



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 başvurucunun 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 parlamento’ya 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 mühenhasıran 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 sınırlandırılmasıdaki 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 kuralla-ra 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 keyfi 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; Turkcell 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 sükelerinin 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 diğeri [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 hükümde 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 başvuru-

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 Teşkilane Dair Kanunu'nun 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 içtihadın seyri konusunda da bir fikir edinme imkânı sağlanabilir.

AYM, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesine sekizinci fıkra 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 olduğu 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 şekli 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 şekli 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 şekli 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 kambiyo 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 başvuruçunun “mesleğe kabul kararının kaldırılması”nın anayasal anlamda “meslekten çıkarma” cezası mahiyetinde bir işlem olduğuna işaret ederek başvuruçucu 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 karardan 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 irdilemiştir⁸⁷.

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 başvurucunun 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 diğeri* [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 sınırlandırılabilmesine 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 başvurucunun 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 yalnltıcı 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 niteliğı 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 güvenliğı, kamu düzeni ve genel sağlığı*”, “*gerçeğe aykırı bir bilgi*”, “*kamu barışını bozmaya elverişli*” olma ve “*alenen yayan kimse*” biçimindeki ibareler; keyfi ve öngörölmez uygulamalara yol açmaya elverişli, suç ve cezaların kanuniliğı ilkesinin asgari olarak gerektirdiğı 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 keyfi uygulamalara sebebiyet verecek bir düzenleme biçimi benimsemiştir.

Bir diğör örnek ise Mahkemenin güvenlik soruşturmasıyla ilgili ikinci kararında iptal isteminin reddedildiğı 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 güvenliğı, 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 aşikârdır. 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.

