

# “Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler

*Prof. Dr. Osman Can*

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin 56. Kuruluş Yıldönümü vesilesiyle düzenlenen bilimsel toplantıya konuşmacı olarak davet ettiğiniz için teşekkür ederim.

Benim konuşmam istatistik bir analizden çok, bugüne kadar okuduğum Mahkeme kararlarından edindiğim izlenimlerin paylaşılması ve bu izlenimlerden hareketle yaptığım değerlendirmelerin dikkatlere sunulmasıyla sınırlı olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin fonksiyonu, niteliği ve anayasanın yorumlanması hususlarına kısaca değindikten sonra, önce devletin temel haklarla bağlılığının iki görünüm biçimi olan “iyi yönetim” ve “dolaylı etki” kuramının Anayasa Mahkemesi'nin işlevselliğine olası etkisini yorumlayacağım.

Ardından, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda sergilediği performans ve yaklaşımı ile norm denetiminde ortaya koyduğu performansını karşılaştırmaya çalışacağım. Bu bağlamda ortaya çıkan bazı çelişkilere değineceğim.

## **I. Anayasa Mahkemesi'nin Temel Fonksiyonu**

Anayasa Mahkemesi, anayasanın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının “yargısal” yaptırımı olarak tasarlanmış ve anayasa tarihi sürecinde ortaya çıkmış önemli bir kurumdur. Dolayısıyla Mahkeme, bir bakıma anayasanın dayandığı temel siyasal felsefesinin de yaptırımı olarak işlev görür. Mahkeme, kuruluş felsefesinin niteliğine göre anayasada güvence altına alınmış iktidar

ilişkilerinin yaptırımı ve güvencesi olabileceği gibi; insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün de güvencesi olabilir.<sup>1</sup> O hâlde Anayasa Mahkemesi'nin anayasanın yaptırımı olduğu tespiti, anayasanın niteliğinden bağımsız bir tespit olarak kabul edilmelidir.

Demokratik bir hukuk devletine ait olma iddiasındaki bir anayasal düzende Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruları karara bağlamak suretiyle anayasal hakların yaptırımı olarak işlev görür. Mahkeme bireysel başvuruları karara bağlarken yargıyı doğrudan, yürütmeyi ise dolaylı olarak denetler. Yasamayı denetleme fonksiyonu ise oldukça geri plândadır.

Yasamanın anayasaya bağlılığını sağlamanın yargısal yolu, norm denetimidir. Parlamenter sistemlerde norm denetimi yoluyla görünürde sadece yasama denetlenirken, yasama tasarruflarının büyük çoğunluğunun yürütme inisiyatifi olduğu dikkate alındığında esasen pratikte yürütme de denetlenmektedir. Bu nedenle norm denetimi, erkler ayrılığının pratikte işleyen en önemli kurumu olarak kabul edilebilir; ki, bunun isabeti özellikle Türkiye örneğinde tartışılmaz.

Anayasa Mahkemesi'nin demokratik bir ülkedeki fonksiyonunu özetlersek: Mahkeme, temel hakların devletin tüm katmanları bakımından bağlayıcı hâle gelmesini sağlar. Bu şekilde, en alt idarî birimin tasarruflarından başlayarak geniş anlamda yürütmenin Anayasaya uygunluğu sağlanmaktadır. İhlâllerin belirli noktalarda yoğunlaşması yasamanın devreye girerek yasal düzenleme yapmasına yol açabileceğinden, bireysel başvuru kurumu yasama organını da harekete geçirebilecek potansiyele sahiptir.

Anayasa Mahkemesi norm denetimi yoluyla yürütme karşısında esasen yasamayı güçlendirmekte ve erkler ayrılığı ilkesini fiiliyatta korumak suretiyle hukuk devletinin garantisi hâline gelmektedir. Bugün itibarıyla anayasa yargısını kabul etmemiş, diğer bir ifadeyle geniş anlamda "anayasaya aykırılığın yaptırımını öngörmemiş" ülkelerde hukuk devletinden söz etmek güçtür.

Mahkeme, yargıyı bireysel başvurular yoluyla; yürütmeyi, yargısal karar denetimi üzerinden dolaylı olarak; yasamayı da norm denetimi üzerinden doğrudan denetlemek suretiyle anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını hayata geçirmektedir.

1 TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 218.

## II. Anayasanın Doğası ve Yorum İhtiyacı

Kuşkusuz, anayasa niteliği itibariyle sadece katı ve açık usul kurallarından ibaret değildir ve yorumlanmaya ihtiyaç duyar. Yorum, Anayasa Mahkemesi'nin fonksiyonunu nasıl icra edeceği hususunda hayatî öneme sahiptir. Zira, katı legalist ve lâfzî bir yorum, Anayasanın esasını teşkil eden soyut uyumsuzlukları veya değerler tartışmasını yasa koyucunun takdir alanına bırakmak suretiyle Anayasayı bir sözcükler yığına dönüştürebilir ve sonuç itibariyle anayasanın etkinliğinin zayıflamasına yol açabilir. Yine, lâfzî anlamsızlaştıran ve değersizleştiren bir yargısal yorum da yargının siyasallaşmasına yol açabilir. Bu da sonuçta mahkemenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir.

Demokratik olmayan yöntemlerle hazırlanmış ve fiilî güç ilişkilerini demokrasinin kurumsallaşmasını engelleyecek şekilde güvenceye kavuşturmuş 1961 Anayasasının biraz da siyasal/kurumsal tercihinin bir sonucu olarak Türkiye Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan 2010'da yaşadığı yapısal değişime kadar Anayasadaki lâfzî güvenceleri kimi zaman devre dışı bırakarak yahut dar yorumlamak suretiyle yasa koyucunun siyasi takdir yetkisini oldukça daraltmış; siyasetin toplumsal ve siyasal sorunları çözebilme yeteneğinin zayıflamasına yol açmış; sonuçta, yargının siyasallaşmasına ve saygınlığını kaybetmesine yol açmıştır.

Çoğunlukçu anlayışın “*Meclis iradesinin hiçbir surette denetlenmemesi gerektiği, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal olarak yanlış bir tercih olduğu yaklaşımı*”nu bir yana bırakırsak, 1970'lerden başlayarak Anayasa Mahkemesi'nin siyasi/yargısal aktivizm sergilediğine yönelik yoğun akademik eleştiriler ve tespitler yapılmıştır.<sup>2</sup> 2000'li yıllarda bu eleştiriler yoğunlaşmış ve Anayasa Mahkemesi bir vesayet organı olarak görülmüştür. Buna bağlı olarak akademi dünyasında çok güçlü bir legalist eğilim ortaya çıkmış, Anayasa Mahkemesi'nin lâfız ile sınırlı bir denetimin ötesine taşmaması gerektiği eğilimi belirleyici olmaya başlamıştır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasanın demokratik olmayan ideolojik yapısı ile üye kompozisyonundan kaynaklanan bu tutumunun, siyasal yaşamdaki yarılmaya paralel bir şekilde doktrinde de uçlara savrulmalara yol açtığı söylenebilir.

2 Örneğin ARSLAN, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yay, Ankara 2005, ERDEM, Fazıl Hüsnü, *Türkiye'de İdeolojik Devlet Gölgesinde Yargı Bağımsızlığı Sorunu*, Demokrasi Platformu, Yıl 1/2, s. 51 vd. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Seçkin Yay., Ankara 2009.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi, Anayasanın yapısal tercihlerinden ve lâfzından kaynaklanan sorunları düzelterek merci değildir; ancak, çağdaş demokrasilerde kökleşmiş yorum kuralları ve yöntemlerine müracaat etmek suretiyle gerek Anayasa Mahkemesi gerekse doktrin bu sorunların irrasyonel etkilerini sınırlayabilir; makul ölçülerin hakim olmasını sağlayıp “gerisinin anayasa değişikliğini gerektirdiği” duygusunu perçinlemek suretiyle esasen Anayasa Mahkemesi’nin meşruiyetine katkı sağlayabilir. Bu da anayasa hukuku alanında tepkisel yaklaşımlara ve uçlara savrulmalara belirli ölçüde set çekebilir.

Anayasa yargısında yorum anayasa metninin anlaşılabilir, öğrenilebilir ve idrak edilebilir olmasını; Mahkeme kararlarının da öngörülebilir, tutarlı ve makul çerçeve içinde kalmasını sağlayarak Mahkeme’nin meşruiyetini ve saygınlığını güçlendirir. Böylece Mahkeme hukuksal, toplumsal ve siyasal bir referansa dönüşebilir. Sonuç olarak işlevini gerçekleştiren bir mahkeme kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti gibi ilkelerin hayata geçmesini sağlar; temel hak ve özgürlükleri korur.<sup>3</sup>

Aksi takdirde Mahkeme, konjonktüre ve kendi kompozisyonunda meydana gelen her bir değişime bağlı olarak uçlar arasında gidip gelir. Bundan hukuk devleti, demokrasi ve insan haklarının zarar göreceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

### III. Devletin Temel Haklarla Bağlılığını Pekiştiren İki İçtihat

Bu hususta devletin temel haklarla bağlılığını pekiştiren iki içtihat, yaklaşım da diyebiliriz, üzerinde duracağım.

Bilindiği üzere devletin temel haklarla bağlılığı hususu II. Dünya savaşı sonrasında genel kabul görüp anayasalarda düzenlenmiştir. Daha önceleri sadece devlete yönelik program normlar veya hayata geçirilmesi gereken direktifler olarak kabul edilen temel hak normları somut bağlayıcı norm kabul edilmediklerinden, talep edilebilir hâle gelmesi için devletin (yasama ve/veya yürütmenin) alt düzenleyici işlemlerle somutlaştırmasına ihtiyaç duyulduğu kabul edilmekteydi. Bu yaklaşımın devletin temel haklarla bağlılığını sağlama hususunda yargının elini zayıflattığı ve temel hakları siyasal yerindelik meselesi olarak görmenin 1930’lardan itibaren siyasetin

3 NENKOV, Roumen: *Anayasa Mahkemesi’nin Bağımsızlığı – Hukuk Devletinin Güvencesi (Bulgaristan Deneyimi)*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 27, 2010, s. 31-39.

dizginsiz bir şekilde ülkenin kaderine hâkim olmasına yol açtığı gerçeği karşısında, Almanya 1949 Anayasası'nın ilk maddesinde "temel hakların tüm devleti erklerini ve organlarını bağlayıcı doğrudan uygulanır hukuk kuralları olduğu, temel haklara saygı göstermenin ve korumanın tüm devlet iktidarının ödevi olduğu" kayıt altına alındı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) Avrupa Konseyi'ne üye tüm ülkelerde bağlayıcı olmasıyla birlikte bu anlayışın artık evrensel bir kabul hâline geldiğini söyleyebiliriz.

Türkiye Anayasalarında Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluşları ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu yazılsa da, "sosyal ve ekonomik haklara ilişkin maddeler" ile devletin temel niteliklerini düzenleyen maddelerin "yazılı" olmakla birlikte program norm niteliğine sahip oldukları dikkate alındığında, bu ifadenin temel hakların doğrudan bağlayıcı kurallar olarak kabul edilmesi için yetersiz olduğu savunulabilir. Nitekim 2010 Anayasa değişikliklerine değin anayasa gerçekliğinde aksi bir yaklaşımı gözlemlemiyoruz. 90'lardan itibaren hissedilen insan hakları duyarlılığının ise Anayasadan çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yargılama yetkisinin kabul edilmesinden kaynaklı olduğu görülmektedir. 2010 Anayasa değişikliğiyle bireysel başvuru kurumunun kabul edilip uygulamaya geçmesiyle birlikte artık Anayasa'daki temel hak maddelerinin doğrudan bağlayıcı hâle geldiği tartışmasızdır. Zira artık bunun bir yaptırımı vardır.

Temel haklar, Cumhurbaşkanı tarafından başlayarak, devletin tüm organlarını doğrudan bağlayan somut ve uygulanabilir hukuk normlarıdır. Temel haklar norm denetiminde yasama organını bağlar. Bu aşamada objektif anayasal tercihler olarak hem yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ölçü norm değerini haizdirler hem de anayasanın bütünlüğünün, tekil anayasa normlarının ve denetime tabi tutulacak yasa kurallarının yorumlanmasında yönlendirici etkiye sahiptirler.<sup>4</sup> Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki dengeyi sağlanmasında ve hukukun üstünlüğünün güvence altına alınmasında önemli rol oynarlar. Buna temel hakların bağlayıcılığında makro etki de demek mümkündür.

Ancak temel haklar esasen bireylere tanınan güvenceler olduğunda bunların, bireylerin yaşamını doğrudan etkileyen kamusal veya özel

4 **TURHAN, Mehmet:** *Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı*, AÜSBFD, Sayı 3, Cilt, 62, 2007, s. 379-404.

mahiyetteki uyuşmazlıklarda geçerli kılınması gerekmektedir. İşte bireysel başvuru kurumu, devletin temel haklarla bağlılığını somut olay bazında sağlar. Buna, temel hakların bağlayıcılığında mikro etki de diyebiliriz. Mikro düzlemde ortaya çıkan etki, ihlâlin yoğunlaştığı alanlarda yasamayı yasal düzenleme yapmak üzere harekete geçirerek yahut idari işleyişi değiştirmeye zorlayarak esasen makro düzlemde de tali etki meydana getirebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yeni geliştirdiği bir içtihadı bu etkiye örnek olarak göstermek mümkündür. İyi yönetim (*good governance*) ilkesinin bireysel başvurularda uygulandığı bu içtihadın kamu idaresinin işleyişinde önemli gelişmelere yol açma potansiyeline sahip olduğu söylenebilir. Bu hususa aşağıda değinilecektir.

Devlet tüm idari tasarruflarında hukuku uygularken temel haklara riayet etmek zorundadır; ancak, temel haklar sadece devlet tarafından ihlâl edilmez. Bireyler de kişilerin temel haklarını ihlal edebilirler. Doğrudan ihlâl hususuyla ilgili olarak devletin koruma yükümü devreye girer. Devlet ya ihlâli önleyici tedbirler alır ya da ihlâlin sonuçlarını ortadan kaldırmak için kurumsal ve normatif düzenlemeler getirir. Yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne, konut dokunulmazlığına ve mala karşı suçlar ile genel olarak haksız fiil sorumluluğunda temel hak ihlâli açık ve doğrudan olduğu için bu alanlarda temel hakların doğrudan etkisinden söz edilir.

Diğer bir taraftan, bireyler arasında cereyan eden ve daha çok özel hukuk niteliği ağır basan uyuşmazlıklarda da temel hak ihlâli olabileceği artık kabul edilmektedir. Bu uyuşmazlık iki temel hak arasında "yarışma" temelli olabileceği gibi, irade serbestisine göre kurulmuş özel hukuk sözleşmesi temelli de olabilir. Her iki durumda da temel hakların yatay/dolaylı etkisinden söz edilir.

Burada kavram karmaşasına meydan vermemek için bir hususun altını çizmem gerekir. "*Doğrudan etki*" ile temel hakların, "bir temel hak kullanımı mahiyetinde görülmeyen, suça konu bir eylem veya haksız fiil ile ihlâli durumu" kastedilmektedir. "*Dolaylı etki*" ise özel hukuk normlarının uygulanmasıyla çözümlenebilecek uyuşmazlıklarda, doğrudan etkinin doğası gereği kabul edilmediği temel hak yarışmalarında söz konusudur.<sup>5</sup>

5 BOYAR, Oya: *Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s. 56-60.

### A. Yatay Etki

Temel haklar öncelikle devlete karşı hüküm ifade ederler. Devletin temel hakları ihlâl etmemesi gerekir. Bunu “*devletten özgürlük*” diye adlandırabiliriz. Bunun yanında, devletin varoluş sebebinin kişilerin güvenlik içinde özgürlüklerini yaşamak olduğu dikkate alındığında, “*devletten özgürlük*” kavramının yanına “*devlet yoluyla özgürlük*” kavramının da eklenmesi gerekir.

Temel haklar tekil temel hak güvenceleri olmanın yanında aynı zamanda bir “değerler sistemi” olarak devletin temel siyasal tercihini de yansıtır. Anayasa’nın 2. maddesindeki “insan haklarına saygılı devlet”, “hukuk devleti” ve “demokratik devlet” ilkeleri de bu yönde bir yorumu destekler. Bu temel siyasal tercih bir anayasal ilke olarak tüm alt hukuk alanlarını da etkiler; onların da bu temel ilke ışığında yorumlanması ve anlamlandırılmasını gerekli kılar.

Anayasa’nın 11. maddesine göre anayasa hükümleri, kamunun yanında gerçek kişileri de bağlar. Dolayısıyla temel hakların tek muhatabı devlet değildir. Bireyler de temel haklarla bağlıdır, başkalarının temel hakların saygı göstermek zorundadır. Bu alanda meydana gelebilecek her bir ihlâl doğrudan ise devlet, duruma göre ya ceza hukuku araçlarıyla müdahil olup temel hakları koruma görevinin gereğini yerine getirir ya da özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bunların âdil ve hakkaniyetli bir yargılama süreci içinde çözümlenmesi için gerekli kurumsal ve normatif tedbirleri alır. Zira özel hukuk alanında da uyuşmazlığın tarafı olan her bir bireyin temel hak iddiası söz konusudur. Örneğin her ikisi de gerçek kişilerce idrak edilebilecek basın özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğine saygı hakkı yarışabilir ve her iki halde de kişiler özgürlüklerini kullandıklarını iddia edebilirler. Yine akdedilen bir sözleşmenin ifasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda da her iki taraf sözleşme hürriyeti ve mülkiyet hakkı iddiasında bulunabilirler ve herkes eşit özgürlüğe sahiptir. Herkesin eşit özgürlüğe sahip olması, temel hakların özel hukuk ilişkilerinde de etkili olmasını gerektirir. Temel haklar etkili olurken, uyuşmazlığın her bir tarafının hak iddiasının azamî düzeyde gerçekleştirilmesini de sınırlayabilir. Zira ilişkinin iki tarafı vardır ve her iki taraf da temel hak kullanıcısıdır. Anayasa’nın pek çok maddesinde özgürlüklerin “*başkalarının haklarının korunması*” amacıyla sınırlanabileceği ifade edilmektedir. Yine Anayasa’nın temel hakların niteliği başlığını taşıyan 12. maddesine göre özgürlükler, aynı zamanda ödev ve sorumluluklar yüklemektedir.

Bu tür durumlarda her iki hakkın da temel hak olma niteliği dikkate alınarak aralarında dengeli ve âdil bir çözüm ortaya koymak, devletin temel görevidir. Devlet bu görevini bir yandan temel hakları koruyucu maddî mahiyette özel hukuk normları ile usûl normları öngörmek suretiyle yerine getirir. Yargı ise bu normları temel hakların önemi ışığında yorumlar ve uygular.

Yatay etkide kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Özel hukuk kuralları genelde irade serbestisi ilkesi uyarınca “ taraflar aksini kararlaştırmadıysa” devreye girer ve yargıçların, bu kuralları Anayasa’nın da dayanağı olan temel hukuk ilkeleri ışığında yorumlayıp uygulamaları gerekir. Ancak özel hukuk normları arasında emredici hukuk normları da vardır; ki bunların pek çoğunun genel anlamda “kamu düzeni” ile ilgili bulunduğu, somut nitelikleri itibariyle ise “temel hakları koruma normu” olduğu söylenebilir. Evlenme yaşını düzenleyen, kişilik haklarını koruyan, ahlâka mugayir sözleşmelerin hukukî rejimini yahut haksız fiil nedeniyle verilen maddî ve manevî zararların tazminini düzenleyen özel hukuk normlarının her biri anayasal hakların özel hukuk alanında somutlaşması mahiyetinde olduğundan, bu normların dikkate alınmaması doğrudan temel hak ihlâlîne yol açabilir. Böyle bir durumda özel hukuk uyuşmazlığı yalnızca âdil yargılanma hakkı kapsamında olmaktan çıkar ve kanaatimce, kendisi ile doğrudan ilgili bulunan anayasal hak kapsamında bir denetime konu olur.

Yatay etki kuramı Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 1958 tarihli Lüth Kararı ile ilk defa uygulanmaya başlamıştır. AİHM ise yatay etkiyi “pozitif yükümlülükler” doktrini üzerinden 1978 yılından itibaren içtihatlarında uygulamıştır. AİHM uygulamasında yatay etkiyi, pozitif yükümlülükler doktrininin bir alt uygulaması olarak yorumlamak mümkündür.<sup>6</sup>

Anayasa Mahkemesi ise 2017 yılından itibaren yatay etkiyi içtihadında etkin bir şekilde kullanmaya başlamıştır.<sup>7</sup> Kararlar, Anayasa Mahkemesi’nin yatay etkiyi AİHM’ye paralel bir şekilde devletin pozitif yükümlülüklerin bir yansıması olarak ele aldığını göstermektedir.

Mahkemenin bu içtihadındaki temel ilkeleri şöyle sıralayabiliriz:

<sup>6</sup> *Storck v. Germany*, Başvuru No: 61603/00, Kt. 16.6.2006, §88.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 2017 tarih ve 2012/1035 sayılı karar (Türkiye Emekliler Derneği Kararı) §34; Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2017 tarih ve 2014/1167 başvuru sayılı Karar (Kamil İnce Kararı); Anayasa Mahkemesi, 26 Ekim 2017 tarih ve 2014/2085 başvuru sayılı Karar (Birgül Pişkin ve Diğerleri Kararı).



- Temel haklar ilke olarak devlete karşı geçerli olmakla birlikte, özel

kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanabilir. Sadece âdil yargılanma hakkı yetmemekte; özel kişiler tarafından başlatılan hukukî süreçler sonucunda etkilenecek diğer temel haklar yönünden de inceleme gerekmektedir. Bu, devletin koruma yükümünün bir gereğidir.

- Devletin koruma yükümü, Anayasa'nın 5. Maddesi ve diğer

maddelerde öngörülen tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu tedbirleri hakkı koruyacak iç hukuk yollarının ihdas edilmesi ile yargı mercilerinin çatışan temel haklar arasında tercih yaparken anayasal yorumla temel hakların korunması gerekir.

• İki özel kişinin mülkiyet hakkının çatıştığı durumlarda bunlardan hangisine üstünlük tanınacağına takdiri, kanun koyucuya ve -somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak- derece mahkemelerine ait bir yetkidir. Bununla birlikte, her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir netice doğuracak şekilde de sonuçlandırılmaması gerekir. ... Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine ölçsüzlük oluşması, pozitif yükümlülüklerin ihlâli sonucunu doğurabilir. Menfaat dengesinin âdil bir şekilde kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde somut olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkânlar ile tarafların tutum ve eylemleri göz önünde bulundurulur.

- Devletin pozitif yükümlülükleri, mülkiyet hakkına

Yapılan müdahalelere karşı usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal yolları da içeren etkili hukuksal bir çerçeve oluşturma ve oluşturulan bu hukuksal çerçeve kapsamında yargısal ve idarî makamların, bireylerin özel kişilerle olan uyumsuzluklarında etkili ve âdil bir karar vermesini temin etmek sorumluluklarını da içermektedir.

Bu yaklaşım, temel hakların hukukun her alanda geçerli olmasını sağlamakta; bir bakıma tüm hukuk düzenine özgürlükçü bir perspektifle yaklaşılmasını mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte yatay etkinin tespitinin diğer temel hak ihlâli tartışmalarına göre daha güç olmasının ve haklar arasındaki yarışta öncelik ve dengenin sağlanacağı noktanın saptanmasının uygulamada zorluklara neden olduğunu tahmin etmek güç değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nce esasına girilerek incelenmiş çok sınırlı

sayıda birkaç karardaki başarılı yatay etki uygulamasının, komisyon aşamasında aynı ölçüde gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemiyoruz.

Ayrıca görebildiğimiz kadarıyla Anayasa Mahkemesi emredici özel hukuk normlarıyla temel hak koruması arasında doğrudan bir ilişki kurmak suretiyle bir içtihat üretmiş değildir. Ancak temel hak korumasında bu ilişkinin korunmasının yarışan haklar arasında denge arayışından daha etkili ve isabetli bir yol olduğu söylenebilir. Yasaların yorumu ve uygulanması özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda bir tarafın mülkiyet hakkından yoksun kılınmasına ve yarışan temel haklar arasında dengesiz ve ölçüsüz durumlara neden oluyorsa, Anayasanın 13. Maddesi ile hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan ölçülülük yönünden de denetim gerekebilir. Burada “açık ve bariz takdir hatası” aramak, hakkı işlevsiz kılabilir.

Bu durum özellikle yargıca daha az takdir alanı bırakan ve başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişisel hakları koruyan *emredici hukuk kuralları* söz konusu olduğunda evleviyetle geçerlidir. Borçlar Kanununun 506. Maddesinin 2. Fıkrasındaki “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” ifadesi, yargıca “*vekalet verenin haklı menfaatini gözetmeksizin*” yaptığı tasarrufları geçerli kılma yetkisi vermez. Emredici hukuk kuralının lafzının aksine bir yorum ve uygulama kuşkusuz “*hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması*” ile ilgilidir. Ancak tartışmasız biçimde aynı zamandan bir temel hak ihlalidir. Zira böyle bir yorum ve uygulama ile temel hak bütünüyle göz ardı edilmiştir.

## B. İyi Yönetişim

İyi yönetim ilkesinin son dönemlerde Anayasa Mahkemesi içtihatlarında rastlamaya başladığımız en önemli ikinci kavram olduğunu söyleyebiliriz. Bu kavram, özellikle devletin kendi iç işleyişi ve organizasyonundaki sorunlardan kaynaklanan mağduriyetlerin bir temel hak sorunu olarak görülmesi ve diğer yandan devleti etkin ve işlevsel olmaya zorlaması bakımından oldukça önemlidir.

Gelişimin sadece ekonomik başarıya bağlı olmadığı; aksine, keyfi hukuk ve yargı sistemine, kötü işleyen bir idari yapıya sahip olan ve yolsuzlukların bulunduğu sistemlerin de gelişmeye engel olduğu gerçeği Dünya Bankası'nın 1989 Afrika Raporu'nda “iyi yönetim” kavramını ortaya çıkarmış, aynı raporda iyi yönetişimin temel ilkeleri tespit edilmiştir.

Zira ancak hukukun üstünlüğüne dayanan güçlü siyasal sistemler siyasî, ekonomik, sosyal ve ekolojik reform süreçlerini yürütebilir ve onları sürdürülebilir kılabılır.

Devletin temel haklarla bağlılığı, devlet iktidarının dizginlenmesini ve onun sorumsuz işlem ve eylemler ile hukuka aykırılık ve yolsuzluklardan korunmasını da zorunlu kılar. Dizginlenmemiş bir iktidar en fazla özgürlüklere zarar verir. Azınlıklar korunmadığı gibi, çoğunluğun da güvencede olduğu söylenemez. Zira sağlıklı her bir toplum veya toplumsal kesit öngörülebilir, makul ve özgür bir siyasal ortam talep eder. Dizginlenmemiş iktidarlar seçimlerde bir çoğunluk desteği bulsa da, bu desteğin bu kesitler bakımından özgürlük ortamına işaret ettiğini söylemek güçtür. Özgürlük ortamı ancak denge ve denetimin sağlandığı, hukuk ve anayasayla sınırlı, evrensel değerleri dikkate alan bir siyasal işleyişle mümkün kılınabilir. Bu nedenle devletin tüm işlem ve eylemlerinin hem şekli hem de maddî yönden demokratik bir hukuk sistemi içinde denetlenmesi hayati'dir.

Uzun süre demokratik bir devlet olmanın, seçimlerle önemli karar mercilerinin belirlenmesi ve değiştirilmesinin iyi yönetim için yeterli olduğu düşünüldü. Bir hükümet kötü yönetiyorsa, vatandaşlar tarafından oy ile cezalandırılır ve yerine alternatifi gelirdi.

Ne var ki günümüzün bilişim ve enformasyon teknolojilerindeki gelişmeler ile medya yoluyla kişilerin kendi özel alanlarında dahi siyasal veya ticarî propagandaya maruz kaldığı; bırakın düşünce açıklama özgürlüğünü, bağımsız bir şekilde düşünebilme imkânının daraldığı bir dünyada tek başına biçimsel demokratik süreçlerin, yani seçimin, kötü bir yönetimden kurtulmak yahut kötü yönetimi iyileştirmek için yeterli olmadığı ortaya çıktı:

- Yurttaşlar kötü ve yanlış bilgilendirildiyse, kötü yönetimden kaynaklı çaresizlik nedeniyle siyasal apati/ilgisizlik egemense;
- Çok iyi bir hükümet programı kötü bir idarî teşkilât nedeniyle başarısız kalıyorsa;
- Kamuoyu ve seçmen tercihleri güçlü finans odakları veya siyasî iktidarın kendisi tarafından manipüle ediliyorsa;
- Yolsuzluk ve gizlilik/şeffaf olmama, özgür bir siyasal tartışmayı zorlaştırıyorsa:

- Tüm bu durumlarda demokratik rekabet engellenmiş olur;
- Demokratik kontrol ve sorumluluk zinciri/çemberi kesintiye uğrar.

Modern devletin klâsik anlaşılış biçiminde “yasa koyucu” yahut “idarenin takdiri” kavramları çok önemli görülmüştür; ancak bu kullanım biçimi, yargısal denetim ile siyasî karar mekanizması arasındaki ilişkiyle sınırlı anlaşılıp tüketilmiştir. Devletin optimal işlememesi, pür siyasal (bir teşrii veya idari) sorun olarak değerlendirilmiştir. Yasa koyucunun veya idarenin ihmâli, bir düzenleme veya yasa çıkarmaması, uzun süre hak talebine yabancı bir husus olarak görülmüştür. Kuşkusuz her bir ihmâl veya hareketsizliği yargılanabilir kılmak, siyasal işleyiş için sorun oluşturabilir. Ne var ki, hareketsizliğin yahut kötü örgütlenmiş olmanın neticesinde ortaya çıkarak çok büyük kitleleri derinden etkileyen ekonomik kayıpların temel hak sorunundan bütünüyle bağımsız olduğunu söylemek de güçtür. Kişilerin yine devletin kendi iç işleyişinden aksaklık veya ihmâllerinden dolayı bir hak kaybına uğramaları, başvuru sürelerini kaçırmaları, hatta uygulamada farklı muamelelerle karşılaşmaları hâlinde, durumu idarenin takdir alanı içinde görüp görmemek önemli bir soru olarak karşımızda durmaktadır. İyi yönetim ilkesi, bu soruya veya sorulara anayasal düzlemde iyi birer cevap sunmaktadır.

Görüldüğü gibi iyi yönetim ilkesi yalnızca somut bir hükümet sorunuyla değil, bütün olarak siyasal teşkilatlanma sorunuyla ilgilidir. Siyasî, idarî, yargısal, yerel, kısacası kamu gücünün kullanıldığı her alanın dâhil edildiği siyasal işleyiş ilgilendirmektedir. Bu yönüyle, genel mahiyette bir politika (*policy*) sorunu olarak değerlendirilebilir; ancak, hak ihlâllerine yol açtığı her durumda yargısal bir kriter olarak işlev görmeye başlar.

O hâlde yasama politikası, esasen bir iyi yönetim sorunudur. Ayrıca idarî işleyişin yanında, yargının işleyiş de iyi yönetimle ilgilidir; bir bütün olarak anayasal, idarî, yargısal işleyişin etkinliği ve güvenilirliğiyle ve aynı zamanda devlet işleyişinin rasyonelliğiyle de ilgilidir. Dolayısıyla romantik, ideolojik ve irrasyonel siyasal yaklaşım ile iyi yönetimin karşıt kümelerde yer aldığını söyleyebiliriz.

Yargının işleyişinde iyi yönetim ilkesi doğrudan doğruya âdil yargılama hakkıyla ilgilidir. Dolayısıyla bu alanda bir hatanın âdil yargılama

hakkını ihlâl edeceğini söylemek mümkündür. Bu nedenle iyi yönetim ilkesi ağırlıklı olarak devletin idarî işleyişiyle ilgili görülmektedir.

İyi yönetişimin temel ilkeleri<sup>8</sup> Dünya Bankası Raporu'nda şu şekilde tespit edilmiştir:

**Hesap verebilirlik:** Devlet, aldığı tedbirler ile verdiği kararların siyasal program ve hedefleriyle ne ölçüde uyum içinde olduğunu somut ve anlaşılabilir biçimde gösterebilmeli ve göstermeye de açık olmalıdır.

**Şeffaflık:** Devletin aldığı tedbirler, kararlar ve karar süreçleri yeteri ölçüde diğer devlet organları ile sivil toplumun; kimi durumda bağımsız otoriteler ve diğer devletlerin denetimine açık olmalıdır.

**Etkinlik:** Devlet yurttaşlara uygun hizmet sunumunu da kapsayacak şekilde yüksek kamusal hizmetler seviyesini tutturmaya çalışmalı; ortaya çıkan sonuçların siyasal politikalarla belirlenen hedeflere uygun olmasını sağlamalıdır.

**Yurttaşa yakınlık:** Devlet toplumsal değişmelere hızlı bir şekilde cevap verebilecek güçte ve esneklikte olmalı, kamu yararının belirlenmesinde sivil toplumun beklentilerini dikkate almalı ve devletin rolünü eleştirel bir şekilde gözden geçirmeye hazır olmalıdır.

**Öngörü:** Devlet güncel bilgiler ve gelişim eğilimleri temelinde gelecekteki sorunları ve soruları erkenden görebilmeli ve muhtemel maliyetler ile demografik, ekonomik ve ekolojik değişimleri dikkate alacak şekilde tedbirler almalıdır.

**Hukuk devleti:** Devlet şeffaf bir şekilde hazırlanmış, anlaşılabilir yasaların, yönetmeliklerin ve sair düzenleyici işlemlerin icrasını sağlamalıdır.

Bu ilkelerde yaşanan her bir sıkıntı ve eksiklik, ilkesel yahut somut olay bazında temel haklara dokunma, bazen de doğrudan bireylerin temel haklarını ihlâl etme potansiyeli barındırmaktadır.

Aslında iyi yönetim, bir yandan devletin varlık sebebi doğrultusunda işlemesiyle doğrudan bağlantılıdır. Devletin varlık sebebinin insan onuru ve bireysel özgürlüklerle doğrudan bağlantılı olduğu dikkate alındığında, iyi yönetim ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişkiyi daha rahat kurabiliriz.

8 JOHNSTON, Michael: *Good Governance: Rule of Law, Transparency and Accountability*, 2002. <http://etico.iiep.unesco.org/sites/default/files/unpan010193.pdf> Erişim Tarihi: 03.09.2018

Anayasa Mahkemesi, kararlarında 2014 yılından beri iyi yönetim ilkesine yer vermektedir. İyi yönetim ilkesini idarî işlemlerde idarenin bütünlüğü ilkesiyle ilişkili gören<sup>9</sup> Mahkeme'ye göre idarenin, "iyi yönetim" ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. "İyi yönetim" ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda kamu otoritelerinin uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir.<sup>10</sup> Bu ilkeyi ölçülülük ilkesiyle birlikte değerlendiren Mahkeme'nin somut bir olaydaki tespitine göre; mülkiyet hakkına yönelik olarak idarenin hatalı işleminden kaynaklanan müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde, hatalı işlemi karşısında idarenin tutumunun yanında, işlemin fark edilmesinde geçen süre (8 yıl), hatalı işlem nedeniyle ödenen paranın tahsil edilmesindeki yöntem, alacağı uygulanan faiz uygulanması gibi yaptırımların öngörülüp öngörülmediği de önem arz etmektedir.<sup>11</sup>

Bir kararında "*...Vergisel müdahalelerde önemli olan husus benzer durumdaki kişiler yönünden ayrımcılık yasağının ihlaline yol açılabilecek farklı sonuçların önüne geçilebilmesi için gerekli tedbirlerin makul bir sürede ve etkin bir biçimde alınabilmesidir. Bunun yanında ayrımcılık yasağına yol açabilecek bir uygulama farklılığının tespiti halinde ise bunun kamu makamlarınca ivedilikle giderilebilmesi önem taşımaktadır...*" ifadelerine yer verilmektedir. Mahkeme, somut olayda "bizzat vergi idaresinin söz konusu tespitleri karşısında ÖTV indiriminin kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususu ile sınırlı vergi incelemesi neticesinde farklı vergisel sorunları önleyebilecek bir plânlama dâhilinde yola çıkmadığı" tespitini yapmaktadır.<sup>12</sup> Kötü yönetişimin sonucunun bireylere fatura edilemeyeceği vurgusu, bu kararların can alıcı noktasıdır.

Mahkeme, bir diğer kararında<sup>13</sup> mükerrer tutulan tapu kayıtlarından ikincisinin iptal edilmesi neticesinde yaşanan mağduriyet bağlamında başvuru, idarenin hatasından doğan zarara katlanmak zorunda kaldığını; bu nedenle makul dengenin kaybolduğunu ve mülkiyete ölçüsüz müdahale yapıldığını tespit etmiştir.

9 Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2018 tarih ve 2014/18979 başvuru sayılı Karar (Fatma Ülker Kararı)

10 Anayasa Mahkemesi, 3 Nisan 2014 ve 2013/711 başvuru sayılı Karar (Kenan Yıldırım Kararı) § 68.

11 Anayasa Mahkemesi, 9 Mart 2016 tarih ve 2013/8074 başvuru sayılı Karar (Tevfik Baltacı Kararı) §71.

12 Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 2018 tarih ve 2015/6728 başvuru sayılı Karar (Reis Otomotiv Kararı), §101, §108.

13 Anayasa Mahkemesi, 19 Aralık 2017 tarih ve 2014/19791 başvuru sayılı Karar (Mehmet Koca Kararı) §56.

Son olarak bir kararında Mahkeme, tapu kaydındaki taşınmaz büyüklük bilgisi ile gerçek büyüklüğün farklı olmasından doğan zararın tazmini talebinin, “başvurucunun bilebilecek durumda olması” gerekçesiyle reddedilmesi üzerine: başvuru gerçek kişinin taşınmazların alım satımı ile uğraşan bir kişi veya kuruluş olmadığı gibi, başvuru bu konuda teknik bilgiye sahip olabilecek donanımı gerektiren bir meslek ile iştirak etmediğini; sonuç olarak yol açılan zararın karşılanmamak suretiyle idare tarafından yapılan hatanın bütün sonuçlarına başvuru katlanmak durumunda bırakılmasının başvurucuya şahsî olarak aşırı bir külfet yüklediğini tespit etmiş; nihayetinde ise başvuruya konu olayda mülkiyet hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği sonucuna varmıştır.<sup>14</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin iyi yönetim ilkesini kullanmasının bazı sonuçları olacağını kestirmek güç değildir.

Bir politika olarak iyi yönetim, önemli ölçüde yönetilenlerin inisiyatifine bağlıdır. Yolsuzluk ve rant gelişkin ise yönetici elitten bağımsız değildir. Bu durumda iyi yönetim ilkesini hayata geçirmeleri de beklenmez. Salt siyasal muhalefetin bunu dillendirmesi sınırlı etki meydana getirir.

Yargısal tespit ise çok daha etkindir.

Demokratik bir sistemde mali dengelerin bozulması ve maliye bütçesine önemli yüklerin binmesi, sonraki seçimlerin kaybı açısından önemlidir. Kötü yönetim nedeniyle Anayasa Mahkemesi’nin ödenmesine karar verdiği tazminatların devlet bütçesi açısından önemli bir yük oluşturacağı ve kamunun bu nedenle harekete geçmek zorunda kalacağı söylenebilir.

Anayasal norm denetimi ile yargısal denetim, genelde kurumların hukuk devleti ve demokratik devlet ilkeleri yönünden denetimini sağlamaktadır. Ancak iyi yönetim ilkesinin bireysel başvuruda işlerlik kazanması, kurumlara yönelik normatif baskının artışına yol açar. Temel hakların iyi yönetim gerekçesiyle bireysel başvuru yoluyla korunması ve devletin ihlaller nedeniyle tazminata mahkûm edilmesi, tabandan başlayarak siyasal işleyişin “hesap verebilir, açık, şeffaf, etkin, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğüne saygılı” bir paradigmaya doğru evrilmesi imkân dahilinde girebilir. Mikro düzlemde ortaya çıkan etki, makro düzlemde değişimleri de zorlayabilir.

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi, 10 Mayıs 2018 tarih ve 2015/18352 başvuru sayılı Karar (Sefa Koşar Kararı) § 64-66.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, siyasal işleyişin tabanında sınırlı liberal anayasacılık pratiğinin siyasal kültüre dönüşmesine katkı sağlayabilir ve bu şekilde bir paradigma değişimini tetikleyebilir.

#### **IV. Bireysel Başvuru Bünyesindeki Çelişkiler**

Anayasa Mahkemesi yatay etki ve iyi yönetim yaklaşımıyla devletin temel haklarla bağlılığına; diğer bir ifadeyle, temel hakların geçerliliğine derinlik ve kalite kazandırdığı inkâr edilemez.

Anayasa Mahkemesi genel anlamda bireysel başvuru kurumu yoluyla bireysel özgürlükleri korumakta, özgürlüklere anayasal düzende üstün geçerlilik tanımaktadır. Bu şekilde sadece Anayasa hukukunun değil, tüm hukuk düzeninin gelişmesi ve ilerlemesine katkı sağlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu yolla anayasayı geliştirmekte, onu hayatın her alanında elle tutulabilir bir koruma şemsiyesine dönüştürmekte, anayasayı yaşanabilir kılmaktadır. Yatay etki ile iyi yönetim ilkelerinin bu sonuca katkısı tartışmasızdır. Hukuk düzeni, Anayasa ve yasaların lâfzı değişmeden değişiyor, dönüşüyor. Anayasa yorumu yoluyla anayasa gelişiyor ve dönüşüyor. Örneğin lâiklik kavramı, lîfâzı değişmeden içeriği itibarıyla çok esaslı bir dönüşüme uğramaktadır.

AIHM içtihatlarının da yardımıyla bireysel başvuru kurumu yoluyla Avrupa ortak değerler sistemine paralel bir değerler sistemi oluşma imkânı kendini gösteriyor.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulardaki yaklaşımı, pek çok eksikliklerle birlikte, esas denetime kadar ulaşmış ve gerekçesi kamuoyunun bilgisine sunulmuş kararlar ışığında genel bir değerlendirme yapıldığında, olumlu bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Bir adım daha ileriye giderek Mahkeme'nin, özgürlükler rejiminde bir paradigma değişimine yol açtığını kabul edebiliriz.

Bunlara karşın bu olumlu değerlendirmenin gölgeli bölgelerinin olduğunu söylemek mümkündür.

#### **V. Paradokslar**

Bireysel başvurulardaki bu olumlu tespitler, anayasal düzenin geneliyle birlikte Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimindeki yaklaşımıyla bir araya geldiğinde esaslı bazı çekişmelerin bulunduğu gözlemlenmektedir.



### A. Bireysel Başvurudan Kaynaklı Çelişkiler

Kabul edelim ki Türkiye hâlihazırda olağan, normal ve sağlıklı bir şekilde işleyen bir hukuk devleti olarak tanımlanamaz. Türkiye anayasal düzeni, katı ideolojik siyasaları mümkün kılan, katı merkezîyetçi, tarihsel olarak denge ve denetim konusunda zafiyet gösteren, son anayasa değişikliğiyle de denge ve denetim mekanizmalarından büyük ölçüde devre dışı bırakan bir düzendir. Siyasal tercihi ve kurgusu kapsayıcı olmayıp, tercihen dışlayıcı mahiyettedir. Bunun sonucu olarak da kaçınılmaz olarak siyasal iktidar mücadelesi dışlayıcılık, gerilim ve ötekileştirme araçlarıyla yürütülmektedir. Kanaatimce anayasal düzen dışlayıcılığın ve gerilimin hem nedeni hem de normalleşmenin önündeki en önemli engellerden biridir.

Anayasal düzen bir taraftan bu gerçekliği üretirken, diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerinden ortaya koyduğu inkâr edilemez olumlu bilançonun bir illüzyon oluşturduğu da söylenebilir. Zira bireysel başvurular bütünüyle AİHS'de güvence altına alınmış anayasal haklar ile AİHM içtihadı ekseninde tartışılmakta, yürütülmekte ve anayasal hükme dönüşmektedir. Oysa Anayasa'nın başlangıç ilkelerinden başlayarak diğer maddelerinde de düzenlenen fakat AİHS ve sair evrensel değerlerle bağdaşmadığı hususunda güçlü eleştiriler alan pek çok Anayasa maddesi de bulunmaktadır. Buna karşın bu maddeler Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesini de bağlar nitelikte olduğu hâlde, bireysel başvurularda uygulanma şansı bulmamaktadır. Burada esaslı bir uzlaşmazlığın, bir paradoksun bulunduğu pekâlâ savunulabilir.

*Ernst Kantorowicz*'in "*kralın iki bedeni*" metaforundan mülhem, bireysel başvuruyla ortaya çıkan yeni anayasal gerçeklikle birlikte, esasen "*bir bedendeki iki kral*"dan söz etmek çok haksız olmayacaktır. Anayasanın, zaten pek demokratik olmayan siyasal felsefesi ve kurgusu ile de uyuşması güç olan 2017 değişiklikleriyle birlikte, her biri ötekini yadsıyan veya reddeden üç iddianın aynı anayasal düzlemde geçerlilik beklediğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla esasen "*bir bedendeki üç kral*"dan söz etmek daha isabetli olacaktır.

Teslim edelim ki bu bedendeki üç kraldan yalnızca biri, yani bireysel başvuru yoluyla ortaya çıkan yeni özgürlükçü paradigma, Anayasa Mahkemesi'nin eseridir. Diğer iki kral, daha çok siyasî kararların ürünüdür.

Bu temel çelişki, Anayasa Mahkemesi'ni kaldıramayacağı yüklerin altına sokmakta; değiştiremeyeceği ve “demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti” üçlüsündeki temel değerlerle sorunlu olan diğer iki “kral” ile, yani 1982 Anayasasının kuruluş felsefesi ve 2017 değişiklikleriyle oldukça sıkıntılı bir diyalektik ilişkiye maruz bırakmaktadır.

Bunun da ötesinde bireysel başvuru yoluyla özgürlükleri koruma ve geliştirme iddiasını da sekteye uğratabilmektedir. Zira yasaların büyük bir kısmının diğer iki paradigmanın eseri olduğu gerçeği değişmemekte ve Anayasa Mahkemesi “ilgili hukuk” olarak bu yasaları dikkate almaktadır. Bu yasaların uygulanmasında keyfilik yasağına azami dikkat gösterilse dahi, çoğunluğu usûle ilişkin olmayan bu maddi normların uygulanması bizzat hak ihlâline yol açabilecektir. Üstelik Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları incelerken norm denetimi yapma hakkına da sahip değildir.

## **B. Bireysel Başvuru ile Norm Denetimi Karşılaştırmasında Ortaya Çıkan Çelişkiler**

Bireysel başvuruda ortaya konan olumlu bilanço, norm denetiminde geçerli değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2010 yılı sonrası norm denetiminde görülen iptal oranlarının hızla düşmüş olması -Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi'nde bulunan istatistik bilgilerden de istifade edilerek- iki ayrı şekilde açıklanabilir

a. Yasama organı artık daha fazla Anayasa'ya uygun kanunlar çıkarmakta, dolayısıyla Anayasa'ya uygunluk konusunda özel bir hassasiyet göstermektedir. Ne var ki, gerek parlamento içi tartışmalar gerek son dönem yasama politikaları hakkındaki Avrupa Konseyi rapor ve değerlendirmeleri, bu tezi zayıflatmaktadır.

veya

b. Anayasa Mahkemesi, katı bir “yargısal kendi kendini sınırlama” (*judicial self restraint*) politikası uygulamakta ve Anayasa'nun açık lâfzına aykırı düşmediği sürece kanunların denetiminden imtina etmektedir.<sup>15</sup> Bir önceki tezin zayıf oluşu, ikinci tezin doğru olduğuna karine oluşturmaktadır. Gerçekte de Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucunun takdiri ilkesini öne çıkararak anayasaya uygunluk hükmü

<sup>15</sup> ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017 Ankara, s. 435

verdiği karar sayısında ciddi bir artış söz konusudur. 2010 yılından sonra verilen iptal kararlarının önemli bir kısmı “itiraz” başvuruları üzerine verilmiş olup, daha çok 2000 yılından önceki kanunları konu edinmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruda çok aktif bir şekilde öne çıkardığı ve yoğun ihlâl kararlarının verilmesine neden olan “demokrasi, hukuk devleti ve özgürlükler”, norm denetiminde yasa koyucunun takdiri karşısında dikkat çekecek ölçüde geri çekilmektedir.

Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin denetimi konusundaki içtihat değişikliği, bu konudaki tipik bir örnek olarak kabul edilebilir.<sup>16</sup>

Bunun sebepleri hakkında pozitif hukuksal çıkarımlarda bulunmak mümkün değildir. Bu nedenle daha çok davranışlar ve üyelerin akademik eğilimleri üzerinden spekülâtif değerlendirmelerde bulunulabilir.

Aslında 2010 yılı öncesinde ideolojik ve politik gerekçelerle norm denetimi alanında yargısal aktivizm sergileyen<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi’nin akademide ciddi eleştiriler aldığı; Mahkeme’nin bu yaklaşımının akademide tam tersi bir eğilimi tetiklediği; bu eğilimin “Anayasa Mahkemesi’nin aktivizmden uzaklaşması, Anayasanın açık hükümlerine aykırı düşmediği sürece yasa koyucunun takdir alanına saygı göstermesi” gerektiğini savunan legalist ve lâfızcı bir eğilim olarak tasvir edilebileceği söylenebilir. Kısacası eski Anayasa Mahkemesi’nin siyaseten aktif ve aksiyoner bir tutum içinde olması ve bu tutumun toplumun pek çok kesiminde ciddî siyasal ve toplumsal travmalara yol açması, reaksiyoner eğilimleri beslemiştir denebilir.<sup>18</sup>

Anayasa sadece bir lâfızdan, kelimeler ve cümleler yığından ibaret değildir. Anayasanın bir de ruhu vardır ve onun bütününden türetililecek değerlerden oluşan bu ruhun -1982 Anayasası’nın bütününden türetililecek değerlerin bir kısmının oldukça sorunlu olduğu şeklindeki tartışmasız

16 AYMK E. 2016/171, K. 2016/164, Kt. 2.11.2016.

Bu kararın eleştirisi için bkz. **Can, Osman/Şimşek Aktaş, Duygu: Olağanüstü Hal Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine**, MÜHAD, Cilt 23, Sayı 1, s. 13-43.

17 **ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**, AÜSBFD, Sayı 3, Cilt 62, 2007, s. 257-268; **HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması**, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 24, 2007, s. 525-568.

18 **CAN, Osman: Kurucu İktidar**, Alfa, İstanbul 2013, s. 138 vd.

gerçekten bağımsız olarak- “anayasallık denetiminde” dikkate alınması hukuki bir zorunluluktur.

Anayasallık denetiminin ölçüsü de anayasanın sadece lâfzı değildir. Anayasanın üzerine kurulu olduğu değerler, ilkeler ve tercihler de bu denetimin araçlarına dâhildir. Demokrasi, bir prosedürdür; ancak, bireysel başvuru kararlarında vurgulandığı gibi, aynı zamanda da bir değerler sistemidir. Hukuk devleti de hem usûlî hem de maddî güvencelerden oluşmaktadır.

Klâsik batı demokrasilerinde anayasa mahkemeleri yasa koyucunun takdir alanına özen göstermekle birlikte, anayasal değerleri de dikkate alan denetimler yapmaktadır. Bu denetimler, katı yorumlanmış bir lâfız çerçevesi dışında dizginsiz bir yasama iktidarının ortaya çıkmasını önemli ölçüde engellemiş, bu yolla hem Anayasa Mahkemesi’nin hem de esasen yasama organının saygınlığını ve işlevselliğini korumuştur.

Öte yandan Anayasa’da 1995 yılından başlayarak, 2001, 2004 ve 2010 değişiklikleriyle birlikte Anayasa’nın bütünlüğünden türetilen değerler kümesinin esaslı bir şekilde olumluya döndüğü inkâr edilemez. Aynı zamanda bir değerler sistemi olan Anayasa, maddi boyutu itibarıyla de denetimde dikkate alındığında bağlayıcılığını ve üstünlüğünü muhafaza eder. Zira hukukî denetim sadece lâfzî denetim değildir.

Norm denetimi sadece yasamayı denetlemez; yasamanın rasyonelliğine katkı sağlar. Yasamanın siyasî ve hukukî amacı doğrultusunda etkin bir şekilde işleyebilmesi, yasamanın yasama olması biraz da norm denetiminin varlığına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun takdirini “makul sınırlar içinde” tuttuğu ölçüde, yasama objektif amacını gerçekleştirme imkânına sahip olabilir. Anayasa Mahkemesi denetimiyle yasamaya yardımcı olur, onun otoritesini sağlamlaştırır.

Anayasa Mahkemesi sadece anayasada yer alan cümlelerin koruyucusu değildir; anayasanın anlam ve amacının, kurumların işlevselliğinin ve varlık nedeninin de koruyucusudur. Yasama organının amacına uygun olarak işleyebilmesi Anayasa Mahkemesi’nin nasıl bir denetim yaptığına bağlıdır.<sup>19</sup> Bu denetim sadece bir lâfzî denetime dönüştüğünde, yasa koyucu dizginsiz bir takdir imkânına kavuşur. Bundan yararlanacak olan ise halkın demokratik iradesi değil, fren tutmayan bir yürütmedir.

<sup>19</sup> CAN, Osman: age.

Hukuka uygun bir yürütme, ancak güçlü bir parlamento ile mümkündür. Güçlü bir parlamento ise etkin bir anayasallık denetimi yapan Anayasa Mahkemesi ile mümkündür.

2017 değişiklikleriyle birlikte denge ve denetim mekanizmalarını etkisizleştirilmesinin ardından Anayasa Mahkemesi kanaatimizce tarihsel bir yol ayrımındadır. Hasarların asgarî düzeyde kalması, Anayasa Mahkemesi'nin etkin denetimi ve milleti temsile tek yetkili kurum olan Meclis'i, her demokratik sistemde olduğu gibi siyaset işleyişin merkezindeki güç hâline getirmesiyle mümkündür.

### KAYNAKÇA

- ARSLAN, Zühtü**, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yay, Ankara 2005.
- BOYAR, Oya**: *Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013.
- CAN, Osman**: Kurucu İktidar, Alfa, İstanbul 2013.
- CAN, Osman / ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu**: *Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2017.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü**, *Türkiye'de İdeolojik Devlet Gölgesinde Yargı Bağımsızlığı Sorunu*, Demokrasi Platformu, Yıl 1/2, s. 51 vd.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**: *Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusaliüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 24, 2007.
- JOHNSTON, Michael**: *Good Governance: Rule of Law, Transparency and Accountability*, 2002. (<http://etico.iiep.unesco.org/sites/default/files/unpan010193.pdf> - 03.09.2018)
- NENKOV, Roumen**: *Anayasa Mahkemesi'nin Bağımsızlığı – Hukuk Devletinin Güvencesi (Bulgaristan Deneyimi)*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 27, 2010
- ÖZBUDUN, Ergun**: Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017 Ankara.
- ÖZBUDUN, Ergun**: *Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 3, Cilt 62, 2007.
- TEZİÇ, Erdoğan**: Anayasa Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- TURHAN, Mehmet**: *Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 3, Cilt, 62, 2007.

**KARARLAR**

Anayasa Mahkemesi, 3 Nisan 2014 ve 2013/711 başvuru sayılı Karar (Kenan Yıldırım Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 9 Mart 2016 tarih ve 2013/8074 başvuru sayılı Karar (Tevfik Baltacı Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 2 Kasım 2016 tarih ve E. 2016/171, K. 2016/164 sayılı Karar

Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 2017 tarih ve 2012/1035 sayılı karar (Türkiye Emekliler Derneği Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2017 tarih ve 2014/1167 başvuru sayılı Karar (Kamil İnce Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 26 Ekim 2017 tarih ve 2014/2085 başvuru sayılı Karar (Birgöl Pişkin ve Diğerleri Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 19 Aralık 2017 tarih ve 2014/19791 başvuru sayılı Karar (Mehmet Koca Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 2018 tarih ve 2015/6728 başvuru sayılı Karar (Reis Otomotiv Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2018 tarih ve 2014/18979 başvuru sayılı Karar (Fatma Ülker Kararı)

Anayasa Mahkemesi, 10 Mayıs 2018 tarih ve 2015/18352 başvuru sayılı Karar (Sefa Koşar Kararı)