılma anlamına gelmediği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin yaklaşımıyla idari yargı düzeninde usule ilişkin bazı önemli sorunlara yol açan hükümleri iptal ederek idari yargı usulünün bu hak kapsamında yeniden şekillendirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bu hakka ilişkin geliştirilen içtihadın da etkisiyle yasa koyucunun idari yargı düzeninde içtihat birliğini güçlendirecek ve kanun yollarını daha etkin kılacak düzenlemeler yapmasına ihtiyaç duyulduğu görülmüştür. Hakka ilişkin getirilecek sınırlamalar hususunda ise idari yargı alanında hak arama hürriyetine yönelik sınırlamalar ile oluşan külfetin sadece davanın tarafları üzerinde değil idarenin yargısal denetiminin geliştirilmesindeki kamusal yararı üzerinde de etki doğurduğunun hesaba katılması gerektiği ve sınırlamaların bu anlamda ölçülü olması gerektiği anlaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden daha özgürlükçü bir yaklaşım ortaya çıkarmış ve ilk elden verilen kesin kararların veya iki derecede farklı yönde verilen kararların da üst derecede denetime tabi kılınması yolunu açarak idari yargıda hükmün denetlenmemesinin olası olumsuz sonuçlarını bertaraf edecek şekilde, idari yargı sisteminin

gelişimini sağlamaktadır. Elbette bu hak, kanun yoluna başvuruya ilişkin tüm sorunları çözmeye yetmemektedir. Tüm kararların en üst derecede incelenebilmesine ilişkin sorunsuz bir idari yargı sistemi de vadetmemektedir. Ancak, yasa koyucunun takdir yetkisinde yer alan bu sorunlara alternatif bir çare sunmanın yanı sıra, yasa koyucuyu hukuk devletine uygun bir yargı sistemi kurma hususunda yönlendirmektedir. Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep hakkının gelişim sürecinde yargısal denetimi ileriye taşıyan yaklaşımının idari yargıda usule ilişkin bazı sorunların çözümü, insan haklarının gelişimi ve hukuk devleti ilkesini daha etkin kılacak bir dönüşümün en önemli adımları arasında anılacağı öngörülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Ali (2015). İstinafa İlkesel Bakmak, içinde *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015) No. 89* (ss. 11-32), Ankara: Danıştay Yayınları.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, KAYA, Cemil ve SEZGİNER, Murat (2019). *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.
- ALTIPARMAK, Kerem (1998). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Uygulama Alanı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 53., S. 1., ss. 1-35.
- ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin (2019). *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ATAY, Ender Ethem (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BÜYÜKTAVŞAN, Muhammed Taha (2018). “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 12., ss. 279-313.
- CANDAN, Turgut (2025). “Kanun Yollarına Başvuru Hakkının Belirlenmesinde Esas Alınan Tarihlerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı ve Değerlendirilmesi”, <https://turgutcandan.com/2025/03/07/kanun-yollarina-basvuru-hakkinin-belirlenmesinde-esas-alinan-tarihlerle-ilgili-anayasa-mahkemesi-karari-ve-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 13/4/2025)
- GÜNDAY, Metin (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru ve GÜNDÜZ, Hakan (2022). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13., S. 49., ss. 1-28.

- GÜZEL, Oğuzhan (2024). *Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2022). “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu”, *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., ss. 233-257.
- İNANÇ, Mehmet (2024). “İdari Yargılama Hukukunda İptal Davaları Bakımından Mahkemeye Erişim Hakkı”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi.
- KARAHANOGULLARI, Onur (2019). *İdari Yargı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- KARAVELİOĞLU, Celâl (2018). *Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖZTÜRK, Kaya Burak (2018). *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- SÖYLER, Yasin ve YILMAZ, Muhammet (2021). “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 3., ss. 2131-2168.
- ŞİRİN, Tolga (2023). “Anayasa Mahkemesinin ‘Bağlamsal İptal Kararları’ (Sınırlandırma Sorunu ve Kısmi Hükümsüzlük Meselesi)”, <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-baglamsal-iptal-kararlari#fnref17> (Erişim Tarihi: 13/4/2025)
- TEKİNSOY, Mustafa Ayhan ve BAĞRIAÇIK, Ahmet (2022). “Tam Yargı Davası Özelinde İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26., S. 3., ss. 585-618.

- USTA, Özlem (2024). “İdari Yargıda Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Parasal Sınır Şartı ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 1., ss. 247-286.
- ULUSOY, Ali Dursun (2024). “İdari Yargı’da Temyiz Parasal Sınırı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Danıştay Dergisi*, S. 157., ss. 9-34.
- YILDIZ, Hilal (2023). “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 168., ss. 199-226.
- YILMAZ, Dilşat (2019). ““Usul Ekonomisi İlkesi” Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 2., ss. 267-320.
- YILMAZ, Ejder (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- YILMAZ, Serdar (2023). “İdari Yargıda “Parasal Sınırlar”ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72., S. 4., ss. 1905-2006.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre ve PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (2021). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1991/2, K.1991/30, 19/9/1991.

AYM, E.2007/105, K.2008/75, 6/3/2008.

AYM, E.2012/35, K.2012/203, 27/12/2012.

AYM, E.2013/34, K.2013/74, 6/6/2013.
AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.
AYM, E.2013/62, K.2013/115, 10/10/2013.
AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.
AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.
AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015.
AYM, E.2015/96, K.2016/9, 10/2/2016.
AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016.
AYM, E.2016/19, K.2016/17, 16/3/2016.
AYM, E.2017/120, K.2018/33, 28/3/2018.
AYM, E.2017/167, K.2017/172, 13/12/2017.
AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018.
AYM, E.2018/99, K.2021/14, 3/3/2021.
AYM, E.2020/21, K.2020/53, 1/10/2020.
AYM, E.2021/34, K.2022/21, 24/2/2022.
AYM, E.2022/48, K.2022/93, 20/7/2022.
AYM, E.2022/89, K.2022/129, 26/10/2022.
AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.
AYM, E.2022/135, K.2023/30, 16/2/2023.
AYM, E.2023/36, K.2023/142, 26/7/2023.
AYM, E.2023/60, K.2023/176, 11/10/2023.
AYM, E.2023/81, K.2023/184, 26/10/2023.
AYM, E.2023/182, K.2024/203, 4/12/2024.

AYM, E.2024/25, K.2024/116, 30/5/2024.

Ali Atlı [1. B.], B. No: 2013/500, 20/3/2014.

A.T. ve diğerleri [2. B.], B. No: 2020/26878, 24/5/2023.

Besime Günal ve diğerleri [1. B.], B. No: 2020/24855, 23/10/2024.

Emine Karagülmez [1. B.], B. No: 2013/3673, 11/12/2014.

S.D. [2. B.], B. No: 2020/31969, 24/10/2024.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Bayar ve Gürbüz/Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012.

Brandao Ferreira/Portekiz, B. No: 41921/98, 28/9/2000.

Delcourt/Belçika, B. No: 2689/65, 17/1/1970.

Gourepka/Ukrayna, B. No: 61406/00, 6/12/2005.

Hüseyin Turan/Türkiye, B. No: 11529/02, 4/3/2008.

Kamburov/Bulgaristan, B. No: 31001/02, 23/4/2009.



MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ GÜVENCESİ OLARAK KARARLARIN ETKİN İCRASI: FRANSIZ İNJECTION VE ASTREİNTE MODELİNİN TÜRK İDARİ YARGISINA UYARLANMASI

*Effective Enforcement of Judicial Decisions as a Safeguard of the Right of
Access to a Court: Adapting the French Injonction and Astreinte Model
to the Turkish Administrative Judiciary*

Dr. Akif TÖGEL*

Dr. Ömür Kadri SARI**

Alparslan BOZ***

ÖZET

Bu çalışma, Fransa’da idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla geliştirilen yargısal emir (*injonction*) ve zorlayıcı para cezası (*astreinte*) mekanizmalarını incelemek-
te ve Türk idari yargı sistemindeki uygulama eksikliklerine karşı bu modellerin uyarlanabilirliğini tartışmaktadır. Fransız sisteminde, idarenin yargı kararlarına uyumunu güvence altına alan bu araçlar, tarihsel süreçte yaşanan sorunlara yönelik olarak çeşitli reformlarla etkin hâle getirilmiştir. Türkiye’de ise, İdari Yargılama Usul Kanunu kararların uygulanmasını düzenlemekle birlikte, caydırıcılıktan yoksun olması ve idareyi doğrudan zorlayıcı mekanizmalar içermemesi nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Fransa’daki yargısal emir ve *astreinte* mekanizmaları, hukuk devleti ve yargı kararlarının etkinliği ilkelerini güçlendirmiştir. Türkiye’de de benzer araçların be-

* Hâkim, Ankara Adliyesi, akiftogel@gmail.com,
ORCID:0000-0002-4203-5944

** Hâkim, Ankara İdare Mahkemesi, omursari639@gmail.com,
ORCID:0000-0002-1176-2399

*** Hâkim, Ankara İdare Mahkemesi, alparslanbozz@gmail.com,
ORCID:0009-0002-1005-1840

nimsenmesi, Anayasa ve 2577 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklerle mümkündür. Bu reformlar, idarenin yargısal denetime uyumunu artıracak ve bireylerin mahkemeye erişim hakkını güvence altına alacaktır. Böylece, birçok AİHM ve AYM bireysel başvuru kararında dikkat çekildiğı üzere, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkının tam manasıyla uygulanması, ancak mahkeme kararlarının zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi ile mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye erişim hakkı, zorlayıcı para cezası (*astreinte*), yargısal emir (*injonction*), Fransız ve Türk idari yargı kararlarının uygulanması.

ABSTRACT

This study examines the mechanisms developed in France to ensure the execution of administrative court decisions—namely, judicial orders (*injonction*) and monetary penalties for non-compliance (*astreinte*)—and discusses the potential for adapting these models to address enforcement deficiencies in the administrative judiciary in Türkiye. Within the French legal framework, these instruments, strengthened through reforms, serve as effective tools to secure administrative compliance with judicial rulings. In Türkiye, the Administrative Procedure Law (no. 2577) provides for the execution of court decisions but remains inadequate due to its lack of coercive mechanisms and deterrent effect. The French model of *injonction* and *astreinte* has significantly reinforced the principles of the rule of law and judicial efficacy. The adoption of similar mechanisms in Türkiye—through constitutional and legislative amendments—would enhance administrative compliance with judicial oversight and better safeguard individuals' right of access to a court. As highlighted in numerous rulings by the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Turkish Constitutional Court (TCC), the full realization of the right to a fair trial and effective judicial protection depends on the timely and full execution of court decisions.

Keywords: Right of access to a court, monetary penalties for non-compliance (*astreinte*), judicial orders (*injonction*), enforcement of French and Turkish administrative court decisions.

GİRİş

Mahkeme kararlarının etkin biçimde uygulanması, hukuk devleti ilkesinin temel gerekliliklerinden birini oluşturmaktadır. Ancak uygulamada, idarelerin yargı kararlarına uyum sağlamaması veya bu uyumu geciktirmesi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Bu bağlamda, Fransız idari yargı sisteminde geliştirilen *injonction* (yargısal emir) ve *astreinte* (zorlayıcı para cezası) mekanizmaları, kararların uygulanmasını güvence altına alan önemli araçlar olarak öne çıkmaktadır. Bu çalışma, söz konusu mekanizmaların tarihsel gelişimini, hukuki dayanaklarını ve işleyişini inceleyerek Türk idari yargı sistemindeki uygulama eksikliklerine karşı bu modellerin uyarlanabilirliğini tartışmayı amaçlamaktadır.

Fransa'da gerçekleştirilen reformlarla güçlendirilen bu mekanizmalar, idarenin yargı kararlarına uyumunu sağlamada önemli bir etki yaratmıştır. Özellikle zorlayıcı para cezası kurumu, idare üzerinde caydırıcı bir etki oluşturarak kararların zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesini teşvik etmektedir. Buna karşılık Türk hukuk sisteminde 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 28. maddesi, kararların uygulanmasını düzenlemekle birlikte, idareyi doğrudan zorlayıcı mekanizmalardan yoksun olması nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuru kararlarında da vurgulandığı üzere, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkının etkin şekilde hayata geçirilmesini engellemektedir.

Çalışmanın temel argümanı, Fransız modelindeki yargısal emir ve zorlayıcı para cezası mekanizmalarının Türk idari yargı sistemine entegre edilmesinin, hukuk devleti ilkesini güçlendireceği ve bireylerin yargısal korunma hakkını daha etkin kılacağı yönündedir. Bu kapsamda, öncelikle Fransız sistemindeki reform süreçleri ve mekanizmaların işleyişı detaylı bir şekilde analiz edilecek; ardından Türk hukukundaki

mevcut düzenlemelerin eksiklikleri ve olası reform önerileri tartışılacak ve son olarak bu reformların AİHM ve AYM önündeki bireysel başvurulara mahkemeye erişim hakkı açısından etkileri incelenecektir. Böylece bu çalışma ile idari yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin yaşanan sorunların çözümüne yönelik karşılaştırmalı bir perspektif sunulması hedeflenmektedir.

I. FRANSA'DA İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASINA YÖNELİK REFORMLAR

Bilindiği üzere gerek Osmanlı İmparatorluğu döneminde gerekse Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş sürecinden itibaren gerçekleştirilen hukuki reformlar büyük ölçüde batılı modeller esas alınarak yürütülmüş, bu bağlamda idare hukuku alanında başlıca referans noktası ise Fransız modeli olmuştur¹. Ülkemizin idare hukuku bağlamında referans aldığı Fransız idare hukuku da örnek alındığı tarihteki gibi kalmamış, çeşitli değişim ve dönüşüm hareketlerine maruz kalmıştır. Söz konusu değişim ve dönüşüm hareketlerinin temel motivasyonları arasında ise idari yargı kararlarının uygulanamamasının önemli bir yer edindiğini ifade etmek mümkündür. Tıpkı ülkemizde olduğu gibi idari yargı kararlarının uygulanabilirliği meselesi, uzun yıllar boyunca Fransız idare hukuku içerisinde de ciddi bir tartışma konusu olmuştur.

Nitekim Fransız idari yargı sisteminde yaşanan yapısal sorunları eleştirel bir bakış açısıyla ortaya koyan önemli eserlerden biri olan “*Le Huron au Palais-Royal ou Réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*”² adlı çalışmada Jean Rivero, kararların uygulanmasını teminat altına alacak etkili mekanizmaların eksikliğine dikkat çekmiş ve bu eksikliğin

1 Örüçü, E. (2021). “Conseil d’État: Türk İdare Hukukunun Fransız Katmanı”, Doru, S. R. (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70., S. 1., s. 47.

2 Rivero, J. (1962). “Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Chronique VI., s. 37-40.

doğurduğu “askıda kalma” (*non-exécution*) hâlini eleştirmişti³. Rivero, bu çerçevede 20. yüzyıl başlarında görev yapan bir belediye başkanına ilişkin dikkat çekici bir örnek sunmaktadır: Söz konusu belediye başkanı, sadece bir ay süreyle görevden uzaklaştırma yetkisine sahip olmasına rağmen aynı bekçiyi her ay başında yeniden görevden uzaklaştırmış ve her defasında mahkemece iptal edilen bu işlemi ısrarla tekrarlamıştır. İdari işlem mahkeme tarafından tam on kez iptal edilmiş olmasına karşın idarenin tutumunda herhangi bir değişiklik olmamış, bu da yargı kararlarının fiilen etkisiz kaldığı bir tabloyu ortaya koymuştur⁴.

Sonuç itibarıyla öğretilde ve uygulamada uzun süredir dile getirilen eleştiriler karşılık bulmuş ve Fransız idari yargı sisteminde, idarenin yargı kararlarını fiilen yerine getirmesini temin etmeye yönelik bir dizi yapısal reform gerçekleştirilmiştir. Bu reformlar arasında en dikkat çekici ve etkili olanlar ise idari yargı mercilerine idareye karşı doğrudan yargısal emir verme yetkisi tanıyan yargısal emir mekanizmasının ve idarenin mahkeme kararlarını yerine getirmemesi durumunda mali yaptırımla karşılaşmasını mümkün kılan zorlayıcı para cezası kurumunun sisteme dâhil edilmesidir⁵.

3 Ne yazık ki bu durum, ülkemiz açısından da önemli ve güncelliğini koruyan bir sorun teşkil etmektedir. Hatta idari yargının en yüksek mercii olan Danıştay tarafından 133. kuruluş yıldönümü vesilesiyle düzenlenen toplantıda, “yargı kararlarının uygulanmaması sorunu” başlıklı özel bir oturum düzenlenmiş olması, bu meselenin kurumsal düzeyde de ciddiyetini ortaya koymaktadır. Bu duruma ilişkin olarak Yıldırım, şu çarpıcı değerlendirmede bulunmuştur: “Danıştay’ın 133. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen toplantıda, ‘yargı kararlarının uygulanmaması sorunu’ başlıklı bir konunun yer alması, hukuk devleti adına üzüntü vericidir. Ancak ne yazık ki, Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu, idareye yargı kararlarını uygulamama konusunda cesaret verebilecek nitelikte düzenlemeler içermekte; ayrıca hukuk devleti ilkesinin anlamı da yeterince kavranamamış görünmektedir. Bu nedenlerle, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi, idari yargının temel sorunlarından biri hâline gelmiştir.”, Yıldırım, T. (2006). “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *Journal of Human Sciences*, C. 8., S. 1., s. 1.

4 Bourdon, P., Morand-Deviller, J. ve Poulet, F. (2023). *Droit administratif*, Paris: LGDJ, s. 672.

5 Sauvé, J.-M. (2014). “L’injonction – La loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique”, *Discours et interventions Conseil d’État*, § 2, <https://www.conseil->

Öte yandan anılan kurumların kullanımı, artık doktrinde ve yargı pratiğinde, idari yargıcın idare gibi davranmasının yasak olduğu ilkesine aykırılık teşkil etmediği biçiminde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte yargıcın kendi kararlarının uygulanmasını bizzat üstlenerek idarenin yerine geçmesi ve uygulayıcı rolü üstlenmesi, hâlen hukuken mümkün değildir. Başka bir deyişle idari yargıç, kararlarını uygulamaya koyan bir “idareci-yargıç” konumunda değildir; aksine yalnızca kararının uygulanma sürecini izleyen ve bu süreçte hukuki denetim yapan bir yargı merciidir⁶.

Fransız idari yargılama sisteminde, gerek yargısal emir mekanizması gerekse mahkeme kararına itaatsizlik hâlinde uygulanan zorlayıcı para cezası mekanizması yargı kararlarının etkin biçimde uygulanmasında son derece önemli bir rol üstlenmektedir. Nitekim idari yargı mercileri, yalnızca kararların uygulanma biçimine ilişkin yargısal emir vermekle kalmamakta; aynı zamanda idareyi, mahkeme kararına aykırı davranması hâlinde karşılaşılabileceği mali yaptırımlar yoluyla dolaylı olarak uygulamaya zorlamaktadır. Uygulamada çoğu zaman, bu tür yaptırımların fiilen uygulanmasına dahi gerek kalmaksızın tehdidin kendisi kararın icrasını sağlamak için yeterli olmaktadır⁷. Bu çerçevede söz konusu mekanizmaların işlevini ve önemini daha iyi anlayabilmek adına Fransız hukukunda bu reformlara neden ihtiyaç duyulduğu ve söz konusu reformların tarihsel gelişimi üzerinde durulması gerekmektedir.

A. ZORLAYICI PARA CEZASI (ASTREÎNTE) VE YARGISAL EMİRİN (İNJONCTION) TARİHSEL GELİŞİMİ

Doğal olarak her ülkede olacağı gibi Fransa’da da kesinleşmiş idari yargı kararlarının fiilen uygulanmaması hem birey-

etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique (Erişim Tarihi: 2/4/2025)

6 Plessix, B. (2022). *Droit administratif général*, Paris: Lexis Nexis, s. 1493.

7 Gjidara, M. (2015). “Les causes d’inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, C. 52., S. 1., s. 94.

lerin hukuki güvenliğini zedelemiş hem de “kesin hüküm” ilkesinin içeriğini aşındırarak Fransa’nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde mahkûmiyetine yol açabilecek riskli bir zemin oluşturmıştır. Bu sebeple kararların uygulanabilirliğini artırmak amacıyla Fransız idare yargısı sisteminde çeşitli reformlara gidilmesi gerekliliğı ortaya çıkmıştır⁸.

Fransa’da idari yargı kararlarının etkin biçimde uygulanmasına ilişkin sorunlara yönelik çözüm arayışları, başlangıçta idareye doğrudan zorlayıcı yaptırımlar öngörmekten ziyade kararların hayata geçirilmesi sürecinde yönlendirme ve dolaylı baskı mekanizmaları içeren bağlayıcılığı olmayan yöntemler çerçevesinde şekillenmiştir⁹. Bu çerçevede idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere ilk adım 30 Temmuz 1963 tarihli ve 63-766 sayılı kararnameyle¹⁰, Danıştay bünyesinde *Commission du Rapport (Raporlar Komisyonu)* adlı özel bir komisyon kurulmasıyla atılmıştır. Anılan komisyon daha sonrasında ise 24 Ocak 1985 tarihli, 85-90 sayılı kararnameyle¹¹ doğrudan Danıştay başkanına bağlı bir daireye yani *Section du Rapport et des Études’e (Çalışmalar ve Rapor Dairesi)* dönüştürülmüştür. Bu dairenin temel amacının ise idari yargı kararlarının uygulanmasını izlemek, yaşanan sorunları tespit etmek ve bu alandaki eğilimleri değerlendirmek olduğunu söylemek mümkündür¹². Daire, bu amacını gerçekleştirmek üzere idarenin yargı kararlarını uygulamama durumunun

8 Bourdon, P., Morand-Deville, J. ve Poulet, F. (2023). s. 674.

9 Gjidara, M. (2015). s. 83.

10 30/7/1963 tarihli ve 63-766 sayılı Conseil d’État’ın Teşkilatı ve İşleyişine İlişkin Kararname’nin tam metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000676383> (Erişim tarihi: 7/4/2025)

11 24 Ocak 1985 tarihli ve 85-90 sayılı Danıştay Rapor ve Etütler Bölümünün Kurulmasına İlişkin Kararname’nin tam metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000502168> (Erişim tarihi: 7/4/2025)

12 Conseil d’État, *60 ans d’exécution des décisions de justice – Colloque du 24 novembre 2023*, 24/11/2023, s. 15, <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2023/octobre-2023/dossier-du-participant-60ansexecution-des-decisions-de-justice.pdf> (Erişim tarihi: 7/4/2025)
Danıştay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasının 60 Yılı, 24/11/2023 Tarihli sempozyum, s. 15. <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2023/octobre-2023/dossier-du-participant-60ans-execution-des-decisions-de-justice.pdf> (Erişim tarihi: 7/4/2025)

ısrarlı ve kötü niyetli bir şekilde tekrarlanması hâlinde, ilgili idareyi ve vakayı yıllık raporunda yer vererek kamuoyuna duyurabilmekte ve dolaylı yoldan idareyi baskı altına alabilmektedir¹³.

Tüm bu yetkilerine rağmen daire idari yargı kararlarının uygulanmasında tek başına yeterli olamamış ve ek yasal mekanizmalara ihtiyaç duyulmuştur. 16 Temmuz 1980 tarihli yasa ile yapılan değişiklik sayesinde ise kamu hukuku tüzel kişilerinin yargı kararlarını yerine getirmemesi durumunda *Conseil d'État* (CE) tarafından idari yargılama alanında zorlayıcı para cezası uygulanmasına ilişkin ilk ve kayda değer adım atılmıştır¹⁴. Geleneksel idari yargılama usulüne hâkim olan prensiplerin ötesinde yer alan bu şart, günümüz Fransız idari yargılama hukukunda mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlayan son derece etkili bir silah konumundadır¹⁵.

Öte yandan söz konusu reform her ne kadar yargı kararının uygulanmaması durumunda CE'ye kararı uygulamayan idare aleyhine zorlayıcı para cezası uygulanmasını ilk öngören yasa olması bakımından büyük önem teşkil etse de zorlayıcı para cezası uygulamasının mahkeme kararının tebliğinden 6 ay sonra talep edilebilmesi, yalnızca CE'den talep edilebilmesi ve talep hâlinde bile CE tarafından çok geniş takdir yetkisiyle uygulanması sebebiyle 8 Şubat 1995 tarihli yasal değişikliğe kadar çok kısıtlı olarak uygulanmıştır¹⁶. Nitekim 1989 yılına

13 Roland, D. (1963). *Autour de la réforme du Conseil d'État*, AJDA, ss. 524–536'tan aktaran: *Conseil d'État, 60 ans d'exécution des décisions du juge administratif*, Colloque du 24 octobre 2023, s. 47.

14 Sauvé, J.-M. (2014). § 2.

15 Uçar, İ. (2024). "Geleneksel İdari Yargılama Usulünün Temel Hak ve Özgürlükleri Korumadaki Yetersizliğini Gidermeye Yönelik Modern Yöntemler: Fransa'da Özgürlük İvedi Yargılaması (Référé-Liberté) Örneği", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 42., S. 1., s. 56 (Erişim tarihi: 7/4/2025)

16 Labbay, A. (2021). "L'astreinte, un nouveau mode de financement au service de l'environnement? (CE, Ass., 10 juillet 2020, Association Les amis de la Terre France, n° 428409)", *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, S. 19., § 6. Ayrıca belirtilmelidir ki, yukarıda sayılan koşullara ek olarak, zorlayıcı para cezası mekanizmasının uygulamada sınırlı biçimde kullanılmasının başlıca nedenlerinden biri, idarelerin yargı kararlarına genel olarak riayet etmesidir. Nitekim 1993–1995 yıllarına özgü olarak, CE

gelindiğinde bu kanun çerçevesinde yalnızca beş adet zorlayıcı para cezası kararı verilmiş olup yaklaşık beş yüz başvuru arasından çok küçük bir kısmı para cezasıyla sonuçlanmıştır¹⁷.

İdari yargı kararlarının uygulanabilirliği bakımından asıl dönüm noktasının 8 Şubat 1995 tarihli yasa değişikliği ile gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Zira bu düzenleme ile yalnızca Danıştay (CE) nezdinde kullanılabilen zorlayıcı para cezası kararlarının, başvuru üzerine ilk derece idare mahkemeleri dâhil olmak üzere diğer idari yargı organları tarafından da verilebilmesine olanak tanınmıştır. Ayrıca söz konusu değişiklik, idare mahkemelerine ilk kez idareye karşı yargısal emir verme yetkisi kazandırmış ve bu yönüyle Fransız idare yargılama sisteminde devrim niteliğinde bir gelişmeyi beraberinde getirmiştir. Üstelik bu yargısal emirler yalnızca sıradan idari makamları değil devletin en üst düzey yetkili organlarını dahi bağlayıcı niteliktedir¹⁸.

bünyesinde faaliyet gösteren Raporlama ve İnceleme Dairesi tarafından hazırlanan bir raporda, söz konusu dönemde idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi sorununa ilişkin olarak yılda ortalama 1250 şikâyetin kayda geçtiği bildirilmektedir. Bu şikâyet sayısı, aynı yıl içinde verilen tüm idari yargı kararlarının yaklaşık %1'ine, bireyler lehine verilen kararlar bağlamında ise %2,5'ine tekabül etmektedir. Başka bir ifadeyle, iptal ve tam yargı kararlarının %97,5 gibi çok büyük bir çoğunluğunun idare tarafından sorunsuz şekilde yerine getirildiği anlaşılmaktadır. (Chapus, R. (2006). *Droit du Contentieux Administratif*, Montchrestien, s. 1126'tan aktaran: Erkut, C. (2009). "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar", *Danıştay ve İdari Yargı Günü* 141. Yıl Sempozyumu: 11 Mayıs 2009, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 79, Ankara, s. 30.)

- 17 Öte yandan bu durum, Danıştay'ın zorlayıcı para cezasını fiilen uygulamaktan ziyade, zorlayıcı para cezası tehdidinin idare üzerinde oluşturduğu baskı ile yetinmeyi tercih ettiğini şeklinde de yorumlanmıştır. Nitekim konuya ilişkin olarak Fransız Senatosu'na yöneltilen bir yazılı soru önergesine verilen Başbakanlık yanıtında, Danıştay'ın zorlayıcı para cezası tehdidinin çoğu vakada yeterli olduğu ve mahkeme tarafından başlatılan girişimler sonucunda kamu idarelerinin kararların gereğini resen yerine getirdiği ifade edilmiştir. (Bkz. *Fransız Senatosu Resmi Gazetesi'nde (JO Sénat) 2 Şubat 1989 tarihinde yayınlanan Adalet Bakanı'nın, Charles Descours'un 2391 sayılı yazılı soru önergesine verdiği cevap*, https://www.senat.fr/questions/base/1988/qSEQ881_102391.html (Erişim tarihi: 5/4/2025))

- 18 Plessix, B. (2022). s. 1496.

Aynı şekilde 1995 tarihli bu yasa değişikliğiyle birlikte idari yargı mercileri, 1980 tarihli düzenlemenin çizdiği çerçeveye uygun olarak sonradan (a posteriori)¹⁹ zorlayıcı para cezası kararı verebildiği gibi artık karar anında (a priori) da zorlayıcı para cezası kararı verebilme yetkisine sahip olmuştur²⁰. Böylece kararın verildiği anda idare ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakılarak mahkeme kararlarının fiilen uygulanmasını sağlama yönünde caydırıcı bir mekanizma oluşturulmuştur.

Bu doğrultuda 8 Şubat 1995 tarihli yasanın uygulanmasına yönelik idari yargının yaklaşımı, 1980 tarihli zorlayıcı para cezası yasasının karşılaştığı “çekingen kabulün” aksine çok daha kararlı ve etkili olmuştur. Zira günümüzde yargısal emir kararları, mahkeme kararlarının icrasını güvence altına alan olağan bir araç hâline gelmiş durumdadır. Dolayısıyla söz konusu gelişmeler, idari yargı mercilerinin “yargılama” eylemini yalnızca hukuki bir tespit faaliyeti olarak değil aynı zamanda kararın hayata geçirilmesini sağlayan pratik uygulamalarla bir süreç olarak gördüğünü ortaya koymaktadır²¹.

1980 ve 1995 reformları sonrasında, zorlayıcı para cezası ve yargısal emir hükümlerinin dağınık yapısı 4 Mayıs 2000 tarihinde çıkarılan bir Kanun Hükmünde Kararname²² ile giderilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda (*Code de justice administrative, CJA*) bir araya toplanan, yargısal emir ve zorlayıcı para cezası usulleri Kanun’un IX. kitabında (Kararların İcrası) yer alan maddeler hâline getirilmiştir²³.

19 Yukarıda da ifade edildiği gibi 1980 tarihli yasa uyarınca zorlayıcı para cezası talebi ancak yargı kararının tebliğinden itibaren 6 ay sonra mümkün olabilmekteydi.

20 Labbay, A. (2021). § 7.

21 Leclerc, C. (2015). *Le renouvellement de l’office du juge administratif français, L’Harmattan*, Paris, s. 522.

22 Kararname’nin tam metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000764317> (Erişim tarihi: 6/4/2025)

23 Bkz. Fransız İdari Yargılama Usul Kanunu (Code de justice administrative/ CJA) L. 911-1 ila L. 911-10.

Son olarak 23 Mart 2019 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle idari yargı mercilerinin zorlayıcı para cezası kararı verebilmesi için başvurucunun bu yönde açık bir talepte bulunması gerekliliği ortadan kaldırılmış; böylece mahkemele- re, başvuru olmasa dahi resen (*d'office*) zorlayıcı para cezası kararı verebilme yetkisi tanınmıştır. Bu bağlamda şayet idare mahkemeleri yargı kararının uygulanmayacağı yönünde bir endişe taşımakta iseler kararın uygulanmasını güvence altına almak amacıyla doğrudan zorlayıcı para cezası öngörebilmektedirler²⁴.

B. FRANSA'DA İNJONCTION VE ASTREINTE USULÜ

4 Mayıs 2000 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile yargısal emir ve zorlayıcı para cezası kurumlarına ilişkin hükümler sistematik biçimde bir araya getirilmiş ve bu düzenlemeler, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (*Code de justice administrative – CJA*) 'Kararların İcrası' başlıklı IX. kitabı altında, L.911-1 ila L.911-10 maddeleri arasında kodifiye edilmiştir. Bu bağlamda araştırma konumuzun daha iyi anlaşılması için söz konusu kurumların uygulanma usulleri ile hukuki dayanaklarının incelenmesi gerekmektedir.

1. Yargısal Emir (İnjonction) Usulü

İdari yargı mercilerinin idareye karşı doğrudan yargısal emir veremeyeceği yönündeki anlayış, uzun yıllar boyunca idare hukukunda adeta dogmatik bir kabule dönüşmüş ve bu durum, "kuvvetler ayrılığı", "kamu yararı" ve "kamu düzeni" gibi kavramlarla meşrulaştırılmıştır²⁵. Bu yaklaşıma göre, yargıcın idareye ne yapması gerektiğini doğrudan emretmesi, yürütme erkine müdahale anlamına gelmekte ve güçler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Fransa özelinde bakıldığında ise adli yargı organları fiilî yol (*voie de fait*) gibi istisnai durumlarda idareye yönelik yar-

24 Labbay, A. (2021). § 10.

25 Uçar, İ. (2024). s. 44

gısal emir içeren kararlar verebilmekte iken²⁶ idari yargı bağlamında idareye yargısal emir verilemeyeceği anlayışı, uzun yıllar boyunca yargıçların çekimser davranmasına neden olmuştur²⁷. Hatta bu durum, Jean Rivero gibi önemli hukukçular tarafından da eleştirilmiş ve idari yargının “aşırı temkinli” davranarak görevini yarıda bıraktığı ileri sürülmüştür²⁸.

Bununla birlikte Fransız idari yargıçlarının kararlarının uygulanmasına ilişkin görece pasif tutumu zamanla zayıflamış ve kararların sonuçlarını takip etme konusundaki ilgisizlik azalmaya başlamıştır. Ancak kesin hükümlerin icrasına ilişkin ilerlemeler yavaş ve temkinli olmuştur. Bu alandaki gerçek anlamda dönüşüm ise, ancak 1995 yılında yapılan yasal düzenleme ile “yerine getirme emri” müessesesinin idari yargılamaya sistemine kazandırılmasıyla mümkün olabilmiştir²⁹.

26 Nitekim idari yargı mercilerinden yeterli koruma elde edemeyeceğini düşünen başvurucular, “fiilî yol” istisnasını ileri sürerek adli yargıya yönelmeyi zamanla bir alışkanlık hâline getirmiştir. Fiilî yol kavramının geniş biçimde yorumlanmasıyla birlikte, davacılar temel haklarının korunması amacıyla adli yargıya başvurmayı tercih etmiş; burada daha duyarlı ve etkili bir yargısal koruma mekanizmasıyla karşılaşmışlardır. (Stirn, B. (1999). “La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes”, *La Revue administrative*, C. 52., S. 7., s. 137’den aktaran: Uçar, İ. (2023). *İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulü: Fransa ve Türkiye Örneği*, Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Doktora Tezi, s. 119.

27 Öte yandan, söz konusu çekingen yaklaşımın, Fransız Devrimi sonrasında kabul edilen 16–24 Ağustos 1790 tarihli yasaların 13. maddesine dayandığını belirtmek mümkündür. Anılan madde, yargıçların idari makamların işleyişine herhangi bir suretle müdahale etmesini açıkça yasaklamakta ve böylece kuvvetler ayrılığı ilkesini katı biçimde tesis etmektedir. Nitekim CE, 27 Ocak 1933 tarihli *Le Loir* kararında da bu düzenlemeye atıfla, yargıcın yalnızca hukuku dile getirebileceğini (dire le droit), idarenin ise mahkeme kararlarını uygulamakla yükümlü olduğunu; ancak uygulamanın şekli ve zamanlamasının idarenin takdir yetkisi kapsamında bulunduğunu vurgulamış; bu çerçevede yargının idareye doğrudan emir verebilecek nitelikte kararlar tesis edemeyeceğini ifade etmiştir. Bu haliyle söz konusu karar idari yargının pasif rolünü meşrulaştıran başlıca içtihatlardan biri olmuştur. (Debbasch, C. ve Colin, F. (2021). *Droit administratif*, Paris: Économica, s. 701.

28 Bourdon, P., Morand-Deviller, J. ve Poulet, F. (2023). s. 672.

29 a.g.e. s. 672.

Bu bağlamda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (*Code de justice administrative – CJA*) L.911-1 ve 911-2 maddeleri, idari yargı kararlarının uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla mahkemelere tanınan yargısal emir yetkisinin dayanağını oluşturmaktadır. Nitekim L.911-1 maddesi uyarınca, mahkeme kararının icrası bir kamu hukuku tüzel kişisini veya kamu hizmetinin ifasından sorumlu bir özel hukuk tüzel kişisini ilgilendiriyor ve kararın hüküm ve sonuçlarının hayata geçirilebilmesi için belirli bir uygulama tedbirinin alınması gerekiyorsa, yetkili idari yargı mercii³⁰, başvuru üzerine veya gerekli hâllerde resen idareye belirli bir yönde işlem veya eylemde bulunması için yargısal emir verebilmektedir. Bu durumda, idarenin takdir yetkisi sona ermekte; idare, mahkeme tarafından kendisine açıkça emredilen uygulama tedbirine ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme veya alternatif çözüm üretme serbestisine sahip bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme kararının gereklerini yerine getirme yükümlülüğü, idareyi hukuken tamamen bağlı hâle getirmektedir³¹.

Bu minvalde *CE*, 18 Mart 2020 tarihli Île-de-France Bölgesi kararında, Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğu ve Komisyon onayı bulunmadığı gerekçesiyle kamu yardımlarının geri alınmasına ilişkin idarenin hareketsizliğini hukuka aykırı bularak idareye bu yardımların geri alınmasına yönelik işlem tesis etme yükümlülüğü yüklemiş, böylelikle *CJA* L.911-1 maddesi kapsamında doğrudan bir yargısal emir uygulamıştır³². Görüldüğü üzere söz konusu karar ile idari yargının yalnızca işlemleri iptal eden değil, gerektiğinde idareye açık bir uygulama yönü gösteren aktif bir rol üstlenebileceği ortaya konulmaktadır.

30 Bu yargı mercileri kapsamında, birinci derece idare mahkemeleri (tribunaux administratifs), istinaf mercileri (cours administratives d'appel) ve Fransız Danıştay (Conseil d'État) yer almaktadır. Aynı şekilde, yargısal emir (*injonction*) kararı, hem heyet hâlinde oluşturulan mahkemeler hem de tek hâkim tarafından verilen kararlar çerçevesinde tesis edilebilmektedir. (Leclerc, C. (2015). s. 525)

31 Gjidara, M. (2015). s. 98.

32 *CE, Région Île-de-France*, No: 396651, 18/4/2020, §15, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000041735766> (Erişim tarihi: 7/4/2025)

L.911-1 maddesiyle getirilen açık ve doğrudan yönlendirici nitelikteki yargısal emir mekanizmasının yanında, CJA L.911-2 maddesinde mahkeme kararı neticesinde, idare tarafından yeni bir değerlendirme yapılmasının ve bu değerlendirme sonucunda yeniden karar alınmasının gerektiği durumlar hüküm altına alınmıştır. Söz konusu madde, L.911-1'den farklı olarak idareye belirli bir eylemin açıkça yapılmasını emretmek yerine, idareyi yeni bir karar alma sürecine yönlendiren dolaylı bir emir düzenlemektedir. Bu anlamda, mahkeme, ilgili kamu tüzel kişisine veya kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir süre içerisinde yeni bir değerlendirme yaparak karar alması yönünde yükümlülük getirmektedir³³. Böyle bir durumda idare, kararın lehdarının hukuki durumunu yeniden değerlendirmek ve takdir yetkisi çerçevesinde yeni bir karar almak zorundadır. İdareye tanınan bu yükümlülüğün iptal kararının gereğinin yerine bir an önce getirilmesini sağlamak ve böylece kararın lehdarı açısından sürecin uzamasını önlemek amacını taşıdığını söylemek mümkündür³⁴.

Nitekim CE tarafından verilen 11 Şubat 2011 tarihli *Société Aquarium*³⁵ kararında, CJA L.911-2 maddesi çerçevesinde yargısal emir mekanizması işletilmiştir. Somut olayda, bir özel şirketin geliştirdiği su filtreleme sistemine ilişkin pazarlama izni başvurusu, idare tarafından olumsuz sonuçlandırılmış; bu karar, dayandığı bilirkişi görüşünün usule uygun şekilde alınmaması nedeniyle iptal edilmiştir. Mahkeme söz konusu kararda, sadece iptal ile yetinmeyerek idareye başvuruyu kararın tebliğinden itibaren altı ay içerisinde yeniden değerlendirme yükümlülüğü getirmiştir. Böylece CE, CJA L.911-2 maddesi uyarınca doğrudan bir eylem emri vermeksizin idarenin, takdir yetkisini korumakla birlikte, yeni bir karar alma

33 Yine L.911-1 de olduğu gibi mahkeme bu yükümlülüğü başvuru üzerine verebileceği gibi re'sen de tesis edebilmektedir.

34 Debbasch, C. ve Colin, F. (2021). s. 702.

35 CE, *Société Aquarium*, No: 312052, 11/2/2011.

sürecini başlatmasını zorunlu kılmıştır. Bu örnek L.911-2 maddesinin mahkeme kararlarının etkili şekilde uygulanmasını sağlamaya yönelik tamamlayıcı bir araç olarak nasıl işlediğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir³⁶.

Öte yandan söz konusu düzenlemeler bağlamında dikkat edilmesi gereken bir nokta da, yargısal emir taleplerinin esas hakkında açılan bir dava ile bağlantılı olmak zorunda olduğudur. Fransız yargı organları da bu koşulu düzenli olarak hatırlatmaktadır. Bu bağlamda söz konusu yargısal emrin verilmesi çoğunlukla iptal davaları (*recours pour excès de pouvoir*) kapsamında gerçekleşmektedir³⁷.

2. Zorlayıcı Para Cezası (Astreinte) Usulü

İdari yargı kararlarının fiilen uygulanabilirliğini temin etme noktasında önemli bir işlev üstlenen zorlayıcı para cezası kurumu, yargı kararlarının icrasını sağlamak amacıyla geliştirilmiş; cezai nitelik taşıyan özgün bir yaptırım mekanizmasıdır³⁸. Öte yandan ifade etmek gerekir ki, zorlayıcı para cezası kurumu klasik manada ceza yaptırımı olarak da düşünülmemelidir. Zira klasik manadaki para cezalarında cezaya mahkûm edilen kişinin bir miktar parayı devlet hazinesine ödemesi söz konusu iken zorlayıcı para cezası uygulamasında, kural olarak ödeme davacı lehine yapılmaktadır³⁹. Ancak buradaki amaç davacının zararının tazmin edilmesi değil idarenin yargı kararını uygulamasının sağlanmasıdır. Bu bağlamda hukuki mahiyeti itibarıyla zorlayıcı para cezası, bir tazminat aracı olarak değil doğrudan idareyi kararı uygulamaya zorlayan, bağımsız ve tamamlayıcı bir enstrüman olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten de bu yaptırımın ama-

36 Debbasch, C. ve Colin, F. (2021). s. 702. Öte yandan yazarın örnek verdiği diğer karar için bkz. CE, B. No: 343962, 28/3/2012.

37 Leclerc, C. (2015). s. 521.

38 Plessix, B. (2022). s. 1496.

39 Bu kuralın istisnasını ise, yargı merciinin CJA m. L.911-8 uyarınca zorlayıcı para cezası tutarının bir kısmının veya tamamının devlet bütçesine aktarılmasına karar verebilme yetkisi oluşturmaktadır.

cı, idarenin yargı kararını yerine getirmemesi sonucu bireyin uğradığı zararı telafi etmekten ziyade, kararı uygulamaktan imtina eden ya da uygulamada geciken kamu makamı üzerinde sürekli ve etkili bir baskı oluşturarak, hukukun üstünlüğü ve yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkelerini somut biçimde hayata geçirmektedir⁴⁰.

Zorlayıcı para cezası kurumu Fransız İdari Yargılama Usul Kanunu'nun L.911-3 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Nitekim L.911-3 maddesi uyarınca, yargı merciinin, L.911-1 veya L.911-2 maddeleri kapsamında verilen yargısal emir kararını, ilgili tarafın talebi üzerine veya re'sen, aynı karar içerisinde ve uygun gördüğü şartlarla zorlayıcı para cezası yaptırımını ile birlikte düzenleyebilmesi ve bu yaptırımın yürürlüğe gireceği tarihi belirlemesi mümkün bulunmaktadır. Bu bağlamda anılan düzenleme uyarınca idari yargı mercileri, karar anında idareye belirli bir sürede yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük yöneltmekte ve bu sürenin ihlali hâlinde, gecikilen her gün için belirli bir meblağ üzerinden parasal yaptırım uygulanmasına hükmetmektedir. Örneğin yargı makamı, bir kamu görevlisinin üç ay içerisinde eski görevine iade edilmesini emredebilmekte ve bu sürenin aşılması hâlinde, günlük 250 euro tutarında zorlayıcı para cezası uygulanmasına karar verebilmektedir⁴¹.

Buna karşılık, L.911-4 maddesi, idari yargı kararlarının uygulanmaması durumunda devreye giren ikinci aşama bir denetim mekanizmasını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, yargı kararının gereklerinin idare tarafından yerine getirilmediği hâllerde, ilgili taraflar yeniden mahkemeye başvurarak kararın uygulanmasını talep edebilmektedir. Bu

40 Plessix, B. (2022). s. 1496, Bonichot, J.-C., Cassia, P. ve Poujade, B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris: Dalloz, C. 71., S. 1., s. 1300'den aktaran: Taron, D. (2021). "L'astreinte prononcée par le juge administratif: une mesure réellement coercitive?", Village de la Justice, <https://www.village-justice.com/articles/astreinte-prononcee-par-juge-administratif-une-mesure-reellement-coercitive,38342.html> (Erişim tarihi: 17/4/2025)

41 CE, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris c/ Mme A...*, No: 396691, 13/6/2016.

başvuru üzerine mahkeme, kararın uygulanmasını sağlamak amacıyla bu kez “kararın icrasını denetleyen yargıç” (*juge de l'exécution*) sıfatıyla harekete geçmekte ve gerekli görülen zorlayıcı tedbirleri sonradan (*a posteriori*) uygulamaya koyabilmektedir⁴². Yine mahkeme, uygulanması gereken yükümlülükleri kendisi tanımlayabilmekte, uygulama için süre belirleyebilmekte ve gerekli görmesi hâlinde zorlayıcı para cezası kararı verebilmektedir.

Dolayısıyla L.911-4 maddesi kapsamında tesis edilen zorlayıcı para cezası, mahkeme kararının verilmesinden sonra uygulamaya konduğu için, doğrudan bir önleyici veya caydırıcı nitelik taşımaktan ziyade, kararın fiilen hayata geçirilmesini sağlayan tamamlayıcı bir güvence işlevi görmektedir.

Zorlayıcı para cezası kararları, hukuki nitelikleri bakımından geçici (*provisoire*) veya kesin (*définitive*) olmak üzere iki farklı şekilde verilebilmektedir. Bu ayrım özellikle yargı mercii tarafından zorlayıcı para cezası tutarının, kesinleştirilme (*liquidation de l'astreinte*) aşamasında değiştirilebilip değiştirilemeyeceği noktasında önem taşımaktadır. Zorlayıcı para cezası tutarının kesinleştirilmesi aşaması ise kararın tamamen ya da kısmen yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi hâlinde, yargı merciinin, daha önce hükmettiği zorlayıcı para cezasını ödenebilir bir alacak hâline getirmesini yani tahakkuk ettirmesini ifade etmektedir⁴³.

Zorlayıcı para cezası tutarının kesinleştirilmesi aşamasında, mahkemeye oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Zira mahkeme geçici zorlayıcı para cezası tutarını, idarenin yargı kararını kısmen ya da tamamen yerine getirip getirmediğini nesnel ölçütlerle değerlendirerek azaltabilmekte, yahut tamamen kaldırabilmektedir. Hatta bazı hâllerde mahkeme, kararın hiç uygulanmadığı kanaatine varmış olsa dahi, somut olayın özelliklerini ve kamu yararını dikkate alarak zorlayıcı

42 Leclerc, C. (2015). s. 521.

43 Taron, D. (2021). § 12.

cı para cezası uygulanmamasına da karar verebilmektedir⁴⁴. Ancak bu durum, kesin nitelikteki zorlayıcı para cezası açısından ise farklılık arz etmektedir. Zira kararın yerine getirilmemesinin mücbir sebep ya da beklenmedik bir durumdan kaynaklandığı ispatlanmadıkça yargı mercii, kesinleştirme aşamasında daha önce belirlenmiş olan kesin zorlayıcı para cezası oranını değiştiremez⁴⁵.

Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (*Code de justice administrative*) L.911-6 maddesi uyarınca, aksi açıkça belirtilmedikçe, verilen zorlayıcı para cezası kararlarının geçici nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede uygulamada mahkemeler tarafından çoğunlukla geçici zorlayıcı para cezası kararlarının tercih edildiği gözlemlenmektedir. Zira bu tür kararlarda, cezanın nihai tutarı kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğine göre daha sonra, yani liquidation (kesinleştirme) aşamasında hâkim tarafından belirlenmektedir. Bu durum, idare üzerinde belirsizlik temelli bir baskı unsuru oluşturarak kararın ivedilikle uygulanmasını teşvik etmektedir⁴⁶. Dolayısıyla bir zorlayıcı para cezası kararının geçici mi yoksa kesin mi olduğunun tespiti, yalnızca kararın esneklik düzeyine değil aynı zamanda likidasyon sürecinde hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırlarına da doğrudan etki etmektedir.

Zorlayıcı para cezasının kesinleştirilmesi (*liquidation*) sonrasında belirlenen tutar, kural olarak başvurucuya ödenmektedir. Ancak Kanun'un L.911-8 maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yargı mercii bu tutarın tamamının veya bir kısmının başvurucuya ödenmemesine karar verebilmektedir. Bu durumda ise aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince başvurucuya ödenmemesine karar verilen tutarın devlet bütçesine aktarılması öngörülmektedir.

44 CJA, madde L. 911-7/3, bu konuda detaylı değerlendirme için bkz. Labbay, A. (2021). § 15.

45 CJA, madde L. 911-7/2.

46 Gjidara, M. (2015). s. 103; Plessix, B. (2022). s. 1496.

Öte yandan söz konusu husus, özellikle zorlayıcı para cezasının borçlusu konumunda bizzat devletin yer aldığı durumlarda, ciddi tartışmalara sebebiyet vermiştir. Doktrinde ve yargı içtihatlarında da bu meseleye sıklıkla değinilmiş; zorlayıcı para cezası mekanizmasının, özellikle devletin dava konusu olayın faili konumunda bulunduğu durumlarda, fiilen devlet lehine işlemesi nedeniyle caydırıcı ve teşvik edici niteliğini büyük ölçüde yitirdiği ifade edilmiştir.⁴⁷ Bu sebeple zorlayıcı para cezasının borçlusu olarak devletin bulunduğu durumlarda söz konusu hükmün uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁸. Zira devletin kendi bütçesine yönelen bir para cezasına tabi tutulması, anlamlı bir yaptırım etkisi yaratmamakta; bu durum da, zorlayıcı para cezasının asıl işlevini yerine getirememesine ve mekanizmanın pratikte etkisiz kalmasına yol açabilmektedir.

Zorlayıcı para cezası tutarının devlet lehine hükmedilmesi hususunda CE'nin kararlarının da 2020 tarihli *Association Les Amis de la Terre*⁴⁹ France kararına kadar tutarlılık göstermediğini söylemek mümkündür. Nitekim yüksek mahkeme, bu tarihe kadar bazı kararlarında, devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda CJA m. L.911-8'in tüm hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmiş ve bu nedenle zorlayıcı para cezası tutarının tamamının başvurucuya ödenmesine karar vermiştir⁵⁰. Buna karşılık, diğer bazı kararlarında ise başvurucuya zorlayıcı para cezasının tamamının ödenmemesine hükmetmiş ancak ödenmeyen kısmın nasıl değerlendirileceği veya kime aktarılacağı konusunda herhangi bir açıklama getirmemiştir⁵¹. Son olarak bazı kararlarında ise L.991-8/2 maddesini uygulayarak

47 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Labbay, A. (2021). § 19 vd.

48 Gjidara, M. (2015). s. 104; Plessix, B. (2022). s. 1496.

49 CE, Genel Kurul, *Association Les amis de la Terre France*, No: 428409, 10/7/2020.

50 CE, *Vermilion REP*, No: 416582, 15/10/2018, CE, *Fédération française des masseurs kinésithérapeutes. rééducateurs*, No: 205476 ve No: 209474, 28/1/2001.

51 CE, *Époux Ribstein*, No: 185107, 30/3/2001.

davacıya ödenmemesine karar verilen zorlayıcı para cezası tutarının devletin lehine ödenmesine karar vermiştir⁵². Bu durum, mahkemenin içtihadında ciddi bir belirsizliğe ve uygulamada işlevsel boşluklara yol açmıştır.

Nitekim *CE, Association Les Amis de la Terre France* kararında, zorlayıcı para cezası mekanizmasının yalnızca bir yaptırım aracı olmanın ötesine geçerek kamu yararı doğrultusunda işlevsel kılınmasını temin etmek ve özellikle devletin borçlu taraf olduğu davalarda CJA m. L.911-8/2'nin uygulanmasında ortaya çıkan içtihadi tutarsızlıkları gidermek amacıyla yeni bir yaklaşım geliştirmiştir⁵³.

Yüksek Mahkeme, söz konusu kararında, zorlayıcı para cezasının temel amacının yargı kararlarını uygulamayan kamu kurumlarını bu kararları yerine getirmeye zorlamak olduğunu açık biçimde ortaya koymuş; bu çerçevede zorlayıcı para cezası tutarının başvuru lehine hükmedilmeyen kısmının devlet bütçesine aktarılmasının fail konumundaki idareyi mali anlamda yaptırıma uğratmaması nedeniyle etkisiz bir uygulama doğuracağını ve bu nedenle CJA m. L.911-8/2'nin devletin taraf olduğu davalarda uygulanamayacağını belirtmiştir⁵⁴.

Öte yandan Mahkeme, zorlayıcı para cezası tutarının tamamının başvuru lehine ödenmesinin de başvuru açısından haksız veya orantısız bir zenginleşmeye yol açabileceğini vurgulamış ve bu durumda bir kısmının kamu yararına faaliyet

52 *CE, Commune du Castellet*, No: 307683, 6/10/2010.

53 Kararın bir diğer dikkat çekici yönü ise CE tarafından bugüne kadar hükmedilmiş en yüksek tutarlı zorlayıcı para cezası kararı olmasıdır. Zira Mahkeme, Fransa'nın iklim değişikliğiyle mücadele kapsamında yürürlükteki ulusal stratejilere ve emisyon azaltım hedeflerine dair taahhütlerini yerine getirmediğini tespit etmiş; bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğine hükmetmiş ve kararın uygulanmaması hâlinde devletin her altı aylık dönem için 10 milyon avro tutarında zorlayıcı para cezası ödemesine karar vermiştir. Bu yönüyle karar, hem doktrinde hem de kamuoyunda geniş yankı uyandırmıştır.

54 *CE, Genel Kurul, Association Les amis de la Terre France*, § 1-2.

gösteren, dava konusu ile doğrudan ilgisi bulunan üçüncü kişi tüzel kişiliklere aktarılmasına imkân tanımıştır⁵⁵.

Dolayısıyla mahkeme bu kararıyla L.911-8/2'nin uygulanmasından kaynaklanan sorunları çözerek hem başvurucunun olası haksız zenginleşmesini önlemiş hem de zorlayıcı para cezası tutarını kamu yararına hizmet eden tüzel kişilere kanalize ederek bu kurumun devlet nezdindeki caydırıcı niteliğini korumuştur. Bir başka ifadeyle Mahkeme zorlayıcı para cezasının fonksiyonunu yalnızca bir yaptırım aracı olarak değil, aynı zamanda yargı kararlarının etkin şekilde icrasını ve kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayan bir finansal mekanizma olarak yeniden tanımlamıştır⁵⁶.

II. TÜRK İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASINI GÜÇLENDİRİCİ ARAÇLAR

İdari işlem ve eylemin etkin hukuki denetiminin gereği verilen yargı kararlarının eksiksizce uygulanmasıdır. Aynı zamanda yargı kararının uygulanması hususu hukuk devleti ilkesini de anlamı kılmaktadır⁵⁷. Yargı kararının uygulamasının geciktirilmesi veya uygulanmaması kişilerin hukuka olan güvenini ortadan kaldırarak yeni hukuka aykırı durumların ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁵⁸. Anayasamızda böylesine bir durumun ortaya çıkmasının önüne geçmek adına 138. maddede “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” esası benimsenmiştir. 2577 sayılı Kanun’un 28. maddesinde de “*...esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın*

55 CE, Genel Kurul, *Association Les amis de la Terre France*, § 3-4.

56 Labbay, A. (2021). § 37-38.

57 Çağlayan, R. (2004). *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara: Asil Yayıncılık, s. 278.

58 Akıncı, M. (2008). *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 411.

idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez” somutlaştırılması yapılmıştır. Kanun’a göre en geç otuz gün içinde kararın gerekleri karşılanmalıdır.

Yargı kararlarının gereklerinin karşılanması denince akla ilk olarak idare gelmektedir. Yukarıda anılan Anayasa kurallında yasama, yürütme ve idarenin yargı kararına uymasının zorunlu olduğu belirtilse de çalışmamız kapsamında daha çok idare organı üzerine odaklanılmaktadır. İdarenin ihmal ve kastıyla yargı kararının uygulanmaması keyfiliğin bir örneğidir. Doktrinde bu durum hizmet kusurunun örneği olarak kabul edilmektedir.⁵⁹ Hizmet kusuru ile bağlantılı olarak Kanun’un 28. maddesinde tazminat davası açılması usulü öngörülmüştür. İlerleyen başlıkta tazminat davasının detayları açıklanacaktır.

Diğer taraftan idari ve adli yargı kararlarının yerine getirilmesi bakımından farklı usuller öngörülmüştür. Örneğin hukuk mahkemesi kararlarının infazına ilişkin özel düzenleme olarak İcra ve İflas Kanunu yayımlanmıştır. İdari yargı kararının uygulanması için 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu 28. maddesindeki düzenleme dışında ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda tek bir maddeden hareketle idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında yargı kararları, doktrin görüşleri ve mevzuat birlikte ele alınarak idari yargıda iptal, tazmin ve ara kararların uygulanması sürecindeki eksiklikler ele alınacaktır. İdari yargı da birçok karar türü bulunmakta olup (görev ret, süre ret, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması...) idareye sorumluluk yüklemeyen karar türleri dikkate alınmayacaktır. Yargı kararı sonrasında idarenin bir işlem veya eylemde bulunması gereken durumlar ve yargı kararının ge-

59 Kaya, C. (2011). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 78.

reğinin karşılmaya zorlayıcı araçların yeterliliğı tartışılacaktır. Özellikle Fransa'daki yargısal emir ve zrlayıcı para cezası uygulamasından hareketle hukuk devleti ilkesinin ölkemizde yerleşmesi bakımından idari yargı kararlarının uygulanmasına yönelik öneriler sunulacaktır.

A. İPTAL KARARI SONUCUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

İdare mahkemelerinin uyuşmazlıkları çözmesi sadece şekli karar verilmesinden ibaret olmayıp karar gereklerinin de yerine getirilmesi gerekmektedir. Anayasa'mızdaki yargı kararlarının bağlayıcılığı düzenlemesi de bunu gerektirmektedir. Doktrinde idarenin yargı kararlarını uygulama konusunda zorlanması geçmişten bu yana tartışılmaktadır⁶⁰. İdare mahkemelerinin usul ve esasa dair birçok karar türü bulunmaktadır. Görev, yetki, süre ve incelenmeksizin ret gibi usul kararları idareye bir sorumluluk yüklenmediğinden çalışmamız kapsamında değildir. 2577 sayılı Kanun'a göre “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat” yönünden hukuki denetime tabi tutulan işlem hakkında ret kararı verilmesi de çalışmamız kapsamı dışındadır. Zira davanın reddedilmesi hâlinde tesis edilen işlemin hukuki varlığı konusunda değışiklik meydana gelmemektedir. Asıl üzerinde durulması gereken iptal kararlarıdır. Çünkü iptal kararı verilince idarenin yeni bir şeyler yapması gerekmektedir. İptal kararıyla birlikte işlem hiç tesis edilmiş gibi değışiklikler yapılmalıdır⁶¹. Bu kararların idareye sorumluluk yüklemesi nedeniyle uygulanması sürecinde daha çok ihtilaf çıkmaktadır.

Hukuka uygunluk karinesi nedeniyle idari yargı yerinin iptal kararına kadar işlemler uygulanmaktadır. Hem birel işlem hem de düzenleyici işlemler iptal davasına konu edilmektedir. Hukuka aykırılığın işlemin hangi unsuruna ilişkin

60 Uluer, Y. (1970). *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları, s. 82.

61 Çağlayan, R. (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 585.

olduğu, iptal kararının gereklerinin yerine getirilmesi bakımından da önemlidir. Örneğin yetki ve şekil gibi usule dair hukuka aykırılık iptal kararı sonrasında giderilerek yeniden aynı işlem tesis edilebilir⁶². İdare mahkemeleri işlemin usuli eksilik nedeniyle iptal kararlarında çoğunlukla yeniden bir işlem tesis edilebileceği şeklinde açıklamaya yer vermektedir. Bu, yargısal emir niteliğinde midir? Örneğin “...Öte yandan; davacı hakkında yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda yeniden bir karar verileceği...” şeklinde⁶³ ifadelerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Benzeri ifadeler yargısal emir kurumunun fonksiyonunu yerine getirmemektedir. Söz konusu ibareler ilgili idarelerin yargı kararını nasıl uygulayacağını açıklamaya hizmet etmektedir. Bu nedenle anılan ifadeleri yargısal emir kapsamında değerlendirmek mümkün değildir.

Mevcut yasal altyapımız nedeniyle yargısal emir kurumunun uygulanması mümkün değildir. Çünkü Anayasa’nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesindeki düzenlemeler yargısal emre engeldir. İdarenin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde ve *idari işlem mahiyetinde yargı kararı verilemeyeceği esası* idari yargı yerinin kararın uygulanmasına yönelik idareyi zorlayıcı buyrukta bulunulmasını engellemektedir. Diğer yanda idare mahkemesinin işlemi iptal ederek elini dosyadan çekmesi, etkin yargısal denetim özelliğini zayıflatmaktadır. Bu nedenle idareye yol gösterilmesi adına da kararların uygulanmasını güçlendirecek araçlara ihtiyaç bulunmaktadır. Doktrinde yargısal emrin yargılama yetkisi içerisinde olduğu ve ayrıca bir düzenlemeye gerek olmadan idari yargıçların kullanabileceği savunulmaktadır⁶⁴. Fransa’daki uygulama dikkate alındığında yasal altyapıda değişiklik yapılmadan yargısal emrin kullanılması mümkün değildir. Zira mevcut sistemimiz yargıcın karar verirken yerindelik denetimi yap-

62 Kalabalık, H. (2022). *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 230.

63 Ankara 17. İdare Mahkemesinin E.2025/576, K.2025/985 sayılı kararı.

64 Yaşar, H. N. (2013). *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 190.

maması ve idari işlem mahiyetinde karar vermemesi esasına dayanmaktadır. Özü itibarıyla sadece işlemin hukuka uygun veya aykırı olduğu tespitinde bulunulması istenmektedir.

Öte yandan iptal kararının özelliği gereği işlemin bütün etki ve sonuçlarının ortadan kaldırılması gerekmektedir. Yani işlem tesis edilmeden önceki duruma dönülmelidir⁶⁵. Dava konusu edilen işlem hakkında iptal kararı verilince karar geriye yürüyerek işlem hiç tesis edilmemiş gibi hukuki durum deđiştirilmektedir⁶⁶. Nitekim 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesindeki ifadeler idarelerin gecikmeksizin harekete geçmesinin zorunlu kılmaktadır. Karar gereğinin geç yerine getirilmesi veya getirilmemesi idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılmasını mümkün kılmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere yargı kararının uygulanmaması hizmet kusuru örneğidir. Bununla birlikte ilgilinin yoksun kaldığı zararlar da varsa maddi tazminat almaya hak kazanmaktadır. Fakat manevi tazminatta zarar ispatı aranmamakta olup kararın uygulanmaması nedeniyle ilgilinin yaşadığı acı ve elem yeterli görülmektedir⁶⁷. Buradaki tazminat davası zorlayıcı para cezasıyla aynı özelliklere sahip midir? İki kurum birbirinden tamamen farklı amaç ve usullere sahiptir. Fransa'daki zorlayıcı para cezası, yargı kararının uygulanması için idarenin zorlanması suretiyle ayrıca zarar ispatı da gerekmeyen bir araçtır.

Yukarıda tarihsel gelişimi incelenen kısımda ifade edildiği üzere Fransız idari yargı yerleri, resen zorlayıcı para cezası kararı verme yetkisine sahiptir. Fakat ülkemizde tazminat kararı verilebilmesi için ilgililerin idare mahkemesine başvurusu gerekmektedir. Fransa'da idari yargı yerleri kararın uygulanma sürecinde aksaklık olacağı kanaatine sahipse zorlayıcı para cezasına da esas kararda yer vermektedir. Böylece

65 Sancakdar, O. ve Önüt, L. B. (2024). *İdari Yargılama Hukuku-Genel Esaslar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 352; Akıncı M. (2008). *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 411.

66 Atay, E. E. (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 247.

67 Çağlayan, R. (2004). s. 289; Akıncı (2008). s. 430.

ilgili idare kararın gereğini yerine getirmekte eksiklik veya ihmalde bulunursa karşı karşıya kalacağı cezayı da görmektedir. Dolayısıyla zorlayıcı para cezasının ülkemizde tazminat davası şeklinde yer bulduğu söylemek mümkün değildir.

2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinde öngörülen tazminat davasının etkin olduğu ve idareyi karar uygulamaya zorladığını söylemek güçtür. Tazminat ödenip kararın uygulanmasına devam edildiği örnekleri görmek mümkündür. İdarenin tazminat ödemesi kararın gereğini yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır⁶⁸. Tazminatın doğrudan idare bütçesinden ödenmesi, düşük miktarda tazminat miktarı belirlenmesi, ilgililer başvurmamakça tazminatın gündeme gelmemesi gibi sebepler bu aracın yargı kararının uygulanmasını güçlendirici nitelikten uzaklaştırmaktadır.

Mevcut yasal altyapımız, idari yargı yerinin bu tarz araçlara sahip olmasına olanak sağlamamaktadır. Çünkü mevcut yargılama usulümüzde idari yargı yeri sadece "uyuşmazlığa uygulanacak kuralı" tespit ederek "hukuka uygunluk/aykırılık tespiti" yapmaktadır. Ötesinde ilgili idarenin kararın gereklerini yerine getirip getirmediği denetimi yapılamamaktadır. Bu durum hukuk devleti bakımından büyük bir eksikliktir. Söz konusu eksikliğin giderilmesi için anayasal seviyede bir düzenlemeye gidilmelidir. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını güçlendirmek için idari yargı yerine kararın uygulanmasını denetleme araçları verilmelidir. Fransa'daki zorlayıcı para cezası ve yargısal emir bu bakımdan iyi bir örnektir. İdari yargıcın eline kararın uygulanmasını zorlayacak araçların verilmesi yargının etkinliği için yıllarca doktrinde tartışılmıştır. Fakat Fransa ve diğer ülke örnekleri idari yapımıza uymadığı veya diğer gerekçelerle yasalarda yer bulamamıştır. İdari yargı kararlarının uygulanmaması problemi her geçen gün büyümektedir. Bu durumun geçirilmesi ülkemizde hukuk devleti ilkesinin gelişimine zarar vermekte-

68 Çağlayan, R. (2004). s. 290.

dir. Fransa örneğinden hareketle ilerleyen başlıklarda idari yapımıza uygun somut öneriler ortaya konulacaktır.

B. TAM YARGI DAVASI SONUCUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

Bir idari işlem veya eylem nedeniyle kişisel hakları muhtel olan kişiler uğradıkları zararın tazmini için idare mahkemele-
rinde tam yargı adı verilen davayı ikame etmektedir⁶⁹. Fakat idare hukuku doktrinde tam yargı davası sadece bir tazmin aracı değil aynı zamanda idarenin işlem veya eylemlerinin hukuka uygunluk denetiminin vasıtası olarak da görülmektedir⁷⁰. 2577 sayılı Kanun'un 12 ve 13. maddelerinde idarenin işlem ve eylemine dair açılacak tam yargı davasının usulü düzenlenmektedir. Aynı şekilde Kanun'un 2. maddesinde tam yargı davasının niteliğı ortaya konulmaktadır. Yine Anayasa'nın 125. maddesindeki “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” ifadesi idarenin tazmin sorumluluğunun en başta gelen dayanağıdır. İdari yargılama usulümüzde idarenin işlem, eylem veya sözleşmeden kaynaklanan tazmin sorumluluğunda tereddüt bulunmaz iken ilgili yargı kararının uygulanması konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, konusu belli bir miktar para ile ilgili olan dava ile konusu belli bir miktar para olmayan davalarda verilecek kararların uygulanma sürecini farklı düzene tabi tutmuştur. İşlem iptali için açılan davalar yönünden Kanun'un 28/1. maddesi uygulanmakta iken tam yargı davaları için 28/2. maddesi esas alınmaktadır. Buna göre belli bir miktar paranın ödenmesine dair verilen kararlar üzerine davacı veya vekili banka hesap bilgilerini idareye bildirmektedir. Bu bildirimden itibaren en geç otuz gün içinde ödeme yapılması gerekmektedir. Aynı maddede ödeme yapılmaması hâlinde adli yargıdaki icra ve iflas hükümlerine göre hareket edilmesi ge-

69 Kalabalık, H. (2022). s. 233; Çağlayan, R. (2024). s. 647.

70 a.g.e. s. 649.

rektiği belirtilmektedir. Yani ilgili idareden icra yoluyla tahsil seçeneği kullanılacaktır. Ülkemizde belli bir miktar paranın ödenmesine dair kararlar bakımından uygulanma sürecinde çok fazla ihtilaf ortaya çıkmamaktadır. Asıl sorunlu alan, idari işlemlerin iptaline dair kararlarla ilgilidir.

C. YÜRÜTMİYİ DURDURMA KARARI VE ARA KARAR SONUCUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

İdari işlemler, tesis edildikleri andan itibaren hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Böylece yargı yerince iptal edilene veya idare tarafında geri alınana kadar işlemin gerekleri yerine getirilmektedir. İşlemin iptali için yargı yerinde açılan davaların uzun sürmesi ve işlemin uygulanması nedeniyle telafisi güç zararların ortaya çıkmasına karşılık yürütmeyi durdurma müessesesi getirilmiştir⁷¹. Davacı, işlem hakkında esastan karar verilinceye kadar işlemin (temyiz/istinaf aşamasında yargı kararı için) hukuki sonuçlarının askıya alınmasını isteyebilir. Bu durum yürütmenin durdurulması kararıyla sağlanmaktadır. Doktrinde yürütmenin durdurulması kararının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kimisi yürütmenin durdurulmasını ara karar kapsamında⁷² ele alırken kimisi ara kararlardan farklı olduklarını⁷³ iddia etmektedir. Bu tartışmaya girmeden, yürütmenin durdurulması kararlarının gereklerinin iptal kararı gibi yerine getirilmesi gerektiğini belirtmekle yetineceğiz. Zira Kanun'un 28. maddesinde esasa ilişkin kararların yanında yürütmenin durdurulması kararları ayrıca sayılmıştır.

Doktrinde, yürütmenin durdurulması kararlarının idareye hitaben bir emir içerdiği yani işlemin uygulanmasının askıya alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴. Fransız hukukundaki

71 Yıldırım, R. ve Çınarlı, S. (2018). *Türk İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Astana Yayınları, s. 248.

72 a.g.e. s. 249.

73 Sancakdar, O. ve Önüt, L. B. (2024). s. 281.

74 a.g.e. s. 280.

gibi idareye hitaben daha açık bir çağrı söz konusudur. Sonuç itibarıyla iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması aynı rejime tabidir. Yukarıda iptal kararları için ifade edilenler yürütmenin durdurulması kararı için de geçerlidir. Burada otuz günlük süre içinde yargı kararının uygulanmasına dair eylem veya eylemsizlik durumunu açıklamakta fayda bulunmaktadır. Yargı yerleri bu durumu, iptal kararının idareye tebliğinden itibaren yargı kararının hiç uygulanmaması yahut kararın tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içerisinde işlem tesis edilmeyerek hareketsiz kalınması yahut makul sayılmayacak ölçüde bir zaman geçirerek yargı kararının uygulanmasının sürüncemede bırakılması yorumuyla somutlaştırmaktadır⁷⁵. Bu yorumda Kanun'daki düzenlemenin amacıyla uyuşmayan yönler bulunmaktadır. Zira Kanun'da en geç otuz gün içinde yargı kararının gereklerine yönelik işlemde/eylemde bulunması istenmektedir. Fakat yargı yerlerince otuz gün geçtikten sonra yargı kararını uygulamaya yönelik durum için “makul sayılmayacak ölçüde bir zaman geçirilmesi” kriteri geliştirilmiştir. İdarenin yargı kararının gereğine yönelik otuz gün içinde hiçbir işlem/eylemde bulunmaması esnetilebilecek bir durum değildir. Bu nedenle kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde idarenin harekete geçip geçmediği asıl önemli olan husustur. Kanun'da belirlenen sürenin aşılması sonrasında makul/makul olmayan süre ayırımı yapmak doğru değildir. Örneğin yürütmenin durdurulması kararının tebliğinden itibaren atamanın iptali ve ilgilini eski görev yerine iadesine ilişkin işlem süreci başlatılmasıdır. İlginin eski görev yerine iadesi otuz günü geçebilir ve fakat idari sürecin başlatılması otuz günü geçmemelidir.

75 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesinin 26/3/2025 tarihli ve E.2024/1840, K.2025/1506 sayılı kararında, “Davalı idarelerin yargı kararının uygulanmamasından yahut geç uygulamasından ötürü kusurlu sorumlu tutulabilmesi için, yargı kararının hiç uygulanmaması yahut kararın tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içerisinde işlem tesis edilmeyerek hareketsiz kalınması, yahut *makul sayılmayacak ölçüde bir zaman geçirerek* yargı kararının uygulanmasının sürüncemede bırakılması gerekmektedir.” gerekçesi yer almaktadır.

İdari yargı yerinin davadan elini çekmediği ve yargılamanın ilerlemesine yarayan kararlar ara karar şeklinde ifade edilmektedir⁷⁶. Ara karar, dava dosyasının aydınlatılmasına yönelik olabileceği gibi usuli eksikleri de tamamlayabilir. Örneğin, *görevlilik kararı* usule yönelik itirazı karşılamaya yöneliktir. Keşif ve bilirkişi incelemesi veya taraflardan bilgi/belge istemeye yönelik kararlar da uyuşmazlığı aydınlatmayı sağlamaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinde davanın aydınlatılmasına yönelik ara kararların yerine getirilmesi usulü düzenlenmektedir. Resen araştırma ilkesi gereği, yargı yeri dosyayı incelerken ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeleri ilgilerinden talep edebilir. Kanun'un 20. maddesinde bildirilen süre içinde yargı yerinin talebinin karşılanması gerektiği ve haklı sebeplerin bulunması hâlinde bu sürenin bir defaya mahsus uzatılabileceği belirtilmektedir. Mesela sağlık durumu nedeniyle meslekle ilişkisi kesilen kişinin sağlık durumunun açıklığa kavuşturulması için hastaneden rapor istenebilir. İlgili hastanenin bunu yerine getirmekten kaçınması hukuken mümkün değildir.

Ara kararların ısrarla yerine getirilmemesi halinde Cumhuriyet başsavcılıklarına durum ihbar edilir. Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ilgililer hakkında soruşturma/kovuşturma yürütülür. Ara kararın gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde zorlayıcı para cezası getirilmesi gerekli bir durum değildir. Zira ara kararlar uyuşmazlığın esasını çözen kararlar değildir. Yargılamanın ilerlemesini sağlayan veya davayı aydınlatan kararlar olduğu için gereğinin yerine getirilmesi esasa dair kararlara göre daha kolaydır. Uygulamada da ara kararların gereğinin ısrarla yerine getirilmemesi örneğine pek rastlanmamaktadır.

D. KAMU GÖREVLİSİNİN SORUMLULUĞU

Kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti teşkilat ve araç gibi öğelerin yanında personel unsurunu da gerektirmektedir. İdare-

76 Çağlayan, R. (2024). s. 433.

nin toplumsal yaşam içerisindeki en somut varlık göstergesi personelleridir. Yargı kararları da ilgili personel aracılığıyla uygulanmakta, geciktirilmekte veya uygulanmamaktadır. O hâlde yargı kararını yerine getirmeyen personelin de sorumluluğu bulunmakta mıdır? Bu soruya mevcut yasal düzenlemelerimize ve kusur türüne göre cevap aranacaktır.

Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasında, kamu görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan durumlarda kendilerine rücu edilmek şartıyla idare aleyhine dava çılabileceği belirtilmektedir. 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinde de benzer usul öngörülmüştür. Daha öncesinde hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı yapılarak ilgili personele doğrudan dava açılması imkânı varken mevcut düzenlemelere göre kamu personeline doğrudan dava açılmamaktadır. Mevcut yapının yargı kararlarının uygulanmasını güçlendirdiğini söylemek güçtür. Çünkü kamu personelinin kendisine "doğrudan tazminat davası açılması yolunun kapatılması" personelin yargı kararını uygulama kararlığını zayıflatmıştır. Aslında burada hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımından hareketle doktrinde tartışmalar sürdürülmektedir⁷⁷. Kamu görevlisinin hizmetle bağlantısı kalmamış kusuru kişisel, hizmetle bağlantısı kesilmemiş kusuru hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir⁷⁸ Yargı kararının uygulanmamasının personelin kastından mı hizmetin işleyişinden mi kaynaklandığını yargı mercileri belirleyecektir. Bu nedenle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin önceki hâlindeki "*kamu görevlisi veya idare aleyhine tazminat davası açılabilir.*" ibaresinin korunması gerekmektedir. Doktrinde bu ibarenin Anayasa'nın 129/5. maddesine aykırı olduğu eleştirisi bulunmaktaydı.⁷⁹ Fakat kamu personelinin yargı kararının kasten uygulanmaması hâlinde doğrudan kendisine karşı tazminat davası açılma imkânı kalmamıştır. Bu yönüyle kamu personelinin daha

77 Çağlayan, R. (2004). s. 295.

78 Akıncı, M. (2008). s. 431; Kaya, C. (2011). s. 78; Çağlayan, R. (2004). s. 295.

79 Akıncı, M. (2008). s. 431.

rahat davranmasına sebep olacak uygulamanın değiştirilmesi gerekmektedir.

2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin önceki halindeki ifadelerin kamu personeli için daha caydırıcı olduğunu söylemek mümkündür. Hizmet-kişisel kusuru ayrımının yargı merciine bırakılması ve içtihadın bu konuda gelişmesine imkan tanınmalıydı. Fakat yapılan değişikliklerin yargı kararının uygulanmamasından kaynaklanan tazminat davalarında sadece idarenin muhatap olacağını belirtmesi içtihat hukukumuza olumlu yansıma sağlamamıştır. Yüksek mahkemelerin geçmişte kişisel-hizmet kusuru ayrımı nitelemesine dair birçok kararı bulunmaktadır. Bu kararlara dair bazı örnekleri ele alarak yargı kararlarının uygulanması için kamu personeli bakımından zorlayıcı araçlar tartışılacaktır.

Yargı kararının uygulanmaması hizmetle ilgili olup çoğunlukla bu konuda kişisel kusur değerlendirmesi yapılmamaktadır⁸⁰. Nitekim Danıştay da kararlarında yargı kararının uygulanmamasını “(ağır) hizmet kusuru” olarak nitelemektedir⁸¹. Yüksek Mahkemenin eski tarihli kararlarında; yargı kararının gereğini şeklen yerine getiren ve esasında uygulamamaya yönelik durumlar da ağır hizmet kusuru olarak görülmüştür⁸².

80 Kent, B. (2011). “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4., s. 56.

81 Danıştay 8. Dairesinin 11/10/2024 tarihli ve E.2021/3073, K.2024/5303 sayılı kararı. Danıştay 5. Dairesinin 30/6/2000 tarihli ve E.199/5089, K.2000/2038 sayılı kararında “Anayasa hükümlerini hiçe sayarak yargı kararını uygulamama amacıyla hareket ettiği ve bu şekilde ağır bir hizmet kusuru işlediği açıktır. Davalı idarenin açıklanan ağır hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın tazmini gerekmektedir.” gerekçesi yer almaktadır.

82 Danıştay 5. Dairesinin 28/4/2025 tarihli ve E.1998/1414, K.1999/1284 sayılı kararında “Davacının, daha önce Nevşehir İl Turizm Müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki kararın uygulanmasından çok kısa bir süre sonra geçici olarak görevlendirildiği ve davacı tarafından bu işleme karşı açılan davada İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı çerçevesinde görevine iade edildikten sonra bu kez dava konusu işlemlerle tekrar Nevşehir İl Turizm Müdürlüğü görevinden alındığı anlaşılmakla, idarenin, Anayasa hükümlerini hiçe sayarak yargı

Örnek bir olayda; daha önce verilen kararın şeklen uygulanđıı tespiti yapılarak ilgilinin istediği manevi tazminatın ödenmesi gerektiğine karar verilmiřtir⁸³. Yüksek Mahkeme kararlarında bazen hizmet kusuru bazen ağır hizmet kusuru tabiri kullanılmaktadır. Ağır hizmet kusuru tabiri, yargı kararının uygulanmamasının hukuk devleti ilkesine verdiği zararı vurgulamak amacıyla kullanılmaktadır⁸⁴.

Yargı kararının yerine getirilmesinin önünde hukuki ve fiili imkânsızlık hallerinden biri bulunmuyorsa idare ağır hizmet kusuruna sebebiyet vermektedir. Bunun için ayrıca kamu görevlisinin kastını aramaya gerek yoktur⁸⁵. İptal, yürütmenin

kararını uygulamama amacıyla hareket ettiği ve bu şekilde ağır bir hizmet kusuru işlediği açıktır. Davalı idarenin açıklanan ağır hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın tazmini gerekmektedir.” tespitinde bulunulmuştur.

83 Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulunun 24/3/2005 tarihli ve E.2003/842, K.2005/126 sayılı kararında “...sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Burdur Valiliđi görevinden de alınarak Merkez Valiliđine atandığı anlaşılmakta olup; dava konusu işlemin Danıştay Beřinci Dairesince verilen 21.2.2000 günlü, E:1999/6010 sayılı yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasından kaçınmak amacıyla tesis edildiği ve işlemin tesisine neden olarak gösterilen hususların, davacının görevinden alınmasını gerektirecek nitelikte olmadığı sonuç ve kanaatine varıldığından, anılan işleminde yasaya ve hukuka uyarlık görölmediği, Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti” ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararlarını “aynen” ve “gecikmeksizin” uygulamaktan başka bir sećeneđinin bulunmadığı, bu kuralın, idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar süren bir uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm olmayıp aksine, maddede kararların derhal uygulanması ilkesinin benimsendiği...” gerekćesi yer almaktadır.

84 Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulunun 24/3/2005 tarihli ve E.2003/842, K.2005/126 sayılı kararında “...Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti” ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararlarını “aynen” ve “gecikmeksizin” uygulamaktan başka bir sećeneđinin bulunmadığı...bu bağlamda olmak üzere 129. maddenin 1. fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları hükme bağlanarak, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğünün kamu görevlileri yönünden tekrar ve teyit edildiği, bu nedenle bir kamu hizmetinin yürütölmesi sırasında hukuk kurallarına uyulmaması, hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini göstereceği ve tazmin sorumluluğunu doğuracağı...” gerekćesindeki vurgudan ağır hizmet kusuru tabirinin anlamına yönelik çıkarım yapılmaktadır.

85 Akyılmaz, B. (2007). “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 11., S. 1., s. 466.

durdurulması veya ara kararı eline alan kamu görevlisinin, yargı yerinin gerekçesine uygun olarak işlem süreçlerini başlatması gerekmektedir. Yargı kararı gereğinin sürüncemede bırakılması hâlinde idarenin ödeyeceği ve sonrasında kamu görevlisine rücu edilecek, zorlayıcı para cezası idari süreci hukuk devleti ilkesine uygun şekillendirecektir.

Her ne kadar Anayasa gereği doğrudan kamu görevlisine yönelik zorlayıcı para miktarı uygulanması veya tazminat davası açılması mümkün değilse de sonradan rücu imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla idare ödeme yaptıktan sonra ilgili kamu personelinin sorumluluğuna adli yargıda gidilmektedir. Konunun ceza hukuku boyutu çalışmamız kapsamında olmadığından detayına girilmemekle birlikte yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin ceza hukuku açısından sorumluluğu da bulunduğu kanaatindeyiz.

Kamu görevlisi bakımından son olarak Anayasa'nın 129. maddesi yönünden konuyu ele almakta fayda bulunmaktadır. Anılan maddede, kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak görevlerini yerine getirmesi gerektiği belirtilmektedir. Yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi hem Anayasa hem de kanunlarda zikredilmektedir. Dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararına göre hareket etmesi sadakat yükümlülüğünün de gereğidir.

E. İDARİ YARGI MEVZUATINDA DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

2577 sayılı Kanun'da, yargı kararlarının uygulanmasını takip bakımından mahkemelere doğrudan bir görev verilmemiştir. Yargı yeri, uyuşmazlığın esası hakkında karar verip elini dosyadan çekmektedir. Verilen kararın gereklerinin yerine getirilip getirilmediği hususu yargı yerinin yetki alanı içerisinde yer almamaktadır. Sadece Kanun'un 28/3. maddesinde ilgili idare aleyhine ayrıca maddi ve manevi tazminat davası açma yolu getirilmiştir. Bu imkân da tarafların başvurusu üzerine gerçekleştirilmektedir. Aslında gerçek anlamda hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir düzende, yargı kararının uy-

gulanmaması üzerine tazminat davası yolundan bahsetmek abesle iştigaldır. Çünkü hukuk devletinde yargı kararının uygulanmaması düşünülemez. Fakat çalışmamız boyunca saydığımız sebep ve durumlar yargı kararlarının uygulanması aşamasında sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Mevzuatımızda bu soruna idare yönüyle çözüm getiren etkin bir düzenleme bulunmadığını tespit ettik. Yargısal emir ve zorlayıcı para cezası uygulamasının mevzuatımızda yer bulmasına imkân olup olmadığı sorusuna cevap aradık. Bu kısımda anılan tedbirlerden Anayasa kuralı ve yasal değişiklikler önerilecektir.

Mevcut yasal yapıda yargı kararının uygulanması yönünde idareyi zorlamaya yarayan tazminat aracı dışında bir seçenek yoktur. Kaldı ki tazminat davası hem etkili bir araç değil hem de yargının yükünü artıran bir yoldur. İlgililer, uygulanmayan yargı kararı nedeniyle yeniden idare aleyhine dava açıp uzun süren yargılamayı beklemektedir. Ayrıca yargılama sonrasında hükmedilen tazminat miktarları da caydırıcılıktan uzaktır⁸⁶. Bu usulün yerine, yargı yerini kararın uygulanması aşamasında daha etkili hâle getirecek araçlar mevzuatımıza eklenmelidir.

Bu kapsamda ilk önerimiz, 2577 sayılı Kanun’da yapılacak değişikliklere dayanak olacak şekilde Anayasa’nın 125/4. maddesine ekleme yapılmasıdır. Bu maddede idari yargı yetkisinin sınırı sadece hukuka uygunluk denetimi yapılması olarak belirtilmektedir. Söz konusu kısma “yargı kararının uygulanmasını sağlama yetkisi” de eklenerek kullanılacak hukuki araçlar 2577 sayılı Kanun’a bırakılmalıdır. Yargısal emir, idarenin kararı nasıl uygulayacağı, hangi süre zarfında

86 Danıştay 10. Dairesinin 17/10/2023 tarihli ve E.2019/1141, K.2023/5658 sayılı kararında “Uyuşmazlık konusu olay, yargı kararının yerine getirilmemesinden kaynaklanmakta olup, idarece mevcut Anayasal ve yasal hükümler göz ardı edilmek suretiyle yargı kararı uygulanmadığından ve olayda manevi tazminat ödenmesini gerektirecek koşullar oluştuğundan, davalı idarenin, olaydaki kusurunun niteliği ve ağırlığı dikkate alındığında, davacının manevi tazminat isteminin kabulü ile 5.000,00 TL manevi tazminatın davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.” gerekçesi yer almaktadır.

harekete geçmesi gerektiğini açıklayan ve yönlendiren mahiyette olmalıdır. Türk idari yargılama usulüne böyle bir araç kazandırılması yargı kararlarının uygulanmasını güçlendirecektir. Doktrinde yol gösterme ve emir verme şeklinde sınıflandırılan bu araç⁸⁷ yargılama usulümüze uygundur. Hâkim, taraf iradesine ihtiyaç duymadan verdiği kararın uygulanması konusunda idareye emir verebilmeli ve yol gösterebilmelidir. Aşağıda detaylı olarak değineceğimiz gibi bu aracın sisteme kazandırılması, mahkemeye erişim hakkının ve dolayısı ile adil yargılanma hakkının da bir gereğidir.

Yargısal emir, ilgili idareye yargı kararını uygulamada rehberlik etmektedir. Aslında bugün idari yargı yerlerimiz de yargı kararının nasıl yerine getirileceğine dair satır aralarında idareye yönlendirme yapmaktadır⁸⁸. Buna ihtiyaç bulunmakla birlikte, mevcut ifadeler kararın uygulanmasını idareye tarif edici nitelikte değildir. Örneğin bir disiplin cezasının usulden iptali sonrasında idarenin usuli eksikliği gidererek yeniden işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Ancak iptal kararlarında yeterince açıklama olmadığı için ilgili idare kararı nasıl uygulayacağı konusunda tereddüt yaşamaktadır⁸⁹. Ülkemizde

87 Akıncı, M. (2008). s. 414.

88 Danıştay 12. Dairesinin 26/12/2023 tarihli ve E.2023/4145, K.2023/7151 sayılı kararında “2016 yılından itibaren 2. sınıf emniyet müdürü rütbesine terfi ettirilip ettirilmeyeceği ve dolayısıyla re’sen emeklilik için şartları taşıyıp taşımadığı konusunda idarece yeniden değerlendirme yapılarak bir karar verilmesi gerektiğinden” gerekçesi, Danıştay 5. Dairesi, E: 2016/20604, K: 2019/607 ve 04.02.2019 tarihli kararında “Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin ilgili maddelerinde belirtilen liyakat koşulları yönünden Yüksek Değerlendirme Kuruluna yeniden değerlendirme yapılarak bir karar verilmesi gerektiğinden” gerekçesi yer almaktadır.

89 Danıştay 2. Dairesinin 16/10/2024 tarihli ve E.2024/1782, K.2024/4889 sayılı kararında “Davacının sosyal medya programı olan WhatsApp profil resminde siyasi içerikli yazı paylaştığının sübut bulunduğu anlaşılmakla birlikte; davacının bu fiilinin “siyasi partilerin yararına veya zararına çalışmak veya siyasal eylemlerde bulunmak” kapsamında olmadığı açık olup, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü’nün 8/30. maddesiyle örtüşmediği ve disiplin hukukunda yer alan tipiklik şartının gerçekleşmediği göz önüne alındığında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Diğer yandan, davalı idarece, emniyet hizmetlerinin niteliği dikkate alınarak söz konusu disiplin soruşturması

yargısal emir, hem kararın uygulanma sürecini aydınlatmalı hem de idarenin kararı uygulama iradesini güçlendirmelidir. Aynı şekilde, kararın uygulanmasında gecikilmesi veya karara kayıtsız kalınması hâlinde ödenmek zorunda kalınacak para cezasına yer verilmelidir. Zira yargısal emrin müeyyide ile desteklenmemesi sadece kararlara yeni ibareler eklenmesinden ileri gitmeyecektir. Burada yargı yerine takdir yetkisi verecek şekilde bir alt sınır belirlenerek, üst sınır konusunda belirleme hakkı yargı makamına bırakılmalıdır.

Zorlayıcı para cezası ile 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesindeki tazminat davası birbirinden farklıdır. Zorlayıcı para cezasında zarar aranmamakta iken maddi tazminat talebinde zarar ispatı gerekmektedir. Ayrıca zorlayıcı para cezası sırf kararın uygulanmaması nedeniyle belirlenen yaptırımdır⁹⁰. Adil yargılanma hakkının gerçek manada sağlanması için yargı kararı gereklerinin karşılanması devlet güvencesinde olması gerekmektedir. İlgililerin yargı kararının yerine getirilmesi için ilgili idareye başvurular yapması ve sonrasında maddi/manevi tazminat davası açmak zorunda kalması hukuk devletinde kabul edilecek bir durum değildir. Dolayısıyla ikinci öneri olarak Kanun'un 28/3. maddesindeki tazminat davası usulü yanında idari yargıcın zorlayıcı para cezası verebilmesi usulü eklenmelidir.

İdarenin işlem veya eylemini dava konusu eden kişinin esastan hukuka aykırı olduğuna yönelik tespite dair aldığı

kapsamında davacının fiiline uyan başka bir disiplin cezasının verilebileceği de açıktır.” gerekçesi, Danıştay 12. Dairesinin 13/6/2024 tarihli ve E.2021/5169, K.2024/3051 sayılı kararında “Bu durumda; davacı üzerine atılı fiilin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125/D-n maddesinde belirtilen “verilen görev ve emirleri kasten yapmamak” kapsamında değerlendirilmek ve tekrerrür hükümleri uygulanmak suretiyle devlet memurluğundan çıkarma cezası ile tecziyesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bununla beraber; davalı idarece söz konusu disiplin soruşturması kapsamında davacının eylemine uyan bir başka disiplin cezası verilebileceği de tabidir.” gerekçesi yer almaktadır. Görüleceği üzere Yüksek Mahkeme bu kararlarında ilgili idareye yönlendirmede bulunmaktadır. Usule dair iptal kararı sonrasında usuli eksiklikleri gidererek yeniden karar alınabileceği belirtilmektedir.

90 Çağlayan, R. (2004). s. 238.

kararın uygulanması için ayrıca dava açması veya idareyi zorlaması, devletin sahip olduğu yargılama yetkisini tartışılır hâle getirecektir. Çünkü harçları ödenerek tarafsız ve bağımsız yargı yerinde açılan dava sonucunda verilen kararın icra ve infazının da güvencesini yargı yeri sağlamalıdır⁹¹. Hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma ve hukuki güvenliğin toplumda yerleşmesi de yargı kararlarının etkililiğiyle ilgilidir. Örneğin atanmama kararının iptalini talep edildiğinde iptal kararına rağmen atanmanın sürüncemede bırakılması hâlinde yargı organlarına güven duygusu sarsılacaktır.

Fransa'daki gibi esas karar verilirken veya ilgililer kararın uygulanmadığı iddiasıyla başvurunca yeni bir kararla para cezası miktarı belirlenebilmelidir. Mevcut uygulamada iptal davasından sonra ayrı bir tazminat davası açılmaktadır. Bu durum hem iş yükünü artırmakta hem de idare üzerinde yeterince etki uyandırmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310. maddesindeki ek karar imkânı burada kullanılabilir. İlk verilen iptal kararının uygulanmadığına dair iddia üzerine farklı bir esas alınmadan aynı esas üzerinden (ilk iptal kararı) ek karar alınabilir. Böylece yargı yeri karar verip dosyadan tamamen elini çekmeyecektir. Kararın uygulanma süreci de yargı makamı tarafından izlenecek ve takip edilecektir. Son olarak ilk kararın içerisinde iptal kararının gerekleri yerine getirilmezse uygulanacak para cezası doğrudan zikredilebilir. Kanaatimizce bu yeni usul idarenin hukuki denetimini daha da güçlendirecektir.

Öte yandan doktrinde Danıştay Başsavcılığına yargı kararının uygulanması konusunda görev verilebileceği savunulmaktadır⁹². Konumuz kapsamında olmamakla birlikte Danıştay bünyesinde oluşturulacak bir kurulun yargı kararlarının uygulanmaması sorununu takip etmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Danıştay bünyesinde birçok savcı görev

91 Kent, B. (2011). s. 57.

92 Akıncı, M. (2008). s. 437.

yapmaktadır. Başsavcılık tarafından iptal, tam yargı, yürütme durdurma ve ara kararların gereğinin yerine getirilmesi ve direnç noktalarına dair raporlar yayımlanarak ülkemizin genel durumu ortaya konulabilir. Sadece raporlama ve istatistik yayımlanması bile uygulayıcılar üzerinde büyük etki doğuracaktır. Direnç gösteren kurumların ifşa edilmesi hukuka uygun davranma farkındalığını artıracaktır.

III. ASTREİNTE VE İNJONCTION MEKANİZMALARININ MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Zorlayıcı para cezası olarak ifade edilen *astreinte* ve yargısal emir gündeme geldiğinde, bu tazminatın ve emrin mahkeme hükmünün yerine getirilmesine (icrasına) yönelik olduğu ve bu tazminat ile emrin varlığı ya da yokluğu halinde mahkemeye erişim hakkının ne şekilde etkileneceğinin ayrıca incelenmesi gereklidir. Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı çatısı altında yer almakta ve incelenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi, bireylerin adil ve tarafsız bir yargılama sürecine erişim hakkını güvence altına alır. Adil yargılanma hakkına ilişkin prensipler daha çok ceza yargılaması ile ilgili algılansa da hukuk yargılaması süreçlerinin de bu prensipler ışığında ilerlediği kabul edilir⁹³. Adil yargılanma hakkını düzenleyen bu madde, aşağıda değinileceği üzere yargı kararlarının etkili bir şekilde uygulanmasını da kapsar. Fransız hukukundaki *astreinte* ve *injonction* kurumu, idarenin yargı kararlarına uymasını sağlamak amacıyla kullanıldığı için bu madde kapsamında değerlendirilebilir. Yargı kararlarının etkililiği ise adil yargılanma hakkının kapsamı ve diğer bileşenleri ile birlikte değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır.

93 Reid, K. (2019). *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, s. 101.

A. ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPISI OLARAK MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğünü esas alan ve demokratik toplumun temel değerlerinin yansıması olan haklar ve ilkeler bütünü olarak tanımlanmaktadır⁹⁴. Adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıklara ilişkin tahkikat sürecinin tamamına şamil, yargılama sonrası hüküm ve mahkeme tarafın verilen hükmün gereğinin yerine getirilmesine yönelik bir dizi temel unsuru içerir⁹⁵. Bu unsurlar hem ceza hukuku, hem idare hukuku hem de özel hukuka ilişkin davalarda geçerlidir. Adil yargılanma hakkının teori ve uygulamasına dair Anayasa, AİHS ve diğer uluslararası belgeler çerçevesinde adil yargılanma hakkının hukuki dayanakları olarak Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Anayasa'nın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve taraf-

94 Doğru. O. ve Nalbant. A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. I, Ankara, Avrupa Konseyi Yayını, s. 609.

95 Reid, K. (2019). s. 104.

sız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

Öte yandan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (madde 10), *“Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.”* düzenlemesiyle ve Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (madde 14)⁹⁶ gibi uluslararası belgeler de adil yargılanma hakkını koruma altına almaktadır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi tarafından da tespit edildiği üzere Anayasa’nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır⁹⁷. Adil yargılanma hakkının anayasal ilkelere ek olarak iç hukukumuzda ve mevzuatımıza yansıma şekillerini şu şekilde sıralamak mümkündür. İlk olarak özel hukuk kapsamında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, adil yargılanma hakkının güvence altına alınması için atılması gereken bazı adımları özetleyen çeşitli hükümler içerir. Örneğin HMK’nın 34. ve devamı maddeleri hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve hakimin reddi hükümlerini, 27. maddesi

⁹⁶ Herkes, mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir. Demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ya da özel durumlarda, mahkeme, açıklığın adaletle zarar vereceği düşüncesine vardığı takdirde, mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde, basın ve dinleyiciler duruşmaların tümü ya da bir kısmının dışında tutulabilirler. Ancak, küçüklerin çıkarları aksini gerektirmedikçe, ya da duruşmalar çocukların vesayetine ilişkin evlilikle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olmadıkça, ceza ya da hukuk davalarında verilecek herhangi bir kararın aleni olması zorunludur.

⁹⁷ AYM, E.2009/27, K.2010/9, 14/1/2010.

hukuki dinlenilme hakkını, 30. maddesi makul sürede yargılanmayı, 28. maddesi duruşmanın aleniyetini, 46. ve devamı maddeleri hâkimlerin sorumluluğunu ve 334. maddesi adli yardım hakkını düzenlemektedir.

Ceza hukuku kapsamında adil yargılanma hakkının görünümünü ise ceza yargılamasına ilişkin suç isnadı aşamasında görmek mümkündür. Adil yargılanma hakkı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenmiştir: *"Cumhuriyet savcısı maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılmasından sorumludur..."* Benzer şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. maddesinde *"Mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir."* şeklinde düzenlenme ile kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı, CMK'nın 190, 193, 195, 246, 248, 307. maddelerinde makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak yargılamanın makul sürede bitirilmesi için yasal olarak birçok düzenleme yer almaktadır. CMK'nın 182. maddesinde aleni olarak yargılanma hakkı, 193. maddesinde duruşmada hazır bulunma hakkı, 158. maddesinde mahkemeye erişim hakkı, 67, 149, 178-181, 196, 200-201, 216, 223, 234, maddelerinde silahların eşitliği ilkesi, CMK 147/1-c, 149, 150. maddelerinde avukat tayin etme hakkı, 202. maddesinde yargılama aşamasında tercümandan yararlanma hakkı gibi adil yargılanma hakkı ile bağlantılı bazı maddelerde düzenlemeler bulunmaktadır.

AIHS metninin güncel yorumunu yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Adil yargılanma hakkının kapsamını oluşturan, bu hakkı anlamlı hâle getiren alt unsurları genel olarak şu şekilde belirtmek mümkündür⁹⁸.

Mahkemeye erişim hakkı kapsamında; herkes, hukuki uyuşmazlıklarını çözmek için bağımsız ve tarafsız bir mah-

98 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). s. 616 vd.

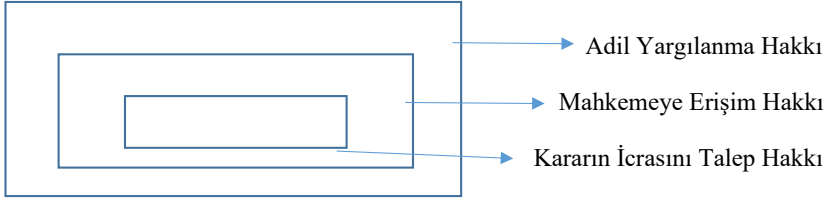
kemeye başvurma hakkına sahiptir. Bu hak, mahkemelere erişimin önündeki engellerin kaldırılmasını gerektirir⁹⁹. Bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı kapsamında; yargılama, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yapılmalıdır. Mahkemeler, herhangi bir dış etki veya baskı altında kalmadan karar vermelidir. Makul sürede yargılanma hakkı kapsamında; ceza ve hukuk alanında davalar, makul bir süre içinde sonuçlandırılmalıdır. Makul süre, her davanın kendi koşullarına göre değişkenlik gösterebileceği gibi, yargılamanın sonuçlanmasında aşırı gecikmeler, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelebilir. Savunma hakkı kapsamında; herkes, kendisine yöneltilen suçlamalara karşı savunma yapma hakkına sahiptir. Bu durum, avukat yardımı alma, tanıkları sorgulama ve delil sunma hakkını içerir. Masumiyet karinesi kapsamında ise ceza davalarında, sanık masum sayılır ve suçluluğu kanıtlanana kadar bu karine geçerlidir. Sanık, kendisini suçlayan delillere karşı savunma hakkına sahiptir. Aleni yargılanma hakkı kapsamında; yargılama süreci, kamuya açık olmalıdır. Ancak kamu düzeni, genel ahlak veya gizlilik gerektiren durumlarda istisnalar olabilir. Gerekçeli karar hakkı kapsamında; mahkeme kararları, hukuki ve fiilî gerekçelere dayanmalıdır. Gerekçesiz kararlar ise adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelebilir.

B. YARGI KARARLARININ ETKİLİ BİR ŞEKİLDE UYGULANMAMASININ MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKIYLA İLİŞKİSİ

Adil yargılanma hakkının yukarıda sıraladığımız unsurlarından zorlayıcı para cezası ve yargısal emir ile en sıkı irtibat hâlinde olanı, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilen mahkeme kararlarının icra edilmesi hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygu-

99 Golder/The United Kingdom, B. No: 451/70, 21/2/1975, § 23.

lanmasını isteme haklarını da kapsar¹⁰⁰. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması “mahkemeye erişim hakkı” kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰¹.



Bir uyuşmazlığın çözümü için açılan dava sonucunda mahkemeden karar elde edilmiş olması her zaman yeterli görülmeyebilir. Kararı icra edilemeyen bir mahkemeye başvurma'nın pratik bir anlamı yoktur. O hâlde adil yargılanma hakkını tamamlayan önemli bir unsur “kararın icrası” hakkıdır. Mahkeme hakkının kullanılmasının temel amacı uyuşmazlıkların kesin biçimde çözülmesidir. AİHM'e göre, bir mahkeme tarafından ele alınan bir uyuşmazlığın sonuçsuz kalmasına izin verilmemelidir. Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından 'yargılama hakkı'nın temel amaçlarından biri, hukuki durumu fiilî duruma dönüştürmektir. Bir sözleşmeci devletin hukuk sisteminde kesinleşmiş bir yargı kararının icra edilmemesi ya da icrasının geciktirilmesi nedeniyle sonuçsuz kalmasına imkân verilmesi hâlinde, mahkeme hakkının içi boşalacaktır. Bir mahkemenin verdiği kararın icrasını engelleyen (idarenin mahkeme kararından doğan borcunu ödememesi veya yürütmenin durdurulmasına dair verilen kararın yürürlüğe girmemesi, icra takip talebinin reddine karar verilmesi veya polis yetkililerinin kararı yerine getirmemesi, dava kazanan tarafa icraya koymak istediği kararı fiilen uygulama imkânı tanıması gibi) pek çok değişik hâllerde bu hakkın kullanılmasına

100 Ahmet Yıldırım [1. B.], B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28; Ahmet Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 41.

101 Filiz Fırat [1. B.], B. No: 2014/10305, 5/12/2017, § 29.

müdahale söz konusu olabilir. Bu durumlarda kararın icrası gerçekleşmediği için AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır¹⁰².

Adil bir yargılanmadan ve bu kapsamda mahkemeye erişmekten bahsedebilmek, ancak devletin ilgili makamlarının mahkeme kararlarına uymaları ile mümkündür. Yetkili kamu kurumlarının bu kararları uygulamadığı ya da geç uyguladığı bir devlette insanlar yargı kararlarıyla kendilerine tanınan hak ve özgürlükleri tam olarak kullanamazlar. Bu nedenle devlet, bireylerin uğrayabileceği hak kayıplarını önlemek için, kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan inanç ve saygıyı korumalı ve yargı kararlarının gecikmeden ve eksiksiz uygulanmasını sağlamalıdır¹⁰³.

Zorlayıcı para cezası ve yargısal emir, mahkeme kararının kesinleşmesini takiben bireylerin daha fazla hak kaybı yaşamaması için getirilen önemli bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere daha çok idare hukuku bağlamında, yargı kararlarının idare organları tarafından tam ve zamanında yerine getirilmemesi hâlinde Fransız idare hukuku uygulamasında karşılaşılan zorlayıcı para cezası ve yargısal emir, doktrinde de birçok yazar tarafından savunulmuş ve hukuk devleti ilkesinin tam olarak tatbiki için bu yaptırımın bir seçenek olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁴.

C. AİHM VE AYM İÇTİHATLARINDA YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde açıkça mahkeme kararlarının icrasından bahsedilmediği için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkını yorumlayarak kararların

102 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2011). s. 632.

103 Halil Afsin ve diğerleri, B. No: 2013/4824, 25/2/2015, § 52; Di Pedel/İtalya, B. No: 15797/89, 26/9/1996, §§ 20-24.

104 Kent, B. (2011). s. 64.

icrası hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM, bu kapsamda *Hornsby/Yunanistan* kararında mahkemeye erişim hakkını, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsayacak şekilde ele almıştır. Bu başvuru; AİHM önüne, Yunanistan'da yaşayan İngiliz vatandaşları Bay ve Bayan Hornsby tarafından getirilmiştir. Başvuru sahipleri, Rodos'ta özel bir dil okulu (*frontistirion*) açmak istemişler ancak Yunan makamları tarafından sadece Yunan vatandaşlarının bu tür bir izin alabileceği gerekçesiyle başvuruları defalarca reddedilmiştir.

Başvuru sahipleri, bu reddin özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6(1). maddesi kapsamında adil yargılanma ve etkili yargısal korunma haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Yunan idare mahkemesi, başvuru sahiplerinin lehine karar vererek milliyet temelinde yapılan dil okulu açma talebine dair reddin Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir. Ancak bu karara rağmen Yunan idari makamları beş yılı aşkın bir süre boyunca gerekli izni vermeyi reddetmiştir. Başvuru sahipleri, bu gecikme ve mahkeme kararına uyulmamasının Sözleşmenin 6(1). maddesi kapsamında etkili yargısal korunma haklarını ihlal ettiğini savunmuşlardır. AİHM, Yunan makamlarının idare mahkemesi kararlarına bu kadar uzun bir süre boyunca uymamasının başvuru sahiplerinin etkili yargı koruması hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). maddesinin ihlal edildiğini belirterek yargı kararının uygulanmasının adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamıştır¹⁰⁵.

AİHM'in *Taşkın ve diğerleri /Türkiye* kararında¹⁰⁶ ise idare organlarının aynı zamanda hukuk devletinin bir unsuru olarak yargı kararlarının uygulanmasından sorumlu olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu başvuru, İzmir'in Bergama ilçesine

105 *Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40.

106 *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 46117/99, 10/11/2004, § 124.

bağlı Ovacık köyü yakınlarında faaliyet göstermesi planlanan bir altın madenine ilişkin çevresel ve hukuki süreçlere dayanmaktadır. Başvurucular, söz konusu altın madeninde sodyum siyanür kullanılarak altın çıkarılmasının yaşamlarını ve çevrelerini tehdit ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, çevresel etkileri göz önüne alındığında madenin işletme izninin iptal edilmesi gerektiğini savunarak iç hukukta idari yargıya başvurmuşlardır. Nitekim önce idare mahkemesi sonrasında da Danıştay, 13 Mayıs 1997 tarihli kararıyla madenin çevresel etkilerinin kamu yararına aykırı olduğunu ve insan sağlığı ile çevreye ciddi zararlar verebileceğini tespit ederek çevre izinlerinin iptaline karar vermiştir. Ancak bu kararın uygulanması gecikmiş ve madene yönelik faaliyetler farklı idari işlemler yoluyla sürdürülebilmiştir. Başvuru kapsamında AİHM, Danıştay kararının uygulanmamasıyla birlikte başvurucuların kazanılmış bir mahkeme kararından doğan haklarının fiilen kullanılamadığına dikkat çekmiş ve bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Öte yandan AİHM, *Apostol/Gürcistan* kararında; Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bir yargı yerine ulaşma hakkının sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil aynı zamanda o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiyi de koruduğunu kabul etmiştir¹⁰⁷. Bu başvuru kapsamında; başvuru Apostol, Batum'da yaşayan bir Gürcistan vatandaşıdır. Başvurucu, çeşitli hukuki süreçlerde yaşadığı adaletsizlikler nedeniyle AİHM'e başvurmuştur. Özellikle Batum Şehir Mahkemesinin kararıyla lehine hükmedilen 2.000 ABD doları tutarındaki alacağın tahsil edilememesi, bu başvurunun temelini oluşturmaktadır. Başvurucu, söz konusu mahkeme kararının bağlayıcı olmasına rağmen icra işlemlerinin başlatılması için gerekli olan "başvuru harcını" karşılayamadığı için kararın uygulanamadığı ileri sürmüştür. Aylık yalnızca 45 Gürcistan laris (yaklaşık 19 avro) emekli maaşı ile geçinen başvuru, bu nedenle icra sü-

107 *Apostol/Gürcistan*, B. No: 40765/02, 28/2/2007, § 54.

recinin başlaması için gereken meblağı ödeyememiştir. Apostol ayrıca diğer hukuki süreçlerde de hak kayıpları yaşadığını ileri sürmüştü fakat AİHM esas olarak icra edilmeyen karar üzerinde yoğunlaşmıştır. Mahkeme, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda bağlayıcı mahkeme kararlarının icra edilebilmesinin adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre icra giderlerinin yükümlülüğü konusunda ön koşulun belirsizliği yani hangi giderlerin talep edildiği ve tutarının net olmaması, başvurunun hak arama özgürlüğünü daha da zedelemiştir. Mahkeme, başvurunun maddi durumu dikkate alınmaksızın yükümlülük altına sokulmasının mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediğini belirtmiştir. Sonuç olarak AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, *Manushaqe Puto ve diğerleri/Arnavutluk* başvurusunda ise mahkemeye erişim hakkını mülkiyet hakkı ekseninde tartışmıştır. Bu başvuru, Arnavutluk'taki mülkiyet haklarına ilişkin olup dört ayrı başvuruda yirmi Arnavut vatandaşı tarafından yapılmıştır. Başvurucular, komünist rejim döneminde ellerinden alınan mülklerin iadesi yerine, kendilerine ödenmesine hükmedilen tazminatların Arnavutluk makamları tarafından icra edilmemesinden şikâyet etmişlerdir. Mahkemeye göre devlet aleyhine birey lehine verilmiş olan nihai bir kararın söz konusu olduğu durumlarda birey ayrı bir icra takibi yapmaya zorlanamaz¹⁰⁸. AİHM bu başvuruda, başvuru- cular lehine verilen kesin mahkeme kararlarının uygulanmamasının, Sözleşme'nin: madde 6 § 1 (adil yargılanma hakkı), madde 13 (etkili başvuru hakkı) ve Protokol No. 1 madde 1 (mülkiyetin korunması hakkı) hükümlerine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise hukuk devleti ilkesini yorumladığı

108 *Manushaqe Puto ve diğerleri/Arnavutluk*, B. No: 604/07, 34770/09, 43628/07, 31/7/2012, § 71.

bir kararında; “...devletin tüm işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olmasının zorunlu olduğunu, Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan ‘İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.’ hükmünün yalnızca yargıya erişimi değil, yargısal denetimin etkili şekilde sonuç doğurmasını da güvence altına aldığını” belirtmiştir. Mahkeme, hukuka aykırılığı tespit edilen bir idari işlemin gereğinin idarece yerine getirilmemesinin yargı yolunun açık tutulması ilkesini fiilen anlamsız kılacağına; hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün yalnızca hukuka aykırılıkların ortaya konulmasıyla değil, bu aykırılıkların tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğine işaret etmiştir¹⁰⁹. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesine göre Anayasa’nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır¹¹⁰.

Bireysel başvuru yolunun uygulamaya girmesi ile birlikte Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkının kapsam ve sınırlarını yorumladığı önemli kararlar vermiştir. Mahkeme, *Arman Mazman* başvurusunda; Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasının yasama ve yürütme organları ile idareye mahkeme kararlarına uyma ve bu kararları hiçbir değişiklik yapmaksızın yerine getirme yönünde açık bir yükümlülük yüklediğini, bu düzenlemenin herhangi bir istisnaya yer vermediğini vurgulamıştır. Mahkeme, yargı kararlarının zamanında ve eksiksiz biçimde yerine getirilmemesinin başvuru-cuların mahkeme kararlarıyla tanınan hak ve özgürlüklerden fiilen yararlanmalarını engelleyerek adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkını işlevsiz hâle getirdiğini değerlendirmiştir. Bu çerçevede devletin bireylerin hak kaybına uğramasını önlemek, kamu otoritesine ve hukuk düzenine duyulan güveni korumak amacıyla mahkeme kararlarının icrasını

109 AYM, E.2012/73, K.2013/107, 3/10/2013.

110 AYM, E.2009/27, K.2010/9, 14/1/2010.

gecikmeksizin sağlamakla yükümlü olduğuna dikkat çeken Mahkeme, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin yargı kararlarının uygulanmamak suretiyle sonuçsuz bırakılmasına izin vermediğini belirtmiştir¹¹¹. İdarenin ve ilgili makamların bu yükümlülüğünü aynı zamanda “kesin hükme saygı” olarak da niteleyen Mahkemeye göre; “...Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır.”

Anayasa Mahkemesine göre; kararın icrası hakkı, mahkemeye erişim hakkı ve karar hakkı ile birlikte adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan mahkeme hakkının bir unsuru oluşturmaktadır¹¹². Bu kapsamda *Ahmet Yıldırım* başvurusunda Mahkeme, bir uyuşmazlığa dair yapılan yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olmasının yeterli olmayacağına, bu mahkeme kararının etkili bir şekilde uygulanmasının da gerektiğine dikkat çekmiştir. AYM'ye göre, hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hâllerinde, “mahkemeye erişim hakkı” anlamını yitirir¹¹³.

Öte yandan yukarıda da dikkat çekildiği üzere hukuka aykırı işlemin mahkeme kararıyla tespit edilmesi sonrasında mahkeme kararının icrası için idarenin bir adım atmış olması oldukça önemlidir. Aksi hâlde AYM'ye göre; “...idari makam-

111 *Arman Mazman* [2.B.], B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 61.

112 *Filiz Fırat* [1.B.], B. No: 2014/10305, 5/12/2017, § 29.

113 *Ahmet Yıldırım* [1.B.], B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28; benzer karar olarak *Mustafa Ekşi* [1.B.], B. No: 2014/7711, 24/1/2018, § 27.

ların yargı kararını yerine getirmek amacıyla ne gibi girişimlerde bulunduğu, konuyu hızlandırmak için nasıl tedbirler aldığı...” ortaya konulamazsa kararın icrası hakkı ihlal edilmiş olur¹¹⁴.

Zorlayıcı para cezası ve yargısal emir, yukarıda yer verdiğimiz AİHM ve AYM kararlarında tespit edilen hak ihlallerinin ortaya çıkmasını engellemek adına önemli bir mekanizma oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin yerleşik olarak uygulandığı yerlerde, sadece mahkeme kararının varlığı ve sonrasında lehdarı tarafından kararın icrasına yönelik bir başvurunun idare organları ve ilgililer tarafından uygulanıyor oluşu beklenir. Ancak hukuk sisteminde, mahkeme kararının yerine getirilmesini temin eden ve yerine göre yaptırımla desteklenmiş bir sistemin bulunması, mahkemeye erişim hakkını ve dolayısı ile adil yargılanma hakkını daha anlamlı kıldığını bu hakları güçlendirdiğini söylemek mümkündür.

SONUÇ

Bu çalışma, genel olarak mahkeme kararlarının özelde ise idari yargı kararlarının etkin şekilde uygulanmasının hukuk devleti ilkesinin temel bir gereği olduğunu ortaya koymaktadır. Fransız idari yargı sisteminde geliştirilen *injonction* (yargısal emir) ve *astreinte* (zorlayıcı para cezası) mekanizmalarının idarenin yargı kararlarına uyumunu sağlamada ne denli etkili araçlar olduğu görölmüştür. Özellikle 1980, 1995 ve 2019 reformlarıyla güçlendirilen bu mekanizmalar, idare üzerinde caydırıcı bir etki yaratarak kararların zamanında uygulanmasını temin etmekte ve böylece bireylerin temel haklarının korunmasını güvence altına almaktadır.

Türk idari yargı sisteminde ise 2577 sayılı İYUK’un 28. maddesi, kararların uygulanmasını düzenlemekle birlikte idareyi doğrudan zorlayıcı yaptırımlarla karşı karşıya bırakmadığı için yetersiz kalmaktadır. Mevcut düzenleme, idare-

114 Nevzat Kaya [2.B.], B. No: 2021/45805, 8/1/2025, ř 39.

nin takdir yetkisini aşan ve uygulamayı somut olarak yönlendiren araçlardan yoksundur. Bu durum, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilmektedir. Fransız modelindeki gibi yargısal emir ve zorlayıcı para cezası mekanizmalarının benimsenmesi, bu sorunların aşılmasında önemli bir adım olacaktır.

Son tahlilde, Türk idari yargı sisteminin etkinliğinin artırılması için Anayasa ve 2577 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklerle yargısal emir ve zorlayıcı para cezası benzeri mekanizmaların hayata geçirilmesi önerilebilir. Bu kapsamda, idari yargı mercilerine kararların uygulanma sürecini izleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisi tanınmalıdır. Ayrıca idarenin yargı kararlarına uyumunu güçlendirmek amacıyla kamu görevlilerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin gözden geçirilmesi de faydalı olacaktır. Bu tür reformlar, yalnızca hukuk devleti ilkesini güçlendirmekle kalmayacak; aynı zamanda bireylerin yargısal korunma hakkını da daha etkin hale getirecektir.

Nihayetinde idari yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin yaşanan sorunların çözümü, karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak geliştirilecek kapsamlı bir reform paketiyle mümkün olabilecektir. Fransız modelinin sunduğu deneyimler ışığında hazırlanacak anayasal ve yasal düzenlemeler, hem idarenin yargısal denetime uyumunu artıracak hem de bireylerin mahkemeye erişim hakkını güçlendirecektir. Bu bağlamda kanatimizce ilgili tüm paydaşların katılımıyla gerçekleştirilecek bir reform süreci, hukuk devleti ilkesinin gereği olan etkin bir idari yargı sisteminin inşasına önemli katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Müslüm (2008). *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- AKYILMAZ, Bahtiyar (2007). “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 1., ss. 449-470.
- ATAY, Ender Ethem (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BOURDON, Pierre, MORAND-DEVILLER, Jacqueline ve POULET, Florian (2023). *Droit administratif*, Paris: LGDJ.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2004). *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, İstanbul: Asil Yayıncılık.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2024). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DEBBASCH, Charles ve COLIN, Frédéric (2021). *Droit administratif*, Paris: Économica.
- DOĞRU, Osman ve NALBANT, Atilla (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. I, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- ERKUT, Celal (2009). “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu: 11 Mayıs 2009*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 79, Ankara, ss. 23-39.
- GJIDARA, Marc (2015). “Les causes d'inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, C. 52., S. 1., ss. 69-109,
- GÜNDAY, Metin (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- KALABALIK, Halil (2022). *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KAYA, Cemil (2011). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

- KENT, Bülent (2011). “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4., ss. 45-66.
- LABBAY, Alexandre (2021). “L’astreinte, un nouveau mode de financement au service de l’environnement? (CE, Ass., 10 juillet 2020, Association Les amis de la Terre France, n° 428409)”, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, S. 19.
- LECLERC, Caroline (2015). *Le renouvellement de l’office du juge administratif français*, Paris: L’Harmattan.
- ÖRÜCÜ, Esin (2021). “Conseil d’État: Türk İdare Hukukunun Fransız Katmanı”, Doru, Seyit Rasim (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70., S. 1., ss. 47-73.
- PLESSIX, Benoît (2022). *Droit administratif général*, Paris: Lexis Nexis.
- REID, Karen (2019). *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, London: Sweet&Maxwell.
- RIVERO, Jean (1962). “Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Chronique VI, ss. 37-40.
- ROLAND, Drago (1963). *Autour de la réforme du Conseil d’État*, AJDA, ss. 524-536.
- SANCAKDAR, Oğuz ve ÖNÜT, Lale Burcu (2024). *İdari Yargılama Hukuku-Genel Esaslar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SAUVÉ, Jean-Marc (2014). “L’injonction – La loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique”, *Discours et interventions Conseil d’État*, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique> (Erişim tarihi: 2/4/2025)

- STIRN, Bernard (1999). “La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes”, *La Revue administrative*, C. 52., S. 7., ss. 134-138.
- UÇAR, İsmail (2023). *İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulü: Fransa ve Türkiye Örneği*, Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Doktora Tezi.
- UÇAR, İsmail (2024). “Geleneksel İdari Yargılama Usulünün Temel Hak ve Özgürlükleri Korumadaki Yetersizliğini Gidermeye Yönelik Modern Yöntemler: Fransa’da Özgürlük İvedi Yargılaması (Référé-Liberté) Örneği”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 42., Özel S. 1., ss. 39-88.
- ULUER, Yıldırım (1970). *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- YAŞAR, Hasan Nuri (2013). *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YILDIRIM, Ramazan ve ÇINARLI, Serkan (2018). *Türk İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Astana Yayınları, C. I.
- YILDIRIM, Turan (2006). “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *Journal of Human Sciences*, C. 8., S. 1.



ANAYASA MAHKEMESİNİN KARAR ÖNCESİ VE SONRASINDA BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ İCRASINDAKİ ROLÜ

The Role of the Constitutional Court in the Execution of Individual Application Judgments During Pre- and Post-Judgment Stages

Özcan ALTAY*

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin (AYM) şimdiye kadar bireysel başvuru kararlarının icrasında aktif olduğu aşama, karar gerekçesinde ve hüküm fıkrasında temel hak ve özgürlük ihlallerinin etkili ve pratik şekilde giderilmesini sağlayacak bireysel (yeniden yargılama, tazminat vb.) ve genel tedbirlerin (pilot karar usulünün uygulanması vb.) belirtildiği karar aşaması olmuştur. Oysaki yargı kararlarının etkili şekilde icrası, mahkemelerin yalnız karar aşamasında değil karar öncesi ve sonrasında da aktif olmalarını gerektirebilmektedir. Bu perspektiften bakıldığında AYM, esas karar öncesinde geçici nitelikteki tedbir kararlarının alınmasında ve karar sonrasında kararların icra edilip edilmediğinin denetiminde karar aşamasına nazaran çok daha sınırlı bir rol üstlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına yönelik çalışmalarıyla öne çıkan Keller ve Martí'nin, AİHM'in kendi kararlarının icrasına yönelik fonksiyonunu incelediği makalesinde ele aldığı gibi kararların icrasının karar öncesi, kararla birlikte ve karar sonrasında olmak üzere üçlü yapıda analiz edilmesi daha etkili bir icra sisteminin inşası için işlevseldir. Bu tasnif baz alınarak çalışmada; AYM'nin

* Yasama Uzmanı, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, altay.ozcan@tbmm.gov.tr, ORCID: 000-0001-9765-2547

bireysel başvuru ihlallerinin giderilmesine yönelik olarak kararlarla birlikte aldığı yeniden yargılama veya tazminat gibi tedbirlerin değil, kararların icrası bakımından ihmal edildiğini düşündüğümüz karar öncesi ve sonrasındaki aşamaların üzerinde durulacak, ayrıca bu aşamalara dair önerilere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, kararların icrası, geçici tedbir, eski hâle getirme, kararların icrasının denetimi.

ABSTRACT

The stage at which the Turkish Constitutional Court (TCC) has taken an active role so far in the execution of individual application judgments has been the decision stage, in which the Court specifies individual measures (reopening of proceedings, compensation, etc.) and general measures (application of pilot judgment procedure, etc.) which aim to remedy violations of fundamental rights and freedoms effectively and practically. However, the effective execution of judicial judgments may require courts to be active not only during the decision-making stage but also before and after the judgment. From this perspective, the TCC has assumed a much more limited role in the adoption of interim measures before the final judgments and in monitoring the execution of judgments after they are issued, compared to its role during the decision-making stage. As highlighted by Keller and Marti, who are well known for their studies on the execution of judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR), the execution of judgments can be analysed in a three-stages before the judgment, within the judgment, and after the judgment. Such a classification is functional for constructing a more effective system of execution. Based on this classification, this study focuses on the stages before and after the judgment, which we consider to have been overlooked in terms of the execution of judgments, rather than the measures adopted by the Constitutional Court within its decisions to redress individual application violations, such as ordering of retrial or awarding of compensation. The study also offers recommendations regarding these stages.

Keywords: Individual application, execution of judgments, interim measure, restitution, review of the execution of judgments.

GİRİŞ

Anayasa'da ve diğer alt normlarda bireysel başvuru kararlarının icrasının denetimine veya takibine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'da bireysel başvuruya yönelik olarak bireysel başvurunun konu bakımından kapsamı, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması (Ay. mad. 148/3-son cümle), başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı (Ay. mad. 148/4), bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabileceği (Ay. mad. 149/1), Mahkemenin iki bölüm ve Genel Kurul hâlinde çalışacağı (Ay. mad. 149/2) ve bireysel başvurularda duruşma yapılabileceği (Ay. mad. 149/6) düzenlemelerine yer verilmiştir. Bunlar dışındaki usul ve esasların ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir (Ay. mad. 148/5). Genel olarak AYM kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığını düzenleyen 153. maddede de kararların nasıl icra edileceğine dair bir ayrıntı yoktur.

Bu hükümlere istinaden 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (6216 s. Kanun) ve 12/7/2012 tarihli Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (AYM İçtüzüğü) ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir ancak bunlarda da doğrudan bireysel başvuru kararlarının icrasının denetlenmesine yönelik, söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 46. maddesi benzeri, bir hükme yer verilmemiştir.

Bununla birlikte mevzuatta kararların icrasını sağlamaya yönelik bazı usul hukuku kurallarının benimsendiği görülmektedir. Bunlardan en önemlisi kararların hukuki sonuçlarına dair önemli düzenlemeler içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesidir. Bu maddede özetle uluslararası hukukta haksız fiil sorumluluğu hukukunda ve daha sonra insan hakları hukukunda benimsenen *restitutio in integrum* (eski hâle getirme) kuralının gereği olarak bireysel başvuruda tespit edilen hak ihlallerinin kaldırılması ve başvuru sahiplerinin mümkün oldu-

ğunca ihlal öncesi konumlarına kavuşmalarını sağlamak için gerekli tedbirlerin AYM tarafından ihlal kararları kapsamında alınması mümkün kılınmıştır. AYM İçtüzüğü'nün 79. maddesi de büyük oranda kanundaki düzenlemeleri tekrar etmiştir. 50. maddenin birinci fıkrası yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemlerinden ileri gelen olumsuz sonuçların giderilmesi bakımından -yerindelik denetimi yapmama ve idari işlem veya eylem niteliğinde karar vermeme koşuluyla- genel bir yetki verirken ikinci fıkra ise mahkeme kararlarından kaynaklı ihlallerin giderilmesi için yeniden yargılama, tazminat ve genel mahkemelerde dava yolunun gösterilmesi gibi spesifik tedbirlere başvurulabilmesi hususlarını düzenlemiştir.

Söz konusu hükümler kararların icrası sürecine ilişkin olmakla birlikte aslında esas karara bağlı olan ve hüküm sonuçlarını gösteren talimatlardır. Uluslararası insan hakları hukuku terminolojisiyle ifade edilecek olursa ihlalin kaldırılmasında başvurulana bireysel ve genel tedbirlerdir¹.

6216 sayılı Kanun'a ilişkin ilk taslak metinde öngörüldüğünün aksine AYM'nin ihlal tespiti (ihlal kararının) ilgili kamu gücü işlemini iptal gücüne sahip olmaması ihlalin giderilmesi için gerekli bu ek tedbirlerin AYM dışındaki makamlarca icra edilmesini gerektirmektedir. Kanun'da ve İçtüzük'te bu işlemlerin nasıl gerçekleştirildiğine dair ayrıntıların yer almaması bu tedbirlerin icrası usulünün ve sürecinin büyük oranda muhatap makamlarca genel hükümlere göre yürütülmesi neticesini doğurmaktadır.

1 Bu kavramlaştırmada bireysel tedbirler temel hak ve özgürlük ihlallerinin doğrudan başvuru sahiplerine yönelik olumsuz etkilerinin durdurulması ve ortadan kaldırılmasına yönelik tazminat, yeniden yargılama vb. gibi tedbirleri ifade ederken; genel tedbirler kanun veya diğer normlarda düzenleme yapılması, yargı içtihatlarının değişmesi gibi somut başvurunun ötesinde etkileri olan, sistematik sorunların giderilmesi ve benzer konularda başvuruların tekrar etmesini önlemeyi amaçlayan tedbirlerdir. AİHM özelinde bkz. Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights-The Supervision Process, <https://tinyurl.com/hhhv2abj>, (Erişim Tarihi: 13/6/2025)

Çizdiğimiz bu tablodan ve genel olarak 13 yıllık bireysel başvuru tecrübesinden anlaşılabileceği üzere AYM'nin, anayasa yargısının genel özelliklerinin de etkisiyle, bireysel başvuru kararlarının icrasında üstlendiği rol büyük oranda esas kararın alınması sürecine odaklanmıştır. Oysaki Keller ve Marti'nin² AİHM kararlarının icrasının zaman içinde “yargı-sallaşması” (*judicialization*) süreci içinde değerlendirdiği gibi, bireysel başvuru kararlarının icrasının; karar öncesi, kararla birlikte ve karar sonrası şeklinde üç boyutta değerlendirilmesi etkili bir icra sisteminin kurulabilmesi açısından ilham vericidir.

Bu perspektiften bakıldığında öncelikle geçici nitelikteki tedbir kararlarının esas kararın icra edilmesine etkisinin önemsenmediği göze çarpmaktadır. Öğretide sıklıkla eleştirilene uğrayan tedbir kararlarının, AYM İçtüzüğü'nde yapılan ve 5/8/2025 tarihli ve 32977 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan değişiklik öncesindeki düzenlemeye bağlı olarak, konu bakımından kapsamının dar tutulması dolaylı olarak ihlallerin giderilmesinin temel amacı olan eski hâle getirmeyi de güçleştirmekte; tazminat giderimini, ihlallerin kaldırılmasında sahip olması gereken tamamlayıcılık işlevinden uzaklaştırarak asli (birincil) bir giderim şekline dönüştürmektedir. Buna karşın AYM, görece etkin olduğu karar esnasında yukarıda zikredilen Kanun ve İçtüzük hükümlerini olabildiğince geniş yorumlayarak, somut başvuruda ihlallerin kaldırılmasına yönelik bireysel (yeniden yargılama vb.) ve genel (TBMM'ye gerekli yasal düzenlemelerin yapılması için çağrı yapılması, pilot karar usulünün uygulanması vb.) tedbirlere hükmetmektedir. Hatta bazı durumlarda ihlali gidermekle yükümlü makamlara tedbirlerin nasıl icra edileceğine ilişkin ek spesifik bildirimler (yeniden yargılamada duruşma yapılması, infazın

2 Adı geçen yazarların aşağıda da referans gösterilecek çalışması “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments (Kararların Uygulanmasını Yeniden Kavramlaştırmak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrasının Yargısallaşması)” başlıklı makedir.

durdurulması gibi) de yapılabilmektedir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi, AİHM'in 90'lı yılların ortasından itibaren Avrupa Konseyi'nin Soğuk Savaş sonrasında genişleme süreci ve akabinde artan iş yüküne paralel olarak takınmaya başladığı kararların icrasına yönelik aktivist tutumu, 6216 sayılı Kanun'un 49. ve 50. madde düzenlemelerinin de etkisiyle en başından benimsemiştir. AYM'nin bireysel başvuru kararlarının icrasında en etkili olduğu aşama şimdiye kadar bu aşama olmuştur.

Kanaatimizce AYM'nin bireysel başvuru kararları sonrasında icra sürecine katılımı ve katkısı da karar aşamasına nazaran eksik kalmıştır. AYM uygulamasında bu süreç büyük oranda ihlal kararının kısmen veya tamamen uygulanmadığı, dolayısıyla tespit edilen ihlalin giderilmediği yönündeki şikâyetlerin yeni bir bireysel başvuru yoluyla incelenmesi üzerinden yürütülmüştür. Kamuoyunda yoğun şekilde tartışılmış olan Şahin Alpay, Mehmet Hasan Altan, Kadri Enis Berberoğlu ve Şerafettin Can Atalay'ın lehlerindeki ihlal kararlarının icra edilmediği gerekçesiyle yaptıkları başvuruların incelenmesinde de bu çerçevede bir yargısal denetim yapılmıştır. Oysaki AİHS'in 46. maddesinde ve aşağıda ayrıntılı incelenecek bazı ülke örneklerinde olduğu gibi doğrudan bireysel başvuru kararının icrasına yönelik ihlal prosedürü (*infringement procedure*), icra emri (*Vollstreckungsanordnung*) gibi yahut Türkiye'de mevzuatta yer alan ancak pratikte etkili şekilde uygulanmayan hükmün tavzihi gibi kararların icrasında etkili olabilecek mekanizmalar bulunmaktadır.

Diğer taraftan 6216 sayılı Kanun ve AYM İçtüzüğü uyarınca bireysel başvuru ihlal kararlarının ilgili kamusal işlemlerin iptalini gerektirmemesi ve ihlalin sona erdirilmesi veya giderilmesinin ihlalle ilişkili kamusal makamlara bırakılması, Türkiye özelinde bireysel başvuru kararlarının idari açıdan izlenmesi veya denetiminin önemini de artırmaktadır. Bu doğrultudaki idari işlevlerin mevcut durumda 6216 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği

ve Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in Ek 1., 2. ve 3. maddelerinde gösterilen görevleri yerine getiren AYM Kararlar Müdürlüğü eliyle gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Bu genel tespitler çerçevesinde makalede öncelikle AYM'ye bireysel başvuru kararlarının icrasının ihmal edildiğini düşündüğümüz evreleri olan karar öncesi ve sonrasına ilişkin mevcut durum aktarılacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak tedbir kararlarının, kararların icrasında görebileceği potansiyel işlevin altı çizilecektir. Akabinde karar sonrasında yürütülen mevcut yargısal ve idari denetim mekanizmaları değerlendirilerek söz konusu araçların geliştirilmesi olanaklarına bakılacaktır. Bu noktada yargısal denetim, kararın icrasına doğrudan etki eden usuller ve ihlal kararlarının icrasının yeni bir bireysel başvuru yoluyla denetlenmesi şeklinde iki ayrı başlık altında incelenecektir. İdari denetim kısmında ise pratikte AYM Genel Sekreterliği ve AYM Kararlar Müdürlüğü'nün gerçekleştirdiği izleme mekanizması kapsamında gerçekleştirilen işlemler ve bunların etkileri değerlendirilecektir. Makalede her bir denetim pratiği özelinde AİHM ve bireysel başvuru benzeri anayasa yargısına bireysel erişime imkân tanıyan bazı ülke örneklerinde yer alan düzenlemelere dikkat çekilecektir. Bu örnekler ve genel olarak Türkiye uygulamasında, bireysel başvuru kararlarının icra edilmemesinin bütün hukuki, idari ve cezai sonuçlarına değil, doğrudan kararın icrasını sağlama-ya yönelik idari ve yargısal mekanizmaların genel özelliklerine odaklanılacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARAR ÖNCESİNDE İCRA SÜRECİNE KATILIMI

Diğer mahkemeler gibi AYM'nin de karar öncesinde ilgili kararın icrasına ilişkin fonksiyonu geçici nitelikteki tedbir kararlarının³ verilmesiyle başlamaktadır. Buna karşılık 6216

3 Tedbir niteliğindeki kararların yargılama sonunda verilecek nihai kararın etkisini korumaya (dolayısıyla kararın etkili şekilde icra edilmesini

sayılı Kanun'un 49. ve AYM İktüzüğü'nün 73. maddesi ile AYM'ye verilen bireysel başvuruda tedbir kararı verme yetkisinin kararların icrasına etkisi şimdiye kadar ihmal edilmiştir. Aşağıda tedbir kararlarının bu yönü vurgulanacak, AYM'nin tedbir yetkisini dar yorumlamasının kararların icrasına etkisi ile birlikte tedbir kararlarının icrasının denetimi konularına yer verilecektir.

A. GENEL OLARAK GEÇİCİ TEDBİRLERİN KARARLARIN İCRASINA ETKİSİ

AYM, 6216 sayılı Kanun'un 49. ve AYM İktüzüğü'nün 73. maddesi uyarınca geçici ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen tedbir kararları alma yetkisine sahiptir. Bireysel başvuru yapılmasının kesinleşmiş kamu gücü işlemlerinin icrasını durdurumaması, bazı acil hâllerde tedbir kurumunu gerektirmektedir. Bireysel başvuru incelemesi neticesinde bir ihlal kararının, geçmişe etkili olarak bireyin temel hakkını korumak bakımından etkisiz kalması özellikle yaşam hakkı, kötü muamele yasağı ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin durumlarda kuvvetle muhtemeldir⁴. Venedik Komisyonu da anayasa mahkemelerince verilen bireysel başvuru benzeri kararlarda, ihlalin ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması yahut ihlal sebebiyle meydana gelecek zararın artacak olması hâllerinde tedbire hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵.

Uluslararası alanda insan haklarının korunmasında ihlallerin giderilmesi ve daha öncesinde devletlerin haksız fiillerinden ileri gelen zararların telafi edilmesinde eski hâle getirme (*restitution*) ilkesine başvurulmaktadır. Bu kavramın kökeni aslen Roma hukukunda da kullanılmış olan "*restitutio*

sağlamaya) yönelik genel niteliği için bkz. Göztepe, E. (2017). *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 238-241.

4 Turan, H. ve Koç, M. İ. (2015). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda Sağlık Nedeniyle Tedbir Uygulaması", *TAAD*, S. 22., s. 340.

5 Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 73.

in integrum” adlı kuruma dayanmaktadır⁶. Roma’da bu hukuki araca, hile veya tehdit sebebiyle sakat bir sözleşmeden kaynaklı durumun sözleşme öncesine çevrilmesi için başvurulmuştur⁷. Uluslararası Adalet Divanı kararlarında ve daha sonra Uluslararası Haksız Fillerden Ötürü Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler (*Draft Articles on Repsonsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) içinde yer aldığı şekliyle bu ilke, uluslararası alanda haksız bir fiil nedeniyle sorumlu olan devletlerin, haksız fiil öncesindeki durumu yeniden tesis etme yükümlülüğünü karşılayacak şekilde kullanılmıştır⁸. Bu doğrultuda temel hakların korunması alanında da bu yükümlülüğün ilgili kamu makamlarınca yerine getirilmesi için öncelikle ihlale son verilmesi gerekir. Hatta uluslararası hukukta devletlerin haksız fiilin (ve geniş anlamda zararın) giderilmesi yükümlülüğünden bağımsız olarak (hukuk devleti ilkesi uyarınca) öncelikle fiile son vermeleri (*cessation*) ve tekrarını önlemeleri gerekir. Bu doğrultuda fiile son verme bazı hâllerde giderimin bir parçası olsa da aslında uluslararası hukukla bağlılığın doğal sonucudur⁹.

Uluslararası hukuktaki bu yaklaşım, genel olarak, ulusal ve uluslararası insan hakları hukukunda da kabul görmüştür. Bireysel başvuru tipi hukuksal hak arama yollarında tedbir ara kararlarının öncelikli amacı, temel hakların inceleme esnasında korunması ve ihlalin durdurulmasıdır. Bu doğrultuda temel hakların korunması şeklindeki genel ifadeden ilkin bu

6 Haasdijk, S. (1992). “The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies”, *Leiden Journal of International Law*, C. 5., S. 2., s. 250.

7 Shelton, D. (2005). *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, s. 172; Bilgin, F. K. (2014). *Uluslararası Hukukta Restitutio in Integrum İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 3.

8 Çakmak, U. R. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 46.

9 Buyse, A. (2008). “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Laws”, *ZaöRV*, C. 68., s. 130.

tip koruma mekanizmalarında bulunması gereken güvenceleme (*Sicherungsfunktion*) fonksiyonu anlaşılmalıdır. Bu sayede temel hakların mevcut hâllerıyla korunması ve ileride verilecek esasa ilişkin kararların etkili şekilde icrası mümkün olmaktadır. Bu tip geçici tedbirlerin ikinci fonksiyonu ise başvuru-
vurucuların tatmin edilmesidir (*interimistische Befriedungsfunktion*). Böylelikle ihlal önceki durumun korunması ve bu yolla başvuru-
vurucuların esas hakkındaki kesin karar alınıncaya dek başvurudan yararlanması sağlanmaktadır¹⁰.

23 Şubat 2024 tarihinde değişen AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi geçici tedbirlerin bahsettiğimiz bu işlevlerini açık biçimde vurgulamaktadır. Yeni hâliyle 39. maddenin ilk fıkrası, “*Mahkeme istisnai hâllerde bir tarafın veya ilgili diğer kişilerin talebi üzerine veya resen alınmasını gerekli gördüğü her türlü geçici tedbiri taraflara bildirebilir. Bu tedbirlere niteliği gereği giderilmesi, eski hâle getirilmesi veya yeterli düzeyde tazmin edilmeye uygun olmaması sebebiyle bir hakka yönelik telafisi mümkün olmayan zararın meydana gelme riskinin bulunduğu durumlarda, tarafların menfaatleri veya yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi açısından başvurulabilir.*” şeklini almıştır. Böylelikle AİHM tarafından devletler üzerinde bağlayıcı olduğu kabul edilen ve uyulmadığında başka bir ihlale sebebiyet veren tedbir kararlarının¹¹ somut biçimde kararların icrasına etkisi ortaya konulmuştur. Gerçekten de geçici tedbirler sayesinde AİHM'in, başvurunun incelenmesinin ileri aşamalarında ihlalin kaldırılması ve başvuru-
vurucuların ihlal öncesi konumuna kavuşmalarının (eski hâle getirmenin) imkânsız veya çok güç hâle gelmesinin önüne geçme şansı doğmaktadır. Örneğin sınır dışı edileceği ülkede kötü muamele göreceği iddiasını taşıyan bir başvuru-
vurucu lehinde tedbir kararı verilmemesi veya alınan tedbir kararının taraf devletçe uygulanmaması sonucunda başvuru-
vurucunun uğrayacağı fiziksel ve manevi zararların giderilmesi güçleşecek

10 Şirin, T. (2013). *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 604-605.

11 *Paladi/Moldova* [BD], B. No: 39806/05, 10/3/2009, § 88.

ve başvurucunun uğradığı ihlal gereği tatmin edilmesi bu doğrultuda ancak tamamlayıcı ve ikincil bir rolü olan tazminata indirgenecektir¹².

Ancak sözünü ettiğimiz 2024 yılında gerçekleşen içtüzük değişikliğinde yapılan vurguların aksine AİHM, şimdiye kadar tedbir kararlarının alınmasında eski hâle getirmeyi, dolayısıyla kararın icrasını garantiye alma kriterini pek dikkate almış görünmemektedir. Mahkeme, İchtüzük'ün 39. maddesinde yer verilen geçici tedbir kararlarını çok istisnai biçimde ve büyük çoğunlukla başvurucunun yaşamı veya maddi varlığının ciddi tehlike altında olduğuna kanaat getirdiği yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağı dosyalarında almıştır. AİHM'in geçici tedbir kararını belli haklarla sınırlı tutması, eski hâle getirmeye daha uygun olan mülkiyet hakkı gibi (örneğin ihlale konu mülkün yıkılmasını engellemek için) haklarda tedbirin uygulanmaması sonucunu doğurmuştur¹³.

Sonuç olarak AİHM uygulamasına da yansıdığı şekliyle tedbirin bireysel başvuru kararlarının icrasına etkisinin sınırlı kalması, en çok tedbir kararlarının kapsamının dar tutulmasının sonucudur. Oysaki bireysel başvuruda tedbir gibi geçici hukuki koruma araçlarının en temel amacı, eski bir AYM kararının karşı oylarında isabetle belirtildiği gibi yargısal başvuruya konu edilmiş ve *“tehlikede olan hakkı emniyet altına almak, verilecek hükümün neticelerini evvelden mahfuz tutarak icrasını sağlamaktır.”*¹⁴.

B. AYM'YE BİREYSEL BAŞVURUDA TEDBİRİN KAPSAMI VE KARARLARIN İCRASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AYM önünde yapılan bireysel başvuru, bir temel hak veya

12 Keller, H. ve Marti, C. (2016). “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments”, *The European Journal of International Law*, C. 26., S. 4., s. 833-834.

13 a.g.e. s. 834.

14 AYM, E.1963/162, K.1964/19, 13/3/1964.

özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen kamusal işlemin yürürlüğünü durdurmamaktadır. Dolayısıyla ihlal iddiasının ağırlığı ya da AYM'nin benzer konuya ilişkin emsal kararlarının açıkça ihlal sonucuna işaret etmesi tek başına ihlalin durdurulması için yeterli değildir. Bu nedenle etkili bir hak arama yolu olduğu iddiasını taşıyan bireysel başvuru kapsamında AYM'ye, temel haklara müdahalenin telafisi imkânsız zararlara yol açmasını önlemek amacıyla tedbir kararı alma yetkisi verilmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa'da yer almamakla birlikte, bireysel başvuru kapsamında 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinde esas incelemesi sırasında *"Bölümlerin temel hakların korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurusunun talebi üzerine karar verebileceği"* düzenlenmiştir. Düzenlemeden anlaşılabacağı üzere tedbirin ölçüsü temel hakların korunması için zorunlu olmasıdır. Bu geçici tedbirlerin bahsettiğimiz güvenceleme fonksiyonunun bir özelliğidir. Burada önemli olan bu zorunluluğun tespitinde kullanılan kriterlerdir. Bu konuda yön gösterici ve ayrıntılı düzenlemeler 6216 sayılı Kanun yerine AYM İçtüzüğü'nde düzenlenmiştir. İçtüzük'ün "Tedbir kararı" başlıklı 73. maddesinin 5/8/2025 tarihli ve 32997 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklikten önceki hâlinde gerekli tedbirlere başvurulabilmesi, Kanun'dan farklı olarak sınırlayıcı bir ön koşula bağlanmıştır. Bu koşul *"başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmıştır."* Söz konusu değişiklikle başvurusunun doğrudan yaşamını veya maddi ve manevi bütünlüğünü ilgilendirenler haricindeki temel haklara yönelik olarak da tedbir kararı alınabilmesinin önü açılmıştır¹⁵.

Bireysel başvuru uygulamasının başından itibaren geçerli olan düzenlemeye bağlı olarak AYM, tedbir kararlarını ancak

15 Değişiklik sonrası AYM İçtüzüğü'nün tedbir kararlarına ilişkin 73/1 madde hükmü şu şekli almıştır: *"Başvurucunun temel haklarına, özellikle yaşamına ya da maddi veya manevi varlığına yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmıştır, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurusunun talebi üzerine karar verilebilir."*

yaşam hakkına ve kişinin maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike ya da riskin varlığı hâlinde vermiştir. Buna ek olarak tehlike veya risk iddiasının belli bir ağırlıkta, kişisel ve güncel olması şartı da aranmıştır¹⁶. İlk bakışta belli bir temel hak veya özgürlükle sınırlı değilmiş gibi görünen bu koşullar, AYM'nin daraltıcı yorumlarıyla birleştiğinde, tedbir kararlarının yalnızca yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme¹⁷; hükümlü veya tutuklular hakkında sağlık durumu veya hastalık dolaısıyla yaşam hakkı veya kötü muamele yasağına müdahale edilmesi¹⁸ ve yine başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmeleri hâlinde aile birliğinin bozulması¹⁹ durumlarıyla sınırlı kalmasına yol açmıştır. Bu nedenle bireysel başvuru kapsamındaki haklar bakımından tedbir kararlarının yaygınlaşması genel olarak manevi bütünlük kavramının AYM tarafından geniş yorumlamasına bağlı kalmıştır²⁰.

Bu düzenleme ve uygulamalar neticesinde bireysel başvuru hakkının etkili şekilde kullanılmasının önemli araçlarından olan tedbir kararlarının kapsamı, 5/8/2025 tarihinde yürürlüğe giren değişikliğe kadar, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı şekilde kanunla değil AYM İçtüzüğü ile sınırlandırılmıştır²¹. AYM daha önce idari yargıda yürütmeyi durdurma yetkisini 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzle-

16 Göztepe, E. (2017). s. 241-255.

17 Birçok örnek arasından bkz. *M.E. ve diğerleri*, B. No: 2020/18186, 24/1/2024, § 5; *Tahir Nurmetov*, B. No: 2020/22672, 12/3/2025, § 3; *Azıjon Hikmatov*, B. No: 2015/18582, 10/5/2017, § 5.

18 Örnek olarak bkz. *Hatice Şahnaz*, B. No: 2019/17440, 18/1/2022, § 21; *Kadir Altınışık*, B. No: 2021/18544, 15/11/2023, § 7.

19 Örnek olarak bkz. *Demet Hussen Najem*, B. No: 2019/438, 27/7/2022, §§ 3, 48-52.

20 Gayretli, Z. (2020). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) Tedbir Kararlarının Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 83-105.

21 Karan, U. (2018). s. 77.

rin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamındaki idari işlemler özelinde yasaklayan hükmü iptal ettiği kararda söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 125/5 madde hükmünde *"telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması"* şartına bağlanan yürütmenin durdurulması kurumundan beklenen yararı ortadan kaldıracığını belirtmiştir²². Bireysel başvuruda tedbirin standartlarını belirleyen bir anayasa hükmü yoktur. Ancak Anayasa'da düzenlenen adil yargılanma hakkı (mad. 36), bireysel başvuru hakkı (mad. 148) ve etkili başvuru hakkı (mad. 40) bireysel başvuruda tedbirin de benzer standartlara sahip olmasını gerektirmektedir. Bu pencereden bakıldığında bireysel başvuruda tedbire ilişkin içtüzük düzenlemesinin, kamusal işlemlerin denetlenmesinde işlev gören geçici hukuki koruma mekanizmalarına ilişkin AYM'nin kendi koyduğu ölçütlere de uygun olmadığı ortadaydı. Ayrıca yargılama usulüne ilişkin bir konu olan tedbirin Anayasa'nın 149. maddesi uyarınca AYM'nin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve iş bölümünü düzenleme ile sınırlı alana sahip içtüzükle düzenlenmesinin de anayasa-ya aykırılık sorunu içerdiği daha önce ortaya konulmuştu²³.

Kapsamın bu şekilde dar tutulması, AYM'ye bireysel başvuruda tedbir kurumunu, en azından yukarıda sözünü ettiğimiz içtüzük değişikliğine kadar, geçici tedbir bakımından zaten katı olan AİHM uygulamasının dahi gerisinde bırakmıştır. AİHM'in geçici tedbir kararlarında AYM'ye benzer şekilde ağırlığın başvuruçuların sınır dışı edilmesi ya da suçlu olarak başka ülkelere iade edilmelerine karşı yapılan başvurularda olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu tip kararlar AİHS'in 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve 3. maddesinde düzenlenen işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı kapsamında kalmaktadır. Ancak yine de AİHM'in tedbir kararı verdiği hakların şu ana kadarki AYM uygulama-

22 Göztepe, E. (2017). s. 242.

23 Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 234.

masından daha geniş olduğu görülmektedir. AİHM uygulamasında adil yargılanma hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde de geçici tedbirlere hükmedilebilmektedir²⁴. Buna karşın Türkiye uygulamasında olduğu gibi AİHM tarafından geçici tedbir kararlarının belli haklarla sınırlı tutulması eski hâle getirmeye (iadeye) uygun mülkiyet hakkı gibi haklarda ihlal kararlarını etkisizleştirmekte ve icrasını güçleştirmektedir. Bunun neticesinde geçici tedbirlerin temel hak ve özgürlük ihlallerinin tam olarak giderilmesindeki rolünün AİHM tarafından yeterince öne çıkarılmadığı yukarıda da aktardığımız üzere eleştiri konusudur²⁵.

Buna karşın Almanya ve İspanya gibi ulusal anayasal şikâyet mekanizmalarında geçici tedbirler günümüze dek Türkiye örneğine göre hak ve müdahale iddiaları yönünden çok daha kapsamlı şekilde uygulanmıştır. Almanya'da Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM) Teşkilat Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen geçici tedbir kurumu FAYM'ın anayasa şikâyeti dâhil bütün davalarında uygulanmaktadır. Ancak geçici tedbirlerin anayasa şikâyetinde istisnai olarak uygulanması gerektiği FAYM tarafından da vurgulanmaktadır²⁶. FAYM Teşkilat Kanunu'nun 32. maddesine göre "bir uyuşmazlıkta ağır zararların veya yakın bir tehlikenin/şiddetin engellenmesi yahut başka bir nedenle kamu yararının acilen sağlanması gerektiğinde" geçici tedbire başvurulabilir²⁷. Dolayısıyla bütün tedbir koşulları için ön şart durumun aciliyet arz etmesidir. Diğer şartların ise kümülatif biçimde ele alınması söz konusu değildir, bunlardan birinin bulunması yeterlidir. Koşulların varlığının tespiti durumunda FAYM

24 Açıkgoz Ünal, M. ve Güneş, M. (2024). "Bireysel Başvuruda Tedbir", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., s. 320.

25 Bkz. yukarıda 11 ve 12 nolu dipnotlar.

26 Örnek olarak bkz. BVerfGE, 1 BvQ 1/24.

27 Sabuncu, Y. (1984). "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17., S. 2., s. 78; Göztepe, E. (2017). s. 151.

anayasa şikâyetinin başarı şansı²⁸, esas karar için gerekli sürenin yeterliliği ve geçici çözümün aciliyetini değerlendirerek tedbire karar vermektedir²⁹. Almanya örneğinde geçici tedbirlere ilişkin kriterler bu şekilde sıkı uygulanmakla birlikte anayasa şikâyetine konu edilebilen bütün hak ve özgürlükler ve bunlara yönelik müdahaleler bakımından tedbire hükmedilebildiği görülmektedir. Bu tedbirler arasında suçluların iadesinin önlenmesi³⁰, hapis cezalarının infazının durdurulması³¹, COVID-19 pandemisi nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanmasının kaldırılması³² ve hatta noterlik başvurusu reddedilen başvuru için bir kadronun boş bırakılmasının sağlanması³³ gibi çok farklı alanlardan örnekler vardır.

Almanya’da anayasa şikâyeti kapsamında bir kanunun doğrudan temel hakkı ihlal ettiği tespit edildiğinde ilgili kanunun iptal edilmesi mümkün olduğu gibi söz konusu kanunun yürürlüğünün bu inceleme kapsamında durdurulması da mümkündür³⁴. Böylelikle tedbir kararların uygulanma sahası sadece konu bakımından değil kararın muhatapları açısından da genişlemekte ve tedbir kararlarının objektif bağlayıcılığı (*erga omnes/objective bindingness*) mümkün kılınmaktadır.

AYM’ye bireysel başvuruda ise kanunun veya diğer bir düzenleyici işlemin bireysel başvuru incelemesi esnasında tedbire tabi olması hususu açık değildir. Tedbir kararlarının kamu

28 Burada FAYM çifte hipotez (*Doppelhypothese*) denilen kriter çerçevesinde geçici tedbir kararının verilmesi ve fakat anayasa şikâyetinin başarısız olması ihtimaline dayanan sakıncalarla, şikâyetin (asıl davanın) başarılı olmasına rağmen tedbir kararının verilmemesinden doğacak zarar arasında dengeleme yaparak karar vermektedir. Sabuncu, Y. (1984), s. 79; Ayrıca bkz. Almanya Federal Meclisi Araştırma Merkezi (Wissenschaftliche Dienste), “Prüfung von Beschwerdegründen im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG”, <https://tinyurl.com/3j74zwxa>, (Erişim Tarihi: 10/5/2025)

29 Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 92.

30 BVerfGE, 2 BvQ 49/24.

31 BVerfGE, 2 BvQ 101/21.

32 BVerfGE, 1 BvQ 37/20.

33 Kübler/Almanya, B. No: 32715/06, 13/1/2011.

34 Göztepe, E. (2017). s. 120.

makamlarına gereği için gönderilmesine ilişkin İktüzük'ün 73/3 madde hükmünün lafzına bakıldığında³⁵ yasama, yürütme ve yargı organları arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Uygulamada tedbir kapsamının oldukça sınırlı tutulmasının etkisiyle kararlar genel olarak idari makamlara (çoğunlukla İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığına) gönderilmektedir. Buna karşılık mahkemelere ve yasama organı TBMM'ye de tedbir kararının gönderilmesinin önünde normatif bir engel görünmemektedir. Zira tedbiri düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 49/5 madde hükmünde "temel hakların korunması için zorunlu görülen tedbirler" ifadesi kullanılarak tedbirin kararı belli bir şekil veya muhatap ile sınırlandırılmamıştır. Ancak AYM'nin bugüne dek, 6216 sayılı Kanun taslağında yer almakla birlikte, komisyon görüşmelerinde temel hak ihlalinin doğrudan kanundan kaynaklandığının Bölümler tarafından tespiti akabinde ilgili hükmün iptali için Genel Kurula başvurma imkânının kaldırılmasının³⁶ da etkisiyle, bu türden kanunların bireysel başvuru aracılığıyla iptal edilmesini talep etmediği not edilmelidir. Dolayısıyla AYM'nin bireysel başvuru yetkisi çerçevesinde somut norm denetimi yoluna başvurmadağı bir durumda ilgili kanun hükümlerine tedbir uygulaması pek mümkün görünmemektedir³⁷. AYM uygulamada bu türden ihlal tespitlerini yaptığı pilot kararlar, TBMM'ye çağrı kararları yahut anayasaya aykırılığı söz konusu olan hükmü somut davaya uygulayan mahkemeyi itiraz yoluna başvurmaya (ihlal kararına istinaden yapılacak yeniden yargılama kapsamında) yönlendirdiği kararlarda da böyle bir yöneme başvurmamıştır.

35 Söz konusu düzenleme 5/8/2025 tarihli ve 32977 sayılı AYM İktüzüğü değişikliği sonrası şu şekildedir: "Tedbir kararı, Bölüm Başkanları tarafından uygun görülen hâllerde elektronik yöntemlerle toplantı yapılarak da verilebilir. Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir."

36 TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, "6216 Sayılı Kanun'a İlişkin Anayasa Komisyonu ve Alt Komisyon Raporu". <https://tinyurl.com/mryx396u>, (Erişim tarihi: 13/6/2025)

37 Karan, U. (2018). s. 75.

İspanya’da ise esas incelemesi sırasında ilgili birim *amparo* başvurusunda incelenen işlem veya kararın yürürlükte kalması, başvurunun amacını ortadan kaldıracak ağırlıkta bir zarara sebep olacaksa İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından geçici tedbirlere karar verilmektedir. İlgili işlem veya kararları kısmen veya tamamen durduran geçici tedbirler, Türkiye’de AYM İçtüzüğü’nün 73. maddesindeki değişiklik öncesindeki bireysel başvuru uygulamasının aksine, sadece belli hak ve bunlara yönelik spesifik müdahalelerle sınırlı değildir. Tedbir kararının anayasada korunan menfaatlere ya da üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerine ağır biçimde müdahale etmemesi yeterlidir. Ayrıca *amparo* başvurusunun niteliğine uygun başka hukuk alanlarında geçici hukuki koruma araçlarının (ihtiyati tedbir vs.) İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanması mümkündür³⁸.

Sonuç olarak karşılaştırmalı örnekler ve geçici tedbir kurumunun temel hak ve özgürlüklerin ve kararlarının icrasındaki rolü perspektifinden bakıldığında AYM’ye bireysel başvuruda tedbirin kapsamının, AYM İçtüzüğü’nün 8/9/2025 tarihinde yürürlüğe giren yeni hâlinde öngörüldüğü şekilde, bireysel başvuru kapsamındaki bütün haklara genişletilmesi gerektiği açıktır. Bu konuda uygulamanın nasıl seyredeceğini zaman gösterecektir. Tedbir kapsamının bu şekilde genişletilmesinde, tedbire konu şikâyetin incelenmesi neticesinde verilecek kararın icrasının ciddi şekilde tehlikeye düşmesi veya kararın icrasının imkânsız hâle gelmesi gibi kriterler uygulanabilir. Bu konuda AİHM İçtüzüğü’nde 23 Şubat 2024 tarihinde yapılan değişikliklere³⁹ paralel biçimde tedbiri salt hak odaklı bir araç olarak görmekten ziyade potansiyel ihlal kararlarının

38 İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru-Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 258.

39 Bu düzenlemelerle yukarıda ilgili kısımda aktarıldığı üzere geçici tedbirlerin niteliği gereği “giderilmesi, eski hâle getirilmesi veya yeterli düzeyde tazmin edilmeye uygun olmaması sebebiyle bir hakka yönelik telafisi mümkün olmayan zararın meydana gelme riskinin bulunduğu durumlarda” alınması gerektiği kriteri AİHM içtihatlarından normatif alana taşınmıştır.

icrasındaki işlevine odaklanması bireysel başvuru hakkının amacına daha uygun olacaktır. Böylelikle somut başvuruda kararın etkisinin artırılmasının yanında, objektif olarak benzer nitelikteki ihlallerin önlenmesi ve mahkemenin iş yükünün azaltılması sonuçları elde edilebilecektir.

C. TEDBİR KARARLARININ İCRASI VE AYM'NİN YARGISAL DENETİMİ

Nitelik olarak geçici süreyle hukuki etki doğuran ve uyumsuzluğun esasını çözmeyen bireysel başvurudaki tedbir kararı, verildiği anda sadece şekli anlamda kesin hüküm arz eder. Dolayısıyla tedbir kararları, taraflar ve geniş anlamda ilgililer bakımından maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde değildir. Buna rağmen AYM'nin tedbir kararları da yukarıda uluslararası hukuk bağlamında geçici tedbirlerin gelişiminde sözünü ettiğimiz üzere öncelikle hukuk devleti ilkesi (Ay. mad. 2), etkili başvuru hakkı (Ay. mad. 40) ve adil yargılanma hakkının (Ay. mad. 36) gereği olarak bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılığa normatif dayanak olarak, elbette AYM kararlarına özgü şekilde bağlayıcılığı düzenleyen Anayasa'nın 153. maddesi de gösterilebilir⁴⁰.

Bağlayıcı olmalarına rağmen tedbir kararları kendiliğinden icra edilebilir (*self-executing*) nitelikte değildir. Tedbir kararlarının icra edilebilmesi için ihlal kararına konu olabilecek müdahaleyi gerçekleştiren kamusal makamlar tarafından ayrı bir işlem tesis edilmesi gerekir⁴¹. Bu doğrultuda ilgili işlem ya da kararın durdurulması ya da değiştirilmesi söz konusu olabilir. Bu çerçevede tedbirin, esas kararın yerine geçecek şekilde verilmemesi, esas davanın sonucuna ilişkin kanaatleri yansıtmaması gerekir⁴². Bu konuda ayrıca tedbir kararı dışında başvuruculara başka hukuki koruma sağlamanın mümkün

40 Göztepe, E. (2017). s. 276.

41 a.g.e. s. 276.

42 Şirin, T. (2013). s. 612.

olmaması ve esas kararın gecikme ihtimalini⁴³ de göz önünde bulundurmak gerekir⁴⁴.

İcraya konu olması bakımından tedbir kararının içeriğine ve özellikle hüküm fıkrasına bakılmalıdır. AYM mutlak olarak “tedbire ilişkin (veya hakkında) ara karar” başlığı altında çok kısaca başvuru konusunu ve tedbire ilişkin mevzuatı özetledikten sonra neden tedbire ihtiyaç duyulduğunu açıklayan bir karar vermektedir⁴⁵. Ardından örnek olarak “*başvurucunun iddiaları ve dosyaya gelen belgeler birlikte değerlendirildiğinde, (...) tedbir talebinin kabulüne, (...) işlemin geçici olarak durdurulmasına*” şeklinde hüküm kurulmaktadır. Daha sonra karar AYM İçtüzüğü’nün 73. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca incelenen tedbire konu müdahaleyi durdurmaya yetkili kamusal makama gönderilmektedir. Buna istinaden ilgili kurumların tedbir kararının aciliyetini de gözeterek kararı derhâl uygulamaları gereklidir. Bölümler tarafından tedbir kararı verildiğinde (tedbire ilişkin) gerekçeli kararın yazılması beklenmeden Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) sistemi ile durum tedbiri uygulayacak makama bildirmektedir. Daha sonra gerekçeli karar yasal usullere göre ayrıca tebliğ edilmektedir⁴⁶.

Kanun’da ve İçtüzük’te tedbir kararının geçerlilik süresi-

43 FAYM’ın bu yöndeki içtihadı gereği *esasa ilişkin karar çok geç gelecekte ve talep sahibine de başka hukuki yollardan koruma sağlanamayacaksa, esas hakkındaki nihai kararın önceden verilmesi yasağından söz edilemez*. Göztepe, E. (1998). s. 92.

44 FAYM’ın bu yönde verdiği somut bir karar için bkz. BVerfGE, 1 BvR 702/03.

45 Tedbir kararları, diğer bölüm kararlarının aksine, AYM’nin resmî internet sitesinde veya Resmî Gazete’de yayımlanmamaktadır. Makalede kullanılan tedbir karar şablonuna ilişkin bu bilgiler büyük oranda yazarın AYM Kararlar Müdürlüğü yaptığı dönemde erişim sağladığı UYAP sistemi üzerinden tedbir kararlarının taranması sonucu elde edilmiştir. Ayrıca daha önce tedbir kararına konu olmuş başvurulara ilişkin esas kararlarda da tedbir kararının alınması süreci özet olarak yer alabilmektedir. Örnek olarak bkz. Z.M. ve I.M., B. No: 2015/2037, 6/1/2016, § 3.

46 Bu işlemlerin yapılmasında özel olarak görevli büro Bireysel Başvuru Müdürlüğüne bağlı Tedbir Bürosudur. Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 64. maddesi uyarınca Tedbir Bürosu ara kararların (tedbir kararlarının) gereğinin yerine getirilmesi için gerekli işlemleri yapmakla görevlidir.

ne ilişkin düzenlemeler tedbirin icra edilmesi gereken en son tarihi değil, derhal icra edilmesi şart olan tedbirin yürürlükte kalma süresini göstermektedir. Kanun'da ve İçtüzük'te "*tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerektiği*" belirtilmiştir. Kanun'da sadece 6 aylık süre içinde yeni bir karar alınmadığında tedbirin kendiliğinden kalkacağı düzenlenmişken, İçtüzük'te başvurucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda" tedbirin kalkacağı belirtilmiştir. Ancak pratikte AYM verdiği ilk tedbir kararı üzerinden 6 aylık süre geçse de esas hakkındaki karar verene kadar aynı başvuruya ilişkin yeni bir tedbir kararı alma yoluna başvurmamaktadır⁴⁷. Buna rağmen ilgili kamu makamlarının kanun hükmünün lafzına uygun biçimde 6 aylık sürenin sonunda AYM tarafından tedbirin uzatıldığına ilişkin yeni bir karar kendilerine tebliğ edilmediği hâlde tedbir kalkmış gibi hareket ettiğine rastlanmamış, buna dair şikâyet içeren yeni bir bireysel başvuru da tespit edilememiştir. Bu durum AYM ile ilgili kurumlar arasında "*örtülü*" bir uzlaşma olarak da nitelendirilmektedir⁴⁸. Öte yandan AYM, tedbirin geçerliliği için yasal bir süre tayininden doğacak sakıncaları bertaraf etmek için "*Mahkemece yeniden bir karar verilinceye kadar ilgili işlemin geçici olarak durdurulmasına veya uygulanmamasına*" şeklinde formüllere başvurmaktadır⁴⁹.

İçinde tedbire hükmedilen başvurunun ihlal kararı ile sonuçlanması durumunda ise AYM'nin verdiği geçici tedbir kararı konusuz kalmaktadır. Zira bu sefer ihlal kararına bağlı olarak yetkili makama ihlalin niteliği ve kaynağına göre "... ilgili yargılama⁵⁰ sonuçlanıncaya kadar başvurucunun sınır

47 Göztepe, E. (2017). s. 271.

48 Açıkgöz Ünal, M. ve Güneş, M. (2024). s. 330.

49 Örnek olarak bkz. *Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673, 21/1/2015, § 4.

50 Burada başvurunun karara bağlandığı tarihte devam eden yargılama kastedilmektedir.

dışı edilmemesine,”⁵¹ “yeniden yargılama sonuçlanıncaya kadar başvurucunun sınır dışı edilmemesine,”⁵² veya “...kamu makamları tarafından başvuru haklarında yeniden bir değerlendirme yapıncaya kadar başvuru haklarında sınır dışı edilmemesine”⁵³ gibi giderimlere hükmedilmektedir. İhlalin ve sonuçlarının kaldırılmasına yönelik bu talimatlar insan hakları literatüründe bireysel tedbir (*individual measure*) olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bu tedbirlerin uygulanıp uygulanması karar sonrasındaki icra sürecini ilgilendirmektedir.

Karar öncesinde alınan geçici nitelikteki tedbir kararlarının icrasının yargısal ve idari denetimi ise kararların icrasını etkileyen yukarıda anılan faktörlerin dışında ele alınması gereken bir konudur. Kanun ve İçtüzük’te tedbir kararlarının icrasının denetlenmesine ilişkin bir hüküm yoktur. Yukarıda sözünü ettiğimiz İçtüzük’ün tedbir kararlarının gereği için ilgili kamusal makamlara gönderilmesi (mad. 73/3-son cümle) hükmü kararın icrası için dayanak teşkil etmekle birlikte icra usulü ve sürecin denetimine ilişkin bir ayrıntı içermemektedir. Bununla birlikte tedbir kararlarının icrası da bireysel başvuru ihlal kararları gibi AYM Genel Kurulunun 19/2/2020 tarihindeki kararıyla kurulan Kararlar Müdürlüğü tarafından izlenmektedir. Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in Ek 2. maddesi uyarınca Kararlar Müdürlüğü, Bireysel Başvuruları Takip Bürosu eliyle ihlal kararlarına istinaden ihlalin ve sonuçlarının kaldırılmasına ilişkin yeniden yargılama gibi işlemlerin takibi ile birlikte tedbir kararlarının icra edilip edilmediğine ilişkin olarak da takip yapmakla yükümlüdür. Bu doğrultuda ilgili kamusal makamlarla yapılan yazışmalar neticesinde elde edilen sonuçlar rapor hâlinde Genel Sekreterlik aracılığıyla AYM Genel Kuruluna bildirilmektedir. Raporlar

51 Hooman Hossempour [GK], B. No: 2021/47168, 29/9/2022; T.B., B. No: 2020/2000, 31/1/2023.

52 Azıjon Hikmatov, B. No: 2015/18582, 10/5/2017; Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

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

kamuoyuna açılmadığından tedbir kararlarına uyulmamasına ilişkin idari bir tespite bu çalışmada yer verilememektedir.

Tedbir kararlarının icrasının Mahkemenin kendi bünyesinde idari olarak izlenmesi dışında nadiren de olsa bireysel başvuru incelemeleri kapsamında yargısal denetime konu olduğu görülmüştür. Örneğin kanser hastası olan başvuru için hayati değer taşıdığı ilgili hastane tarafından rapor edilen ilacın yurt dışından ithali için Türk Eczacılar Birliğine yapılması gereken ödemenin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından yapılmaması ve akabinde açılan davada derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesince ihtiyati tedbir talebinin reddedilmesi üzerine AYM'ye tedbir talepli bireysel başvuru yapılmıştır. Bunun üzerine AYM ilk etapta tedbir talebini söz konusu ilacın başvuruğunun hastalığının tedavisinde önemli ve acil olduğu, aynı zamanda başvuruğunun tedavisine derhâl başlanması gerektiğinden hareket ederek kabul etmiştir. Karar *“Başvurucunun tedavisine yönelik (...) adli ilaç bedelinin tedavi süresi boyunca ödenmesinin derhâl sağlanmasına”* ibaresi kullanılarak gereği için Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) ve ilgili Sağlık Sosyal Güvenlik Merkezine (SSGM) gönderilmiştir⁵⁴. Daha sonra bu tedbir kararı akabinde ilgili SSGM, *“temin edilen ilaca ait fatura aslı beraberinde kullanılan ilaca ait boş ilaç kutularının ibraz edilmesi hâlinde mahkeme kararı gereğince fatura bedelinin geri ödenebileceğini”* ileri sürerek başvuruğunun talebini karşılamamıştır⁵⁵. Bunun üzerine AYM'ye ilaç bedelinin herhangi bir şarta bağlanmaksızın SGK tarafından karşılanması gerektiği iddiasıyla yeniden bireysel başvuruda bulunulmuş ve tedbir talebi tekrarlanmıştır. AYM ise bunun üzerine yine işin esasına geçmeden ikinci kez başvuruğunun tedbir talebini kabul etmiştir. Bu ara kararda tek kür maliyeti oldukça yüksek olan (yaklaşık 300.000 TL) ilacın önce başvuru tarafından temin edilip sonrasında fatura ve boş kutu ile birlikte kuruma başvurulması şartıyla ödeme yapılacağının belirtil-

54 Kaan Antom Gerede, B. No: 2020/22945, 22/2/2022, § 12.

55 Kaan Antom Gerede, § 14.

mesinin AYM'nin önceki tedbir kararıyla çelişeceği belirtile-
rek talep kabul edilmiştir. Bu kararda tedbir kararlarının bağ-
layıcılığı ve icrasına yönelik ilkesel bir gerekçeye (paragrafa)
yer verilmemiştir. Karara ilişkin ilgili kuruma yazılan resmî
yazıda AYM, önceki tedbir kararının yerine getirilerek ilaç be-
delinin derhâl ödenmesi ve AYM'ye kararın icrasına dair bilgi
verilmesini talep etmiştir⁵⁶. Daha sonra ilaç SGK tarafından
ödeme kapsamına alınmıştır. Bu nedenle yetkili iş mahkeme-
sinde derdest olan davada da davanın konusuz kalması dola-
yısıyla karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. AYM
önündeki bireysel başvuruya ilişkin esas incelemesinde ise
bu gelişmeler göz önüne alınarak başvurunun incelenmesine
devam etmeyi gerekli kılan bir nedenin bulunmaması dolayı-
sıyla düşme kararı verilmiştir⁵⁷. Dolayısıyla bu kararda AYM
kararlarının, özelde de tedbir kararlarının bağlayıcılığı ve ic-
rasına dair ilkelere yer verilmemiş, tedbir kararlarına uyulma-
masının sonuçlarına ilişkin bir inceleme yapılmamıştır.

AYM'nin tedbir kararlarına uyulmaması şikâyetini esas yö-
nünden incelediği bir başvuruda ihlal sonucuna vardığı bir
dosyaya henüz rastlanmamıştır. Bu duruma yukarıda tedbir
kararlarının süresinin esas incelemesinden önce bitmesine
rağmen ilgili mercilerin kararı uygulamaya devam etmesi ve
AYM tarafından yeni bir karar alma ihtiyacının doğmaması-
nın etki ettiği söylenebilir. Ancak kararın icra edilmediği bir
durum tespit edilirse AYM'nin başvuruyu konu bakımın-
dan yetkisinde görüp ihlal sonucuna ulaşması mümkündür.
AİHM bu çerçevede tedbir kararlarının davanın sürdürülme-
sine yönelik olduğu ve dolayısıyla davanın esasına etki etti-

56 Bu bilgiler aynı başvuruçunun (Kaan Antonı Gerede) AYM'nin verdiği
tedbir kararına uyulmamasına ilişkin 2020/23206 sayılı bireysel
başvurusunda alınan ikinci tedbir kararından alınmıştır. 2020/23206 sayılı
bireysel başvuru önceki iki dipnotta atfı yapılan 2020/22945 sayılı başvuru
ile birleştirilerek incelenmiştir, ancak bu kararda sözü edilen ikinci tedbir
kararına ilişkin yukarıda yer verdiğimiz tespitlere yer verilmemiştir.
Bu tespitlere 2020/23206 sayılı başvuruya ilişkin UYAP sorgusundan
erişilmiştir.

57 *Kaan Antonı Gerede*, § 20.

ğini, dolayısıyla medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklarda ulusal yargı makamlarının verdiği geçici tedbir kararlarına devlet organlarının uymamasının belli durumlarda Sözleşme'nin 6/1. maddesi hükmü uyarınca mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğine hükmetmiştir⁵⁸. AYM de bu türden şikâyetleri bireysel başvuru hakkı kapsamında incelemektedir. Bu konuda örnek bir başvuruda AYM'nin daha önce bir tedbir kararı bulunmasına rağmen başvurucuya geri dönüş belgesi zorla imzalatırılarak sınır dışı edilmesi şikâyeti incelenmiş fakat başvuru süre yönünden reddedilmiştir. Dolayısıyla başvuruda tedbir kararlarının bağlayıcılığı ve icrasına ilişkin ilkelerin ve sonuçların saptanması mümkün olmamıştır⁵⁹.

Bu tip şikâyetlerin esas incelemesinde AİHM, *Mamatkulov ve Askarov*⁶⁰ kararı ile birlikte geçici tedbirlerin taraf devletleri bağladığını açıkça ortaya koymuş ve bunlara uyulmamasının Sözleşme'nin 34. maddesiyle korunan bireysel başvuru hakkını ihlal edeceğine hükmetmiştir. Ayrıca *Olaechea Cahuas* kararında geçici tedbirin icrası yükümlülüğünün (somut olayda kötü muamele) riskin gerçekleşmiş olması şartına bağlanamayacağı belirtilmiştir⁶¹. *Paladi/Moldova* kararında ise devletin tedbir kararına uyma yükümlülüğünün zararın (somut örnekte acil bir tıbbi durumun) ortaya çıkmaması nedeniyle sona ermediği söylenmiştir. Bu karar kapsamında ayrıca geçici tedbir kararlarının hızlıca yerine getirilmeleri gereksinimi ve bunun için gerekli altyapının kurulmasının önemi vurgulanmıştır⁶². Bu nitelikteki kararların AYM'nin tedbir kararlarının icrasını yeni bir bireysel başvuruda esastan denetleyeceği başvurularda emsal alınması söz konusu olabilecektir.

58 Kübler/*Almanya*, B. No: 32715/06, 13/1/2011.

59 *Poorya Parva*, B. No: 2018/27830, 23/10/2024, §§ 20-22.

60 *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, B. No: 46827/99, 46951/99, 4/2/2005.

61 Harris, D. J. ve O'Boyle, M. vd. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Şen Matbaa, s. 869.

62 *Paladi/Moldova*, §§ 45-50, 97.

II. AYM'NİN KARAR SONRASINDA KARARIN İCRA-SININ DENETLENMESİNDEKİ ROLÜ

Girişte ifade edildiği üzere AYM'nin bireysel başvuru kararlarının muhatap kamusal makamlarca icra edilmesine yönelik olan 6216 sayılı Kanun ve AYM İçtüzüğü'nde yer alan normatif düzenlemeler (6216 s. Kanun, mad. 50; AYM İçtüzüğü, mad. 79), kararların icra edilip edilmediğinin denetlenmesine dair açık bir hüküm içermemektedir. Söz konusu düzenlemeler AYM'ye tespit edilen temel hak ve özgürlük ihlallerinin sona erdirilmesi için gerekli bireysel ve genel tedbirlere hükmetme yetkisi vermektedir⁶³. Bununla birlikte AYM, bireysel başvuru uygulamasında bazı kararların icrasında karşılaşılan sorunların yeniden bir bireysel başvuru yoluyla önüne taşınması sonucunda kararın icra edilip edilmediğini denetlemek durumunda kalmıştır⁶⁴.

AYM kararının icra edilmemesi veya AYM kararında tespit edilen ihlallerin giderilmediğine ilişkin şikâyetlerin incelenmesi biçimindeki bu yargısal nitelikli denetimin doğrudan kararın icrasını sağlamaya yönelik olup olmadığı bize göre tartışmalıdır. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere Almanya, İspanya ve bazı Balkan devletlerinde anayasa mahkemelerinin ve AİHM'in doğrudan kararın icrasına yönelik kararlar alabildiği görülmektedir. Bu bakımdan aşağıda bireysel başvuru kararlarının icrasının yargısal denetimi “doğrudan kararın icrasına yönelik” ve “yeni bir bireysel başvuru yoluyla” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmekte, bu şekilde Türkiye'deki mevcut sistemin gereksinimlerinin ortaya konulması arzu edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasının denetlenmesi-

63 Bu tedbirlerin nitelikleri için bkz. 1 numaralı dipnot.

64 Örnek kararlar için bkz. *Şahin Alpay* (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018; *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021; *Sedat Haspolat* (2), B. No: 2020/22495, 15/6/2021; *Tahir Gökatalay* (4), B. No: 2018/24477, 24/3/2021; *Delil İldan* (2), B. No: 2020/6636, 16/11/2023, *Şerafettin Can Atalay* (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

nin ikinci kolu ise idari denetim, daha doğru bir ifadeyle kararların icrasının izlenmesi veya kurumsal takibidir. Bu denetimin bizatihi mahkemeler tarafından icra edilmesi gerekli değildir. Başka devlet organlarının, özellikle yürütme organının, aşağıda idari denetim başlığı altında yer verilecek ülke örneklerinde olduğu gibi anayasa mahkemelerinin kararlarının icra edilip edilmemesinde sorumluluk üstlendiği görülebilmektedir.

A. YARGISAL DENETİM

1. Doğrudan Kararın İcrasına Yönelik Denetim

6216 sayılı Kanun'un 49. ve 50. maddeleri esas inceleme- si neticesinde ihlal tespit edildiğinde ihlalin ve sonuçlarının kaldırılması konusunda bir karar verilmesini öngörmektedir. Buna bağlı olarak AYM bireysel başvuru uygulamasının baş- şından itibaren ihlal tespitine ek olarak yeniden yargılama, yeniden soruşturma ve tazminat gibi bireysel tedbirler açık- lamış ve bu tedbirlerin yerine getirilmesi için kararlar ilgili makamlara gönderilmiştir. Buna karşılık, AİHS'in 46. madde- sinin öngördüğü gibi kararların icrasından ilk elden sorumlu Mahkeme içinde veya dışında (Bakanlar Komitesi benzeri) bir birime yetki verilmemiştir. Yine AİHM'den farklı olarak AYM'ye, kararın icrasında yaşanan sorunların kararın yorum- lanmasındaki güçlükten kaynaklanması hâlinde başvurulma- sı (AİHS mad. 46/3) ve Bakanlar Komitesinin talebi üzerine kararın icra edilmediğinin tespit edilmesi (AİHS mad. 46/4-5, *infringement procedure*-ihlal prosedürü) gibi yetkiler tanınma- mıştır. Bunun yerine yargısal açıdan kararların icrasının de- netlenmesi, AYM uygulamasında ancak bir ihlal kararının hiç ya da gereği gibi uygulanmadığı ya da ihlal kararı sonrasında söz konusu temel hak veya özgürlük ihlalinin kaldırılmadığı- na yönelik şikâyetler yeni bir bireysel başvuruya konu edilirse söz konusu olmaktadır.

Esasen 6216 sayılı Kanun'a ilişkin taslak teklifinin görüş- melerinde doğrudan kararın icrasını sağlamaya yönelik bir

yetki alt komisyon önerisiyle getirilmişti. Teklifin ilk hâlinde ihlal tespitiyle birlikte ilgili mahkeme kararı veya idari işlemin iptal edilmesi önerilmiş, ancak AYM ile diğer mahkemeler arasında hiyerarşik bir düzen yaratacağı, AYM'nin süper temyiz merciine dönüşeceği gibi endişelerle bundan vazgeçilmişti⁶⁵. Bunun yerine mahkeme kararları bakımından "(...) Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği takdirde başvuru yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlâlî ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı verebilir..." şeklindeki öneri alt komisyonda benimsenmiş, daha sonra esas komisyon tarafından da kabul edilerek TBMM Genel Kurulundaki görüşmelere bu hâliyle sevk edilmiştir. Genel Kurulda bu şekliyle görüşülen düzenlemede, AİHS'in 46. maddesinde öngörülen ihlal prosedüründen farklı olarak sadece kararın icra edilmediğinin tespiti değil, kararın icrasının bizzat AYM tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme TBMM Genel Kurulunda verilen önerge ile kaldırılmış, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi bugün de geçerli olan ve AYM'ye karar akabinde icraya ilişkin özel bir yetki vermeyen hâliyle kanunlaşmıştır⁶⁶.

65 TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, "6216 Sayılı Kanun'a İlişkin Anayasa Komisyonu ve Alt Komisyon Raporu", <https://tinyurl.com/mryx396u>, (Erişim tarihi: 13/6/2025)

66 TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, "6216 Sayılı Kanun'a İlişkin Genel Kurul Tutanağı", 22/3/2011, <https://tinyurl.com/bdhp5x59>, (Erişim Tarihi: 11/5/2025). 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinin kararların icrasını ilgilendiren kısmı bugün itibarıyla şu şekildedir:

MADDE 50-(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerinde denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu

TBMM Anayasa Komisyonu bünyesindeki alt komisyonun bu önerisi kararın icra edilmesine ilişkin ayrı bir karar alınmasından ziyade kararın bizzat AYM tarafından icra edilmesini öngördüğünden kuvvetler ayrılığı ve genel olarak yargı yetkisi bakımından sorunlu olarak nitelenebilir⁶⁷. Buna karşılık anayasa mahkemelerinin kendi kararlarının icra edilmesine yönelik yargısal yetkilerle donatılması mümkündür. Buna ilk örnek olarak Almanya'daki esas karardan bağımsız, doğrudan kararın icrasına yönelik karar verme usulü gösterilebilir. FAYM Teşkilat Kanunu'nun 35. maddesindeki "*FAYM'ın kararında kararı kimin, hangi araçlarla ve ne şekilde uygulayacağını gösterebileceği*" düzenlemesi gereğince FAYM'a anayasa şikâyeti dâhil kararların icrasını temin için başvurulabilmektedir. İcra emri (*Vollstreckungsanordnung*) olarak adlandırılacak bu başvuru yolu⁶⁸ aracılığıyla esas kararın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir, yalnızca ilgili kararın esasına (somut olayın özelliğine göre hüküm ve/veya gerekçe fıkrasında belirtilenlerle sınırlı olarak) uyulup uyulmadığına bakılarak kararın icrası sağlanmaktadır. İcra emrinin uygulanmasında kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmemesine özen gösterilmelidir. Mesela kararın icrası yeni bir yasal düzenleme gerektirdiğinde, yasama organı bu yönde bir düzenleme yaptıysa artık bunun icra emri usulü kapsamında incelenmesi uygun değildir. Böyle bir konuya ilişkin ancak yasama organının hiç düzenleme yapmaması ya da yapılan düzenlemelerin

kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.
(...)

- 67 Göztepe'ye göre bu yetki yasalasaydı AYM'nin süper temyiz mahkemesine dönüşmesi kaçınılmaz olurdu. Göztepe, E. (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, C. 95., s. 34.
- 68 Söz konusu icra emri (*Vollstreckungsanordnung*) kavramı hüküm fıkrasında karar sonucu ile birlikte kararın icrası için yapılması gerekenlerin (örneğin yargılamanın yenilenmesi, tazminat gibi) resen gösterilmesi için de kullanılmaktadır. Burada biz bu kavrama anayasa şikâyetine dair esas karar sonrasında kararın icra edilmediği iddiası ile tarafların başlattığı özel usulü nitelemek üzere yer veriyoruz.

kararın öngördüğü standartlardan önemli ölçüde uzak olması (yeni düzenlemenin iptal edilen düzenleme ile neredeyse aynı olması gibi) hâllerinde icra emri başvurusu yapılabilir. FAYM'ın bu karar usulünün uygulanmasında kanunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmediğinden geniş takdir hakkı vardır. Buna uygun olarak FAYM duruşma yapmadan, dosya üzerinden karar vermektedir⁶⁹.

Bunun dışında İspanya Anayasa Mahkemesi'nin (İSAM) *amparo* ve diğer kararların doğrudan icrasını sağlamaya yönelik güçlü yargısal araçlara sahip olduğu görülmektedir. İSAM, ilk olarak 2/1979 sayılı İspanya Anayasa Mahkemesi-ne İlişkin Organik Yasa'nın 92. maddesine göre kararın icrası sürecinde gerçekleştirilen ve kendi kararına aykırı işlem veya kararları, başsavcı ve Anayasa Mahkemesi kararına aykırı işlemi gerçekleştiren mercii dinledikten sonra iptal etme yetkisine sahiptir. Bu doğrultuda Mahkeme kararın etkili icrası bakımından kamusal makamlar ve idarelerden iş birliği veya yardım talep edebilir. İlgili makamlar açısından İSAM kararları öncelikli ve ivedi işlerden sayılmaktadır⁷⁰.

Buna ek olarak taraflar İSAM kararının icra edilmediği iddiasıyla İSAM'a başvuruda bulunabilir. Başvuruyla birlikte kararının etkili şekilde uygulanmasını sağlayacak ek tedbirlerin alınması da istenebilir. Bu başvuru yolu bağımsız bir dava değildir, bu yolla önceki kararın uygulanmasını sağlama amacını taşıyan (Almanya'daki icra emri kararına benzer) bir tür tedbir kararı alınmaktadır⁷¹. İnceleme sırasında kararın icra edilmediğine ilişkin bir şüphe oluştuysa, İSAM resen veya tarafların talebi üzerine ilgili kurum veya kişilerden, belirli bir süre içinde, kararın icrasına ilişkin bilgi isteyebilir. Bu süre-

69 Bu usulün ayrıntılarının gösterdiğimiz şekilde aktarıldığı karar için bkz. BVerfGE, 2 BvR 1651/15, 2BvR 2006/15.

70 İspanya Anayasa Mahkemesi, "Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court, of 3 October 1979", <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-en.pdf>, (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

71 İnceoğlu, S. (2017). s. 122.

nin geçmesi veya ilgililerce raporun gönderilmesi neticesinde İSAM kararının tamamen veya kısmen icra edilmediği tespit edildiği takdirde:

a) Kararın icrası tamamlanuncaya kadar kararı icra etmediği tespit edilen kurum, kamu görevlisi veya kişilere üç bin ila yirmi bin avro tutarında tekraren para cezasına,

b) Kararı icra etmeyen idareciler veya kamu personelinin kararın icrası için gerekli süre boyunca (karar icra edilene kadar) görevinden uzaklaştırılmasına,

c) Bölgesel devletlere ilişkin kararların icrasında İspanya hükümetinden iş birliği talebinde bulunulmasına,

d) Kararları icra etmeyi reddedenlere karşı ceza soruşturmasının başlatılabilmesi için müzekkere yazılmasına karar verilebilir.

Sonuç olarak İspanya’da baştan itibaren normatif yönü kuvvetli şekilde belirlenen kararların icrası sistemi, 2015 yılında 2/1979 sayılı Organik Yasa’da yapılan değişikliklerle daha da güçlendirilmiş, İSAM kararlarının icrası güçlü bir yargısal denetime tabi olmuştur⁷².

Bu örnekler dışında bazı Balkan ülkelerinde de anayasa mahkemelerinin kendi kararlarının icrasını sağlamaya yönelik etkili yargısal denetim mekanizmalarına ve tedbirlere başvurabildiği görülmektedir. Örnek olarak Bosna-Hersek’te Anayasa Mahkemesi kararının icra edilmemesi, icrasında gecikme olması veya kararın icrasına ilişkin bilgi verilmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi kararının icra edilmediğini ve nasıl icra edileceğini gösteren ayrı bir karar verebilmektedir. Bu karar yetkili savcılığa veya Anayasa Mahkemesince belirlenecek kararı icraya yetkili diğer bir kuruma da gönderilmektedir. Bunun dışında Bosna-Hersek Ceza Kanunu’nda

72 Venedik Komisyonu, “2/1979 sayılı İspanya Anayasa Mahkemesine İlişkin Organik Yasa’yı Değiştiren Yasa Hakkındaki Görüş”, 13/3/2017, <https://tinyurl.com/np2w7jv2>, (Erişim Tarihi: 14/5/2025)

Anayasa Mahkemesinin, İnsan Hakları Dairesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına uymama ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Ceza Kanunu'nun 239. maddesine göre Bosna-Hersek'te merkezî ve yerel kamu idarelerindeki kamu görevlileri sayılı kurumlardan birinin kararını uygulamayı reddeder veya kararın uygulanmasını doğrudan veya başka bir yolla engellerse altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılmaktadır⁷³.

Kuzey Makedonya'da ise Anayasa Mahkemesinin kendi kararlarının icrasından sorumlu olduğu ve bu kapsamda hükûmetten gerektiğinde kararın icrasının sağlanmasını isteyebileceği mahkemenin teşkilat kanununda (mad. 87) düzenlenmiştir. Kanunda ayrıca Türkiye'deki uygulamaya benzer biçimde Mahkeme genel sekreterinin kararların icrasını takip edeceği ve bu konuda Mahkemeyi bilgilendireceği kuralı da yer almaktadır (mad. 96/4). Bosna-Hersek örneğinde olduğu gibi Kuzey Makedonya'da da Anayasa Mahkemesi kararlarının icra edilmemesi Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna göre icra etmekle yükümlü olduğu Anayasa Mahkemesi kararını uygulamayı reddeden kişilerin bir ila beş yıl hapis cezasına çarptırılması uygun görülmüştür⁷⁴.

Kosova'da Anayasa Mahkemesi kararlarının gönderildiği makamlar kararın icrasına ilişkin yaptıkları işlemleri Anayasa Mahkemesine bildirmekle yükümlüdür. Bu bilgilerin hüküm kısmında yer alan talimata uygun şekilde ve zamanında bildirilmemesi hâlinde Mahkeme ilgili makamları talimatına uymaya çağırır. Kararın icra edilmemesi hâlinde Anayasa Mah-

73 Sladoje, M. (2022). Enforcement of Decisions of The Constitutional Court of Bosnia And Herzegovina, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia-Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice* (ss. 141-151), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

74 Lazov, A. (2022). Enforcement of The Decisions of The Constitutional Court of The Republic of North Macedonia, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia-Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice* (ss. 289-299), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

kemesi kararın icra edilmediğine ilişkin ayrı bir karar verir. Bu karar da resmî gazetede ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, kararın icrasını temin için tüm önlemlerin alınması talebiyle kararı başsavcılığa bildirir. Kosova Ceza Kanunu'nda (mad. 394) Anayasa Mahkemesi kararları dâhil mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlileri için ayrı bir suç düzenlenmiştir. Suç için beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁷⁵.

Karadağ örneğinde ise kararların icrasını gerektiğinde hükûmet temin eder. Anayasa Mahkemesi kararında kararın icra şeklini, süresini ve kararı icra edecek makamı belirtebilir. Karar belirtilen sürede icra edilmediği takdirde kararı uygulamakla yükümlü makam Anayasa Mahkemesine kararın icrasına ilişkin rapor sunmak zorundadır. Karadağ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde ise kararın icra edilmemesinin sonuçları hükme bağlanmıştır. İçtüzük'ün 86. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararının, kararda gösterildiği şekilde ve sürede yetkili makam tarafından icra edilmemesi durumunda kararın icra edilmediğine ilişkin ayrı bir karar verilir. Bu karar hükûmete gönderilir ve resmî gazetede ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Kararın icra edilmediğine ilişkin tespit kararı daha önce resmî gazetede yayımlandıysa hükûmete gönderme kararına ekli olarak yayımlanmaktadır⁷⁶.

AYM'ye bireysel başvuruda bu örneklerle benzer, tek başına kararın icrasına yönelik ve esas karar sonrasında işletilen bir prosedür yoktur. Karar sonrasında icraya ilişkin yargısal faaliyet olarak bir ölçüde AYM İçtüzüğü'nün 82. maddesinin

75 Kelmendi, N. ve Jonuzi, K. (2022), Challenges of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo in the Enforcement of Its Judgments, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia-Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice* (ss. 213-223), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

76 Radojić, I. ve Radonjić, D. (2022). Execution of Decisions of The Constitutional Court of Montenegro Adopted in Proceedings of Abstract Control of Constitutionality and Legality, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia-Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice* (ss. 263-273), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

HMK'ya yaptığı yollama vasıtasıyla benimsediği hükmün tavrı usulünden söz edilebilir. Bu yollama gereği HMK'nın 305. maddesine göre başvuru bireysel başvuru karar hükümlerinin yeterince açık olmaması, icrasına ilişkin bir tereddüt bulunması veya hükümde birbirine aykırı fıkralar bulunması durumunda hükmün icrası tamamlanıncaya kadar AYM'ye başvurabilir. Bu usulün AİHS'in 46. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen⁷⁷, kararın icrasına ilişkin sorunların kararın yorumuna ilişkin güçlüklerden kaynaklanması durumunda başvurulacak türde bir yol olduğu değerlendirilebilir. Ancak HMK'nın 305. maddesinde düzenlenen hükmün tavrında, AİHS'te öngörülen başvuru yolundaki gibi kararın tümünün yorumlanması değil yalnızca hüküm fıkrasındaki çelişkilerin giderilmesi ve karar sonucunun açıklığa kavuşturulması söz konusudur. Tıpkı diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi tavrı karar ile AYM'nin başvurunun taraflarına sağladığı hakların ve yüklediği yükümlülüklerin sınırlandırılması, genişletilmesi veya değiştirilmesi söz konusu değildir. Görüldüğü üzere burada AİHM'deki ihlal prosedürü veya Almanya'daki icra emri usulünden farklı olarak yalnızca kararın icrası bakımından anlaşılmayan noktaların açıklığa kavuşturulması mümkün olmaktadır. Kararın icra edilmesine ilişkin bir karar ya da talimat verilmemektedir⁷⁸.

Pratikte AYM'nin bireysel başvuru kararlarının icrasında yaşanan sorunlar nedeniyle hükmün tavrı taleplerini incelediği bir karara rastlanmamıştır. Bu konuda karşılaşılan nadir örneklerden birinde maddi hataların düzeltilmesi (tashih) ile birlikte *Mahmut Tanal ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/18803, 10/12/2014 kararına ilişkin başvuruda karşı oyların bazı üye-

77 AİHS'in ilgili 46/3 madde hükmü şu şekildedir: “Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki çoluğu ile alınır.”

78 Karş. Karakul, S. (2018). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5., S. 2., s. 130.

ler bakımından yanlış yazılarak oylama sonucunun yanlış hesaplandığı ve bu nedenle bütün başvuru yollarından kabul edilemezlik kararı verilmiş sayıldığı gerekçesiyle hükmün tavrının de talep edildiği görülmüştür. Bu başvuruda AYM, belirtilen üyelerin kabul edilemezlik yönünde oy kullandıklarını ve fakat farklı gerekçe ile çoğunluk görüşünden ayrıldıklarını, dolayısıyla şikâyet edilen durumun oluşmadığını tespit ederek bu talebi reddetmiştir. Kararda AYM tavrını istenen başvuruda karşı oyların hüküm sonucuna etki etmediğini de ayrıca not etmiştir⁷⁹.

AYM'ye bireysel başvuruya bu açıklamalar ışığında bakıldığında, hükmün tavrını müessesinin yaygın olarak kullanılmaması, aynı zamanda AİHM ve diğer ülke uygulamalarına benzer kararın icrasına yönelik yargısal bir mekanizmanın bulunmaması bireysel başvuru kararlarının icrasının gecikmesine ve teknik olarak kararlarının icrasının uygulayıcılar tarafından gereği gibi anlaşılmamasına yol açmaktadır. Kanaatimizce böyle bir usulün benimsenmesi en azından kararların icra edilmesi süresinin kısalmasına etki edecek, aynı zamanda bireysel başvuru kararlarının icrasına ilişkin teknik detayların ilgili kamusal makamlar tarafından öğrenilmesi ve benimsenmesine katkı sağlayacaktır. Buna ek olarak AYM kararının yerine getirmeyenler açısından öngörülen idari, hukuki ve cezai yaptırımların açıkça düzenlenmesinin de bu çerçevede yeniden değerlendirilmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz.

Aşağıda AYM'nin bahsettiğimiz pratik denetim araçları yerine, önceki bir kararında tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılmaması ve dolayısıyla kararın icra edilmemesi şikâyetini içeren aynı somut olaya ilişkin yeni bireysel başvurular yoluyla yaptığı denetimin ayrıntılarına yer verilecektir.

2. Yeni Bir Bireysel Başvuru Yoluyla Denetim

AYM'ye bireysel başvuruda kararların icrasının yargısal

79 AYM, Genel Kurul Ek Karar, B. No: 2014/18803, 11/3/2015.

denetiminin şu ana kadarki en etkili yolu, yeni bir bireysel başvuruyla kararın uygulanmadığının, dolayısıyla tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmadığının incelenmesi ve bu başvuru yoluyla yerine getirilmeyen yeniden yargılama vb. tedbirlere tekrar hükmedilmesi olmuştur. Kararların icrasında etkili bir idari denetim veya doğrudan icrayı sağlama amaçlı yargısal bir mekanizmanın olmaması bu denetimi daha önemli hâle getirmiştir.

Söz konusu denetim bireysel başvurunun etkililiğinin korunması için de gereklidir. Bu amaçla AYM kendi kararları ile birlikte AİHM kararlarının icrası kapsamında gerçekleştirilen işlemlerin ihlali kaldırmadığına ilişkin başvuruları en başından incelemeye almış ve bu başvuruları konu bakımından kabul edilebilir bulmuştur. Bu tür şikâyetlerin incelemesi AİHM bakımından icrası mümkün tek taraflı deklarasyon ve ihlal kararlarının, AYM bakımından ise ihlal kararlarının gereği gibi icra edilip edilmediği ile sınırlı olup ihlale sebep olan olay ve olgular tekrardan değerlendirmeye alınmaz. AYM kararının icra edilmediğini içeren başvurunun incelendiği kararda yalnızca özet şeklinde, icra durumu incelenen ilk başvuruya ait olay ve olgular ile kararın gerekçe ve hüküm kısmı özetlenmektedir⁸⁰. Bu paralelde yargısal denetimin etkililiği kabul edilebilirlik ve esas incelemeleri açısından iki ayrı başlıkta incelenebilir.

a. Kabul Edilebilirlik Aşaması

Kararların icrasına ilişkin başvuruların kabul edilebilirlik aşaması, özellikle mükerrer başvuru nedeniyle ret, konu bakımından yetki, başvuru yollarının tüketilmesi ve AYM kararının uygulanmaması şikâyetleri açısından öne çıkartılabilir. AİHM kendi kararlarının icrasında yaşanan sorunlara ilişkin

80 Aydın, S. E. (2021). "The Impacts of the Turkish Constitutional Court's Individual Application Judgments about the Right to Fair Trial on Criminal Proceedings", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, C. 9., S. 1., s. 257; Ayrıca bkz. *Sedat Haspolat* (2), B. No: 2020/22495, 15/6/2021, § 45.

şikâyetleri incelerken öncelikle yeni şikâyetin, ilk kararda karara bağlanan hususları içerip içermediğine ve Mahkemenin daha önce tespit ettiği ihlalin telafisi ve kaldırılması için aldığı tedbirlerin uygulanmasına yönelik olup olmadığına bakmaktadır⁸¹. Bu doğrultuda Mahkemece daha önce incelenen bir husus ile ilgili, esas olarak kişiler ve olguları aynı olan ve yeni bir bilgi içermeyen başvurular kabul edilemez bulunur⁸². Bu kararlara dayanak olarak “Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş bir husus ile esas olarak aynı olan (...) ve ilgili yeni bir bilgi içermeyen” başvuruların incelenmeyeceğini düzenleyen AİHS’in 35/2-b madde hükmü gösterilir.

Bireysel başvuru bakımından bu şekilde açık bir hükme Anayasa, 6216 sayılı Kanun ve AYM İçtüzüğü’nde yer verilmemiştir. Ancak AYM uygulamasında ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen 6216 sayılı Kanun’un 49/7 madde hükmü ve AYM İçtüzüğü’nün 84. maddesindeki atfın gereği olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun dava şartları ve dava şartının incelenmesi başlıklı maddeleri kıyasen uygulanarak mükerrer başvurular reddedilmektedir. Bu doğrultuda başvurunun incelenmesi devam ederken aynı olay ve iddialara ilişkin yeni bireysel başvuru yapılması⁸³, daha önce kabul edilemezlik kararı verilen iddialara ilişkin yeniden bireysel başvuru yapılması⁸⁴ gibi durumlarda başvurunun mükerrer olması nedeniyle reddine karar verilmektedir⁸⁵. Bununla birlikte AYM, kendi kararının icra edilmemesi şikâyetleri yönünden henüz böyle bir karar vermemiştir. Bu sonucun oluşmasında AİHM kararları yönünden asıl icra yet-

81 Guja/Moldova Cumhuriyeti (2), B. No: 1085/10, 27/2/2018, § 35.

82 Örnek olarak bkz. Schelling/Avusturya (2) (k.k), B. No: 46128/07, 16/9/2010.

83 Örnek olarak bkz. Türkan Kulaksız ve diğerleri, B. No: 2022/69839, 18/12/2024.

84 Örnek olarak bkz. İbrahim Şener ve Mehmet Habip Kunt, B. No: 2015/7814, 11/12/2018.

85 Koç, M. İ. (2017). Mükerrer Bireysel Başvuru, içinde Koç, Recep, M. İ. ve Kaplan, R. (Der.), *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri* (ss. 27-29), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

kisinin Bakanlar Komitesinde olması ve icraya ilişkin benzer denetim olanağının AYM uygulamasında olmaması etkilidir. AYM bu şekilde kendi kararlarının icrasına yönelik şikâyetleri zaten ilk elden yeni bir bireysel başvuru kapsamında incelediği için kabul edilebilirliğin bu aşaması kolay aşılmaktadır.

Bu aşamada AYM ihlal kararlarının icrasına dönük yargısal denetim açısından AYM İktüzüğü'nün 80/1-c madde hükmü uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olmasından dolayı düşme kararı verebilme ihtimalinden de bahsedilmelidir. AYM Bölümlerince bu gerekçeyle verilen düşme kararları şimdiye kadar ihlal kararının icrası aşamasında değil, bireysel başvurunun inceleme aşamasında ihlalin ve sonuçlarının giderilmiş olduğunun tespit edildiği durumlarda verilmiştir. Örneğin AYM'nin daha önce COVID-19 pandemisi esnasında uygulanan sokağa çıkma yasağını ihlal etme fiilinin 1593 sayılı Kanun ve/veya 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca cezalandırılmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olmaması nedeniyle ihlal kararı verilen *Mustafa Karakuş* [GK]⁸⁶ kararına benzer olayın incelendiği başvuruda 5326 sayılı Kanun'a göre kesilen idari para cezalarının iade edilmemesinin öngörüldüğü "...*tahsil edilmiş olan idari para cezaları iade edilmez.*" kuralının AYM Genel Kurulu tarafından E.2023/44 ve K.2023/71 sayılı kararla 5/4/2023 tarihinde iptal edilmesi ve akabinde ilgili geçici maddeye 14/7/2023 tarihli ve 7456 sayılı Kanun ile "*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tahsil edilen idari para cezaları, 31/12/2024 tarihine kadar tahsilatı yapan idari birime yapılacak başvuru üzerine Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslara göre iade edilir.*" düzenlemesinin getirilmesiyle ihlal ve sonuçlarının ortadan kalktığı ifade edilmiş ve başvurunun bu sebeple düşürülmesine karar verilmiştir⁸⁷. Başka birçok komisyon ve bölüm kararında da benzer tespitlerle başvuru esnasında ihlalin ve sonuçlarının kaldırıl-

86 *Mustafa Karakuş* [GK], B. No: 2020/34781, 17/1/2023.

87 *Mustafa Gönen*, B. No: 2021/38808, 30/10/2024.

ması sebebiyle düşme kararları verilmiştir⁸⁸. Düşme kararına yol açan benzer durumların bazı kararlarda başvuruçunun mağdurluk statüsünün sona erdiği, başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir husus bulunmadığı gerekçeleriyle beraber ele alındığı görülmektedir⁸⁹.

Öte yandan bazı durumlarda ihlalin tam olarak giderilip giderilmediğinin tespiti daha güçtür. Örneğin isnada veya hükme bağlı tutmanın hukukiliğinin incelendiği bireysel başvurulardaki gibi, bu başvurular neticesinde çıkan ihlal kararlarına uyulmadığına dair şikayetlerin incelenmesinde de başvuruçunun inceleme esnasında tahliye edilmesi ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kalktığı şeklinde yorumlanmamaktadır. Dolayısıyla ihlal giderimi için kararın mahkemeye gönderilmesinde artık hukuki yarar kalmasa da başvuru lehinde tazminata karar verilmesi mümkündür⁹⁰.

AYM'nin kendi kararının icrasını denetlediği bireysel başvuru incelemelerinde öne çıkan bir diğer sorun ise konu bakımından yetkidir. Kararların icrasına ilişkin başvurularda konu bakımından yetki yönünden öncelikli husus ise ihlal kararlarına istinaden yapılacak yeniden yargılamaların suç isnadı ve medeni hak ve yükümlülükler ayrımı dâhilinde adil yargılanma hakkının konusunu oluşturup oluşturmadığıdır. AYM'nin klasik içtihadında ceza yargılamasındaki yargılamanın yenilenmesinin ilk evresi olan kabule değerlik aşamasında işlenen fiilin sübutunun incelenmediği, dolayısıyla hükümlü sıfatı devam ettiği için yargılamayı talep edenin suç isnadı altında olmadığı ortaya konulmaktadır. Bu nedenle AİHM kararlarıyla da uyumlu olarak bu aşamaya ilişkin bireysel başvuru şikâyetlerinin adil yargılanma hakkı kapsamında olmadığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı verilmekte-

88 S.Ö., B. No: 2013/7087, 18/9/2014; Mehmet Emin Bülbül, B. No: 2014/4463, 16/6/2016; Yücel Sayman, B. No: 2014/6497, 8/6/2017; Zafer Fehmi Yörük, B. No: 2019/3226, 10/12/2024.

89 Örnek olarak bkz. Altay Aksoy, B. No: 2018/36557, 28/1/2021.

90 Örnek olarak bkz. Behzet Çakar ve diğerleri (2) [GK], § 71.

dir. AYM'ye göre bu durumun iki istisnası AİHM ve AYM'nin verdiği ihlal kararları üzerine ihlal kararına konu olayla ilgili yapılan yeniden yargılamalardır. Çünkü her iki durum sonrasında da derece mahkemelerinin yargılamanın yenilenmesinin kabulü konusunda takdir hakları yoktur⁹¹. Daha sonra bu istisnalara AYM kararlarının objektif etkisine değinildiği *İbrahim Er ve diğerleri*⁹² kararı ile önceki bir bireysel başvurunun tarafı olunmamakla birlikte AYM ihlal kararındaki aynı olguya dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi taleplerinin reddine ilişkin başvurular da eklenmiştir. Ancak medeni hak ve yükümlülükler yönünden benzer bir incelemenin yapıldığı *Naciye Çoruh [GK]* kararında bu yöndeki somut başvurulara göre yeniden değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanarak, bu istisnanın AYM tarafından her durumda kabul edilmeyeceği gösterilmiştir⁹³.

Medeni hak ve yükümlükler bakımından da AYM ve AİHM kararlarına istinaden yapılacak olan yeniden yargılamalara ilişkin olanlar dışında HMK ve İYUK gereğince yargılamanın iadesi istemlerinin kabule değer olup olmadığının incelendiği ilk evreye ilişkin başvurular, bu evrede uyuşmazlığın esasına çözüm getirilmediğinden hareketle adil yargılanma hakkı yönünden konu bakımından yetkisizlikle sonuçlanmaktadır⁹⁴. Bu alanda yukarıda bahsedilen ceza yargılamasına ilişkin bir somut olayda verilen *İbrahim Er ve diğerleri* türünden bir karar bulunmamaktadır. Hatta *Osman Kızılcan*⁹⁵ kararındakine benzer hukuki durumdan⁹⁶ ileri gelen bir uyuşmazlıkta AYM'nin

91 *Nihat Akbulak [GK]*, B. No: 2015/10131, 7/6/2018, §§ 34-39.

92 *İbrahim Er ve diğerleri [GK]*, B. No: 2019/33281, 26/1/2023.

93 *Naciye Çoruh [GK]*, B. No: 2024/15819, 21/11/2024, § 18.

94 *Metin Gümüüş*, B. No: 2016/14563, 28/11/2019, §§ 30-34.

95 *Osman Kızılcan [GK]*, B. No: 2021/11655, 28/7/2022.

96 Söz konusu başvuru terör olayları nedeniyle terk edilmek durumunda kalınan mülkler dolayısıyla uğranılan zararların 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun kapsamında talep edilmesi ve devamında bu taleplerin yalnızca bir kısmının karşılanmasına ilişkindir. Somut başvuruda tespit komisyonuna zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren 60 gün, her hâlde olayın

bu ihlal kararı gözetilerek yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi talebinin reddinin incelendiği *Naciye Çoruh* [GK] dosyasında AYM'nin kabule değerlik safhasına dair genel içtihadı uygulanmış⁹⁷ ve *İbrahim Er ve diğerleri* kararına konu somut olayın kendine has özelliklerinin her durumda (ve bahse konu başvuruda) uygulanamayacağı belirtilmiştir⁹⁸.

Sonuç olarak AYM bireysel başvuru ihlal kararları neticesinde ihlalin ortadan kaldırılması için gerekli olan yeniden yargılamalara yönelik şikâyetleri incelediği başvurularda, bireysel başvuru ile alakalı olmayan ve usul kanunlarına göre işletilen yargılamanın yenilenmesi kurumuna dair yerleşik içtihadından ayrılarak konu bakımından yetki bakımından sorun görmemektedir. Ancak bireysel başvurunun objektif etkisinin gereği olarak bireysel başvurunun tarafı olmayanlar için de belirli bir ihlal kararına dayanılarak talep edilen yargılamanın yenilenmesi taleplerinin reddi durumunda aynı yerleşik içtihatların istikrarlı biçimde sürdürüldüğü söylenebilir. *İbrahim Er ve diğerleri* kararı gözetildiğinde bu türden başvuruların kabul edilmesi ihtimalinin ceza yargılamasını ilgilendiren bireysel başvurularda daha kuvvetli olduğu söylenebilir.

öğrenilmesinden itibaren 1 yıl içinde başvurularak zararın tazminin istenebilmesi şeklindeki kuralın idare mahkemelerince mülke erişim kısıtlamasının anlık bir müdahale gibi değerlendirilip başvuru yapılmakla mülkten ayrı kaldıkları her yıl için ayrı bir idari başvuru yapmak durumunda bırakacak şekilde yorumlanması mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. İlgili bölge idare mahkemesi başvuruancunun ancak idareye başvuru yaptığı tarihten geriye doğru bir yıllık zararlarının tazminini isteyebileceği, başvuru tarihinden itibaren bir yıldan önceki zararlarının 5233 sayılı Kanun uyarınca tazminini istemesinin mümkün olmadığına kanaat getirmiş, böylelikle 2007 yılı itibarıyla istediği zararların yalnızca komisyona başvuru yaptığı 6/12/2017 tarihinden bir yıl önceki kısmının karşılanabileceğine hükmedilmiştir. AYM'ye göre terör olayları sebebiyle mülke erişimin engellenmesi süregelen bir müdahaledir ve bu tür müdahaleler bakımından zarar konusu olay için belli aralıklarla kesintiye uğrayan somut bir tarih verilemez. Bu bakımdan mahkemenin yorumu bariz takdir hatası içeren, aşırı şekilci ve katı bir yorumdur.

97 *Nihat Akbulak* [GK]; *Metin Gümüş*.

98 *Naciye Çoruh* [GK], B. No: 2024/15819, 21/11/2024, § 18.

Bireysel başvuru kararlarının icrasının yeni bir bireysel başvuru içinde incelenmesinde önemli kabul edilebilirlik kriterlerinden birisi de başvuru yollarının tüketilmesi kuralıdır. Kararın icrasında genel bir ilke olarak başvuru sahiplerinin mümkün olan en kısa zamanda ihlalden doğan zararlarının karşılanması ve ihlal önceki konumlarına getirilmeleri esas olduğundan ilgili kamusal makamlara gönderilen kararların hızlı bir şekilde uygulanmaları gerekmektedir. Ancak bu bireysel başvurunun ikincilliği ve başvuru yollarının tüketilmesi kuralının ihlalin devam etmesi sebebiyle yapılan yeni başvurular da terk edileceği anlamına gelmez. Bu açıdan AYM özellikle yargı kararları kaynaklı ihlallerin giderilmesi için kararı bir mahkemeye gönderdiğinde ilgili mahkemenin kararına karşı kanun yollarının tüketilmesini beklemektedir. Bu, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde benimsenen icra sisteminde mahkemelere biçilen asli (dolayısıyla AYM'ye verilen tali) rol ile uyumludur.

Tıpkı ilk elden incelenen başvurularda olduğu gibi ihlalin giderilmesi için tüketilmesi gereken yolun teoride ve pratikte mevcut ve etkili olması gerekir. Buna ek olarak başvuru sahibi uyuşmazlık konusunda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında başvuru yolundaki makamlara sunmalı, süreç içinde dava ve başvurusunu gerekli özeni göstererek takip etmelidir⁹⁹. Bu ilkeye paralel olarak mahkemelerde dile getirilmeyen iddialar AYM'de şikâyet konusu edilemez, derece mahkemelerine sunulmayan yeni bilgi ve belgeler bireysel başvuru kapsamında ilk kez öne sürülemez¹⁰⁰. Öte yandan ihlal tespiti

99 Bayram Gök, B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 19. Başvurucunun ihlal kararı sonrasındaki süreçte (en azından sürecin başlatılmasında) gerekli özeni gösterme konusunda fazla yapacak bir şeyinin olmadığı not edilmelidir. Nitekim AYM yerleşik içtihadında belirtildiği gibi ihlalin gönderildiği yargısal makamların usul kanunlarındaki prosedürlere (örneğin yargılamanın yenilenmesi açısından kabule değerlik aşamasına) gerek olmadan ve başvuru sahibinin talebi aranmaksızın işlemlere başlaması gerekmektedir. Ancak daha sonra davaya devam edildiği aşamada başvuru sahibinin gerekli özeni göstermesi beklenebilir.

100 İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17.

sonrasında karar bizzat AYM tarafından ilgili mahkeme veya idari mercie gönderildiğinden, ilgili merci ihlali kaldırılabilecek ve uyuşmazlığın esasını çözecek mercidir. Dolayısıyla AYM'nin ihlalin kaldırılması için yetkili kıldığı mercide yürütülecek işlemlerin zaten tüketilmesi gerekir. Bu durum ihlale sebep olan müdahale iddiaları dışındaki hususların tekrar edilmesi anlamına gelmemektedir. Bu aşamada tüketilmesi gereken işlemler doğrudan ihlalin giderilmesine yönelik spesifik işlemlerdir. Son olarak yargısal ve idari yönden bu merciin kararına etkili bir itiraz, kanun yolu ya da diğer bir başvuru yolu var ise AYM önüne başvuru getirilmeden önce bu yolun da tüketilmesi gerekmektedir.

Tüketilmesi gereken yolun ve etkililiğinin tespitinde ihlal edilen hak ve özgürlük, ihlalin niteliği ve ihlal sonrasında yürütülen işlemlerin etkinliği unsurları da önemlidir. Örnek olarak maddi birer hak ve özgürlük olan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı alanında ihlale yürütülen soruşturmaların etkisiz ve/veya makul sürat ve özende yürütülmemesinin yol açtığı durumlarda, ihlal sonrasında soruşturmada eksikliklerin makul bir süre geçmesine rağmen tamamlanmaması, hızlandırılmasına yönelik bir çabanın gösterilmemesi hâlinde bu soruşturmanın resmî olarak bitirilmesini beklemek ve devamındaki itiraz hakkını kullanmak gerekli olmayacaktır. Nitekim AYM de benzer bir somut olayı incelediği *Tahir Gökatalay* (4)¹⁰¹ kararında daha önce başvurucunun gözaltında kolluk kuvvetlerince kötü muameleye uğradığı iddiaların incelendiği soruşturmada doktor raporlarına ilişkin çelişkinin giderilmesi nedeniyle tespit edilen ihlalin (*Tahir Gökatalay* (3), B. No: 2013/5605, 30/3/2016) yeniden soruşturma esnasında da giderilmediği şikâyetini incelemiştir. Bu incelemenin kabul edilebilirlik aşamasında soruşturmanın etkili yürütülmediği iddiasıyla kötü muamele yasağının ihlal edildiğine dair şikâyetlerin, soruşturmada ilerleme kaydedilmediğine yönelik bir iddianın bulunması ve AYM'nin bu iddialar karşısında soruşturmanın

101 *Tahir Gökatalay* (4), B. No: 2018/24477, 24/3/2021.

etkililiğini kaybettiği kanaatine varması durumunda incelenebileceği belirtilmiş ve bu nedenle bu tür başvurularda başvuru yollarının tüketilmesi kriterinin sağlandığının esas incelemesi ile beraber anlaşılabileceğine hükmetmiştir. Esas inceleme-sinde *Tahir Gökatalay* (3) kararına istinaden yapılan yeniden soruşturmanın başvuru-cuya izafe edilemeyecek nedenlerden dolayı karar tarihinde yaklaşık 4,5 yıldır devam etmesinin kötü muamele yasağını usul yönünden ihlal ettiğine hükmedilmiş, böylelikle bu tür ilerleme kaydedilmeyen eksik soruşturmalar bakımından başvuru yollarının tüketilmesine gerek duyulma-yabileceği ortaya konmuştur.

Bunun gibi istisnalar dışında AYM uygulamasında genel olarak yeniden yargılama, tutukluluğa ve infazın kaldırılma-sına ilişkin ihlal kararı sonrasındaki yargısal işlemlerin kesin-leşmesi kararların icrasına yönelik bireysel başvuru inceleme-lerinde şart koşulmaktadır. Sonuç olarak AYM'nin yeni bir bireysel başvuru incelemesi dışında karar sonrasında icraya özgülenmiş bir hukuki denetimin olmaması bu uygulamayı gerekli kılmaktadır. Bu durumun kararların icrasında gecik-meler yaşanmasına yol açan faktörlerden biri olduğu söyle-nebilir. Bu nedenle AYM'nin başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu kararların icrasına yönelik şikâyetler bakımından genel olarak daha esnek uygulaması, özelde de ihlalin tespiti-nde makul sürede yargısal işlemlerinin tamamlanmaması-nın etkili olduğu dosyaların yeniden görülmesindeki makul süre eşiğini olabildiğince alçak tutması elzemdir. Makul sü-rede yeniden yargılamaların (ve soruşturmaların) tamamlan-maması sorununun yalnızca yaşam hakkı ve kötü muamele yasağına ilişkin olanlarla da sınırlı olmadığı, tüm haklar ba-kımından benzer değerlendirmelerin farklı eşikler gözetilerek yapılabileceği düşünülmelidir.

b. Esas İncelemesi Aşaması

Kabul edilebilirlikte olduğu gibi esas incelemesi aşamasın-da da kararların icrasına yönelik şikâyetlerin diğer bireysel

başvurularla genel hatlarıyla benzer bir şablon ve usul üzerinden değerlendirildiği söylenebilir. Ancak esas incelemesinin içeriği ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması ve geniş anlamda kararın icrasının denetimi ile sınırlıdır. Dolayısıyla bu kararlarda somut olayın çözümüne ilişkin genel ilkeler kapsamında AYM kararların bağlayıcılığı ve icrasına yönelik açıklamalar ve ihlalin giderilmesine yönelik spesifik tedbirlerin hukuki sonuçları¹⁰² üzerinde durulmaktadır. Belli başlı dosyalarda ayrıca kararlara uyulmamasının anayasal sonuçları başlığı altında tespitlere yer verilmektedir¹⁰³.

İhlal kararı sonrasında ilgili kararın icrasına yönelik yeni bir bireysel başvuru yoluyla yapılan yargısal denetimde başvuruların mümkün olduğunca ihlal öncesindeki konumlarına kavuşup kavuşmadıkları incelenir. Bu doğrultuda kararın icra edilip edilmediği test edilirken bu hedeften (ideal durumdan) ne kadar uzak olunduğuna bakılır. Kamuoyuna yansıyan ve çok tartışılan örneklerde (Şahin Alpay, Mehmet Hasan Altan, Kadri Enis Berberoğlu ve Şerafettin Can Atalay'a ait başvurularda) tecrübe edildiği gibi ihlalin kaldırılması için gerekli bir yeniden yargılamanın daha kabule değerlik aşamasında reddedilmesi ya da AYM kararında açıkça belirtilmesine rağmen tutukluluğunun devamı için ihlal kararından bağımsız başka bir sebep bulunmayan başvuru sahiplerinin serbest bırakılmaması hâlinde kararın yerine getirilmediğinin tespiti kolaydır. Ancak AYM kararının hüküm kısmında belirtilen tedbirin, örneğin yeniden yargılamanın gerçekleştirilmesine rağmen ihlalin bu yargılamada kaldırılıp kaldırılmadığı hassas bir dengede tartışılmalıdır. Bu denge ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılıp ihlal öncesindeki duruma gelinmesini gerektiren *restitutio in integrum*'un fiilî ve hukuki durum ölçeğinde sağlanabilirliği üzerine kuruludur. Bu ilkenin somutlaştırılmasına ilişkin

102 Örnek olarak bkz. *Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019, § 49-60.

103 Örnek olarak bkz. *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021; *Şerafettin Can Atalay* (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

önemli bir karar olan *Mehmet Doğan [GK]* kararında *restitutio in integrum*'un sağlanmasının öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların sebep olduğu sonuçların kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi ve diğer uygun tedbirlerin alınmasına bağlı olduğu ortaya konulmuştur. Buna karşılık özellikle ihlale konu kararın veya işlemin kaldırılması gerekliliğinin her bir ihlal kararı için kategorik uygulanması konusundaki bu dogmatik yaklaşımın mevcut pozitif düzenlemeler (bilhassa ihlal kararına konu kararın veya işlemin kaldırılması zorunluluğu açısından) ve kararın icrası sürecinin önüne çıkabilecek diğer hukuki veya fiilî engeller karşısında savunulması güçtür. Zaten AYM de zaman içinde bu yaklaşımı yumuşatmış, yeniden yargılamalar bakımından ihlale konu kararın kaldırılması zorunluluğu yerine mahkemelerin ihlal kararına istinaden yapması gerekenin “*yeniden yargılama işlemlerini başlatmak ve AYM’yi ihlal sonucuna götüren nedenleri gideren, ihlal kararında gösterilen ilkelere uygun yeni bir karar vermek*” olduğunu ifade etmeye başlamıştır. Dolayısıyla mevcut durumda AYM kararı sonrasında yapılacak yeniden yargılamaların tam olarak ihlali giderip gidermediğinin tespiti daha titiz bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır.

Daha önceki bir bireysel başvuru kararının icrasını ilgilendiren yeni başvurularda inceleme kuralı olarak daha önce ihlal kararının verildiği hak ve özgürlük üzerinden gerçekleştirilmektedir¹⁰⁴. Ancak ihlal kararı sonrasında gerçekleştirilen işlemlerin ilk kararda değerlendirmeye alınmamış veya şikâyet konusu edilmemiş başka hak ve özgürlüklere müdahalede bulunması ve bu yönde yeni başvuruda inceleme yapılması mümkündür. Söz gelimi *Behzet Çakar ve diğerleri (2) [GK]* ve *Erol Eşrefoğlu [GK]* kararlarında sırasıyla müdafî yardımından faydalanma ve gerekçeli karar hakkının ihlali tespiti üzerine gerçekleştirilen yeniden yargılamalarda başvuruçuların hü-

104 Örnek olarak bkz. *Delil İlhan (2)*, B. No: 2020/6636, 16/11/2023; *Ali Oğuz (2)*, B. No: 2019/2285, 15/3/2022.

kümlü statülerinin infazın durdurulması talepleri reddedilerek devam ettirilmesi ve dolayısıyla mahkûmiyete bağlı tutma hâllerinin devamı sonrasında ihlal kararının yerine getirilmemesi şikâyetlerini içeren yeni bireysel başvurularda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası) yönünden inceleme yapılmıştır¹⁰⁵.

Bu konudaki bariz örneklerden biri *Şerafettin Can Atalay* (2) kararında hükmedilen yeniden yargılamanın kararın gönderildiği derece mahkemesince incelenmeyip dosyanın ilgili Yargıtay dairesine havalesi ve ardından dairece ihlal kararına uyulmamasına hükmedilmesi sonucu yapılan yeni bireysel başvuruda tecrübe edilmiştir. Bu yeni başvuruda önceki kararda ihlal tespitinin ait olduğu seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla birlikte bireysel başvuru hakkının da ihlal edildiğine karar verilmiştir. Böylelikle başvurucunun ilk derece mahkemesinin ve Yargıtayın ihlalin gereği olan yeniden yargılamayı yapmaması nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkı ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları bir bütün olarak bireysel başvuru hakkı kapsamında incelenmiştir¹⁰⁶.

AYM'nin bireysel başvuru kararlarının gereği gibi icra edilmemesinin şikâyet edildiği bu türden başvuruları AYM kararlarının bağlayıcılığı ve icrasını ilgilendiren Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrası yerine ilgili hak ve özgürlük üzerinden incelemesi AİHM'in yaklaşımı ile paraleldir. AİHM de kararın icrası için gerekli olan tedbirleri AİHS'in 41. ve 46. maddeleri kapsamında bildirmekle birlikte, başvurunun esasını bu maddeler yerine ilgili hak ve özgürlük üzerinden incelemektedir. Bu durum AİHM açısından Bakanlar Komitesinin kararların icrasında üstlendiği asli rol ve Sözleşme'nin 46. maddesine özgü ihlal prosedürünün varlığına bağlanabi-

105 Söz konusu kararlar için bkz. *Behzet Çakar ve diğerleri* (2) [GK], B. No: 2019/2333, 1/7/2021; *Erol Eşrefoğlu* [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021.

106 *Şerafettin Can Atalay* (3) [GK], § 39.

lir. AYM kararları bakımından bu şekilde icraya ilişkin özgün yargısal denetim araçları bulunmadığından AYM kararlarının bağlayıcılığı ve icra edilmelerine ilişkin ilkeleri bu tür başvurularda ortaya koymak daha önemlidir. Dolayısıyla karar sonrasında icraya ilişkin yeni bireysel başvuruların incelenmesinde etkili başvuru hakkı ve bireysel başvuru hakkı gibi kararların icrasını dolaylı olarak ilgilendiren düzenlemeler (Ay. mad. 40 ve 148) ile birlikte doğrudan AYM kararlarının bağlayıcılığına dair Anayasa'nın 153/6 özelinde inceleme yapılması da bu kararların etkisini artıracaktır.

Altını çizmek gerekir ki hukuki niteliği, etkisi ve icra edilebilirliği bakımından ihlal kararlarının uygulanmamasına yönelik başvurular neticesinde verilen kararların diğer ihlal kararlarından bir farkı yoktur. Bu kararlarda da şartları mevcut olduğunda ihlalin kaldırılması için gerekli bireysel ve genel tedbirlere başvurulduğu ve buna istinaden ilgili mercilere kararın gönderildiği görülmektedir. Yukarıda da söz edildiği gibi 6216 sayılı Kanun görüşmelerinde ihlal kararının icra edilmemesi üzerine başvurucunun yeniden AYM'ye başvurması hâlinde AYM'nin kendi başına ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı vermesine ilişkin düzenleme kabul görmemiş ve 50. madde hükmü mevcut hâlini alarak AYM'nin kararı uygulanması için ilgili makama göndermesi usulü benimsenmiştir. Buna uygun olarak ele aldığımız ihlal kararlarının icrasına yönelik bireysel başvurularda da ilk ihlal kararının etkisini aşacak bir karar verilmemektedir. Bununla birlikte ilk kararda başvurulmayan veya belli bir ölçüde başvurulmuş tazminat gibi bireysel tedbirlere başvurulabilmektedir. Böylelikle ihlal kararının gereğinin yerine gelmemesi nedeniyle ikinci kez ihlale hükmedildiği göz önüne alınarak, söz gelimi yeniden yargılama ile yetinilecek bir başvuruda hakkaniyetin gereği olarak tazminata da başvurulabildiği görülmektedir¹⁰⁷. Bazı durumlarda ise kararın yalnızca ihlali kaldırmak konusunda asıl yetkili makam dışında tali sorumlulukları

107 Örnek olarak bkz. Ali Oğuz (2), § 64.

olduğuna kanaat getirilen diğer kurumlara da gönderilebil-
diği görülmektedir. *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK] kararında
bu doğrultuda ihlal kararının ilgili mahkeme ile birlikte ihlal
kararının yerine getirilmesinde ilgili oldukları tespit edildiği
için Türkiye Büyük Millet Meclisine, Adalet Bakanlığına ve
Hâkimler ve Savcılar Kuruluna da gönderilmesine karar ve-
rilmiştir¹⁰⁸.

Bunun dışında tıpkı diğer bireysel başvurularda olduğu
gibi başvuru yapıldıktan sonraki gelişmeler de ihlal kararının
yerine getirilmesinin sağlanması konusundaki tedbirlerin se-
çilmesinde etkili olmaktadır. Bu doğrultuda *Behzet Çakar ve
diğerleri* (2) [GK] kararında infazın durdurulmasının reddi
kararı sonrası yapılan yeni bireysel başvuru tarihinden son-
ra başvuru hakkında infazın durdurulması kararı verilerek
ceza infaz kurumundan tahliye edilmesi karşısında, kararın
ilk etapta icra edilmemesi nedeniyle ihlale hükmedilse de il-
gili mahkemeye kararın gönderilmesi için bir hukuki sebep
kalmamıştır. Dolayısıyla ihlal giderimi için yalnızca tazmina-
ta hükmedilmiştir¹⁰⁹.

Son olarak AYM'ye bireysel başvuru kararlarının gereği
gibi ya da hiç icra edilmediği ve geniş anlamda ihlalin gide-
rilmediğinin tespitine yönelik bireysel başvurularda alınan
kararların, diğer bireysel başvurulardaki kararlardan icra
edilebilirlik ve hukuki etki bakımından farkı olmamasına rağ-
men, pratikte etkili olabildikleri ifade edilmelidir. *Şerafettin
Can Atalay* (2) kararı dışında bu yeni başvurular neticesinde
ihlal kararları uygulanmıştır. Örnek olarak 17/9/2020 tarihin-
de verilen *Kadri Enis Berberoğlu* (2) kararında başvuru-
cunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve
güvenliği hakkının oy birliğiyle ihlal edildiğine karar veril-
miş, karar ile birlikte yeniden yargılamaya hükmedilerek di-
ğer ihlal kararlarında olduğu gibi kararın gönderildiği mah-

108 *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], § 145.

109 *Behzet Çakar ve diğerleri* (2) [GK], § 71.

kemenin yeniden yargılamanın kabule değerliği hususunda bir takdir yetkisinin olmadığı hatırlatılmıştır. Ayrıca söz konusu yeniden yargılamada durma kararı verilmesi de spesifik olarak belirtilmiştir. Kararın gönderildiği ilgili ağır ceza mahkemesi ise bu ihlal kararına rağmen başvuru hakkında yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığı kararı vermiştir. Mahkemenin temel gerekçesi AYM'nin kararında yerindelik denetimine yol açacak biçimde yeniden yargılama ve durma kararı vermesi konusunda derece mahkemesinin yerine geçtiği üzerine kurulmuştur. Daha sonra bu karara yapılan itirazın incelenmesinde ise ihlalin aslen bölge adliye mahkemesinin ilgili ceza dairesi kararından kaynaklandığı gerekçesi ile itiraz hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Bunun üzerine başvuru yeniden AYM'ye başvurmuş ve bu başvuru yeniden ihlal tespiti ile sonuçlanmıştır. Bunun üzerine kararın gönderildiği mahkeme bu sefer yeniden yargılamayı kabul ederek “yeniden yargılamanın kabulü, infazın durdurulması, hükümlülüğün sona erdirilmesi” şeklinde hüküm kurmuştur. Bu kararın TBMM Genel Kurulunda okunmasının ardından başvuru milletvekili sıfatını yeniden kazanmıştır¹¹⁰.

Benzer şekilde gazeteciler Şahin Alpay ve Mehmet Hasan Altan¹¹¹ hakkında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile birlikte basın özgürlüğünün ihlaline karar verilen dosyalardan sonra yaşanan kararın icra edilmemesine ilişkin sorunlar yeni bireysel başvurular üzerine verilen kararların ardından çözüme ulaşmıştır¹¹².

110 BBC Türkçe, “Enis Berberoğlu Yeniden Milletvekili Oldu”, 11/2/2021, <https://tinyurl.com/yc3f52m9> (Erişim Tarihi: 17/3/2025); Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], §§ 40-42.

111 Mehmet Hasan Altan, AYM ihlal kararına uyulmamasına ilişkin başvurusunun incelenmesi sırasında tahliye edildiğinden ikinci ihlal kararının (Mehmet Hasan Altan (3), B. No: 2018/2620, 9/1/2020) gereği için mahkemeye gönderilmesine gerek kalmamıştır.

112 BBC Türkçe, “20 aydır tutuklu olan gazeteci Şahin Alpay gece yarısı tahliye edildi”, <https://www.bbc.com/turkce/43438434> (Erişim Tarihi: 18/3/2025)

AYM'nin bu şekilde yeni bir bireysel başvuru yoluyla kararın icrasını denetlemesi somut başvuru özelinde etki doğurabilmekle birlikte bu yöntemin niteliği gereği uzun ve dolaylı olması başvurularda yönelik ihlallerin kaldırılmasını geciktirmektedir. Kararın doğrudan icrasıyla ilgili olmadıkları için de bu başvurularda bireysel başvuru kararlarının icrasına ilişkin teknik detayların ilgili kamusal makamlarca tanınması da yeterli düzeye ulaşmamaktadır. Ayrıca bu yolla hem süre hem de sonuç yönünden etkili bir sonuç elde edilmesi daha ziyade kamuoyunca tanınan başvuru bakımından mümkün olmaktadır. Etkili bir başvuru yolu olma iddiasını taşıyan bireysel başvuruda bu etkinin tüm başvuru için eşit şekilde sağlanabilmesinin kararın icrasına yönelik daha doğrudan ve pratik araçların benimsenmesinden geçtiği kanaatindeyiz.

B. İDARİ DENETİM

Anayasa Mahkemesi bünyesinde bireysel başvuru ve Mahkemenin diğer kararlarının icrasının takip edilmesine ilişkin idari bir mekanizma da bulunmaktadır. AYM kararlarının uygulanmasının kurumsal takibine ilişkin olarak 6216 sayılı Kanun'un "Genel Sekreter ve Genel Sekreter yardımcılarının görevleri" başlıklı 23. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde Genel Sekreter'in görevleri arasında "*Başkan'ın gözetimi ve denetimi altında Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi*" de sayılmıştır.

Daha sonra AYM Genel Sekreterliği teşkilatı içinde 19 Şubat 2020 tarihli Genel Kurul kararıyla yeni bir hizmet birimi olarak Kararlar Müdürlüğü kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in Ek 1. maddesine göre Kararlar Müdürlüğü "*Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasını takip etmek ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi görevinin kaliteli, etkin ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla gerekli çalışmaları yapmak*" ile görevlendirilmiştir. Müdürlük, AYM kararları arasında ayırım yapmadan kararların icrası-

nın takibini öngören Kanun'un 23. maddesine uygun olarak, Bireysel Başvuru Kararları Takip Bürosu ile Norm Denetimi ve Diğer Kararlar Takip Bürosu şeklinde iki alt birimden teşkil edilmiştir. Yönetmelik'in devamındaki Ek 2.¹¹³ ve Ek 3.¹¹⁴ maddelerinde ise bu iki büronun görevleri ayrıntılı olarak yer almıştır. Bu düzenlemelere bakıldığında Müdürlüğün, özellikle bireysel başvuru kararlarının icrasından sorumlu

113 Bireysel Başvuru Kararları Takip Bürosu

Ek Madde 2- (1) Bireysel Tedbirler Takip Bürosunun görevleri aşağıdaki gibidir:

a) Bireysel başvuru kararlarında ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için hükmedilen yeniden yargılama, yeniden soruşturma, maddi ve/veya manevi tazminat ve ihlallerin giderilmesine yönelik diğer kararlarla ilgili olarak yetkili makam ve mercilere gereği için gönderilen yazıların akıbetinin sorulması, gelen cevaplara istinaden ihlal kararlarının uygulanması bakımından ilgili dosyaların takip durumlarının belirlenmesi, b) Bireysel başvuruların incelenmesi esnasında verilen tedbir kararlarının ifası için ilgili kurumlara gönderilen yazıların akıbetinin sorulması ve gelen cevaplara istinaden tedbir kararlarının uygulanması bakımından ilgili dosyaların takip durumlarının belirlenmesi, c) (a) ve (b) bentlerinde bahsi geçen yazışmalara istinaden dosyaların tutulması, verilerin işlenmesi ve sonuçlarının raporlandırılması, ç) Gerekli görüldüğünde kabul edilemezlik kararları ve esas yönünden incelenip ihlal olmadığına hükmedilen bireysel başvuru kararlarının ilgili makam ve mercilere bilgilendirme amacıyla gönderilmesi, d) Başvurucuların ihlal kararları ile birlikte hükmedilen yeniden yargılama, yeniden soruşturma, maddi ve/veya manevi tazminat ve diğer giderime yönelik kararların yetkili makam ve mercilerce uygulanmadığına yönelik dilekçelerinin kayda alınması ve gerekli görüldüğünde bu dilekçelere cevap verilmesi, e) Komisyonlar Raportörlüğü tarafından gönderilen ve yargılama giderlerinin başvuruculardan tahsil edilmesine karar verilmiş olan kabul edilemezlik kararlarında, başvuru harçlarının başvuruculardan tahsil edilmesi amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdare Başkanlığı ile yazışma yapılması, f) Hazine ve Maliye Bakanlığı ile yapılan yazışmalar sonucu gelen ödeme emirlerinin kayıtlarının tutulması ve dosyalanması, g) Tashih kararları ile ilgili olarak Hazine ve Maliye Bakanlığına resmî yazı gönderilmesi, ğ) Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle başvurucu avukatına verilen disiplin para cezaları ile ilgili olarak Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğü ile yazışmaların yapılması, h) Kararların takibi sonuçlarının istinaden ilgili kurum ve kuruluşlarla ilişkilerin yürütülmesi, ı) Yargı kararlarının uygulanmasına yönelik ulusal ve uluslararası gelişmelerin takip edilmesi, gerektiğinde bu konulara yönelik bilgi notu ve rapor hazırlanması

114 Norm Denetimi ve Diğer Kararlar Takip Bürosu

Ek Madde 3- (1) Norm Denetimi ve Diğer Kararlar Takip Bürosunun görevleri aşağıdaki gibidir: a) Norm denetimi ve diğer kararların uygulanmasının takibinin yapılması, b) İptal davaları ve itiraz başvurularının esas incelemesi neticesinde verilen iptal kararlarının gereği olarak ilgili mevzuata işlenmesi gereken değişikliklerin Mevzuat Bilgi Sisteminden takip edilmesi, c) Verilen diğer görevlerine yerine getirilmesi.

organlarla ihlal kararlarının gereği gibi icra edilip edilmediği ve buna bağlı olarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı tespitini yapabilmek için yazışma yapma ve gönderilen cevaplara göre kararların icra takip durumlarını belirleme görevi dikkat çekmektedir. Düzenlemelerden ayrıca bu takip durumlarına ilişkin verilerin düzenli olarak Genel Sekreterliğe raporlanacağı anlaşılmaktadır. Bireysel başvuru ihlal kararları dışında bazı kabul edilemezlik, düşme veya ihlal olmadığına ilişkin kararların da Müdürlük tarafından takibe konu edilebileceği görülmektedir. Bu kapsamda başvurunun adli yardımdan faydalandırıldığı için muaf tutulduğu harcı başvurunun aleyhinde sonuçlanması neticesinde yeniden ödemeye mahkûm edilmesi ve başvuru hakkının kötüye kullanılmasıyla birlikte idari para cezasına hükmedilen kararların icrası da Müdürlük tarafından izlenmektedir.

Yönetmelik'e bakıldığında yargı içtihatlarının değiştirilmesi veya TBMM'nin bireysel başvuru kararlarına istinaden gerekli yasal düzenlemeleri yapması gibi gelecekteki ihlallerin önlenmesine yönelik genel tedbirlerin (*general measures*) izlenmesine ve bunların kararın icrasına etkilerine ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla AIHM kararları bakımından Bakanlar Komitesinin yaptığı şekilde¹¹⁵ yargı içtihatlarının veya yasal düzenlemelerin AYM kararları doğrultusunda değişip değişmediğine dair Müdürlük tarafından bir inceleme yapılmasının zorunlu tutulmadığı görülmektedir.

Yönetmelik'in Ek 2. maddesinde Bireysel Başvuru Takip Bürosunun görevleri arasında (d) bendinde sayılan "*Başvuruların ihlal kararları ile birlikte hükmedilen yeniden yargılama,*

115 Bakanlar Komitesi, özellikle, taraf devletlerin kararın icrasını yasal değişiklik yerine yargısal içtihatlar yoluyla yerine getirmek istediğinde, içtihatlardaki değişimin ilgili kararın icrası için tek başına yeterli olup olmadığına ve ilgili devletteki yargı pratiğinin bu süre zarfında yeni ihlalleri önleyip önlemeyeceğine bakarak ilgili icra dosyasını kapatmaktadır. Abdelgawad, E. L. (2008). *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, s. 27-28.

yeniden soruşturma, maddi ve/veya manevi tazminat ve diğer giderime yönelik kararların yetkili makam ve mercilerce uygulanmadığına yönelik dilekçelerinin kayda alınması ve gerekli görüldüğünde bu dilekçelere cevap verilmesi” de rutin işleyen takibin ilgili dosya bakımından bir kez daha gözden geçirilmesi dışında bir fark yaratacak nitelikte değildir. Bu dilekçeler üzerine icraya yönelik olarak bu makamlara talimat verilmesi gibi icrai bir işlem söz konusu değildir.

Kararlar Müdürlüğü bireysel başvuru ihlal kararlarının takibi işlerini yerine getirmek için gerekli verileri UYAP'ta oluşturulan Kararlar Müdürlüğü ekranında işlemektedir. Bu verilerin işlenmesine ve sonuçlar çıkarılmasına imkân veren bilgiler, yeniden yargılama veya soruşturmayı yapmakla yükümlü yargısal makamlar ile ihlali gidermekle yükümlü Hazine ve Maliye Bakanlığı gibi idari makamlarla UYAP üzerinden yapılan yazışmalar neticesinde elde edilmektedir. Bu kapsamda derece mahkemeleri ve ilgili idareler yargılamanın, soruşturmanın veya idari işlemlerin safahatı hakkında Kararlar Müdürlüğüne bilgi vermekte, ek olarak yapılan yeniden yargılama ve soruşturmalara ilişkin kararları (varsa itiraz, istinaf ve temyiz kararları ile birlikte) UYAP üzerinden göndermektedir. Gönderilen bu nihai kararlar ile tazminat ve diğer ödemelerin yapıldığına dair belgeler incelendikten sonra her bir dosya için ihlalin ve sonucunun kaldırılıp kaldırılmadığı Kararlar Müdürlüğü tarafından değerlendirilmektedir¹¹⁶.

Bu takip sonuçları daha sonra yeniden yargılama, yeniden soruşturma, maddi-manevi tazminat, yargı kararlarının icrası ve genel olarak icra edilmediği kesinleşen dosyaları gösteren tablolara dökülerek yıllık raporlar oluşturulmaktadır. Yeniden yargılama ve soruşturma gibi ihlalin giderilmesinin zaman aldığı tedbirlerin takip sonuçları bir yıl geriden gelinerek

116 Altay, Ö. (2022). The Binding Effect of the Judgments of the Turkish Constitutional Court and Their Execution, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia-Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice* (ss. 95-106), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

istatistiklere yansıtılmaktadır. Örnek olarak 2024 yılı sonunda Genel Sekreterliğe sunulan yıllık raporda en son 2023 yılında verilmiş ihlal kararlarında öngörülen yeniden yargılamaların takip sonuçları yer almaktadır¹¹⁷.

Kararlar Müdürlüğü ve nihayetinde Genel Sekreterliğin bu şekilde özetlenecek faaliyetleri yargı organları dâhil kamusal makamlar nezdinde pozitif etki yaratma potansiyeline sahip olsa da Müdürlüğün görev ve yetkilerinin yönetmelikle düzenlenmesi, Genel Sekreterliğin diğer hizmet birimlerinin sahip olduğuna benzer görev ve yetkilere sahip olması AYM içinde sistematik ve icrai bir idari denetim mekanizması oluşmasını engellemektedir¹¹⁸. Zira Genel Sekreterin görevi kararın icrasının takip edilmesi (izlenmesi) ve ortaya çıkan durumun Genel Kurula ve dolayısıyla Başkana bildirilmesinden ibarettir. Bu izleme ve nihayetinde kurum içi bilgilendirme sürecinin maddi açıdan yargısal denetim faaliyeti olmadığı açıktır. Ayrıca kararın icra edilmediği Kararlar Müdürlüğü tarafından tespit edilip bu yöndeki tespitler Genel Sekreterliğe sunulduğunda kararın icrasına yönelik olarak AYM tarafından yargısal ya da idari bir karar alınmamaktadır¹¹⁹. AİHS'in 46. maddesi ile düzenlendiği şekliyle Bakanlar Komitesi¹²⁰

117 a.g.e. s. 101-02.

118 Benzer yönde bkz. Yıldız, C. (2021). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri", *GÜHFD*, S. 1., s. 411.

119 Karan, U. (2018). s. 181.

120 Konseyin yürütme organı olan Komite esasen üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşmaktadır, ancak uygulamada Komitenin işleri ülkelerin Strasbourg'da görev yapan daimî temsilcileri tarafından üstlenilmektedir. Komite kararların icrasına yönelik olarak yılda dört kez toplanmaktadır (*human rights meetings*). Komite faaliyetlerini Komite Sekreteryası ve Avrupa Konseyi bünyesinde İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğüne bağlı olarak görev yapan AİHM Kararlarının İcrası Dairesi (Daire) (*Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*) yardımıyla yürütmektedir. Daire, Komiteye AİHS'in 46. maddesinin ikinci fıkrası ile verilen icra yetkilerini yerine getirmesinde tavsiyelerde bulunma ve yardımcı olmanın yanında üye devletlere AİHM'in taraf olduğu davalarda verdiği kararların tam, etkili ve süratle uygulanmasına destek sağlamakla görevlidir. Komite bu

gibi kararın icrasına aracılık eden ve denetimi etkinleştiren tedbirler/kararlar alan (yaptırımlar uygulayan) bir yapı söz konusu değildir. Burada yargı organının idari teşkilatı aracılığıyla yerine getirdiği icrai nitelikte olmayan idari işlemler söz konusudur. Bu işlemler muhatapları üzerinde hukuki etki doğurmayan “enformel idari işlemler” kategorisinde değerlendirilebilir¹²¹.

Son olarak bu işlemler neticesinde elde edilen bilgilerin yer aldığı yıllık raporların şimdiye kadar kamuoyuna açıklanmaması üzerinde durulmalıdır. Raporların yayımlanmaması sebebiyle bireysel başvuru ve diğer kararların icrası bakımından toplumda ve ilgili kamusal makamlarda farkındalık düzeyi azalmakta, bireysel başvuru kararlarının icrası yalnızca medyatik başvurularda yaşanan sorunlar özelinde tartışılabilmektedir. Bu durumun AYM içinde gerçekleştirilen denetim ve izleme faaliyetinin kurumsallaşması önünde de engel teşkil ettiği düşünülmektedir.

Sözünü ettiğimiz düzenleme ve uygulamalar değerlendirildiğinde AYM içinde kurulan kararları takip mekanizmasının etkili bir idari denetim aracı olduğunu söylemek güçtür. Bunda yukarıda mahkemenin ihlal kararı sonrasında yaptığı yargısal denetim kısmında sözünü ettiğimiz doğrudan kararın icrasına yönelik hukuki düzenlemelerden ve araçlardan yoksun bir sistemin öngörülmesinin de etkisi büyüktür. Bir

bağlamda kararın icra edilmesi için öncelikle bireysel tedbirlerin yani somut başvuru sınırları içinde ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik tedbirlerin (bir sanığın haklarının ihlal edilmesi nedeniyle serbest bırakılması ya da yargılanmanın yenilenmesi vb.) alınmasını denetlemektedir. Bunun yanında ihlal kararlarına istinaden gelecekteki benzer ihlalleri önlemek ve dolayısıyla kararın objektif etkisini sağlamak için alınması gereken (mevzuat değişikliği, mahkeme içtihatlarının ya da idari uygulamaların değiştirilmesi gibi) genel tedbirlerin alınıp alınmadığı değerlendirilmektedir. Bkz. Harris, D. J. ve O’Boyle, M. vd. (2013). s. 895-896; Giakoumopoulos, C. (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., s. 35.

121 Karş. Gözler, K. (2020). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 272-273.

yargı organı olarak AYM'nin kendi kararlarının icrasından doğrudan sorumlu olması ve bir savcılık gibi görev yapacak infaz ya da icra biriminin olmaması anayasa yargısının kendine özgü kısıtları ile açıklanabilir¹²². Anayasa mahkemelerinin kararlarının uygulanması için ayrı bir cebri icra makamına sahip olmaması olağan bir durumdur. Örnek olarak Almanya'da FAYM kararlarının icrasına AİHM örneğinde olduğu gibi yardımcı olabilecek ve ilgili kurumlarla koordinasyon sağlayacak yardımcı (idari) bir kuruluşun olmadığı görülmektedir. Göztepe'ye göre Almanya'da bahsedilen türden bir yardımcı birime Adalet Bakanlığı bünyesinde 1979 ve 1991 yılları arasında yer verilmiştir. Bu birim "FAYM kararlarının listelenmesi, konuyla ilgili ve yetkili bakanlıkların yasama faaliyeti için gerekli çalışmaları yapıp yapmadıklarının denetlenmesi ve koordinasyonu" görevlerini yerine getirmiştir. Mevcut durumda FAYM'ın kendi teşkilat yapısı içinde veya dışında böyle bir kurum yoktur¹²³.

2/1979 sayılı İspanya Anayasa Mahkemesine İlişkin Organik Yasa'nın 92. maddesi uyarınca kendi kararlarının etkili şekilde uygulanmasını sağlamakla yükümlü olan İspanya Anayasa Mahkemesi (İSAM) için de böyle bir idari birim söz konusu değildir.

Kararlar Müdürlüğü benzeri bir yapılanmaya yalnızca Kosova Anayasa Mahkemesi bünyesinde yer verildiği söylenebilir. Bu örnekte bir idari birimden ziyade kararların icrasını takip etmekle görevli Mahkeme içinde ayrı bir kurul oluşturulmuştur. Bu kurul kararların icrasını izlemek, kararların gönderildiği kurumlarla iletişim sağlamak ve Anayasa Mahkemesinin bütün üyelerinin katıldığı idari genel kurulda onaylanan aylık ve yıllık raporlar tanzim etmekle görevlidir. İzleme kurulu en az iki üye, genel sekreter, iki hukuk mü-

122 Göztepe, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., s. 112-113.

123 a.g.e. s. 111.

şavirliği ve iki genel sekreterlik personelinden teşkil edilmiştir¹²⁴.

Sonuç olarak Türkiye'deki mevcut durum bireysel başvuru benzeri anayasa yargısına bireysel erişim imkânı tanıyan diğer ülke örnekleri ile karşılaştırıldığında, AYM'den kendi kararlarının icrasında "idari" açıdan sorumluluk almasının beklenmemesi normal karşılanabilir. Ancak yukarıda çizdiğimiz şekliyle zayıf bir yargısal denetimin varlığı, güçlü bir idari denetime olan ihtiyacı daha da artırmaktadır. Bireysel başvuruda ihlal kararlarının ihlale konu işlem veya mahkeme kararının iptal edilmesi sonucunu doğurmaması böyle bir idari denetimi ister istemez daha değerli hâle getirmektedir.

Mahkeme içinde etkili bir idari denetim mekanizması öngörülmecekse, bunun AYM dışında temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünde yetki ve görevlere sahip başka idari kurum veya kuruluşlarca yerine getirilmesi de faydalı olabilir. Bölümlerin esasa ilişkin bütün kararlarının ayrıca tebliğ edildiği Adalet Bakanlığı (İnsan Hakları Daire Başkanlığı aracılığıyla) içinde yahut Kamu Denetçiliği Kurumu veya Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) gibi insan haklarını korumaya yönelik idari kuruluşlarda böyle bir kurumsal takip mekanizması kurulabilir¹²⁵. Aynı şekilde sık tekrar eden ihlallerin önlenmesinde kritik bir konumda olan TBMM'nin de bilhassa kanundan kaynaklanan ihlaller bakımından AYM kararlarının icrasında sorumluluk üstlenmesi faydalı olacaktır. Nitekim 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nun 4. maddesi Komisyonun görevleri arasında "*Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla T.C. Anayasası ve diğer milli mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişikliklerle*

124 Kelmendi, N. ve Jonuzi, K. (2022), s. 213-221.

125 Benzer yönde bkz. Göztepe, E. (2016). s. 113; Kuş, M. (2014). Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği, içinde Yokuş, S. (Der.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (ss. 77-119), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önerme” görevini de saymıştır. Bu kapsamda pilot kararlar, sistematik biçimde ihlallere sebep olan yasal düzenlemelere yönelik TBMM’ye çağrı kararları¹²⁶ ve bu tedbirlere başvurulmasa da kanundan kaynaklı diğer ihlallerin Komisyon gündemine alınması, kararlara uyum sağlamak üzere önerilerin hazırlanması ve ilgili kararlara ilişkin değerlendirmelerin TBMM Genel Kuruluna sunulan yıllık raporlarda yer alması bu kararların objektif etkisine ve icrasına önemli katkı sunacaktır.

SONUÇ

Çalışmada değindiğimiz ülke örnekleri ve AİHM kararları için öngörülen icra denetim sistemi ile karşılaştırıldığında AYM’ye bireysel başvuru kararlarının icrasına yönelik normatif ve yapısal güvencelerin düşük seviyede olduğu rahatlıkla söylenebilir. Türkiye’de bu anlamda sistemin yalnızca bir ayağına karşılık gelen kararların bağlayıcılığının anayasal dayanakları ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin sınırları içinde devlet organlarının iş birliği ve eşgüdümüne yaslanan bir icra rejiminin tercih edildiği görülmektedir. Bu doğrultuda AYM’nin yetki ve görevlerini düzenleyen Anayasa hükümleri içerisinde, kararların icra edilmesine yönelik ayrı ve açık düzenlemelere yer verilmemiştir. Bireysel başvuruya özgü olarak 6216 sayılı Kanun’un 49. ve 50. maddeleri AYM’ye ihlal kararlarının icrası bakımından önemli yetkiler tanımakla birlikte, genel olarak karar mercii yerine, kararı uygulayacak makamların asıl sorumlu olduğu dolaylı bir icra sistemi kabul edilmiştir. 6216 sayılı Kanun’un TBMM’deki görüşmelerinde dönemin TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı’nın mevcut 50. maddenin ikinci fıkrası karşısında “mahkemelerin, AYM kararlarına saygılı olacağı, bunlara direnç göstermeyeceği” inancı da öngörülen

126 Bir kısmı aynı zamanda pilot karar usulüne göre verilmiş olan TBMM’ye çağrı kararları, bir bireysel başvuru kapsamında başvurusuca yönelik ihlalin bizzat kanun hükmünden kaynaklandığının tespit edilmesi durumunda AYM tarafından keyfiyetin yasama organı olan TBMM’ye bildirilmesini de içeren kararlardır. Örnek olarak bkz. Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

sistemin bu yönünü daha açık göstermektedir¹²⁷.

AYM, icra sistemine ilişkin normatif altyapıdaki eksiklikleri, AİHM'in 1990'lı yılların ortasından itibaren yaptığı gibi, ihlallerin ve sonuçlarının kaldırılmasına ilişkin içtihatlarıyla telafi etmeye çalışmaktadır. Ancak kararların etkili icrası için yalnızca karar sürecinde etkili bir mahkeme modeli yeterli değildir. Bu doğrultuda öncelikle AYM'nin bireysel başvuruda geçici tedbir kararı yetkisini kullanılırken kararların icrasını güvence altına almaya yönelik bir anlayışı benimsemesi, bireysel başvuru kararlarının hukuki etkisini hem subjektif hem de objektif açıdan önemli ölçüde artıracaktır.

Buna ek olarak karar sonrasında gerçekleştirilen yargısal denetimin kararın icrasıyla doğrudan ilişkili olacak şekilde tasarlanması somut başvurular özelinde icraya ilişkin teknik sorunları minimum seviyeye indirecek, aynı zamanda kararların muhataplarının bireysel başvuru kararlarını daha ciddiye almalarını sağlayacaktır. Çalışmada yargısal denetim kısmında izah edildiği üzere AYM'ye bireysel başvuruda karar sonrasına ilişkin tek etkili denetim Mahkemeye kendi kararının uygulanmadığı yönünde yapılan yeni bireysel başvuruların incelenmesidir. Bu karar usulünde klasik bireysel başvuru inceleme yöntemine başvurulduğundan, kararın icra edilmediğine ilişkin şikâyetlerin yeniden incelenmesinde gecikmeler yaşanabildiği; bu başvurular neticesinde ihlalin giderilmesinin eski hâle getirme ilkesine uymayacak şekilde uzun zaman alabildiği görülmektedir. Buna karşılık Almanya, İspanya ve Balkan ülkelerinde kararın icrasını temin etmek için ayrı bir tedbir ya da karara başvurma usulü bulunmaktadır. Bu yeni bir dava ya da bizdeki gibi yeni bireysel başvurunun incelenmesi niteliğinde değildir. İspanya'da bu usul çerçevesinde kararı icra etmemeye dönük kamu gücü işlem veya kararlarının iptal edilmesi dahi mümkündür. Kosova ve Bosna-Hersek'te

127 TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, "6216 Sayılı Kanun'a İlişkin Genel Kurul Tutanağı".

ise bu usulde alınan kararların infazı için yetkili savcılık veya benzeri makamlara da gönderilebildiği görülmektedir. Değindiğimiz örneklerde Almanya ve Karadağ haricinde anayasa mahkemesi kararlarını icra etmeyenler açısından ceza kanunlarında bağımsız suç tiplerinin öngörüldüğü görülmektedir. Yine İspanya'da olduğu gibi para cezası veya görevden el çekirme gibi idari yaptırımlar da dikkat çekicidir.

Karar sonrasındaki idari denetim ve izleme faaliyetleri bakımından da ilerleme kaydedilmesi faydalı olacaktır. Bu doğrultuda mahkemenin bizzat bu faaliyetleri yürütmesi zorunlu olmamakla birlikte, Mahkemenin yasama ve yürütme organları ile iş birliği yapması önem kazanmaktadır. AYM'ye bireysel başvuruda ihlal kararlarının bozucu (ihlale konu işlem ve kararları iptal eden) nitelikte olmadığı göz önüne alındığında, icra faaliyetlerinin takip edilmesinin kıymeti daha da artmaktadır.

Bütün bu örnek uygulamalar ve düzenlemeler değerlendirildiğinde Türkiye'de bireysel başvuru kararlarının icrasına ilişkin sistemin fazlasıyla Anayasa'nın 153. maddesinde AYM'ye özgü olarak düzenlenen bağlayıcılık normu ile yargı kararlarının bağlayıcılığına ilişkin Anayasa'nın 138. maddesine; ayrıca anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında devletin pozitif yükümlükleri, mahkemeye erişim hakkı ve etkili başvuru hakkı gibi anayasal ilkelere dayandığı görülmektedir. Karar içinde icraya ilişkin tedbirlere hükmedilmesinde nispeten işlevsel düzenlemelere yer verilmişken, karar sonrasında icra sürecinin açıklığa kavuşturulması, hızlandırılması ve gerekirse doğrudan kararı icra etmeye yönelik karar alınması konusunda pozitif düzenleme ve uygulama eksikliği göze çarpmaktadır. Verilen örneklerdekine benzer şekilde AYM kararlarının uygulanmamasına özgü veya bizzat AYM tarafından uygulanabilecek cezai, idari veya hukuki açıdan açık bir zorlayıcı tedbir veya yaptırım da bulunmamaktadır. Buna karşılık kararı icra etmek durumunda olan kamusal makamlar ve kamu görevlile-

rinin sorumluluğunu doğurabilecek idarenin mali sorumluluğu çerçevesinde tazminat; mahkeme kararlarından kaynaklı ihlallerin giderilmemesi durumunda hâkimlerin tazminat sorumluluğuna ilişkin HMK'nın 46. maddesinin işletilmesi, hâkim ve savcılara özgü disiplin cezalarının uygulanması, ihlalin niteliğine göre kamu görevlilerine yönelik olarak Türk Ceza Kanunu'nun görevi kötüye kullanma ve hürriyeti tahdit suçunda yargılama yapılması söz konusu olabilir. Ancak söz konusu idari, hukuki ve cezai araçların AYM kararlarının ve özel olarak bireysel başvuru kararlarının daha etkili şekilde uygulanmasını sağlayacak nitelikte olduğu, daha da önemlisi pratikte düzenli bir şekilde işletildiği söylenemez. Giriş bölümünde ifade ettiğimize paralel biçimde kararların uygulanmaması hâlinde ortaya çıkacak bütün idari, hukuki ve cezai sonuçlara makalenin sınırlarını aşacağı endişesiyle yer verilememiştir.

KAYNAKÇA

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert (2008). *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- AÇIKGÖZ ÜNAL, Merve ve GÜNEŞ, Merve (2024). “Bireysel Başvuruda Tedbir”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., ss. 295-366.
- ALTAY, Özcan (2022). The Binding Effect of the Judgments of the Turkish Constitutional Court and Their Execution, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia “Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice”* (ss. 95-106), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- AYDIN, Sedat Erdem (2021). “The Impacts of the Turkish Constitutional Court’s Individual Application Judgments about the Right to Fair Trial on Criminal Proceedings”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, C. 9., S. 1., ss. 255-285.
- BİLGİN, Fehmi Kerem (2014). Uluslararası Hukukta Restitutio in Integrum İlkesi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- BUYSE, Antoine (2008). “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Laws”, *ZaöRV*, C. 68., ss. 129-153.
- ÇAKMAK, Ufuk Ramazan (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GAYRETLİ, Zehra (2020). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) Tedbir Kararlarının Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- GIAKOUMOPOULOS, Christos (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., ss. 35-42.

- GÖZLER, K. (2020). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZTEPE, E. (1998). *Anayasa Şikayeti*, Ankara: AÜHF Yayınları.
- GÖZTEPE, Ece (2011). “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, C. 95., ss. 13-40.
- GÖZTEPE, Ece (2016). “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., ss. 93-118.
- GÖZTEPE, Ece (2017). *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- HAASDIJK, Suzan (1992). “The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies”, *Leiden Journal of International Law*, C. 5., S. 2., ss. 245-263.
- HARRIS, David John ve O’BOYLE, Michael vd. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Şen Matbaa.
- İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru-Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KARAKUL, Selman (2018). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5., S. 2., ss. 125-156.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KELLER, Helen ve MARTI, Cedric (2016). “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *The European Journal of International Law*, C. 26., S. 4., ss. 829-850.

- KELMENDİ, N. ve JONUZI, K. (2022), Challenges of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo in the Enforcement of Its Judgments, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia "Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice"* (ss. 213-223), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- KOÇ, Muharrem İlhan (2017). Mükerrer Bireysel Başvuru, içinde Koç, Muharrem İlhan ve Kaplan, Recep (Der.), *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri* (ss. 27-29), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- KUŞ, Mustafa (2014). Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği, içinde Yokuş, Sevtap (Der.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (ss. 77-119), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- LAZOV, Alexandar (2022). Enforcement of The Decisions of The Constitutional Court of The Republic of North Macedonia, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia "Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice"* (ss. 289-299), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- RADOJİĆ Ivan ve RADONJİĆ, Darko (2022). Execution of Decisions of The Constitutional Court of Montenegro Adopted in Proceedings of Abstract Control of Constitutionality and Legality, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia "Current Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice"* (ss. 263-273), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- SABUNCU, Yavuz (1984). "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17., S. 2., ss. 76-86.
- SHELTON, Dinah (2005). *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press.
- SLADOJE, Marijana (2022). Enforcement of Decisions of The Constitutional Court of Bosnia And Herzegovina, içinde Arslan, Y. vd. (Der.), *Constitutional Justice in Asia "Current*

Problems in Execution of Judgments: Constitutional Justice”
(ss. 141-151), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

ŞİRİN, Tolga (2013). *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

TURAN, Hüseyin ve KOÇ, Muharrem İlhan (2015). “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda Sağlık Nedeniyle Tedbir Uygulaması”, *TAAD*, S. 22., ss. 337-359.

YILDIZ, Ceren (2021). “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri”, *GÜHFD*, S. 1., ss. 367-415.

Çevrim içi Kaynaklar

Almanya Federal Meclisi Araştırma Merkezi (Wissenschaftliche Dienste), “Prüfung von Beschwerdegründen im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG”, <https://tinyurl.com/3j74zwx>, (Erişim Tarihi: 10/5/2025)

BBC Türkçe, “Enis Berberoğlu Yeniden Milletvekili Oldu”, 11/2/2021, <https://tinyurl.com/yc3f52m9> (Erişim Tarihi: 17/3/2025)

BBC Türkçe, “20 aydır tutuklu olan gazeteci Şahin Alpay gece yarısı tahliye edildi”, <https://www.bbc.com/turkce/43438434> (Erişim Tarihi: 18/3/2025)

Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, “The Supervision Process”, [https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process#%2214997657%22:\[0\]}](https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process#%2214997657%22:[0]}) (Erişim Tarihi: 13/6/2025)

İspanya Anayasa Mahkemesi, “Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court, of 3 October 1979” https://www.tribunal-constitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LO_TC-en.pdf (Erişim Tarihi: 17/6/2025)

TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, “6216 Sayılı Kanun’a İlişkin Anayasa Komisyonu ve Alt Komisyon Raporu”. <https://tinyurl.com/mryx396u>, (Erişim Tarihi: 13/6/2025)

TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, “6216 Sayılı Kanun’a İlişkin Genel Kurul Tutanağı”, 22/3/2011, <https://tinyurl.com/bdhp59>, (Erişim Tarihi: 11/5/2025)

Venedik Komisyonu, “2/1979 sayılı İspanya Anayasa Mahkemesine İlişkin Organik Yasa’yı Değiştiren Yasa Hakkındaki Görüş”, 13/3/2017, <https://tinyurl.com/np2w7jv2>, (Erişim Tarihi: 14/5/2025)

Mahkeme Kararları

AIHM

Guja/Moldova Cumhuriyeti (2), B. No: 1085/10, 27/2/2018.

Kübler/Almanya, B. No: 32715/06, 13/1/2011.

Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, B. No: 46827/99, 46951/99, 4/2/2005.

Paladi/Moldova [BD], B. No: 39806/05, 10/3/2009.

Schelling/Avusturya (2) (k.k), B. No: 46128/07, 16/9/2010.

AYM

AYM, E.1963/162, K.1964/19, 13/3/1964.

AYM, Genel Kurul Ek Karar, B. No: 2014/18803, 11/3/2015.

Ali Oğuz (2), B. No: 2019/2285, 15/3/2022.

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

Altay Aksoy, B. No: 2018/36557, 28/1/2021.

Azızejon Hikmatov, B. No: 2015/18582, 10/5/2017.

Bayram Gök, B. No: 2012/946, 26/3/2013.

Behzet Çakar ve diğerleri (2) [GK], B. No: 2019/2333, 1/7/2021.

Delil İldan (2), B. No: 2020/6636, 16/11/2023.

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

- Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021.
- G.I. ve diğerleri, B. No: 2017/5849, 24/3/2021.
- Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.
- Hatice Şahnaz, B. No: 2019/17440, 18/1/2022.
- Hooman Hosseinpour [GK], B. No: 2021/47168, 29/9/2022.
- İbrahim Er ve diğerleri [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023.
- İbrahim Şener ve Mehmet Habip Kunt, B. No: 2015/7814, 11/12/2018.
- İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013.
- Kaan Antonı Gerede, B. No: 2020/22945, 22/2/2022.
- Kadir Altınışık, B. No: 2021/18544, 15/11/2023.
- Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.
- Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018.
- Mehmet Emin Bülbül, B. No: 2014/4463, 16/6/2016.
- M.E. ve diğerleri, B. No: 2020/18186, 24/1/2024.
- Metin Gümüüş, B. No: 2016/14563, 28/11/2019.
- Mustafa Gönen, B. No: 2021/38808, 30/10/2024.
- Mustafa Karakuş [GK], B. No: 2020/34781, 17/1/2023.
- Naciye Çoruh [GK], B. No: 2024/15819, 21/11/2024.
- Nihat Akbulak [GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018.
- Osman Kızılcan [GK], B. No: 2021/11655, 28/7/2022.
- Poorya Parva, B. No: 2018/27830, 23/10/2024.
- Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673, 21/1/2015
- S.Ö., B. No: 2013/7087, 18/9/2014.
- Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.
- Tahir Gökatalay (4), B. No: 2018/24477, 24/3/2021.
- Tahir Nurmetov, B. No: 2020/22672, 12/3/2025.

T.B., B. No: 2020/2000, 31/1/2023.

Türkan Kulaksız ve diğerleri, B. No: 2022/69839, 18/12/2024.

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

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

Yücel Sayman, B. No: 2014/6497, 8/6/2017.

Zafer Fehmi Yörüük, B. No: 2019/3226, 10/12/2024.

Z.M. ve I.M., B. No: 2015/2037, 6/1/2016.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM)

BVerfGE, 1 BvQ 1/24.

BVerfGE, 2 BvQ 49/24.

BVerfGE, 2 BvQ 101/21.

BVerfGE, 1 BvQ 37/20.

BVerfGE, 1 BvR 702/03.

BVerfGE, 2 BvR 1651/15, 2BvR 2006/15.



SAVUNMA HAKKININ DİJİTAL DELİLLER KARŞISINDAKİ DURUMU

The Position of the Right to Defense in the Context of Digital Evidence

Cüneyt Şamil OĞURLU*

ÖZET

Dijitalleşme süreci, ceza muhakemesinde delil rejimini de etkilemekte olup savunma hakkı bakımından yeniden değerlendirme yapılması gereğini doğurmuştur. Özellikle dijital delillerin toplanması, muhafazası, incelenmesi ve raporlanmasında ortaya çıkan teknik ve hukuki sorunlar, adil yargılanma hakkının korunması açısından yeni düzenleme ve standartlara duyulan ihtiyacı artırmaktadır. Bu çalışmada ceza muhakemesinde dijital delillerin rolü ile savunma hakkı arasındaki denge, teknik yeterlilik, denetlenebilirlik ve delil bütünlüğü ve güvenilirliği kavramları çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca, bilirkişilik faaliyetlerinde uluslararası standartlara uygunluk, raporların ayrıntılı ve şeffaf hazırlanması, savunma makamının iddia makamıyla eşit teknik imkanlara erişebilmesi gerekliliği de vurgulanmıştır. Dijital delillerin toplanması, yorumlanması ve benzeri uygulamalarda yaşanan sorunların, dijitalleşmenin etkisiyle giderek yaygınlaşması karşısında; yapay zeka temelli delil değerlendirme araçlarının kullanımı da dahil olmak üzere bu tür uygulamaların yasal zeminde açık ve bağlayıcı şekilde düzenlenmesi, savunma hakkının etkin kullanımını her zamankinden daha kritik hale getirmektedir. Dijitalleşmenin yargı pratiğinde insani değerleri gölgelememesi, hâkimlerin

* Avukat, İstanbul Barosu, csogurlu@gmail.com, ORCID: 0009-0003-3708-755X

vicdani kanaatinin korunması ve teknolojinin adaletin hizmetinde araçsal bir konumda tutulması gerektiği göz ardı edilmeksizin; dijital delillerin yaygınlaşması ve dijital imkanların yargı süreçlerinde kullanımının artması, savunma hakkından taviz verilmesini haklı kılmaz, bilakis hukuki ve teknik reformların muhakeme işlemlerine taraf olan ve bu işlemleri yürüten tüm aktörleri kapsayacak şekilde eş güdüm içinde gerçekleştirilmesini zorunlu kılar. Bu bağlamda, normatif düzenlemelerin güçlendirilmesi, kalite kriterlerinin yasal güvenceye bağlanması ve tüm tarafların eşit teknik donanıma sahip olmasının sağlanması, hukuk devletinin ve adil yargılamanın vazgeçilmez koşullarıdır.

Anahtar kelimeler: Dijital delil, savunma hakkı, silahların eşitliği, hukuk devleti, bilirkişi raporları.

ABSTRACT

The process of digitalization has also impacted the evidentiary regime in criminal procedure, necessitating a reassessment in terms of the right to defense. In particular, the technical and legal challenges arising in the collection, preservation, examination, and reporting of digital evidence have increased the need for new regulations and standards to protect the right to a fair trial. This study addresses the balance between the role of digital evidence in criminal procedure and the right to defense within the framework of concepts such as technical competence, verifiability, and the integrity and reliability of evidence. It further emphasizes the need for compliance with international standards in expert activities, the preparation of reports in a detailed and transparent manner, and ensuring that the defense has access to the same technical means as the prosecution. Given the increasing prevalence of problems encountered in the collection, interpretation, and similar practices concerning digital evidence as a result of digitalization, including the use of artificial intelligence-based tools for evidence evaluation, the explicit and binding regulation of such practices within a legal framework has become more critical than ever for the effective exercise of the right to defense. Without overlooking the need to ensure that digitalization in judicial practice does not overshadow human values, that judges' conscientious conviction is preserved, and that technology remains an instrumental tool in the service of justice, the proliferation of digital evidence and the increasing use of digital means in judicial processes cannot justify compromises on the right to defense. On the contrary, it necessitates that legal and technical reforms be carried out in a coordinated manner, encompassing all actors involved in or conducting procedural activities. In this context, strengthening normative regulations, legally safeguarding quality criteria, and ensuring that all parties possess equal technical resources are indispensable requirements of the rule of law and the right to a fair trial.

Keywords: Digital evidence, right to defense, equality of arms, rule of law, expert reports.

GİRİŞ

Bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığını, suç oluşturuyorsa bunun kim tarafından işlendiğini ve uygulanacak yaptırımın ne olacağını belirlemek amacıyla, kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümleri çerçevesinde yürütülen; iddia, savunma ve yargılama unsurlarını içeren bir dizi faaliyeti ifade eden disipline ceza muhakemesi hukuku denir¹. Ceza muhakemesi hukuku, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile kamu düzeninin sağlanması arasındaki hassas denge üzerine inşa edilmiştir. Bu dengenin en önemli unsurlarından biri olan savunma hakkı, adil yargılanma ilkesinin vazgeçilmez yapı taşlarından biri olmasının yanı sıra, yargılamanın meşruiyetini sağlayan temel dayanaklardan biridir².

Günümüzde dijital teknolojilerde yaşanan gelişmeler, toplumsal hayatın her alanında olduğu gibi, suç ve suçla mücadele yöntemlerini de köklü bir dönüşüme uğratmaktadır. Bu süreç yalnızca suç tiplerini değil, ceza muhakemesi kurumlarını da dijitalleşmeye uyum sağlamaya zorunlu kılarak dijital ceza hukukunu yargılama pratiğinin ayrılmaz bir parçası haline getirmiştir³. Bu dönüşümün bir sonucu olarak ortaya çıkan dijital deliller, bir yandan maddi gerçeğe ulaşmada yeni ve güçlü imkanlar sunarken, diğer yandan savunma hakkının geleneksel güvencelerini tehdit eden ciddi meydan okumalar barındırmaktadır.

Bu çalışma, dijital delillerin karmaşık ve dinamik doğası karşısında savunma hakkının konumunu; anayasal, yasal ve uygulamaya ilişkin boyutlarıyla incelemeyi amaçlamaktadır.

- 1 Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2022). *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 31.
- 2 Zafer, H. (2023). "Savunma Hakkı ve Sınırları", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Cumhuriyetin 100. Yılı Anısına İnsan Hakları Makaleleri Seçkisi II*, s. 9.
- 3 Balcı, M. ve Çakır, K. (2023). *Dijital Ceza Hukuku-I Sosyal Medyada İşlenen Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 17.

Çalışmada öncelikle, dijital delil kavramının hukuki niteliği, türleri ve ispat hukukundaki yeri; özellikle güvenilirlik ve hukuka uygunluk sorunları ekseninde değerlendirilecektir. Son olarak dijital delillerin toplanması, incelenmesi ve mahkeme-ye sunulması süreçlerinde savunma makamının karşılaştığı teknik ve hukuki güçlükler, “savunma hakkı”, “silahların eşitliği” ve “adil yargılanma hakkı” gibi temel ilkeler ışığında tartışılarak, savunma hakkının etkinliğini güvence altına alacak değerlendirmelere yer verilecektir.

I. DİJİTAL DELİL KAVRAMI, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLERİ

Öğretide ve yargı kararlarında elektronik delil ile dijital delil kavramlarının çoğunlukla birbirinin yerine kullanıldığı görülmekte⁴ olup elektronik delil Avrupa Konseyinin 2019 tarihli Sivil ve İdari Usullerde Elektronik Delillere İlişkin Rehberi’nde işleyişi bir yazılım programına bağlı olan ya da bir bilgisayar sistemi veya ağında depolanan veya aktarımı sağlanan verilerden elde edilen her türlü delil olarak tanımlanmaktadır⁵.

Maddi gerçeğe ulaşmanın amaçlandığı ceza muhakemesinde deliller, farklı ölçütler esas alınarak sınıflandırılmakta; bu çerçevede ispat fonksiyonlarına göre doğrudan ve dolaylı, kaynaklarına göre beyan, belge ve belirti, normatif dayanaklarına göre kanuni, vicdani ve bilimsel, niteliklerine göre ise itiraf, şahadet ve maddi deliller olarak kategorize edilmektedir⁶.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan “belge” tanımı, yalnızca yazılı veya basılı materyallerle sınırlı olmayıp, dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, rapor, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, ses ve görüntü kayıtları ile elektronik

4 Saydam, M. (2023). *Ceza Muhakemesinde Belge Delili*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 158 vd.

5 Council of Europe (2019). “Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings”, s. 6. <https://rm.coe.int/guidelines-onelectronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5>, (Erişim Tarihi:12/8/2025)

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Saydam, M. (2023). s. 48, 50-54

ortamda tutulan her türlü veri taşıyıcısını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Mukayeseli hukukta da benzer şekilde tablolar, grafikler, haritalar, çizimler, fotoğraflar, film ve ses kayıtlarının yanı sıra elektronik verilerin belge olarak kabul edilmesi, dijital delillerin de kaynak esasına dayalı delil sınıflandırmasında “belge” kategorisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁷. Bu bağlamda dijital delillerin hukuki niteliği, yalnızca teknik özellikleriyle değil, aynı zamanda güvenilirlik, doğrulanabilirlik ve denetlenebilirlik gibi delil hukukunun temel ilkeleriyle birlikte ele alınmakta; bu nedenle belge delilinin alt türü olarak kabul edilmeleri, muhakeme bakımından en tutarlı ve sistematik yaklaşım olarak değerlendirilmektedir⁸.

Dijital delil; bilgisayarlar, mobil cihazlar veya benzeri elektronik ortamlarda depolanan her türlü bilgi ve veri değerini kapsayan, bilişim teknolojilerinin gelişimine paralel olarak kapsamı genişleyen bir delil türüdür. Bu deliller, yalnızca geleneksel olarak verilerin elde edildiği bilgisayar sabit diskleri, çıkarılabilir USB bellekler, cep telefonları, uydu verileri, internet kayıtları ve ofis dokümanları (ör. Word, Excel) gibi kaynaklardan; e-posta yazışmaları, anlık mesajlaşma içerikleri, elektronik tablolar, dijital görüntü ve video/ses dosyaları, GPS verileri, internet tarama geçmişi ve meta veriler (kılavuz verileri) gibi⁹ çeşitli verilerle sınırlı olmayıp, video oyun konsolları, küresel konumlandırma sistemleri (GPS), internete bağlı spor saatleri, akıllı ev otomasyon sistemleri ve internet erişimi olan diğer yeni nesil ev aletleri gibi çok çeşitli dijital cihazlarda bulunabilir¹⁰. Dijital deliller; sanal ve dijital olarak

7 a.g.e. s. 158.

8 a.g.e. s. 158.

9 Roscini, M. (2016). “Digital Evidence as a Means of Proof before the International Court of Justice”, *Oxford Academic Journal of Conflict & Security Law*, C. 21., S. 3., s. 1-2.

10 Tezcan, D., Sirma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özyayın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2022). s. 400.

oluşmuş veya oluşturulmuş¹¹ ya da mevcut bir veriyi kayıt altına alabilen, üzerinde oynama yapılması mümkün, yok edilebilen lakin istenildiği takdirde geri getirilmesi de mümkün olan, keza depolanması mümkün, tamamen sanal ortamda veya dijital aygıtlarda oluşturulmuş¹², dijital aygıtlar kullanılması suretiyle iletilebilen ya da saklanabilen suçla alakalı¹³ maddi olayın ispatlanması gayesiyle elde edilen/öne sürülen ve dijital ortamda oluşmuş veya oluşturulmuş verilerdir.

Dijital delil, belirli bir delil türünü ifade eden dar kapsamlı bir kavram olmaktan ziyade, delilin taşıdığı yapısal ve teknik niteliğe işaret eden üst bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Dijital cihazlar, analog ya da dijital formatta veri depolayabilmekte olup, analog sistemler süreklilik arz eden sinyaller aracılığıyla doğrudan duyuyla algılanabilir içerikler üretirken, dijital sistemlerde veriler kesintili ve ikili sayı sistemi (1 ve 0) temelinde kodlanarak soyut bir biçimde kaydedilmektedir¹⁴. Ceza yargılamasında bu deliller açısından önemli olan unsur, delilin içinde bulunduğu cihazın kendisinden ziyade, o cihazın hafızasında dijital formatta depolanmış olan veri ve bilgilerdir¹⁵. Nitelikleri gereği dijital deliller, hem fiziksel taşıyıcılardan bağımsız olarak sanal ortamda varlık gösterebilmeleri hem de farklı kaynaklardan elde edilebilmeleri nedeniyle, ceza muhakemesi bakımından hem elde edilme yöntemleri hem de doğruluk ve bütünlüklerinin korunması açısından özel teknik ve hukuki değerlendirmeler gerektirir¹⁶.

11 Arslan, Ç. (2015). "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3., S. 2., s. 255.

12 Özkan, H. (2015). *Sorularla Bilişim Hukuku Mevzuatı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 53.

13 Orta, M. (2015). *Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim)*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 23.

14 Arslan, Ç. (2015). s. 256.

15 Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2022). s. 401.

16 Saydam, M. (2023). s. 164,

Dijital verilerin anlamlı hale getirilmesi, yalnızca uzmanlık bilgisine sahip kişilerce gerçekleştirilebilecek teknik işlem ve çözümleri zorunlu kılmakta; makine diliyle kodlanan bilgilerin yine özel donanımlar ve yazılımlar aracılığıyla nicel analizlere tabi tutulması ve yorumlanması gerekmektedir¹⁷. Bu sebeple de bir vasıta/araç/cihaz/aygıt olmaksızın bu verilere ulaşmak mümkün olmamaktadır¹⁸.

Bu nedenle, söz konusu verilerin hukuki değerlendirme ve teknik incelemeye tabi tutulabilmesi için, saklandıkları sanal ortamdan çıkarılarak fiziksel ya da somut biçimde erişilebilir bir formata dönüştürülmesi gereklidir¹⁹. Bu şekilde aktarılan veriler, bilimsel yöntemlere dayalı raporlama ve uzman görüşü çerçevesinde incelenmekte olup söz konusu aktarım süreci delillerin güvenilirliğinin muhafazası bakımından hayati bir rol üstlenmektedir. Dijital deliller, klasik delillerden farklı olarak yapısal özellikleri itibarıyla dağınık ve kaygan bir mahiyet arz etmeleri²⁰ sebebiyle bir yandan kolaylıkla değiştirilebilme, çoğaltılabilme, silinebilme yahut kaybolma risklerini bünyesinde barındırırken, diğer yandan bu niteliklerinden ötürü özgünlüklerinin (orijinalliklerinin), bütünlüklerinin (değişmezliklerinin) ve güvenilirliklerinin sağlanması bakımından ciddi tereddütlere yol açmakta; bu nedenle de ceza muhakemesi sürecinde bu delillerin muhafazası, değerlendirilmesi ve hükme esas alınabilmesi için özel teknik önlemlerin ve hukuki güvencelerin öngörülmesini zorunlu kılmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30 Ocak 2019 tarihinde kabul ettiği elektronik delillere ilişkin ilkelere göre de

17 Özen, M. ve Özocak, G. (2015). "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., s. 59

18 Dülger, M. V. (2023). *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 665.

19 Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2022). s. 403

20 Casey, E. (2011). *Digital Evidence and Computer Crime Forensic Science, Computers and the Internet*, USA: Academic Press, s. 25.

elektronik deliller, kabul edilebilirliği, özgünlüğü, geçerliliği ve doğruluğu/gerçekliği bakımından diğer delillerle aynı şekilde değerlendirilmelidir²¹.

Dijital delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilirliği, bu delillerin özgünlüğü, bütünlüğü ve güvenilirliğinin korunmasıyla doğrudan ilişkilidir. Dijital ortamda üretilen veya depolanan verilerin, delil olma niteliğini sürdürebilmesi için elde edildikleri andan mahkemeye sunulana kadar geçen süreçte herhangi bir değişikliğe uğramamış olmaları esastır. Bu bağlamda, dijital delillerin muhafaza altına alınmasında izlenecek prosedürler, hem teknik hem de hukuki yönden titizlikle belirlenmeli ve uygulanmalıdır²². Aksi halde, manipülasyon, veri bütünlüğünün bozulması gibi durumlar, delilin ispat gücünü ortadan kaldıracabileceği gibi, yargılamanın adil yürütülmesini de engelleyebilir. Özellikle dijital delillerin, adli bilişim uzmanları yerine yetkisiz kişilerce toplanması halinde, hem delil zinciri zarar görebilir hem de delilin hukuka uygunluk vasfı tartışmalı hale gelir.

Bunun yanında delilin hukuka uygunluğu ve ispat bakımından değeri de yargılama konusu vakıa bakımından dikkate alınarak ceza muhakemesine ilişkin ilkeler gözetilerek değerlendirilmelidir²³. Bu nedenle, dijital delillerin elde edilmesi ve incelenmesi, CMK'nın 134 maddesinde düzenlenen "*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma*"²⁴ gibi özel usullere ve adli bilişim biliminin teknik standartlarına sıkı sıkıya bağlı kalmayı zorunlu kılar. Bu düzenleme, dijital ortamda saklanan veriler üzerinde arama yapılması, inceleme amacıyla kopya alınması ve bu kopyaların teknik analiz neticesinde yazılı hale getirilmesini

21 Council of Europe (2019). s. 7

22 Bkz. Başlar, Y. (2020). "Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 1., s. 100 vd.

23 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 597.

24 Bkz. Öztürk, B., Eker Kazancı, B. ve Soyer Güleç, S. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 156

mümkün kılarak dijital delillerin ceza soruşturmasında kullanılabilmesine yasal dayanak oluşturmaktadır²⁵. Arama kararı verildikten sonra, ilgili kolluk aramanın yapılması için gerekli teknik donanım ile arama yapılacak yere gitmekte, önce sistemin mevcut haliyle yedeklemesini yapmakta yedeklemesi yapılan bilgilerin şüpheye yer bırakmaması açısından bir kopyasını da şüpheli veya vekiline vermektedir²⁶. CMK'nın 134. maddesinde öngörülen düzenleme, öncelikle suçla bağlantılı olabilecek bilgisayar ve bilişim sistemlerinde kayıtlı verilerin elde edilerek bu verilerin herhangi bir şekilde zarar görmesini, değiştirilmesini yahut manipüle edilmesini engellemek amacıyla güvence altına alınmasını öngörmektedir. Anılan hükme göre, elektronik nitelikteki veriler üzerinde gerçekleştirilecek incelemeler, veri kaybının veya bütünlük ihlallerinin önlenmesi amacıyla doğrudan donanım üzerinde değil, ilgili cihazlardan alınan bire bir kopyalar (imajlar) üzerinden yapılmalıdır. Bu bağlamda, bilişim konusunda uzmanlaşmış kolluk görevlileri tarafından, kural olarak bilgisayara, sistemlere veya veri kütüklerine doğrudan el konulmasına gerek kalmaksızın, sistemde yer alan verilerin tamamının yahut belirli bir kısmının kopyalanması mümkündür. Suçla irtibatlı olduğu tespit edilen veriler, yazılı belge haline dönüştürülmekte; gerçekleştirilen tüm işlemler ayrıntılı biçimde tutanağa bağlanmakta ve bu tutanak, usule uygun olarak ilgililerin imzasına sunulmaktadır²⁷. Böylece, dijital delillerin hem teknik bütünlüğünün hem de ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilirliğinin korunması sağlanmakta; aynı zamanda kanunun öngördüğü usuli güvenceler çerçevesinde adil yar-

25 Uğraş, D. Ö. (2021). "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 154., s. 126.

26 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, Y. F., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C., (2020). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 533.

27 Sarsıkoğlu, Ş. (2025). "Bilişim Sistemlerinden Delil Elde Edilmesine Yönelik İşlemler (CMK m. 134) Hakkında Bir Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1., s. 307.

gılanma hakkına ilişkin temel ilkeler de güvence altına alınmaktadır.

Yargıtay içtihatlarında, dijital delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi, orijinalliklerinin bilimsel yöntemlerle doğrulanması ve delil zincirinin kesintisiz biçimde korunması zorunluluğu açıkça vurgulanmaktadır²⁸. Bu çerçevede, hash değerinin tespit edilmesi, zaman damgası kullanılması ve elde etme ile muhafaza süreçlerinin teknik güvence altına alınması, delilin geçerliliği açısından kritik önemdedir²⁹. Özellikle üzerinde değişiklik yapıldığına dair şüphe bulunan ses kayıtları veya teknik incelemeden geçirilmemiş kamera görüntüleri gibi dijital verilerin, tek başına mahkûmiyet hükmüne esas alınamayacağı yönünde yargı kararları ve doktrinde istikrarlı biçimde benimsenen yaklaşım, dijital delillerin ancak yan delillerle desteklenerek olayın bütün delil yapısı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu yaklaşım, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hem de sanığın adil yargılanma hakkının korunması açısından temel bir güvence işlevi görmektedir. Bununla birlikte, dijital delillerin ceza muhakemesinde hükme esas alınabilmesi için birtakım zorunlu şartların sağlanması gerekmektedir. Bu şartlar; klasik delillerde olduğu gibi olayı temsil etmesi, olayı teşmil eden vasıta olması, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması³⁰ ile güvenilirliğinin teknik bir inceleme ile uzman raporu aracılığıyla teyit edilmesidir³¹. Ancak bu koşul-

28 Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/9/2017 tarihli ve E.2015/2056, K. 2017/5023 sayılı kararı, Yargıtay 22. Ceza Dairesinin 22/5/2019 tarihli ve E.2019/1613, K.2019/3706 sayılı kararı, Yargıtay 22. Ceza Dairesinin 13/6/2019 tarihli ve E.2019/2874, K.2019/4197 sayılı kararı, Yargıtay 22. Ceza Dairesinin 16/9/2019 tarihli ve E.2019/2597, K.2019/5281 sayılı kararı, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 29/11/2017 tarihli ve E.2016/10741, K.2017/13486 sayılı kararı.

29 Teknik yöntem analizleri için bkz. Eren, M. A. (2023). *Dijital Deliller ve Delil Yasakları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 102-120.

30 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M.R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C., (2020). s. 301; Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 310-311.

31 Saydam, M. (2023). s. 332.

lar yerine getirildiğinde hâkim veya mahkeme, dijital delilleri hükme esas alabilir. Nitekim belge niteliği taşıyan delillerin ceza yargılamasında delil niteliği kazandıkları takdirde tek başına mahkûmiyet hükmüne dayanak yapılabileceği gibi³², diğer delillerle birlikte değerlendirilerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından ispata elverişli bir işlev üstlendikleri kabul edilmektedir. Bu durum, delil serbestisi ilkesi ile vicdani delil sistemini benimseyen ceza muhakemesi açısından yalnızca teorik bir tercih değil, aynı zamanda adaletin gerçekleşmesi bakımından zorunlu bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hemen değinmek gerekir ki her dijital veri veya materyalin, kendiliğinden dijital delil niteliği taşıdığı da söylene-
mez. Nitekim Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 20/6/2018 tarihli ve E.2018/1028, K.2018/1959 sayılı kararında³³, sanığa ait dijital materyallerden elde edilmeyen; bunun yerine istihbarat yöntemleriyle temin edilen bilgilerin delil değil, “hukuki kanaat” olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Her ne kadar Yargıtayın kullandığı “hukuki kanaat” kavramı tanım bakımından belirsizlik taşısa da³⁴ bu yaklaşım dijital nitelikteki her verinin otomatik olarak delil statüsüne sahip olamayacağını ve delil sayılabilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Hukuka uygun yürütülen istihbari faaliyetler sonucunda elde edilen dijital veriler, soruşturma açılmasına dayanak oluşturabilecek nitelikte olsa da yargılama aşamasında tek başına hüküm tesisine yeterli kabul edilmez. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) Ek

32 a.g.e. s. 333.

33 “...Yerel mahkemenin, ByLock delilinin hukuka uygunluğu ile ilgili olarak.... Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından toplanan “istihbarat kaynaklı veri ve bilgilerin” değerlendirilmesi sonucu açıklanan bir hukuki kanaat olmasına rağmen bu bilgiler mahkemelerce delil olarak kabul edilmektedir.... denilmek suretiyle hukuki dayanaktan yoksun değerlendirilmelere yer verilmesi sonuca etkili görülmemiştir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 20/6/2018 tarihli ve E.2018/1028, K.2018/1959 sayılı kararı.

34 Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özyayın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2022). s. 402.

mad. 7 uyarınca, bu tür delillerin ancak diğer delillerin varlığı halinde, onları destekleyici veya tamamlayıcı nitelikte yan delil olarak kullanılması gerektiği değerlendirilmektedir³⁵. Bu yaklaşım, istihbari olarak elde edilen dijital verilerin yargısal süreçte sınırlı işlev gördüğünü ve delil serbestisi ilkesinin mutlak olmadığını göstermektedir.

Dijital delillerin elde edilmesine yönelik yöntemler, doktrinde ve uygulamada esasen iki ana kategori altında değerlendirilmektedir: Mahallinde arama ve uzaktan arama. Mahallinde arama, dijital verinin bulunduğu cihazın fiziksel olarak yer aldığı ortamda gerçekleştirilen araştırma ve inceleme faaliyetlerini ifade ederken; uzaktan arama ise özellikle internet ortamında veya bulut bilişim altyapılarında depolanan verilere, cihazın bulunduğu yere fiziki müdahalede bulunmaksızın, ağ bağlantısı aracılığıyla erişim sağlanmasını konu edinmektedir³⁶. Bununla birlikte, dijital delillerin elde edilmesine ilişkin yöntemler yalnızca bu klasik kategorilerin tanımlarıyla sınırlı kalmamış; teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni ihtiyaçlar doğrultusunda, daha ileri ve kapsamlı tedbirlerin de hukuk sistemlerinde düzenlenmeye başlandığı görülmüştür. Nitekim Alman hukukunda kabul edilen ve “online arama” olarak adlandırılan tedbir türü³⁷, dijital verilerin çevrim içi ortamlarda yetkili makamlarca erişim yoluyla elde edilmesini mümkün kılmakta ve bu yönüyle geleneksel arama ve elkoyma kurumundan ayrılmaktadır. Ancak çevrim içi arama tedbirleri, delile ulaşmayı kolaylaştıran teknik imkanlar sağlamakla birlikte, aynı zamanda özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması, haberleşmenin gizliliği ve adil yargılanma hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan temas etmeleri nedeniyle daha yoğun hukuki tartışmaları ve güvenceleri beraberinde getirmektedir.

35 a.g.e. s.403.

36 Saydam, M. (2023). s. 167.

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. Köker, N. (2024). Türk ve Alman Hukuku’nda Online Arama, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.

II. DİJİTAL DELİLLER VE SAVUNMA HAKKI

A. GENEL OLARAK SAVUNMA HAKKI İLE DİJİTAL DELİLLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Savunma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi, ceza muhakemesinin adil, hakkaniyete uygun ve meşru bir şekilde yürütülmesinin ön koşulunu oluşturur. Savunma hakkı hiç şüphesiz ki temel insan haklarından biridir³⁸.

1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen "*Hak Arama Hürriyeti*", savunma hakkının anayasal dayanağını oluşturur. Madde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmünü amirdir. Yüksek mahkemelerin yerleşik içtihatlarında bu hak, sadece bir iddiada bulunma veya savunma yapma olanağı olarak değil, aynı zamanda yargılama sürecinin her aşamasında "*silahların eşitliği*" ve "*çelişmeli yargılama*" ilkeleri çerçevesinde hareket edilmesini zorunlu kılan kapsamlı bir güvence olarak yorumlanmaktadır³⁹.

AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen "*Adil Yargılanma Hakkı*", savunma hakkının uluslararası alandaki en temel güvencesidir. Maddenin üçüncü fıkrası, bir suç ithamına uğrayan herkesin sahip olduğu asgari hakları (savunma için gereken zaman ve kolaylıkların tanınması, kendisinin seçeceği ya da atanacak bir müdafî yardımından yararlanabilme, tanıkları sorguya çekme veya çektirme vb.) açıkça sıralamaktadır⁴⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu hakları teorik ve

38 Bkz. Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*; Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 205 vd.

39 *Yakovlev/Rusya*, B. No: 72701/01, 15/3/2005, §§ 19, 21; *Groshev/Rusya*, B. No: 69889/01, 20/1/2006, §§ 29-31. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, A., Uçar, A., Aktepe, M., Oğuz, H., Gayretli, Z., Gönenbaba, E., Sevimli, H. Ö., Şenocak, M., Günarslan, Y., Güngör, B. ve Adıyaman, H. O. (2022). *Suç İsnadına İlişkin Yargılamalarda Silahların Eşitliği İlkesi (Karar Özetleri)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

40 Türkçe Sözleşme Metni için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>; (Erişim Tarihi: 13/8/2025)

hayali değil, pratik ve etkili kılacak bir yorumu benimsemiştir. Mahkeme içtihatları, Türk hukuku uygulamaları için de bağlayıcı bir yol gösterici olup adil yargılanma hakkının özüne dokunan her türlü kısıtlamanın hukuka aykırı olduğunu istikrarlı bir şekilde vurgulamaktadır⁴¹.

Ceza muhakemesinde sanık sıfatı, hakkında kamu davası açılan kişiye iddianamenin kabulüyle birlikte doğar ve yargılama sonunda verilen beraat, mahkûmiyet veya davayı sona erdiren diğer kararların kesinleşmesine kadar varlığını sürdürür⁴². Sanıklık statüsünün muhakemenin en erken aşamasında tanınması, bireyin salt isnadın muhatabı değil, aynı zamanda hak ve yükümlülükler ile donatılmış bir süje olarak savunma konumunu elde etmesini sağlayarak çağdaş ceza muhakemesi anlayışının temel güvenceleriyle uyum göstermektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Imbrioscia/İsviçre* (1993) kararında, adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin yalnızca kovuşturma aşamasında değil, soruşturmanın en erken safhasında ve hatta isnadın yöneltildiği ilk andan itibaren geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bu çerçevede, bir kişiye yönelik “isnadın başladığı andan” itibaren⁴³, her ne kadar ceza muhakemesi sistematigi bakımından soruşturma evresinde “şüpheli” sıfatını haiz olsa da suç isnadının varlığı nedeniyle şüpheli ile sanığa tanınan hak ve güvencelerin büyük ölçüde örtüşmesi dolayısıyla savunma haklarından yararlandırılması, hem adil yargılanma hakkının işlevselliğinin hem de masumiyet karinesinin korunmasının zorunlu bir gereği olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda, her ne kadar ceza muhakemesi sistematigi bakımından isnadın başlangıcında ilgili kişi “şüpheli” sıfatını haiz olsa da suç isnadının varlığı

41 Tezcan, D., Erdem, M. R., Sancakdar, O. ve Önok, R. M. (2019). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 303.

42 Koca, M. (1998). Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 45.

43 Birtok, F. (2013). “Cumhuriyet Savcısı’nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19., S. 2., s. 959.

ğı nedeniyle şüpheli ile sanığa tanınan hak ve güvencelerin büyük ölçüde örtüşmesi, adil yargılanma hakkının işlevselliği ve masumiyet karinesinin korunması bakımından, şüphelinin de sanığa tanınan savunma haklarından yararlandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu itibarla doğduğu andan itibaren savunma hakkı, yalnızca usule ilişkin bir güvenceden ibaret olmayıp aynı zamanda insan onurunun ve hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması bakımından da asli bir öneme sahiptir. İnsan hakları ihlallerinin büyük ölçüde, zor kullanma tekeli elinde bulunduran devlet organları tarafından gerçekleştiği dikkate alındığında, bu hakların devlet karşısında korunması gerekliliği daha da belirginleşmektedir. Bu çerçevede savunma hakkı, devlet tarafından yalnızca ihlal edilmemesi gereken bir hak değil; aynı zamanda korunması, geliştirilmesi ve kapsamının genişletilmesi gereken bir haktır. Anayasal düzende kişi hakları arasında yer alan savunma hakkı, devlete “karışmama” ve “dokunmama” yönünde negatif bir yükümlülük yükler. Bununla birlikte, savunma hakkının temini, devletin temel amaçlarından biri olan adaletin gerçekleşmesi bakımından zorunlu olduğundan, devletin yalnızca bu hakka müdahale etmemesi yetmez; aynı zamanda bu hakkın kullanılmasını fiilen zorlaştıran veya engelleyen tüm unsurları ortadan kaldırma yönünde pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu nedenle savunma hakkı, bireye yalnızca bu hakkı kullanma imkanı tanımakla kalmaz; aynı zamanda, hakkın pratikte etkili bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla, devletin gerekli hukuki, teknik ve kurumsal desteğini talep edebilme yetkisini de içerir. Böylelikle savunma hakkı, hem bireyin devlet karşısındaki konumunu dengeleyen hem de adil yargılanma ilkesinin somut olarak hayata geçirilmesini güvence altına alan çok boyutlu bir hukuki mekanizma niteliği taşır⁴⁴.

Ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesini en ciddi şekilde zedeleme potansiyeli taşıyan hu-

44 Koca, M. (1998). s. 48.

suslardan biri, delillerin karartılması, gizlenmesi yahut imha edilmesidir. Zira bu tür müdahaleler yalnızca iddia makamının isnadı ispat etme fonksiyonunu işlevsiz hale getirmekle kalmaz, aynı zamanda savunma makamının masumiyeti ortaya koyabilecek lehe delillere erişimini de engelleyerek adil yargılanmanın vazgeçilmez unsurlarından biri olan silahların eşitliği ilkesini fiilen ortadan kaldırır ve yargılamayı keyfilik tehlikesine açık bir sürece dönüştürür. Bu nedenle delillerin muhafazası ve tarafların bunlara eşit ölçüde erişim imkanına sahip olması, hem bireysel hakların korunması hem de yargı düzeninin bütünlüğünün güvence altına alınması bakımından zorunludur. Bununla birlikte, ceza muhakemesi hukukunda sanığın savunma hakkının kapsamının ve bu hakkın sınırlarının ne şekilde çizileceği, özellikle kendi isnadına ilişkin delilleri ortadan kaldırması, değiştirmesi yahut gerçeğe aykırı beyanda bulunması gibi davranışlar bakımından tartışmalı bir alan oluşturmaktadır. Nitekim mevzuatta bu hususlara dair açık ve sınırlandırıcı bir düzenleme bulunmamakta, Türk Ceza Kanunu mad. 281/1 ise yalnızca sanığın kendi suçu bakımından delilleri karartma fiilini cezalandırılmamaktadır⁴⁵. Buna koşut olarak, sanığın kendisine yöneltilen isnat kapsamında savunmasını ileri sürerken gerçeğe aykırı beyanda bulunması da cezai yaptırım altına alınmamış, bu durum savunma hakkının doğal bir uzantısı ve bireyin kendisini suçlamaya zorlanamayacağı ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilmiştir. Zira sanık, susma hakkı çerçevesinde açıklama yapmaya zorlanamayacağı gibi, masumiyet karinesi gereği suçsuzluğunu ispat etme yükümlülüğü altında da değildir. Dolayısıyla onun davranışlarının sınırlandırılması yalnızca üçüncü kişilerin haklarına veya başkaca soruşturmaların delillerine yönelik müdahaleler söz konusu olduğunda hukuki anlam ve sonuç doğurmaktadır.

Ne var ki otoriter ve totaliter karakterdeki rejimlerde bu temel güvenceler sistematik biçimde ortadan kaldırılmakta,

45 Bkz. Zafer, H. (2023). s. 28.

yargının bağımsızlığı zedelenerek hukuk, siyasal iktidarın ideolojik ve baskıcı amaçlarını gerçekleştiren bir araç haline getirilmektedir. Bu tür sistemlerde yalnızca iddia makamının lehine olan delillerin yargılamada dikkate alınması, savunma makamına ait delillerin karartılması veya erişiminin engellenmesi, ceza muhakemesinin tarafsızlığını ve adillliğini doğrudan zedelemekte; “savunmanın köleleştirildiği” veya baskı altına alındığı sistemlerde, ceza muhakemesinin temelini oluşturan diyalektik tartışma zemini ortadan kalkmaktadır⁴⁶.

Diğer yandan, otoriter rejimlerde ifade özgürlüğü üzerindeki baskılar, bireylerin özellikle dijital mecralarda kendilerini açıklamaktan kaçınmalarına ve anonim kimlikler altında varlık göstermeyi tercih etmelerine yol açmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Delfi/Estonya* kararında vurguladığı üzere, anonimlik çevrim içi ifade özgürlüğünün ve bilgi akışının korunması bakımından önemli bir güvence teşkil etmektedir. Bununla birlikte, kolluk makamlarının sosyal ağlar üzerinden işlenen suçların faillerini tespit etme çabaları, çoğu zaman kullanıcıların kayıt sırasında bıraktıkları kişisel verilerin gerçeği yansıtmaması nedeniyle zorlukla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda failin kullandığı IP adresleri ile sosyal ağ sağlayıcılarının adli mercilere sunduğu dijital kayıtlar, delil elde etme bakımından en güvenilir kaynaklar arasında yer almakta ancak bu süreç, ifade özgürlüğü ile kamu güvenliği arasındaki hassas dengenin korunmasını da zorunlu kılmaktadır. Nitekim Freedom House’un 2021 tarihli raporunda da ifade edildiği üzere, birçok devletin internet kullanıcılarını gözetlemeyi kolaylaştırıcı yasal düzenlemelere başvurusu, dijital delillerin elde edilmesi ve kullanılmasında bireysel hakların korunması ile devletin güvenlik kaygıları arasındaki dengeyi her zamankinden daha kritik bir mesele haline getirmiştir⁴⁷. Bu bağlamda özellikle ölçülülük ve orantılılık ilkele-ri, izleme faaliyetlerinde belirleyici bir rol üstlenmekte olup,

46 Erem, F. (1977). Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 34., S. 1., s. 6.

47 Balcı, M. ve Çakır, K. (2023). s. 37.

elektronik cihazların kullanılması suretiyle şüpheli, sanık veya hükümlülerin toplum içinde izlenmesi gibi müesseselerin düzenlenmesinde de bu ilkelere özel bir önem atfedildiği, dolayısıyla uygulayıcıların elektronik gözetleme tedbirlerini hayata geçirirken orantılılık denetimini titizlikle gözetmek zorunda oldukları sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁸.

Bilim ve teknolojiadaki hızlı gelişmeler, özellikle adli bilimler alanında kaydedilen ilerlemeler, ceza yargılamasında hâkimin subjektif değerlendirme alanını önemli ölçüde daraltarak ispat faaliyetini daha nesnel ve ölçülebilir bir zemine taşımıştır. Zira adli bilimlerin delil toplama, muhafaza etme ve analiz etme süreçlerinde uyguladığı bilimsel yöntemler, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin değerlendirme-lerin varsayıma dayalı kanaatlerle değil, bilimsel doğrulama ve objektif test yöntemleriyle desteklenmesini sağlamaktadır. Kriminalistik bulgular kapsamında yer alan DNA profilleri, parmak izi incelemeleri, balistik raporlar ve diğer teknik izler, yalnızca failin kimliğinin belirlenmesine ve suçun işlendiği koşulların aydınlatılmasına katkı sağlamakla kalmayıp aynı zamanda yargılama sürecinin güvenilirliğini de artırmaktadır⁴⁹. Ceza muhakemesi hukukunda, hukuka uygun şekilde elde edilmiş bilimsel deliller, doğruluk karinesiyle kabul edilmekle birlikte; bu delillerin hükme esas alınabilmesi, yalnızca teknik analizlerinin güvenilirliği ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda somut olayla doğrudan bağlantılarının ve şüpheli veya sanıkla ilişkilendirilmelerinin açık, kesin ve ikna edici biçimde ortaya konulmasını gerektirmektedir⁵⁰. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından bilimsel yöntemlere dayalı, akla, mantığa ve teknik ilkele-

48 Demirtaş, S. (2015). "Elektronik Cihazların Kullanılması Suretiyle Şüpheli, Sanık veya Hükümlülerin Toplum İçinde İzlenmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX., S. 3-4., s. 35.

49 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 64.

50 Afandak, K. (2021). *Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 51.

re uygun biçimde elde edilip yargılamaya sunulan deliller, kuşkusuz en güvenilir kaynaklar arasında yer almakta ve bu nedenle belirleyici bir rol üstlenmektedir. Bununla birlikte, bilimsel delillerin yargılamada doğurduğu etki, ikili bir yön barındırmaktadır: Bir taraftan, bilimsel bilgiye dayanması nedeniyle adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olarak işlev görmektedir iken, diğer taraftan sahip oldukları yüksek ikna gücü sebebiyle hâkimi teknik raporların pasif bir onay makamına indirgeme ve böylelikle serbest takdir yetkisini fiilen daraltma riski taşımaktadır. Delillerin hâkim tarafından serbestçe takdiri ilkesi geçerliliğini korumakta olup söz konusu delillerin değerlendirilmesi hâkimin teknik yeterliliği, uzman raporlarını anlama kapasitesi ve hukuki değerlendirme gücü ile doğrudan bağlantılıdır. Dolayısıyla, bilimsel delillerin yargılamada sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesi, yalnızca teknik analizlerin güvenilirliğine değil, aynı zamanda bu delillerin doğru yorumlanmasına ve hukuki bağlamda yerli yerine oturtulmasına bağlıdır. Özellikle delillerin eksiksizliği, doğruluğu ve güvenilirliğinin yeterince tartışmaya açılmadığı hallerde, savunma hakkının etkinliğinin zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu sebeple, çalışmanın ikinci bölümünde savunmanın delillere erişim ve inceleme imkanları, teknik bilgi eksikliklerinden doğan sorunlar, ek karşı inceleme taleplerinin gerekliliği ve delillerin takdimi süreçleri ayrı alt başlıklar halinde ele alınarak söz konusu risklerin savunma hakkı üzerindeki etkileri ayrıntılı biçimde değerlendirilecektir.

Dijital delillerin ceza muhakemesi bağlamında değerlendirilmesinde, hem iddia hem de savunma makamı tarafından sunulan delillerin, bilişim cihazlarından elde edilen veriler ile bilişim ağları üzerinde uzmanlarca gerçekleştirilen teknik incelemeler sonucu elde edilen bulgularla tutarlılık gösterip göstermediğinin denetlenmesi zorunludur. Bu inceleme, yalnızca tekil bir delilin doğruluğunu teyit etmekten ibaret olmayıp, farklı kaynaklardan elde edilen tüm verilerin birbiriyle karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesini ve böylece deliller arasındaki uyumun ortaya konulmasını gerektirir. Bu neden-

ledir ki hâkimin vicdani kanaatinin sağlıklı bir şekilde oluşabilmesi için, delillerin ayrı ayrı değil, bütüncül olarak bıraktığı etki esas alınmalı⁵¹; bu süreçte, delilin elde edilme yönteminin nesnel biçimde test edilebilir olması, mevcut şüphelerin bertaraf edilmesinin ve maddi gerçeğe ulaşılmasının vazgeçilmez koşulu olarak kabul edilmelidir. Dijital delillerin toplanması ve incelenmesi sürecinde delillerin gözden kaçırılması, gerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını gerekse adil yargılanma hakkını ciddi biçimde zedeleyebilecek sonuçlar doğurur. Suçlayıcı nitelikteki dijital kanıtların yok edilmesi veya hukuka aykırı hale gelmesi, iddia makamının suçun mahkûmiyet için gerekli olan “makul şüphenin ötesinde” ispat yükünü yerine getirmesini imkansız kılabilirken; beraat ettirici nitelikteki kanıtların kaybolması veya usule aykırı şekilde işlenmesi, masum bir kişinin mahkûmiyetine yol açabilir. Bu nedenle hataların önüne geçebilmek için dijital delillerin teknik standartlara uygun şekilde toplanması, muhafaza edilmesi ve yorumlanması hususunda muhakemenin tüm unsurlarının eğitilmesi bir gerekliliktir⁵².

B. DİJİTAL DELİLLERE ERİŞİM VE İNCELEME HAKKI

Savunma hakkının somutlaşmasını sağlayan en önemli iki ilke, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılamadır. Silahların eşitliği ilkesi aktif yönüyle şüpheli veya sanığın savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmasını ifade ederken⁵³ aynı zamanda negatif yönüyle iddia ve savunma makamlarının usuli haklar bakımından denk konumda olmasını, bir tarafa tanınan bir hakkın diğer tarafa da tanınmasını veya bir ta-

51 Gökçen, A. ve Çakır, K. (2019). “Ceza Muhakemesinde Delili, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan), C. 21., Özel S., s. 2930.

52 Casey, E. (2011). s. 308.

53 Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özyayın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2022). s. 110.

rafın dezavantajlı bir konuma düşürülmemesini ifade eder⁵⁴. Özellikle dijital delillerin söz konusu olduğu durumlarda bu ilke, iddia makamının sahip olduğu teknik ve mali imkanlara savunma makamının da erişebilmesini gerektirir. Çelişmeli yargılama ilkesi, taraflara dosyaya sunulan her türlü delil ve görüşten haberdar olma ve bunlara karşı kendi argümanlarını ileri sürebilme imkanının tanınmasını zorunlu kılar⁵⁵.

Ceza muhakemesinde, dava dosyasına giren delillerin yalnızca hâkim tarafından bilinmesi yeterli olmayıp savcı, katılan ve sanık gibi yargılamanın tüm süjelerinin bu delillerden haberdar olması ve bunları duruşmada tartışabilmesi zorunludur. CMK'nın 217. maddesi uyarınca hâkim, hükmünü ancak duruşmada ortaya konulmuş ve huzurda tartışılmış delillere dayandırabilir⁵⁶; bu düzenleme, delillerin taraflarca denetlenebilmesini ve çelişmeli yargılama ilkesinin etkin şekilde uygulanmasını güvence altına almaktadır. Ceza muhakemesinin temel prensiplerinden biri olan doğrudan doğruyalık ilkesi, maddi gerçeğe ulaşma amacının bir yansımasıdır. Bu amaca ulaşmak için CMK, delil serbestisi ilkesini benimsemiş, ancak bu serbestiyi belirli bir öncelik sıralamasıyla sınırlandırmıştır; buna göre, şahsi delillere maddi delillere göre, duruşmada ortaya konulan delillere ise duruşma dışı delillere göre üstünlük tanınmıştır⁵⁷. Bu çerçevede, hâkimin kendi beş duyusuyla doğrudan algılamadığı ve kişisel olarak temas etmediği bir delilin hükme dayanak yapılması, söz konusu ilkeyle bağdaşmaz⁵⁸.

54 Sümer, A. F. (2022). "Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kısıtlanması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., s. 1944-1945.

55 Yavuz Kılıç, Ö. C. (2024). "Adil Ceza Yargılamasında Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bakımından Müdafinin Önemi", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 2., s.2481.

56 Birtok, F. (2016). *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 63-64.

57 Gökpınar, M. (2024). "Ceza Muhakemesinin Temel Bir İlkesi Olarak Delillerin Doğrudan Doğruyalığı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14., S. 2., s. 938.

58 Birtok, F. (2016). s. 472 vd; Gökpınar, M. (2024). s. 946.

Ceza yargılamasında delillerin duruşma sırasında mahkeme huzurunda tartışılması, hâkimin yalnızca kişisel bilgi ve kanaatine dayanarak hüküm tesis etmesini önlemenin yanı sıra, taraflara da söz konusu delilin doğruluğunu destekleyecek veya geçerliliğini çürütecek beyan ve karşı deliller sunma imkanı tanımaktadır. Bu suretle, isnada konu edilen suçun maddi gerçeğinin ortaya çıkarılması kolaylaşmakta, mevcut şüphelerin giderilmesi sağlanmakta ve nihai çözüm, adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkesi çerçevesinde teminat altına alınmaktadır. CMK'nın 209. maddesi ve devamındaki hükümler uyarınca, hükme esas alınabilecek nitelikte olan yazılı belgeler ile elektronik/dijital belgeler, ses veya görüntü kayıtları duruşmada okunmalı ve tartışmaya açılmalıdır; zira bu hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hem de çelişmeli yargılamanın gerçekleşmesi bakımından zorunludur. Yazılı belgeler anlatıldığı gibi ses ve görüntü kaydeden kayıtlar izlenip veya dinlenip anlatılacak, dijital deliller, duruşmada gösterilip, dijital ortamda veya aynı zamanda çıktı olarak gösterilip anlatılacaktır⁵⁹. Bununla birlikte, delil olarak kullanılacak belgelerin hukuka uygun şekilde elde edilmiş olmaları tek başına yeterli olmayıp, gerek tanık beyanları aracılığıyla gerekse teknik uzmanların (bilirkişilerin) desteğiyle belgelerin gerçekliği, güvenilirliği ve bütünlüğü konusunda ortaya çıkabilecek şüphelerin bertaraf edilmesi gerekir. Bu noktada, özellikle dijital delillerin teknik yapıları gereği manipülasyona açık olmaları dikkate alındığında, savunma makamının dosya inceleme yetkisi büyük önem arz etmekte; zira savunmanın delile erişimi ve inceleme hakkı, yalnızca silahların eşitliği ilkesinin bir gereği değil, aynı zamanda dijital delillerin doğruluğu ve güvenilirliği hususunda şüphelerin giderilmesi için de elzemdir. Dolayısıyla hâkim veya mahkeme, hukuka uygun elde edilmiş ve gerçekliği teyit edilmiş yazılı, elektronik, ses veya görüntü kayıtlarını hükme esas alabilir⁶⁰; ancak bunun gerçekleşebilmesi için delillerin duruşmada tar-

59 Saydam, M. (2023). s. 247.

60 a.g.e. s. 292-293.

tışılması ve savunma tarafına inceleme imkanı tanınması, adil yargılanma hakkının somut güvenceleri arasında yer almaktadır. Böylece, bu delillere ilişkin olarak taraflara ve özellikle savunma makamına ispat değerlendirmesine katılma imkanı sunulmuş olur⁶¹.

Ceza yargılamasında, tarafların delillerden haberdar olması halinde bu delillere karşı itirazda bulunmaları ve bunlara ilişkin olarak etkin bir savunma gerçekleştirmeleri fiilen imkansız hale gelir⁶². Bu durum, hem çelişmeli yargılama ilkesini hem de savunma hakkının etkin kullanımını doğrudan zedeler. AİHM, bilgilendirilme hakkı bağlamında, kişiye iletilen bilgilerin yeterliliğinin her olayın somut koşulları dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. İsnadın bildirilmesi hakkı ise kişinin savunmasını hazırlayabilmesi için, hangi eylemi ne zaman ve nerede gerçekleştirdiği iddiasıyla suçlandığının ve bu eylemin hukuki olarak nasıl nitelendirildiğinin açık biçimde kendisine bildirilmesini ifade eder⁶³. Böylece sanık veya şüpheli, kendisine yöneltilen suçlamanın kapsamını tam olarak anlayabilir, savunma stratejisini buna göre oluşturabilir ve yargılama sürecinde silahların eşitliği ilkesinden yararlanabilir. İddia, savunma ve yargılama eylemlerinin gayesi, hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmaktır⁶⁴. Delil, iddia, savunma ve hüküm kurma makamına sunulduğunda müşterek hale gelmekte⁶⁵; diğer bir deyişle, delilin kendisi, kaynağı ve içeriği yalnızca ceza muhakemesi unsurlarının bir kısmı tarafından değil, iddia makamı, savunma ve hâkim tarafından tamamıyla bilinmekte, tartışılmakta ve değerlendirilmekte; bu durum delillerin kolektifliği ilkesi olarak ifade edilmektedir. Bunun için

61 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 606.

62 Dinler; V. (2009). *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması*, Ankara: Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 11.

63 Bkz. “*Pélissier ve Sassi/Fransa*, B. No: 25444/94, 25/3/1999, § 51; *Sejdovic/İtalya*, B. No: 56581/00 1/3/2006, § 90”.

64 Birtek, F. (2013). s. 955

65 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). s. 571.

tarafra deliller önceden bildirilmelidir⁶⁶. Elektronik belgeler de, CMK'nın 217. maddesi kapsamında duruşmada ikame edilmek, çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ve delillerin doğrudan doğruluğu ilkeleri çerçevesinde tartışılmak ve hukuka uygun biçimde elde edilmiş olmak şartıyla, belge delili niteliği kazanarak hükme esas teşkil edebilecektir⁶⁷.

Delillerin karartılması, saklanması veya seçici biçimde kullanılmasının önlenmesi, hem iddia hem de savunma makamının işlevini yerine getirebilmesi açısından temel bir güvencedir. Aksi halde, savunma lehine delillerin bilinçli olarak gizlenmesi, silahların eşitliği ilkesini ve adil yargılanma hakkını ortadan kaldırarak yargılamayı keyfi bir iktidar aracına dönüştürebilir. Bu durum, özellikle yargının bağımsızlığının zayıfladığı, hukukun siyasal otoritenin ideolojik doğrularına tabi kılındığı otoriter veya faşist rejimlerde somut biçimde görülür. Tarihsel olarak, yargılama sistemleri arasında önemli farklar bulunmakta olup; liberal-demokratik yapılarla uyumlu itham sisteminde hâkim, kararını vicdani kanaatine dayanırken, tahkik sisteminde ise yargılama gizli, yazılı ve hâkim merkezli yürütülmüş, sanık ise süreçte pasif bir "nesne" konumda tutulmuştur⁶⁸. Bu nedenle, delillere erişim hakkının korunması, yalnızca bireysel savunma hakkının teminatı değil, aynı zamanda yargının bağımsızlığı ile hukukun ideolojik manipülasyona karşı korunmasının da aslı koşuludur. Özellikle şifreli veya korumalı belgelerin incelemeye kapalı olması, delilin ispat gücünün tarafsız şekilde değerlendirilmesini engelleyebilir. Bu nedenle, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, dijital delillerin teknik özellikleri de dikkate alınarak savunma tarafının erişimine uygun formatlarda sunulması ve gerekli çözümleme adımlarının sağlanması, adil yargılanma hakkının gereğidir.

Hükme esas teşkil edebilmesi açısından, söz konusu delilin

66 Birtek, F. (2016). s. 63

67 Saydam, M. (2023). s. 294

68 Duranoğlu, Y. (2022). "Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1., s. 169-171.

güvenilirliği ve bütünlüğüne ilişkin her türlü şüphenin teknik uzman incelemesi (bilirkişi raporu) aracılığıyla giderilmesi ve taraflara, delilleri ayrıntılı biçimde inceleme, değerlendirme ve bunlara karşı itirazlarını usulüne uygun şekilde sunma imkanının sağlanmış olması zorunludur; aksi halde, yargılama sürecinin adil ve eşitlikçi karakteri ile ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri kapsamında adil bir yargılamadan söz edilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁹.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 9/1/2015 tarihli kararında aynı doğrultuda değerlendirmede bulunarak dijital delilin sıhhatine ilişkin taleplerin yerine getirilmemesine ve savunma makamında bu delillerin incelettirilmemesi ve bir kopyasının verilmemesini silahların eşitliği ilkesi bağlamından adil yargılama hakkının ihlali saymıştır⁷⁰. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi 12/4/2023 tarihli kararda, başvurucunun aleyhinde sunulan elektronik belge deliline ilişkin kayıtların doğruluğunun ve güvenilirliğinin sınanması için gösterdiği delillerle ilgili gerekli ve yeterli bir inceleme/değerlendirme yapılmamasını silahların eşitliği ilkesi bağlamında adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁷¹.

AİHM içtihatlarında, adil yargılanma hakkının korunması bakımından delillerin güvenilirliği, elde edilme yönteminin hukuka uygunluğu ve savunma tarafının bu delilleri tartışabilme imkanı temel unsurlar olarak kabul edilmektedir. Dijital deliller bakımından bu yaklaşım, delilin teknik özellikleri gereği ek denetim ve güvenlik önlemleri gerektirir. Dijital verilerin elde edilmesi, muhafaza edilmesi ve incelenmesi sürecinde, “bütünlük”⁷² (integrity) ve

69 Saydam, M. (2023). s. 181.

70 Yankı Bağcıoğlu ve diğ. [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015, § 76.

71 Hüseyin Şimşek [1. B.], B. No: 2019/1572, 12/4/2023, § 32.

72 30/11/2007 tarihli 26716 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik mad.3/1-d bendinde “dosya bütünlük değeri”; “Bir bilgisayar dosyasının içindeki bütün verilerin matematiksel bir işlemde geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik

“özgünlük”⁷³ (authenticity) unsurlarının sağlanmaması halinde, delilin güvenilirliği ciddi şekilde zedelenebilir⁷⁴. Özellikle verinin elde edilme aşamasında hukuka aykırı müdahaleler, zincirleme muhafaza sürecindeki eksiklikler veya veri bütünlüğünü sağlayan hash değerlerinin doğrulanmaması, delilin hükme esas alınabilirliğini tartışmalı hale getirir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da dijital delillerin yargılamada kullanılabilirliği yönünden üçlü bir değerlendirme yaklaşımı göze çarpmaktadır: İlk olarak verinin elde edilme yönteminin kanuni dayanağının ve usule uygunluğunun bulunması gerekir. İkinci olarak bu delilin yargılamada belirleyici veya tek delil niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Üçüncü aşamada ise delilin güvenilirliğine ilişkin savunma tarafından ileri sürülen itirazların giderilmesi ve yargılamanın bütününde adil yargılanma hakkının korunmasını sağlayacak telafi edici güvencelerin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

Bu çerçevede örneğin CMK mad. 134/5 fıkrasında düzenlenen, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın verilerin kopyalanarak kağıt çıktısının alınması usulü, dijital delil incelemelerinin güncel teknik ve hukuki gereklilikleri karşılamada yetersiz kalmaktadır. Savunma makamının bu işlem sürecinde hazır bulunamaması hali hem delilin bütünlüğü hem de güvenilirliği bakımından ciddi şüpheler doğurmaktadır. Ayrıca dijital verinin kağıt çıktıya dönüştürülmesi, özel-

yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,” şeklinde tanımlanmaktadır.

73 Özgünlük unsuru, dijital delillerin değerlendirilmesinde bütünlük ilkesinden farklı bir işlev üstlenmekte olup, verinin yalnızca içeriğinin değiştirilmemiş ve bozulmamış olmasının ötesinde; gerçekten üretildiği kaynağa ait olduğunu, sahih biçimde elde edildiğini, güvenilirliğinin teknik ve hukuki araçlarla teyit edilebildiğini ve isnat edilen olay yahut kişiyle doğrudan ilişkilendirilebilir nitelikte bulunduğunu ortaya koymayı ifade eder. Bu bağlamda, bütünlük ilkesi esasen delilin elde edilmesinden incelenmesine kadar geçen süreçte herhangi bir müdahale ile değiştirilip değiştirilmediğine odaklanırken, özgünlük unsuru delilin gerçek kaynağının tespitini, üretildiği bağlamın doğrulanmasını ve isnat edilen olguyla irtibatının güvenilir biçimde ortaya konulmasını konu edinmektedir. Bkz. Casey, E. (2011). s. 60 vd.

74 Casey, E. (2011). s. 20.

likle kapsamlı ve karmaşık veri yapılarında, orijinal içeriğin eksiksiz, bağlamından koparılmadan ve değişmez biçimde yansıtılmasına her zaman imkan vermemektedir. Bu nedenle, salt çıktıya dayalı doğrulama yerine, hash değeri tespiti, zaman damgası gibi teknik bütünlük ve güvenlik yöntemleriyle birlikte savunmanın etkin katılımının sağlanması; hem adil yargılanma hakkının korunması hem de dijital delillerin güvenilirliğinin teminat altına alınması bakımından zorunlu bir usuli güvence olarak kabul edilmelidir.

C. TEKNİK BİLGİ EŞİTSİZLİĞİ VE SAVUNMA YETERSİZLİKLERİ

Dijital delillerin değerlendirilmesinde hem hukuki hem de teknik boyutların birlikte gözetilmesi, adli bilişim alanının kısa sürede gösterdiği hızlı gelişim, bu teknolojilerin günlük yaşamda yaygın ve belirleyici bir konuma ulaşması ve mevcut mevzuatta bu alana ilişkin düzenlemelerin sınırlı düzeyde kalması nedeniyle, ceza muhakemesi pratiğinde özel bir önem arz etmektedir. Mevzuat eksikliklerine ek olarak, uygulamada gözlemlenen usul ve yöntem hataları, dijital delillerin bireyler açısından telafisi güç veya imkansız sonuçlar doğurmasına yol açabileceğinden, bu delillerin yargılama sürecinde azami dikkat ve titizlikle ele alınması zorunludur. Bu çerçevede, Cumhuriyet savcıları, müdafiler, hâkimler ve yargılamanın diğer süjeleri, dijital delillerin teknik özellikleri, elde edilme yöntemleri, zincirleme muhafaza süreci ve doğrulama kriterleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmalıdır. Zira müvekkilinin durumu ve dosya kapsamındaki teknik unsurlar hakkında derinlemesine bilgi sahibi olmayan bir müdafî, savunma hakkını etkin biçimde kullanamayacak; aynı şekilde, dijital delillerin elde edilme, analiz edilme ve doğrulanma süreçlerine hâkim olmayan bir hukukçu da bu delillerin yargılamadaki hukuki değerini, ispat gücünü ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki rolünü tam anlamıyla ortaya koyamayacaktır⁷⁵.

75 Eren, M. A. (2023). s. 153.

Bu bağlamda, bilirkişilerin raporlarını hazırlarken teknik kavram ve terimlerin Türkçe karşılıklarını açık ve anlaşılır biçimde sunmaları veya parantez içi açıklamalarla desteklemeleri; ayrıca teknik açıklamalarda gereksiz ayrıntıya girmeksizin mahkemenin ve tarafların anlayabileceği bir dil kullanmaları esastır⁷⁶. Ancak uygulamada, savunma makamının genellikle doğrudan ham veriye erişimi olmayıp yalnızca kolluk veya bilirkişi tarafından hazırlanmış özet raporlar üzerinden inceleme yapabilmesi söz konusudur. Savunma makamı da genellikle ham veriye değil, kolluk veya bilirkişi tarafından hazırlanmış ve çoğu zaman özet niteliğindeki raporlara erişebilmektedir. Bu durum, savunmanın, delilin orijinal kaynağını, nasıl işlendiğini ve raporun hangi verilerin ayıklanmasıyla oluşturulduğunu denetleme imkanını kısıtlayarak çelişmeli yargılama hakkını zedeleme potansiyeli taşır. Savunmanın, dijital delilin sadece “sonucuna” değil, “kaynağına ve işlenme sürecine” de tam erişim hakkı, adil yargılanmanın bir gereğidir.

Savunma makamına bu imkanın tanınması, iddia makamının sunduğu dijital delillerin doğruluğunun ve bütünlüğünün denetlenmesi yanında, sanık lehine olabilecek dijital delillerin tespiti, korunması ve yargılamaya sunulması bakımından da hayati önemdedir. CMK’da düzenlenen “*lehe delillerin toplanması yükümlülüğü*” de ancak savunmanın gerekli teknik bilgi, araç ve inceleme imkanlarına iddia makamı ile eşit ölçüde ulaşabilmesi halinde etkili biçimde yerine getirilebilir. Aksi halde, “dijital uçurum” olarak ifade edilen teknoloji ve bilgiye erişim eşitsizliği, savunmanın teknik açıdan yetersiz

76 Cin, M. O. (2021). Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları, *Necmettin Erbakan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4., S. 1., s. 178; Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığınca yayınlanan “*Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar*” için bkz. https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/180720251430_49Bilirki%C5%9Filerin%20Uyaca%C4%9F%C4%B1%20Rehber%20%C4%B0lkeler%20ve%20Bilirki%C5%9Fi%20Raporlar%C4%B1nda%20Bulunmas%C4%B1%20Gereken%20Standartlar.pdf (Erişim Tarihi: 12/8/2025)

kalmasına, dolayısıyla yargılama sürecinde silahların eşitliği ilkesinin zedelenmesine yol açabilir.

Bilirkişi raporlarının teknik standartlarının belirlenmesi ve uygulanması, öncelikle, raporların hazırlanmasında uluslararası kabul görmüş adli bilişim standartları (örneğin ISO/IEC 27037, ISO/IEC 27042 gibi dijital delil toplama ve analiz kılavuzları) esas alınmalıdır. Delillerin elde edilmesi, saklanması, incelenmesi ve raporlanması sürecinde “*zincirleme muhafaza*” (chain of custody) kaydının eksiksiz tutulması, delilin özgünlüğünü korumak için zorunludur. Kullanılan yöntemler, cihazlar, yazılımlar ve analiz süreçleri raporda şeffaf şekilde belirtilmeli; böylece hem teknik doğrulama hem de yargılamada karşı inceleme yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca bilirkişi raporlarının yeniden üretilebilirlik ilkesine uygun hazırlanması gerekir. Bu kapsamda, raporda kullanılan verilerin hangi biçimde elde edildiği, hangi filtreleme ve analiz yöntemlerinden geçirildiği, hata payları ve olası belirsizlikler açıkça belirtilmelidir. Yeniden üretilebilirlik ilkesi ile savunma tarafının, aynı veriler ve aynı yöntemler kullanılarak rapor sonuçlarını tekrar test edebilmesi sağlanmalıdır⁷⁷. Kapalı kaynaklı yazılımlar kullanılmışsa bu yazılımların teknik işleyişine ilişkin yeterli açıklama yapılmalı ve mümkünse bağımsız denetime imkan verilmelidir. Bu tür teknik standartların uygulanması, yalnızca bilirkişi raporlarının bilimsel geçerliliğini değil, aynı zamanda adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkelerinin somut olarak hayata geçirilmesini güvence altına alır.

Dijital verilerin doğruluğu, bütünlüğü ve anlamlandırılması, yalnızca ham verinin fiziksel olarak elde edilmesi ile

77 Standartlar için bkz. “ISO/IEC 27037 Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence” <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:27037:ed-1:v1:en>. (Erişim Tarihi: 1/9/2025). “ISO/IEC 27042 Information technology — Security techniques — Guidelines for the analysis and interpretation of digital evidence”. <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:27042:ed-1:v1:en>. (Erişim Tarihi: 1/9/2025)

sınırlı olmayıp, bu verilerin elde edilme yönteminin teknik standartlara uygunluğu, saklanma sürecinde veri bütünlüğünün korunması, analiz aşamasında kullanılan yazılımların ve algoritmaların güvenilirliği ile sonuçların bilimsel geçerliliği gibi çok boyutlu unsurları içermektedir. Bu nedenle, dijital delillerin yargılamada kullanılabilirliği ve hükme esas alınabilirliği, yalnızca veri içeriğinin değil, aynı zamanda elde edilme ve incelenme süreçlerinin şeffaf ve denetlenebilir olmasına bağlıdır. Söz konusu denetimin etkin şekilde yapılabilmesi ise savunmanın bu deliller üzerinde uzman görüşlerini doğrudan sorgulama, kullanılan yöntemleri irdeleme, olası teknik hataları veya manipülasyon ihtimallerini ortaya çıkarma imkanına sahip olmasıyla mümkündür. Bu bağlamda, uzmanların duruşmada dinlenmesi, yalnızca savunma hakkının teorik olarak tanınmasıyla yetinmeyip, bu hakkın pratikte etkili biçimde kullanılmasını sağlayarak gerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekse adil yargılanma hakkının özünün korunması açısından önemli bir güvencedir. Diğer bir ifadeyle, uzmanların yalnızca bilirkişi raporu sunmakla kalmayıp duruşmada savunma makamının sorularına cevap verebilecek şekilde hazır bulunmaları, çelişmeli yargılama ilkesinin gereği olarak kabul edilmelidir. Böylelikle, dijital delillerin güvenilirliği, taraflar arasında eşit şekilde değerlendirilebilir ve maddi gerçeğe ulaşma amacı güçlenir⁷⁸. AİHM'in 22/11/2018 tarihli *Avagyan / Ermenistan* (no. 1837/10) kararında, sanığın mahkûmiyetinde adli tıp uzmanlarının beyanlarının belirleyici olmasına karşın, savunmanın bu uzmanları duruşmada dinletme talebinin reddedilmesi, tanık dinleme ve sorgulama hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, savunmanın uzman tanıkları doğrudan sorgulama ve beyanlarını duruşma ortamında sinama imkanından yoksun bırakılmasının, adil yargılanma hakkının temel unsurları olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini

78 Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özeydin, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C., (2022). s. 429.

vurgulamıştır. Ayrıca CMK mad. 68/1 hükmü uyarınca mahkeme her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırabilir⁷⁹.

Dijital delillerin değerlendirilmesinde kullanılan klasik inceleme yöntemlerinin yanı sıra, son yıllarda giderek artan biçimde yapay zeka tabanlı analiz yöntemleri ceza muhakemesi pratiğinde yer edinmeye başlamıştır⁸⁰. Yapay zekanın gelişimi, özellikle elektronik verilerin çeşitliliği ve hacmi dikkate alındığında, suçların aydınlatılmasında ve delil niteliği taşıyabilecek verilerin ortaya çıkarılmasında kayda değer katkılar sağlamaktadır⁸¹. Bu araçlar, büyük ölçekli veri kümeleri üzerinde karmaşık algoritmalar aracılığıyla sınıflandırma, karşılaştırma veya tahmin işlemleri yaparak, uzmanların tek başına gerçekleştiremeyeceği hızda ve kapsamda değerlendirmeler sunabilmektedir. Bununla birlikte, bu sistemlerin hangi veriler üzerinden eğitildiği, hangi ölçütlere dayanarak sonuç ürettiği ve karar alma süreçlerinin nasıl işlediği çoğu zaman şeffaf bir biçimde açıklığa kavuşturulamamaktadır. Nitekim, bir algoritmanın sonuçlarının nasıl üretildiğine dair gerçek bir açıklamaya duyulan ihtiyaç açıktır; zira algoritmalar kimi zaman, sonuç doğuran kararın hangi parametrelere dayanılarak verildiğini gizleyen bir yapıya sahip olabilmektedir⁸². Bu durum, sadece teknik bir yetersizlik olarak değil, doğrudan

79 Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). s. 360-361; Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C., (2022). s. 428, 543.

80 Ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe (2018). "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment", s. 16 vd. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (Erişim Tarihi: 1/6/2025)

81 Kheiri, M. A., Qashta N. ve Aljaradat, D. I. (2025). "Authenticity of Using Artificial Intelligence Systems in Proving Electronic Evidence", *Pakistan Journal of Life and Social Sciences*, C. 23., S. 1., s. 48.

82 Council of Europe (2017). "Algorithms and Human Rights Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications", s. 38 <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>. (Erişim Tarihi: 1/8/2025)

doğruya savunma hakkının etkin kullanımını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının özünü ilgilendiren bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira savunma makamı, dijital delillerin elde edilme ve incelenme sürecine ilişkin yeterli bilgiye ulaşamadığında delilin doğruluğunu, bütünlüğünü ve güvenilirliğini sorgulama olanağından mahrum bırakılmakta; böylelikle silahların eşitliği ilkesi zedelenmekte ve hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz parçası olan temel hak güvenceleri ciddi biçimde zarar görmektedir.

D. SAVUNMANIN KARŞI İNCELEME VE DİJİTAL KANITLARIN TAKDİMİ İLE UZMAN KULLANMA HAKLARI

Maddi olayın aydınlatılması sürecinde, hâkim dışındaki yargılama süjelerinin özel, teknik veya hukuki nitelikteki konularda, bilirkişilik dışında, alanında uzman kişilerden bilimsel nitelikte görüş alma faaliyeti, hukuk literatüründe “uzman görüşü” olarak tanımlanmaktadır. Bu mekanizma, delillerin yorumlanması ve iddia ile savunmanın desteklenmesi açısından önemli bir araç olmakla birlikte, bilirkişilik ile arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır. Bilirkişi, mahkeme tarafından atanır ve raporu hukuken hâkimi bağlayıcı olmamakla birlikte teknik ve uzmanlık gerektiren konularda kural olarak göz ardı edilemeyecek, değerlendirilmesi gereken önemli bir delil niteliği taşırken; uzman görüşü, taraflardan birinin talebiyle edinilen, mahkeme açısından bağlayıcı olmayan ve delil değeri hâkimin takdirine tabi bulunan, bu sebeple de yargılama üzerinde daha sınırlı etkiye sahip bir değerlendirmedir⁸³. Bununla birlikte, sanık veya savcının belirli bir hususu ileri sürmesi, mahkemeyi yalnızca pasif bir dinleyici konumuna bırakmaz; aksine hâkim, ileri sürülen iddia veya savunmayı bilimsel ve hukuki açıdan titizlikle araştırma ve kendi vicdani kanaatini oluşturma yükümlülüğü altına girer⁸⁴. Dolayısıyla uzman görüşü, yargılama sürecinde yalnızca teknik bir da-

83 Eren, M. A. (2023). s. 41.

84 Birtok, F. (2016). s. 425.

nışmanlık işlevi görmekle kalmayıp adaletin somutlaşması ve maddi gerçeğe ulaşılması sürecinde yargıcın vicdani kanaatinin şekillenmesine dolaylı bir katkı sağlamaktadır.

Kanunumuza göre bu şekilde görüş bildiren kişiler de “bilirkişi”⁸⁵dir. Bu kuruma “taraf bilirkişiliği”, “teknik müşavir” veya “bilirkişinin bilirkişisi” de denilmektedir. Uzman mütalaasına soruşturma evresinde de başvurulabilir. Bu sebeple savunma hakkı ve adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından bu kurumun mevcudiyeti son derece önemlidir⁸⁶.

İddia makamı, genellikle devlet tarafından finanse edilen adli bilişim laboratuvarlarına ve uzman personele sahiptir. Buna karşılık şüpheli veya sanık, kendi imkanlarıyla bir adli bilişim uzmanı görevlendirmekte veya iddia makamının raporlarını teknik düzeyde analiz edip karşı argüman üretmekte ciddi zorluklar yaşayabilmektedir. Bu durum, iddia ve savunma arasında bariz bir “teknik bilgi asimetrisi” yaratarak silahların eşitliği ilkesini savunma aleyhine fiilen işlevsiz kılma riski taşımaktadır. Nitekim savunma hakkına yalnızca şekli ve işlevsiz bir saygı göstermek yerine, bu hakkın mahkemelerin varlık sebebini oluşturan temel unsur olduğunun ceza muhakemesinin tüm süreçleri tarafından içselleştirilmesi gerekliliği artık ertelenemez bir zorunluluk halini almıştır⁸⁷. Savunmanın, CMK mad. 67 çerçevesinde uzman görüşü (mütalaası) alma hakkı bu noktada kritik bir dengeleyici mekanizma olsa da bu hakkın etkin kullanımı genellikle sanığın mali gücüne bağlı kalmaktadır.

85 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu mad.2/1-b bendinde bilirkişi; “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulana gerçek veya özel hukuk tüzel kişisini” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). s. 285. “Bilirkişi; sahip olduğu uzmanlık bilgisiyle mahkemeye ispat konusunda yardımcı bulunan kişidir.”

86 Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). s. 358-359.

87 Feyzioğlu, M. (2009). “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, *Ankara Barosu Dergisi*. Y. 67., S. 1., s. 23.

Ceza muhakemesinde devletin normlara uygun hareket edip etmediğini denetleme işlevi esasen müdafîye aittir. Sanığın, hukuki bilgi ve tecrübeyle donatılmış iddia makamı karşısında eşit koşullarda savunma yapabilmesi, aynı derecede donanımına sahip bir müdafiden yararlanmasıyla mümkündür. Bu bağlamda sanığın, yalnızca kendi beyanı veya yasal temsilcisinin desteğiyle yetinmeyip mahkeme önünde tecrübeli bir hukukçudan profesyonel yardım alabilmesi, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir yansımasıdır⁸⁸.

Silahların eşitliği ilkesi, masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı, sanığa hukuki bilgi verilmesini engelleyen her türlü kısıtlamayı yasaklayarak yargılama süreçleri arasındaki hak dengesini teminat altına alır. Bu bağlamda teknik uzmanlık, müdafîliği tamamlayan ayrı bir güvence işlevi görür; müdafî hukuki strateji ve norm denetimi yaparken, uzman teknik doğruluk ve delil güvenilirliğini denetler. Her iki unsurun birlikte çalışması, hem usule ilişkin güvencelerin sağlanmasında hem de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında savunma lehine güçlü bir denge oluşturur.

Dijital verilerin tür ve miktar bakımından katlanarak artması, ceza yargılamasında geleneksel arama ve inceleme yöntemlerini yetersiz hale getirmiş; bunun sonucu olarak çok daha karmaşık analiz tekniklerinin geliştirilmesi ve kullanılmasını zorunlu kılmıştır. Ancak bu gelişme, savunma açısından ciddi bir güç ve bilgi asimetrisi oluşturabilecektir. Bu durum, hangi bilginin dava bakımından “ilgili” kabul edileceğinin belirlenmesi sürecinden dışlanmakta ve lehine olan delillere erişme imkanından mahrum kalması savunma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir⁸⁹. Taraflardan birinin dijital delilin gerçekliğine erişiminin sağlanması gerekliliği ve itiraz etme imkanından mahrum bırakılmaması gerektiği gibi,

88 Zafer, H. (2023). s.19.

89 Galiç, M. (2020). “Defence Rights in the Context of Huge Data Sets and Big Data Forensic Tools in Criminal Proceedings” <https://ssrn.com/abstract=3838680>, s. 2. (Erişim Tarihi: 1/9/2025)

mahkemenin delili yalnızca çıktı formatında sunmasına izin verdiği hallerde, ilgili tarafın bu çıktının güvenilirliğini ortaya koyabilmesi için gerekli metadata bilgilerine erişim ve bunları ileri sürebilme hakkı da engellenmemelidir⁹⁰. Savunma hakkının özü, iddia makamının sunduğu delilleri sorgulama ve kendi lehine olan delilleri mahkemeye sunma imkanıdır. Savunma, iddia makamının sunduğu bir dijital delilin (örneğin bir log kaydı veya bir görüntü) manipüle edilip edilmediğini, bağlamından koparılıp koparılmadığını veya alternatif bir yorumunun mümkün olup olmadığını ortaya koyabilmelidir. Bunun için savunmaya, delilin ham (“hash” değeri alınmış) kopyasına erişim hakkı tanınmalı ve kendi uzmanı aracılığıyla bu delili analiz etmesi için makul bir süre⁹¹ ve imkan sağlanmalıdır. Aksi takdirde, savunmanın karşı inceleme hakkı şekilsel bir nitelikte kalacak ve yargılama tek taraflı bir faaliyete dönüşecektir.

SONUÇ

Dijitalleşmenin yargı pratiğine nüfuz ettiği günümüzde, savunma hakkı artık yalnızca geleneksel usullerle değil, aynı zamanda teknik kapasite, dijital okuryazarlık ve erişim imkanları ile de tanımlanmaktadır. Dijital delillerin toplanması, muhafazası, incelenmesi ve raporlanmasında izlenecek yöntemlerin delil bütünlüğünü, yeniden üretilebilirlik ve denetlenebilirlik esaslarını güvence altına alacak şekilde yasal ve teknik çerçevelerle belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, mahkemelerce atanan bilirkişilerin delilleri bağlamı içinde bütüncül biçimde değerlendirmesi; hazırlanan raporların

90 Council of Europe (2019). s. 16.

91 *Campbell ve Fell / Birleşik Krallık* (Başvuru No: 7819/77 ve 7878/77, 28/6/1984) kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 1. ve 3(b) fıkraları kapsamında savunma için yeterli süre ve imkanın somut olayın koşullarına göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamış ve inceleme konusu olayda beş günlük sürenin bu gerekliliği karşıladığı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan, D., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, F., Altınok Çalışkan, E., Alan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Güzel, İ., Köker, N., Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2019). s. 373; Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). s. 110.

ayrıntılı, uluslararası standartlara uygun ve şeffaf olması adil yargılanma ilkesinin ayrılmaz bir unsurudur. Aksi halde teknik kusurlar, delilin ispat gücünü zayıflatacak, yargılama sürecinin güvenilirliğini sarsacaktır.

Savunma makamının iddia makamıyla eşit teknik donanımına sahip olmaması, özellikle karmaşık dijital delillerin bulunduğu davalarda hak arama özgürlüğünün fiilen kısıtlanmasına yol açabilir. Bu nedenle sanığın, uzman yardımından etkin biçimde yararlanabilmesi ve dijital bilirkişilik standartlarının yükseltilmesi, yalnızca bireysel hakların değil, kamu düzeninin de korunması bakımından zorunludur. Teknik donanım, yazılım erişimi, veri analiz kapasitesi ve dijital arşivleme imkanlarında savunma tarafının geride bırakılması, yargılamada denge ilkesini ortadan kaldırır ve iddia makamının avantajını pekiştirir. Bu durumun özellikle otoriter yönetimlerde, savunma hakkının sistematik olarak zayıflatılmasına zemin hazırlayabileceği unutulmamalıdır.

Delillerin bütünlüğü ve doğruluğu, soruşturmanın ilk adımından nihai karara kadar titizlikle korunmalı; kriptografik doğrulama yöntemleri, delil zincirinin eksiksiz belgelenmesi ve tüm işlemlerin şeffaf biçimde kayıt altına alınması zorunlu hale getirilmelidir. Yapay zeka temelli delil değerlendirme sistemleri de şeffaflık, bağımsız denetim ve hesap verebilirlik mekanizmaları ile desteklenmelidir. Aksi halde algoritmik hatalar veya bilinçli yönlendirmeler, yargılamada geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurabilir.

Yargısal süreçlerde teknolojinin artan rolü, hukukun yalnızca normatif düzenlemelerle değil, aynı zamanda insani unsurlarla da şekillendiğini unutturmamalıdır. Yargıtayın 1976 tarihli içtihadında⁹² vurgulandığı üzere, *“Hakim insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa “insan kokusu” taşıyan bir çözüm getirmek*

92 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 31/12/1976 tarihli ve E.1976/9370, K.1976/13138 sayılı kararı.

zorunluğundadır.”. Adalet sisteminde insani temasın, empati ve duygusal zekanın korunması, savunma hakkının özüne içkin bir gerekliliktir. Teknoloji, adaletin hizmetinde bir araç olmalı; insan unsurunu ikame eden değil, onu güçlendiren bir rol üstlenmelidir.

Geleceğin ceza muhakemesi pratiğinde, teknik standartların güçlendirilmesi, bilirkişilik kapasitesinin uluslararası düzeye çıkarılması, savunma makamının iddia makamıyla eşit donanımına sahip olmasının yasal güvenceye bağlanması ve dijital yargı süreçlerinde kalite kriterlerinin açıkça tanımlanması, adil yargılanma hakkının teminatı olacaktır. Hukuk devletinin sürekliliği, teknolojinin sunduğu imkanların adaletin hizmetinde kullanılmasına ancak hiçbir koşulda savunma hakkının etkin ve eşit korunmasından taviz verilmemesine bağlıdır. Nihai hedef, hız ve verimliliğin ötesinde, doğru ve adil sonuca ulaşan, güven veren ve insan onurunu esas alan bir yargı düzenidir.

KAYNAKÇA

- AFANDAK, Khalil (2021). Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- ARSLAN, Çetin (2015). “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3., S. 2., ss. 255-269.
- BALCI, Murat ve ÇAKIR, Kerim (2023). *Dijital Ceza Hukuku-I Sosyal Medyada İşlenen Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BAŞLAR, Yusuf (2020). Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 1., ss. 77-107.
- BİRTEK, Fatih (2013). “Cumhuriyet Savcısı’nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19., S. 2., ss. 953-990.
- BİRTEK, Fatih (2016). *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- CASEY, Eoghan (2011). *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet*, USA: Academic Press.
- CİN, Mehmet Onursal (2021). “Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4., S. 1., ss. 170-184.
- Council of Europe (2018). “European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment”, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/196205/COUNCIL%20OF%20EUROPE%20-%20European%20Ethical%20Charter%20on%20the%20use%20of%20AI%20in%20judicial%20systems.pdf>. (Erişim Tarihi: 1/6/2025)

- Council of Europe (2019). Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings, <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5> (Erişim Tarihi: 12/8/2025)
- Council of Europe. (2017). "Algorithms and Human Rights Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications" <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>. (Erişim Tarihi: 1/8/2025)
- DEMİRTAŞ, Soner (2015). "Elektronik Cihazların Kullanılması Suretiyle Şüpheli, Sanık veya Hükümlülerin Toplum İçinde İzlenmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX., S. 3-4., ss. 23-55.
- DURANOĞLU, Yakup (2022). "Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1., ss. 167-90.
- DÜLGER, Murat Volkan (2023). *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- EREM, Faruk (1977). Diyalektik Açından Ceza Yargılaması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 34., S. 1., ss. 1-7
- EREN, Muhammet Ali (2023). *Dijital Deliller ve Delil Yasakları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- FEYZİOĞLU, Metin (2009). "Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., ss. 22-25.
- GALİÇ, Maša (2020). Defence Rights in the Context of Huge Data Sets and Big Data Forensic Tools in Criminal Proceedings. <https://ssrn.com/abstract=3838680> (Erişim Tarihi: 1/9/2025)
- GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, Mehmet Emin ve ÇAKIR, Kerim (2017). *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- GÖKCEN, Ahmet ve ÇAKIR, Kerim (2019). “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), C. 21., Özel S., ss. 2911–2951.
- GÖKPINAR, Mahmut (2024). “Ceza Muhakemesinin Temel Bir İlkesi Olarak Delillerin Doğrudan Doğrualığı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14., S. 2., ss. 937-986.
- International Organization for Standardization (2012). ISO/IEC 27037 “Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence” <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:27037:ed-1:v1:en>. (Erişim Tarihi: 1/9/2025)
- International Organization for Standardization (2015). ISO/IEC 27042 “Information technology — Security techniques — Guidelines for the analysis and interpretation of digital evidence”. <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:27042:ed-1:v1:en>. (Erişim Tarihi: 1/9/2025)
- KHEİRİ, Murtada A., QASHTA, Nizar ve ALJARADAT Dorgam I. (2025). “Authenticity of Using Artificial Intelligence Systems in Proving Electronic Evidence”, *Pakistan Journal of Life and Social Sciences*, C. 23, S. 1., ss.37-52.
- KOCA, Mahmut (1998). Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- KÖKER, Nilüfer (2024). Türk ve Alman Hukuku’nda Online Arama, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- ORTA, Mesut (2015). *Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim)*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZEN, Muharrem ve ÖZOCAK, Gürkan (2015). "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., ss. 43-77.
- ÖZKAN, Halid (2015). *Sorularla Bilişim Hukuku Mevzuatı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖZTÜRK, Bahri (1991). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.
- ÖZTÜRK, Bahri, EKER KAZANCI, Behiye ve SOYER GÜLEÇ, Sesim (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa R., SIRMA GEZER, Özge, SAYGILAR KIRIT, Yasemin F., ALAN AKCAN, Esra, ÖZAYDIN, Özdem, ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, ALTINOK VILLEMIN, Derya ve TOK, Mehmet C. (2020). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ROSCINI, Marco (2016). "Digital Evidence as a Means of Proof before the International Court of Justice", *Oxford Academic Journal of Conflict & Security Law*, C. 21., S. 3., ss. 541-554.
- SARSIKOĞLU, Şenel (2025). "Bilişim Sistemlerinden Delil Elde Edilmesine Yönelik İşlemler (CMK m. 134) Hakkında Bir Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1., ss. 283-317.
- SAYDAM, Mehmet (2023). *Ceza Muhakemesinde Belge Delili*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- SÜMER, Arif E. (2022). "Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kısıtlanması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., ss. 1942-1997.

- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa R., SANCAKDAR, Oğuz ve ÖNOK, Rifat M. (2019). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TEZCAN, Durmuş, SIRMA GEZER, Özge, SAYGILAR KIRIT, Yasemin Filiz, ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif, ALAN, Esra, ÖZAYDIN, Özdem, ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser, GÛZEL, İdris, KÖKER, Nilüfer, ALTINOK VILLEMIN, Derya ve TOK, Mehmet C. (2022). *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- UĞRAŞ, Duygu Özlem (2021). Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 154., ss. 126-145.
- ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- YAVUZ KILIÇ, Özge Ceren (2024). Adil Ceza Yargılamasında Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bakımından Müdafinin Önemi, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 2., ss. 2456-2507.
- YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2024). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YILDIRIM, Akif, UÇAR, Abdullah, AKTEPE, Mehmet, OĞUZ, Habip, GAYRETLİ, Zehra, GÖNENBABA, Eyup, SEVİMLİ, Hüseyin Ö., ŞENOCAK, Mustafa, GÛNARSLAN, Yüksel, GÛNGÖR, Burak ve ADIYAMAN, Hüseyin O. (2022). *Suç İsnadına İlişkin Yargılamalarda Silahların Eşitliği İlkesi (Karar Özetleri)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- ZAFER, Hamide (2023). “Savunma Hakkı ve Sınırları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu İnsan Hakları Makaleleri Seçkisi II*, ss. 8-47.

