



# anayasa yargısı

**36(2)**  
**2019**



**ANAYASA YARGISI**  
*Journal of Constitutional Justice*  
**36(2)**

---

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1301 - 1200

ISBN 978-605-2378-43-4

*Anayasa Yargısı - 36(2)*

© 2019, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan yazı ve tebliğler üzerinde yayın kuralları ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

No part of this journal may be printed, published, reproduced or distributed by any electronic, mechanical or other means without the written permission of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. The contents of this journal cannot be published in any other medium without reference hereto. Opinions expressed in the articles and presentations belong to the authors and do not represent the Constitutional Court. The presentations made in the symposium may be subject to editorial revisions in line with the publication principles.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı  
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü  
Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı  
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4  
06805 Çankaya/Ankara  
Telefon : (312) 463 73 00  
Faks : (312) 463 74 00  
e-posta : anayasayargisi@anayasa.gov.tr  
Twitter : @AYMBASKANLIGI  
Web : www.anayasa.gov.tr

#### **Tasarım ve Baskı**

EPAMAT  
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.  
Telefon : (0312) 394 48 63  
Faks : (0312) 394 48 65  
Web : www.epamat.com.tr

#### **Basım Tarihi**

Ocak, 2020

**ANAYASA YARGISI**  
**Journal of Constitutional Justice**



**Sahibi / Owner**

Zühtü ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Başkanı



**Editörler / General Editors**

Prof. Dr. Engin YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi



**Yardımcı Editör / Managing Editor**

Dr. Taylan BARIN

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi Koordinatörü



**Yayın Kurulu / Editorial Board**

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Dr. Taylan BARIN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Abdullah ÇELİK

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Volkan HAS

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Hasan Sayim VURAL

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi



**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager**

Dr. Osman ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

## DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN  
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER  
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Erdal ONAR  
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN  
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Mehmet TURHAN  
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM  
Anayasa Mahkemesi

## Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atıf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimedenden oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Yazılar, .doc veya .docx formatında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı ve 1,5 satır aralıklı normal stil olmalıdır.
6. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

### I. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

#### A. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

##### 1. Kalın ve (bağlaçlar hariç) Sadece İlk Harfler Büyük

###### a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

###### i. *İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

7. Dipnotlar sayfa altında, kaynakça makalenin sonunda gösterilmelidir ve metin içerisindeki dipnot numaraları noktalama işaretinden önce kullanılmalıdır.
8. Dipnotta kaynak verilirken yazar soyadı sadece baş harfi büyük olacak şekilde yazıldıktan sonra virgöl konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

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

Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. xx.

### **Derleme Kitap:**

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

### **Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:**

Hakyemez, Y. Ş. (2012). Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 270-297). İstanbul: Metis Yay.

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

**Örnek:** a.g.e. s. xx.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

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

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

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

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

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

14. Çevrimiçi kaynaklara yapılan atıflarda url adresinden sonra parantez içerisinde erişim tarihi verilir.

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

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





## EDİTÖRLER'DEN

Anayasa hukuku ve anayasa yargısı alanındaki güncel gelişmeler ile uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktan örnekleri içeren yeni bir sayıyı sunmaktan büyük mutluluk duymaktayız. Bu sayıda yer alan çalışmalar; anayasa yorumundan Anayasa Mahkemesi kararlarının incelenmesine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri yargı uygulamaları ile dijital dönüşüme kadar uzanan geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır.

Bu çerçevede Yeşim Öztürkmen İcan, anayasanın yorumlanması bağlamında hermeneutik yaklaşımın katkısına dikkat çekerek anayasal hermeneutiğe dair örneklerle yer vermiştir. Çalışma, hukuk felsefesinin anayasa hukukuyla ilişkilendirilmesine önemli bir katkı sunmaktadır. Anayasa hukukunun en somut yansıması olan Anayasa Mahkemesi kararlarının nasıl uygulandığı ise bir sonraki makalenin konusunu oluşturacaktır. Mehmet Kahraman ve Muhammed Şahin makalelerinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının icrasına odaklanmış; kararların kesinliği, bağlayıcılığı ve özellikle derece mahkemeleri tarafından ihlal kararlarının gereğinin yerine getirilmesi zorunluluğunu ilgili mevzuat hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelemişlerdir. Anayasa Mahkemesi içtihadı ışığında kamu ihalelerinde rekabet ilkesine odaklanan makalesinde Yeliz Neslihan Akın, 2019 yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı kapsamında, kamu ihalelerine yönelik politika ve tedbirler bağlamında anılan ilkenin yeni boyutlarını tartışmıştır. Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuka nasıl yaklaştığına ilişkin çalışmasında Cem Tecimer, Anayasa Mahkemesinin kararlarında karşılaştırmalı hukukun nasıl kullanıldığını nedenleri ve meşruiyeti üzerinden örneklerle değerlendirmiştir.

Uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka yoğunlaşan iki çalışmanın ilkinde Elvin Evrim Dalkılıç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 16. protokol ile taraf devletlerin belirleyeceği yüksek mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden istisari görüş talep edebilmelerine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yeni yetkisini ilk istisari görüşe de yer vererek tahlil etmiştir. İkinci makalede ise Hasan Dursun, vergide kanunilik ilkesinin tarihsel arka planını inceledikten sonra ilkenin Amerika Birleşik Devletleri'nde geçirdiği dönüşümü ve Amerika Birleşik Devletleri uygulamasından Türkiye yönünden çıkarılacak dersleri tartışmıştır.

İçinde yaşadığımız çağda hayatın her alanını etkileyen dijital dönüşümü konu edinen çalışmada Duygu Şimşek Aktaş yasama ve yürütme organlarının yapısının ve işleyişinin bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ile birlikte dönüşümünü incelemiştir.

Bu sayıdaki son iki makalede karar tahliline odaklanılmıştır. Bunlardan ilkinde Harun Muratoğulları, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin Başbakan Boris Johnson'ın Kraliçe'ye sunduğu Parlamento çalışmalarının 11 Eylül-14 Ekim 2019 arasında durdurulması tavsiyesini ve ilgili konsey kararının hükümsüzlüğüne ilişkin verdiği güncel kararını analiz etmiştir. İkinci olarak Naciye Betül Haliloğlu "Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi" başlıklı makalesinde başlığa taşıdığı kararlar bağlamında Anayasa Mahkemesinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile uyumunu tartışmaktadır.

Bu sayının anayasa yargısı alanında çalışan akademisyenler, uygulayıcılar ve konuya ilgi duyanlar açısından faydalı olması umut ve dileğiyle, bundan sonraki sayılar için de makale çağrımızı yenileyerek bu takdim yazımızı bitiriyoruz.

**Prof. Dr. Engin YILDIRIM — Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ**

## İÇİNDEKİLER

<b>Arş. Gör. Yeşim Öztürkmen İCAN</b> <i>Hermeneutik ve Anayasanın Yorumlanması</i> <i>Hermeneutics and Interpretation of Constitution</i>	1-35
<b>Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN - Arş. Gör. Muhammed ŞAHİN</b> <i>Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının</i> <i>Yerine Getirilmesi</i> <i>Enforcement of the Constitutional Court's Decisions For</i> <i>Individual Applications</i>	37-61
<b>Arş. Gör. Yeliz Neslihan AKIN</b> <i>Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı</i> <i>Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından</i> <i>Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir</i> <i>Değerlendirme</i> <i>An Evaluation About Competition Principle in Public</i> <i>Procurements in the Context of the 2019 Presidential Annual</i> <i>Program According to the Constitutional Court Decisions</i>	63-109
<b>Cem TECİMER</b> <i>The use of Foreign Law in Turkish Constitutional</i> <i>Adjudication</i> <i>Türk Anayasa Muhakemesinde Mukayeseli Hukukun</i> <i>Kullanımı</i>	111-154
<b>Doç. Dr. Elvin Evrim DALKILIÇ</b> <i>İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları</i> <i>Mahkemesinin "Yeni" Yetkisinin Kısa İncelemesi</i> <i>A Brief Review of the "New" Competence of the European Court</i> <i>of Human Rights After the First Advisory Opinion</i>	155-165

**Dr. Öğr. Üyesi Hasan DURSUN**

*Amerika Birleşik Devletleri'nde Vergide Kanunilik İlkesi  
ve Alınacak Dersler*

*(The Legality Principle of taxation and Lessons to be Drawn)*

167-251

**Arş. Gör. Duygu Şimşek AKTAŞ**

*Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmelerin Anayasal  
Fonksiyonlar Üzerindeki Dönüştürücü Etkisi*

*Transformational Impact of the Developments in Information  
Technologies on Constitutional Functions*

253-289

**Dr. Öğr. Gör. Harun MURATOĞULLARI**

*Birleşik Krallık Anayasası'nda Yürütmenin Prorogasyon  
İmtiyazı ve Yüksek Mahkemenin 24 Eylül 2019 Tarihli  
Cherry/Miller Kararı*

*The Prerogative of Prorogation in the British Constitution  
and the Cherry/Miller Case, Dated 24 September 2019, of the  
Supreme Court*

291-348

**Arş. Gör. Naciye Betül HALİLOĞLU**

*Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel  
Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa  
Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A Kararlarının  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında  
Değerlendirilmesi*

*Storing of Personal Data Concerning Criminal Proceedings  
and Criminal Convictions to the General Information  
Collection (GIC) System: An Examination of the Bülent Kaya  
And E.Ç.A. Judgments of the Turkish Constitutional Court In  
Light of the Case Law of the European Court of Human Rights*

349-400



## HERMENEUTİK VE ANAYASANIN YORUMLANMASI

### *Hermeneutics and Interpretation of Constitution*

Arş. Gör. Yeşim Öztürkmen İCAN\*

### ÖZET

Bu çalışmada “hermeneutik” kavramı, anayasa hukuku çerçevesinde ele alınmaya çalışılmaktadır. Metin, anlama, anlayış ve yorum gibi kavramlar etrafında şekillenen, insana özgü bir süreçler toplamı olarak din, tarih, edebiyat ve hukuk gibi çeşitli farklı alanlara temas etmekle birlikte bu alanların bütünü için genel bir karşılığı da bulunan hermeneutik, anayasa hukukunda yorum problemi konusu özelinde işlenmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde “hermeneutik” kavramı kelime kökeni ile birlikte tarihsel gelişimi çerçevesinde kısaca açıklanmakta, daha sonra da hermeneutik kavramı üzerinde hukuksal yorum bağlamı esas alınarak durulmakta ve hukuk metinlerinin hermeneutik anlamda değerlendirilmesinin amacı ve özellikleri, modern hermeneutik yaklaşımı şekillendirdiği kabul edilen H. G. Gadamer'in görüşleri doğrultusunda ele alınmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümüne, anayasanın yorumlanması tartışmasında hermeneutiğin konumu orijinalist yaklaşımla karşılaştırmalı olarak ele alınarak başlanmaktadır. Ardından da sırasıyla anayasa hukukunda hermeneutik somutlaştırma metoduna, Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya anayasal hermeneutiklerinde temel değerlerin rolüne ve yapıbozumcu yaklaşıma kısaca değinmek suretiyle anayasal hermeneutiğe dair birkaç örnek verilerek çalışma sonlandırılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hermeneutik, hukuk, anayasa, metin, yorum

\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Arş. Gör., yesim.ican@omu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9441-3620

## **ABSTRACT**

In this study, the concept of “hermeneutic” is tried to be discussed within the framework of the constitutional law. As a sum of human specific processes shaped around concepts such as text, comprehension, understanding and interpretation; hermeneutics who come into contact with various fields such as religion, history, literature and law, have a response for the whole of those fields, are discussed in the context of the problem of interpretation in constitutional law. In the first part of the study, the concept of “hermeneutic” is explained briefly within the framework of its historical development along with its etymological origin; then, the concept of hermeneutic is emphasized on the basis of the context of legal interpretation and the purpose and characteristics of hermeneutical consideration of legal texts are discussed in the light of H. G. Gadamer's views, which are considered to shape the modern hermeneutical approach. The second part of the study begins with the position of hermeneutics in the discussion of the interpretation of the constitution in comparison with the originalist approach. Then, respectively; the study concludes by giving a few examples of constitutional hermeneutics by briefly touching on the hermenutic concretization method in constitutional law, the role of fundamental values in constitutional hermeneutics of the USA and Germany, and the deconstructive approach.

**Key Words:** Hermeneutics, law, constitution, text, interpretation

## I. HERMENEUTİK VE HUKUKSAL HERMENEUTİK

### A. HERMENEUTİĞİN TARİHÇESİ

Batı felsefesinin en eski konularından biri olan hermeneutiğin kökeni Yunan mitolojisine dayanmaktadır. Hermes tanrılarının habercisidir, onların buyruklarını ölümlülere iletir. Onun bu görevi yerine getirilmesinde hermeneutik kavramının tüm kapsamıyla anlamı yatmaktadır. Hermes, tanrılardan aldığı mesajı önce anlar ve yorumlar. Böylece tanrılarının iletilmesini istediği mesajı kavrar. Ardından bu mesajı dillerine hâkim olduğu ölümlülerin anlayabileceği şekilde yalınlaştırır ve onlara aktarır. Yani hermeneutik bir bildirme, bir haber verme, çeviri yapma ve açıklama sanatıdır<sup>1</sup>.

Hermeneutik kavramı, Yunanca bir fiil olan ve genellikle yorumlamak anlamında kullanılan *"hermeneuein"* ve yorum anlamında kullanılan *"hermeneia"* kelimelerinden türemiştir. Hermeneutik, Almanca anlamak anlamına gelen *"verstehen"* terim karşılığı ile modern anlamına kavuşmuş ve ilk dönemlerdeki yaklaşımın aksine yalnızca kutsal metinlerin değil tüm insani ifadelerin anlaşılmasında kullanılacak bir felsefi yaklaşım niteliğine bürünmüştür. Hermeneutik faaliyet; açıklama, yorumlama, tercüme etme gibi eylemlerle anlaşılması olanları açığa çıkarmaya, anlaşılır kılmaya yöneliktir. Neticede tüm bu eylemler, anlama hedefi ekseninde şekillenmektedir<sup>2</sup>.

Hermeneutik, Homeros ve diğer şairlerin eserlerinin yorumlanması ihtiyacı nedeniyle doğmuştur. Sofistler ve retorik okulunun retorik ile bu anlama sanatı arasında bağlantı kurmaları ile birlikte hermeneutik sağlam bir temel kazanmıştır. İskenderiye Okulunun eski Yunan metinlerini derleme, düzenleme ve yorumlama çabaları hermeneutiğin gelişim sürecinde ikinci bir basamak oluşturmuştur. Daha sonraları Antakya Okulu ve İskenderiye Okulları arasında Hıristiyanlığın kutsal metinlerinin anlaşılması ve yorumlanması bakımından doğan tartışmalar neticesinde ilk hermeneutik kuramlar ortaya atılmıştır. Antakya Okulu daha çok gramatik-tarihsel ilkelere başvurup metinlerin çifte anlam taşıyabileceğini kabul etmezken İskenderiye Okulunda metinlerin yüksek tinsel anlamının basit sözel anlamdan ayrılabilceği

---

<sup>1</sup> Taşdelen, V. (2008). *Hermeneutiğin Evrimi "Kesitler"*, Ankara: Hece Yayınevi, s.15.

<sup>2</sup> a.g.e., s.20.



savunulmuştur. Hermeneutiğin en uzun süre kullanıldığı alan kutsal metinlerin yorumlanması olmuştur<sup>3</sup>.

Rönesansın Antik Yunan ve Roma metinlerini asıllarına uygun olarak yeniden inşa etme amacını taşıyan filolojik eleştiri yöntemleri ile birlikte hermeneutiğin en büyük adımlarından biri atılmış ve sistematik yorum kurallarının geliştirilmesi için bir temel oluşturulmuştur. İncil'in yeniden anlaşılmasını amaçlayan Reform Hareketleri de genel geçer bir kutsal metin yorumuna ulaşılması hedefi doğrultusunda psikolojik veya teknik açıklama ilkesi gibi daha önce kullanılmamış araçlar oluşturmuş olması bakımından hermeneutiğin gelişiminde önemli bir yere sahiptir. Rönesans'la başlayıp Schleiermacher'e kadar geçen süre zarfında yapılan çalışmalar, teolojik hermeneutiğin yanında felsefi ya da filolojik hermeneutik ile hukuk hermeneutiğinin de doğmasını sağlamıştır. Daha sonra bu üç hermeneutiğin iç içe geçmesi ile birlikte genel hermeneutik oluşmuştur<sup>4</sup>.

Bilim ve metodolojinin öne çıktığı yeni çağda hermeneutik epistemolojik bir yaklaşım hâlini almaya başlamıştır. 1668-1774 yılları arasında yaşayan Giambastista Vico, hermeneutiğin insan bilimlerinin metodolojisi hâline gelmesinde önemli bir rol oynamıştır. Alman Tarih Okulu ve Dilthey üstünde etkili olan Vico, insan, tarih ve kültür dünyasının anlaşılabilirliğini vurgulayarak empatik bir tarihsel yaklaşımla insanın kendi ürettiği dünyayı doğal dünyadan daha iyi anlayabileceğini savunmuştur<sup>5</sup>.

1710-1759 yılları arasında yaşayan Johann Martin Chladenius, geleneksel hermeneutik anlayışını benimsemiştir. Bu anlayışa göre olağan şartlarda okunan bir metin herhangi bir güçlkle karşılaşılmeden anlaşılır. Fakat anlamayı engelleyen faktörler bulunabilir. Chladenius'a göre hermeneutik, metnin anlamayı engelleyen etmenler dolayısıyla kapalı hâle gelmesi durumunda işlevsellik kazanır. Yazarın vermek istediği mesajı okuyucunun anlaması ve okuyucunun bu metni okumasındaki amacı gerçekleşirse tam anlama oluşur. Chladenius'a göre gramer ve dil kuralları ile psikolojik anlamının sunduğu bilgiyle

---

<sup>3</sup> Taşdelen, V. (2008). s.96,101., Dilthey W., (2011). *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, Çev. Özlem D., İstanbul: Notos Kitap, s.26-28.

<sup>4</sup> Dilthey, W. (2011), s.29-30.

<sup>5</sup> Taşdelen, V. (2008). s.53-54.

tam anlama mümkün olabilir. Mantığı hermeneutikten ayırmaya çalışan Chladenius; yazarın niyeti, okuyucunun niyeti, tam anlama, anlamının psikolojik yönü ve anlamada parça ile bütün ilişkisi gibi kavramları öne çıkararak hermeneutiğin gelişimine katkıda bulunmuştur<sup>6</sup>.

Genel hermeneutik anlayışını benimseyen Schleiermacher 1768-1734 yılları arasında yaşamıştır. Hermeneutiği ayrı ayrı hermeneutikler olarak değil insani ifadeleri anlamının bilim ve sanatı olarak temellendirmek istemiştir. Genel bir hermeneutik oluşturma çabası onu çağdaş hermeneutiğin kurucusu konumuna getirmiştir. Hermeneutik artık yalnızca kutsal metinleri değil tüm insani ifadeleri anlama ve yorumlama sanatı şekline almıştır. Gramatik ve psikolojik anlama, anlamının bütünselliği, anlamının tarihselliği ve anlamının döngüsellliği gibi kavramlarla hermeneutiğe önemli katkılar sunmuştur<sup>7</sup>.

1833-1911 yılları arasında yaşayan Wilhelm Dilthey, hermeneutiği tin bilimlerinin metodolojisi hâline getirmek istemiştir. Dilthey, yaşadığı dönemde doğa bilimlerinde kaydedilen muazzam ilerlemeden etkilenmiş ve doğa bilimlerinde benimsenen metodolojik yaklaşımın bir benzerini tin bilimlerine aktarmayı hedeflemiştir. Anlamayı bilimsel bir çerçeve içinde, nesnellik ve evrensellik bakımından temellendirmeye çalışmıştır. Ona göre hermeneutik yöntemin nihai amacı, yazarı onun kendisini anladığından daha iyi anlamaktır<sup>8</sup>.

Martin Heidegger 1889-1976 yılları arasında yaşamıştır. Heidegger, hermeneutiği bir yöntem olma iddiasından uzaklaştırarak felsefi bir yapıya dönüştürmüştür. Hermeneutik bir yöntem değil insan çabasını anlamaya ve yorumlamaya yönelik bir girişim hâlini almıştır<sup>9</sup>.

1900-2002 yılları arasında yaşayan Hans Georg Gadamer, hermeneutiği, başka bir dünyaya ait anlam bağlamını, içinde yaşanan dünyaya aktarma ve çevirme etkinliği olarak ele almıştır. Dilthey'in hermeneutiğe metodolojik yaklaşımının hedeflediği nesnellik, evrensellik ve genellik ideallerine karşı çıkmıştır. Hermeneutiğe felsefi bir boyut getirmiş ve yaşam dünyasını bu yaşam içinde çıkan anlam ile birlikte

---

<sup>6</sup> a.g.e. s.55-71.

<sup>7</sup> Taşdelen, V. (2008). s.83,105; Dilthey W. (2011), s.106.

<sup>8</sup> Taşdelen, V. (2008). s.118,146.

<sup>9</sup> a.g.e. s.147.

anlamayı hedeflemiştir<sup>10</sup>. Hukuki hermeneutiğin ve anayasa hukukunda hermeneutiğin güncel değerlendirilmesi büyük ölçüde Gadamer'in görüşleri ve onlara karşı yöneltilen eleştiriler etrafında şekillenmektedir.

## B. HUKUKTA YORUM VE HUKUKSAL HERMENEUTİK

Klasik yorum bakış açısı ile ele alındığında yorum, geniş manasıyla anlama anlamına gelmektedir. Dilsel işaretlerin anlaşılması onların yorumlanmasını gerektirmektedir. Dilsel işaretler, anlamlarını yorumlanmaları ile birlikte kazanmaktadırlar. İfadenin anlamı konusunda şüphe olmaması durumunda derhâl ve düşünmeksizin anlamının gerçekleşeceği ileri sürülmektedir. Böyle bir durumda yoruma ihtiyaç duyulmayacaktır. Aksi hâlde ise anlam, ilgili dilin yorum kuralları yardımıyla belirlenecektir. Burada somut durumda kullanılan bir ifadenin anlamı konusunda şüphelerin doğması neticesinde yapılan bir belirleme işlemi olarak ifade edilen, dar anlamıyla yorum faaliyeti devreye girmektedir. Anlam, gövdesinde somutlaştığı metin biçiminden mekanik yapıbozum yoluyla elde edilebilir bir varlık olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

Hukuksal yorum, klasik yorum teorisi çerçevesinde hukuksal metnin yazıldığı dilin özelliklerinden ya da bu dilin metnin hazırlanması sürecinde sorunlu şekilde kullanılmasından kaynaklanan anlamsal belirsizliklerin giderilmesi aracı olarak ele alınmaktadır. Klasik yorum yöntemleri ve kuramlarının ortaya çıkmasına neden olan bu anlayış, yorumu, metinleri yalnızca dil bilimsel bağlamlarında ele alarak yöntemsel bir çerçeveye sınırlı kaldığı yönünde eleştiriye uğramaktadır. Tüm kavrayışların hatta doğa bilimsel anlayışın bile pozitivist görüşlerin aksini iddia etmesine rağmen yorumsal ve hermeneutik olduğu savunulmaktadır<sup>12</sup>.

Doktrinde Gözler, Fransız ve Türk hukuk literatüründe yorum konusu üzerinde pek durulmadığını ifade etmektedir. Yorum konusunun

<sup>10</sup> a.g.e. s.192.

<sup>11</sup> Kılıç, M. (2011). "Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, s.63-78, 65; Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, s.158, 159.

<sup>12</sup> Perry, M.J. (1992). "Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and vice versa)", *Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s.243, Kılıç, M.(2011). s. 64.

genellikle klasik yorum teorisi doğrultusunda yorum çeşitleri, yorum metotları ve yorumda kullanılan mantık kuralları bakımından yaklaşıldığını belirterek yorumun niteliğinin ele alınmadığına değinmektedir<sup>13</sup>. Yorumun amacına bakış hususuna değinen Uzun ise Türk hukuk literatüründe yorum konusunun yalnızca anlamı ve doğru sonucu hedeflemek amaçları bakımından ele alındığı noktasında bir eleştiride bulunmaktadır. Bu noktada A. Aarnio ve A. Peczenik'ten örnek vererek yorum ifadelerinin amacının hukuki belirlilik ile ahlaki kabul edilebilirlik arasındaki optimum dengenin sağlanması olarak ifade edilebileceğini belirtmekte ve böyle bir tanımda yer alan ifadelerin de tartışma konusu yapılabileceğini ancak nihayetinde bu şekildeki bir amacın amaçsızlıktan daha iyi olacağı yorumunu eklemektedir<sup>14</sup>.

Hukuksal hermeneutik, yorum konusuna klasik yorum teori ve metotlarından farklı bir bakış açısı ile yaklaşmaktadır. O; metni evrensel verili, okuyan tarafından *per se* (kendiliğinden) anlaşılan ve sonra da tikel durumlar için kullanılan bir şey olarak kabul etmemektedir. Aksine yorumcunun amaçladığı şey, yalnızca bu evrenseli (metni) yani onun söylediği şeyi, anlamını ve önemini oluşturan şeyi anlamaktır. Metni anlamak için yorumcu, kendisini ve kendi özel hermeneutik durumunu hesap dışında tutmaya uğraşmamalıdır. Metni bir şekilde anlamak istiyorsa bu durumla ilişkilendirmelidir<sup>15</sup>. Bir hukuk metninin uygulayıcısı, elindeki metni bilinçli ya da bilinçsiz mutlaka yorumlayacak ve onun etkisiyle de metnin uygulanacağı olayı yorumlayacaktır. Bu noktada hermeneutik daire kavramı öne çıkmaktadır. Hermeneutik dairenin bir tarafında yer alan norm metninin lafzı, olayın betimlenmesini belirlerken dairenin diğer tarafında yer alan olayın betimlenmesi süreci de uygulanması olası normları belirlemektedir<sup>16</sup>.

### C. GENEL HERMENEUTİK İLE İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HUKUKSAL HERMENEUTİK

Yasanın özünde mükemmel olduğu ancak dış görünümü bakımından

---

<sup>13</sup> Gözler, K. (1998). s. 158.

<sup>14</sup> Uzun, E. (2012). "Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli Midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 25, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 93.

<sup>15</sup> Gadamer, H. G., (2008). *Hakikat ve Yöntem*, II. Cilt, Çev. ASLAN, H. ve YAVUZCAN, İ. İstanbul: Paradigma Yayınları, s. 87.

<sup>16</sup> Heper, A. (2012). "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/1, s. 81.

dilsel/anlamsal sorunları bulunabileceği ve yargıcın görevinin de bu sorunları aşarak doğru anlamı ortaya koymak olduğunu savunan pozitivist bakış açısı karşısında hermeneutik anlayış, yasanın da mutlaka eksiklikleri bulunacağını ve yargıcın yorumlarıyla bu eksiklikleri tamamlama yükümlülüğünü taşıdığını kabul etmektedir. Bu husus, Aristoteles'in hakkaniyet analizinde ifadesini bulmaktadır. Hakkaniyet, yasanın düzeltilmesidir. Aristoteles, her yasanın somut eylemle zorunlu bir gerilim hâlinde olduğunu ve dolayısıyla tam somutluğuyla pratik gerçekliği taşıyamadığını belirtmektedir. Hukuki hermeneutik kendini burada göstermektedir. Yasa her zaman eksiktir ancak kendi içinde yetersiz olması nedeniyle değil insani gerçekliğin hukukun düzenlenmiş dünyasına göre kusurlu olması ve dolayısıyla da hukukun birebir uygulanmasına izin vermemesi nedeniyle. Ona göre yasalar sistemi, mutlak anlamda doğru hukuk değildir. Hakkaniyet kavramı da hukuka zorunlu ek olarak dikkate alınmalıdır. Mutlak anlamda değiştirilemez bir yasa/hukuk fikrini kesinlikle kabul etmekte ancak onu açıkça tanrılarla sınırlandırarak insanlar arasında yalnızca yazılı hukukun değil aynı zamanda doğal hukukun da değişebileceğini/değiştirilebileceğini söylemektedir<sup>17</sup>.

Anlaşılması gereken anlamın ancak yorum faaliyeti ile somutlaştırılarak anlaşılabilirliği görüşü tüm hermeneutik alanlar bakımından ortaktır. Hukuki hermeneutik ile anlam bilimleri hermeneutiği arasında esasında büyük bir uçurum bulunmamaktadır. Egemen görüş, amacını mevcut metinleri anlamak değil hukuk dogmatığı sisteminde bir gediği kapatan bir ölçü olarak görmek suretiyle hukuki hermeneutiği farklı bir bağlama taşımıştır. Bu sebeple hukuki hermeneutiğin hermeneutiğin anlam bilimlerindeki göreviyle (geleneğe ait materyali anlamak) hiçbir alakası olmadığı düşünülmüştür. Fakat Schleimacher bilinçli olarak onu bütünüyle genel hermeneutiğe yerleştirmiş ve onun özel bir uygulaması olarak görmüştür<sup>18</sup>.

Gadamer, hukuki hermeneutiğin yapısını ve genel hermeneutik kapsamında ele alınmasının mümkün olup olmadığını gözlemleyebilmek amacıyla hukuki ve tarihsel hermeneutiğin birbirlerinden ayrılması üzerinde durmuştur. Bu değerlendirme, hukuki ve tarihsel hermeneutiğin aynı nesneyle ilgilendiği durumları dikkate alınarak

---

<sup>17</sup> Kılıç, M. (2011). s.69; Gadamer, H.G. (2009), s. 88.

<sup>18</sup> Kılıç, M. (2011). s.68; Gadamer, H.G. (2009).s.88.

gerçekleştirilebilecektir. Örneğin hukuk tarihçisi ile hukukçunun aynı hukuk metni karşısında geliştirdikleri yaklaşımları ele alınarak dogmatik ilgi ile tarihsel ilgi arasında kesin bir ayrımın var olup olmadığı değerlendirilebilecektir<sup>19</sup>.

Bir hukukçu, yasanın anlamını, ele aldığı davadan hareketle ve bu dava adına anlamaktadır. Tersine hukuk tarihçisi için başlangıç noktası olacak bir dava bulunmamaktadır. Hukuk tarihçisi yasanın anlamını, uygulamalarından yekpare bir seri inşa ederek belirlemeyi dener. Bu yüzden hukuk tarihçisi yasanın ilk uygulamasını asıl anlamını belirleyen şey olarak görmekle yetinemez. O bir tarihçi olarak daha ziyade yasanın maruz kaldığı tarihsel değişmeyi dikkate alacak ve anlama sırasında yasanın ilk uygulaması ile şimdiki uygulaması arasında arabuluculuk yapacaktır<sup>20</sup>.

Bu durumda tarihçinin görevi yalnızca yasanın ilk anlamını inşa etmek olarak kabul edilirken hukukçunun görevi, tarihçinin görevini de kapsar şekilde bu anlamı yaşayan gerçeklikle uyumlu hâle getirmek olarak görülecektir ve Gadamer'e göre de bu yeterli değildir. Hukuk konusunda genel eğilim, onun anlamının açık olduğunu ve şimdinin hukuki pratiğinin ilk günkü anlamını koruduğu varsayımını benimseme yönündedir. Bunun doğru olması hâlinde yasanın anlamı sorunu, hem hukuki ve hem de tarihsel bakımdan aynı olacaktır. Hukukçunun hermeneutik görevi yalnızca yasanın ilk anlamını tespit etmek ve onu doğru/adil bir yasa olarak uygulamak olacaktır. Bu görüşü benimseyen Savigny hukuki hermeneutiğin görevini tamamen tarihsel kabul etmiştir. Schleiermacher'in yorumcunun kendisini ilk okuyucuyla özdeşleştirmesinde hiçbir sorun görmemesi gibi Savigny de ilk anlam ile şimdiki hukuki anlam arasında hiçbir hukuki gerilim bulunmadığını düşünmüştür<sup>21</sup>.

Bu yaklaşım karşısında Ernst Forsthoff, bir yasanın ilk anlamı ile hâlihazırdaki hukuk pratiğinde aldığı anlam arasında ayrım yapılmasını gerektiren bir tarih bilinci geliştirmenin zorunlu olduğunu ortaya koymuştur. Hukukçu her zaman bizzat yasanın kendisiyle ilgilenmektedir fakat o, yasanın normatif içeriğini yasanın uygulandığı

---

<sup>19</sup> Gadamer, H.G. (2009),s.89.

<sup>20</sup> a.g.e., s.89,90.

<sup>21</sup> a.g.e. s.92.

davaya ya da duruma göre belirlemektedir. Bu içeriği tam anlamıyla belirlemek için ilk anlamının tarihsel bilgisine sahip olmak zorundadır ve bu nedenle yargıç, yasanın yasama eylemi sırasında taşıdığı terimsel değerle ilgilenir. Fakat kendini bununla sınırlı tutmaz. Daha çok şartlardaki değişimleri dikkate alarak yasanın normatif işlevini yeniden tanımlar. Tarihçi de bunu yapmaktadır. Tarihsel bilgiyi, geçmişi yalnızca şimdiyle sürekliliği dâhilinde görerek elde etmektedir. Bu; hukukçunun pratik, normatif “hukukun kesintisiz sürekliliğini teminat altına alma ve hukuki düşünce geleneğini koruma” faaliyeti sırasında yaptığı ile aynı şeydir<sup>22</sup>.

Her hermeneutik biçim için ortak olarak görülen şey, anlaşılması gereken anlamın, yalnızca yorumda somutlaşarak tam anlamıyla kavranabileceğidir. Yorumlama eylemi bütünüyle kendisini metnin anlamına bağlı görecektir. Ne bir hukuk adamı ve ne de bir teolog uygulama faaliyetini metinden bağımsızlaşma olarak okuyabilecektir<sup>23</sup>.

#### **D. GADAMER'İN ANLAYIŞINDA HUKUKİ HERMENEUTİĞİN AMACI, KAPSAMI VE NİTELİĞİ**

Yargıç, hukuku/yasayı güncel ihtiyaçlara adapte ederken pratik bir görevi yerine getirmeye çalışmaktadır fakat onun hukuku/yasayı yorumu bu nedenle kesinlikle keyfi bir revizyon değildir. Burada anlamak ve yorumlamak, geçerli anlamı keşfederek bilmektir. Yargıç, hukuki düşünceyi aracılık ederek şimdiye uygun hâle getirmeyi denemektedir. Bu hukuki bir uzlaştırmadır. Yargıç, yasanın yürürlüğe konmasının veya belli uygulama durumlarının tarihsel anlamını değil hukuki anlamını anlamaya çalışmaktadır<sup>24</sup>.

Anlam bilimlerinde anlamının şartlarından biri geleneğe aidiyettir. Bu, anlamayı mümkün kılan bir durum olarak hiç sınırlayıcı değildir. Gadamer, yorumcunun metne ait olma tarzını bir resme baktığımız noktadan onun perspektifine ait olma tarzımıza benzetmektedir. Bu, bir görüş noktası arama ve bir bakış açısı olarak onu benimseme meselesi değildir. Yorumcu da aynı şekilde kendi görüş noktasını verili hâlde bulur ve onu iradi olarak seçemez. Bu yüzden yasanın hukuk cemaatinin bütün üyeleri için aynı şekilde bağlayıcı olması hukuki hermeneutik

---

<sup>22</sup> a.g.e. s.93.

<sup>23</sup> a.g.e. s.98.

<sup>24</sup> a.g.e. s.93.

imkânının temel şartıdır. Bunun böyle olmadığı yerde hermeneutik var olamayacaktır çünkü artık mutlak yönetici sözlerini genel yorum kurallarını iptal edecek şekilde izah etmektedir<sup>25</sup>.

Yorumun işi, her özel davada yasayı somutlaştırmak yani uygulamadır. Uygulanacak yasaya yaratıcı ilavelerde bulunmak yargıca tahsis edilmiş bir görevdir. Ancak o da hukuk cemaatinin diğer bütün üyeleriyle birlikte aynı şekilde yasaya tabidir. Yargıcın yargısının keyfi ve öngörülemeyen bir karardan değil bütünden hareketle adilane bir değerlendirmeden doğması hukuk yönetimi fikrinin unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Kendini belli bir duruma yerleştirmiş herkes, adaletli düşünmeye ve değerlendirmede bulunmaya yetenekli görülmektedir. Bu, hukuk devletinde hukuki durumun ilke olarak kesin olarak bilinebilmesinin nedeni kabul edilmektedir. Yani her hukukçu, mevcut yasalar temelinde yargıcın kararını kesin şekilde tahmin edebilecektir. Yasayı uygulamak, basitçe bir yasayı bilme meselesi olarak görülmez. Kişinin belirli bir dava hakkında hukuki bir yargıda bulunması gerektiğinde bu kişi, yasayı ve onu belirleyen bütün unsurları bilmek zorunda kabul edilir. Burada yasayı zorunlu kılan yegâne şey, hukuki düzenin herkes için geçerli sayılması ve hiç kimsenin ondan muaf olmamasıdır. Bu yüzden mevcut hukuki düzeni bu şekilde kavramak -yani herhangi bir geçmişteki ilaveyi dogmatik şekilde yasaya ilave etmek- mümkün görülür. Dolayısıyla hukuki hermeneutik ile hukuki dogmatik arasında temel bir ilişkinin varlığı kabul edilmektedir. Hermeneutiğin dogmatikte çok önemli bir yeri vardır. Çünkü her yargıyı kapsamı içine alacak, basit bir mantıksal içerme işlemi olarak bir hukuki dogmatik fikri savunulamayacaktır<sup>26</sup>.

Modern bilimsel araştırma sürecinde geleneğin nesnelleştirildiği, yorumcunun etkisinin ve anlama zamanının metodolojik olarak hesap dışı tutulduğu ifade edilmektedir. Bu bakış açısının bilimin yöntemi dolayısıyla her sübjektif uygulamadan bağımsız kaldığını iddia etmekte olduğu kabul edilmektedir. Yorumcunun doğrudan doğruya ilk muhatabın yerini alamadığı durumlar örnek verilerek metnin anlamını bütünüyle anlamak için yorumcunun kendisini neredeyse söz konusu

---

<sup>25</sup> a.g.e. s.94.

<sup>26</sup> Gadamer, H.G. (2009). s.95,96., Uğur, A. (1983). "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.38, S.1, s.191.



muhabatın yerine koyması gerektiği ve bu yer değiştirme metne tam somut biçiminin verilmesine katkıda bulunduğu sürece, yorumun başarılı olarak görülebileceği fikri modern bilimsel bakış açısı olarak görülmektedir. Fakat kişinin kendisini ilk okuyucunun konumuna yerleştirmesi (Schleiermacher) uygulamadan çok farklı bir şey olarak benimsenmektedir. Uygulama, fiilen aracılık görevini o zaman ile şimdi, sen ile ben arasında arabuluculuk/ilişki kuruculuk görevini iptal eden hukuki hermeneutiğin de görevi saydığı şey olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Yorumlayanın içinde bulunduğu tarihsellikten, ön yargılarından ve ait olduğu gelenek dünyasından kendini soyutlaması söz konusu değildir. “Ön yargı” araştırma konusu ile ilgili ön yargı ve ön kavramların varlığına atıfta bulunmaktadır. Hiçbir metin karşımıza oturup anlamını ilan etmemektedir. Okuyucular, metne ve onun geleneğine sorular sormalı ve herhangi bir anlam inşa etmeden önce metnin sadık şekilde uygulanabileceği yolların bilincinde olmalıdır. Metne yöneltilen sorular ve olası uygulama yolları Gadamer tarafından ön yargı terimine dâhil edilmektedir. Ancak bu ön yargı tanımı kör bir iradeyi ya da gerekçe yokluğunu ima etmemektedir<sup>28</sup>.

Hukuki metinde bulunduğu varsayılan hakikat; yorumlayanın metni, bilincinde olduğu ön yargılarından ve geleneklerinden sıyrılmaksızın ele alması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Burada anlama döngüsü olarak aktarılacak bir devrim söz konusudur. Bu etkileşim, bütünden parçaya ve parçadan bütüne doğru bir döngüsellik taşımaktadır. Yorumcunun anlam ufku ile metnin anlam ufku arasında bir kaynaşma meydana gelmektedir<sup>29</sup>.

Gadamer, hermeneutik çabayı bir yöntem ya da metodoloji sorunu olarak görmez. O, daha çok aydınlatıcı ve iyileştiricidir. Buna uygun olarak anlama sürecini ön yargıdan arınmış, teknik ve doğa bilimsel bir problem olarak ele almamaktadır<sup>30</sup>. Amacının metinlerin tercüme edilmesi için kurallar ya da prosedür serileri geliştirmek olmadığını sık sık vurgulamıştır. O, yasayı yorumlarken hangi adımları atacağımızı söylemez. Onun amacı felsefidir. Felsefi hermeneutik kendisi için

---

<sup>27</sup> Gadamer, H.G. (2009). s.100,101.

<sup>28</sup> Leyh, G. (1988). “Toward a Constitutional Hermeneutics” *American Journal of Political Science*, C. 32, S. 2, s.375.

<sup>29</sup> Kılıç, M. (2011). s.73; Gadamer H.G. (2009).s.105-110.

<sup>30</sup> Kılıç, M. (2011).s.73.

ontolojik bir görev belirlemektedir. Bu ilk başta anlayışın meydana gelmesine izin veren, okur ile metin, geçmiş ile gelecek arasındaki kaçınılmaz ilişkiyi belirlemedi<sup>31</sup>. Yasal yorum, doğası gereği dinamik bir kurumdur ve o, yorumda bulunanın yasaya yaklaşımını canlandırması gereken araştırmanın ruhudur<sup>32</sup>.

Bir metnin anlamının açıkça anlaşılmadığı yerde yorum zorunludur. O, bir fenomenin bize doğrudan sunduğu şeye güvensizlik duyduğumuz her durumda kaçınılmazdır. Yargıç kendini bir yasa metnine eklemeler yapma konusunda yetkili kişi olarak gördüğünde tam olarak her anlamada gerçekleşen şeyi yapıyordur. Anlama ve uygulama aynı anlamda kabul edilmektedir. Uygulama verili bir evrenselin somut bir duruma uygulanması olarak görülemeyecektir. O, metnin anlanması demektir<sup>33</sup>.

## II. ANAYASA HUKUKUNDA HERMENEUTİK

Anayasa maddelerinin diğer hukuk normlarına göre daha genel ve soyut bir niteliğe sahip olmaları, onları yorum tartışmalarına daha açık hâle getirmektedir. Anayasa hükümleri ayrıca, içeriklerinin geniş bir toplumsal boyutu kucaklaması nedeni ile de siyasal-toplumsal gerçekliklerle yoğun bir ilişki içindedir<sup>34</sup>. Bu noktada anayasa hukukunda hermeneutik bakış açısının teorisyenlerin belirgin sorunlara farklı bir ışık altında bakmalarına imkân tanıyabileceği, savunulan bir görüştür. Anayasal hermeneutiğin öncelikli üstünlüğünün kendi pratik uygulamalarının felsefi varsayımlarını daha iyi kavramak isteyen anayasa yorumcularının kendi anlayışlarını derinleştirme olduğu ifade edilmektedir. Bu teorik üstünlüğün güncel anayasal anlamın daha açık hatta daha doğru anlaşılması için pratik düzeyde araçlar sağlayarak kendini göstereceği savunulmaktadır<sup>35</sup>.

Anayasaların yorumlanması bakımından hermeneutik yaklaşıma başvurulmasına örnek olarak literatürde daha çok ABD Anayasası'nın yorumlanmasına ilişkin tartışmalarda rastlanmaktadır. Hermeneutik yaklaşım genellikle orijinalist yorum yaklaşımına karşıtlığı bakımından

---

<sup>31</sup> Leyh, G. (1988). s.372.

<sup>32</sup> Eskridge, W. N. (1990). "Gadamer/Statutory Interpretation", *Cardozo Law Review*, Cilt 90, S. 3, s.679.

<sup>33</sup> Gadamer, H.G. (2009). s.111.

<sup>34</sup> Uğur, A. (1983). s.192.

<sup>35</sup> Leyh, G. (1988). s.369.

ele alınmaktadır. Aşağıda anayasanın yorumunda hermeneutik yaklaşım, bu karşıtlık ve orijinalizmin özellikleri örneği bağlamında değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Ardından ABD ve Almanya anayasal hermeneutikleri örneği üzerinde temel değerlerin rolü bağlamında durulmuş ve son olarak da pozitivist yaklaşım ve sosyolojik yaklaşımlar arasında bir orta yol sunma iddiasındaki hermeneutik somutlaştırma yaklaşımı ve yapıbozumculuk yaklaşımı örnekleri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

### **A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ANAYASASI'NIN YORUMLANMASINDA ORİJİNALİZM-HERMENEUTİK TARTIŞMASI**

Hukuksal hermeneutik, Amerika Birleşik Devletleri yasal söylemine 1839'da Francis Lieber ile girmiştir. Ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında, hermeneutik ile ilgili esas çalışmalar edebî kuramcılar tarafından gerçekleştirilmiştir. Hukuk kuramcıları ise 1970 ve 80'lerde yasal metinlerin yorumlanması ile ilgili sorunlar üzerine odaklanmaya başlamıştır. Yasal metinlerin yorumlanması tartışmasında ise en fazla üzerinde durulan metin şüphesiz anayasa olmuştur. Anayasa, ülkenin hukukunun ve kamu politikasının bağlayıcı çerçevesi konumundadır. Medeni bir toplumda hukukun üstünlüğüne inanan insanların başlangıç noktası olarak görülmektedir. Bu nedenle anayasanın anlamının anlaşılabilir olduğu ölçüde yorumcularını bağlaması gerektiği kabul edilmektedir. Fakat anayasa metninin anlamını belirlemek her zaman çok kolay görülmemektedir<sup>36</sup>.

ABD, hukuk teorisinde 1970 ve 1980'li yıllar; hukuki metinlerin yorumlanmasına dair farklı bakış açlarına sahip yorumcular ve yorumcu olmayanlar, orijinalistler ve orijinalist olmayanlar, sıkı ve liberal yapısalcılar ve metinselciler ile metinselci olmayanlar gibi farklı yaklaşımlar arasında yoğun tartışmaların yaşandığı bir dönem olmuştur. Tartışmanın odak noktasında yargısal denetimin amaçlarını yerine getirmek için tek kaynağın anayasa mı olduğu yoksa hâkimlerin yazılı metni, içtihat, uygulama ve ortak ahlakta üstü kapalı olarak var olan yazılı olmayan kurallarla da desteklemesi mi gerektiği sorusu yer

---

<sup>36</sup> Davis D. H. (1994). *Preserving the Integrity of the Constitution: an Examination of Deconstruction and Other Hermeneutical Theories*, s.5. [http://academics.umhb.edu/sites/all/files/academics/documents/CRL/integrity\\_of\\_the\\_const.pdf](http://academics.umhb.edu/sites/all/files/academics/documents/CRL/integrity_of_the_const.pdf). (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

almıştır. Anayasanın kesin doğasının ve anlamının arayışı, anayasal anlamın belirlenmesinde anayasa kurucularının niyetlerinin konumunun sorgulanması ve anayasa kurucuların değerlerini aşan değerlerin -hatta onlara zıt olan- Yüksek Mahkeme tarafından anayasallaştırılmasının meşru olup olmayacağı ile ilgili kaygıları da içeren çeşitli sorunlar üzerinde durulmaktaydı<sup>37</sup>. 1980'li yıllarda, çözümsüz görülen bu tartışmalara edebî teoriler de dâhil edilmiştir. Metnin bir şekilde subjektif yorumlardan sıyrılabileceğine ilişkin metinsel otonomi iddiasına meydan okunmuştur<sup>38</sup>.

### 1. Orijinalist Yorum Anlayışı

Doktrinde Davis, hâkimin anayasal kararlar alırken hangi düşüncelere dayanması gerektiği sorusuna ilişkin olarak verilen cevapların iki temel eksene bağlı olarak ele alınabileceğini iddia etmektedir. Bu konudaki terminoloji çeşitliliğine rağmen ona göre orijinalistler ve orijinalist olmayanlar ayrımı ile anayasanın modern yorumunda anayasayı yapanların “orijinal” niyetlerinin ne ölçüde göz önünde bulundurulması gerektiği tartışmasının odak noktasını yakalamak mümkün olmaktadır<sup>39</sup>.

Orijinalizm üzerinde duran Leyh'e göre bu teorinin ana teması, kavramsal gerçeğin metnin orijinal anlamından ibaret olduğudur. Anayasal anlamın geçmişte yattığı söylenmektedir. Yorumun amacı, beklemekte olan geçmiş amacı yeniden canlandırmaktır. Fakat Leyh'e göre aslında böyle bir bakış açısı, tarihsel anlayışın ontolojik karakterini bildirme konusunda başarısızdır ve bu nedenle yorumsal eylemi yanlış algılamakta ve tanımlamaktadır. Orijinalizm homojen bir bakış açısı değildir ve onun hakkındaki genellemelerin savunucuları arasındaki farklılıklara hassas olması gerektiği ifade edilmektedir. Ortak noktaları, anayasal anlamın prensipte sabit ve değişmez olduğu ve bu anlamın anayasal metni doğru tarihsel bağlama yerleştirme yoluyla keşfedilebilirliği fikirlerini benimsemeleridir. Buna göre anayasal anlam; olası metnin anlam aralığını sınırlandıracağı söylenen, tarihsel bağlamla sınırlı, dikkatli bir çalışma yoluyla geri kazanılabilmektedir<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Leyh, G. (1988). s.370.

<sup>38</sup> Davis, D. H. (1994). s.5.

<sup>39</sup> a.g.e. s.5.

<sup>40</sup> Leyh, G. (1988). s.378.

Orijinalizm taraftarları, metnin orijinal anlamının sabitlenmesi gerektiğini ve temel değer seçimleri yapıldığında Yüksek Mahkemeye metni başıboş yorumlama yetkisinin tanınmaması gerektiğini iddia etmektedirler. Orijinalizm, yargısal yorum yoluyla hâkimlerin anayasada modern değer önceliklerini okumalarını ve böylece modern ahlaki normların anayasalaştırılmasını kısıtlamak gibi bir arzu tarafından güdülenmiş kabul edilmektedir. Orijinalizm ayrıca metnin orijinal şekilde anlamlandırılmasına sadık kalmanın hükûmet suistimallerine karşı en güçlü koruma olduğu inancından esinlenmektedir. Anayasanın yapımı sırasında doğan büyük uyuşmazlıkları ancak sonuç metnine nasıl ulaşıldığının anlaşılması bakımından dikkate aldıkları ileri sürülmektedir. Orijinalistlerin, orijinal niyetleri ülkenin kılavuzu olarak gördükleri ve bu kılavuz olmazsa amaçsızca sürükleneceklerini ve nihayetinde atanmış Yüksek Mahkeme yargıçlarının dilediği gibi belirledikleri kanunlar tarafından yönetileceklerini iddia ettikleri belirtilmektedir. Ayrıca orijinal hükümden ayrılabilme imkânının anayasal metnin değişim prosedürlerinin öngörülmesi yoluyla tanındığını savundukları ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

Leyh'e göre orijinalistler, güncel dil felsefesinin basit fakat belirgin bir noktasını gözardı etmektedir. Bu da sosyal yaşam değişirken ahlaki kavramların da değiştiğidir. Anayasalar ahlaki kavramların kullanımını belirgin hâle getirdiğinden beri siyasi, sosyal, ekonomik ve yasal düzenlemeler değiştikçe anayasal anlam da kaçınılmaz olarak değişmelidir. Ona göre ahlaki dilde istikrarı zorunlu tutmak, ahlaki dilin kendi doğasını küçümsemektir<sup>42</sup>.

Metinler ve tarihçeleri, objektif anlamlarının tarafsızca ortaya çıkarılmasını geçmişte bekler şekilde mevcut değillerdir. Tarihsel söylemin öznel arası doğasından izole basit tarihî gerçekler yoktur. Geçmiş görmemiz için bize yol açan ön yargılarımızdır. Böylece anayasal yorumu kurucuların tarihsel bağlamlarının tortularından sabit anlamlar çıkarma olarak gören bakış açısı, anayasal hermeneutiklerin zayıflatılmış bir açıklamasını sunar görülmektedir. Bu açıklama; anlamı inşa etmeye olanak tanıyan mevcut koşulları, kategorileri ve soruları unutmaktadır<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Leyh, G. (1988). s.378; Davis, D. H. (1994). s.5.

<sup>42</sup> Leyh, G. (1988). s.378.

<sup>43</sup> a.g.e. s.379.

Leyh, dar bir orijinalist yorum fikrinin sonucunu pratik olarak çok önemli görür. Ona göre burada anayasal yorum politikaları aldattıcıdır. Yorumun orijinalist yanlış anlaşılması, ahlaki ve siyasi değişime anayasal frenler ekleme sonucunu doğurmaktadır. Söylemi kısıtlamak yaşam tarzımızı kısıtlamaktır. Böylece temel hukuka bağlılığı ifade etmek olan anayasal hermeneutiklerin amacının bu bağlılığı orijinalizmin ilkeleri tarafından yıkılmaktadır. Leyh, orijinalizmin metnin anlamının günümüz ahlaki diline yargısal tercümesi olasılığını inkâr ettiği sürece anayasaya sadakat düşüncesini baltaladığını oysa böyle bir tercümenin yasal hermeneutiğin özü olduğunu savunmaktadır<sup>44</sup>.

Terrence Ball'un orijinalizm eleştirisi ise iki iddia üzerinden şekillenmektedir. İlk iddia, bir yazarın inanç ve niyetlerini keşfetmenin, bu niyet ve inançların ilk kez çerçeve altına alındığı zamanki dil veya söylemin yeniden inşa edilmesini ya da geri kazanılmasını gerektirdiğidir. Bu, güç olmasına rağmen yapılabilir bir şeydir ve kavramsal tarihçiler tarafından yapılmaktadır da. Ball'un ikinci ve daha tartışmalı iddiası ise neden hâkimlerin, Yüksek Mahkeme hâkimlerinin ya da sıradan vatandaşların anayasa kurucuların duygularını ifade ettiği ve niyetlerini açıkladığı kelimeler dünyasını yeniden inşa etmeye eğilen kavramsal tarihçiler olmadıklarına ve olmamaları gerektiği konusunda sunduğu dikkate değer gerekçelere ilişkindir. Anayasa kurucuların niyetlerini içinde çerçeveye aldıkları inançlar, söylemsel ve dilsel kurallar bizimkilerden birçok bakımdan dikkate değer derecede farklıdır<sup>45</sup>.

Fallon, anayasal orijinalizm eleştirilerinin çoğunlukla, orijinalist projelerin gerçekleştirilmesi zor ve hatta imkânsız olduğunu ileri süren hermeneutik teori ile dolu olduğunu öne sürmektedir. Bir grup hukuk yaratıcısının niyetlerinin ya da bir metnin orijinal anlamının azimli araştırmacılar tarafından keşfedilmeyi bekleyen basit gerçekler olmadığını ifade ederek niyet kavramının çok karmaşık ve çok yüzlü bir yapı olduğunu belirtmektedir. Çok üyeli bir yapının, bazı üyelerin hakkında hiç düşünmediği ve bazılarının da hakkında fikir ayrılıkları yaşadığı belli bazı konularla ilgili niyetini tespit etmenin yorum yapanın varsayımlarından, değerlerinden ve de hedeflerinden asla tamamen ayrı tutulamayacak, yapıcı bir girişim olduğunu ifade eder. Bir hukuki metnin

---

<sup>44</sup> a.g.e. s.379.

<sup>45</sup> Ball, T. (1992). *Constitutional Interpretation and Conceptual Change, Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s. 138.

orijinal anlamını belirlemek, ona bir amaç yüklemeye dayanmaktadır. Özellikle tarihsel koşullar değişirken amaç yükleme kaçınılmaz şekilde varsayımlar, değerler ve eğer bireysel bir yorum değilse bile yorumlayan topluluğun hedefleri ışığında oluşmaktadır. Bu tartışmaların eleştirilenler tarafından ideal tarihçi ile ilişkilendirilen pozisyonlar bakımından yıkıcı görülmesine rağmen görüş taraftarlarının bu saldırıları pek de haksız sayılmayacak gerekçelerle genelde dikkate almamaktadır. Onlara göre eğer hukukun üstünlüğü bir ideal ise onun hiçbir zaman tam olarak gerçekleştirilemeyeceğini göstermek, fikrin terk edilmesi gerektiği anlamına gelmeyecektir. Yöntemin hassas savunucuları ideal tarihçi ile ilişkili olarak hukukun üstünlüğüne mümkün olduğunca yaklaşımdan daha fazla bir iddiada bulunmamaktadır<sup>46</sup>.

Fallon'a göre bu bakış açısından tarihsel anlama başvuran hukukun üstünlüğüne ilişkin kavramlar, yorumcu ve orijinal anlamı keşfedilecek metin arasında karakteristik olarak savunulamaz bir ikilik olduğunu farz etmektedir. Aslında tartışma, yorumcu ve metnin her ikisini de belli bir paylaşılmış kültür ve tarihin içine yerleştirilmiş ve kısmen onlar tarafından oluşturulmuş olarak muhafaza eder; hiçbirini her ikisinin birden konumlandırıldığı hermeneutik halkadan bağımsız olarak algılanamaz ve yorumcunun değerleri ve çıkarları da dâhil olmak üzere yorum bağlamından bağımsız ideal bir anlamın ortaya çıkarılması yalnızca imkânsız değil ayrıca da anlamsızdır da. Hukukun üstünlüğünün ideal tarihçi tipinin tutarlı olması için hukuki bir kültüre, yaşam biçimine veya yorum topluluğuna dâhil olarak algılanması gerektiğine dair eleştiriler doğrudur. Anlam; kültür, bağlam ve paylaşılan anlayışlardan bağımsız olarak algılanamaz. Bu değişkenlerin kaçınılmaz ilgisi kabul edildikten sonra bununla birlikte bir metin veya yasal normu anlamak için girişilen hermeneutik çabalar ve diğer zeminlerde ulaşılan sonuçlar için tarihsel temelli rasyonalizasyonlar, şekillendirme girişimleri arasında ayırım yapabilmek savunulabilir kalmaya devam etmektedir. Tarihselci ideal tip artık ısrar etmeye gerek duymamaktadır. Hermeneutik ideal tabi ki tutarlıdır, az ya da çok yaklaşabildiği tarihsel anlayışın zenginliğine dayanır. Kısacası orijinalizm, orijinal anlayışlar ve tarihselci ideal tip hermeneutik teorinin asıl anlayışlarının hayatta kaldığı şekillerde algılanabilir<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Fallon, R.H. (1997) "The rule of law as a Concept in Constitutional Discourse", *California Law Review*, C. 97, S. 1, s. 13, 14.

<sup>47</sup> a.g.e. s. 14.

Davis'e göre ise orijinalistler, kurucular bugün yaşasaydı düşünceleri nasıl olurdu diye düşünmek yerine onların anayasa hâline dönüştürdükleri düşüncelerini keşfetmeye çalışmaktadır<sup>48</sup>. Onların düşüncelerinin yeniden canlandırılması hâkimlerin ve aynı zamanda da bizlerin bu düşünceleri, önceki dönemin modası geçmiş ve hatta gözden düşmüş teorik söylemlerini güncel ve meşru kabul etmesini gerektirmektedir<sup>49</sup>. Aynı kültürü ve ortak dili paylaştığımız çağdaşlarımızla ilgili davalarda bile ne yaptıklarını ve neden yaptıklarını anlatmaya çalışırken kayıplar yaşarız. Gözlemci ve süjenin farklı dil ve kültürlerden olması hâlinde ise uyum sorunu bariz ve akut olacaktır. Anayasa kurucularla aynı kültürden gelindiği ve ortak bir dile sahip olduğu doğrudur fakat geçen zaman zarfında kelimelerin anlamlarında önemli değişimler olmuştur<sup>50</sup>. ABD Anayasası'nın hazırlayıcılarından biri olan Madison'ın da modern "resepsiyon" teorisyenleri gibi metinleri doğaları gereği tamamlanmamış olarak gördüğü hatta yazarı olan belli bir metnin bile etrafını çerçeveleyip anlamını kazandıracak bir okuyucu ya da yorumcuya ihtiyaç duyduğunu ifade ettiğini belirtmektedir<sup>51</sup>.

Eoin Daly, Dworkin'in ırkçılık gibi belli konularda anayasa kurucuların kabul edilen niyetlerine hürmet eden tarihçi görüşü eleştirisi üzerinde durur ve Dworkin'in anayasal hükümlerin "prensiplerine" dayanarak yorumlanmaları gereğini ifade ettiğini belirtir. Belli bir konu hakkında bu prensiplerin güncel anlamış şekilleri ile hükmü düzenleyenlerin niyetleri arasında bir tutarsızlık bulunduğu düzenleyicilerin niyetleri dikkate alınmamalıdır. Bu onun inşa edici yorum teorisinde yer alan "bir bütün olarak hukuk" anlayışından ve anayasal yorumun -temel hukuku ilgilendirdiği ölçüde- temel "siyaset teorisi" soruları üzerinde hükümde bulunmayı gerektirdiği inancından kaynaklanmaktadır<sup>52</sup>.

Raz'ın orijinalizm eleştirisi üzerinde de duran Daly, onun bir anayasanın ahlaki otoritesinin onu yapanların ahlaki otoritelerine değil de yönetimin çerçeve içine alınarak stabil hâle getirilmesine dayandırıldığından beri mahkemelerin anayasaya ahlaki bir yaklaşımla hukuku meşru olarak değiştirebileceklerini ileri sürdüğünü belirtir<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Davis, D. H. (1994). s.6.

<sup>49</sup> Ball, T. (1992). s. 130.

<sup>50</sup> a.g.e. s. 132.

<sup>51</sup> a.g.e. s. 141.

<sup>52</sup> Daly, E. (2008). "Hermeneutic Perspectives on Judicial Activism: Dworkin, Constitutional Interpretation and Judicial Law Making", *Cork Online Law Review*, Volume 7, s.19,20.

<sup>53</sup> a.g.e. s.20.



Daly, orijinal anlamın geri çağırılması şeklindeki yorum anlayışını reddeden bu düşünceleri anayasanın kendisini erişilebilir en yüksek hukuku kaynağı olarak sunmadığı, sadece yargının hüküm vermek yoluyla ulaşabileceği bir öncül doğal ve ahlaki adalete ulaşmak için yorumlanabilecek bir mekanizma olduğu yönündeki inanışa denk düşer görmektedir<sup>54</sup>.

## **2. Orijinalizm ile Anayasa ve Hermeneutik İlişkisi**

Leyh'e göre günümüzde anayasal teorinin ihtiyaç duyduğu, anayasanın orijinal anlamı veya anayasa kurucuların niyetleri hakkında daha fazla bilgi değil yorumun kendisinin öne çıkan kavramlarının altında yatan öncüllerin eleştirel incelenmesidir. Anayasa teorisyenlerinin genelde tarihsel bilgiyi mümkün kılan şartlara tepki vermediklerini savunur. Onların duruşunun tarihsel anlamının sorgulanmasının epistemik olarak sorunlu olmadığını varsayan tipik bir ortak akıl bakış açısı olduğunu belirtir. Hermeneutik, bu alışkanlığı sorgulama çağrısında bulunmakta ve nihayetinde bizi yorumun nasıl mümkün olduğu hakkında kendimizi yansıtan bir tartışma başlatmaya davet etmektedir. Leyh, Gadamer'in metinleri felsefi tarzda anlamının pratik aktivitesine yerleştirmesini, onun düşüncesinin üstünlüklerinden biri olarak görmektedir. Gadamer'in tarihsel anlamının doğasını anlamaya çalışarak onun daha zengin felsefi damarının içinde metinsel anlam ve tercüme hakkındaki sorunları birleştirdiğini ifade etmektedir<sup>55</sup>.

Leyh, felsefi hermeneutiğin iki yönünün anayasa teorisi için özellikle uygun gözüktüğünü düşünmektedir. Bunların ilki, Gadamer'in tüm bilgilerin temeli olan tarihî yapıların istekli olarak farkında kalmamızı öneren, anlamada dilin rolüne ilişkin bakışıdır. İkincisi ise yukarıda belirtildiği üzere geçmişe pencereler olarak ön yargularımız ve ön kavramlarımızın karakterini etkin kılmaya yaptığı vurgudur. Gadamer, bir tarih bilgisinin günümüze derin referans yapmaksızın sorgulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>56</sup>.

Siyasi, ahlaki ve yasal dünyalarımız, dilsel olarak ifade edilen dünyalar olarak algılanan konudan bağımsız şekilde var olduğu söylenebilecek doğal dünyada bulunan nesnelere gibi “verili” değildir.

---

<sup>54</sup> a.g.e. s.20.

<sup>55</sup> Leyh, G. (1988). s.372.

<sup>56</sup> a.g.e. s.372.

Onları anlaşılabilir kılan yalnızca dil tarafından içi doldurulmuş kavramlar ve kategorilerdir. İnsan ilişkilerinde dilin inşa edici özelliği iki sonuç doğurmaktadır: Birincisi stabil değişmez anlamları olmayan kavramlarımızda kendini göstermektedir. Dilin böyle değişmez içerikleri ifade eden, değişmez özellikleri yoktur. İkinci olarak da insan ilişkilerindeki anlamın derinlemesine tarihsel olması gelmektedir. Dilimizin değişmesi gibi toplumdaki diğer kimselerle pratik ilişkilerimizi anlayabilmeye yarayan kategoriler de değişmelidir. Siyasi ve yasal söylem her zaman amacının kavramsal yapısına hizmet etmeye çalışmalıdır, aksi hâlde kurucu metninde gömülü anlamları kapsama ve uygulama konusunda başarısızlık riski doğacaktır<sup>57</sup>.

Gadamer için dilin tüm insan deneyiminin aracı oluşu üzerinde duran Leyh, kelimelerin içinde yaşadığımız dünyayı anlamamıza izin verdiğini belirtmektedir. Bu, dünyada bizi önceleyen dildir. Kavram ve kategorilerimizi yeniden şekillendirme imkânımız yalnızca mevcut koşullar ve kısıtlar altında söz konusu olabilir. Gadamer dili, açık bir arabuluculuk tarafından bilinçli olarak tasarlanması gereken bir anlama aracı olarak gözlemlenmektedir. Bir metni başarılı şekilde yorumlamak; onun anlamını, yapısal parçalarının değişkenliğini kabul etmek gibi bir yolla tam olarak gerçekleştirilebilecektir. Metin anlamını bu parçalar, yeni dilsel alanlara yerleştirilirken almaktadır<sup>58</sup>.

Leyh'e göre dilin insan tecrübesinin aracı olduğuna dair iddianın anayasa teorisine ithal edilmiş olduğu açıktır. Anayasanın yorumu -geçmiş anlamı bugünün şartlarında anlaşılabilir şekilde aktarma girişiminde bulunduğu- kendini doğru şekilde kavramaktadır. Yasal yorum arkaik kavramları sosyal olarak anlamlı terimlere tercüme etme sorumluluğundadır. Gerçekten tarihî bir anayasa yorumu, bizi yasayı yapan nesilden ayıran kavramsal devamsızlıkların farkındadır. Böylece hermeneutik ve anayasal yükümlülüklerini sergilerken çekinmeyecektir<sup>59</sup>.

Geçmişle karşılaşmalarımız daima bugünün iletişimsel yapıları boyunca gerçekleşmektedir. Bu yapıları ortadan kaldırmaya ya da baskılamaya çalışmak, anlama olasılığını düşürecektir. Araştırmanın tarihselliği ayrıntılandırılmaya ve gerekçelendirilmeye ihtiyaç

---

<sup>57</sup> a.g.e. s.373.

<sup>58</sup> a.g.e. s.373.

<sup>59</sup> a.g.e. s.373.

duymaktadır. Anayasayı yorumlayanlar, güncel bağlamın tutsağı olmuş ve de geçmiş geri dönülemez şekilde kaybolmuş gözükebilecektir. Fakat bu bakış açısı hatalı şekilde tarihin nihayetinde gerçekten objektif bir karakterinin olduğunu varsaymaktadır. Bu basit tarih bakış açısının üstesinden gelindiğinde ise bizi bugüne mahkûm bırakmaktansa geçmişini görmemiz için yol açan güncel bağlamımız yeni bir çehre kazanacaktır<sup>60</sup>.

Leyh, Gadamer'in ön yargı ve aklın aşılabilirliği arasında olduğu iddia edilen gerilimi açıkça inkâr ettiğini ifade eder. Ön yargının gerekçeyi engellediğine dair yaygın bakış açısı, aydınlanmanın saf aklın yüksek konumunu elde etmek amacıyla tarihselliğin üstesinden gelme hedefinin bir sonucu olarak görülür. Bununla beraber felsefi hermeneutik, tüm aklın tarihi olduğunu ve ifadesini sadece somut olarak uygulandığında bulunduğunu iddia etmektedir. Tarihî metinlerin amacını incelemek için bugün tarafından müdahale edilmemiş bir alan yoktur. Tarihî bilgiyi yalnızca onun geçmişini bugünle birlikte sürekliliği ile birlikte görerek elde edebiliriz ve hukukçunun uygulamada yaptığı da tam olarak budur: "Hukukun kırılmış sürekliliğini temin etmek ve hukuki fikir geleneğini korumanın normatif çalışması". Bu fikrin radikal belirsizliğe ve sınırlandırılmamış göreceliliğe yol açacağı yönündeki iddialara rağmen Leyh aslında bunun bir istikrarsızlaştırma içgörüsü olmadığını savunmaktadır. Aksine anayasal metinlerin ön yargılar aracılığı ile günümüzde bizimle konuşmalarına izin vererek aslında anayasal hukukun üstünlüğü mümkün olan tek yol ile korunmaktadır<sup>61</sup>.

Hukukçunun yorumdaki amacı, onu eldeki dava tarafından sunulan somut güncel uygulamaya hukukun anlamını geçerli kılmaktır. Yargısal hermeneutikte yorum ve uygulama ayrı şeyler değildir. Bir davanın gerçekleri kısmen yorum yapıcılarıdır. Hukuktaki gerçekler ve uyumsuzluklar hâkimin anayasal anlamı muhasebe etmesinde yol göstericiler olarak kabul edilmektedir. Bu yolla yasal hermeneutikler, geçmişimizin yeniden inşasında mevcut koşulların yapıcı karakterini göstermektedir<sup>62</sup>.

Hâkimi bir yasal metni yorumlamaya yönlendiren, hukuk, metin ve onun orijinal yazarları arasındaki elde edilmesi gerektiği söylenen ilişkiden ziyade yasal metnin konusudur. Hâkimin yükümlülüğü,

---

<sup>60</sup> a.g.e. s.375.

<sup>61</sup> a.g.e. s.376.

<sup>62</sup> a.g.e. s.376.

hukukun mevcut ihtiyaçlara cevap vermesini sağlamaktır. Bu sorumluluk ancak güncel bağlamın bir yasal metnin anlamını tesis etmek için gerekli arena olarak kabul edilmesi yoluyla yerine getirilebilecektir. Felsefi hermeneutik anayasal anlamın tam anlaşılmasının, ön yargılarımızın ve metnin sergilendiği dilin değişken doğasının bilincinde olmamız gerektiğini öne sürmektedir. Uygulama şartlarında bu, yorumcunun kavramsal dil ve siyasi değerlerle ilgili değişiklikleri bilmesi ve anayasanın şartları ile geleneğini eldeki davaya anayasanın amacına uygunluk sergileyen bir yolla uygulaması anlamına gelmektedir. Anayasal anlam uygulama alanında üretilmektedir ve mutlaka tarihsellik ile sınırlandırılmıştır. Leyh'e göre -Gadamer'in söylemine paralel şekilde- anayasal yorumun amacı, geçmiş ile geleceğin ufuklarının bir almasıdır<sup>63</sup>.

Leyh, anayasal hermeneutiğin arzulanan belli bazı siyasi çıktıları üretmek için tasarlanmış bir yorum teorisi üretmeyişi üzerinde durur. Hermeneutik, liberal ya da muhafazakâr hedefler için kullanılabilir. Bu gerçek onun orijinalizm eleştirisine güç vermektedir. Orijinalizmin ise sık sık muhafazakâr siyasi sonuçlara katkı sağladığını ifade etmektedir. Leyh, orijinalistlerin yanlış anladığı noktanın kendi tarihî kuruluşlarının doğası olduğunu savunmaktadır. Tarihî sorgulamanın karakteri hakkında eleştirel bir farkındalığın yokluğu orijinalistleri dilin, metnin ve yorumun doğası hakkında savunulamaz önerilerde bulunmaya yönlendirmektedir. O, orijinalizmin bu tarihi ciddiye alma girişiminde kendi tarihini unuttuğu için başarısızlığa uğradığı ve orijinalizmin yetersiz bir anayasal yorum muhasebesi sunduğunu iddia etmektedir<sup>64</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere felsefi hermeneutik, anayasal sorunlara doğru cevaplar üretmek için tasarlanmamıştır. Onun katkısı, tüm insan söylemi ile ilgili gerekli arka plan şartlarının aydınlatılması hususundadır. Uygulamada bu, herhangi bir verili anayasal yorumun bu arka plan prensip ve şartları ile ne ölçüde uyumlu olduğu ile ölçülebilecektir. Bir yorumun insan anlayışının arka plan koşulları ile tutarsız olduğu noktada böyle bir yorumu, kendini haklı çıkarma bakımından yetersiz olmakla yargılayabiliriz. Böylece felsefi hermeneutik bir metni kesin olarak okuma yöntemi duruşu sergilemeden bunun yerine metinsel anlamı anlamayı hedefleyen metodolojik uygulamalara

---

<sup>63</sup> a.g.e. s.376.

<sup>64</sup> a.g.e. s.380.

bir değerlendirme standardı sunmaktadır. Anayasal hermeneutik, temel yasanın verili bir yorumu hakkındaki anayasallık tartışmalarını yargılamak için gerekli materyalleri sağlamaktadır<sup>65</sup>.

Anayasal yorum, temel metni yeni tarihî ve pratik bağlamlara iletme aktivitesidir. Yorum, anayasal hükümde yatan “yasal fikri” uygulamaya koymaktır. Böyle bir teori pratikle bir arada olduğu ölçüde herhangi bir yorumun içeriği, bir sorgulamayı başlangıçta çerçeveleyen güncel kavram, gerçek ve kategorilerle derin şekilde birbirine dolaşmaktadır. Sadece orijinal anlamı tarif etmek veya diğerlerinin anayasal pasaj hakkında söylediklerini tekrar etmek, hukuku mevcut dinleyiciye konuşturmak yükümlülüğünden kaçınmak demektir. Hukuka uygun bir etki verme arayışındaki hâkimler, geleneksel anlayışların yorumsal ve yasal yargılamaları şekillendirdiği yol hakkında kendilerini bilgilendireceklerdir. Verili bir yasal metnin dilsel alanı dâhilinde bir seçim olan yorumun hedefi, yasa koyucunun niyetini ortaya koymak değil metinde yatan amacı açığa çıkarmaktır. Yasanın amacı psikolojik değil normatiftir<sup>66</sup>.

Yasal bir normun amacı üzerinde duran Barak'a göre normun amacı, hem subjektif hem de objektiftir. Yani amaç, yasa yapımcıların niyeti ile birlikte yasayı uygulayan topluluğun bu uygulama vasıtasıyla başarmak istedikleri ve onların temsil ettikleri hukuki topluluğun derin ve temel anlayışlarının oluşturduğu bir bütündür. Toplumun kimliğini oluşturan değer ve politikalarından meydana gelmekte, hukuki topluluğun kendi kimliğini ve bu kimliğin çeşitliliği anlayışını yansıtmaktadır. Objektif ve subjektif anlamlar genellikle örtüşür ancak yine de bu anlamlar arasında bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir<sup>67</sup>.

Barak'a göre objektif ve subjektif anlamlar sorgulandığında normun dilsel anlamını ortaya koyan subjektif anlam tercih edilmelidir. O, bunu güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak görmektedir. Bu durum objektif anlamın önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Objektif anlam, çatışan subjektif anlamların değerlendirilmesinde önemli bir kriterdir. Bunun da ötesinde toplumdaki değişimler ve güncel yasalardaki değişimler subjektif anlamı kabul edilemez kılacaktır. Bu durumda

---

<sup>65</sup> a.g.e. s.380.

<sup>66</sup> a.g.e. s.380; Barak, A. (1993). “Hermeneutics and Constitutional Interpretory”, *Cardozo Law Review*, C. 14, s.770.

<sup>67</sup> a.g.e. s.770.

anayasanın metninde yatanın objektif anlam olması nedeniyle subjektif anlamı yansıtan yasa anayasaya aykırı bulunabilecektir<sup>68</sup>.

Hâkimin takdir yetkisi ise onun hukuki sınırlar dâhilindeki çeşitli yorum alternatiflerinden birini tercih etmesi anlamına gelmektedir. Hâkimin takdir yetkisi olmadan yorum yapamayacağı kabul edilmektedir. Takdir, duygusal ya da zihinsel değil normatif bir durumdur. Subjektif teori, çeşitli subjektif amaçlar arasında genel düzeyde takdiri kabul eder. Objektif teori de farklı seviyedeki objektif amaçlar arasında ve çatışan değerler ile prensipleri dengelemek konusunda takdirin varlığını benimser. Barak, takdirin kullanımına ilişkin tavsiyeleri herhangi bir yorum teorisinin en önemli yönlerinden biri olarak görmektedir. Yorumda objektif ve subjektif amaçlar arasındaki seçimin daha geniş bir yargısal takdir kavramına yerleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Konu anayasal yorum olduğunda bu özellikle gerekmektedir çünkü yargısal takdire ilişkin temel düşünceler doğasında anayasaldır. Bu düşünceler, demokratik bir toplumda hâkimin rolü hakkında sorular doğmasına neden olmaktadır. Bu sorular, anayasal metnin yorumcusu olarak hâkimin anayasal rolü ile yakından ilgilidir<sup>69</sup>.

Anayasal yorumun objektif ve subjektif amaçlarının uygun bir karışımının nasıl olacağı hukuki toplumun genel fikri tarafından oluşturulacak siyasi bir karar olarak değerlendirilmektedir. Anayasal yorum, yasal yorumdan ve tüm diğer hukuki yorumlardan farklıdır. Anayasal metnin amacı millî varlığa katı temeller sağlamaktır. İnsanların temel özlemlerini somutlaştırmak, temel seçimleriyle gelecek nesillere rehberlik etmek, çoğunluğu kontrol etmek ve bireysel haysiyet ile özgürlüğü korumaktır. Bütün bu amaçlara ulaşmak için yorumda yalnızca anayasa koyucuların subjektif amaçlarını esas almak yeterli olmayacaktır. Subjektif amaçlar en geniş anlamları ile kullanılsa bile yeterli olmayacaktır. Onlar modern insanların özlemlerine karşılık veremeyebilir ve modern insanın haysiyet ve özgürlükleri ile tutarlı olmayabilir. Bir anayasa, yaratıcısından daha bilge olmalıdır. Diğer hukuki yorumların aksine anayasal yoruma, normatif nitelik taşıyan objektif amaçlar hâkim olmalıdır. Objektif amaç kökeni geçmişte yatan, dilsel anlamın sınırları dâhilinde somutlaşan bir hayat vizyonudur. O, bir nesilden diğerine aktarılan üstün değerlerin bir yansımasıdır.

---

<sup>68</sup> a.g.e. s.770.

<sup>69</sup> a.g.e. s.773.

Objektif amaçlar doğrultusunda yorum, yasa yoluyla hareket eden çoğunluğu kısıtlayacaktır ancak aynı şey subjektif amaç doğrultusunda yapılacak yorum bakımından da geçerlidir. Herhangi bir yorum teorisinin meşruiyeti metinden ya da kurucuların niyetlerinden kaynaklanmaz. Anayasa yorum teorisinin meşruiyeti, anayasanın meşruiyeti gibi yorumun subjektif amacının dışındaki hukuk dışı kaynaklardan türemektedir ve ayrıca yorumun objektif amacını meşrulaştırabilmektedir<sup>70</sup>.

Anayasanın amacını belirlerken hâkim, köklerini tarih ve gelenekten alan takdir yetkisini kullanmaktadır. Hâkimin modern amaçlara ilişkin bakışı tarihsel amaçlara ilişkin bakışı ile uyumlu olmalıdır. Modern amaç, diğer modern hâkimler tarafından tanınan genellik düzeyi ile uyumlu olmalıdır. Emsallere saygı gösterilmelidir. Hâkim kişisel değerlerini empoze etmeye çalışmak yerine millî yaşamın temel değerlerini yansıtmaya çalışmalıdır. Bu değerler azınlıkların ya da çoğunlukların değerlerini değil temel idealleri yansıtır. Anayasal yapı ve sisteme uygun olmalı ve anayasal şemada süreklilik arz etmelidir. Anayasa; maddelerinden birinin yorumlanması, tüm metnin yorumlanmasını gerektiren bütünleşmiş bir belgedir. Hâkimden metni yorumlarken bir tarihçi, bir filozof ve bir kâhin olması istenir. Ancak hâkim hata yapabilir ve hatayı önleyebilecek bir yorum metodu yoktur. Burada önemli olan, yorumcunun genel anayasal şemaya uygun işlevini yerine getirmesidir<sup>71</sup>.

Yorumun “yasal fikri” uygulamaya koymak olduğunu ileri sürmek, bir hukukçunun yazılı hukuk tarafından işaret edilen bilgi ve deneyime sahip olması gerektiğini iddia etmektir. Tüm anlama ilgilerindeki ana konu, metnin ifadeleri ile bizim tartışma konusu gerçeği anlayışımız arasındaki anlamlı ilişkidir. Yargı üzerinde önemli siyasi kontroller de vardır. Metnin dili sınırlayıcıdır. Hâkimin metne veya metin ile ne yapmak isterse serbest olarak yapabileceği bir yer yoktur. Yorum, yasal metne dilsel anlamını tarafından desteklenmeyen bir anlam vermemeli; daima dilsel anlamın sınırları dâhilinde kalmalıdır. Ek olarak bir hâkim, güncel normatif söylemin koşulları ve karakteri ile sınırlandırılmıştır. Çünkü anayasal yorumun amacı, hukukun anlamını güncel bağlamımıza tercüme etmektir. Yasanın meşru kalması isteniyorsa metnin dilsel ve ahlaki sınırlarına saygı gösterilmesi gerekmektedir<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> a.g.e. s.772-774.

<sup>71</sup> a.g.e. s.772-774.

<sup>72</sup> Leyh, G. (1988). s.381; Barak, A. (1993). s.768.

Tüm bu kısıtlamalara Amerikan hukuk geleneğinde emsal içtihatlarla verilen büyük değer de eklenmektedir. Hâkimlere “hukuki fikir” ile eldeki dava arasında, kabul edilmiş yasal metinlere sadık olacak şekilde anlamlı bağlar kurmak öğretilmektedir. Bunun hukukun genel amaçlarına bağlılık ve deneyim tarafından bilgilendirilmiş bir pratik yargılama uygulamasından başka bir şey olması gerekmektedir. Tüm yargısal takdiri ortadan kaldıracak böyle algoritmik bir yargılama uygulaması mümkün değildir. Bu anlayışta, anayasal yorum bir sanattır. Yorum nihayetinde pratik yargılamanın çeşitli yönlerine dayalı görülür. Bunlar deneyim, bilgi, ilgili hukuki fikirler, davanın ilgili bölümlerini ayırt etme konusunda analitik yetenekler ve bu çeşitli parçalardan gerekçeli bir bütün oluşturmada zarafettir<sup>73</sup>.

Anayasanın yorumunun taşlaşmış kelimelere yeni bir yaşam verdiğini vurgulamak, anayasal anlamın yeni olaylara doğal uygulanışı sırasında sürekli değiştiğini ifade etmek olarak görülmektedir. Anayasal anlam ne sabit ne de belirlidir. Çünkü anlamın aktarımı değişken dilsel, siyasi ve ahlaki yapılara dayanmakta ve anayasal anlam da mutlaka gelişmektedir. Anayasal hukuk, bir siyasi uygulama biçimidir. Ancak mahkemenin anayasa yorumu, ülkenin üst hukuku değildir. Anayasal yorum, ülkenin üst hukuku olarak anayasanın ne anlama geldiğine dair yasal manada bağlayıcı bir seçim olarak kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

Barak'a göre metnin olası dilsel yorumları arasında yapılacak seçimlerden herhangi birini doğru olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Ancak, “uygun” ifadesini kullanmak mümkündür. Dilsel anlamdan hukuki anlamı çıkarmak için kullanılacak yöntemin seçimi yorumsal bir seçim değildir. Hermeneutik bize hangi yaklaşımı seçeceğimizi söylemez. Hangi yöntemi ya da teoriyi benimseyeceğimize ilişkin seçimimiz politiktir. Bütün yorum teorileri, yorumsal olmayan düşüncelerin sonuçlarıdır. Yöntem seçimi hâkime ya da teorisyene ait değildir. Seçim, nesiller boyunca hâkim ve teorisyenlere aktarılan birikimin bir ürünüdür<sup>75</sup>.

Leyh felsefi hermeneutiğin tüm insan anlayışının belli, yok edilemez şartlarını ortaya koyduğunu öne sürmektedir. Anayasal teoriler,

---

<sup>73</sup> Leyh, G. (1988). s.382.

<sup>74</sup> Leyh, G. (1988). s.382; Barak, A. (1993). s.768.

<sup>75</sup> a.g.e. s.768.



orijinalizmin yaptığı gibi bağlı oldukları yorumsal aktivitenin “anlayış” a dair eksikliğini sergileyerek bu şartları inkâr etmektedir. Leyh’e göre felsefi hermeneutik, yorumun bulanık olarak düşünüldüğü, anayasa teorisi gibi disiplinler için bir şekilde değer taşıyabilecektir<sup>76</sup>.

## **B. HERMENEUTİK SOMUTLAŞTIRMA**

Hermeneutik somutlaştırma yöntemi, anayasanın diğer yasalara göre farklılığını ön plana çıkarıp bu farklılığın niteliğine uygun olacak şekilde norma bağlı kalmak yoluyla kontrol edilebilir ve akılcı bir yöntem oluşturarak yorum sorununa bir çözüm aramayı amaçlamaktadır<sup>77</sup>.

Uğur, pozitivistin aşırı biçimci, “hukuk eşittir kanun metni” anlayışına ve bu anlayışın yargıcı kanunun sözlerini tekrar eden bir süje konumuna yerleştirmesine dikkat çekmekte ve bu anlayışa karşı geliştirilen sosyolojik akıma değinmektedir. Sosyolojik akım, hukuk düzeni ile toplumsal düzen arasındaki ilişkiler üzerinde dururken yorum açısından da değer ve amaç kavramlarına yaygın ve kapsayıcı değer tanıyan bir metodoloji benimsemektedir. Uğur’un üzerinde durduğu F. Müller’e ait hermeneutik somutlaştırma yöntemi ise her iki yaklaşımın aşırı yanlarını gidererek uzlaştırma amacı taşımaktadır. Müller yaklaşımını oluştururken Gadamer’in çalışmalarından etkilenmiştir<sup>78</sup>.

Tıpkı Gadamer gibi anayasanın yorumlanması işlemini onun somutlaştırılması işlemi olarak gören Müller’e göre bu işlem, toplumsal gerçeklik bağlamında gerçekleştirilmelidir. Müller, somutlaştırma sürecini daha yakından analiz ederek norma bağlılığı yapısallaştırma ve rasyonelleştirme girişiminde bulunmuştur. Yorumun amacı, normun toplumun ve zamanın gereklerine uydurulmasıdır. Somutlaştırma sürecinde norma bağlılığı daha baştan farklı bir konuma oturtmuştur. Müller, hem metnin üstünlüğünün ve hem de toplumsal gerçekliğin önemini bir arada koruyabilmek için bir anayasa normu anlayışı gerçekleştirmek istemiştir. Bunu, gerçeğin belli bir kesitini normun bir parçası hâline getirerek, norm-gerçek bütünlüğü oluşturarak yapmayı hedeflemiştir<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> a.g.e. s.386.

<sup>77</sup> Gülsoy, M.T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s.229,230.

<sup>78</sup> Uğur, A. (1983). s.193.

<sup>79</sup> a.g.e. s. 193.

Olan ile olması gereken arasındaki ilişkiyi çözmeyi amaçlayan Müller, pozitivistlerin aksine “olan”ı bir kenara bırakmadan, onun bir kesitini normun bir parçası hâline getirerek olan ile olması gerekeni bir bütün olarak değerlendirmeye almaktadır<sup>80</sup>. Müller'e göre her normun metni bir program içermektedir. Normun sözü ile ilgili verileri kapsayan norm programı klasik teorideki hukuki buyruğa denk düşmektedir. Norm metni ile ilişkili olabilecek tüm nesnel veriler ise normun nesnel alanıdır. Norm alanı ise normun nesnel alandan seçtiği verilerdir. Nesnel veriler, norm olay üzerinde somutlaştırılırken normun kurucu unsuru hâlini almakta ve kararın oluşumunda belirleyici bir rol üstlenmektedir<sup>81</sup>. Normun somut olaya uygulanabilmesi, karar normuna dönüşebilmesi için somutlaştırılması, içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda norm, kural ve içerik olarak açıklığa kavuşmakta; farklılaşıp gelişmektedir<sup>82</sup>.

### C. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE ALMANYA ANAYASA HERMENEUTİKLERİNDE TEMEL DEĞERLERİN ROLÜ

Anayasa yargısında, farklı ülke uygulamalarının belli bazı kavramlara yaklaşımındaki ve bunları kendi anlayışlarında konumlandırmasındaki farklılıklar anayasa metninin ele alınışında ve yorumlanmasında farklılıklara neden olmaktadır. Bu duruma örnek olarak ABD ve Alman anayasa yargısında temel değerlerin konumlandırılmasındaki farklılaşmayı vermek mümkündür. ABD'de, ilke veya siyaset üzerine önermeler olarak görülen değer argümanlarının olasılıkları makul iki seçeneğe indiren anayasa hâkimini, ahlaki bakımdan zorlayan seçerek ahlaki değer argümanını kesin elde edilebilir kılması gerektiği kabul edilmektedir. ABD'de değerler Anayasa metninin dışında yer almaktayken Almanya'da anayasaya dâhildir<sup>83</sup>.

Wagner, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasal metnin ötesinde var olan bir objektif ahlaki düzenin temel bütünlüğüne ve bilinebilirliğine güvene dayalı olarak önüne gelen davalarda anayasal değerler şemasının taleplerini karşılayan somut hak ve ödevlerin daha genel bir ifadesine katkıda bulunmayı hedeflediğini savunmaktadır. Yargısal aktivite ile değeri ortaya çıkarırken mahkemeyi somutlaşmış

---

<sup>80</sup> Eyrenci, Ö. (1981). “Anayasanın Yorumlanması Yönetmelerine Genel Bir Bakış”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 1, s. 53,54.

<sup>81</sup> Uğur, A. (1983). s. 194.

<sup>82</sup> Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, s. 90.

<sup>83</sup> Gülsoy M.T. (2007). s. 232, 233.

sosyal ve politik hesap verilebilirlikte vücut bulan bireysel insan kişiliğinin gerçek gelişimini öngörür kabul etmektedir. Mahkeme, yargılamasının bu gelişim üzerinde etkili olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Bunu sadece anayasal hak ve ödevlerin kapsamlı ifadesi ve somut uygulaması yoluyla değil ayrıca ortak iyi için genel sosyal iş birliğine rehberlik sunan, değişen şartların ortak ahlaki yorumu ve siyasi karar ve idari yönetimin daha etkili yollarına başvurusu ile de gerçekleştirmektedir<sup>84</sup>.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasal uyuşmazlıkları çözmek için başvurduğu metodoloji, değişen şartlardan doğan materyal uyuşmazlıklarının anayasanın ilk prensipleri ile verilen temel değerlerinin somut içeriğinin belirli kılınmasına izin verdiğini varsaymaktadır. Belli uyuşmazlıklar, birden fazla temel değerle ilgili olma kapasitesine sahip kabul edilmektedir. Fakat Mahkeme, prensiplerin ayrıca somut yüklerin çözümlerine ulaştırılması içinde var olduklarını farz etmekte ve ilgili bütün değerlerin çekirdek anlamlarının temin edilmesi hiçbir temel nitelik aranmaksızın her durumda haklı çıkarılabilmektedir<sup>85</sup>.

Wagner'e göre ABD uygulamasında, anayasa ve düzeltmeleri farklı bir vurgu taşımaktadır. Metin, az ya da çok faydacı bir refah, adillik ve hükümet müdahalesinden bağımsızlık anlamında bir kişisel özgürlük nosyonu ifade etmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin yorum metodu; hükümetin etkinliği, adalet ve kişisel otonominin temel değerlerini temin etmek için değişen şartlarda hakemlik gücüne odaklanmıştır. Hükümetin etkinliği ve kişisel otonomiye ilişkin hedefler çatıştığında Mahkeme genellikle somut önceliği, faydaya ilişkin kaygıların zorlayıcı yoğunlukta görüldüğü durumlar dışında kişisel otonomiye tanımaktadır. Şüpheli bir ahlaki ve siyasi epistemolojinin rehberliğinde Mahkeme, somut kararlarının birçoğunda çoklu ve tartışmalı gerekçeleri tercih etmektedir. Çalışmasını meşru kılmak için muğlak kavram ve anlamların ortak kabullerinden ziyade içtihadın istikrarına ve hükümetin pratik başarısına yaslanmaktadır. Mahkeme üyeleri, kararları için daha teorik gerekçeler sunduklarında ise onları somut veya sistematik değer nosyonlarına değil kurucuların niyetlerine ya da yalıtılmış kavramların biçimsel faaliyet alanlarına dayandırmaktadırlar<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Wagner, W. J. (1996). "The Role of Basic Values in the Contemporary Constitutional Hermeneutics of Germany and the United States", ss.183. [http://www.zaoerv.de/56\\_1996/56\\_1996\\_1\\_2\\_a\\_178\\_204.pdf](http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_1_2_a_178_204.pdf). (Erişim Tarihi: 30.10.2019)

<sup>85</sup> Metin, Y. (2008). s.90.

<sup>86</sup> Wagner, W. J. (1996). s.183.

Wagner'in karşılaştırmalı bakış açısından Alman anayasal şeması, temel değerler olarak değer sahibi ahlaki hedefleri onaylamaktadır. Amerikan şeması ise onları, kişisel mutluluk arayışına yardımcı olduğuna inanılan özgürlüğün ve refahın doğal gereği görmektedir. Almanya anayasal yorumu, objektif sosyal değerlerin farkına varmaya yönelik, devletin ve toplumun genel ortak bir projesi için somut durumların anlamının keşfi olarak belirlemiştir. Amerika'da ise refahı katlamak ve bireysel hayal gücünün çeşitli projelerinin farkına varmak için hem toplum, hem de bireyler için değişen şartlardaki materyal fırsatları bulmaya çalışmaktadır<sup>87</sup>.

#### D. YAPIBOZUMCU YAKLAŞIM

Doktrinde Sandu, yapıbozumculuğu bir kültürel paradigma olarak postmodernizmin karakteristiği kabul etmektedir. Yapıbozumcu-yeniden inşa edici hermeneutik analizde, tarihî veya sosyal fenomenin varoluşsal anlamı, sosyal-tarihsel gerçekliği; yeniden çerçeveslendirilmiş bir yorum tarafından oluşturulan bir yapı olarak anlayış anlamında analiz edilebilir. Yasal sistemin analizi, yorumsal inşanın kolektif karakterini mutlaka dikkate almalıdır. Yorumun veya bağlamın radikal şekilde değiştirilmesi durumunda bilincin gerçekliğin kendisinin yerini tuttuğu gerçekliğin sunumunun yorumu değiştirilir. Bir toplumdaki kolektif yorum kümesi o toplumun kültürünü oluşturmaktadır. Bu, durumda ahlaki değerlere bağlı belli toplumların hukuki bu değerlerin içerikleri ile uyumlu olması olasıdır. Hukukun ahlaki değerinden vazgeçen diğer bazı toplumlarda ise onun faydalılığı ön plana çıkarılacaktır. Yasal kurumların sosyal yapılandırılmasının nasıl gerçekleştirildiğinin her biri farklı bir kültüre, ideolojiye veya tarihî bir döneme adanmış birçok farklı yorumu bulunmaktadır<sup>88</sup>.

Yapıbozumcu ve okuyucu-cevaplı terminoloji yasal yazına sızmıştır. Edebî analiz biçimlerinden en popüler yapıbozumculuk olmuştur. Önde gelen bir yapıbozumcu olan ve ABD'de birçok takipçisi bulunan Derrida'nın edebî metin ilgilendiren baskın iddiası; dilin bağımsız olarak var olan işaretleri gösteren bir işaretler zinciri olarak kabul edilmesinin bırakılmasından beri metinler, dilden bağımsız var olan dışsal bir

---

<sup>87</sup> a.g.e. s.183,184.

<sup>88</sup> Sandu, A. (2010). Constructive-Postmodern Approaches on the Philosophy of Law, s.23,29. <http://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2010/10/PO-3-2.pdf>. (Erişim Tarihi: 30.10.2019)

dünyanın resmini çizmemektedir. Metnin dışında bir dünya yoktur. Sonuç olarak bildiğimiz dünya yalnızca bir sunumdur. Derrida'nın görüşleri nihilizm eleştirileri ile karşılaşmıştır<sup>89</sup>.

Yapıbozumculuk, basitleştirilmiş anlatımı ile uzay ve zamanın dışında yer alan ve onların oluşturdukları algılardan farklı olan, algı kavramlarımıza dayanarak yaratıda bulunduğumuzu savunmaktadır. Kişi kendi kavramını paylaşmak istediğinde onu fiziksel bir şekilde ifade eder ve başka bir kişi de onu kendi zihinsel kavramı olarak yeniden şekillendirir. Yapıbozumcu analizin nesnesi olan hiçbir şey daha önceki bir ayrıcalığı koruyamaz. Hiçbir şey kutsal değildir ve bir metin her zaman yalnızca başka bir şeyin sunumu olabilir. Üzerinde, doğruluğun onaylanabileceği temel bir dayanağa hiçbir zaman ulaşamaz. Bu sonsuz işaretler zinciri karşısında hiçbir şey metnin dışında kabul edilemeyecektir. Bu yaklaşıma göre kimse doğru, tercih edilen bir anlama ulaşamaz ancak yapıbozumun amacı da bu değildir<sup>90</sup>.

Yapıbozumun amacı, sadece yeni anlam olasılıklarını tartışmaya açmaktır. Onun bir metin için bu olasılıkları ortaya koyabileceğini tahmin etmek güç görülmektedir. Hele ki anayasa gibi belirsiz ve soyut anlama sahip metinler söz konusu olduğunda. Ancak anayasal yorum söz konusu olduğunda yapıbozumsal yaklaşımın verimli sonuçlar doğurabileceği fikri kuşku uyandırıcıdır. Yapıbozumu anlamı belli kabul edilen kutsal metinlere yer vermemektedir<sup>91</sup>.

Anayasa da temel toplumsal değerleri yansıtmaları dolayısıyla üstünlüğü ve bağlayıcılığına derin bir inanç duyulan bir metin olması nedeni ile kutsal metinlere benzeri olarak ele alındığında yapıbozuma tabi tutulması güç görülmektedir. Ayrıca anayasayı yorumlama yetkisi, hukukun üstünlüğü tarafından bir arada tutulan bir yorumlayıcılar topluluğu tarafından sınırlanmıştır. Anayasal yorum üzerinde yapıbozum tekniklerinin uygulanması hâlinde ise kamu yararının anayasal yorum sürecinde yalnızca o günün kazananlarının kişisel çıkarları tarafından belirlenmesi gibi bir durum söz konusu olabilecektir<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Davis, D. H. (1994). s.17-21.

<sup>90</sup> a.g.e. s.17-21.

<sup>91</sup> a.g.e. s.17-21.

<sup>92</sup> Davis, D. H. (1994). s.17-21; Sandu, A. (2010). s.23-29.

## SONUÇ

Anayasa metinlerinin yorumlanması, modern demokrasilerde anayasal düzene verilen büyük ve vazgeçilmesi mümkün olmayan önem karşısında her daim güncelliğini koruyacak bir tartışma konusu olarak varlığını sürdürecektir.

Anayasanın yorumlanması tartışmasına hermeneutik yaklaşımın katkısı dikkate değer gözükmektedir. Yaklaşımın anayasa metninin sınırlarından ayrılmaksızın, geçmiş ve bugünü bağdaştırır bir anlama ve uygulamaya ilişkin yorum anlayışı -her ne kadar bir metodoloji sunma iddiası taşımasa da- yorum anlayışına bir çerçeve çizmesi bakımından önemli gözükmektedir.

Anayasa bağlamında hermeneutiğin metin, tarihsel bağlam ve yorumlayıcı karşılıklı bir etkileşim içinde sunan yaklaşımı ve toplumsal birikimin bir sentezi olarak ön yargı kavramını yadsımayıp kabullenışı, anayasa yargısının ve anayasa yargıcının meşruiyetine ilişkin tartışmada anayasal yorum yararına bir güçlendirici katkı sağlar gözükmektedir.

Anayasanın tarihi, kurucularının ve metninin kendisinin amaçları, günümüz koşulları ve anlayışı ve tüm bunlardan hareketle yorumcunun oluşturacağı ön yarguları ile şekillenen anlama ve uygulamadan meydana gelecek bir anayasal yorum anlayışı sınırlandırıcı olmayıp yeni tartışmalara açık ve teşvik edici olması bakımından önemli ve hukuk düşüncesinin süregelen devinimine katkıda bulunabilmek bakımından değerlidir.

## KAYNAKÇA

- BALL, Terrence (1992). "Constitutional Interpretation and Conceptual Change", *Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s. 129-143.
- BARAK, Aharon (1993). "Hermeneutics and Constitutional Interpretory", *Cardozo Law Review*, C. 14, s. 767-774.
- DALY, Eoin (2008). Hermeneutic Perspectives on Judicial Activism: Dworkin, Constitutional Interpretation and Judicial Law Making, [http://corkonlinelawreview.com/editions/2008/2008\\_COLR\\_16.pdf](http://corkonlinelawreview.com/editions/2008/2008_COLR_16.pdf), (Erişim Tarihi: 29.10.2019)
- DAVİS, D. H. (1994). Preserving the Integrity of the Constitution: an Examination of Deconstruction and Other Hermeneutical Theories, [http://academics.umhb.edu/sites/all/files/academics/documents/CRL/integrity\\_of\\_the\\_const.pdf](http://academics.umhb.edu/sites/all/files/academics/documents/CRL/integrity_of_the_const.pdf), (Erişim Tarihi: 22.12.2018).
- DILTNEY, Wilhelm, (2011). *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, Çev. Özlem D. İstanbul: Notos Kitap.
- ESKRİDGE, William N. (1990). "Gadamer/Statutory Interpretation", *Cardozo Law Review*, C. 90, S.3, s. 609-681.
- EYRENCİ, Öner (1981). "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 1, s. 45-57.
- FALLON, Richard H. (1997) "The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse" *California Law Review*, C. 97, S 1, s.1-56.
- GADAMER, Hans-Georg (1998)., *Hakikat ve Yöntem*, II. Cilt, Çev. Aslan H. ve Yavuzcan İ., İstanbul: Paradigma Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.
- GÜLSOY, Mehmet Tefik (2007), *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- HEPER, Altan (2012). "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/1, s. 72-85.
- KILIÇ Muharrem (2011). "Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 16, S 1, s. 63-78.

LEYH, Gregory (1988). "Toward a constitutional Hermeneutics", *American Journal of Political Science*, C. 32, S 2, s. 369-387.

METİN, Yüksel (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara:Asil Yayın Dağıtım.

PERRY, Micheal J. (1992). "Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and vice versa)", *Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s. 241-258.

SANDU, Antonio (2010). Constructive-postmodern approaches on the philosophy of law, <http://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2010/10/PO-3-2.pdf> .

TAŞDELEN, Vefa (2008). *Hermeneutiğin Evrimi:Kesitler*, Ankara: Hece Yayınevi.

UĞUR, Aydın (1983). "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.38,S 1, s. 181-196.

UZUN, Ertuğrul (2012). "Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 25, İstanbul Barosu Yayınları, s.72-96.

WAGNER, William Joseph (1996). The Role of Basic Values in the Contemporary Constitutional Hermeneutics of Germany and the United States, [http://www.zaoerv.de/56\\_1996/56\\_1996\\_1\\_2\\_a\\_178\\_204.pdf](http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_1_2_a_178_204.pdf), (Erişim Tarihi: 30.10.2019).







## ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

*Enforcement of the Constitutional Court's Decisions For Individual  
Applications*

**Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN\***  
**Arş. Gör. Muhammed ŞAHİN\*\***

### ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında etkili ve ikincil nitelikte iç hukuk yollarından biri de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoludur. Anayasanın 148/3. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular hakkındaki incelemesi, Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceye göre yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular konusunda verdiği hak ihlali kararları, Mahkemeye duyulan güvenin artmasını sağlamaktadır. Ancak bazı ilk derece yargı mercilerinin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarına uymadığı, karar gereklerini yerine getirmemekte direndiği, bu kararları sorguladığı görülmüştür. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararları, tek başına hak ve özgürlükleri korumaya yetmemekte; bu kararların gereğinin yerine getirilmesi yani kararların uygulanması da gerekmektedir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve özellikle derece

\* Prof. Dr., Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, kahraman88@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2086-487X

\*\* Arş. Gör., Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, muhammed2sahin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9355-2581

mahkemeleri tarafından ihlal kararlarının gereğinin yerine getirilmesi zorunluluğu konuları başta Anayasa olmak üzere ilgili mevzuat hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Kesinliği, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, Anayasa Mahkemesi Kararlarının İcrası, Hukuk devleti.

## **ABSTRACT**

One of the effective and secondary quality of domestic remedies for the protection of fundamental rights and freedoms is the individual application to the Constitutional Court. Article 148/3 of the Constitution and Article 45/1 of Law No. 6216 regulate the right of individual application to the Constitutional Court. According to these regulations, anyone may apply to the Constitutional Court for alleged violations of any of the fundamental rights and freedoms which are protected by the Constitution within the scope of the European Convention on Human Rights. The Constitutional Court's assessment of individual applications is done based on the assurance of fundamental rights and freedoms in the Constitution. The decisions of the Constitutional Court on violation of rights for individual applications create a positive perception of the legitimacy of the Court. However, it was observed that some of the first-instance judicial authorities did not comply with the decisions of the constitutional court, they resisted the enforcement of the decisions and questioned them. Therefore, the decisions of the constitutional court for infringements are not enough to protect the rights and freedoms alone and it is necessary to enforce these decisions. In this study, the certainty, bindingness and especially the necessity of the enforcement of the decisions on violation of rights by degree courts' were examined within the frame of constitution, regulations of applicable law and decisions of the Constitutional Court.

**Keywords:** Individual application to the Constitutional Court, the certainty of the Constitutional Court's Decisions, the bindingness of the Constitutional Court's decisions, Enforcement of the Constitutional Court's decisions, State of law

## GİRİŞ

Ülkemizde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında etkili iç hukuk yollarından biri de Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru yoludur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Uzun/Türkiye* kararı ile AYM'ye bireysel başvuru yolunu tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir<sup>1</sup>. AİHM'e göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) tanıdığı hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü, öncelikle ulusal makamlara düşmektedir<sup>2</sup>. Bu sayede ihlal iddiaları öncelikle iç hukuk mercilerinde incelenmekte ve ihlali düzeltme imkânı ilgili devletlere tanınmaktadır<sup>3</sup>.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hukukumuzda girmiş ve Anayasa Mahkemesi de 23 Eylül 2012'den itibaren bireysel başvuruları kabul ederek incelemeye başlamıştır. Bireysel başvuru yolunun hukukumuzda getiriliş nedenleri 5982 sayılı Kanun'un gerekçesinde ayrıntılı olarak belirtilmiş olup bu gerekçelerden biri de AİHM'e yapılan başvuru sayısını azaltmaktır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/04/2013 § 66.

<sup>2</sup> *Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 31.12.2010; *Vuçkoviç ve Diğerleri/Sırbistan*, 17443/11, 25/03/2014, § 69.

<sup>3</sup> Karakaş, I. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Ankara: AYM Yayını, S. 33, s. 13; *Kudła/Polonya*, B. No: 30210/96, 26/10/2000 § 152.

<sup>4</sup> 12.09.2010 tarihinde yapılan referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 Sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 148. maddesine ilişkin değişiklik gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlal kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye 'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir. Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukuka tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir.

*Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişikliklerle, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir.*

*Buna göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan*

AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin olarak 2013 yılı sonlarında verdiği bazı ihlal kararları<sup>5</sup>, dikkatlerin AYM üzerine çevrilmesine neden olmuştur. Özellikle siyasi parti kapatma kararları, bazı özgürlüklere ilişkin yasakçı yaklaşımı ve yargısal aktivizm içeren kararları<sup>6</sup> nedeniyle eleştirilen AYM'nin hakları koruyucu ve özgürlükçü nitelikte yorumlar yaparak ihlal kararları vermesi, Mahkeme hakkındaki olumsuz algının tersine çevrilmesini ve Mahkemeye olan güvenin artmasını sağlamıştır. Mahkemenin bu yöndeki kararları, medya organlarında haber ve yorum olarak genişçe yer bulmaya başlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 11.01.2018 tarihinde Şahin Alpay<sup>7</sup>, Mehmet Hasan Altan<sup>8</sup> ve Turhan Günay<sup>9</sup> başvurularını karara bağlamıştır. AYM, Turhan Günay başvurusu hakkında tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, diğer iki başvuru hakkında ise tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, 6216 sayılı Kanun'un 50/2. maddesi gereğince "... İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere..." dosyaları ilgili derece mahkemelerine göndermiştir.

Şahin Alpay'ın yargılandığı İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruçunun Anayasa Mahkemesinin bu kararına dayanarak tahliyesine karar verilmesini talep etmesi üzerine tahliye talebinin

---

*kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Şu kadar ki, bireysel başvuru kurumunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bu kapsamda incelenmeyeceği kuralı benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu müessesenin işleyişine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenecektir. Yapılan yeni düzenlemeyle, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir..."* <https://t24.com.tr/haber/anayasa-degisiklik-teklifinin-gerekceleri,73714>; Erişim: 02.1.2019.

<sup>5</sup> Bu konuda özellikle Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 04/12/2013; Mehmet İlker Başbuğ, B. No: 2014/912, 06/03/2014; Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 04/12/2013 kararları medyada ve akademik çevrelerde değişik haber ve yorumlara konu olmuştur.

<sup>6</sup> Bu kararlardan bazıları şunlardır: AYM, E. 1970/1, K. 1970/31, 16/06/1970; E. 1973/19, K. 1975/87, 15/04/1975; E. 1976/38, K. 1976/46, 12/10/1976; E. 1976/43, K. 1977/4, 27/01/1977; E. 1983/2, K. 1983/2, 25/10/1963; E. 1997/1, K. 1998/1, 16/01/1998; E. 1999/2, K. 2001/2, 22/06/2001; E. 1993/1, K. 1993/2, 23/11/1993; E. 2007/1, K. 2009/4, 11/12/2009; E. 2008/1, K. 2008/2, 30/07/2008.

<sup>7</sup> Şahin Alpay, B. No: 2016/16092, 11/01/2018.

<sup>8</sup> Mehmet Hasan Altan, B. No: 2016/23672, 11/01/2018.

<sup>9</sup> Turhan Günay, B. No: 2016/50972, 11/01/2018.

reddine ve tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Başvurucunun bu karara ilişkin itirazı da İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Derece mahkemeleri; gerekçeli ihlal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmadığı veya kendilerine tebliğ edilmediğinden, AYM'nin yetkisini aştığından, kendilerinin yerine geçerek yargılamanın esası ile ilgili karar verdiğinden, yerindelik denetimi yaptığından, delillerle ilgili takdir ve değerlendirmede bulunduğundan, bir anlamda beraat kararı anlamını taşıyabilecek karar verdiğinden bahisle başvurucunun tutukluluk hâline ilişkin herhangi bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir<sup>10</sup>.

Başvurucular, Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararının uygulanmadığı iddiasıyla yeniden AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Şahin Alpay başvurusu hakkında AYM, "mahkemeye erişim hakkının sağladığı güvencelerle de bağdaşmayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin tutukluluğa ilişkin ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine" karar vermiştir<sup>11</sup>.

Anayasa'nın 153/son ve 6216 sayılı Kanun'un 66/1. maddesinde, AYM kararlarının devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı yolunda açık hükümler bulunmasına rağmen bazı derece mahkemelerinin AYM kararlarına bazı gerekçeler ileri sürerek direnmeleri ve neticede karar gereklerini yerine

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak yapılan tahliye taleplerinin derece Mahkemelerince reddedilmesi şu gerekçelere dayandırılmıştır:

*i. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda yargılamanın yapıldığı mahkemenin yerine geçerek delilleri değerlendirip kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları inceleyemeyeceği ve yerindelik denetimi yapamayacağı, yerel mahkemece delil durumu takdir edilerek tutukluluk kararı verilmişse Anayasa Mahkemesince delillerin yetersiz olması nedeniyle ihlal kararı verilemeyeceği, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin davanın esasına girerek karar vermesinin "görev gaspı" niteliğinde bulunduğu, Mahkemenin yasal sınırların dışına çıkarak vermiş olduğu söz konusu kararın kesin ve bağlayıcı olduğundan söz edilemeyeceği,*

*ii. Anayasa Mahkemesi kararının otomatik olarak başvurunun tahliyesi sonucunu doğuracağını kabul etmenin mahkemelerin bağımsızlığı, mahkemelere emir ve talimat verilemeyeceği ve telkinde bulunulamayacağı yönündeki düzenlemelere aykırı olduğu,*

*iii. Başvurucunun yazılarının yanı sıra televizyon programlarındaki konuşmaları ve sosyal medyadaki paylaşımları birlikte değerlendirildiğinde FETÖ/DPDY'nin hedef ve amacı doğrultusunda hareket ettiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut deliller bulunduğu,*

*iv. Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkındaki ihlal kararı doğrultusunda tutukluluğa ilişkin ayrıntılı gerekçe yazılması halinde "ihlas-ı rey yasağına" aykırı hareket edilmiş olacağı.";* Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, 15/03/2018, § 18.

<sup>11</sup> Şahin Alpay (2), § 86.

getirmemeleri, güncelliğini koruyan konunun yeniden incelenerek yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu çalışmada AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin olarak verdiği kararların kesinliği ve bağlayıcılığı üzerinde durularak AYM tarafından ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler bağlamında verilen kararların özellikle yargı mercileri tarafından yerine getirilmesi zorunluluğu üzerinde durulacaktır. Çalışma konusu başta Anayasa olmak üzere ilgili mevzuat hükümleri, AYM ve AİHM kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

## I. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURULARI İNCELEME YETKİSİNİN SINIRLARI

Anayasa'nın 148/3. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Anayasa'nın 148/1. maddesi ile bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 47/1. maddesinde ise bireysel başvuru usulü düzenlenmiş olup bireysel başvuruların bu Kanun'da ve İçtüzük'te belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabileceği ve başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esasların İçtüzük ile düzenleneceği belirtilmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 49/6. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin incelemesinin *"bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği"* ve *"bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağıının belirlenmesi"* ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde Anayasa'nın 148/4. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 49/6. maddesinde *"kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bireysel başvuruda incelenemeyeceği"* belirtilmiş ve nihayet Kanun'un 50/1. maddesinde ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken yerindelik denetimi yapılamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerden Anayasa Mahkemesinin Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları inceleyerek karara bağlayacağı, Mahkemenin bu incelemeyi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere göre yapacağı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olmadıkça



hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesi derece mahkemeleri tarafından yapılacaktır<sup>12</sup>. Nihayet temel hak ve özgürlüklere müdahale olması hâllerinde derece mahkemelerinin değerlendirmeleri, Anayasa'daki güvencelere etki çerçevesinde Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular hakkındaki yetkisi, ikincil (*subsidiarity*) nitelikte olduğundan Mahkeme “*süper temyiz mercii*” olarak bir inceleme yapmamaktadır<sup>13</sup>. Nitekim Anayasa'da bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 148/4).

6216 sayılı Kanun'un “*Esas hakkındaki inceleme*” kenar başlıklı 49/6. maddesinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin yetkisinin sınırları belirtilmiştir: “*Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*”

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular konusundaki yetkisinin sınırını değişik kararlarında belirtmiştir<sup>14</sup>. AYM'ye göre<sup>15</sup>;

“Bu kapsamda, ilke olarak bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınamaz. Bu durumda, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.”

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular hakkındaki yetkisinin

---

<sup>12</sup> *Aliğül Alkaya ve Diğerleri*, B. No: 2016/12506, 07/11/2019, § 53; *Erdinç Engin*, B. No: 2012/695, 12/02/2013, § 22; *Tayibe Özkantaş*, B. No: 2013/6314, 20/03/2014, § 25; *Şahin Alpay* (2), § 56.

<sup>13</sup> *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

<sup>14</sup> İlgili AYM kararları için bkz.; *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, § 26, 12/2/2013; *Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42; *Sabahat Beşik ve diğerleri* B. No: 2014/3738, 21/12/2017, § 23.

<sup>15</sup> *Erdinç Engin*, B. No: 2012/695, 12.02.2013 § 22.

bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti ve bir ihlal var ise “ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere” hükmetmekle sınırlı olduğu görülmektedir. AYM, tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağını, 6216 sayılı Kanun’un 50/1. maddesi hükümleri çerçevesinde takdir edecektir<sup>16</sup>. AYM’nin bu konudaki takdir yetkisinin sınırları da yine Kanun’un bu maddesinde belirtilmiştir: “Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.”

Görüldüğü gibi AYM, tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken yerindelik denetimi yapamayacak ve idarenin yerine geçerek işlem tesis edemeyecektir. Mahkeme, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine karar vermekle yetinecek, gerekli işlemlerin yapılması için kararını ilgili mercilere gönderecektir<sup>17</sup>. AYM, bazı durumlarda somut olayın özellikleri çerçevesinde ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağına dair ilkeleri de belirleyebilecektir<sup>18</sup>.

## II. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ KESİNLİĞİ

Anayasa’nın 153/1. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtilmektedir. Bu hükmün yorumundan AYM kararlarının kesin hüküm (*res judicata*) niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır<sup>19</sup>.

Yargılama hukukunda, bir mahkeme kararına karşı temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamamasına<sup>20</sup> veya hiç kanun yolu öngörülmemesine ya da kanun yolu öngörülmekle birlikte bu yolların tüketilmesine<sup>21</sup> şekli anlamda hükmün kesinliği denir. Mahkeme kararı ile sonuçlandırılmış bir uyuşmazlığın yeni bir dava konusu olamamasına;

<sup>16</sup> Savaş Çetinkaya, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 67; Mehmet Doğan, B. No: 2014/8875, 07/06/2018, § 54.

<sup>17</sup> Kahraman, M. (2019). *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı*, Ankara: Detay Yayıncılık, s. 80. Bu konuda AYM’nin benzer kararları için bkz.; AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014; Ahmet Yıldırım, B. No: 2012/144, 02.10.2013; Mehmet Doğan, § 56.

<sup>18</sup> Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. (GK), B. No: 2014/11028, 18/10/2017, §§ 71, 72; Mehmet Doğan, § 60.

<sup>19</sup> Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: AÜHF Yayını, s. 93-95; Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Yayınları, s. 243; Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 91.

<sup>20</sup> Arslan, R. (1988). “Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/5-6, s.722-737.

<sup>21</sup> Pekcanitez, H.; Atalay, O.; Özeken, M. (2019). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 444.

tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yeni bir dava açılmamasına ise maddi anlamda kesin hüküm denmektedir<sup>22</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı başka herhangi bir yargı merciine başvurma imkânı bulunmadığından AYM kararlarının şekli anlamda kesin olduğu söylenebilir<sup>23</sup>. AYM kararlarının şekli anlamda kesinliği konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte maddi anlamda kesinliği konusunda diğer mahkeme kararlarından farklı özellikler taşıdığı görülmektedir. Mahkemenin norm denetimi sonucunda verdiği iptal kararı ile Anayasa'ya aykırılık sona erdirilmekte, bu normun yeniden Mahkemenin önüne gelmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla Mahkemenin kararı maddi anlamda kesinleşmektedir. Ancak AYM'nin norm denetimine ilişkin olarak verdiği red kararları için aynı şey söylenemez. Zira red kararları, Anayasa'nın 152/son hükmü gereği, zaman bakımından sınırlı bir kesinliğe sahip olmaktadır<sup>24</sup>.

Anayasa'nın 138. maddesi gereğince yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonucunda dava konusu kuralın iptali veya iptal talebinin reddine ilişkin verdiği kararların içerikleri nedeniyle kesin hükmün subjektif sınırlarının herkesi kapsamaması (*erga omnes*) sonucunu doğurduğu söylenebilir<sup>25</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararlara karşı herhangi bir olağan kanun yolu öngörülmediğinden bu tür kararların şekli anlamda kesin olduğu söylenebilir<sup>26</sup>. AYM'nin bireysel başvuru nedeniyle verdiği ihlal kararının ilgili merci tarafından gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle yeniden AYM'ye başvurulması veya AİHM'e başvurulması, AYM kararlarının şekli anlamda kesinliğine engel değildir. Bireysel başvuru kararına konu olan hak ihlali iddiasının bireysel bir hak ihlalden kaynaklanmış olması, AYM kararının hukuk sistemi içinde objektif bir etki doğurmayacağı anlamına gelmemektedir.

---

<sup>22</sup> Özbudun, E. (2013). s. 438; Gözler, K. (2018). s. 921.

<sup>23</sup> Atar, Y. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 365-366; Gözler, K. (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayıncılık, s. 922; Özbudun, E. (2013). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 438.

<sup>24</sup> Gözler, K. (2018). s. 1111.

<sup>25</sup> Kanadoğlu, K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 274-277.

<sup>26</sup> Karan, U. (2018). s. 128.

Bu nedenle AYM'nin bireysel başvuru kararları da Mahkemenin norm denetimi kararları gibi kesin hüküm teşkil ettiğinden bu tür kararların da genel bağlayıcı niteliğe sahip olduğu söylenebilir<sup>27</sup>.

### III. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, kesin hüküm etkisinin doğal bir sonucu olarak kararın gereklerinin yerine getirilmesini ifade etmektedir<sup>28</sup>. Yukarıda açıklandığı üzere AYM'nin norm denetimi bağlamında verdiği kararların bağlayıcılığı konusunda kuşku bulunmamaktadır. AYM kararlarının hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte karar gerekçesinin bağlayıcılığı konusunda farklı görüşler bulunduğu görülmektedir<sup>29</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin olarak verdiği ihlal kararları da norm denetimi kararları gibi bağlayıcıdır. Ancak AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin hak ihlali kararlarında tartışılan sorun, daha çok Mahkemenin ihlal kararının objektif bir etkisinin olup olmadığı konusundadır. Yukarıda belirtildiği gibi AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin olarak verdiği kararları da norm denetimi kararları gibi kesin hüküm teşkil ettiğinden genel bağlayıcı niteliğe sahip olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusundaki genel düzenleme Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası hükmüdür. Bu fıkra da Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmî Gazete'de hemen yayımlanacağı ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare

---

<sup>27</sup> Göztepe, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, S. 33, s. 98.

<sup>28</sup> Hakyemez, Y. Ş. (2008). "Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. II, s. 369-370.

<sup>29</sup> Bu görüşleri savunan yazarlardan bazıları şunlardır: Atar, Y. (2019). s. 366; Kanadoğlu, K. (2004). s. 276; Hekimoğlu, M. M. (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık, s. 270; Sağlam, F. (2004). "Anayasa Yargısının Bazı Sorunları", *Bülent Tanör Armağanı*, s.541; Kaboğlu, İ. Ö. (2018). *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayınevi, s. 384-386; Şirin, T. (2013). *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 664; Özbudun, E. (2013). s. 437-441; Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 1119; Döner, A. (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, C. II, s. 221; Anayurt, Ö. (2018). *Anayasa Hukuku (Genel Kısım)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s.717; Arslan, Z. (2008). "Anayasa Mahkemesi'nin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Ankara, Yetkin Yayınları, C. II, s. 65; Hakyemez, Y. Ş. (2008). s. 385; Koküarı, İ. (2009). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s.231-233.

makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmektedir. Anayasa'daki bu düzenleme AYM'nin hem norm denetimine ilişkin kararlarını hem de bireysel başvuru kararlarını kapsamaktadır. Nitekim AYM'nin bireysel başvuru kararları için Anayasa'da ayrı bir düzenleme yapılmamıştır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66/1. maddesinde de Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemede AYM kararlarının kesin olduğu, Mahkeme kararlarının devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 153/son maddesinin başta yasama organı olmak üzere Anayasa'da sayılan organ, kuruluş ve kişilere Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümlülüğü getirdiği görüşündedir. Mahkemeye göre<sup>30</sup>;

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, '*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*' denilmektedir. Bu kuralla başta yasama organı olmak üzere, Anayasa'da sayılan organ, kuruluş ve kişiler yönünden Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümlülüğü getirilmiştir..."

Yargıtaya göre Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.04.2015 tarihli kararının<sup>31</sup> ilgili kısmı şu şekildedir:

"... Anayasanın 148. maddesi uyarınca herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır.

---

<sup>30</sup> AYM, E.2003/30, K.2003/38, 29/04/2003.

<sup>31</sup> AYM, *Şahin Alpay* (2) § 22; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.04.2015 tarihli ve E. 2013/9-464, K. 2015/132 sayılı kararı.

Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin emsal nitelikteki bu kararı karşısında mevcut içtihatların yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Uzun/Türkiye* kararında<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun AİHM'e başvurmadan önce tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olduğunu kabul etmiştir. AİHM, bu kararında Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesi kararlarının devletin tüm organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını ifade eden hükme atıf yapmış ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarına uyulmasına ilişkin bir sorun yaşanmayacağını değerlendirmiştir<sup>33</sup>.

Bu kararlardan hareketle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının da norm denetimi kararları gibi herkes için bağlayıcı (*erga omnes*) nitelikte olduğu söylenebilir<sup>34</sup>.

#### IV. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ GEREKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin hükümlere, Anayasa'nın 138/4. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Anayasa'nın bu hükmü ile yasama ve yürütme organları ile idarenin yargı kararlarına uymasının anayasal dayanağı oluşturulmuştur. Her ne kadar yargı organları tarafından mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinden söz edilmemiş ise de AYM bu hükmü yargı organlarını da kapsayacak şekilde yorumlamaktadır<sup>35</sup>.

AYM, yasama organının yargı kararının uygulanmasını ortadan kaldıracak düzenleme yapmasını Anayasa'nın 138. maddesinin son

---

<sup>32</sup> *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/04/2013.

<sup>33</sup> *Hasan Uzun/Türkiye*, § 66.

<sup>34</sup> Karan, U. (2018). s. 97; Atar, Y. (2019). s. 366; Gören, Z. (2019). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 359; Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 384-385; Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 197-199; Gözler, K. (2018). s. 1111; Gönenç, L. (2015). *Siyasal İktidarın Denetlenmesi-Dengelemesi ve Yargı*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 105. İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 301-304.

<sup>35</sup> Bkz.; *Ferda Yeşiltepe*, B. No: 2014/7621, 25/07/2017, § 36; *Şahin Alpay (2)*, § 61.

fıkrası hükmüne aykırı olacağını değerlendirmektedir<sup>36</sup>. Yüksek Mahkemeye göre;

“... Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yürütme organı ile idarenin yanı sıra yasama organının da, birtakım düzenlemelerle, mahkeme kararlarını değiştirecek mahiyette ve yargı kararının uygulanmasının bertaraf edilmesini doğuracak şekilde yasal düzenleme yapması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık yanında, ayrıca, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır.”

AYM, yargı kararlarına uyulmasını Anayasa'nın 138/4. maddesi hükmü yanında ayrıca hukukun genel ilkeleri bağlamında değerlendirmektedir<sup>37</sup>.

“Türk hukukunda *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”* hükmüyle kaynağı Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında bulunan kesin hüküm, mahkemelerce verilen, yasa yolları izlenerek ya da izlenmesi gerekli görülmeyerek sonuçlanan, uyulması, yerine getirilmesi zorunlu, itirazı ve konusunun yeniden ele alınması olanaksız kararları amaçlamaktadır. Anlaşmazlıkların sürüp gitmesini önleyerek kamu düzenine katkıda bulunma düşüncesine bağlanan "kesin hüküm" ilkesi, yürürlükteki kurallara göre çözümlenen bir konunun, o konunun ilgilileri arasında, Yasa'nın öngördüğü "iade-i muhakeme" gibi ayrık durum dışında, yeniden incelenmesine engeldir. Değişik yasalarda yer alan bu hukuksal kurum, yargı alanında kararlılık sağlamak amacına bağlanmaktadır. Biçimsel ve nesnel anlamda tanımları yapılan bu kurumun öğeleri, yargı kararlarına tanınan bir nitelik olması, bu niteliğin yasalarla tanınması ve yargı kararına uyulması zorunluluğudur. Özel hukukta, dava konusunun, dayanaklarının ve yanlarının aynı olması sorununun ikinci kez dava edilmesini engellemektedir.”

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla olağan hukuk yollarını kullanarak sonuç alamadıkları durumda son çare olarak başvurdukları

---

<sup>36</sup> AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 02/10/2014.

<sup>37</sup> AYM, E. 1988/36, K. 1989/24, 02/06/1989.

bir hak arama yoludur. Dolayısıyla son çare olarak öngörülen bir hak arama yolunda verilen kararların yerine getirilmemesi, her şeyden önce bireylerin ve toplumun hukuk devletine olan inancına zarar verecektir.

AYM, değişik kararlarında hukuk devletine atıfta bulunmuş ve bu ilkeyi tanımlama gereği duymuştur<sup>38</sup>. Dolayısıyla başta AYM olmak üzere diğer Yüksek Mahkemelerin verdiği kararlardan hareketle ülkemizde hukuk devleti anlayışının gelişmesi ve uygulanması bakımından önemli bir birikim olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlığını taşıyan 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin aynı zamanda bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti genel olarak "faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve vatandaşlarına hukukî güvenceler sağlayan devlet" olarak tanımlanabilir<sup>39</sup>. Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır<sup>40</sup>:

"Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır."

Hukuk devletinde hak arama özgürlüğünün sağlanması, adil yargılanma hakkının ve yargı bağımsızlığının korunması, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması ve yargı kararlarına bütün devlet kurumlarının saygı göstermesi gerekir. Bir hukuk devletinde uyumsuzlukların çözümüne ilişkin mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve dolayısıyla karar gereklerinin yerine getirilmesi konusunda kuşku bulunmamaktadır. Aksi hâlde hukuk devletinden söz edilemez<sup>41</sup>.

Hukuk devletinin temel gereklerinden biri de kesin hükme saygı (*Res Judicata*) ilkesidir. Hukuki kesinlik, mahkemenin bir konuyu kesin hükme

---

<sup>38</sup> AYM'nin bu konudaki bazı kararları için bkz.; E.1985/31, K.1986/11, 27/03/1986; E.1988/36, K.1989/24, 02/05/1989; E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989; E.1998/58, K.1999/15, 27/05/1999; E.1990/20, K.1991/17, 21/06/1991; E.1998/58, K.1999/15, 27/05/1999; E.1996/74, K.1998/45, 01/07/1998; E.1991/7, K.1991/43, 12/11/1991.

<sup>39</sup> Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s.172.

<sup>40</sup> AYM, E.1996/74, K.1998/45, 01/07/1998; AYM, E.1976/1, K.1976/28, 25/05/1976.

<sup>41</sup> İnceoğlu, S. (2015). "Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 7, s. 86.



bağladıktan sonra bu kararın sonradan ortadan kaldırılamamasını ifade etmektedir<sup>42</sup>. Bir mahkemenin verdiği bağlayıcı nitelikteki bir kesin hükmün daha sonra zarar gören taraf veya devlet organı tarafından işlevsiz hâle getirilmesi, adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceleri ortadan kaldıracaktır.

Anayasa'nın 36. maddesi ile adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde dava açma hakkını, hakkaniyete uygun yargılanma hakkını, makul süre içinde yargılanma hakkını ve aleni surette yargılanma hakkını kapsamında barındıran önemli bir haktır<sup>43</sup>. Mahkeme hakkı, dava açma hakkı yanında bir uyumsuzluğun mahkeme tarafından kesin, bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikte bir kararla çözümlenmesini de bünyesinde barındıran bir haktır<sup>44</sup>. Mahkeme tarafından verilen bağlayıcı kararların icra edilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir<sup>45</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır<sup>46</sup>.

Anayasa'nın 153/son maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" Madde metninde Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda hiçbir organ, makam veya kişinin muaf tutulmadığı görülmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 66/1. maddesinde, Anayasa'nın 153/son maddesindeki hükme benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerek Anayasa'nın 153/6. maddesi ve gerekse 6216 sayılı Kanun'un 66/1. maddesinde Anayasa'nın 138. maddesinden farklı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının "*yargı*

---

<sup>42</sup> İnceoğlu, (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, s. 37.

<sup>43</sup> İnceoğlu, S. (2018). s. 21-23.

<sup>44</sup> a.g.e. *Faliev/Romanya*, B. No: 23257/04, 19/05/2015, §§ 22-23.

<sup>45</sup> *Zdravkovic/Serbia*, B. No: 28181/11, 20/09/2016, §§ 52-56.

<sup>46</sup> *Ahmet Yıldırım*, B. No: 2012/144, 02/10/2013, § 28; AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014.

*organlarını da bağlayacağı*” belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarının mahkemeleri bağlayıcılığı konusunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarının da norm denetimi kararları gibi bağlayıcı olduğu görüşündedir<sup>47</sup>. Mahkemeye göre;

“Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında; Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hüküm altına alınmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da aynı hükme yer verilmiştir. Anılan hükümlerde, Anayasa'nın 138. maddesinden farklı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı organları yönünden de bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla bireysel başvuruya ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarının bağlayıcı olduğuna dair Yargıtay ve Danıştay kararları dikkate alındığında Türk hukukunda bu konuda bir uygulama sorununun da bulunmadığı görülmektedir (bkz. §§ 22-24).”

Anayasa Mahkemesine göre ihlal kararlarının uygulanması yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur, karar uygulanmadığı takdirde yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır<sup>48</sup>:

“Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez.”

Yüksek Mahkemeye göre hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil bunların tüm sonuçlarıyla ortadan

---

<sup>47</sup> Şahin Alpay (2), § 63.

<sup>48</sup> Ferda Yeşiltepe, § 36.

kaldırılması ve mahkeme kararlarının gecikmeksizin uygulanmasıyla sağlanabilir<sup>49</sup>:

“... Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.”

Anayasa'nın 153/1. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine karar vermesi hâlinde herhangi bir mercinin bu kararın Anayasa'ya uygunluğunu inceleme ve denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Aksi hâlde kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanılacaktır ki bunun Anayasa ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesine göre ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için kural olarak ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması gerekmektedir<sup>50</sup>:

“... bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması zorunludur. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle ihlalin sonuçlarının şeklen değil gerçek anlamda ortadan kaldırılması gerekir...”

Anayasa Mahkemesi tarafından bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine karar verilmesi hâlinde bu kararın gereğinin yerine getirilmesi,

---

<sup>49</sup> AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 02/10/2014.

<sup>50</sup> Abdullah Altun, B. No: 2014/2894, 17/07/2018, § 49; Aligül Alkaya ve diğerleri, § 56; Mehmet Doğan, § 60.

Yüksek Mahkemenin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevinin doğal ve zorunlu bir sonucudur. Dolayısıyla nihai ve bağlayıcı karar verilemeyen bir başvuru yolunun etkili olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesine göre<sup>51</sup>;

“Anayasa Mahkemesince bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine karar verildikten sonra bu kararın gereğinin yerine getirilmesi Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmesinin zorunlu bir sonucudur. İlgili Anayasa değişikliğinin gerekçesi (bkz. § 48) dikkate alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılmasının amaçlarından birinin de temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiaları yönünden iç hukukta etkili bir başvuru yolu oluşturulması ve böylelikle AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması olduğu anlaşılmaktadır. Nihai ve bağlayıcı karar verilemeyen bir başvuru yolunun etkili olduğu söylenemez. Nitekim AİHM, Hasan Uzun/Türkiye kararında Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kendisine başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu sonucuna varırken Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasına atıfla Anayasa Mahkemesi kararlarının bütün gerçek ve tüzel kişiler ile devlet organlarını bağlayıcı olmasını da dikkate almıştır.”

AİHM, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmasını AİHS'in 6/1. maddesi kapsamında mahkemeye başvurma hakkının bir parçası olarak değerlendirmektedir. AİHM'e göre bir hukuk sistemi içinde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraf bakımından etkisiz hâle getirildiğinde adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler işlevsiz hâle gelecektir<sup>52</sup>. Dolayısıyla AİHM, yargı kararlarının uygulanmamasını “mahkemeye başvurma hakkının ortadan kaldırılması” olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmasını, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin kapsamında yargılamanın ayrılmaz bir parçası olarak görmektedir<sup>53</sup>.

AİHM, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini güvence altına almayı devletin pozitif yükümlülüğü olarak değerlendirmektedir<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Şahin Alpay (2), § 67.

<sup>52</sup> İnceoğlu, S. (2015). s. 94.

<sup>53</sup> Hornsby/Yunanistan, B. No: 18357/91, 19/03/1997, § 40; Ayrıca bkz. Pialopoulos/Yunanistan, B. No: 37095/97, 15/02/2001, § 68-70; Burdov/Rusya, B. No: 59498/00, 07/05/2002, §§ 36-37; Vasilopoulou/Yunanistan, B. No: 47541/99, 21/03/2002, §§ 16-18.

<sup>54</sup> İnceoğlu, S. (2015). s. 96; Fuklev/Ukrayna, B. No: 71186/01, 07/06/2005, § 84.

“Mahkeme, Devletin mahkeme kararlarının icrası için hem yasa önünde hem de uygulamada etkili olan ve gereksiz bir gecikme olmaksızın icrayı güvence altına alan bir sistem oluşturma pozitif yükümlülüğü olduğunu dikkate alır.”

2014 yılında Avrupa Konseyi tarafından Türkiye’de yapılan bir araştırmada; ilk derece hukuk mahkemelerinde görevli hâkimlerin AYM kararlarının benzer davalar bakımından bağlayıcı olduğunu düşündüğü, ceza mahkemesi hâkimlerinin ise bir davanın kendine özgü özellikleri çerçevesinde bağlayıcı kabul edilemeyebileceğini düşündüğü tespit edilmiştir<sup>55</sup>. Aynı araştırmada Danıştay üyelerinin AYM kararlarını dikkate aldıkları, Yargıtay üyelerinin ise Anayasa Mahkemesinin verdiği bireysel başvuru kararlarının genel etkiye sahip olacak şekilde bağlayıcı olduğuna ilişkin açık bir kanun hükmü olmadığından bu tür kararların “*inter partes*” nitelikte olduğunu düşündükleri tespit edilmiştir<sup>56</sup>. Bu araştırmada ayrıca AYM kararlarının gereğinin yerine getirilmesinin yakından takip edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>57</sup>.

Bu tespitler, bireysel başvuru yolunun etkili bir iç hukuk yolu olarak işleyebilmesi için tüm yargı organlarının AYM içtihatlarına uygun davranmaları gerektiğini göstermektedir. Çünkü yargı kararlarının ilgili kurumlar/kuruluşlar tarafından zamanında yerine getirilmediği bir devlette bireyler, mahkeme kararıyla kendilerine sağlanan haklardan tam anlamıyla yararlanamayacaklardır.

## SONUÇ

Anayasa’nın 138. ve 153. maddelerinde AYM kararlarının bağlayıcılığının ve icrasının tüm devlet organları, idare makamları ve kişiler bakımından geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu kuralın hiçbir istisnasına yer verilmemiştir. Dolayısıyla AYM kararlarının bağlayıcılığı konusunda bir sorun yaşanması veya kararların yerine getirilmesine direnç gösterilmesi durumunda, başta hukuk devleti olmak üzere Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile kuvvetler ayrılığı ilkeleri ciddi şekilde zarar görecektir.

---

<sup>55</sup> Karan, U. (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, s. 57.

<sup>56</sup> Karan, U. (2017), s. 58.

<sup>57</sup> a.g.e.

Anayasa'nın açık hükümlerine rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi, Anayasa'ya aykırılık oluşturması yanında "hukuki güvenlik" ilkesinin işlevsiz hâle gelmesine de neden olacaktır. AYM kararlarının uygulanmaması, bireysel başvurunun etkisini ortadan kaldıracak sonuçlar doğurabilir. Zira bireysel başvurunun etkili bir başvuru yolu olabilmesi, ancak Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması ile mümkün olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi, başvurucuya ilişkin hak ihlalinin devam etmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle söz konusu hak ihlalinin gerçek anlamda giderilebilmesi için ihlal kararlarının uygulanması sağlanmalıdır.

AİHS'in 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkında sözü edilen "etkililik", mahkemeler tarafından verilen kararların mümkün olan en kısa sürede icrasını ve ihlalin tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla AYM'e bireysel başvuru yolunun etkili bir iç hukuk yolu olabilmesi, bu yolun uygulamada da etkili olması ile mümkün olacaktır. Bu bağlamda AYM kararlarının gereğinin ilgili merciler tarafından yerine getirilmesi, bu yolun etkili bir iç hukuk yolu olmasının en önemli koşuludur.

Bireysel başvuru kararlarının muhatapları tarafından yerine getirilmemesi, bu yolu "etkili iç hukuk yolu" olmaktan çıkarabilir ve dolayısıyla AİHM'in bireysel başvuru yolunu tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul eden içtihadının değişmesine neden olabilir. Nihayet bireysel başvuru yolundan beklenen amaçların gerçekleşmesini engelleyebilir ve bu yolu işlevsiz hâle de getirebilir. Bu nedenle bireylerin haklarını korumak, hukuk sistemine olan güven ve saygılarını kazanmak için yargı kararlarının yerine getirilmesi sağlanmalıdır.

## **KAYNAKÇA**

- ANAYURT, Ömer (2018). *Anayasa Hukuku (Genel Kısım)*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ARSLAN, Ramazan (1988). Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/5-6. ss. 722-737
- ARSLAN, Zühtü (2008). Anayasa Mahkemesi'nin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, C. II, ss. 59-89.
- ATAR, Yavuz (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DÖNER, Ayhan (2008). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, C. II, ss. 215-233.
- GÖNENÇ, Levent (2015). *Siyasal İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*, Ankara: Adalet Yayınları.
- GÖREN, Zafer (2019). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Seçkin Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZTEPE, Ece(1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: AÜHF Yayını.
- GÖZTEPE, Ece (2016). Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı, *Anayasa Yargısı*, C. 33 ss. 93-118.
- GÜLSOY, Mehmet Tefik (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2008). Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. II, ss. 365-398.
- HEKİMOĞLU, M. Merdan (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık.
- İNCEOĞLU, Sibel (2015). Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 7, ss. 85-108.
- İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4.

- KABOĞLU, İbrahim Özden (2007). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Yayınları.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2018). *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayınevi.
- KAHRAMAN, Mehmet (2019). *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı*, Ankara: Detay Yayıncılık.
- KANADOĞLU, Korkut (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KARAKAŞ, Işıl (2016). Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri, *Anayasa Yargısı*, Ankara: AYM Yayını, S. 33, ss. 13-17.
- KARAN, Ulaş (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- KÖKÜSARI, İsmail (2009). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- ÖZBUDUN, Ergun (2013). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet (2019). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SAĞLAM, Fazıl (2004). *Anayasa Yargısının Bazı Sorunları, Bülent Tanör Armağanı*. İstanbul: Legal Yayınları, s. 524-550
- ŞİRİN, Tolga (2013). *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- TUNÇ, Hasan (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- <https://t24.com.tr/haber/anayasa-degisiklik-teklifinin-gerekceleri,73714>;  
(Erişim Tarihi: 2/10/ 2019)

### **AYM KARARLARI**

- AYM, E. 1983/2, K. 1983/2, 25/10/1963.
- AYM, E. 1970/1, K. 1970/31, 16/06/1970.
- AYM, E. 1973/19, K. 1975/87, 15/04/1975.



- AYM, E.1976/1, K.1976/28, 25/05/1976.
- AYM, E. 1976/38, K. 1976/46, 12/10/1976.
- AYM, E. 1976/43, K. 1977/4, 27/01/1977.
- AYM, E.1985/31, K.1986/11, 27/03/1986.
- AYM, E.1988/36, K.1989/24, 02/05/1989.
- AYM, E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989.
- AYM, E.1990/20, K.1991/17, 21/06/1991.
- AYM, E.1991/7, K.1991/43, 12/11/1991.
- AYM, E. 1993/1, K. 1993/2, 23/11/1993.
- AYM, E. 1997/1, K. 1998/1, 16/01/1998.
- AYM, E.1996/74, K.1998/45, 01/07/1998.
- AYM, E.1998/58, K.1999/15, 27/05/1999.
- AYM, E. 1999/2, K. 2001/2, 22/06/2001.
- AYM, E.2003/30, K.2003/38, 29/04/2003.
- AYM, E. 2008/1, K. 2008/2, 30/07/2008.
- AYM, E. 2007/1, K. 2009/4, 11/12/2009.
- AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014.
- AYM, *Erdinç Engin*, B. No: 2012/695, 12/02/2013.
- AYM, *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, § 26, 12/2/2013.
- AYM, *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/03/2013.
- AYM, *Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013.
- AYM, *Ahmet Yıldırım*, B. No: 2012/144, 02/10/2013.
- AYM, *Savaş Çetinkaya*, B. No: 2012/1303, 21/11/2013.
- AYM, *Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 04/12/2013.
- AYM, *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 04/12/2013.
- AYM, *Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 06/03/2014.
- AYM, *Tayibe Özkantaş*, B. No: 2013/6314, 20/03/2014.
- AYM, *Ferda Yeşiltepe*, B. No: 2014/7621, 25/07/2017.
- AYM, *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.* B. No: 2014/11028, 18/10/2017.
- AYM, *Sabahat Beğik ve diğerleri*, B. No: 2014/3738, 21/12/2017.
- AYM, *Şahin Alpay*, B. No: 2016/16092, 11/01/2018.
- AYM, *Mehmet Hasan Altan*, B. No: 2016/23672, 11/01/2018.

AYM, *Turhan Günay*, B. No: 2016/50972, 11/01/2018.

AYM, *Şahin Alpay (2)*, B. No: 2018/3007, 15/03/2018.

AYM, *Mehmet Doğan*, B. No: 2014/8875, 07/06/2018.

AYM, *Abdullah Altun*, B. No: 2014/2894, 17/7/2018.

AYM, *Aliğül Alkaya ve Diğerleri*, B. No: 2016/12506, 07/11/2019.

### **YARGITAY KARARLARI**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/9-464, K. 2015/132, 28.04.2015.

### **AİHM KARARLARI**

AİHM, *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/04/2013.

AİHM, *Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 31.12.2010.

AİHM, *Vuçkoviç ve Diğerleri/Sırbistan*, B. No: 17443/11, 25/03/2014.

AİHM, *Kudła/Polonya*, B. No: 30210/96, 26/10/2000.

AİHM, *Fuklev/Ukrayna*, B. No: 71186/01, 07/06/2005.

AİHM, *Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/03/1997.

AİHM, *Faliev/Romanya*, B. No: 23257/04, 19/05/2015.

AİHM, *Pialopoulos/Yunanistan*, B. No: 37095/97, 15/02/2001.

AİHM, *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 07/05/2002.

AİHM, *Vasilopoulou/Yunanistan*, B. No: 47541/99, 21/03/2002.

AİHM, *Zdravkovic/Serbia*, B. No: 28181/11, 20/09/2016.





## ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA 2019 YILI CUMHURBAŞKANLIĞI YILLIK PROGRAMI HEDEFLERİ AÇISINDAN KAMU İHALELERİNDE REKABET İLKESİ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation About Competition Principle in Public Procurements in  
the Context of the 2019 Presidential Annual Program According to the  
Constitutional Court Decisions*

**Arş. Gör. Yeliz Neslihan AKIN\***

### ÖZ

2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı'nda yer alan politika/ tedbirler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen ihaleler de dâhil olmak üzere, ülkemizdeki kamu alımlarına yönelik 2019 yılı içinde gerçekleştirilmesi hedeflenen hususlar içermektedir. Program'da hedeflenen politika/tedbirlerin, kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin kriterleri açısından etkili olacağı söylenebilir. Bu etki, sırasıyla çalışma ve sözleşme hürriyeti ile piyasaların denetiminin düzenlendiği Anayasa'nın madde 48/2 ve 167/1 hükümleri uyarınca Devlet'e verilen görevlerin bir yansımasıdır. Yeni düzenlemeler ve uygulamaların rekabet ilkesinin nicelik kriteri olan azamî katılımın sağlanması amacına hizmet edeceği söylenebilir. Ayrıca yeni düzenlemeler ve uygulamaların, rekabet ilkesinin nitelik kriterine yeni bir boyut kazandırması beklenmektedir. Program'da hedeflenen politika/tedbirler ile kamu alımlarında malî amacın yanı sıra malî olmayan amaçların da kamunun ihtiyaçlarının temin edilmesi kararı alınırken dikkate alınmaktadır.

Bu çalışma, Anayasa'nın madde 48/2 ve 167/1 hükümleri temelinde ilgili davaları inceleyen Türk Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarını analiz etmeyi amaçlamaktadır. Çalışma ile 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülen kamu ihalelerinin de içinde bulunduğu kamu alımlarının, nitelik kriterlerini oluşturan ihtiyaca uygunluğun sağlanması ile Devlet'in

\* İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Bölümü Malî Hukuk Ana Bilim Dalı, akin.yn@istanbul.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1370-7622

diğer amaçlarına uygunluğun sağlanması amaçları için bir araç olarak kullanılacağı ve bunun Anayasa Mahkemesinin içtihadına uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı, Kamu İhaleleri, Rekabet İlkesi, Kamu Bütçesi, Anayasa Mahkemesi.

## ABSTRACT

The policy/measures in the 2019 Presidential Annual Program include targets to be realized for public procurements in Turkey, with a special focus on the targets that also cover the tenders carried out under the Public Procurement Law No. 4734. It can be suggested that the policies/measures targeted in the Program will be effective in terms of the criteria of the competition principle in public tenders. This is a reflection of the duties assigned to the State in terms of Article 48/2 and Article 167/1 of the Constitution, which regulate freedom of labor and freedom of contract and control of the markets, respectively. It can be suggested that the new regulations and practices will serve the purpose of ensuring maximum participation, which is the quantitative criterion of the competitive principle. Besides, these new regulations and practices are expected to give a new dimension to the quality criteria of the competition principle. In public procurements the financial intendment as well as non-financial intendments are considered to be taken into account in the decision to ensure the needs with the policies/measures targeted in the Program.

It is against this backdrop that the paper aims to analyze rulings of the Turkish Constitutional Court (TCC) on the subject, which has examined the related cases on the basis of Article 48/2 and 167/1 of the Constitution. The paper concludes that public procurements, including the tenders carried out under the Law No. 4734, will be used as a tool for the purposes of ensuring compliance with the need and ensuring compliance with other purposes of the State that constitute the qualification criteria and this will be in line with the TCC's case law.

**Keywords:** 2019 Presidential Annual Program, Public Procurements, Competition Principle, Public Budget, The Turkish Constitutional Court.

## **GİRİŞ**

2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı'nın 167, 168, 270 ve 271 no.lu tedbirleri uyarınca kamu alımlarına ve bu bağlamda kamu ihalelerine yönelik politika ve tedbirler öngörülmüştür. 167 ile 168 no.lu tedbirler ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen ihalelere; 270 ile 271 no.lu tedbirlerde ise 4734 sayılı Kanun ile birlikte, kamu ihale mevzuatında diğer kamusal alımları düzenleyen kamu ihale usullerine yönelik de tedbir ve politikalar öngörülmüştür.

Çalışmanın ilk bölümünde kamu ihalelerinde rekabet ilkesi ele alınacak olup bu ilkenin kriterleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Devamında, rekabet ilkesinin yeni boyutuna ilişkin çıkarımlar yapılabilmesi için rekabet ilkesi, kamu bütçesi açısından değerlendirilmek suretiyle kamu alımlarının malî amacının temelleri açıklanacaktır. Bu temelde, Program ile öngörülen politika/tedbirlerin rekabet ilkesi üzerindeki sonuçları bakımından, Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına yer verilecektir. Zira Anayasa'nın sırasıyla çalışma ve sözleşme hürriyeti ile piyasaların denetiminin düzenlendiği madde 48/2 ve 167/1 hükümleri ile Devlet'e verilen rekabeti tesis etme görevinin kamu alımları açısından sonuçları, Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca anlamlandırılabilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararlarında, rekabet ilkesinin nasıl yorumlandığı araştırılacak olup Program'da öngörülen politika/tedbirler ile rekabet ilkesinin yeni boyutu, bahsi geçen Anayasal hükümler ve içtihatlar çerçevesinde değerlendirilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, Program'ın 167, 168, 270 ve 271 no.lu tedbirlerine yer verilecektir. Bölümde ortak ve toplu alımın yaygınlaştırılması, e-ihalenin esas kılınması, kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımı ile kamu alım gücünün sanayinin teknolojik dönüşümüne ve yurt içi üretim oranının artırılmasına katkı sağlayacak şekilde adlandırdığımız bahsi geçen tedbirlerin Program'da öngörülen yöntemi, sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluşu, süresi ve tedbirlere ulaşmak amacıyla yapılacak işlerin neler olduğu açıklanacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise ilk ve ikinci bölümün birlikte ele alınması suretiyle, ikinci bölümde hedeflerine yer verilen Program tedbirlerinin, ilk bölümde normatif düzenlemeler, doktrin, kamu bütçesi, Anayasa Mahkemesi içtihatları ve diğer yargısal kararlar temelinde mahiyeti

ortaya konulmaya çalışılan rekabet ilkesinin işlevselliği üzerindeki etkisi değerlendirilecektir. Bu değerlendirme, Program ile hedeflenen merkezî sisteme geçiş, e-ihalenin yaygınlaştırılması, elektronik eksiltmenin eksik kılınması ile kamu alımlarının bazı amaçlarda (politikalarda) araç olarak kullanılması hususları açısından yapılacaktır.

## I. KAMU İHALELERİNDE REKABET İLKESİ

### A. KAMU İHALELERİNDE İLKELER

Doktrinde, idarenin sözleşme yapacağı genel usul kurallarının *kamu ihale usulü* olarak ifade edildiği ve bu usulün özel kanunî düzenlemelere konu edildiği belirtilmektedir<sup>1</sup>. Bunun dışında, kamu ihale usullerini düzenleyen kanunların, Devlet'in piyasa ile alışverişini düzenleme ihtiyacını karşıladığı ve *ihale güvencesi* oluşturduğu belirtilmelidir<sup>2</sup>. Zira kamu ihalesi, bir piyasa etkinliği olarak tanımlanmakta olup normatif düzenlemelerin Devlet piyasa ilişkisindeki bileşenleri biçimlendirdiği belirtilmektedir<sup>3</sup>.

Doktrinde yer alan görüşlerden hareketle<sup>4</sup>, idarenin sözleşme akdetme

<sup>1</sup> Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2016). *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 520-521.

<sup>2</sup> Bulutoğlu, K. (2004). *Kamu Bütçesi, Kamu Harcamaları, Kamu Borçları*, İstanbul: Batı Türekli Yayıncılık, s. 203.

<sup>3</sup> Toprak, E. (2016). *Kamu İhaleleri: Kamu Alımlarının Hukukî, Yönetimsel ve Siyasal Boyutu*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 14, 17.

<sup>4</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, idarelerin yürütmüş oldukları ihaleler sonucunda akdedeceği sözleşmelerde, *rekabet, yarışma, açıklık* ve *nesnellik* gibi esasların gözetilmesi ile ortaya çıkması gereken bir diğer taraf bulunmaktadır. Bkz.: Yayla, Y. (2010). *İdare Hukuku*, 2. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, s. 164. Doktrindeki bir görüşe göre, idarenin sözleşmelerinin teşekkülünde "aleniyet", "serbest rekabet" ve "en ehven fiyatın bulunması" şeklinde ifade edilen üç ilke hâkimdir. Bkz.: Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: 3, Üçüncü Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 1617. Benzer şekilde, kamu ihalelerinde, "aleniyet", "rekabet özgürlüğü", "sözleşmenin diğer tarafını seçme" ve "en az veya en çok fiyatın bulunması" şeklindeki temel ilkelerin mevcut olduğunu belirten görüş için ayrıca bkz.: Özey, İ. H. (2017). *Günışığında Yönetim*, 2004 Tarihli 2 inci Baskıdan 3. Tıpkı Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 510. Başka bir görüşte de idarelerin ihalelerde belli kuralların yanı sıra, "açıklık ilkesi", "serbest rekabet ilkesi", ve "en uygun bedeli bulma ilkesi" gibi bazı ilkelere riayet etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: Odyakmaz, Z. (1998). "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, ss. 1-63; s. 3. Ayrıca bir diğer görüşe göre, idarenin ihale sonunda akdedilecek sözleşmenin tarafını seçerken "aleniyet", "rekabet" ve "sözleşmeyi yapmak isteyen kişide belli bir yeteneğin aranması" şeklinde belirtilen başlıca temel ilkeler bulunmaktadır. Bkz.: Günday, M. (2015). *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 199-201. Benzer şekilde, kamu ihalelerinde, "aleniyet", "rekabet ve tarafsızlık" ve "ihale konusu sözleşmeyi yapacak olanlarda belli özelliklerin aranması" şeklindeki temel ilkelerin mevcut olduğunu belirten görüş için ayrıca bkz.: Atay, E. E. (2016). *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 567-568.



usulünde geçerli olan ilke ve esasların; *ihale ilkelerinin*<sup>5</sup>, *açıklık, rekabet, en uygun bedel ve yeterlik ilkesi* olarak belirtilebilir<sup>6</sup>. İdarenin sözleşmelerinde bu ilke ve esaslara uygun bir usulün izlenmesi gerekmektedir<sup>7</sup>. Bu anlamda, kamu ihalelerinde *klasik ilke*<sup>8</sup> olma niteliğini taşıyan rekabet ilkesinin, asgarî olarak uygulanması gereken ihale ilkelerinden birisi olduğunu belirtebiliriz. İhale ilkeleri aracılığıyla olması gereken ihale ortamının; başka ifade ile sağlıklı bir ihale sürecinin hukukî bir çerçevesi çizilmektedir<sup>9</sup>. Kamu alımlarında egemen olan ihale ilkelerinin, aynı zamanda ilgili kamu alımları sisteminin amaçlarına işaret ettiği ve bu amaçların ihale sürecinin başından sonuna dek yön vermesinin gerektiği belirtilmektedir<sup>10</sup>.

## B. REKABET İLKESİ

### 1. Rekabet İlkesinin Temel İhale Kanunlarında Düzenlenmesi

Çalışmamızın kapsam sınırını, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu<sup>11</sup> oluşturmakta ise de 4734 sayılı Kanun ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda<sup>12</sup> rekabet ilkesinin müstakil olarak düzenlendiği görülmektedir.

2886 sayılı Kanun'un *ilkelerin* düzenlendiği madde 2/1 hükmünde, bu Kanun'un yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve *rekabetin sağlanması*ın esas

---

<sup>5</sup> İhale ilkeleri kavramının kullanıldığı eser için bkz.: Akel, Y. N. (2018-a). *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2.

<sup>6</sup> Danıştay'ın bir kararında da idare hukukunun tedvin edilmemiş karakterinden kaynaklanan ve gelişen-değişen ihtiyaçlara cevap vermesi bakımından idarî yargı organlarınca geliştirilmiş ilkeler bulunmakta olduğu ve bu ilkelerin yargısal denetimde dikkate alınmasının gerektiği ve bu ilkelerin niteliğinin tüm demokratik ülkelere kabul edilen, gerçek, soyut ve evrensel olduğu belirtilmiştir. İhale hukuku açısından bu ilkelerin, ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulması olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/4274, K. 1998/5478, 10/01/1995.

<sup>7</sup> Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2016). Cilt: I, s. 520.

<sup>8</sup> Kutlu, M. (1997). *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, s. 192.

<sup>9</sup> Akel, Y. N. (2018-b). "İdarî Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 11, Haziran, s. 11.

<sup>10</sup> Uz, A. (2005). *Kamu İhale Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 26.

<sup>11</sup> Bkz.: 22.01.2002 Tarihli ve 24648 Sayılı Resmî Gazete. Ayrıca 4734 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan ikincil mevzuat düzenlemelerine de çalışmamızda yer verilecek olup bu mevzuatın bir parçasını teşkil eden ilgili *uygulama yönetmelikleri* şu şekildedir: *Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (ÇAİUY)*, *Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (HAİUY)*, *Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (MAİUY)*, *Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (YİUY)*. Bkz.: 04.03.2009 Tarihli ve 27159 sayılı Resmî Gazete-Mükerrer.

<sup>12</sup> Bkz.: 10.09.1983 Tarihli ve 18161 Sayılı Resmî Gazete.

olduğu belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerin düzenlendiği madde 5/1 hükmünde, idarelerin bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu belirtilmiştir.

## 2. Rekabet İlkesinin Tanımlanması

Yarışma<sup>13</sup>, serbest katılım<sup>14</sup>, serbest rekabet<sup>15</sup>, rekabetçi koşullar<sup>16</sup>, tam rekabet<sup>17</sup>, rekabet serbestisi, rekabet serbestliği<sup>18</sup>, özgür rekabet<sup>19</sup> ve rekabet özgürlüğü<sup>20</sup> olarak da ifade edilen rekabet ilkesi<sup>21</sup>, ihale ilkelerinden birisidir. Rekabet ilkesinin, kamu ihalelerinde olmazsa olmaz bir ilke olduğu<sup>22</sup> belirtilmektedir. Ayrıca katılımcılar arasında gerçek<sup>23</sup> ve etkili<sup>24</sup> bir rekabetin de mevcut olması gerekmektedir.

## 3. Rekabet İlkesinin Tesis Edilmesi

### a. Nicelik Kriteri: Azamî Katılımın Sağlanması

Rekabet ilkesi ile ihaleye katılımcılar açısından olumsuz etki ve baskının bertaraf edilmesi<sup>25</sup>, katılımcıların özgür iradeleriyle tekliflerini

<sup>13</sup> Bulutoğlu, K. (2004). s. 214; Kalabalık, H. (2014). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, s. 443; Kutlu Gürsel, M. (2003). "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezaî Yapımları", içinde *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Cilt: III, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 598.

<sup>14</sup> Bkz.: Adana 2. İdare Mahkemesi, E. 2010/522, K. 2011/667, 26/04/2011; Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/3071, K. 2013/1143, 24/04/2013.

<sup>15</sup> Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2019). *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 491; Bulutoğlu, K. (2004). s. 201; Kalabalık, H. (2014). s. 443; Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 602; Odyakmaz, Z. (1998). s. 3; Onar, S. S. (1966). Cilt: 3, s. 1617. Ayrıca bkz.: AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, 03/04/2007.

<sup>16</sup> Bkz.: AYM, E. 2011/63, K. 2013/28, 14/02/2013.

<sup>17</sup> Bkz.: AYM, E. 1997/37, K. 1997/69, 27/11/1997.

<sup>18</sup> Onar, S. S. (1966). Cilt: 3, s. 1618-1619.

<sup>19</sup> Bkz.: AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, 09/12/1994.

<sup>20</sup> Özay, İ. H. (2017). s. 510.

<sup>21</sup> Atay, E. E. (2016). s. 567; Giritli, İ. ve Bilgen P. ve Akgüner, T ve Berk, K. (2015). *İdare Hukuku*, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, İstanbul: Der Yayınları, s. 1321; Günday, M. (2015). s. 200, Kutlu, M. (1997). s. 192; Uz, A. (2005). s. 26.

<sup>22</sup> İhalelerde, rekabet ilkesinin varlığının mutlak olarak arandığı belirtilmektedir. Bkz.: Ankara 16. İdare Mahkemesi, E. 2009/966, K. 2010/465, 05/04/2010; Danıştay 13. Dairesi, E. 2010/2527, K. 2013/2575, 11/10/2013.

<sup>23</sup> Kutlu, M. (1997). s. 199; Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 602.

<sup>24</sup> Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 602.

<sup>25</sup> Atay, E. E. (2016). s. 568; Günday, M. (2015). s. 200; Kalabalık, H. (2014). s. 443.

verebilmesi<sup>26</sup> ve bu suretle yarışma ortamı içerisinde<sup>27</sup>, ihaleye mümkün olduğu kadar çok kişinin katılması<sup>28</sup>, geniş (çapta) katılım içerisinde seçim yapılması<sup>29</sup> amaçlanmaktadır. Rekabet ilkesi, ihaleye fazla sayıda isteklinin katılımıyla sağlanmakta<sup>30</sup>; rekabet ilkesi ile ihaleye katılımın artırılmasının hedeflenmesi gerekmektedir<sup>31</sup>. Zira Devlet'in ve idarenin menfaatinin, çok sayıda kişinin katılımını gerektirdiği belirtilmiştir<sup>32</sup>.

İhaleye iştirak edecek katılımcı sayısının düşmesi, rekabetin azalması olarak değerlendirilmekte<sup>33</sup> ve ihalelere katılımın daraltılması, rekabet ilkesinin ihlali sonucunu doğurmaktadır<sup>34</sup>. O hâlde rekabet ilkesinin tesisinde, öncelikle azamî katılımcının iştirak etmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu noktadan hareketle, kamu ihalelerinde katılımcı sayısının az olması hâlinde, rekabet ilkesinin tesis edilemediğine yönelik bir *karine* oluştuğu anlaşılmaktadır.

#### b. Nitelik Kriteri

Nitelik kriterinin iki unsurun bileşiminden oluştuğu düşünülerek bu kriterin, aşağıda yer verilen tasnif temelinde incelenmesi yeğlenmiştir.

##### i. İhtiyaca Uygunluğun Sağlanması

Rekabet ilkesinin tesisinde katılımcıların niteliği de önemli hâlde gelmektedir. Kanaatimize göre hem 2886 hem de 4734 sayılı Kanunlarda müstakil olarak düzenlenmese dahi, doktrinde müstakil şekilde inceleme konusu yapılan<sup>35</sup> ve idare sözleşmelerinde bir ilke olarak belirtilen<sup>36</sup> *yeterlik ilkesi*, rekabet ilkesinin nitelik kriterinin her iki tasnifinde yer

---

<sup>26</sup> Günday, M. (2015). s. 200.

<sup>27</sup> Giritli, İ.; Bilgen P. ve Akgüner, T ve Berk, K. (2015). s. 1321; Yayla, Y. (2010). s. 165.

<sup>28</sup> Giritli, İ.; Bilgen P. ve Akgüner, T ve Berk, K. (2015). s. 1321; Günday, M. (2015). s. 200; Kalabalık, H. (2014). s. 443, Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 598.

<sup>29</sup> Kutlu, M. (1997). s. 196-197.

<sup>30</sup> Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, E. 2014/5011, K. 2017/3041, 16/11/2017.

<sup>31</sup> Bkz.: Ankara 12. İdare Mahkemesi, E. 2016/377, K. 2016/803, 16/03/2016; Danıştay 13. Dairesi, E. 2016/2482, K. 2016/3248, 13/10/2016.

<sup>32</sup> Onar, S. S. (1966). Cilt: 3, s. 1618.

<sup>33</sup> Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, E. 2014/159, K. 2015/1787, 13/05/2015.

<sup>34</sup> Bkz.: Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/31, K. 2015/1134, 28/05/2015; Danıştay 13. Dairesi, E. 2015/4597, K. 2016/94, 27/01/2016.

<sup>35</sup> *Yeterlilik ilkesi* şeklinde irdeleme için bkz.: Gözler, K. (2019). *İdare Hukuku*, Cilt: II, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 118-119; Gözler, K. ve Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku*, Güncellenmiş Yirminci Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 445.

<sup>36</sup> *Yeterlik ilkesinin, sözleşmeyi yapmak isteyen kişide belli bir yeteneğin aranması ilkesi* şeklinde ele alındığı eser için bkz.: Günday, M. (2015). s. 201; "*ihale konusu sözleşmeyi yapacak olanlarda belli özelliklerin aranması*" şeklinde ele alındığı eser için bkz.: Atay, E. E. (2016). s. 567-568.

verilen unsurların (i. ihtiyaca uygunluğun sağlanması, ii. Devlet'in diğer amaçlarına uygunluğun sağlanması: araç niteliğinde kamu alımları) etkin kılınmasında birincil derecede işlevseldir.

4734 sayılı Kanun'un *ihaleye katılımında yeterlik kurallarının* düzenlendiği 10. maddesinde, ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile meslekî ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak maddede belirtilen bilgi ve belgeler istenebileceği hükme bağlanmış olup bunlardan bir kısmının zorunlu bir kısmının da ihtiyarî nitelikte olduğu görülmektedir<sup>37</sup>. Yer verilen bu düzenleme aslında, ihalelere bazı kimselerin katılımını önleyen ve bu suretle rekabetin sınırlandırılmasını sağlayan objektif esaslardan<sup>38</sup>/nedenlerden<sup>39</sup> birini oluşturmaktadır. Zira katılımcılardan bazı ekonomik, malî, meslekî ya da teknik şartları yerine getirmesinin istenmesiyle, rekabet ilkesinin nicelik kriterine bir sınırlandırma getirildiği ve azamî katılımcı sayısının etkilenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak yeterlik ilkesinin etkin kılınmasıyla, azamî katılımcı sayısının etkilenmesi suretiyle rekabet ilkesinin nicelik kriterinin ötelendiği ve nitelik kriterinin öne çıkarıldığı düşünülmektedir.

Ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un *ihalenin karara bağlanması ve onaylanmasının* düzenlendiği 40. maddesinde de ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin<sup>40</sup>, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır. Yer verilen bu düzenleme, aslında rekabet ilkesi ile oluşacak sonucun -kamusal alımın- niteliğine de önem verilmesi gerektiğini göstermektedir. Zira burada, teklif edilen bedellerin her zaman en düşüğünün değil; fiyat ile birlikte diğer unsurların dikkate alınması suretiyle, ihaleyi yürüten idare açısından en ekonomik avantajlı teklifin kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu ikinci durumun

<sup>37</sup> Benzer şekilde 2886 sayılı Kanun'un *ihaleye katılabilme şartlarının* düzenlendiği 5. maddesinde, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanunî ikametgâh sahibi olmanın, gerekli nitelik ve yeterliği haiz bulunmanın, istenilen teminat ve belgeleri vermenin zorunlu olduğu; *isteklilerde aranacak nitelikler ve istenecek belgelerin* düzenlendiği madde 16/1 hükmünde de idarece ihalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, isteklilerde belirli malî ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabileceği ve bunları tespiti yarayan belgelerin neler olduğunun şartnamelerde gösterileceği belirtilmiştir.

<sup>38</sup> Onar, S. S. (1966). Cilt: 3, s. 1618-1619.

<sup>39</sup> Kutlu, M. (1997). s. 201.

<sup>40</sup> Benzer şekilde 2886 sayılı Kanun'un sistematığında de *en uygun bedel* esası bulunmaktadır.

tercihi, ihalelerin henüz hazırlık aşamasında, şartnamelerde yer verilerek daha önceden ilgililerin bilgisine sunulduğundan dolayı; rekabet ilkesinin ihtiyaca uygunluğun sağlanmasına yönelik nitelik kriterinin tesis edilmesinde işlevsel olduğu düşünülmektedir. Bu açıklamalar ışığında hem 2886 hem de 4734 sayılı Kanunlarda müstakil olarak düzenlenmese dahi, doktrinde idare sözleşmelerinde bir ilke olarak belirtilen<sup>41</sup> *en uygun bedel ilkesinin* rekabet ilkesinin nitelik kriterinin alt unsurlarından biri olan ihtiyaca uygunluğun sağlanmasının etkin kılınmasında belirleyici ve işlevsel olduğu düşünülmektedir<sup>42</sup>.

Danıştay'ın bir kararında da kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin tesisinde hem nicelik hem de nitelik kriterlerinin önemine vurgu yapılmıştır. Bahsi geçen kararda, ihale sürecinin belirgin olması gerektiğini ve bu gereklilik yerine getirilmediğinde ise *ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılması* ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmesi anlamına gelen tarafsızlık ve rekabet ilkesinin ihalede gerçekleşme olanağının bulunmadığını; ihaleye çıkılan işin isteklilere duyurulmasına bağlı olarak ihalede rekabet ilkesinin gerçekleşmekte olduğunu ve *işin en uygun bedelle en yetkin kişiye* verilebilmesinin mümkün hâle geldiğini belirtmiştir<sup>43</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, rekabet ilkesinin nicelik kriteri: azamî katılımcının sağlanması ve bu başlık altında ele alınan nitelik kriteri: ihtiyaca uygunluğun sağlanmasının bahsi geçen Kanun uyarınca yürütülen ihalelerde *birincil, esas ve geleneksel amacı oluşturduğu* düşünülmektedir. Bu bağlamda nicelik kriteri ile ihtiyaca uygunluğun sağlanmasına yönelik nitelik kriteri ile kamu ihalelerinde *malî amaç öne çıkarılmakta*; bu amaç çerçevesinde *kamu bütçesinin menfaati açısından bu ihalelerin araç olarak öngörüldüğü* anlaşılmaktadır.

#### *ii. Devlet'in Diğer Amaçlarına Uygunluğun Sağlanması: Araç Niteliğinde Kamu Alımları*

Kamu alımlarında ihale sürecinin, ihtiyacın mümkün olan en iyi şartlarla temin edilmesi olan esas amacından bağımsız olarak ve *ikincil*

---

<sup>41</sup> Odyakmaz, Z. (1998). s. 3; Onar, S. S. (1966). Cilt: 3, s. 1617; Özay, İ. H. (2017). s. 510.

<sup>42</sup> *Rekabet ilkesi ile kaynakların verimli kullanılması ilkesinin de özdeş tutulduğu* söylenebilir. Ayrıca doktrinde de kaynakların verimli kullanılması ilkesinin gerçekleşebilmesinde, özellikle rekabet ilkesinin önemli olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Gözler, K. (2019). Cilt: II, s. 121; Gözler, K. ve Kaplan, G. (2018). s. 447.

<sup>43</sup> Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, E. 2007/1724, K. 2010/1168, 10/02/2010.

*politikalar ya da yatay politikalar olarak da ifade edilen Devlet'in endüstriyel, sosyal, çevresel veya siyasal amaçları için araç olarak kullanılabileceği belirtilmiştir<sup>44</sup>. Araç niteliğinde kamu alımlarında da ihtiyaca uygunluk sağlanmaktadır; ancak buradaki ihtiyaç, ilgili ihaleye konu edilen işleme yönelik olmayıp Devlet'in başka alanlarda düzenleme ihtiyacı içinde olduğu hususlar olup bunlar için kamu ihalelerinin yönlendirici, caydırıcı ya da teşvik edici nitelikleri geliştirilmektedir. Bu anlamda rekabet ilkesi açısından, yukarıda ele alınan nicelik kriteri ile ihtiyaca uygunluğun sağlanmasına yönelik nitelik kriterinden farklı sonuçlar ortaya çıktığı görülmektedir. Zira bu başlık altında irdelenen rekabet ilkesinde nitelik kriterinin ikinci unsuru olan Devlet'in diğer amaçlarına uygunluğun sağlanması: araç niteliğinde kamu alımlarına yönelik ihalelerde, malî olmayan diğer amaçların öne çıkarıldığı düşünülmektedir. Zira bu kriter ile uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren ihtiyaçlar ve bölgesel kalkınma, stratejik sektörlerin ve teknoloji transferine dayalı yerli üretimin geliştirilmesi, yerleşme, proje bazlı yatırımlar ile araştırma, geliştirme ve yenilikçiliğin teşvik edilmesi amaçları açısından bu ihalelerin araç olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu bağlamda nitelik kriterinin bu başlık altında irdelenen yönünün kamu alımlarında, birincil, esas ve geleneksel amaçların yanında, tahdidî olarak neler olduğunun belirtilmesi mümkün olmayan malî olmayan ve yenilikçi amaçların da dikkate alınacağı ve rekabet ilkesinin tesisinde yeni bir boyut oluşturacağı anlaşılmaktadır.*

O hâlde rekabet ilkesinin tesisinde kural olarak yarışan iki kriterin ve amacın mevcut olduğu görülmektedir<sup>45</sup>. Bu bağlamda rekabet ilkesinin işlevsel kılınmasını sağlamak amacıyla uygulanacak olan nicelik ve nitelik kriterleri, her zaman birbirinin tamamlayıcısı olamamaktadır. Bu sebeple, idarenin ihtiyacına ve hatta Devlet'in politikalarına göre, nicelik kriteri ve ihtiyaca uygunluğun sağlanması yönelik nitelik kriteri bir tarafta; Devlet'in diğer amaçlarına uygunluğun sağlanması bir tarafta olmak üzere, birinin tercihinin yapılması gerekebilmektedir.

<sup>44</sup> Taşyürek, Y. E. (2014). "Türk Kamu Alımları Sisteminde Yatay Politikalar ve Çevreci Kamu Alımlar", içinde *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, içinde Ed. Çolak, M. ve Demirboğa, D. A., Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları Yayın No. 1, ss. 283-307, s. 283-286.

<sup>45</sup> Zira kamu ihalelerindeki diğer temel ilkelerin uygulanması konusunda da çatışma mevcut olup hepsinin beraber varlığı mümkün olmamaktadır. Bu anlamda Devlet'in öncelikleri, belirleyici olmaktadır. Bkz.: Uz, A. (2005). s. 62.

#### 4. Rekabet İlkesinin Kamu Bütçesi Açısından Değerlendirilmesi: Kamu Alımlarının Malî Amacı

Rekabet ilkesi sağlanmadan yürütülen ihalelerin, kamu kaynaklarının azalmasına yol açabilme riski bulunmaktadır<sup>46</sup>. Çünkü idarenin sözleşmelerinde -ve dolayısıyla kamu ihalelerinde- kamu parası söz konusu olmakta<sup>47</sup> ve bu suretle kamusal (malî-parasal) kaynaklar<sup>48</sup> üzerinde tesir eden hukukî sonuçlar yaratılmaktadır. Bu bağlamda kamu kaynaklarının harcanmasında gösterilecek özen açısından bir güvence olarak rekabet ilkesi karşımıza çıkmaktadır<sup>49</sup>. Bu anlamda ihalelerde işletilen rekabet ilkesi ile maliyetten; Devlet'in giderlerinden tasarruf sağlanmaktadır<sup>50</sup>.

Bir usul olarak ihalelerin başta rekabet ilkesini beraberinde getirdiği varsayımının yanı sıra, bu amaca hizmet eden diğer ilkelerin geliştirilmesi ve ihale düzeninin sağlanması için gösterilen özenin en önemli sebebi ise kamu bütçesi ile ilgili olan direkt ilişkidir. Zira her bir kamu ihalesi, kamu bütçesinin aktif veya pasifinde bir etki oluşturmaktadır; bu malî sonuçlarının yanı sıra da kamunun belli bir ihtiyacı karşılanmakta veya bir kamu hizmetinin görülmesine katkı sağlanmakta olduğu için, ihaleler aracılığıyla yapılacak iş ve işlemlerin verimliliği, kalitesi ve etkinliği de ayrıca değerlendirilecektir<sup>51</sup>.

Doktrinde de kamu hukukunun dallarından birini oluşturan *maliye hukukunun*, gelir hukuku, gider hukuku ve bütçe hukuku olmak üzere üç alt dalı bulunduğu belirtilmektedir<sup>52</sup>. Bu bağlamda, kamu ihaleleri ile kamusal kaynaklar üzerinde yaratılan etki sebebiyle akdedilecek sözleşmelerin, *kamu maliyesi usulüne* göre yürütüldüğü belirtilmektedir<sup>53</sup>. Zira kamu alımlarının ekonomik ve malî boyutu bulunduğu ve kamu

---

<sup>46</sup> Bkz.: Trabzon İdare Mahkemesi, E. 2016/1569, K. 2017/279, 01/03/2017; Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/849, K. 2017/1624, 24/05/2017.

<sup>47</sup> Atay, E. E. (2016). s. 563-564; Duran, L. (1982). İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 447; Günay, M. (2015). s. 195-196; Kalabalık, H. (2014). s. 438.

<sup>48</sup> Giritli, İ. ve Bilgen P. ve Akgüner, T ve Berk, K. (2015). s. 1317-1318.

<sup>49</sup> Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 602.

<sup>50</sup> Bulutoğlu, K. (2004). s. 203, 214.

<sup>51</sup> Akel, Y. N. (2017). "Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 350, 2017, ss. 131-152, s. 131-132.

<sup>52</sup> Oktar, S. A. (2019). *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Türkmen Kitabevi: İstanbul, s. 24.

<sup>53</sup> Balta, T. B. (1968/1970). *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, s. 187; 197.

alımlarının kamu maliyesi, bütçe, maliye politikası ve vergi politikasını ilgilendiren yönlerinin bulunduğu belirtilmektedir<sup>54</sup>. İlâveten, vergiler ve borçlanma ile birlikte, kamu harcamaları -ve dolayısıyla kamu alımları- *maliye politikasının araçlarını* oluşturmaktadır<sup>55</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, kamu alımları konusunun *kamu maliyesi ile kamu hukukunun bir parçası* olarak görüldüğü belirtilmektedir. Başka ifade ile kamu alımlarının *alt yapısal açıklamalarının maliye işlemleri ile, üst yapısal açıklamalarının ise genelde kamu hukuku kuralları, özelde ise kamu ihale hukuku ile yapılabildiği* ve kamu alımlarının idare hukuku, malî yönetim hukuku ve kamu harcamaları hukukunu doğurmasının kaçınılmaz olduğu ileri sürülmektedir<sup>56</sup>.

Ayrıca, Devlet'in alışverişinde ortaya çıkan kayıplar, vergi ödeyenlere<sup>57</sup> yüklenmektedir<sup>58</sup>. Bu bağlamda kamu alımlarında rekabet ilkesiyle birlikte diğer temel ilkelerin uygulanması suretiyle, kamu harcamalarının kaynağı olan vergilerin daha verimli ve yerinde kullanılacağı belirtilmiştir<sup>59</sup>. Zira *harcama ihalesi*<sup>60</sup> olarak da ifade edilen 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülen ihaleler aracılığıyla gerçekleştirilen kamu alımları, kamu harcamalarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır<sup>61</sup>. Buradan hareketle, kamu üzerindeki malî yükün bertaraf edilmesi için, 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülen ihalelerde kamuya ait parasal kaynakların kullanılması hususu da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır<sup>62</sup>.

Rekabet ilkesi gözetilerek artırmalarda en yüksek teklif gibi, en rasyonel şekilde ihale yapılmasının ana ilke olduğu belirtilmektedir<sup>63</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, rekabet ilkesinde amaç, en uygun teklifin

<sup>54</sup> Uz, A. (2005). s. 11, 13.

<sup>55</sup> Pınar, A. (2015). *Maliye Politikası: Teori ve Uygulama*, 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 35.

<sup>56</sup> Toprak, E. (2016). s. 17-18, 67.

<sup>57</sup> Doktrinde ayrıca, rekabet ilkesiyle sağlanan kamu ihalelerine giriş serbestisinin, özellikle *vergide eşitliğin bir sonucu* olarak açıklanabildiği belirtilmiştir. Bkz.: Kutlu, M. (1997). s. 192.

<sup>58</sup> Bulutoğlu, K. (2004). s. 202.

<sup>59</sup> Uz, A. (2005). s. 14.

<sup>60</sup> Bulutoğlu, K. (2004). s. 206.

<sup>61</sup> Erdoğan, A. ve Kılıç, O. ve Dursun, S. ve Aydın, A. ve Soylu, A. ve Lafçı, M. ve Ecevit, M. S. Şengüder, Y. ve Dönmez, A. (2014). "Kore e-İhale Sistemi: KONEPS", içinde *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Editör: Mustafa Çolak, Dursun Ali Demirboğa, Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları Yayın No. 1, ss. 225-258, s. 230.

<sup>62</sup> Bkz.: AYM, E. 2007/68, K. 2010/2, 14/01/2010.

<sup>63</sup> Bkz.: İstanbul 9. İdare Mahkemesi, E. 2013/271, K. 2014/421, 13/03/2014; Danıştay 13. Dairesi, E. 2015/67, K. 2015/1198, 26/03/2015.



idare tarafından tespit edilmesidir<sup>64</sup>. Bu bağlamda ihale bedelinin kamu yararına uygun olarak belirlenebilmesi bakımından rekabet olanağının sağlanması gerekmektedir<sup>65</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, kamu alımlarının (4734 sayılı Kanun temelinde kamu ihalelerinin) kamu bütçesi açısından değerlendirilmesinin, *kamu ihalelerinin malî amacını oluşturduğu* düşünülmektedir. Diğer bir anlatımla, kamu alımlarının, *kamu bütçesinin etkin ve verimli kullanılmasına hizmet etmeye yönelik malî amacının bir aracı* olduğu da belirtilebilir.

## 5. Rekabet İlkesinin Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi

Çalışmamızda yer verildiği üzere, rekabet ilkesinin müstakil olarak bir ihale ilkesi olarak düzenlendiği 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar ile belirlenen ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılması ile ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini amaçlamaktadır. İlgili ihaleyi yürüten idareler de söz konusu amaçlara ulaşılmasını sağlama yükümlülüğü altındadır<sup>66</sup>. Zira kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkelerine uyulmasında kamu yararı bulunmaktadır<sup>67</sup>. Bununla birlikte bahsi geçen ihale ilkelerinin kamu ihalelerinde tesis edilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir<sup>68</sup>. İdarelere verilen bu yükümlülüğün, bu ilkelerin hizmet ettiği nihai amaç olan kamu yararı dolayısıyla ortaya çıktığı ve rekabet ilkesinin de ihalelerde uygulanıp uygulanmadığı denetlenen bir ilke özelliği gösterdiği düşünülmektedir.

Kamu ihaleleri suretiyle kamu bütçesi üzerinde etkiler yaratılmaktadır. Bu etkinin elverişli bir sonuç yaratabilmesinde, rekabet ilkesi merkezî

---

<sup>64</sup> Kutlu, M. (1997). s. 201.

<sup>65</sup> Bkz.: İstanbul 5. İdare Mahkemesi, E. 2014/1189, K. 2015/250, 19/02/2015; Danıştay 13. Dairesi, E. 2015/1814, K. 2015/3507, 20/10/2015.

<sup>66</sup> Bkz.: AYM, E. 2011/123, K. 2013/26, 06/02/2013.

<sup>67</sup> Bkz.: AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, 27/02/2014. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında da Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel olmadığı; ancak bir mal ve hizmet alımı ihalesinin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10/04/2019, § 102.

<sup>68</sup> Bkz.: AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, 01/04/2015.

bir rol üstlenmektedir. Zira kamu ihalelerinin, rekabetçi bir süreçte sürdürülmediği durumlarda, ihalelerde yolsuzluk ve usulsüzlükler artacak ve bu sebeple kamu üzerine malî yük oluşturacaktır<sup>69</sup>. Bu noktada fiyat rekabeti ile kaynakların verimli kullanılması ve kamu tarafından yapılan ödemenin karşılığının alınması ilkelerinin dengelenmesi<sup>70</sup> ve tam rekabet koşullarında gerçek değere ulaşılması<sup>71</sup> hususları oldukça önemli hâle gelmektedir. Bu bağlamda kamu ihalelerinde saydamlık ve rekabetin sağlanması ile bir yandan kamusal ihtiyaçlar en uygun şartlarda karşılanarak kalite ve maliyet avantajı sağlanması yoluyla kamusal tasarruflara gidilebilmektedir ve dolayısıyla diğer kamusal hizmetlere de kaynak ayrılabilmesi olanaklı hâle gelmektedir<sup>72</sup>.

Kamu ihalelerinde rekabetçi fiyatların teklif edilebilmesi rekabetçi koşullar altında yürütülen ihaleler ile sağlanabilecektir<sup>73</sup>. Bu anlamda rekabetçi koşullar açısından çalışmamızda yer verilen nicelik ve nitelik kriterleri değerlendirilmelidir. Rekabet ilkesinin nicelik kriteri açısından, kamusal ihtiyaçlarının giderilmesinde, çok sayıdaki firma arasından kayırmacılığa kapalı bir uygulama olmalıdır; bu uygulamada kamu yararı bulunmaktadır<sup>74</sup>. Bu anlamda, azamî katılımcının sağlanması, rekabetçi koşullardan biri olarak karşımıza çıkmakta ve kamu ihalelerinin malî amacına temas etmektedir.

Bunun yanı sıra rekabet ilkesinin nitelik kriteri açısından, kamu ihalelerinde, saydamlık ve rekabetin tesis edilmesi, piyasada rekabete ve yenilenmeye engel olan unsurları ortadan kaldırmak suretiyle ekonomik etkinliğin gelişmesini sağlamaktadır. Bu durum da rekabet edebilirliği ve verimliliği artırarak uzun vadeli kalkınmayı güçlendirici bir etki yapacak olup ekonomik performansta gerçekleşecek artışlar da kişilerin ve toplumun huzur, refah ve mutluluğunun artmasına vesile olacaktır<sup>75</sup>. Bu anlamda, yenilik, rekabet edebilirlik ve verimlilik temelinde ihtiyaca uygunluğun sağlanması; uzun vadeli kalkınma temelinde Devlet'in diğer

<sup>69</sup> Bkz.: AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29/11/2012.

<sup>70</sup> Bkz.: AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 08/12/2015, § 31.

<sup>71</sup> Bkz.: AYM, E. 1996/57, K. 1997/3, 23/01/1997.

<sup>72</sup> Bkz.: AYM, E. 2011/143, K. 2013/18, 17/01/2013.

<sup>73</sup> Bkz.: AYM, E. 2011/42, K. 2013/60, 09/05/2013.

<sup>74</sup> Bkz.: AYM, E. 2012/18, K. 2013/80, 18/06/2013. Zira Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında iptali istenen 4734 sayılı Kanun normunun rekabet ilkesi ile ilgisi, ihaleye katılımı azaltıcı nitelikte olup olmadığı yönünden değerlendirilmiştir. Bkz.: AYM, E. 2009/9, K. 2011/103, 16/06/2011.

<sup>75</sup> Bkz.: AYM, E. 2011/143, K. 2013/18, 17/01/2013.

amaçlara uygunluğun sağlanması da rekabetçi koşulları oluşturmakta ve kamu ihalelerinin malî olmayan amaçlarına; bunların araç olma niteliğine temas etmektedir.

Anayasa'nın *çalışma ve sözleşme hürriyetinin* düzenlendiği madde 48/2 hükmünde sosyal ve ekonomik haklardan birini teşkil eden ve Devlet'in özel teşebbüslerin *millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirleri* alacağına ilişkin hükmün, kamu ihalelerinde uygulanması amir hüküm niteliğinde olan rekabet ilkesi ile doğrudan ilişkili olduğu düşünülmektedir. Zira özel teşebbüsler nezdinde alınacak tedbirlerin gerekçelerinden ilkinin millî ekonomik gerekleri, ikincisini ise sosyal amaçlar oluşturmaktadır. Buradan hareketle, Anayasa'nın madde 48/2 hükmünde düzenlenen *haksız rekabeti önlemeyi amaçlayan*<sup>76</sup> iki makro gerekçe, özelde kamu ihale hukukunu şekillendirmekte ve kamu ihaleleri açısından indirgenerek düşünüldüğünde; rekabet ilkesinin tesisindeki nicelik ve nitelik kriterlerine temas ettiği anlaşılmaktadır. Zira kanaatimizce, rekabet ilkesinin nicelik kriteri ile ihtiyaca uygunluğun sağlanmasına yönelik nitelik kriterinin, Anayasa'nın madde 48/2 hükmündeki Devlet'in özel teşebbüslerin *millî ekonominin gereklerine yürümesini sağlayacak tedbirler* kapsamında olduğu ve bu gerekçe ile hukukî varlık kazandıkları düşünülmektedir. Benzer şekilde, rekabet ilkesinin Devlet'in diğer amaçlarına uygunluğun sağlanmasına yönelik nitelik kriterinin, Anayasa'nın madde 48/2 hükmündeki Devlet'in özel teşebbüslerin *sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirler* kapsamında olduğu ve bu gerekçe ile hukukî varlık kazandığı düşünülmektedir.

Ayrıca Anayasa'nın *piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi* başlıklı 167/1 hükmüne göre, Devlet'in piyasalarda *fili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi* önler. Bu kural ile tekelleşme ve kartelleşme yasaklandığı gibi, Devlet'e de bunu engelleyici önlemleri alma görevi verilmiştir<sup>77</sup>. Buradan hareketle, Devlet'in bizatihi ihtiyaçlarının teminine yönelik yürüttüğü kamu ihalelerinde, rekabet ilkesini gözetmeyeceği düşünülemez. Zira rekabet, ekonomik gücün tek bir elde toplanmasını önlemek suretiyle bu gücü topluma yaygınlaştırarak iktisadî güce sahip olanların siyasî hayata da egemen olmasını engellediğinden dolayı, demokratik sistemin işlevsellik kazanabilmesi için gerekli bir nitelik taşımaktadır. Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde de tekeller ve

---

<sup>76</sup> Bkz.: AYM, E. 2000/17, K. 2002/46, 07/05/2002.

<sup>77</sup> Bkz.: AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, 21/09/2004.

tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim hem de hizmetler sektöründe önlemenin, sağlıklı bir toplum ve demokrasi için vazgeçilmez olduğu belirtilerek bu gerçek, ifade edilmiştir<sup>78</sup>. Ayrıca Anayasa'nın madde 167/1 hükmü ile sadece tekelleşme değil; tekel oluşturmamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının *fiyat anlaşmaları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretle* gerçekleştirilecekleri kartelleşmeleri de yasaklanmakta ve Devlet, bu yasak fiil ve davranışları engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutularak rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir<sup>79</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, rekabet ilkesinin ayrıca Anayasa'nın madde 167/1 hükmünün tezahürü olduğu düşünülmektedir. Kamu ihalelerinde de fiilen ya da belirli anlaşmalarla aslında Devlet'in akdedeceği sözleşmenin diğer tarafını seçme imkânını daraltan uygulamaları bertaraf etmek üzere tedbirler alacağı açıktır. İşte tam da bu noktada, kamu ihaleleri açısından rekabet ilkesi, yarışma ortamının ve Devlet'in seçme imkânını genişleten uygulamaların güvencesini oluşturmaktadır. Zira Anayasa'nın madde 167/1 hükmü ile Devlet'e verilen görev ve hükmün amacı, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir<sup>80</sup>.

Kamu ihaleleri ile ilgili kanun koyucunun kendisine tanınan takdir yetkisinde, rekabeti artırıcı tedbirlerle kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, anayasal sınırlar içinde kalınması zorunluluğu da bulunmaktadır<sup>81</sup>. Bu sınırlar açısından da yukarıda yer verilen Anayasal hükümler de dikkate alınacak temel düzenlemelerdir.

Kanaatimize göre, yer verilen Anayasa'nın madde 167/1 ile 48/2 hükümleri, alt yapısal açıklamalarını maliye işlemlerinin oluşturduğu üst yapının ilk belirleyicisi niteliğindeki kamu hukuku kurallarını oluşturmaktadır. Bu kamu hukuku kurallarından biri olan rekabet ilkesinin tesis edilmesi, *kamu ihale düzeninin korunması ile kamu ihalelerinde adalet ve hakkaniyetin sağlanmasını* güvence altına almaktadır<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Bkz.: AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, 01/04/2015.

<sup>79</sup> Bkz.: AYM, E. 2004/68, K. 2005/104, 23/12/2005.

<sup>80</sup> Bkz.: AYM, E. 2009/9, K. 2011/103, 16/06/2011. Daha detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Akel, Y. N. (2018-a). s. 44-45.

<sup>81</sup> Bkz.: AYM, E. 2009/45, K. 2011/88, 02/06/2011.

<sup>82</sup> Bkz.: AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, 20/09/2012.

## II. PROGRAM KAPSAMINDA KAMU İHALELERİNE YÖNELİK POLİTİKA VE TEDBİRLER

2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı<sup>83</sup> (Program), 256 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı<sup>84</sup> ile onaylanmıştır. Program'da kamu alımlarına özgü olarak dört adet politika ve tedbir geliştirildiği ve bunlara da *Nitelikli İnsan, Güçlü Toplum* ile *Yenilikçi Üretim, İstikrarlı Yüksek Büyüme* başlıkları altında yer verildiği anlaşılmakta olup çalışmamamızın devamında bunlar ele alınacaktır.

### A. NİTELİKLİ İNSAN, GÜÇLÜ TOPLUM TEMELİNDE KAMU İHALELERİNE YÖNELİK POLİTİKA ve TEDBİRLER

#### 1. Ortak ve Toplu Alımın Yaygınlaştırılması

Program'ın 167 no.lu tedbirinde, *ortak ve toplu alımın yaygınlaştırılması* şeklinde belirtilen bir politika/tedbirin öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır.

##### a. Yöntem ve Sorumlu/İş Birliği Yapılacak Kuruluş

167 no.lu tedbirde, ortak ve toplu alımın yaygınlaştırılmasına yönelik *elektronik platform* kurulacağı belirtilmiştir. Aslında şu anda, 4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, *Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP)* mevcut olup Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin işlemlerde, EKAP kullanılmaktadır<sup>85</sup>.

Ortak ve toplu alımın yaygınlaştırılmasında sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluşun *Kamu İhale Kurumu*<sup>86</sup> olduğu belirtilmiştir. Bahsi geçen tedbir ile ilgili sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluş olarak Kamu İhale Kurumunun belirlenmiş olmasının hukukî dayanağı 4734 sayılı Kanun'un madde 53/b-2 hükmü olduğu düşünülmektedir<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Hükümet sisteminin değişikliğine koşut olarak yıllık programlar, 2019 yılı itibarıyla "Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı" olarak isimlendirilmektedir. Bu bağlamda Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığınca hazırlanan Program, bu özelliği taşıyan *ilk program* olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>84</sup> Bkz.: 27.10.2018 Tarihli ve 30578 Sayılı Resmî Gazete-Mükerrer.

<sup>85</sup> 4734 sayılı Kanun'un tanımların düzenlendiği 4. maddesinde EKAP, idareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların, bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından yönetilen elektronik ortamı ifade etmektedir. Kamu İhale Kurumunun sorumluluğunda olan EKAP üzerinden, 4734 sayılı Kanun'un Ek Madde 1 hükmünde ne olduğu belirtilen ihale işlemleri gerçekleştirilmektedir.

<sup>86</sup> Kamu İhale Kurumu, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte ve Kanun'un 53. maddesi uyarınca Türk idarî teşkilatında faaliyet göstermeye başlamış olup Kanun'un 53/a hükmünde, Kanun ile verilen görevleri yapmak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulduğu belirtilmiştir.

<sup>87</sup> Hükme göre, bu Kanun'a ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin

b. Süre ve Yapılacak İşlemler

Ortak ve toplu alımın yaygınlaştırılması amacıyla yapılacak işlemler için, 2019 yılı haziran ayı sonu belirlenmiş olup ortak ve toplu alımın yaygınlaştırılması için, biri uygulamaya diğeri de *normatif düzenlemeye* ilişkin iki tür işlemin yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda öncelikle idareler, ortak -ve toplu- alıma uygun ihtiyaçlarının temini konusunda *satın alma planları* oluşturacak olup bu planların, ilgili tedbirin yöntemi olan EKAP üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. Bunun dışında, bu hukukî işlemlerin yapılabilmesinin dayanak olacak -sebeup unsuru- *gerekli ikincil mevzuat düzenlemelerinin* yapılacağı görülmektedir.

**2. E-İhalenin Esas Kılınması**

Program'ın 168 no.lu tedbirinde, *e-ihalenin (elektronik ihale) esas kılınması* şeklinde belirtilen bir politika/tedbirin öngörölmüş olduğu anlaşılmaktadır.

a. Yöntem ve Sorumlu/İş Birliğı Yapılacak Kuruluş

168 no.lu tedbirde, e-ihalenin esas kılınmasında, *EKAP'ın kullanılacağı* ve bu bağlamda EKAP geliştirmelerinin yapılacağı belirtilmiştir. O hâlde, 168 no.lu tedbire ilişkin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihale işlemlerinde, mevcut elektronik platform olan EKAP'ın kullanılmaya devam edileceğı ve EKAP üzerinde yeni bir uygulama açılacağı anlaşılmaktadır.

E-ihalenin esas kılınmasında sorumlu/iş birliğı yapılacak kuruluşun yine *Kamu İhale Kurumu* olduğu belirtilmiştir. Burada da Program ile bahsi geçen tedbir ile ilgili sorumlu/iş birliğı yapılacak kuruluş olarak Kamu İhale Kurumunun belirlenmiş olmasının hukukî dayanağının, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi olduğu düşünölmektedir.

b. Süre ve Yapılacak İşlemler

E-ihalenin esas kılınması amacıyla yapılacak işlemler için, 2019 yılı haziran ayı sonu belirlenmiş olup e-ihalenin esas kılınması için, yine biri uygulamaya diğeri de *normatif düzenlemeye* ilişkin iki tür işlemin yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda e-ihalenin esas kılınmasında *paydaşlara eğitim verileceğı* ve ayrıca e-ihalenin yapılabilmesine dayanak olacak -sebeup unsuru- *gerekli ikincil mevzuat düzenlemelerinin* yapılacağı görülmektedir.

---

uygulamayı yönlendirmek, Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkilerinden birisi olarak belirtilmiştir.

İkincil mevzuat düzenlemeleri uyarınca, e-ihalenin tüm alım türlerinde ve usullerinde kullanımının ve yaklaşık maliyeti belirli bir tutara kadar olan alımlarda zorunlu hâle getirilmesinin sağlanacağı anlaşılmaktadır.

### c. Normatif Düzenlemeler

2019 yılında yapılan değişiklikle<sup>88</sup>, 13 Eylül 2019 tarihinden itibaren uygulanmak üzere, ihalelerin e-teklif alınmak suretiyle yapılabileceği belirtilmiş olup e-ihale sistemine getirilen *açık ihale usulü veya 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-f hükmüne göre pazarlık usulünün kullanıldığı ihaleler* şeklindeki kısıtlamanın kaldırıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanun kapsamında tüm usullerde yürütülen ve tüm ihtiyaçlara yönelik ihalelerde, e-ihale yapılabilmesi hususunda, idarelere *takdir yetkisinin* tanındığı anlaşılmaktadır. E-ihalenin etkin kılınmasında, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde rekabet ilkesinin tesisinde *azamî katılımın sağlanması suretiyle nicelik kriterine* yönelik hukukî düzenleme yapıldığı düşünülmektedir.

## **B. YENİLİKÇİ ÜRETİM, İSTİKRARLI YÜKSEK BÜYÜME TEMELİNDE KAMU İHALELERİNE YÖNELİK POLİTİKA ve TEDBİRLER**

### **1. Kamu Alımlarının Bölgesel Kalkınma ve Teknolojik Gelişme Amaçlı Kullanımı**

Program'ın 270 no.lu tedbirinde, *kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımı* şeklinde belirtilen bir politika/tedbirin öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır.

#### a. Yöntem ve Sorumlu/İş birliği Yapılacak Kuruluş

270 no.lu tedbirde, kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amacına hizmet eden *araçlardan biri* olarak öngörüldüğü ve hem 270 hem de 271 no.lu tedbirlerin uygulanabilmesindeki yöntem olarak *nitelikli ihale şartnameleri hazırlama ve değerlendirme kapasitesinin geliştirileceği* anlaşılmaktadır. İlaveten müstakil olarak 270 no.lu tedbirin uygulanması için de *ikincil bir mevzuat hazırlama* yönteminin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda 270 no.lu tedbir temelinde, ikincil nitelikte *yeni bir mevzuatın yürürlüğe gireceği* düşünülmektedir.

Kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı

---

<sup>88</sup> Bkz.: MAİUY'nin madde 58/A-1, HAİUY'nin madde 59/A-1, YİİUY'nin madde 60/A hükümleri.

kullanımında sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluşun *Kamu İhale Kurumunun* yanı sıra, *ilgili kamu kurum ve kuruluşları* olduğu belirtilmiştir<sup>89</sup>.

#### b. Süre ve Yapılacak İşlemler

Kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımında yapılacak işlemler için, *2019 yılı temmuz ayı sonu* belirlenmiş olup burada da yine biri *uygulamaya* diğeri de *normatif düzenlemeye* ilişkin iki tür işlemin yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda öncelikle kamu alımlarının bahsi geçen amaç çerçevesinde bir araç olarak kullanılabilmesi için hem 270 hem de 271 no.lu tedbirlerde geçerli olacak şekilde, *iyi uygulama örneklerinin kamuda yaygınlaştırılması ve tanıtılmasının sağlanacağı* belirtilmiştir. İlaveten müstakil olarak 270 no.lu tedbirin uygulanması için de 4734 sayılı Kanun'un Ek Madde 9 hükmünün uygulanmasına yönelik *Cumhurbaşkanı kararı taslağı hazırlanacağı* belirtilmiştir. Bu bağlamda, kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımında hem yeni bir ikincil mevzuat düzenlemesinin hem de *yeni bir Cumhurbaşkanı kararı hazırlanacağı* sonucuna ulaşılmaktadır.

#### c. Normatif Düzenlemeler

4734 sayılı Kanun'un *kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımının* düzenlendiği Ek Madde 9 hükmüne göre mal alımlarının, bölgesel kalkınmanın sağlanması, stratejik sektörlerin ve teknoloji transferine dayalı *yerli üretimin geliştirilmesi, proje bazlı yatırımlar ile araştırma, geliştirme ve yenilikçiliğin teşvik edilmesi amaçlarına yönelik* temin edilmesi hâlinde, bu madde hükümlerinin uygulanacağı ve bu madde kapsamındaki mal alımlarının, *sadece yurt içinde üretilen malları teklif eden isteklilerin veya bölgesel kalkınma programı uygulanan illerde üretilen malları teklif eden isteklilerin* katılımına açık gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir<sup>90</sup>. O hâlde bu nitelikte alımlar, *belli amaçlar içerecek şekilde yalnızca mal alımlarına özgülenmekte* ve ayrıca ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler dışında, *4734 ve 4735 sayılı Kanunlardaki sınırlamalara tabi tutulmamaktadır*<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Bu noktada ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının neler olacağı, 270 no.lu tedbir temelinde hazırlanması öngörülen ikincil mevzuat düzenlemesi yapıldığı takdirde netleşeceği öngörülmektedir. Burada da Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca, sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluş olarak belirlendiği düşünülmektedir.

<sup>90</sup> Madde kapsamında yapılacak alımlarda, ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların hükümleri ile ilgili mevzuatında yüklenmeyle ilgili süre, konu ve diğer sınırlamaların uygulanmayacağı belirtilmiştir.

<sup>91</sup> Kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımı ile ilgili uygulamanın nasıl olacağı sorusunun cevabı, 207 no.lu tedbirde de taslağı hazırlanması öngörülen Cumhurbaşkanı Kararının yürürlüğe girmesi ile birlikte anlaşılacaktır.



## 2. Kamu Alım Gücünün Sanayinin Teknolojik Dönüşümüne ve Yurt İçi Üretim Oranının Artırılmasına Katkı Sağlayacak Şekilde Kullanımı

Program'ın 271 no.lu tedbirinde, *kamu alım gücünün sanayinin teknolojik dönüşümüne ve yurt içi üretim oranının artırılmasına katkı sağlayacak şekilde kullanımı* şeklinde belirtilen bir politika/tedbirin öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır.

### a. Yöntem ve Sorumlu/İş birliği Yapılacak Kuruluş

271 no.lu tedbirde kamu alımlarının, sanayinin teknolojik dönüşümüne ve yurt içi üretim oranının artırılmasına katkı sağlayacak şekilde kullanımı amacına hizmet eden *araçlardan biri* olarak öngörüldüğü ve daha önce belirttiğimiz üzere hem 270 hem de 271 no.lu tedbirlerin uygulanabilmesindeki yöntem olarak *nitelikli ihale şartnameleri hazırlama ve değerlendirme kapasitesinin geliştirileceği* anlaşılmaktadır. İlâveten müstakil olarak 271 no.lu tedbirin uygulanması için de *kamu alımlarında sanayi iş birliği projeleri uygulamalarının yaygınlaştırılması* yönteminin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

Kamu alım gücünün sanayinin teknolojik dönüşümüne ve yurt içi üretim oranının artırılmasına katkı sağlayacak şekilde kullanımında sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluşların *Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ve ilgili STK'ler* olduğu belirtilmiştir<sup>92</sup>.

### b. Süre ve Yapılacak İşlemler

Kamu alım gücünün sanayinin teknolojik dönüşümüne ve yurt içi üretim oranının artırılmasına katkı sağlayacak şekilde kullanımı amacıyla yapılacak işlemler için, *2019 yılı aralık ayı sonu* belirlenmiş olup kamu idarelerinin ulaşım, sağlık ve enerji başta olmak üzere yenilik, yerleşme ve teknoloji transferi sağlamaya yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerinin sanayi iş birliği projeleri uygulaması kapsamında gerçekleştirilmesi için gerekli *faaliyetler icra edileceği ve kırk adet farkındalık ile bilgilendirme etkinliği gerçekleştirileceği* belirtilmiştir.

### c. Normatif Düzenlemeler

4734 sayılı Kanun'un *istisnaların* düzenlendiği madde 3/1-u hükmüne göre, yenilik, yerleşme ve teknoloji transferini sağlamaya yönelik sanayi

---

<sup>92</sup> Bu noktada ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili STK'lerin neler olacağı, 271 no.lu tedbir temelinde hazırlanması öngörülen ikincil mevzuat düzenlemesi yapıldığı takdirde netleşeceği düşünülmektedir. Burada Kamu İhale Kurumunun sorumlu/iş birliği yapılacak kuruluş olarak belirlenmediği görülmektedir.

iş birliği uygulamalarını içeren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri haricinde, 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un madde 3/1-u hükmü ve Ek Madde 11 hükmü<sup>93</sup> uyarınca "Sanayi İşbirliği Projelerinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar"<sup>94</sup> adında 36 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı yürürlüğe girmiş olup Karar'ın 1. maddesinde, Usul ve Esaslar'ın amacının, 4734 sayılı Kanun'un madde 3/1-u hükmüne göre yenilik, yerleşme ve teknoloji transferini sağlamaya yönelik sanayi iş birliği uygulamalarını içeren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak usul ve esasları belirlemek olduğu belirtilmiştir<sup>95</sup>.

### III. PROGRAM TEDBİRLERİNİN REKABET İLKESİNİN İŞLEVSELLİĞİNE ETKİLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

#### A. MERKEZİ SİSTEME GEÇİŞİN REKABET ÜZERİNDE ETKİLERİ

4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği günden bugüne kadar öngördüğü sistem, *kural olarak ademi merkezî* niteliktedir. Zira 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde *idare*, ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşları ifade etmekte olup bunun dışında Kanun'un tüm hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ihtiyaç duyulan mal, hizmet alımları, yapım işleri ihalelerinde her idarenin kendi ihalesini kendi birimleri ve personeli ile yürüttüğü sonucuna ulaşılmaktadır<sup>96</sup>. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun uyarınca, idarelerin ihtiyaçları ortak ve toplu alıma uygun olsa dahi, *esas olarak* merkezî bir kamu alımı sistemi öngörülmemiştir. Durum bu olmakla birlikte, Program'ın

<sup>93</sup> 4734 sayılı Kanun'un Ek Madde 11 hükmünde, Kanun'un 3. maddesinin (u) bendine ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanınca belirleneceği düzenlenmiştir.

<sup>94</sup> 36 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda, 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (u) bendi gereğince yenilik, yerleşme ve teknoloji transferi sağlamaya yönelik sanayi iş birliği uygulamalarını içeren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kapsamında yapılacak ihalelere ilişkin ekli "Sanayi İşbirliği Projelerinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar"ın yürürlüğe konulmasına, Kanun'un Ek Madde 11 hükmü gereğince karar verildiği belirtilmiştir. Bkz.: 16.08.2018 Tarihli ve 30511 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>95</sup> Usul ve Esaslar'ın temel ilkelerin düzenlendiği madde 4/1 hükmünde, tıpkı 4734 sayılı Kanun'un madde 5/1 hükmünde olduğu gibi, Yönetmelik'e göre yapılacak ihalelerde, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının esas olduğu belirtilmekle birlikte; Usul ve Esaslar'ın madde 4/2 hükmünde, ihalelerde, fiyatın yanı sıra, işletme ve bakım maliyeti, verimlilik, kalite, teknik üstünlükler ve sanayi ve teknoloji katılımı yükümlülükleri gibi fiyat dışı unsurların da değerlendirmeye alınacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Usul ve Esaslar'ın ekindeki Ek-2 Maliyet Etkinlik Formülü incelendiğinde, birden fazla parametrenin dikkate alındığı da görülmektedir.

<sup>96</sup> Akel, Y. N. (2018-b). s. 25.

167 no.lu tedbirinde, mahallî idareler de dâhil olmak üzere, kamuda ortak uygulamalar yaygınlaştırılması amacıyla, idarelerin ortak -ve toplu- alıma uygun ihtiyaçlarının temini konusunda satın alma planları oluşturacağına yönelik bir politikaya geçilmesinin ve bu bağlamda ihtiyaçlarına temininde daha merkezî bir usulün öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

### 1. Ademi Merkezî Sistemin İstisnaları

4734 sayılı Kanun ile kural olarak ademi merkezî sistem öngörülmüş olsa da birden fazla idarenin bir araya gelerek ihale yürütmesine olanak veren düzenlemeler de mevcuttur.

#### a. Çerçeve Anlaşmalar

4734 sayılı Kanun'un *çerçeve anlaşmaların* düzenlendiği Ek Madde 2 hükmünde, idarelerin ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin olarak açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulünü uygulamak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapabileceği ve çerçeve anlaşma yapılmış olmasının, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmeyeceği belirtilmiştir. Yer verilen 4734 sayılı Kanun hükmüne dayanılarak hazırlanan ÇAIUY'nin *tanımların* düzenlendiği 3. maddesinde *çerçeve anlaşmanın*, bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların, özellikle fiyat ve mümkün olan hâllerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmayı ifade ettiği belirtilmiştir<sup>97</sup>.

#### b. Ortak İhtiyaçlar

4734 sayılı Kanun'un *birden fazla idarenin ortak ihtiyaçları için ihale yapılmasının* düzenlendiği Ek Madde 7 hükmünde, birden fazla idarenin ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik mal ve hizmet alımları ile bakım ve onarım işlerine ilişkin, Kanun'da yer alan ihale usullerinin uygulanarak tek bir ihale yapılabileceği ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Kamu İhale Kurumu tarafından belirleneceği belirtilmiştir<sup>98</sup>. Bu

<sup>97</sup> ÇAIUY'de yer alan bu tanım, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde de yer almaktadır.

<sup>98</sup> Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğüne yayımlanan *ortak ihale* konulu ve 9 Sıra No.lu Genelge'de, 4734 sayılı Kanun'un Ek Madde 7 ile KİGT'nin 97. maddeleri uyarınca, ortak ihale ile ölçek ekonomisinden faydalanılarak kamuda tasarruf sağlanmasının, ihale sürecindeki maliyetlerin azaltılmasının, daha az ihale işlemi gerçekleştirilmesi suretiyle idarelere zaman tasarrufu sağlanmasının, yeterli nitelik ve sayıda personeli bulunmayan idarelerde yaşanan problemlerin azaltılmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, ortak ihaleden beklenen yararların elde edilebilmesi için, rekabetin sağlanması ilkesinin de gözetilerek uygun koşulların olduğu durumlarda ihtiyaçların ortak ihale yoluyla temin edilmesinde fayda görüldüğü belirtilmiştir. Bkz.: BUMKO, Ortak İhale, (Çevrimiçi), <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/04/Ortak-%C4%B0hale-Konulu-Genelge.pdf>, 29.09.2019.

bağlamda *Kamu İhale Genel Tebliği'nin*<sup>99</sup> (KİGT) *birden fazla idarenin ortak ihtiyaçları için ihale yapılmasının* düzenlendiği madde 97/A.1. hükmünde, birden fazla idare ortak ihtiyaçlarını, düzenleyecekleri bir protokol çerçevesinde, 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihale usullerini kullanarak ortak bir ihale ile karşılayabileceği ve alımı yapılacak mal veya hizmet ile bakım veya onarım işine ilişkin aynı nitelikteki ortak ihtiyaçların farklı teknik özelliklere sahip olabileceği belirtilmiştir.

## 2. Merkezî Sisteme Geçişin Rekabet İlkesi Üzerindeki Etkileri

### a. Katılımcı Sayısının Artması

İdarelerin ortak -ve toplu- alıma uygun ihtiyaçlarının temini konusunda satın alma planları oluşturmak suretiyle ihaleler yürütmeye başlamasıyla birlikte ortaya çıkabilecek olumlu sonuçlardan ilki, *ihale sayısının* ve dolayısıyla *ihale ilan sayılarının azalmasıdır*<sup>100</sup>. Bu durumda, kamusal alımlarda sözleşmenin tarafı olmak isteyen kişiler açısından, birden çok ihale takip etme ve her ihale için ayrı teklif verme prosedürü ortadan kalkmaktadır. Bu bağlamda, ortak alımlar şeklindeki ihale sistemine geçilmesiyle birlikte; aynı ihtiyaçlar için açılan birden çok ihaleye katılım açısından kişilerin dağılması riski en aza indirilecektir. Başka ifade ile toplu bir şekilde daha büyük kamusal alımların daha az sayıda ihale ile yapılacak olmasından ve katılım gösterilebilecek alternatif ihale sayısının azalacağından dolayı, ihalelere katılım en üst düzeyde gerçekleştirilecektir. Zira kişiler için, alternatif ihale sayısı azalacağından dolayı, kamusal alış-verişe dahil olabilmek için, açılan ihalelere katılma istekleri daha üst düzeye çıkabilecektir.

Katılımcı sayısının artması, daha önce belirttiğimiz üzere, ihalelerde rekabet ilkesinin tesisinde birincil unsur ve nicelik kriteri olarak karşımıza çıkmaktadır. Katılımcı sayısının artmasına koşul olarak, rekabetin de artacağı ve bu bağlamda ayrı ayrı ihaleler ile karşılandığı durumla kıyaslandığında, *teklif edilen bedellerden daha düşük teklifler verileceği öngörülmektedir*. Bu anlamda, kamu kaynaklarının harcanmasında gösterilecek özen açısından bir güvence olarak öngörülen merkezî sisteme

<sup>99</sup> Bkz.: 22.08.2009 Tarihli ve 27327 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>100</sup> Ayrıca, her ihale için yapılan ilanın yayımlandığı yere ve sayısına göre bir maliyeti bulunduğundan dolayı, idarelerin ortak -ve toplu- alıma uygun ihtiyaçlarının temini konusunda satın alma planları oluşturmak suretiyle ihaleler yürütmeye başlamasıyla birlikte ihale ilan giderlerinin de azalması mümkündür. Bu bağlamda kamu bütçesinden ihale ilanları için yapılacak harcamalar azalabilecek ve bu temelde tasarruf sağlanabilecektir.

geçiş ile daha da etkin hâle getirilen rekabet ilkesinin nicelik kriteri ile Devlet'in giderlerinden tasarruf sağlanacağı; kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin de tesis edileceği düşünülmektedir.

Diğer taraftan idarelerin ortak -ve toplu- alıma uygun ihtiyaçlarının oldukça yüksek bir alım şeklinde belirlenmesi ise, bu ihtiyacı tedarik edebilecek *kişi sayısını azaltma riskini* beraberinde getirebilir. Başka ifade ile alım hacminin çok büyük olması hâlinde, daha küçük üretim kapasitesine sahip olanların ihalelere katılım şansı olmayabilir. Bu bağlamda Program'ın tedbirleri uygulamaya geçirildiğinde, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelere katılımda *çok daha fazla ortak girişim şeklindeki teşekkülün yer alacağı öngörülmektedir*<sup>101</sup>. Başka deyişle, kamusal alımlara iştirak edebilmek amacıyla kişilerin, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen tüm ihalelerde teklif sunabilen *iş ortaklıkları oluşturması şeklindeki ortak girişimlere* başvuracağı düşünülmekte ve bu teşekkül de yeni sistemdeki ihalelere katılımda bir avantaj olarak önerilmektedir.

#### b. Yasak Fiil veya Davranışların Azalması

Birer idarî işlem olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının daha dar, kısa nitelikteki özel maksat unsuru da ihale ilkeleri olmaktadır<sup>102</sup>. Bu bağlamda varmak istediğimiz sonuç şudur ki, yasak fiil veya davranışlar için hükme bağlanan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin amaçlardan birisini de 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde rekabet ilkesinin tesis edilmesidir<sup>103</sup>. Yasaklama kararlarının ayrıca Anayasa'nın madde 48/1 hükmü ile doğrudan ilişkisi bulunmaktadır<sup>104</sup>. Zira kaklarında yasaklama kararı tesis edilen kişiler,

---

<sup>101</sup> 4734 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre, ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilmektedir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir; ancak ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini belirleme konusunda idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır.

<sup>102</sup> Akel, Y. N. (2018-a). s. 316.

<sup>103</sup> Danıştay'ın bir kararında, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlandığı ve bu saiklerle haklarında kamu davası açılan kişilerin idarî bir tedbir olarak ihalelere katılmaları yasaklandığı belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, E. 2010/4209, K. 2014/372, 11/02/2014. Ayrıca Danıştay'ın başka bir kararında, 2886 sayılı Kanun'un idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklamanın düzenlendiği 84. maddesindeki hüküm ile ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabeti temin ve bu yolla da kamu yararının sağlanmasının amaçlandığını belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, E. 2002/460, K. 2005/2869, 08/06/2005.

<sup>104</sup> Doktrinde çalışma, sözleşme ve özel teşebbüsler kurma serbestliğinin düzenlendiği

kamu ihalelerinden dışlanmakta<sup>105</sup> ve potansiyel bir ekonomik çıkardan yoksun bırakılmaktadır<sup>106</sup>.

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile yasaklanan fiil veya davranışlardan birisi de "İsteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek" şeklinde belirtilmiştir<sup>107</sup>. Bahsi geçen bu fiil veya davranıştaki *anlaşma*, birden fazla şekilde tezahür edebilmektedir. Bu anlaşma, mevcut ihale kapasitesindeki bir paylaşma şeklinde ortaya çıkabilir<sup>108</sup>. Bu tip paylaşımında, ihaleyi kazanma konusunda desteklenen bir katılımcı ile bu desteği sağlama konusunda menfaat temin eden kişiler arasında anlaşma yapılmaktadır. Bu destek, ilgili ihaleye hiç teklif vermeyerek çekilme şeklinde olabileceği gibi, ihaleye katılarak desteklenen kişinin kazanmasını sağlayan bir teklifin sunulması şeklinde de olabilir. İlâveten burada vaat ve/veya temin edilen menfaat de birçok şekilde gerçekleştirilebilir. Bu anlamda *bölüşüm*, *paylaşım* şeklindeki uygulamaların yaygın olduğu belirtilmektedir<sup>109</sup>. Yer verilen bu hareketlerde, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik *dar veya kısmî rekabet uygulamasının* mevcut olduğu açıktır<sup>110</sup>. Zira bu hâllerde görünüşte rekabetin gerçekleştirildiği izlenimi uyandırılmaktadır<sup>111</sup>.

İdarelerin bazı ihtiyaçlarının süreklilik gösterdiği bilinmektedir ve

---

Anayasa'nın 48. maddesindeki hakkın, ekonomik haklardan biri olduğu ve çalışma serbestliğinin Devlet'e pasif davranma, engel olmama görevi getirdiği belirtilmiştir. Bkz.: Tanör B. ve Yüzbaşıoğlu N. (2016). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, s. 189-190.

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesinin bir kararında, yasaklama kararlarının az sayıda tüzel kişiliğin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmesi tehlikesi yaratabildiğine dikkat çekilmiştir. Bkz.: AYM, E. 2014/92, K. 2016/6, 28/01/2016.

<sup>106</sup> Kaya, C. (2006). "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, ss. 153-183, s. 153. Bu bağlamda kamu ihale usulü kanunları ile bazı fiil veya davranışların yasaklanmasının ve idarî, cezai yaptırımlara tabi tutulmasının en önemli sebebini, bunların rekabet ilkesinin tesisini engelleyen sonuçlar oluşturduğuna dair kanun koyucu iradesidir. Bu noktada rekabet ilkesinin tesisi açısından öngörülen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının Anayasa'nın madde 48/1 hükmünde düzenlenen çalışma hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik sonuçları bulunmaktadır. Bu anlamda, rekabet ilkesinin tesisinin bertaraf eden fiil veya davranışlar sonucunda, Devlet'in özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirlerden biri olarak kamu ihale hukuku alanında yasaklama kararı şeklindeki yaptırım uygulanmakta ve ilgililerin Anayasa'nın 48. maddesindeki hakkının kullanımı elinden alınmaktadır. Daha detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Akel, Y. N. (2018-a). s. 46.

<sup>107</sup> 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde de yasak fiil ve davranışlardan birisinin "İstekliler arasında anlaşmaya çağırıcı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak" olduğu hükme bağlanmıştır.

<sup>108</sup> Kutlu, M. (1997). s. 206.

<sup>109</sup> Kutlu, M. (1997). s. 206; Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 602.

<sup>110</sup> Kutlu Gürsel, M. (2003). s. 601.

<sup>111</sup> Kutlu, M. (1997). s. 206.

belirli aralıklarda ihale usulüne başvurulmak suretiyle bu ihtiyaçlar giderilmekte olduğundan, bu ihalelerin yapılacağı önceden bilinmekte/tahmin edilebilmektedir. Bu bağlamda, ortak ve toplu alımın yapıldığı varsayımı altında, alternatif ihale sayısının azalması sebebiyle, mevcut ihale kapasitesinin katılımcılar arasında *bölüştürülmesi, dağıtılması ya da paylaştırılması* ihtimali ortadan kalkacak ya da oldukça azalacaktır. Zira rekabet ilkesinin tesisini engellemek üzere, *bahsi geçen türde bir menfaatin vaadi ve/veya teminine yönelik uygulamalar oldukça azalacak ya da gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır*. Buradan hareketle, kamu ihale hukukunda yasaklanan ve hukukî sonuç olarak idarî ve cezai yaptırımlar öngörülen fiil ve davranışların azalmasına koşut olarak rekabet ilkesi ile birlikte kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin de tesis edileceği düşünülmektedir.

#### c. Pazarlık Usulü ile Yürütülen İhale Sayısının Azalması

4734 sayılı Kanun'un *pazarlık usulünün*<sup>112</sup> düzenlendiği madde 21/2 hükmünde, maddenin 21/1-b, 21/1-c ve 21/1-f hükümlerindeki kanunî sebeplere istinaden pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde ilan yapılmasının zorunlu olmadığı ve ilan yapılmayan hâllerde en az üç istekli davet edilerek yeterlik belgeleri ile fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceği ve bu suretle ihalenin gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Bahsi geçen düzenlemede ihale ilanının yayımlanmamasının tercih edilmesinde idarelere takdir yetkisinin tanındığı anlaşılmakta ve ihale ilanı yayımlanmaması yönünde bu yetkinin kullanılarak pazarlık usulü ile yürütülen ilgili ihaleye idare tarafından istekli davet edilmesi durumunda, rekabet ilkesini ihlal edebilir sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Çünkü pazarlık usulünün 4734 sayılı Kanun'da düzenlenme şekli, idarelerin ihalelere yönelik işlem ve eylemlerinin kişilerce öngörülebilirliğini azaltmaktadır<sup>113</sup>. Zira ihale ilanının yayımlanmaması sebebiyle ilgili kişilerin ihalenin varlığından haberdar olma olasılığı düşmekte ve ayrıca ihaleye katılım da kural olarak idarelerce yapılacak davete bağlı kılınmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-b<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Daha detaylı bilgi için bkz.: Akın, Y. N. (2019). *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdarî Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 195-198.

<sup>113</sup> Akel, Y. N. (2018-b). s. 23.

<sup>114</sup> 4734 sayılı Kanun'un 21/1-b hükmünde, "*Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen*

ile madde 21/1-c<sup>115</sup> hükümlerinin *öngörülemeyen, ivedi hâllere, savunma-güvenliği temin eden* ihtiyaçlara ya *idareyi zorlayan bir duruma*<sup>116</sup> özgülendiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple öngörülemeyen, ivedi hâller, savunma-güvenliği temin eden ihtiyaçlar şeklindeki idareyi zorlayan bir duruma özgülünen 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-b ile 21/1-c hükümlerine istinaden pazarlık usulü yürütülen ihaleler açısından, ortak ve toplu alımlarla ilgili tedbirin etkili olma olasılığı yoktur. Zira bahse konu hükümlere konu edilen ihtiyaçların doğası gereği, önceden satın alma planlarının yapılması mümkün değildir. Ancak 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-f<sup>117</sup> hükmü ise *yaklaşık maliyet tutarına* göre pazarlık usulü ile ihale yürütülmesine imkân tanıyan bir kanunî sebeptir. Program'ın 167 no.lu tedbirinde, şartların gerçekleşmesi hâlinde idarelerin ihtiyaçlarının ortak -ve toplu- şekilde temini konusuna yönelik bir irade bulunmakta olup ortak ve toplu alımlarda, ihtiyaçların temininde bir birleşme olacağından dolayı; bu ihalelerde yaklaşık maliyet tutarının artacağı kuşkusuzdur. Bu sebeple de idarelerin müstakil/bağımsız olarak ihtiyaçlarını temin ettikleri durumlara kıyasla, ortak ve toplu alımların yaklaşık maliyetinin 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-f hükmündeki tutarın üzerine çıkacağı düşünülmektedir. Bu düşünceden hareketle, *4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-f hükmüne istinaden pazarlık usulü ile yürütülecek ihalelerin sayısında da azalış olacağı öngörülmektedir*. Buradan hareketle, ilansız ihaleye olanak veren ve bu bağlamda rekabet ilkesinin etkin kılınmasını engelleyen 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-f hükmü uyarınca pazarlık usulü ile yürütülen ihale sayısının azalmasına koşul olarak, rekabet ilkesinin daha etkin hâle geleceği ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin de tesis edileceği düşünülmektedir.

---

*hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*" hâllerinde pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>115</sup> 4734 sayılı Kanun'un 21/1-c hükmünde, "*Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*" hâllerinde pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>116</sup> Akel, Y. N. (2018-b). s. 25.

<sup>117</sup> 4734 sayılı Kanun'un madde 21/1-f hükmüne göre, *2019/1 No.lu Kamu İhale Tebliği ile güncellenen idarelerin yaklaşık maliyeti 301.228,00 TL (Üçyüzbirbinikiyüzyirmisekiz Türk Lirası) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımlarında, pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi mümkündür*. Bkz.: 25.01.2019 Tarihli ve 30666 Sayılı Resmî Gazete.



## B. E-İHALENİN YAYGINLAŞTIRILMASININ REKABET ÜZERİNDE ETKİLERİ

### 1. E-İhale Kapsamının Genişlemesi

168 no.lu tedbirde yapılacak işlemlere göz atıldığında, kamu alımlarının teknoloji ile birleştirilmesi ve çevrimiçi satın alma olarak ifade edilen<sup>118</sup> e-ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki tüm alım türlerinde ve usullerinde kullanılacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen e-ihaleler yalnızca Kanun'un madde 21/1-f hükmü uyarınca pazarlık usulü için öngörülmüş iken; Program'ın 168 no.lu tedbiri ile kapsamın genişletildiği görülmektedir. Ayrıca 168 no.lu tedbirde, ihale usulleri ile birlikte, tüm alım türleri ifadesine yer verildiğinden dolayı; 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale usulü olarak hükme bağlanmasa dahi, *alelade alım usulü*<sup>119</sup>, *ihale dışı temin usulleri*<sup>120</sup> ya da *ihale usulleri dışındaki alım yöntemleri*<sup>121</sup> olarak ifade edilen ve idarenin ihtiyaçlarını temin etmesi konusunda birer alım yöntemi olan *doğrudan temin ile tasarım yarışmalarında* da e-ihalenin uygulanmasına yönelik ikincil mevzuat değişikliklerinin yapılacağı düşünülmektedir.

### 2. E-İhalenin Zorunlu Nitelik Kazanması

168 no.lu tedbirde e-ihalenin yaklaşık maliyeti belirli bir tutara kadar olan alımlarda zorunlu hâle getirileceği; başka ifade ile bu özellikteki ihalelerde *takdir yetkisinin değil, bağlı yetkinin esas alınacağı* öngörülmüştür.

### 3. E-İhalenin Yaygınlaştırılmasının Rekabet İlkesi Üzerindeki Etkileri

#### a. Katılımcı Sayısının Artması

E-ihalede teklifler, EKAP üzerinden hazırlanmakta ve e-imza ile imzalanmış teklifi ifade eden e-teklif şeklinde sunulmaktadır. Bu sebeple, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen bir ihaleye katılan kişinin teklif zarfı hazırlaması ve dolayısıyla bu zarfı ihaleyi yürüten idareye elden

---

<sup>118</sup> Erdoğan, A.; Kılıç, O. ve Dursun, S. ve Aydın, A. ve Soylu, A. ve Lafçı, M. ve Ecevit, M. S. Şengüder, Y.; Dönmez, A. (2014). s. 225, 239.

<sup>119</sup> Gözler, K. (2019). Cilt: II, s. 127; Gözler, K. ve Kaplan, G. (2018). s. 449.

<sup>120</sup> Oder, B. (2017). "Kamu İhale Hukuku", içinde Günışığında Yönetim, 2004 Tarihli 2 inci Baskıdan 3. Tıpkı Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 593.

<sup>121</sup> Yıldırım, T. ve Yasin, M. ve Kaman, N. ve Özdemir, H. E. ve Üstün, G. ve Okay Tekinsoy, Ö. (2018). Editör: T. Yıldırım, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 592.

verme ya da posta ile gönderme zorunluluğu<sup>122</sup> ortadan kalkmaktadır<sup>123</sup>. Bu bağlamda tekliflerin elektronik bir platform olan EKAP üzerinden gönderilebilmesi sayesinde, *kişiler nezdinde yer ve zaman baskısı azalmaktadır*.

E-ihalede, e-teklifler yalnızca teklif mektubu ve ekleri doldurularak hazırlanmaktadır. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelere katılmak isteyen kişiler açısından, ihaleye katılım aşamasında belge temin etme ve bunları sunma zorunluluğu kaldırılmıştır. Zira e-ihale usulü ile artık, ihale dokümanında belirtilen kriterleri haiz olduğuna ilişkin taahhütler yeterli olmaktadır. İlâveten, 2019 yılı Eylül ayında uygulama yönetmeliklerine eklenen hükümle de aday ve isteklilerin yeterliğini sertifikalar ile tevsik edebileceği de düzenlenmiştir. Bu sebeple, belgelerin tamamlanamaması durumlarının, ihalelere katılma engel teşkil etme sorunu çözümlenmektedir. Ayrıca kişilerin, belge temin etme zorunluluğu kaldırıldığından; yakın veya aynı tarihlerde birden fazla ihaleye katılabilmesi de mümkün olmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, EKAP üzerinden e-teklif vermek suretiyle rekabetçi fiyatların sunulmasını<sup>124</sup>, kamu alımları üzerindeki olumsuz baskıların azaltılmasını<sup>125</sup> sağlayacak olan *e-ihale usulünün, katılım sayısını artıracığı düşünülmektedir*. Bu durum da rekabet ilkesinin tesisindeki nicelik kriteri: azamî katılımın sağlanması açısından oldukça önemli olup e-ihalenin rekabeti arttıracak bir usul olduğu öngörülmektedir. Buradan hareketle de e-ihaleler ile daha etkin kılınacağı düşünülen rekabet ilkesi ile Devlet'in giderlerinden tasarruf edilecek ve buna koşut olarak kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesi de tesis edilecektir.

<sup>122</sup> 4734 sayılı Kanun'un tekliflerin hazırlanması ve sunulmasının düzenlendiği 30. maddesinde, e-ihale ile yapılmayan ihalelerde, bu hususların sıkı şekil kurallarına tabi tutulduğu görülmektedir. Örneğin ilgili ihaleye teklif sunmak isteyen kişinin teklifini, ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye elden ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla ulaştırması gerekmekte olup bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmemekte ve postadaki gecikmeler dikkate alınmamaktadır.

<sup>123</sup> Ayrıca e-ihalenin uygulanmasıyla birlikte, idare ve isteklilerin verimliliğini arttıracak bir zaman kazancının oluşacağı, ihale sürecinde çalışan kişi sayısının da azalacağı; bilgi alışverişinin artmasına koşut olarak kamu harcamalarının kaynağını oluşturan vergi mükelleflerinin ödedikleri vergilerin yerinde kullanıldığına ilişkin tatminlerinin artacağı belirtilmiştir. Bkz.: Erdoğan, A.; Kılıç, O.; Dursun, S.; Aydın, A.; Soylu, A.; Lafçı, M.; Ecevit, M. S. Şengüder, Y. ve Dönmez, A. (2014). s. 230-231.

<sup>124</sup> Erdoğan, A.; Kılıç, O.; Dursun, S.; Aydın, A.; Soylu, A.; Lafçı, M.; Ecevit, M. S. Şengüder, Y. ve Dönmez, A. (2014). s. 230.

<sup>125</sup> a.g.e. s. 255.

## b. Yasak Fiil veya Davranışların Azalması

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesine baktığımızda, e-ihale usulünün yaygınlaştırılmasına koşut olarak azalma eğilimine gireceğini düşündüğümüz ihaleye fesat karıştırmak ya da buna teşebbüs etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek; ayrıca doğrudan rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak şeklindeki fiil veya davranışlar yasaklama kararı yaptırımına bağlanmıştır. Bu durumda da e-ihale usulünün yaygınlaştırılması ile birlikte; tekliflerin sunulması ya da tekliflerin değerlendirilmesi sırasında ihale komisyonu huzurunda bulunulması amacıyla ihaleyi yürüten idareye gitme durumu ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple de isteklilerin, adayların ya da istekli olabileceklerin birbiriyle ve ayrıca idare ve idaredeki ihale komisyonu ile etkileşiminin daha azalacağı ve bu sebeple de 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde düzenlenen *yasak fiil veya davranışlar için daha az imkân oluşacağı* düşünülmektedir. Açıklanan bu sebeplerden dolayı da kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesine sebep olan yasak fiil veya davranışların ortaya çıkma ihtimalinin azalması, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde *rekabet ilkesinin ve bu ilkenin azamî katılımı öngören nicelik kriterinin tesisinde işlevsel olacağı* öngörülmektedir. Bu durumda da yine kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesi daha etkin hâle gelebilecektir.

## C. ELEKTRONİK EKŞİLTMENİN ETKİN KILINMASININ REKABET ÜZERİNDE ETKİLERİ

### 1. Elektronik Eksiltmenin Kapsamı

4734 sayılı Kanun'un *elektronik eksiltmenin* düzenlendiği<sup>126</sup> Ek Madde 5 hükmünde, ilan ve ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, açık

---

<sup>126</sup> 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde elektronik eksiltme, tekliflerin değerlendirilmesinin ardından elektronik ortamda eksiltme şeklinde sunulan yeni fiyatların veya belirli teklif unsurlarına ilişkin yeni değerlerin bir elektronik araç marifetiyle otomatik değerlendirme metotları kullanılarak yeniden değerlendirilmesi ve sıralandırılması şeklinde tekrar eden işlemleri ifade etmektedir. MAİUY'nin madde 58/B; HAİUY'nin madde 59/B ve YİİUY'nin madde 60/B hükümlerinde *elektronik eksiltme* usulü düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre elektronik eksiltme, ilan ve dokümanda belirtilmek kaydıyla, hizmet alımı yolu ile ihale edilen danışmanlık hizmet alımları ile ön projeye çıkılan yapım işleri hariç olmak üzere; açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulleriyle yapılan ve 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılan ihalelerde, fiyat veya fiyat ile birlikte fiyat dışı unsurlar üzerinden; sayılan usuller ile yapılan diğer ihalelerde ise yalnızca fiyat dışı unsurlar üzerinden elektronik eksiltme yapılabilmektedir.

ihale, belli istekliler arasında ihale ve Kanun'un madde 21/1-a, 21/1-d ve 21/1-e hükümleri uyarınca pazarlık usulleri ile yapılan ihalelerde<sup>127</sup>, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasının tamamlanmasından sonra elektronik eksiltme yapılabileceği ve ayrıca dinamik alım sistemi ile çerçeve anlaşma kapsamında yapılan ihalelerde de elektronik eksiltmenin uygulanabileceği belirtilmiştir. Hükümün devamında, elektronik eksiltmeye başlamadan önce, ihale dokümanında belirlenen şartlara göre tekliflerin ilk değerlendirmesinin yapılacağı; yeterli kabul edilen isteklilerin elektronik ortamda yeniden teklif vermeye aynı anda davet edileceği; birbirini izleyen birden fazla aşamada elektronik eksiltme yapılabileceği ve davetin gönderildiği tarihten iki iş günü geçmeden eksiltmeye başlanamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca elektronik eksiltmenin her aşamasında, o andaki sıralamalarını öğrenebilmeleri için, gerekli bilgilerin anında isteklilere ulaştırılacağı ve ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, diğer isteklilerin teklifleri hakkında bilgiler ve eksiltmenin herhangi bir aşamasındaki istekli sayısının da duyurulabileceği de hükme bağlanmıştır<sup>128</sup>. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun'un Ek Madde 5 hükmü ile elektronik eksiltmenin uygulanması hususunda idarelere *takdir yetkisinin* tanınmış olduğu görülmektedir.

<sup>127</sup> 4734 sayılı Kanun ile Kanun'un madde 21/1-a, 21/1-d ve 21/1-e hükümleri uyarınca pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde uygulanabilmesi mümkün kılınan elektronik eksiltmenin, İhale Uygulama Yönetmeliklerindeki hükümler çerçevesinde ise uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>128</sup> Kamu İhale Kurumu, 01.11.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere; kamu alımlarında *rekabeti arttırarak* kaynakların daha etkin ve verimli şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde kullanılmak üzere, geçerli teklif sahibi isteklilerin ilk fiyat tekliflerinden daha düşük fiyatlar ile yeniden yarışabilmelerine imkân tanıyan elektronik eksiltme uygulamasının getirildiğini belirtmiştir. Bkz.: Bkz.: EKAP, Mevzuat Değişikliği: Elektronik İhale Uygulamaları Yaygınlaşıyor, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/DuyuruDetay.aspx?duyuruID=28b3c54fd280ac0669d30ed263130f7d43303678fe8bb7fea8ce1dd4a153564d>, 15.03.2019. Ayrıca bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarında Elektronik Eksiltme Başlamıştır, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/DuyuruDetay.aspx?duyuruID=0d8709119db594d71047d7684f20834fe06c9f0352ff0d73d1cc0c2bd644d117veslayt=1>, 09.05.2019. Ayrıca Kamu İhale Kurumu, elektronik eksiltmenin uygulanmaya başlandığı Kasım 2018 ile Mayıs 2019 tarihleri arasındaki verileri paylaşmış olup sağlanan tasarruf miktarının 63 milyon TL olduğunu belirtmiştir. Bkz.: EKAP, Elektronik Eksiltme, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Default.aspx?ReturnUrl=%2fEKAP%2f>, 30.04.2019. İlave ten Kamu İhale Kurumunca yayımlanan diğer verilere göre de Eylül 2019 tarihi itibarıyla, 3 bin adet e-ihale, 7 bin adet elektronik eksiltme yapılmış olup elektronik eksiltmelerden 161 milyon TL tasarruf sağlandığı belirtilmiştir. Bkz.: EKAP, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Default.aspx?ReturnUrl=%2fEKAP%2f#tab3>, (Erişim Tarihi: 18.09.2019).

## 2. Elektronik Eksiltmenin Etkin Kılınmasının Rekabet İlkesi Üzerindeki Etkileri

4734 sayılı Kanun'da düzenlenen elektronik eksiltme usulünde, ihalede tekliflerin değerlendirilmesinden sonra, yine aynı isteklilerin davet edilmesi suretiyle elektronik ortamda eksiltme yapılabilmesi mümkün hâle gelmiştir. Elektronik eksiltme usulü ile rekabet ilkesinin tesisini daha kuvvetli hâle getiren bir uygulamanın; başka ifade ile *çoklu* ya da *katmanlı rekabet esasının* etkin kılındığı belirtilebilir. Zira 4734 sayılı Kanun kapsamında açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ve Kanun'un 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılan ihalelerde, geçerli teklif sahibi isteklilerin EKAP üzerinden e-teklif vermek suretiyle daha düşük fiyatlar ile yeniden yarışabilmelerinin yolu açılmaktadır. Bu anlamda ihaleyi yürüten idare bakımından ilk ihalede yapılan teklif değerlendirmesi sonucunda ulaşılan ekonomik açıdan en avantajlı teklifin daha da aşağıya çekilmesi imkânı doğmaktadır; zira anlaşıldığı üzere elektronik eksiltmeye katılan istekliler ilk fiyat tekliflerinden daha düşük tekliflerle yeni bir yarışmaya girmiş olacaktır. Bu anlamda, elektronik eksiltme usulü olduğu varsayımı altında nihai nitelikte olan tekliflerin tekrar gözden geçirilmesi sağlanmakta ve aslında istekliler açısından kâr marjının en düşük düzeyde tutulacağı bir teklif sunulmasını teşvik etmektedir. İlâveten elektronik eksiltme süresince isteklilerin kimlikleri açıklanmayacağına yönelik kural<sup>129</sup> da kanaatimize göre, *rekabet ilkesinin azamî katılımının sağlanmasına yönelik nicelik kriterini destekler ve yasak fiil veya davranışların oluşmasını da engeller niteliktedir.*

Diğer taraftan elektronik eksiltme usulünün, 2886 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte terk edilen uygulamaya ilişkin gerekçelerle<sup>130</sup> birlikte yorumlanması da gerekmektedir. Pazarlık usulü dışındaki diğer usuller ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen bir ihalede, olağan koşullarda istekliler, diğer isteklilerin fiyat tekliflerini bilmeksizin teklif sunmakta ve bu onların nihai teklifini oluşturmaktadır. Bu sebeple,

---

<sup>129</sup> MAİUY'nin madde 58/B-7, HAİUY'nin madde 59/B-7, YİİUY'nin madde 60/B-7.

<sup>130</sup> 2886 sayılı Kanun Tasarısı'nın getirdiği yeniliklerden birisinin, ihale işlerinin selâmet ve sıhhati bakımından, ihale kararı verildikten sonra zam ve indirme tekliflerini dikkate alan hükmün kaldırılmış olduğu; haksız iktisaplara yol açan ve haksız rekabet neticesinde isteklileri büyük zararlara maruz bırakan bu usulün devam ettirilmesinde fayda görülmediği belirtilmiştir. Bkz.: TBMM, Devlet İhale Kanunu Tasarısı ve Bayındırlık, Ulaştırma, İmar ve İskân, Turizm ve Tanıtma ve İktisadî İşler Komisyonları Raporları. (1/25), (Çevrimiçi), [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c020/dm\\_\\_02020135ss0483.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c020/dm__02020135ss0483.pdf), (Erişim Tarihi: 28.04.2019).

isteklilerin katılmış oldukları ihaleyi kazanabilmeleri için, başka bir teklif sunma imkânları bulunmamaktadır. Bu durumda da istekliler, ilgili ihalede en ekonomik avantajlı teklif olarak belirlenmek suretiyle ihaleyi kazanmak amacıyla ve kâr elde etme arzularını da dikkate alarak teklif sunmaktadır. Ancak elektronik eksiltme usulünün uygulandığı ihalelerde istekliler, ihalenin her aşamasında o andaki sıralamalarını ivedilikle öğrenebilmektedir. Bu bağlamda bu usul ile yapılan bu tekrarlı yarışma ise kanaatimize göre, rekabet ilkesini daha da pekiştirmekle birlikte, isteklileri büyük zararlara sokabilecek makul ve rasyonel olmayan tekliflerin verilmesi<sup>131</sup>; başka ifade ile *zararlı rekabet oluşması* riskini de beraberinde getirebilir. Buradan hareketle, elektronik eksiltme usulü ile etkin olarak işletilen rekabet ilkesi ile Devlet'in giderlerinden tasarruf sağlanan; ancak yüklenici açısından ise zarar ettiren bir malî sonuç ortaya çıkma ihtimalinin de ortaya çıkması muhtemeldir.

#### D. KAMU ALIMLARININ BAZI AMAÇLARDA (POLİTİKALARDA) ARAÇ OLARAK KULLANILMASININ REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Kamu alımlarının *bir politika aracı* olarak Devlet tarafından kullanılabilmesi ve bu bağlamda, sürdürülebilir bir kalkınmayı desteklemek amacıyla kamu alımlarının, yeni teknolojilerin geliştirilmesi, uluslararası rekabet gücünün artırılması ve çevreye duyarlı hâle getirilmesini sağlayacak bir araç olduğu belirtilmektedir<sup>132</sup>. Ayrıca kamu alımlarının ekonomik ve malî boyutunun yanı sıra, etkilediği başka politikaların da olduğu belirtilmekte olup bunlar, *bölgesel kalkınma politikası, sosyal politikalar* ve *çevre politikası* başlıkları altında irdelendiği görülmektedir<sup>133</sup>. İlaveten Devlet ve piyasanın kamu alımları konusunda birbirine karşılıklı bağımlılık içinde olduğu; kamu alımları mevzuatında işletimci bir döneme girildiği ve politika değişikliği olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Devlet'in kamu alımlarını, sadece basit bir ihtiyaç tedariki olarak değil, ekonomik, sosyal ve çevresel politika etkileri olarak tanımlayan *sürdürülebilir kamu alımlarının* yeni politikanın yapısal bir ögesi olduğu ileri sürülmüştür<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Doktrinde, *yıkıcı fiyat teklifleri* olarak ifade edilmektedir. Bkz.: Toprak, E. (2016). s. 198.

<sup>132</sup> Kantarcı, Ö. (2014). "Çevreci Kamu Alımları Kavramı ve Avrupa Birliği Mevzuatındaki Yeri", içinde *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Editör: Mustafa Çolak, Dursun Ali Demirboğa, Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları Yayın No. 1, ss. 259-282, s. 259.

<sup>133</sup> Uz, A. (2005). s. 19-25.

<sup>134</sup> Toprak, E. (2016). s. 126.

Kamu alımlarının bazı amaçlarda araç olarak kullanılması hâlinde, Devlet'in yalnızca kamu bütçesi açısından elde edeceği sonuca odaklanmayacağı anlaşılmaktadır. Başka ifade ile burada yalnızca *yeterlik* ile *en uygun bedel ilkelerinin* esas kılınmayacağı ve en az maliyetle ihtiyacın karşılanması suretiyle tasarruf etme amacının ilk tutulmayacağı düşünülmektedir. Zira burada fayda, doğrudan kamu bütçesi açısından tesirine göre değil, Devlet'in diğer politika amaçlarının gerçekleştirilmesinde kamu alımlarının ne kadar işlevsel olduğuna göre değerlendirilecektir. Bu bağlamda, kamu alımlarının bazı amaçlarda *araç* olarak öngörüldüğü hâllerde, ihalelerde rekabet ilkesinin tesisinde *nicelik kriteri ile birlikte ya da tamamen bu kriterin ötelenerek nitelik kriterinin birincil amaç hâline geldiği düşünülmektedir*. Başka ifade ile kamu alımlarının araç olarak öngörüldüğü hâllerde, azamî katılımın sağlanarak rekabetin etkin kılınması suretiyle kamu bütçesi üzerindeki etkinin en aza indirilerek tasarrufun da azamî olmasından ziyade; bazı durumlarda bundan ödün verilerek geleneksel malî amacın birincilliğinin terk edildiği görülmektedir. Bunun yerine, *kamu ihalelerinin malî olmayan amaçlarının öne çıkarılarak, başka diğer ekonomik amaçların ya da politikaların gerçekleşmesine hizmet edecek şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır*.

### **1. Nitelik Kriterinin Etkin Kılınması**

Program'ın 270 ve 271 no.lu tedbirlerinde yer verilen amaçları içeren hedeflerin gerçekleştirilmesinde, nitelikli şartnamelerin yaygınlaştırılacağı belirtilmektedir. O hâlde yalnızca 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde değil; diğer kamu ihale usulü kanunları<sup>135</sup> çerçevesinde yürütülen ihalelerde de aynı hedefin mevcut olacağı düşünülmektedir. Kanaatimize göre, birtakım kamu ihalelerinde teklif edilen bedelin doğrudan belirleyiciliği sona ermektedir. Zira nitelikli şartnamelerin yaygınlaştırılması suretiyle, katılımcıların işletme ve bakım maliyeti, verimlilik, kalite, teknik üstünlükler ve sanayi ve teknoloji katılımı yükümlülükleri gibi fiyat dışı unsurların da dikkate alınması gerektiğinden; bu unsurlar rekabet için belirleyici ölçüt hâle gelecektir. Bu bağlamda kamu ihalelerinde rekabetin, daha yüksek ve yenilikçi

---

<sup>135</sup> Doktrinde, bu kanunların en özel ihale usulleri olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Gözler, K. (2019). Cilt: II, s. 108-109; Gözler, K. ve Kaplan, G. (2018). s. 440-441. Örnek için bkz.: 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun.

kriterleri haiz katılımcılar arasında olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Başka ifade ile Program'ın bahsi geçen tedbirleri ile birtakım kamu alımları, bazı amaçların gerçekleştirilebilmesinde işlevsel hâle getirilerek birer araç olarak kullanılacaktır. Bu durumda da kendisine teknolojik katma değer yaratan, teknolojik gelişmelere uyum sağlayan, çevreye daha duyarlı üretimler yapan katılımcıların kamu alımlarındaki yarışa katılabilme hakkı kazanacağı ve bu sebeple de rekabette daha önde olacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, kamu alımlarının araç olarak öngörüldüğü bu hâllerde, geleneksel malî amaçla birlikte, kamu ihalelerinin malî olmayan amaçlarının öne çıkarılarak nitelikli şartnamelerdeki şartları haiz katılımcıların rekabeti açısından teşvik edici; bu yeterliği sağlamayan katılımcılar açısından ise caydırıcı ve bu sebeple de yönlendirici işlevlerinin etkin kılınacağı anlaşılmaktadır. Bu anlamda da kamu alımlarının araç olarak öngörüldüğü ihalelerde, *rekabet ilkesinin tesisinde nicelik kriterinden çok nitelik kriterinin özellikle diğer amaçlara uygunluğun sağlanması şeklinde tasnif etmeyi yeğlediğimiz unsuruna öncelik verilecektir.*

## **2. İhtiyaca Uygunluk Şartlarının Yerli İstekliler Lehine Geliştirilmesi ve “Yerleşme”**

270 ve 271 no.lu tedbirlerde, kamu alımlarının *yerli firmaların yenilik kapasitesini artırmada etkin bir araç olarak kullanılacağı* ve özellikle 271 no.lu tedbirin hayata geçirilmesi amacıyla, kamu idarelerinin *yerleşmesini* sağlamaya yönelik uygulamaların yapılacağı belirtilmiştir. Bu anlamda 4734 sayılı Kanun'un mal alımlarının *yerli üretimin geliştirilmesi amaçlarına yönelik* olarak yapılabilmesi ve madde kapsamındaki mal alımlarının, *sadece yurt içinde üretilen malları teklif eden isteklilerin veya bölgesel kalkınma programı uygulanan illerde üretilen malları teklif eden isteklilerin* katılımına açık gerçekleştirilebileceğini düzenleyen Ek Madde 9, madde 3/1-u hükümleri ve Ek Madde 11 hükmü uyarınca yürürlüğe giren Sanayi İşbirliği Projelerinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar'ın, rekabet ilkesinin tesisini açısından 4734 sayılı Kanun'un *yerli istekliler ile ilgili düzenlemeler* başlıklı 63. maddesini tamamlayan bir yönünün olduğu düşünülmektedir<sup>136</sup>. Zira 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesinde<sup>137</sup>, bazı

<sup>136</sup> Türkiye'de kamu alımlarında yatay politikaların en açık örneğinin, 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesinde düzenlenen *yerli istekliler/yerli malî lehine ayrımcı uygulama* olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Taşyürek, Y. E. (2014). s. 299-300. Ayrıca bu uygulamanın *ulus temelli ayrımcılık* olarak ifade edildiği eser için bkz.: Toprak, E. (2016). s. 224.

<sup>137</sup> 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre, mal ve hizmet alımları ile yapım işi ihalelerinden yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine



durumlarda yerli istekliler lehine düzenleme yapılmasında idarelere takdir yetkisi tanınmışken; bazı durumlarda ise bu düzenlemelerin yapılmasında idareler bağlı yetki ile donatılmıştır. Yerli istekliler lehine düzenleme yapılması zorunlu tutulan durumlarda da *yerli malı* teklif edilmesi şartının arandığı görülmektedir. Yine Program'ın 270 ve 271 no.lu tedbirleri ile bağlantılı olan 4734 sayılı Kanun'un Ek Madde 9 hükmü ile Sanayi İşbirliği Projelerinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar'da da yerli istekliler lehine düzenlemenin yapılabilmesi için, *sadece yurt içinde üretilen mallar ile bölgesel kalkınma programı uygulanan illerde üretilen malların* teklif edilmesi şartının arandığı görülmektedir.

Toparlayacak olursak, yerli istekliler lehine düzenlemelerin yapılması ve yerleşme amacı için, kamu alımlarının araç olarak öngörüldüğü ve bu anlamda burada da geleneksel malî amacın ötelenerek, kamu ihalelerinin malî olmayan amaçlarının öne çıkarılarak yönlendirici, caydırıcı ve teşvik edici işlevlerinin etkin kılınacağı anlaşılmaktadır. Ancak burada da bir önceki başlıkta yer verilen nitelikli şartnamelerin uygulanacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda, yerli istekliler lehine düzenlemelerin yapılarak ihalelerdeki rekabette ellerinin güçlendirilmesi ve yabancı isteklilere ise bu malî avantajların sağlanmaması suretiyle, rekabet ilkesinin azamî katılımcının sağlanmasını ifade eden nicelik kriterinin ötelenmesinin, yerli istekliler açısından her koşulda mümkün olmadığı görülmektedir. Başka ifade ile yer verilen normatif düzenlemeler ve Program'da belirtilenler doğrultusunda boyutu değişen ve nitelik kriterine ağırlık verilen yeni durumda rekabet avantajı elde etmek isteyen yerli isteklilerin de Devlet'in ihtiyaç olarak belirleyeceği ve sadece yurt içinde üretilen mallar ile bölgesel kalkınma programı uygulanan illerde üretilen malları teklif etme zorunluluğu bulunmaktadır. O hâlde kamu ihalelerinin malî olmayan amaçlarının öne çıkarılarak ihtiyaca uygunluğun yerli

---

ilişkin düzenleme yapılabileceği; eşik değerine bakılmaksızın hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabileceği ; eşik değerine bakılmaksızın mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabileceği; ancak bazı malların ihalelerinde, yerli malı teklif eden istekliler ile yerli yazılım ürünü teklif eden istekliler lehine %15 oranında fiyat avantajı sağlanmasının mecburî olduğu belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesi ile yabancı isteklilerin ihalelere katılıp katılmamasına karar verilmesi ile yerli isteklilere fiyat avantajı sağlanıp sağlanmamasına karar verilmesi hususlarına yönelik düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihaleler açısından rekabet ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Ayrıca bkz.: Gözler, K. (2019). Cilt: II, S. 117-118; Gözler, K. ve Kaplan, G. (2018). s. 445-446. Başka bir eserde de *ayrımçılık ve yerli tercih/avantaj uygulaması*, rekabetin sağlanması önündeki engellerden birisi olarak değerlendirilmiştir. Bkz.: Uz, A. (2005). s. 36.

isteklilere odaklandığı durumlar için nitelikli şartnamelerdeki şartları taşıyan yerli istekliler açısından teşvik edici; yeterliği bulunmayanlar açısından ise caydırıcı ve bu sebeple yönlendirici işlevlerinin etkin kılınacağı anlaşılmaktadır. Bu noktada rekabet ilkesinin, temel olarak yerleşen ve yerli malı üreten istekliler açısından etkin kılınacağı ve bu şartları taşıyan kişilerin yarışabileceği kamu alımlarının yapılacağı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak bahsi geçen kamu alımlarında da *rekabet ilkesinin tesisinde nitelik kriterinin özellikle diğer amaçlara uygunluğun sağlanması şeklinde tasnif etmeyi yeğlediğimiz unsuruna öncelik verilecektir.*

## SONUÇ

Devlet'in piyasa ile kurduğu ilişkilerden biri olan kamu ihaleleri ve daha özelinde kamu alımlarının usul ve esaslar içerisinde, ihale ilkeleri ve bu ilkelerden biri olan rekabet ilkesi, olmazsa olmaz niteliği dolayısıyla özel bir öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlar ile rekabet ilkesinin anlamlandırılması hususunda yol gösterici bir işlevi haizdir. Anayasa Mahkemesinin içtihatları temelinde, rekabet ilkesinin tesisi, kamu yararı ile doğrudan ilişkili ve hukuk devleti ilkesinin de bir gerekliliğidir. Her bir kamu ihalelerinin kamu bütçesi üzerindeki tesiri, kamu ihalelerinin kamu bütçesi açısından ele alınmasını zorunlu kılmakta ve bu bağlam, kamu ihalelerinde Anayasal güvencelerin getirilmesine de sebep olmaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılacağı üzere, bu güvenceler Anayasa'nın *çalışma ve sözleşme hürriyetinin* düzenlendiği madde 48/2 ile *piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi* başlıklı 167/1 hükümlerinde düzenlemeye kavuşturulmuştur. Zira Anayasal hükmeler, Devlet'e güvenceler oluşturması gerekliliği hususunda görev yüklemekte ve kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin de çerçevesini çizmektedir. Anayasa Mahkemesi içtihadı, rekabet ilkesinin kamu üzerine oluşacak malî yükü bertaraf edeceğine, fiyat rekabeti suretiyle kaynakların verimli kullanılacağına hükmetmektedir. Zira ancak tam rekabet koşullarında gerçek değere ulaşılabilecek olup bu anlamda kamu tarafından yapılan ödemenin karşılığının alınması ilkesi de temin edilebilecektir.

Çalışmamızda detaylı şekilde ele alınan 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı ile öngörülen politika ve tedbirlerin uygulamaya geçirilmesiyle birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen ihaleleri de kapsayan kamu alımlarında rekabet ilkesinin tesisinde bazı önceliklerin değiştiği ve yeni normatif düzenlemeler temelinde uygulamaların hayata

geçirildiği tespit edilmiştir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi kararlarıyla da vurgulanan rekabet ilkesinin kriterleri, kamu alımlarında hâkim olacaktır.

Program ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerinin bir kısmında *merkezî sisteme geçişin* olacağı düşünülmektedir. Bu değişikliğin, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere katılımı artırmak ve azamî katılımı temin etmek suretiyle rekabet ilkesinin nicelik kriterinin işlevselliğinin artıracığı düşünülmektedir. Diğer taraftan, çok büyük bedelli alımların gerçekleşmesi hâlinde ise idarenin ihtiyacını karşılayacak katılımcı sayısının azalması riskini içermesinden dolayı, bu anlamda da rekabet ilkesinin nicelik kriterinin işlevselliğini azaltacağı da öngörülmektedir. Bu riskin bertaraf edilmesi amacıyla, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerde, ortak girişim şeklindeki teşekküllerin daha fazla sayıda teklif sahibi olarak katılım göstereceği düşünülmekte ve hatta bu katılım önerilmektedir.

Program ile *e-ihale usulünün daha yaygın hâle geleceği* sonucuna ulaşılmaktadır. Bu usul ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelere katılmak isteyen kişilerin zaman ve mekânsal baskıları en aza indirilmekte; ayrıca ihaleye katılımı yeterlik kriterlerine yönelik belgelere ilişkin ibraz ve sorgulama prosedürü kolaylaştırılmaktadır. Bu bağlamda ihalelere katılımı *taahhüt esası* getirilmekte ve bu sayede katılıma yönelik teşvik artırılmaktadır. İlâveten kanaatimize göre, e-ihale usulünün yaygınlaştırılması ile ihaleye katılım gösterecek kişilerin diğer kişiler ve ihaleyi yürüten idareler ile etkileşimleri minimum düzeyde olacağından; 4734 sayılı Kanun'da belirtilen yasak fiil veya davranışların vuku bulma ihtimalleri azalacaktır. Bu yönleriyle e-ihale usulünün yaygınlaştırılmasının, rekabet ilkesinin nicelik kriterinin işlevselliğini artırıcı bir etki göstermesi beklenmektedir.

Program'da doğrudan belirtilmemekle birlikte, e-ihale uygulamasının bir tezahürü olan *elektronik eksiltme sisteminin de* -bu uygulamayla beraber- *etkin kılınacağı* düşünülmektedir. Bu usul ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde, birden fazla kez yinelenen rekabet ortamının oluşturulması yoluyla *çoklu* ya da *katmanlı rekabet esası* mümkün hâle gelecektir. Bu bağlamda elektronik eksiltme usulü, rekabet ilkesinin nicelik kriterinin işlevselliğini artırıcı bir etki yaratabilmekte ise de teklif sunanlar açısından zararlı olabilecek ve yüklenilen işin yerine getirilmesini zora sokabilecek makul ve rasyonel olmayan tekliflerin de

sunulabilmesi ve bu yönüyle *zararlı rekabete dönüşme riskini* de içerdiği öngörülmektedir.

Buraya kadar yer verilen ve Program'ın 167 ve 168 no.lu tedbirlerinde öngörülen *merkezî sisteme geçiş, e-ihale ve elektronik ihale sisteminin etkin kılınmasına yönelik politika ve tedbirlerin, kamu ihalelerinin birincil, esas ve geleneksel nitelikteki malî amacını oluşturan nicelik unsuru: azamî katılımın sağlanmasına hizmet ettiği düşünülmektedir.* Ayrıca kanaatimize göre, yer verilen politika ve tedbirler, Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca, *özel teşebbüsler nezdinde alınacak tedbirlerin millî ekonomik gereklerine uygun olarak yürütülmesinin Devlet tarafından teminini amaçlamaktadır.*

Program ile ayrıca kamu alımları, yine Program ile öngörülen başka amaçları gerçekleştirmek için bir araç olarak düzenlenmektedir. Bu anlamda *kamu alımları ile salt ihale konusu ihtiyacını temin eden Devlet* olgusunun terk edilerek *diğer amaçlarını gerçekleştirmek için kamu alımlarını araç olarak düzenleyen Devlet* olgusunun etkin kılındığı görülmektedir. Zira kamu alımlarının bir araç olarak etkin kılınması sonucunda kamu ihalelerinin, -ekonomik ve malî boyut dışında- Devlet'in diğer politikaları açısından da işlevsel hâle getirileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, ihtiyaçların temini için alınacak kararlarda, yeni değerlendirmelerin yapılması gündeme gelecek olup kamu ihalelerinde rekabet ilkesinde yeni bir boyut ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda rekabet ilkesine koşut olarak ortaya çıkan kamu kaynaklarının etkin kullanılması ilkesindeki *etkinlik*, ilgili ihalenin ihaleyi yürüten idarenin salt ihale için harcayacağı ödeneği açısından değil; Devlet'in daha makro düzeyde hayata geçirmek istediği amaçlara ulaşmadaki derecesi açısından değerlendirilecektir.

Rekabet ilkesinin yeni boyutu açısından, kamu alımlarında amaçlara ulaşmayı sağlayacak olan *nitelikli şartnameler* suretiyle, bölgesel kalkınma, teknolojik gelişme ile ulusal sanayinin teknolojik dönüşümü ve yurt içi üretim oranının artırılması amaçlanan kamu ihalelerindeki rekabet ilkesinin tesisinde, nicelikten çok niteliğin ön planda tutulduğu bir uygulamanın hâkim kılınacağı anlaşılmaktadır. Bu anlamda kamu alımlarındaki yarışa katılabilmek ve diğer katılımcılarla rekabet edebilmek için, ihtiyaca uygunluğun sağlanması oldukça önemli hâle gelecektir.

Ayrıca rekabet ilkesinin yeni boyutu açısından, yerli istekliler lehine düzenlemeler ve yerleşme şeklindeki bir politikanın öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Başka ifade ile aranan ihtiyaca uygunluk bu yönde geliştirilecek olup bu ihtiyaç çerçevesinde hazırlanan nitelikli

şartnamelerdeki şartları taşıyan kişilerin katılımı ve katıldığı ihalelerde yarışması sağlanacaktır. Bu durumda da anlaşılmaktadır ki, nicelikten çok niteliğin ön planda tutulduğu bir hukukî temele dayanan uygulama hâkim kılınacaktır. Burada da kamu alımlarındaki yarışa katılabilmek ve yolla rekabete katılabilmek için, yalnızca yerli istekli olmak değil; ihtiyaca uygunluğun sağlanması oldukça önemli hâle gelecektir.

Yukarıda yer verilen ve Program'ın 270 ve 271 no.lu tedbirlerinde öngörülen *kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı ve kamu alım gücünün sanayinin teknolojik dönüşümüne ve yurt içi üretim oranının artırılmasına katkı sağlayacak şekilde kullanımının etkin kılınmasına yönelik politika ve tedbirlerin, kamu ihalelerinin birincil, esas ve geleneksel nitelikteki malî amacını oluşturan nicelik unsuru: azamî katılımın sağlanmasının tek başına amaç olmadığı anlaşılmaktadır. Zira bahsi geçen tedbirler uyarınca, kamu alımlarının araç olarak kullanılmasında, malî olmayan amaçların birincil olarak ya da malî amaçla birlikte etkin kılındığı ve rekabet ilkesinin tesisinde ihtiyaca uygunluğun sağlanması ve özellikle Devlet'in diğer amaçlarına uygunluğun sağlanmasına yönelik nitelik unsurunun ön plana çıkarıldığı düşünülmektedir. Bu anlamda, araç işlevi yüklenen kamu alımlarının, rekabet ilkesi açısından yönlendirici, caydırıcı ve teşvik edici yönlerinin etkin kılınmasında işlevsel olduğu öngörülmektedir. Ayrıca kanaatimize göre, yer verilen politika ve tedbirler, Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca, özel teşebbüsler nezdinde alınacak tedbirlerin sosyal amaçlara uygun yürütülmesinin Devlet tarafından teminini amaçlamaktadır.*

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

AKEL, Yeliz Neslihan (2018-a), *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

AKEL, Yeliz Neslihan (2018-b). "İdarî Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 11, Haziran, ss. 1-47.

AKEL, Yeliz Neslihan (2017), "Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 350, Kasım ss. 131-152.

AKIN, Yeliz Neslihan (2019). *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdarî Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat ve KAYA, Cemil (2019). *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 11. Baskı, Savaş Yayınevi: Ankara.

ATAY, Ender Ethem (2016). *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

BALTA, Tahsin Bekir (1968/1970). *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117.

BULUTOĞLU, Kenan (2004). *Kamu Bütçesi, Kamu Harcamaları, Kamu Borçları*, İstanbul: Batı Türkeli Yayıncılık.

DURAN, Lûtfi (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

ERDOĞAN, Arif ve KILIÇ, Osman ve DURSUN, Sinem ve AYDIN, Abdurrahman ve SOYLU, Ayşe ve LAFÇI, Mehmet ve ECEVİT, Mehmet Sami ve ŞENGÜDER, Yasemin ve DÖNMEZ, Aytekin (2014). "Kore e-İhale Sistemi: KONEPS", *içinde Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Editör: Mustafa Çolak, Dursun Ali Demirboğa, Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları Yayın No. 1, ss. 225-258.

GİRİTLİ, İsmet ve BİLGİN, Pertev ve AKGÜNER, Tayfun ve BERK, Kahraman (2015). *İdare Hukuku*, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, İstanbul: Der Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2019). *İdare Hukuku*, Cilt: II, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel (2018). *İdare Hukuku*, Güncellenmiş Yirminci Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TURGUT, Tan (2016). *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

GÜNDAY, Metin (2015). *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi.

KALABALIK, Halil (2014). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Konya: Sayram Yayınları.

KANTARCI, Özkan (2014). "Çevreci Kamu Alımları Kavramı ve Avrupa Birliği Mevzuatındaki Yeri", içinde *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, içinde Ed.: ÇOLAK, M. ve DEMİRBOĞA, D.A., Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları Yayın No. 1, ss. 283-307, s. 283-286.

KAYA, Cemil (2006). "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 2, ss. 153-183, s. 153.

KUTLU GÜRSEL, Meltem (2003). "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", içinde *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Cilt: III, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul.

KUTLU, Meltem (1997). *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75.

ODER, Burak (2017). "Kamu İhale Hukuku", içinde *Günışığında Yönetim*, 2004 Tarihli 2 inci Baskıdan 3. Tıpkı Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

ODYAKMAZ, Zehra (1998). "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, ss. 1-63, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2\\_12.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf).

OKTAR, S. Ateş (2019). *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, İstanbul: Türkmen Kitabevi.

ONAR, Sıddık Sami (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: 3, Üçüncü Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

ÖZAY, İl Han (2017). *Günışığında Yönetim*, 2004 Tarihli 2 inci Baskıdan 3. Tıpkı Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

PINAR, Abuzer (2015). *Maliye Politikası: Teori ve Uygulama*, 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2016). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 16. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.

TAŞYÜREK, Yunus Emre (2014). "Türk Kamu Alımları Sisteminde Yatay Politikalar ve Çevreci Kamu Alımlar", *İçinde Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Editör: Mustafa ÇOLAK, Dursun Ali DEMİRBOĞA, Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları Yayın No. 1, ss. 283-307.

TOPRAK, Eren (2016). *Kamu İhaleleri: Kamu Alımlarının Hukukî, Yönetmel ve Siyasal Boyutu*, Ankara: Turhan Kitabevi.

UZ, Abdullah (2005). *Kamu İhale Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

YAYLA, Yıldızhan (2010). *İdare Hukuku*, Tıpkı 2. Basım, İstanbul: Beta Yayınları.

YILDIRIM, Turan ve YASİN, Melikşah ve KAMAN, Nur ve ÖZDEMİR, H. Eyüp ve ÜSTÜN, Gül ve OKAY TEKİNSOY, Özge (2018). Editör: Turan YILDIRIM, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

### **Diğer Kaynaklar**

BUMKO, **Ortak İhale**, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/04/Ortak-%C4%B0hale-Konulu-Genelge.pdf>.

EKAP, **Mevzuat Değişikliği: Elektronik İhale Uygulamaları Yaygınlaşıyor**, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/DuyuruDetay.aspx?duyuruID=28b3c54fd280ac0669d30ed263130f7d43303678fe8bb7fea8ce1dd4a153564d>.

EKAP, **Elektronik Eksiltme**, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Default.aspx?ReturnUrl=%2fEKAP%2f>.

Kamu İhale Kurumu, **Kamu Alımlarında Elektronik Eksiltme Başlamıştır**, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/DuyuruDetay.aspx?duyuruID=0d8709119db594d71047d7684f20834fe06c9f0352ff0d73d1cc0c2bd644d-117veslayt=1>.

TBMM, **Devlet İhale Kanunu Tasarısı ve Bayındırlık, Ulaştırma, İmar ve İskân, Turizm ve Tanıtma ve İktisadî İşler Komisyonları Raporları. (1/25)**, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c020/dm\\_\\_02020135ss0483.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c020/dm__02020135ss0483.pdf).



## **Kararlar**

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10/04/2019.  
AYM, E. 2014/92, K. 2016/6, 28/01/2016.  
AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 08/12/2015.  
AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, 01/04/2015.  
AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, 27/02/2014.  
AYM, E. 2012/18, K. 2013/80, 18/06/2013.  
AYM, E. 2011/42, K. 2013/60, 09/05/2013.  
AYM, E. 2011/63, K. 2013/28, 14/02/2013.  
AYM, E. 2011/123, K. 2013/26, 06/02/2013.  
AYM, E. 2011/143, K. 2013/18, 17/01/2013.  
AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29/11/2012.  
AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, 20/09/2012.  
AYM, E. 2009/9, K. 2011/103, 16/06/2011.  
AYM, E. 2009/45, K. 2011/88, 02/06/2011.  
AYM, E. 2007/68, K. 2010/2, 14/01/2010.  
AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, 03/04/2007.  
AYM, E. 2004/68, K. 2005/104, 23/12/2005.  
AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, 21/09/2004.  
AYM, E. 2000/17, K. 2002/46, 07/05/2002.  
AYM, E. 1996/57, K. 1997/3, 23/01/1997.  
AYM, E. 1997/37, K. 1997/69, 27/11/1997.  
AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, 09/12/1994.

### **Danıştay Kararları**

- Danıştay 10. Dairesinin 08/06/2005 tarihli ve E. 2002/460, K. 2005/2869 sayılı kararı.  
Danıştay 10. Dairesinin, 10/01/1995 tarihli ve E. 1996/4274, K. 1998/5478 sayılı kararı.  
Danıştay 13. Dairesinin 16/11/2017 tarihli ve E. 2014/5011, K. 2017/3041 sayılı kararı.  
Danıştay 13. Dairesinin 24/05/2017 tarihli ve E. 2017/849, K. 2017/1624 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 13/10/2016 tarihli ve E. 2016/2482, K. 2016/3248 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 27/01/2016 tarihli ve E. 2015/4597, K. 2016/94 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 20/10/2015 tarihli ve E. 2015/1814, K. 2015/3507 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 13/05/2015 tarihli ve E. 2014/159, K. 2015/1787 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 26/03/2015 tarihli ve E. 2015/67, K. 2015/1198 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 11/02/2014 tarihli ve E. 2010/4209, K. 2014/372 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 11/10/2013 tarihli ve E. 2010/2527, K. 2013/2575 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 24/04/2013 tarihli ve E. 2011/3071, K. 2013/1143 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 10/02/2010 tarihli ve E. 2007/1724, K. 2010/1168 sayılı kararı.

### **İdare Mahkemesi Kararları**

Adana 2. İdare Mahkemesinin 26/04/2011 tarihli ve E. 2010/522, K. 2011/667 sayılı kararı.

Ankara 1. İdare Mahkemesinin 28/05/2015 tarihli ve E. 2015/31, K. 2015/1134 sayılı kararı.

Ankara 12. İdare Mahkemesinin 16/03/2016 tarihli ve E. 2016/377, K. 2016/803 sayılı kararı.

Ankara 16. İdare Mahkemesinin 05/04/2010 tarihli ve E. 2009/966, K. 2010/465 sayılı kararı.

İstanbul 9. İdare Mahkemesinin 13/03/2014 tarihli ve E. 2013/271, K. 2014/421 sayılı kararı.

İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 19/02/2015 tarihli ve E. 2014/1189, K. 2015/250 sayılı kararı.

Trabzon İdare Mahkemesinin 01/03/2017 tarihli ve E. 2016/1569, K. 2017/279 sayılı kararı.





## THE USE OF FOREIGN LAW IN TURKISH CONSTITUTIONAL ADJUDICATION

*Türk Anayasa Muhakemesinde Mukayeseli Hukukun Kullanımı*

Cem TECİMER\*

### ABSTRACT

The increasing references to foreign law by constitutional courts worldwide has generated a voluminous literature on the subject of the permissibility of these references. While the Turkish Constitutional Court (“TCC”) has historically used and continues to use foreign law in domestic constitutional adjudication, the TCC’s practice of referring to foreign law has remained thus far a largely understudied phenomenon. This Article aims to fill that gap in three parts. First, it assesses extant debates on the benefits and disadvantages of considering foreign law in domestic constitutional adjudication, assessing the potency of arguments for and against the practice in the Turkish context. Second, and while ultimately not espousing any particular view on the permissibility question, the Article discusses five separate doctrinal arguments that may be indicative of the permissibility of foreign law references under Turkish constitutional law. These are (1) the Preamble; (2) the principles and reforms of Atatürk; (3) international law; (4) general principles of law; and finally (5) the TCC’s precedents. Third and lastly, building on the TCC’s reliance on foreign law without providing any justification for doing so, the Article concludes with possible reasons that might account for the Court’s use of foreign law.

**Keywords:** foreign law, Turkish constitutional adjudication, permissibility of references to foreign law, Turkish constitutional bloc, judicial transparency.

\* Doctoral candidate in law (S.J.D.) at Harvard Law School, ctecimer@sjd.law.harvard.edu. ORCID ID: 0000-0002-4322-371X

## ÖZET

Anayasa mahkemelerinin dünya genelinde artan mukayeseli hukuk atıfları, bu atıfların meşruiyeti hakkında hacimli bir literatür ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin ("AYM") mukayeseli hukuku anayasa muhakemesinde öteden beri kullanmış ve hâlen kullanıyor olmasına rağmen, AYM'nin bu pratiği bu güne değin büyük ölçüde gözden kaçırılmış bir hadise olarak kalmıştır. Bu makale, üç ayrı bölümde bu gözden kaçırılmaya son vermeyi hedeflemektedir. Evvela, anayasa muhakemesinde mukayeseli hukuk atıflarının faydaları ve dezavantajları hakkındaki tartışmalardan yararlanılarak bu argümanların Türkiye örneği üzerindeki açıklayıcı güçleri sınanmıştır. İkinci olarak, nihayetinde mukayeseli hukuk atıflarının meşruiyeti konusunda herhangi bir taraf tutmamakla beraber, Türk anayasa muhakemesinde mukayeseli hukuk atıflarının meşruiyetini destekler nitelikte beş ayrı hukuki argüman incelenmiştir. Bu hukuki argümanlar sırasıyla (1) Anayasa'nın Başlangıç kısmı; (2) Atatürk ilke ve inkılapları; (3) milletlerarası hukuk; (4) hukukun genel ilkeleri ve (5) AYM içtihatlarına ilişkindir. Üçüncü ve son olarak da, AYM'nin herhangi bir gerekçelendirmeye girişmeksizin mukayeseli hukuktan istifade etmesinden hareketle, Mahkeme'nin mukayeseli hukuk atıflarını kullanmasının muhtemel sebepleri tartışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** mukayeseli hukuk, Türk anayasa muhakemesi, mukayeseli hukuk atıflarının meşruiyeti, Türk anayasallık bloku, yargısal şeffaflık.

## INTRODUCTION

*“Bu talih bir Kanun-i Esasi ile değişmez”<sup>1</sup>.*  
(This destiny will not change with a constitution).

The continuing overlap of judicialization and globalization in recent decades has had a number of implications for the way in which judicial bodies handle disputes, chief among which is the increasingly more visible use of foreign (constitutional) law by courts<sup>2</sup>. The United States Supreme Court’s invocation of foreign law to dispose of some constitutional cases in recent years has revitalized the debate not only among judges and politicians in the United States, but also among scholars of comparative constitutional law more generally. These debates have generated a voluminous literature on the use of foreign law not only by the U.S. Supreme Court, but also by apex courts in countries other than the United States, including the Israeli Supreme Court<sup>3</sup>, the South African Constitutional Court<sup>4</sup>, the Supreme Court of the United Kingdom<sup>5</sup>, the Spanish Constitutional Court<sup>6</sup>, and many others.

---

<sup>1</sup> Tanpınar, A. H. (2005). *Mahur Beste*, Istanbul: Dergah Publishing, p. 95. Tanpınar, one of Turkey’s greatest writers, was probably expressing his distrust in the idea of a cure-all constitution. His words, no doubt with a stretch, can also be construed as a call for looking not only at “a/one constitution”, but also at the constitutions of others. And in that comparative inquiry may lie some potential that could relieve, if not overcome, Tanpınar’s disappointment. This second interpretation is enabled by the fact that the word “bir” in Turkish can translate to English either as the indefinite article “a” or as the number “one”, and translated as “one”, Tanpınar could have meant “(t)his destiny will not change with one constitution”, implying that it might with more than one. Enter comparative constitutional inquiry!

<sup>2</sup> See generally Slaughter, A. (2000). “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, No. 4, p. 1124 (arguing that increased cooperation between constitutional courts as a result of globalization is “likely to highlight the fault-lines of conflict as well as the opportunities for cooperation”).

<sup>3</sup> See Porat, I. (2013). “The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication”, in *Israeli Constitutional Law in the Making* (Gideon Sapir et al, Oxford: Hart Publishing) pp. 151-172 (documenting the Israeli Supreme Court’s use of foreign law).

<sup>4</sup> See du Bois, F. & Visser, D. (2003). “The Influence of Foreign Law in South Africa”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 13, No. 2, pp. 644-657 (documenting the South African Constitutional Court’s use of foreign law).

<sup>5</sup> See Künnecke, M. (2019). “German Constitutional Law in the UK Supreme Court”, *Liverpool Law Review*, Vol. 40, No. 1, pp. 31-47 (documenting German law influences on the UK Supreme Court).

<sup>6</sup> See Guerra, L. (2005). “Tribunal Constitucional (Constitutional Court) Spain”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, p. 567 (noting that “(r)eferences to the case law of the constitutional courts of other countries (...) are to be found frequently in the opinions of the Spanish Constitutional Court”).

Despite the sustained attention the citation of foreign law by courts has received in other parts of the world, the Turkish Constitutional Court's ("TCC") use of foreign law still remains an understudied phenomenon. With a few notable exceptions<sup>7</sup>, including a recent empirical study that usefully draws attention to statistical evidence documenting the Court's reliance on foreign law<sup>8</sup>, there has been little discussion about the issue among academic circles and judges as well as practitioners of Turkish constitutional law.

In an attempt to fill this gap, this Article proceeds in three parts: Part I explores the many and varied criticisms directed against the practice of referencing foreign law as well as its defenses in the context of Turkish constitutional adjudication. Part II, which constitutes the bulk of the Article, focuses on the normative question of whether it is constitutionally permissible for the TCC to invoke foreign law in its decisions. While ultimately refraining from taking a strong side on the issue of permissibility, Part II nevertheless points out tentative textual and non-textual licenses in Turkish constitutional law that may be read as allowing judges on the Court to cite foreign law. The permissibility question aside, as an empirical reality, the TCC invokes foreign law. Building on this constitutional reality, and taking note of the fact that the practice of referring to foreign law is pervasive in the Court's jurisprudence and remains to this day unquestioned by judges and scholars alike, Part III considers some potential reasons as to why members of the TCC refer to foreign law. Part III ends the discussion by pointing out that the Court's omission of a discussion on the relevance of foreign law, while perhaps an indicator of how firmly established a constitutional practice the phenomenon has become, also raises concerns for observers who argue that the right to a reasoned judgment specifically and judicial transparency more generally should require the Court to explain its justifications for referencing foreign law.

Before proceeding any further, I should point out an important caveat at the outset: this Article deals with foreign law understood as

---

<sup>7</sup> For some rare studies touching on the issue of the Court's relationship with foreign law see Öricü, E. (2007). "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", *Anayasa Yargısı*, Vol. 34, pp. 433-459; Oder, B. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları, pp. 193-204.

<sup>8</sup> See Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası Ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 67, No. 1, pp. 105-144.

a phenomenon different from international law or the law produced by transnational judicial and/or political bodies. By foreign law I refer to the law of domestic jurisdictions and this Article exclusively examines those invocations by the TCC. The difference between the two is perhaps better articulated in Turkish: this study surveys the Court's references to *foreign law*, which, in this context, loosely translates as *mukayeseli hukuk* or *yabancı iç hukuk* in Turkish, as opposed to *international law* (tr. *uluslararası hukuk*)<sup>9</sup>.

### I. THE "VICES" and "VIRTUES" of FOREIGN LAW CITATIONS

A brief exploration of the U.S. Supreme Court's encounters with foreign law in its caselaw might shed light on the diverse array of criticisms levelled against those Justices who use foreign law in their opinions and against the practice more generally. Perhaps most infamously, the references to foreign law in *Roper v. Simmons*<sup>10</sup> caused considerable controversy over the permissibility and appropriateness of citing foreign law. *Roper* held that the imposition of the death penalty on juvenile offenders was in violation of the Eighth Amendment to the U.S. Constitution, which prohibits "cruel and unusual punishment". The majority opinion essentially looked at three separate sources of law to arrive at that conclusion<sup>11</sup>: First, the Justices in the majority examined domestic law which had evolved such that imposing the capital punishment on juvenile offenders had become much rarer. Second, they relied on their own ideas about the commensurability of the death penalty for minors, which the Justices backed up with precedents. Third, and finally, they relied on foreign law to buttress their conclusion, holding that the "(o)pinion of the world community" provided "confirmation for (their) own conclusions".<sup>12</sup> The Court was somewhat reticent about its invocation of foreign law, as it made clear that foreign law was not "controlling"<sup>13</sup> of the outcome, asserting instead that it

---

<sup>9</sup> For a similar treatment that differentiates between "foreign law" and "international law" as used by the TCC, see Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). p. 110 (using a two-part distinction to empirically document the TCC's references to (i) foreign law understood as the domestic law of foreign jurisdictions and (ii) international law).

<sup>10</sup> 543 U.S. 551 (2005).

<sup>11</sup> For a concise summary of the Court's reasoning in *Roper* see Tushnet, M. (2006a). "Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars", *Baltimore Law Review*, Vol. 35, No. 3, pp. 301-302.

<sup>12</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 578 (2005).

<sup>13</sup> *Roper v. Simmons*, 575.



merely provided confirmation to an already-reached result by the Court. Another point some members of the Court made to justify their use of foreign law was to argue that traditionally, and as a matter established by practice, it was not unusual for the Justices to look to foreign law in deciding cases that involved interpreting the Eighth Amendment: “This inquiry reflects the special character of the Eighth Amendment, which, the Court has long held”, asserted Justice O’Connor, “draws its meaning directly from the maturing values of civilized society”<sup>14</sup>.

Not all were convinced. In a scathing dissenting opinion, Justice Scalia articulated most variants of the criticisms that those Justices invoking foreign law have to face to this very day. First and foremost, he argued that using foreign law to determine, however remotely, outcomes in domestic constitutional disputes amounted to an imposition of foreign law on Americans. In essence, this view objects to the use of foreign law because it is believed to “facilitate() the erosion of US sovereignty by the forces of globalization”<sup>15</sup>. In similar vein, one scholar argues that the use of foreign law to interpret the U.S. Constitution “dramatically undermines sovereignty by utilizing the one vehicle—constitutional supremacy—that can trump the democratic will”<sup>16</sup>. Taken to its extreme, what could be termed the “sovereignty objection” finds expression in a multitude of political statements—especially those by, to use common political parlance, conservatives—that draw on conspiracy theory-like narratives to suggest that some Court members, under the influence of foreign forces, are invoking foreign law to insidiously undermine American law and sovereignty<sup>17</sup>. The sovereignty objection cannot and should not be lost on scholars and practitioners of Turkish constitutional law, given that the Turkish Constitution provides in Article 6(1) that “(s)overeignty belongs to the Nation”, which is an emphatic rejection of foreign interference, and in Article 6(3) that “(n)o person or organ shall exercise any state authority that does not emanate from the

---

<sup>14</sup> Roper v. Simmons, 604-605.

<sup>15</sup> Choudry, S. (2006). “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”, in *The Migration of Constitutional Ideas* (Sujit Choudry, Cambridge: Cambridge University Press) p. 7.

<sup>16</sup> Alford, R. (2004). “Misusing International Sources to Interpret the Constitution”, *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 1, p. 59; also quoted in Choudry, S. (2006). p. 8.

<sup>17</sup> For a brief overview of some of these statements, ranging from accusing the Court of condoning “foreign interference in (the American) government” to accounts of foreign forces using the Court to try “to infiltrate into (America’s) judicial system” see Choudry, S. (2006). pp. 11-13.

Constitution". But these provisions, taken in isolation, do not answer the question of whether the TCC's invocation of foreign law violates the Constitution, chiefly because they eschew answering the question of whether the authority to consider foreign law for purposes of domestic constitutional adjudication "emanate(s) from the Constitution"—a topic which I shall turn to later in Part II. Still, these provisions of the Turkish Constitution serve as a reminder that similar sovereignty concerns may expectedly arise in the Turkish context.

A second criticism Justice Scalia offered in his dissenting opinion in *Roper* and elsewhere is a particular inconsistency within the faction that supports the use of foreign law: almost all Justices in the U.S. agree that foreign law is not controlling or authoritative on the outcomes of constitutional cases. Justice Breyer, who cites foreign law frequently in his opinions, for instance, has remarked that when he refers to foreign law he "realize(s) full well that the decisions of foreign courts do not bind American courts. Of course they do not"<sup>18</sup>. Justice Scalia's response to that is simple. If there seems to be agreement among Justices on both sides of the issue that foreign law is emphatically not controlling or authoritative on the outcome, then why cite it at all? Or to put it in Justice Scalia's words, "(w)ell if you don't want it to be authoritative, then what is the criterion for citing it?"<sup>19</sup> Justice Breyer, representing the proponents of referencing foreign law, does not provide a satisfactory answer<sup>20</sup>, which, in turn, invites skepticism as to the actual motivations behind references to foreign law. After all, if not to authoritatively dispose of a particular constitutional dispute at bar, why would the Justices invoke, or as one scholar insisted, even merely *mention*<sup>21</sup>, foreign law?

---

<sup>18</sup> Dorsen, N. (2005). "A conversation between U.S. Supreme Court justices", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, p. 523.

<sup>19</sup> Dorsen, N. (2005). p. 522.

<sup>20</sup> See also Choudry, S. (2006). p. 4 (describing "Breyer's failure to respond to Scalia's challenge").

<sup>21</sup> Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, p. 3 (asserting that "mention is the right word" to describe the U.S. Supreme Court's references to foreign law). In the Turkish context, one scholar has pointed to "pseudo-references" to comparative and international law and has urged the TCC to engage with these sources in an in-depth and genuine manner. See Oder, B. (2013). "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", *Anayasa Yargısı*, Vol. 30, pp. 49-59.

The potential answer to that query relates to a third criticism levelled against proponents of referencing foreign law, namely that its use is merely decorative and without substance—and the TCC is not immune from these criticisms mainly because it too never relies exclusively or even predominantly on foreign law to resolve constitutional questions, choosing instead to use it as a means to buttress its conclusions. Turkish constitutional scholars are in nearly universal agreement that foreign law is never controlling of outcomes. At best, some scholars would argue, it is a supplementary source guiding constitutional interpretation (tr. *destek ölçü norm*)<sup>22</sup>. These scholars will typically assert that “(f)oreign law cannot independently determine the meaning of a constitutional norm or a rule that is the subject of constitutionality review”<sup>23</sup>. Further, some scholars, especially those with a legal orientation that is more positivist than others, altogether reject reliance on foreign law as a benchmark against which the constitutionality of laws can be assessed. This second group of scholars rejects the idea of a so-called Turkish *bloc de constitutionnalité* (tr. *anayasallık bloku*)—a term adopted from French constitutional law that is used to describe the compendium of Turkish constitutional law sources that ought to be used by members of the TCC in adjudicating the constitutionality of legislation<sup>24</sup>, including for example the text of the Turkish Constitution as well as what are believed to be supra-constitutional norms such as general principles of law. They basically argue that the Constitution (while they are mostly unclear by what they mean by “the Constitution”, they can be presumed to be referring to the *text* of the Constitution) is the only benchmark against which constitutional adjudication can take place; thus, they conclude, there is no use for the term *bloc de constitutionnalité*<sup>25</sup>. To be sure, rejecting the idea of a Turkish “constitutional bloc” does not necessarily mean that the idea of foreign law having a supplementary effect on constitutional

---

<sup>22</sup> See e.g., Oder, B. (2010). p. 193 (asserting that “(f)oreign law is not amenable to independent use by the TCC”). For an earlier statement see Duran, L. (1984). “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, Vol. 1, p. 65 (arguing that the Court may rely on insights that foreign law can yield, but only as “additional justifications that supplement and confirm the main holding”).

<sup>23</sup> Oder, B. (2010). p. 193.

<sup>24</sup> See generally Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi.

<sup>25</sup> For the classic statement see Gözler, K. (2000). “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Vol. 55, No. 3, pp. 81-101 and especially p. 97.

interpretation is also rejected. However, it is plausible to predict that legal positivists who tend to reject the idea of a bloc, in the main, are more aversive than others toward the idea of foreign law playing some role in the TCC's decision-making process.

This short detour into Turkish constitutional law scholarship's divided stance on the question of whether there is a constitutional bloc that consists of "main" and "supplementary" constitutional benchmarks to use in constitutional adjudication has important ramifications for the debate on references to foreign law: virtually no scholar would argue that foreign law references are among the "main" constitutional benchmarks (such as the text of the Constitution) that are *dispositive* in determining the outcome in any given constitutional case. What is more, those scholars who go as far as to reject the category of "supplementary" benchmarks altogether can be expected to be all the more against foreign law's relevance, if any. Enter Justice Scalia's question: why refer to foreign law if it is not even a supplementary source for constitutional adjudication, especially if one contends that there is no such category? Or to those who accept the category of supplementary sources: why invoke foreign law if it is emphatically not outcome-determinative (and therefore part of the "supplementary" and not "main" benchmarks category in constitutional adjudication)? Reasons, unsurprisingly, vary<sup>26</sup>. One prominent reason that has been suggested by scholars and judges aversive to references to foreign law alike is "window-dressing"<sup>27</sup> or "beautification"<sup>28</sup>—the idea that references to foreign law do not substantively contribute to the resolution of a particular constitutional dispute, but rather "demonstrate an educated, cosmopolitan sensibility, as opposed to a narrow, inward-looking, and illiterate parochialism"<sup>29</sup>. If the view of those scholars who allocate no place to foreign law in constitutional adjudication is accepted, then, one is compelled to wonder what purpose references

---

<sup>26</sup> For a tentative typology that divides various courts' reasons for invoking foreign law into three main categories, including (i) need-based explanations (for example, to satisfy legal-cultural demands in socially diverse polities), (ii) structural and disciplinary explanations (that have to do with similarities of legal traditions and other factors such as language capabilities and institutional competence), and (iii) social science explanations such as identity entrenchment see Hirschl, R. (2018). "Judicial review and the politics of comparative citations: theory, evidence and methodological challenges", in *Comparative Judicial Review* (Erin F. Delaney & Rosalind Dixon, Massachusetts: Edward Elgar Publishing) pp. 407-417.

<sup>27</sup> See e.g., Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). p. 110.

<sup>28</sup> Hirschl, R. (2018). p. 404.

<sup>29</sup> Choudry, S. (2006). p. 4.

to foreign law by the TCC serves. “(D)ecorative”<sup>30</sup> reasons that do not bear on the resolution of the particular issue at bar, but rather obfuscate and distract from the core issues, might be one possible answer to that question. I will attend to the “why” question in further detail in Part III where I discuss some possible explanations as to why members of the TCC invoke foreign law. But if only to embellish opinions, then, a critique of references to foreign law seems warranted.

A fourth criticism levelled against the use of foreign law is methodological. Even if references to foreign law, for the sake of argument, were accepted as a permissible constitutional practice, how would the Court know *which* foreign law to cite? The Court cannot possibly exhaust all relevant sources of foreign law. Out of necessity—dictated by time constraints, language- and expertise-based limitations, and limitations having to do with institutional capabilities—the Court must choose to include in its decision a discussion of *some* foreign law to the exclusion of some other. In deciding which countries’ laws (constitutions, statutes, caselaw, etc.) to discuss, and by implication, which ones to omit from discussion, the Court may find itself trapped in selection bias. Simply put, what is to stop the Court from looking only at the laws of those foreign jurisdictions that would lend credence to the judgment already reached or desired by the Court, and not consider the laws of other foreign jurisdictions which may cast doubt on the Court’s judgment? If uses of foreign law cannot offer a balanced account, that might result in its instrumentalization to buttress already-reached constitutional outcomes. Scholars have labelled this selection bias difficulty the “cherry-picking” or “forum shopping” problem<sup>31</sup>.

Some scholars are more optimistic about the use of foreign law. Especially those who believe in a variant of “normative universalism”, defined as the belief and search in common cores of constitutionalism across polities<sup>32</sup>, think that cross-judicial dialogue may help detect

---

<sup>30</sup> Hirschl, R. (2018). p. 404.

<sup>31</sup> See e.g., Choudry, S. (2006). p. 7. For the so-called “cherry-picking” problem in comparative constitutional law more generally see Hirschl, R. (2014a). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 237-238 (describing the cherry-picking problem as a result-oriented and biased selection of case studies that ultimately confirm, but not prove, the initial hypothesis).

<sup>32</sup> For a definition and use of the term see Tushnet, M. (2006b). “Some reflections on method in comparative constitutional law”, in *The Migration of Constitutional Ideas* (Sujit Choudry, Cambridge: Cambridge University Press) pp. 68-72.

and better articulate those similarities. Others are skeptical about the normative universalist project to begin with, and they argue further that judicial dialogue might equally result in more isolationist doctrines, especially if foreign law is invoked with an eye to articulating the uniqueness of a jurisdiction and its exceptional status among others. What is more, constant non-use of the law of certain polities, but consistent reliance on the law of others may help courts, for better or worse, to build up or entrench their conceptions of the good, and by implication, the bad. A striking example comes from the Supreme Court of Israel, which consistently avoids invoking the foreign law of Muslim-majority polities who face similar difficulties in achieving a satisfactory interpretive balance between religious and secular/democratic laws<sup>33</sup>. While the assertion that “there is no citation whatsoever of Israeli Supreme Court cases by the Turkish Constitutional Court (or vice versa)”<sup>34</sup> is descriptively inaccurate, given at least one dissenting opinion in a decision by the TCC in which an Israeli Supreme Court case was referenced<sup>35</sup>, it is still true that judicial dialogue between these two jurisdictions is very limited, in large part due to historical and ongoing political tensions as well as each Court’s unique conception of model courts to look to, which, in each case, excludes the other.

One strain in the various arguments used by proponents of cross-judicial dialogue is equally troubling. Justice Breyer has articulated a variant of this argument when he urged the U.S. Supreme Court to look to other courts because “for years people all over the world have cited the Supreme Court, why don’t we cite them occasionally? They will then go to some of their legislators and others and say, ‘See, the Supreme Court of the United States cites us.’ That might give them a leg up”<sup>36</sup>. Simply put, Justice Breyer was urging to look to foreign law not so much on legal grounds, but rather to “return a favor”, and not turn a blind eye to the many references to the U.S. Supreme Court’s caselaw by other

---

<sup>33</sup> Hirschl, R. (2018). pp. 413-416.

<sup>34</sup> Hirschl, R. (2014b). “In Search of an Identity: Voluntary Foreign Citations in Discordant Constitutional Settings”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 3, p. 580. See also Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). p. 113.

<sup>35</sup> Justice Engin Yıldırım, in a dissenting opinion he authored in 2014, has relied on secondary sources to reference an Israeli Supreme Court case in which it was stated that because it represented the collective honor of the people of Israel, the country’s flag was afforded constitutional protection. See TCC, E.2013/99, K.2014/61, 27/03/2014.

<sup>36</sup> Choudry, S. (2006). pp. 9-10.

courts of the world. This motivation to cite foreign law “to consolidate judicial review in transitional democracies”<sup>37</sup> is, at best, paternalistic. It essentially argues that the Court can “condescend” to the level of other courts in an effort to give them some sort of a jurisprudential boost. Justice Sandra O’Connor had already stated a variant of this view when she remarked that the Court’s use of foreign precedents would enhance the U.S.’ “ability to act as a rule-of-law model for other nations”<sup>38</sup>. This line of argumentation upends the sovereignty criticism I discussed earlier by essentially arguing that references to foreign law by U.S. Supreme Court Justices can contribute to the enhancement of U.S. influence overseas—which basically reverses the object of influence in the original formulation of the sovereignty criticism from being the U.S. to other nations, but still perpetuates the nationalist and even parochialist undertones embedded in the sovereignty criticism in the first place. If this notion were to hold true, that is, if the TCC’s references to the U.S. Supreme Court were to one day generate some reciprocity because Americans felt it necessary to either give Turkey a “boost”, or worse yet, to perpetuate American influence over Turkish jurisprudence while feigning reciprocal interaction, then, the TCC might eventually back away from referencing Supreme Court cases altogether. This hypothetical suggests that the “giving others a boost” type of reasoning for referring to foreign law may generate backlash from other courts and counterproductively entrench judicial insularity.

Having briefly outlined some of the most prominent concerns scholars and judges have about the use of foreign law in domestic constitutional adjudication, I now turn to a discussion of whether the Turkish Constitution permits references to foreign law.

## **II. DOES THE TURKISH CONSTITUTION LICENSE JUDGES to CITE FOREIGN LAW?**

One classic example invoked by commentators to suggest that their jurisdictions do not license the use of foreign law in domestic constitutional adjudication is the South African Constitution<sup>39</sup>. As is

---

<sup>37</sup> Choudry, S. (2006). p. 9 (footnote omitted).

<sup>38</sup> Posner, E. & Sunstein, C. (2006). “The Law of Other States”, *Stanford Law Review*, Vol. 59, No. 1, p. 140, fn. 43. Justice O’Connor’s speech is also quoted in Choudry, S. (2006). p. 10.

<sup>39</sup> See e.g., Choudry, S. (2006). p. 5; Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). p. 107, fn. 2 and p. 117.

well known, the South African Constitution provides that “(w)hen interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) may consider foreign law”<sup>40</sup>. This provides, some scholars argue, an explicit textual mandate to look to foreign law that is lacking in many other countries’ constitutive documents. While that may be true, an explicit mandate in the Turkish Constitution may not be necessary to license members of the TCC to invoke foreign law. A closer examination of the text of the Turkish Constitution as well as non-textual considerations, either in isolation or when coupled with one another, can be deemed to provide the Turkish Justices with a sufficient mandate or permission to look to foreign law.

In this Part, I will consider five such considerations that can potentially be understood, either singularly or collectively, as licensing TCC Justices to reference foreign law. These are (1) the Preamble to the Turkish Constitution; (2) the principles and reforms of Atatürk (tr. *Atatürk ilke ve inkılapları*); (3) international law indirectly permitting the use of foreign law; (4) the notion of general principles of law; and finally (5) the TCC’s precedents. While considering each, I will also allude to an earlier discussion by intervening in a longstanding debate in Turkish constitutional law scholarship about whether each of the five is considered part of the “Turkish constitutional bloc”, defined as a collective point of reference comprising constitutional law sources against which the constitutionality of laws may be assessed by the TCC.

### A. THE PREAMBLE

The Preamble to the in-force Turkish Constitution of 1982 is relatively long and replete with phrases that hardly lend themselves to any form of objective constitutional interpretation, especially those that speak of lofty goals of attaining peace and unity and those that mention “Atatürk, the immortal leader and unrivalled hero” or “the democracy-loving Turkish sons’ and daughters’ love for the motherland and nation”<sup>41</sup>. Nevertheless, with only a few exceptions<sup>42</sup>, there appears to be scholarly

---

<sup>40</sup> South African Const. sec. 39(1).

<sup>41</sup> On the ceremonial and symbolic signaling purposes of preambles see further Orgad, L. (2010). “The preamble in constitutional interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 4, pp. 722-723.

<sup>42</sup> One exceptional view, articulated under the 1961 Constitution, was that the Preamble was of no legal import. See Arsel, I. (1965). *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara: Mars Publishing, p. 145. Under the 1982 Constitution, some members of the TCC (most notably in



consensus that the Preamble should be authoritative in interpreting the Constitution, not least because Article 2 provides that “(t)he Republic of Turkey is (...) based on the fundamental tenets set forth in the preamble”, and Article 176 provides that “(t)he preamble, which states the basic views and principles the Constitution is based on, shall form an integral part of the Constitution”.

Against the backdrop of these relatively unambiguous constitutional stipulations, as already stated, nearly all Turkish constitutional law scholars agree that the Preamble is of binding value. The disagreement arises over whether some parts of the Preamble are more amenable to legal interpretation than others, and thus whether overtly political and even “romantic” parts of the Preamble should be considered non-justiciable. Some scholars who espouse a legal positivist orientation are of the opinion that all “tenets set forth in the preamble”, as per Article 2, are of binding value, while some argue that the term “fundamental tenets” provides a textual basis to assess which tenets in the Preamble are “fundamental” and therefore deserving of legal value. These scholars often agree that the fundamental tenets in the Preamble, whatever they may be, can be used independently in constitutional adjudication, whereas the rest can only be used to *interpret* other norms in the operative part of the Constitution<sup>43</sup>. Most scholars also caution the TCC not to use the vague and “romantic” parts of the Preamble in constitutional adjudication<sup>44</sup>. In similar fashion, some scholars agree that the Preamble is of legally binding value, but assert that it should always be invoked in conjunction with a constitutional norm enshrined in the operative part of the document<sup>45</sup>. Others disagree and believe it is impossible to

---

one dissenting opinion in 1985) have articulated the view that the Preamble should not be justiciable, but can be used as a tool with which the enforceable provisions of the Constitution could be interpreted. See TCC, E.1984/14, K.1985/7, 13/06/1985 (dissenting opinions asserting that “the principles in the Preamble are not amenable to independent implementation”), quoted in Yüzbaşıoğlu, N. (1993). pp. 129-130.

<sup>43</sup> See e.g., Yüzbaşıoğlu, N. (1993). p. 119; Tanör, B. & Yüzbaşıoğlu, N. (2012) *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, p. 83; Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, pp. 75-76; Teziç, E. (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, p. 223.

<sup>44</sup> See e.g., Hakyemez, Y. Ş. (2007). “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*, Vol. 24, pp. 536-538; Yazıcı, S. (2009). *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi University Press, p. 125; Özbudun, E. (2017). p. 76.

<sup>45</sup> See e.g., Oder, B. (2010). pp. 29-30 (arguing that the Preamble’s reference to the principle

objectively separate the “fundamental” tenets from those that are not—therefore, they argue, the entire Preamble must be considered as being independently authoritative in constitutional interpretation<sup>46</sup>.

Moving beyond the confines of the debate, if the Preamble is at least of some legal value, which it is, as numerous TCC cases also confirm<sup>47</sup>, then it might be plausible to argue that some words and phrases in the Preamble license judges to look to foreign law for purposes of constitutional adjudication. To this end, two stipulations in the Preamble are of special concern.

The first is in the second paragraph of the Preamble which speaks of the “(d)etermin(ation) to attain everlasting existence, prosperity, material and spiritual wellbeing for the Republic of Turkey, and the standards of contemporary civilization as an honorable member with equal rights of the family of world nations”. The emphasis here is on “the family of world nations” as well as “the standards of contemporary civilization”. The TCC, in two cases dating back to 1985 and 1986, respectively, invoked the phrase “honorable member with equal rights of the family of world nations” to infer a constitutional principle of reciprocity in international relations, and then moved to annul parts of a legislation that it deemed contrary to that principle which was implied in the Preamble<sup>48</sup>. That suggested to observers that the Court was willing to rely on the Preamble *independently* for purposes of constitutional adjudication, even to annul legislation. But the Court could also use that same phrase, and perhaps more importantly, the phrase “the standards of contemporary

---

of “Peace at home; peace in the world” can be construed to narrow down the meaning of Article 92 of the Constitution on declarations of war, and to construe it as forbidding the declaration of war as an act of aggression, but permitting defensive wars to respond to aggressions from other parties). See also Uran, P. (2015). “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 73, No. 1, p. 235, fn. 86 (articulating an interesting textual argument that the Preamble’s reference to “(w)ith these ideas, beliefs, and resolutions to be interpreted and implemented accordingly” might be a textual basis for construing the Preamble as a general interpretive guide to elucidate the meaning of other constitutional norms).

<sup>46</sup> Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Publishing, p. 90. See also Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, p. 96 (stating emphatically that the Preamble should be used by the TCC). To be sure, Gözler also recognizes the potential difficulties associated with judges having to interpret some of the vague stipulations in the Preamble. See Gözler, K. (2019). p. 90.

<sup>47</sup> These cases are too numerous to exhaust in a single footnote. For a comprehensive list of TCC cases referencing the Preamble from the early 1960s until the late 1980s see Yüzbaşıoğlu, N. (1993). p. 129, fns. 53-54 and p. 130, fns. 55-58.

<sup>48</sup> See TCC, E.1984/14, K.1985/7, 13/06/1985; TCC, 1986/18, K.1986/24, 09/10/1986.

civilization” in the Preamble as an authorization to look to foreign law, even if not to determine the outcomes of constitutional disputes, to at least provide some interpretive guidance. The argument is a simple one: the standards of contemporary civilization, which is in fact based on a proverb attributed to Mustafa Kemal, the founder of the Turkish Republic, reflects the modernist aspirations of early Republican political elites<sup>49</sup>, and is a reference to those jurisdictions that have traditionally been regarded as setting the benchmark for Republican Turkey’s plans to modernize, and to a large extent, westernize. Thus, it could be argued that this stipulation in the Preamble is a textual mandate, or at the very least a constitutional permission, for Turkish judges and especially for members of the TCC to look to foreign law and specifically to the laws of traditional western liberal democracies for guidance. One scholar has relatedly made the argument that these stipulations in the Preamble should be read as evidence of the Constitution’s embrace of international law and international human rights law especially<sup>50</sup>. To be sure, “the standards of contemporary civilization” is a vague and perhaps even antiquated formulation in this day and age. Further, it is not entirely clear which countries are to be regarded as setting those standards, even when western liberal democracies can be assumed to offer a probable starting point. The selectivity and bias in favor of western democracies embedded in the formulation, especially when considered within the context—informed by early Republican modernist and pro-westernization discourses—in which it was first articulated, is somewhat troubling: the phrase’s potential pro-western use, in light of the history associated with “the standards of contemporary civilization”, might give rise to concerns about identity politics and the judiciary’s role in that debate. The Constitution’s drafters were undoubtedly influenced by western models, and were not particularly fond of looking “eastward” for inspiration<sup>51</sup>, and the Preamble’s “westward-looking” use

---

<sup>49</sup> See e.g., Atatürk Araştırma Merkezi. (2006). *Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri*, Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi Publishing, Vol. 1, p. 356 (quoting a speech by Mustafa Kemal in which he said “(t)he people have made the final decision to identically and fully implement in substance and form the lifestyle and means provided to all nations by contemporary civilization”).

<sup>50</sup> See Yüzbaşıoğlu, N. (1993). p. 121. Cf. Özbudun, E. (2017). p. 76 (arguing that the TCC’s invocation of these sections of the Preamble were troubling and that these provisions should be read as reflecting the non-aggressive component of Atatürk’s nationalism).

<sup>51</sup> Cf. Dixon, R. & Landau, D. (2019). “1989-2019: From democratic to abusive constitutional borrowing”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, No. 2, pp. 489-496 (arguing

might accord with that initial outlook, but whether the judiciary has the constitutional mandate and legitimacy to perpetuate initial conceptions of “model countries” and by implication non-models is doubtful<sup>52</sup>.

A second and final phrase in the Preamble that might be argued to license references to foreign law is located in the third paragraph, which enjoins those exercising sovereignty in the nation’s name from “deviat(ing) from the liberal democracy indicated in the Constitution and the legal system instituted according to its requirements”. Here the emphasis is on the part of the provision prohibiting deviations from “the liberal democracy indicated in the Constitution”, and on whether it could be construed as a potential license to look to the laws of other liberal democracies to guide Turkish constitutional law and practice. The TCC’s earlier jurisprudence construed this phrase quite narrowly as referring to nothing other than the Turkish Constitution’s *own* understanding of liberal democracy, and not as a reference to the general concept of liberal democracy with many and varied instantiations in other parts of the world. In a decision dating back to 1986, the TCC ruled that “the democratic society mentioned here undoubtedly means the liberal democracy indicated in our Constitution”<sup>53</sup>. The purported textual basis for the Court’s ruling was that the Preamble spoke of “the liberal democracy indicated in the Constitution”. This rather parochial view of liberal democracy would have made it predictably more difficult for the Court to reference both international and foreign law<sup>54</sup>. Shortly after, however, the Court reconsidered the issue and repudiated its earlier caselaw<sup>55</sup>. In a decision dated the same year, the Court ruled: “Classical democracies<sup>56</sup>

---

that a shift has taken place in the geography from which constitutional actors are getting their inspiration, notably and increasingly including “eastward” looking for purposes of constitutional borrowing).

<sup>52</sup> The TCC’s membership composition at any given time will, of course, affect the chances of the Court’s reliance on “the standards of contemporary civilization” for purposes of constitutional interpretation. A more conservative and/or nationalist composition, to use common political parlance, will likely be less inclined to make use of the quoted formulation in the Preamble.

<sup>53</sup> TCC, E.1985/21, K.1986/23, 06/10/1986.

<sup>54</sup> One Turkish scholar notes some of the various factors behind courts’ resistance to engaging with foreign law as lack of foreign language skills, nationalism, localism, and notions of cultural exceptionalism. See Örucü, E. (2007). pp. 435-436.

<sup>55</sup> On this jurisprudential turn see Çağlar, B. (1990). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, *Anayasa Yargısı*, Vol 7, pp. 96-97; Kaboğlu, I. (1991). “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Vol. 8, pp. 312-313; Yüzbaşıoğlu, N. (1993). pp. 125-126; Özbudun, E. (2017). pp. 118-119.

<sup>56</sup> The Court used the term “classical democracies” (tr. *klasik demokrasiler*) not to allude to

are regimes in which fundamental rights and freedoms are provided and safeguarded to their fullest extent".<sup>57</sup> This was an affirmation that "the liberal democracy" alluded to in the Preamble was not confined to the Constitution's specific conception, but that it was used in its generic sense to denote an abstract concept of democracy implemented in a wide range of other jurisdictions.

Arguably, this jurisprudential change that now conceives of the Constitution as referring to liberal democracy as a generic notion to strive toward permits the Constitution's interpreters to look to other nations understood as practicing liberal democracy—first and foremost, European liberal democracies, but presumably others too, including, for example, the United States, Canada, South Africa, Australia, New Zealand, India, and perhaps even others. The concern of pro-western bias, which I intimated earlier, is also present here. However, in a series of decisions, the Court has equated the notion of liberal democracy to western democracy, which lends jurisprudential credence to the argument that the reference to "liberal democracy" in the Preamble permits members of the TCC to look to western democracies *in particular* to interpret the Constitution. Consider for example a case dating back to 1972 which defined a democratic state by referencing "the notion of democracy espoused by western civilization"<sup>58</sup>. Consider also subsequent decisions handed down in the late 1980s that have repeatedly defined the Constitution's commitment to liberal democracy as a commitment to "civilized western democracies"<sup>59</sup>. Thus, it could be argued, the reference to liberal democracy in the Preamble, when read in light of and mediated by the TCC's subsequent precedents which have refined the idea of liberal democracy by introducing a geographical dimension (i.e., the west), permits the TCC to look to the domestic laws of foreign (and especially western) liberal democracies.

In sum, the second and third paragraphs of the Preamble, and specifically the references to "the family of world nations", "the standards of contemporary civilization", and "liberal democracy" may

---

Athenian democracy or associated ideas about direct democracy, but to refer to generic liberal democracies.

<sup>57</sup> TCC, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986.

<sup>58</sup> TCC, E.1970/48, K. 1972/3, 08-09/02/1972, quoted in Özbudun, E. (2017). pp. 118-119.

<sup>59</sup> See e.g., four TCC cases cited in Yüzbaşıoğlu, N. (1993). p. 126.

be read as constitutional licenses to invoke the laws of foreign, and especially western, countries to explicate the meaning of these terms more precisely. To be sure and to reiterate, the normative desirability of the TCC's reliance on these provisions of the Preamble is a separate and reasonably troubling matter. First, it engages in identitarian constitutional politics by permitting uses of the laws of western liberal democracies in order to resolve domestic constitutional disputes, at the expense of possible engagement with the east or the constitutional polities of the so-called Global South. Second, while a form of constitutional identitarianism may be inevitable and even normatively desirable, whether the courts and the TCC are right avenues to pursue such enterprises is an additional cause for concern. Third, these licenses to look to foreign law, even when construed more precisely as permitting only a consideration of the laws of western, or even more specifically European, democracies, do not address the "cherry-picking" concerns alluded to earlier. For instance, when should the TCC consider German and not French law (or vice versa)? Fourth, and related to the first point on identity politics, the invocation of terms such as "contemporary civilization" and subsequent citations to certain countries' laws, by implication, may signal which countries are *not* considered to come under the category of civilized nations from the TCC's perspective, which might perpetuate impoverished political and legal stereotypes about non-western constitutional polities<sup>60</sup>. All that notwithstanding, the Preamble, when especially read together with precedents, contains the first tentative constitutional license for members of the Court to consider foreign law in their deliberations.

## **B. THE PRINCIPLES and REFORMS of ATATURK**

A second textual indication granting members of the TCC the authority to consult foreign law is arguably Ataturk's principles and reforms mentioned in several parts of the Constitution. The first mention is in the Preamble, which in its first paragraph speaks of "this Constitution, in line with the concept of nationalism introduced by the founder of the Republic of Turkey, Atatürk, the immortal leader and

---

<sup>60</sup> See generally Rabb, I. (2015). "Against *Kadijustiz*: On the Negative Citation of Foreign Law", *Suffolk University Law Review*, Vol. 48, pp. 343-377 (drawing attention to the U.S. Supreme Court's invocations of Islamic law which tend to perpetuate impoverished notions about its characteristics).

the unrivalled hero, and his reforms and principles....” The Preamble further invokes Atatürk in its fifth paragraph where it stipulates “(t)hat no protection shall be accorded to an activity contrary to ... the nationalism, principles, reforms and civilizationism of Atatürk....” Similar phrases are repeated throughout the Constitution’s text, with minor alterations. Because of its *repeated occurrence in the operative part of the Constitution* in addition to the Preamble<sup>61</sup>, even if the Preamble were deemed to be non-binding, or of merely *some* legal value in constitutional interpretation, Atatürk’s principles and reforms can still be separately and alternatively relied on to introduce foreign law considerations into Turkish constitutional adjudication.

Consider, for example, Article 2 that speaks of “the nationalism of Atatürk”, which is among the traditional six principles of Kemalist ideology, taught to this very day to elementary school children in Turkey as part of the national curriculum: (i) republicanism; (ii) populism<sup>62</sup>; (iii) secularism<sup>63</sup>; (iv) reformism; (v) nationalism; and (vi) statism<sup>64</sup>. Article 42 further provides that “(e)ducation shall be conducted along the lines of the principles and reforms of Atatürk, based on contemporary scientific and educational principles, under the supervision and control of the State”. On top of that, members of Parliament and the President of the Republic invoke their loyalty to Atatürk’s principles and reforms in their constitutional oaths of office. Finally, and most importantly, Article 174, before listing seven pieces of legislation enacted during the Kemalist era that are immune from constitutional review, provides: “No provision of the Constitution shall be construed or interpreted as rendering unconstitutional the Reform Laws indicated below, which aim to raise Turkish society above the level of contemporary civilization and to safeguard the secular character of the Republic, and whose

---

<sup>61</sup> See also Varol, O. (2011). “The Origins and Limits of Originalism: A Comparative Study”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, No. 5, pp. 1259-1262 (providing a general overview of the parts of the Turkish Constitution that mention Atatürk, with an overstatement of their actual value for purposes of Turkish constitutional adjudication, especially in recent times).

<sup>62</sup> Populism divorced from its more pejorative connotations, of course.

<sup>63</sup> More accurately, laicite, which is usually regarded as being more stringent and less tolerant than secularism in granting religion public visibility. The difference between these two concepts need not be explored any further for purposes of my argument.

<sup>64</sup> For a view that argues that the Constitution’s reference is merely to principles and reforms of Atatürk without mentioning this well-known six-part list, and therefore that it is up to the TCC to define the precise content of the phrase see Gözler, K. (2000). p. 88.

provisions were in force on the date of the adoption of the Constitution by referendum....”

The argument is simple: (1) either Atatürk’s *principles*, especially reformism (tr. *inkılapçılık*) that encapsulates the modernist core of the Kemalist era that transplanted the civil and criminal codes and other laws of western European countries of the time, including Switzerland, Italy, France, and Germany<sup>65</sup>, or (2) the idea of Atatürk’s *reforms*, (3) or both license an inquiry into the laws of other nations, especially western European nations which Kemalist Turkey historically strived to emulate. That the concept of Atatürk’s principles and reforms would invite research into the laws of other nations is not merely an assertion made possible by historical context; the preamble embedded in Article 174 describes Reform Laws as those laws “which aim to raise Turkish society above *the level of contemporary civilization* and to safeguard the secular character of the Republic....”<sup>66</sup> Article 174 thus seems to corroborate the historically-informed assertion that the concept of Atatürk’s reforms includes looking at (and emulating) the practices of other “civilized” nations. Here, we are again confronted with a phrase already mentioned in the Preamble: “the level of contemporary civilization”, which as previously stated, comes from a proverb attributed to Mustafa Kemal and is closely linked to his modernist ideology. And again, a distinctly western tone infuses the discussion of Atatürk’s principles and reforms that could reasonably be criticized as permitting judges to engage in identitarian (judicial) politics by choosing to look to the laws of a specific region, namely that of western Europe.

If the reference to “contemporary civilization” can be somewhat divorced from the historical context from which it descends, and if the phrase can thus be read purposively and more broadly, the formulation

---

<sup>65</sup> The process of codification of laws in Turkish history has strong antecedents in Ottoman constitutional history. See generally Tanör, B. (2017). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: YKY Publishing, pp. 98-99, 212-216.

<sup>66</sup> Some Turkish constitutional law scholars, some of whom are cited in fn. 67, articulate the view that it is the core of Atatürk’s principles and reforms—which they take to be liberal democracy—that should be controlling, not specific principles and reforms that are inevitably the products of the Kemalist era, and thus historically contingent and unfit for purposes of present-day constitutional adjudication. Regardless of whether that view is apt, the preamble of Article 174 speaking of Atatürk’s reform laws as constitutionally “aim(ing) to raise Turkish society above the level of contemporary civilization” should be taken into consideration *a fortiori* when arguing that Atatürk’s reforms have a—whatever that might be—core content.



can be liberated from the confines of a particular corner of the world and used instead as a tool whereby members of the TCC can invoke the law of any country deemed to be reflective of the standards of contemporary civilization. The word “contemporary” can be read as permitting this line of purposive interpretation that would serve to update the phrase, and broaden its content and applicability. This purposive reading would pluralize the number of potential countries that the phrase licenses interpreters to consider. Ultimately, however, a consideration of which country’s laws reflect standards of civilization (and impliedly, which country’s laws do *not*) is bound to be an inquiry about with which countries the TCC chooses to identify—again, raising reasonable concerns of identitarian politics and of “forum shopping”.

One purposive reading of—not necessarily the phrase “contemporary civilization” but of—Ataturk’s principles and reforms as a whole that is dominant among a certain faction of the Turkish constitutional law academe asserts that the Constitution’s references to Ataturk’s principles and reforms should be construed as a reference to what they argue constitutes the “core” of these principles and reforms: civilizing and establishing a western-type liberal democracy<sup>67</sup>. This purposive reading and the resulting “updating” of Ataturk’s principles and reforms is meant to mitigate some embarrassments that would ensue from the obvious tension between certain notions associated with those principles and reforms, and some of the core tenets of liberal democracy<sup>68</sup>.

While the connection between Ataturk’s principles and reforms, and an inquiry into the laws of foreign (read: western European) nations is more or less straightforward, there is one caveat that needs

---

<sup>67</sup> See, e.g., Kubalı, H. (1968). “Atatürk Devrimi ve Gerçeklerimiz”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Vol. 1, No. 2, pp. 5-25, especially p. 9, fn. 2 (“Ataturk, by the term ‘Contemporary Civilization’ without a doubt, meant ‘Western Civilization.’”); Teziç, E. (2017). pp. 223-224; Tanör, B. (2017). p. 325 (asserting that despite its repressive methods, the Kemalist revolution’s aims were political modernization and democratization). But see Akyol, T. (2012). *Atatürk’ün İhtilal Hukuku*, İstanbul: Doğan Kitap Publishing, pp. 47 et seq. (describing the Kemalist regime as one opposed to the doctrine of separation of powers both practically and normatively).

<sup>68</sup> Erdoğan Teziç recognizes this. Teziç, E. (2017). p. 223. See also Tanör, B. (1997). *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, İstanbul: TÜSİAD Publishing, pp. 25-26 (asserting that the concept of Ataturk’s principles and reforms is vague and its content indeterminate and thus unfit to be used in constitutional adjudication); Özbudun, E. (2017). p. 392 (arguing that a broad and purposive reading of Ataturk’s principles and reforms would be anachronistic and tantamount to imposing a Kemalist ideology on to the Constitution’s liberal democratic system).

to be addressed. According to one view prevalent among Turkish constitutional scholars, motivated again by some of the embarrassments that would have to be dealt with if all of Atatürk's principles and reforms were regarded as guides to constitutional interpretation, only those principles and reforms that are *explicitly* and *specifically* provided for in the text of the Constitution ought to bind members of the TCC in constitutional interpretation. So, for example, while republicanism, secularism, and nationalism are all part of Atatürk's principles that are also mentioned specifically in the text of the Constitution<sup>69</sup>, statism, populism, and reformism, the last of which is arguably the most convincing principle licensing judges to look to foreign law, are not. On that basis, some scholars argue that the Constitution's reference to Atatürk's principles and reforms should be confined only to those principles that find explicit mention in the text<sup>70</sup>. Others dismiss this as an untenable position especially in light of the Preamble's general reference to Atatürk's principles and reforms, which they believe should be treated just like the operative part of the Constitution because Article 176 renders the Preamble an "integral" part of the text<sup>71</sup>.

In fact, in a case dating back to 1985, the TCC employed a similar line of argumentation to those differentiating between explicitly mentioned and unmentioned principles of Atatürk, and concluded that statism was not expressly mentioned in the text of the Constitution: "While statism was among the characteristics of the Turkish Republic via the 1937 amendment to the 1924 Constitution, the principle of statism has not been included in the Constitutions of 1961 and 1982"<sup>72</sup>. Yet, on balance,

---

<sup>69</sup> Republicanism is mentioned in Article 2. Nationalism is references in many parts of the Constitution including the Preamble (paragraphs 1 and 5) and Article 2. The principle of secularism has numerous references in the Constitution, including the Preamble (paragraph 5); Article 2; Article 13; Article 14; Article 68; Article 81; Article 103; Article 136; and Article 174.

<sup>70</sup> For iterations of this view see e.g., Özbudun, E. (2017). p. 392.

<sup>71</sup> See Yüzbaşıoğlu N. (1993). p. 82; Gözler, K. (2000). p. 88; but see Gözler, K. (2019) p. 439 (arguing that the TCC should only mention those principles expressly mentioned in the text).

For an unpersuasive attempt to reconcile the Kemalist principles of populism and statism with the notion of liberal democracy see also Yüzbaşıoğlu N. (1993). pp. 83-94.

<sup>72</sup> TCC, E.1985/2, K.1985/16, 27/09/1985. For a similar reasoning see also Özbudun, E. (2017). p. 392 (asking the question of whether the principle of statism, not mentioned in either the Constitution of 1961 or the Constitution of 1982 should be regarded as among the principles of Atatürk mentioned by the latter, concluding that it should not). The use of antecedent constitutions to resolve interpretive debates arising from the in-force constitution is a practice which I have termed "inter-constitutional interpretation" and discuss elsewhere.

the TCC has ruled on many occasions, without going into the details of their precise content, that the principles and reforms of Atatürk, taken together, constitute “the foundation” of the 1982 Constitution<sup>73</sup>.

This debate is only partially important for our purposes: even if reformism, as one of Atatürk’s principles *not* specifically mentioned in the text, cannot be accepted as a license for reliance on foreign law, the idea that at the core of Atatürk’s principles and reforms lies the notion of liberal democracy can serve as a more general license to consider the laws of liberal-democratic nations.

The identitarian politics problem already alluded to is compounded by another problem that is closely associated with constitutional inquiries into the principles and reforms of the Kemalist era. It is a pervasive problem attendant to historical inquiries more broadly: can an originalist inquiry by judges into what these principles and reforms meant (and still mean) serve as an objective and normatively desirable basis on which to decide whether reliance on foreign law is permitted by the Turkish Constitution? Many critics would argue that it cannot. Judges and constitutional law scholars tend to be bad historians, and even in the hands of the ablest of historians, history usually provides an ambiguous set of facts and a set of limited sources of evidence from which varying and even contradictory outcomes could be inferred<sup>74</sup>. The precise content of Atatürk’s conception of nationalism—one of Atatürk’s principles—is a paradigmatic example: the rather “lofty” description, backed up by a carefully-selected sample of sources, is that Atatürk’s nationalism is utterly void of any ethnic or racial considerations<sup>75</sup>. A voluminous history on the early Republican era and on the Ottoman-Turkish elite’s conception of nationalism as a concept informed by race may indicate otherwise. The difficulty, more generally stated, is this: arguing that Atatürk’s principles and reforms ought to license reliance

---

See generally Tecimer, C. (forthcoming, 2020). “Inter-Constitutional Interpretation: A Case Study of the Articles of Confederation” (on file with author).

<sup>73</sup> See e.g., TCC, E. 1983/2, K.1983/2, 25/10/1983 and TCC E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989, both of which are cited in Özbudun, E. (2017). p. 392.

<sup>74</sup> See generally Tushnet, M. (1988). *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 34-45 (noting the attendant problems of trying to deduce the intent of a constitution’s framers, discussed in the particular context of U.S. constitutional law and practice).

<sup>75</sup> For such an attempt by a constitutional law scholar at what some would call “rehabilitating” Atatürk’s nationalism see e.g., Özbudun, E. (2017). pp. 78-79.

on foreign law is a question of whether Atatürk's principles were historically understood as licensing references to foreign law, and that, in turn, is a question of historical fact that may not have a simple and definitive answer.

Still, with all its attendant problems, Kemalist reformism and the reforms of Atatürk more generally, which are linked to the idea of "contemporary civilization" as per Article 174, is yet another textual indication that possesses the potential to license reliance on foreign law in Turkish constitutional adjudication.

### C. RELIANCE ON FOREIGN LAW VIA INTERNATIONAL LAW

This Article discusses the TCC's reliance on foreign law only, which it defined as the law of other nation states. However, that does not preclude the possibility that international law may indirectly permit reliance on foreign law.

Notwithstanding its scattered references to international law<sup>76</sup>, the Turkish Constitution is not a "monist" constitution unlike some others, that is, it does not automatically incorporate international law into the Turkish constitutional order; it requires laws or certain executive actions that give effect to international law in the domestic legal order<sup>77</sup>. Once incorporated into the Turkish legal order, however, treaties become fully enforceable as any other ordinary legislation as per Article 90(5), which provides that "(i)nternational agreements duly put into effect have the force of law". The same article further provides that "(i)n the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail", which is regarded by some as establishing a hierarchy between human rights treaties and ordinary legislation. Still others insist that laws and duly incorporated

---

<sup>76</sup> Some notable examples include Articles 15 (permitting suspension of the exercise of fundamental rights, "as long as obligations under international law are not violated") and 16 ("The fundamental rights and freedoms in respect to aliens may be restricted by law compatible with international law.").

<sup>77</sup> While I maintain the monist-dualist dichotomy for the purposes of this Article, this view has come under sustained academic attack, especially on grounds that it conceives of the authority of international law in domestic law's terms and with the latter's terminological and analytical "baggage". See generally Çalı, B. (2015). *The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal*, Oxford: Oxford University Press.

international law are on a par in the Turkish legal system, but in the specific area of treaties concerning human rights, Article 90(5) imposes a duty to interpret ordinary laws compatibly with treaties, and that failing, to uphold treaties as superseding ordinary laws<sup>78</sup>. In these scholars' view, Article 90(5) does not grant the TCC authorization to assess the constitutionality of legislation in light of treaties; it merely provides that laws should be interpreted in conformity with such treaties and disregarded if they cannot be interpreted compatibly with these treaties. This view thus denies international law the status of being part of the Turkish constitutional bloc. It further, and as a logical consequence of its previous assertion, argues that the TCC cannot annul legislation based on its alleged incompatibility with international law. However, it still concedes that it is incumbent upon the TCC to interpret laws harmoniously with human rights treaties, and failing that, disregard the former and apply the latter<sup>79</sup>.

Other scholars argue that international law (for some even international law *not* duly incorporated into the Turkish domestic legal system) is part of the Turkish constitutional bloc<sup>80</sup>. Scholars who contend

---

<sup>78</sup> See Özbudun, E. (2017). pp. 388-389 (insisting that incorporated international law is on par with national law, not above it). See in similar vein, Gözler, K. (2019). p. 439. See also Soysal, M. (1997). "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, Vol 14, p. 172 (vaguely suggesting that the rule stipulating that treaties cannot be construed incompatibly with the Constitution, as per Article 90(5), grants treaties a "privileged" status in comparison to ordinary law). For a critique of Soysal's position, arguing that the author changes his views depending on the treaty in question (whether the treaty is the European Convention on Human Rights or a treaty among Muslim-majority countries) see Gözler, K. (2000). p. 89, fn. 12.

<sup>79</sup> See e.g., Özbudun, E. (2017). p. 389 ("But the Constitutional Court too, like all other courts, in a case before it, has the authority to disregard a law that it has found to be in violation of international treaties."). This view suffers from one minor embarrassment: assume that a piece of ordinary law is in direct contravention to a human rights treaty Turkey is party to. Assume further that this law is brought before the TCC for an annulment action (either through abstract or concrete review). What should the TCC do in the face of uncontroversial contradiction between the terms of the law and the human rights treaty that does not allow the TCC to interpret the law harmoniously with the treaty? It cannot annul the law, according to this view, because the text of the Constitution fails to mention expressly that the Court may assess the constitutionality of legislation against treaties. But nor does the Constitution expressly provide that the Court ought to "disregard" such ordinary laws; Article 90(5) merely states that international laws will "prevail" without prescribing a method through which international law will prevail over ordinary legislation. It is thus not clear why "disregarding" a law is the better option to annulling it when none are expressly mentioned in the Constitution as options the TCC may pursue.

<sup>80</sup> One interesting reconciliatory view of the two positions (i.e., the positions that, respectively, omit and include international law as part of the Turkish constitutional bloc) is that international law should be considered part of the Turkish constitutional law bloc in limited

that the Turkish Constitution permits interpreters to rely on international law to assess the constitutionality of legislation typically marshal the scattered references to international law in the Constitution in their aid. In one scholar's words, the collective references to international law in the Constitution reflect "a principle of openness to international law"<sup>81</sup>. Some argue that not only direct references to international law, but also references to "contemporary civilization", which I have argued might permit reliance on foreign law, can be understood as an interpretive license to consider international law in interpreting both statutes and the Constitution<sup>82</sup>.

Regardless of the position taken, both sides to the debate agree that laws cannot violate treaties concerning human rights, and while they differ on the effective remedy if that is ever the case, all are in agreement that violating laws should not be applied; they should be disregarded (for those who believe the Court cannot annul them based on their incompatibility with international treaties) or annulled (for those who believe the Court indeed can). This necessitates interpreting both the treaty in question and the ordinary law which is alleged to be violative of that treaty. And interpreting treaties may, at times, involve looking at the laws of individual nations. Two examples are cases in point: the Statute of the International Court of Justice (ICJ) and the European Convention on Human Rights (ECHR), to both of which Turkey is a contracting party.

The ICJ Statute's Article 38 enumerates the norms of international law the ICJ ought to consider. Apart from scholarly publications as subsidiary sources, the Statute considers (1) international treaties; (2) international custom; and (3) the general principles of law recognized by civilized nations to be the main sources of international law, and the TCC has accepted these sources as constituting the authoritative sources of international law<sup>83</sup>. If the TCC is ever called upon to interpret this treaty,

---

cases in which the Constitution actually references international law. For example, if the Constitution speaks of international law and the principle of reciprocity in granting non-citizens constitutional rights, then, in relation to constitutional disputes concerning the rights of non-citizens, a review of constitutionality should take into consideration, among others, the appropriate rules of international law. See Özbudun, E. (2017). p. 390.

<sup>81</sup> Çağlar, B. (1998). "Anayasa Yargısının Güncelliği: Yargıçlar Zamanı", *Anayasa Yargısı*, Vol. 15, p. 51.

<sup>82</sup> Oder, B. (2010). p. 214.

<sup>83</sup> The TCC, in a decision dating back to 1986, made a very similar statement: "International law is constituted by bilateral or multilateral treaties to which states are party, international

or to consider international law more generally (especially in light of one view that considers the three sources of international law provided in the ICJ Statute to be part of the Turkish constitutional bloc *independently of that Statute*), it may very well consider the laws of other nations for purposes of identifying whether a norm of customary international law has emerged from consistent state practice or to identify general principles of law. International lawyers have reached a near consensus that customary international law consists of two elements: (1) *opinio juris*, that is, a belief on part of the state acting that its actions ensue from international law; and (2) *usus* or state practice<sup>84</sup>. This second prong necessitates an inquiry into the laws of foreign nations, which the TCC may consider to see if an international customary norm has emerged. Identifying general principles of law also demands an inquiry into the laws of foreign nations. The outdated formulation of “civilized nations” that follows general principles of law in the ICJ Statute is a designation that is considered largely to be of little legal relevance today but more reflective of the time of the Statute’s drafting during which the civilized/uncivilized distinction was pervasive among the discourses of lawyers and international actors more generally<sup>85</sup>. That same designation also appears in the caselaw of the TCC, permitting the Court’s reliance on laws of countries that it considers to be “civilized”, which, as repeatedly suggested, intensifies problems associated with identitarian (judicial) politics. Alternatively, the TCC can interpret the “general principles of law” prong of Article 38 of the ICJ Statute as licensing a broader consideration of the general principles of law accepted by the world community.

Turkey is also party to the ECHR, and the TCC frequently invokes the caselaw of the European Court of Human Rights (ECtHR) interpreting the ECHR, especially in its own caselaw concerning individual application decisions that allege violations by state authorities of fundamental rights enshrined in both the Constitution and the ECHR.

---

custom, general principles of law accepted by civilized nations...” TCC, E.1986.18, K.1986/24, 09/10/1986.

<sup>84</sup> See representatively Crawford, J. (2012). *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 23-27.

<sup>85</sup> See White, N. (2005). *The Law of International Organisations*, Manchester: Manchester University Press, p. 159; Siems, M. (2014). *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 225.

The practice of relying on ECtHR's caselaw is not only not contested, but arguably required of the TCC by Article 148(3) of the Constitution which provides: "Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities". To the extent that it is uncontested for the TCC to rely on ECtHR jurisprudence, it should also be uncontested for the TCC to consider the laws of members states to see whether a "European consensus" has emerged with regard to the development of a legal norm—a test that is part and parcel of the ECtHR's jurisprudence<sup>86</sup>. An inquiry into whether a "European consensus" has emerged necessitates a consideration of the laws of members of the Council of Europe.

As exemplified by the ICJ Statute and the ECHR, once accepted as a relevant source for purposes of Turkish constitutional adjudication, international law may indirectly permit reliance on foreign law.

#### D. GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Apart from being enumerated in Article 38 of the ICJ Statute to which Turkey is a party, there is a robust discussion among Turkish constitutional law scholars on whether general principles of law, in and of themselves, are part of the Turkish constitutional bloc. The concept of "general principles of law", as intimated under the discussion on international law, is almost automatically understood to permit an inquiry into the laws of a wide array of nations to identify principles of law *common* to all. Thus, if part of the Turkish constitutional bloc, general principles of law provide members of the TCC with an additional license to consider foreign law.

The thrust of the debate is between a strict textualist approach that fails to identify a reference to general principles of law in the text of the Constitution and another approach which reads the Constitution as containing both express and implied indications pointing to general principles of law.

---

<sup>86</sup> See generally Dothan, S. (2018). "Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, pp. 393-419.



Those in favor of importing general principles of law into the Turkish constitutional bloc refer first and foremost to Article 2 of the Constitution, which dictates that the Republic of Turkey be a “state governed by the rule of law”.<sup>87</sup> The understanding is that the concept of the rule of law implies an embrace of certain core legal tenets that are presumed to inhere in the very concept of law. A more interesting textual observation is based on Article 138 of the Constitution, which provides that “(j)udges shall be independent in the discharge of their duties; they shall give judgment in accordance with the Constitution, laws, and their personal conviction conforming to the law”. Here, judges are called upon to adjudicate based on laws (tr. *kanun/yasa*) and also law (tr. *hukuk*) as a distinct meta-concept that embraces not only specific legal enactments such as statutes but also more general ideas that are thought to inhere in the concept of law<sup>88</sup> (*pacta sunt servanda*, for example). An additional textual indication that the drafters of the Constitution were familiar with and embracing of general principles of law is located in Article 19, providing that “(d)amage suffered by persons subjected to treatment other than these provisions shall be compensated by the State in accordance with the general principles of the compensation law”. The framers’ recognition that there are general principles of *compensation* law can be understood to suggest that they were *a fortiori* familiar with general principles of law.

Strict textualists object to adding general principles of law into the Turkish constitutional law bloc. The argument is that the reference to the rule of law alone cannot be construed as a basis upon which a set of judge-made principles can be generated and then employed in constitutional adjudication—the argument is that that would be unable to constrain judicial discretion<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> See e.g., Yüzbaşıoğlu N. (1993). p. 21 (noting that the TCC defines general principles of law by reference to the principle of rule of law); Özbudun, E. (2017). p. 391 (asserting that the textual basis from which the general principles of law may be used in Turkish constitutional adjudication is Article 2 of the Constitution and its reference to “the rule of law”). Özbudun also asserts that for a general principle of law to be recognized as such, it must be recognized, as per Article 38 of the ICJ Statute, by “civilized nations”—but he does not address why an inquiry into general principles of law that stems not from an inquiry into international law and specifically into the ICJ Statute, but from an inquiry into the Turkish Constitution itself should mandate that the principle be recognized by “civilized nations”. See Özbudun, E. (2017). p. 391.

<sup>88</sup> This observation can be found in Oder, B. (2010). pp. 114-115. Oder argues that the reference to law as a meta-concept in Article 138 could be construed as permitting an adjudicatory process that is less positivistic (tr. *mevzuatçı*) and more reliant upon general principles of law.

<sup>89</sup> See e.g., Gözler, K. (2000). p. 95 (asserting that the concept of “general principles of law”

The jurisprudence of the TCC, as a general matter, however, recognizes that there are certain principles of law to which laws ought to conform<sup>90</sup>. The TCC has in the past made broad inferences of principles of law based on the Constitution's reference to the rule of law. It defined a state governed by the rule of law as a state that "deems itself bound by the Constitution and supreme norms of law...(and by) fundamental principles of law that are above (ordinary) law that no lawmaker can breach"<sup>91</sup>. Some of the general principles of law the Court has articulated thus far include the supremacy of public international law over domestic law<sup>92</sup>, the principle of acting in good faith, *pacta sunt servanda*, the general prohibition on retroactive laws, among many others<sup>93</sup>. This suggests that those Turkish constitutional law scholars who assert that general principles of law constitute part of the Turkish constitutional bloc have precedential arguments to buttress their view. And if it is the case, that is, if general principles of law can indeed be relied on by the TCC, then, that would permit an inquiry into the laws of foreign nations to aid Justices in their identification of such general principles.

### E. PRECEDENT

Regardless of whether the foregoing four arguments can be utilized to permit the Court's references to foreign law, the TCC invokes foreign law in its caselaw, and has consistently done so since its inception in 1962. One might think, then, that there is an argument that could be made based on precedent alone, that invoking foreign law for purposes of domestic constitutional adjudication has a constitutional status in Turkish constitutional law and practice.

---

is not even legal and that it cannot form part of the Turkish constitutional bloc); Gözler, K. (2019). p. 439 ("Similarly, international law norms and general principles of law mentioned in the list above do not have a textual basis. They are not mentioned in the Constitution. There is also no reference in the Constitution suggesting that the Constitutional Court can assess the constitutionality of laws against international law norms or general principles of law".).

<sup>90</sup> For a similar observation see Kaboğlu, I. (1991) pp. 310-314; Yüzbaşıoğlu N. (1993). p. 21; Aliefendioğlu, Y. (1996). pp. 105-106; Teziç, E. (2017). pp. 219-220; Özbudun, E. (2017). p. 391.

<sup>91</sup> TCC, E.1985/31, K.1986/11, 27/03/1986, also cited in Aliefendioğlu, Y. (1996). pp. 105-106.

<sup>92</sup> The recognition of this principle would also justify the view taken by those who consider Turkey to be a so-called "monist" state from an international law perspective, that is, a jurisdiction in which international law norms are of legal value regardless of whether they are additionally incorporated into domestic law via legislative or executive action. It would also support the proposition that international law is part of the Turkish constitutional bloc.

<sup>93</sup> For a detailed overview with citations to relevant TCC decisions articulating each principle see Yüzbaşıoğlu, N. (1993). p. 23.

However, this assertion necessitates answering a more fundamental question about the constitutional stature of the Court's caselaw under Turkish constitutional law. More precisely put, is the Court's caselaw part of the Turkish constitutional bloc against which the constitutionality of laws can be assessed? There is disagreement among scholars on this front. According to some, and especially in light of Article 153 of the Constitution providing that the TCC's judgments "shall be binding on the legislative, executive, and judicial organs, on the administrative authorities, and on persons and corporate bodies", the caselaw of the Court is on a par with the Constitution itself<sup>94</sup>. More skeptical observers, while recognizing Article 153, caution against including the TCC's caselaw in the Turkish constitutional bloc, which they argue could result in the Court's invoking an extra-constitutional (or worse yet, *contra*-constitutional) norm in its caselaw and thereby elevating it to the status of constitutional law. For those who argue that precedents are the coequals of the Constitution itself, the Court's consistent and repeated invocation of foreign law since 1962 is an additional argument to be made in favor of the permissibility of the Court's practice of using foreign law.

In concluding the discussion under Part II, I should reiterate a point raised earlier: the permission to cite foreign law can be located in (1) either one of the foregoing five sources, (2) or in any combination of some of the five, (3) or in all of them collectively.

### **III. WHY DO MEMBERS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT CITE FOREIGN LAW?**

Part II provided some tentative and technical/doctrinal arguments which could be advanced to show that the Constitution permits members of the TCC to consider foreign law in constitutional adjudication. Regardless of whether one accepts or rejects the arguments elaborated there, from a constitutional practice standpoint, the TCC references foreign law in its decisions. That, in turn, makes it all the more urgent to account for that phenomenology rather than the normative question of whether judges should, as a matter of constitutional law, invoke foreign law in their opinions. I provide some speculative hypotheses as to why members of the TCC invoke foreign law in their opinions.

---

<sup>94</sup> See e.g., Yüzbaşıoğlu N. (1993). pp. 195-196; Teziç, E. (2017). p. 97.

One mundane reason might have to do with arguments made by the parties to constitutional disputes. The argument is as follows: members of the TCC read the briefs of each side to any given constitutional dispute and engage with them. If either one or both of the briefs invoke foreign law, in engaging with these submissions, the TCC members can consider the parties' invocation of foreign law, even if only to disagree with their inferences<sup>95</sup>. But that cannot possibly explain the extent to which the TCC relies on foreign law in its jurisprudence. As one empirical study has recently observed, the TCC invokes foreign law even when none of the parties discusses or even mentions foreign law in their submissions to the Court<sup>96</sup>. Additionally, the caselaw of the Court suggests that it does not feel bound to answer and react to every single argument raised by the parties in an equally detailed manner, which would result, in what the TCC considers, a tedious and inefficient adjudicatory process<sup>97</sup>.

One other reason may have to do with considerations of judicial transparency<sup>98</sup>. Even if members of the TCC invoking foreign law remain unsure about whether the Constitution permits reliance on foreign law, if their conclusions are informed by their personal expertise on foreign law, it is better for them to acknowledge the sources of their conclusions in their opinions than to not mention them at all<sup>99</sup>. And that may be one reason for the Court's mention of foreign law. This provides the adjudicatory process with transparency, which enables an open discussion about the descriptive accuracy of the conclusions drawn by the member(s) invoking foreign law as well as a more fundamental discussion about the permissibility of the invocation of foreign law. The opposite scenario, in which arguments from foreign law are stated in the decisions of the Court without acknowledging their origins, obscures the relevance of foreign law and disables a transparent conversation about

---

<sup>95</sup> The recent empirical study conducted by Justice Engin Yıldırım and Serdar Güleler looks at the correlation between cases that invoke foreign law and the party submissions in those cases, and whether those submissions also contain references to foreign law. See Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). pp. 122-123.

<sup>96</sup> See Yıldırım, E. & Güleler, S. (2018). p. 125.

<sup>97</sup> One such view was articulated in an individual application case. See *Nurten Esen*, App. no: 2013/7970, 10/06/2015, §36. See also *Muhittin Kaya*, App. no: 2013/1213, 04/12/2013, §26.

<sup>98</sup> I thank Professors William Alford and Intisar Rabb for drawing my attention to this point.

<sup>99</sup> Justice Breyer of the U.S. Supreme Court made a similar point: "If the foreign materials have had a significant impact on my thinking, they may belong in the opinion because an opinion should be transparent. It should reflect my actual thinking". Dorsen, N. (2005). p. 540.

its permissibility<sup>100</sup>. Even if its permissibility remains dubious, invoking foreign law openly, rather than discretely without actually letting the readers of the opinion know that foreign law played an important role in the authorship of the opinion, is the lesser of two evils.

Relatedly, and in aid of the point on judicial transparency, there is a legal argument to be made that some Justices do (and also believe they ought to) mention foreign law whenever their opinions are informed by foreign law because the right to a reasoned judgment demands it. The right to a reasoned judgment is guaranteed by the Turkish Constitution in its Article 141 which provides that “(t)he decisions of all courts shall be written with a justification”.

That possibility, while still viable, is somewhat naïve, as it runs the risk of imputing a greater degree of judicial solicitude to opinion writing than is warranted. Another possible reason as to why the TCC invokes foreign law might have to do with reputational concerns. One intuitive way to create or entrench extant perceptions that the TCC is situated within a larger global context and alongside other courts would be simply to cite the decisions handed down by those other courts. Somewhat speculatively, perhaps it is all the more important for the TCC (or at least for some of its members) to retain the practice of referencing the laws of others so as to preserve its reputation as the guardian of fundamental rights and freedoms, especially in this day and age when the Court is perceived from outside, correctly or incorrectly, as one of the few remaining liberal institutions in what many foreign and domestic observers believe has become an increasingly authoritarian country. Again, the point is not the factual accuracy of these observations about the Court and the country. What matters is whether referencing foreign law is a practice motivated by a desire to dispel those accurate or inaccurate perceptions and thereby suggest that the TCC (and by implication perhaps also the country) still inhabits a liberal and democratic legal landscape. A related question would be whether the Court expects to be cited by other courts, as that would cement the Court’s perception by outsider observers as occupying a seat at the table of the liberal and democratic courts of the world. Pending

---

<sup>100</sup> Of course, there is the possibility of judges simply not remembering or not even knowing that a particular reasoning advanced by them in their opinions was informed by considerations of foreign law.

empirical confirmation, my impression is that the rate at which the TCC cites foreign law is much higher than the rate at which other courts cite decisions by the TCC (or Turkish law more generally). Current Chief Justice Zühtü Arslan's remarks in a speech he delivered in 2018 are instructive: "I tell my rapporteur friends at the Court: do not write a sentence (in Turkish) that you aren't able to translate into a foreign language"<sup>101</sup>. This statement could be read as further evidence of the Court's willingness to engage in cross-judicial dialogue (or at least one member's willingness, but there is reason to believe that that sentiment is shared by other members of the Court as well). References to foreign law, conceived of in this way, are part of "an authority-, prestige- or legitimacy-enhancing practice"<sup>102</sup>.

Another likely reason that I have repeatedly alluded to throughout the Article, and is in tandem with the desire discussed in the preceding paragraph to signal to outsiders the Court's place among other liberal and democratic courts, is judicial identitarianism. By invoking the (constitutional) law of a careful selection of countries, the Court is carving out a space for itself in the liberal and democratic world order—at least, that is one of its intentions. Consider some of the Court's decisions to this end. In one dissenting opinion in 1975, foreign law was invoked with this prefacing statement: "The proposition that higher education ought to be free of charge is untenable from a comparative law perspective as well. Indeed, in well-known democratic nations such as America, England, Germany, and France..."<sup>103</sup> Consider similarly another dissenting opinion dating back to a case decided in 1972, which mentioned the "practices of England, France, the United States and similarly civilized nations"<sup>104</sup>, and cautioned the majority not to deviate from their path. Consider also a joint dissent from 1971, which spoke of "European countries which have formed the basis of our Constitution", and invoked the practices of some of the "richest democratic nations such as America, Japan and Germany"<sup>105</sup>. These decisions exemplify a

---

<sup>101</sup> Arslan, Z. (2018). "Yargı Reformu Strateji Belgesinin Yenileme Çalışmalarında Yaptığı Konuşma" (October 30, 2018), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/baskanin-konusmalari/> (accessed October 22, 2019).

<sup>102</sup> Hirschl, R. (2018). p. 411.

<sup>103</sup> TCC, E.1973/38, K.1975/23, 11-14, 25/02/1975.

<sup>104</sup> TCC, E.1970/52, K.1971/46, 27/04/1971.

<sup>105</sup> TCC, E.1969/31, K.1971/3, 12/01/1971.

larger pattern of judicial inclination: a tendency to look westward (with the notable exception of Japan) and to the laws of western countries to inform Turkish constitutional adjudication. In stark contrast, references to the laws of Muslim-majority nations are very infrequent—to a certain extent justifiably so because the Turkish constitutional framework is overwhelmingly secular and more akin to its western neighbors<sup>106</sup>. But apart from that difference between the constitutional structures of Turkey and other Muslim-majority polities, identitarian judicial politics must indubitably play a, if not *the* largest, role in ensuring frequent references to western, and not to Muslim-majority, nations.

One other reason behind the practice of referring to foreign law might have to do with the extensive legal borrowing and transplantation that can be traced back to late Ottoman and early Republican modernization. The resulting “similarity of legal tradition”<sup>107</sup> might have incentivized interpreters to look to original jurisdictions from which borrowing has occurred to see how those jurisdictions have dealt with similar questions of constitutional adjudication. The TCC’s many references to Swiss law<sup>108</sup>, from which an overwhelming portion of Turkish civil law—which is often the subject of constitutional review—stems, may have to do with the similarity between the two countries’ civil law systems as a result of Turkey’s extensive legal borrowing.

Before proceeding to the Conclusion, the discussions under Parts II and III need to be qualified by a final point. While Part II noted possible legal arguments in making the case for referencing foreign law, and while Part III tried to account for the phenomenon more generally, one particular dissenting opinion in the Court’s jurisprudence merits discussion. In a dissenting opinion issued in 1966 (therefore, under the 1961 Constitution)—only 4 years after the Court started hearing cases in 1962—the late Justice Recai Seçkin in fact did justify his reliance

---

<sup>106</sup> The composition of the Court has changed, and perhaps dramatically so. This change has manifested itself, first and foremost, in the Court’s jurisprudence on secularism and religious liberties. See Tecimer, C. (2017). “Rethinking Turkish Secularism: Towards ‘Unofficial’ Islamic Constitutionalism?”, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/rethinking-turkish-secularism-towards-unofficial-islamic-constitutionalism/> (noting the “Court’s espousal of what it called the ‘liberal interpretation of secularism’”).

<sup>107</sup> Hirschl, R. (2018). p. 410.

<sup>108</sup> See e.g., TCC, E.1980/29, K.1981/22, 21/05/1981; TCC, E.1988/15, K.1989/9, 14/02/1989; TCC, E.1990/30, K.1990/31, 29/11/1990; TCC, E.1990/15, K.1991/5, 28/02/1991; TCC, E.1999/47, K.1999/46, 28/12/1999; TCC, E.1992/2, K.2001/2, 22/06/2001.

on foreign law, which makes his opinion an exception in the entire jurisprudence of the TCC (provided that there are not similar opinions to his which I may have overlooked). Justice Seçkin appended the following as justification for his reliance on foreign law, which I quote in length because his full reasoning cannot easily be captured in excerpt. The issue at bar in that case was the constitutionality of a law that set up the Turkish Armed Forces (tr. *Genelkurmay Başkanlığı*) as a unit under the Ministry of National Defense instead of the Prime Ministry. Article 110 of the 1961 Constitution provided that the Chief of the Turkish Armed Forces was “responsible to the Prime Minister in the exercise of his duties and powers”. The majority struck down the law, holding that the law purported to place the Armed Forces under the supervision of a single ministry whereas the Constitution explicitly provided that the Armed Forces were to be supervised by the Prime Ministry. Justice Seçkin disagreed. To him, it was possible to read the law compatibly with the Constitution and thus uphold it. In his dissent he reasoned that it was possible to constitute the Armed Forces under the Ministry of National Defense (rather than under the Prime Ministry) and still have the Chief of the Armed Forces be responsible and answerable to the Prime Minister:

The notion that the Chief of the Armed Forces can only be (constituted) under the Prime Ministry is not only incompatible with the wording of Article 110 of the Constitution, which merely speaks of the Chief’s responsibilities, but is also in contravention—which is a very important drawback—of the principles espoused by nations of the Western Civilization as a result of a years-long trial-and-error process. Indeed, in the Preamble to our Constitution, the principle of our country being one of the “honorable members with equal rights of the family of world nations” is espoused, and Article 153 of the Constitution provides that “no provision of the Constitution may be interpreted to impede the attainment of standards of contemporary civilization by the Turkish society” (...). Our departure in matters of national defense, which are of special importance for the survival of the State and the Nation, from the practices of civilized countries such as England, France and the United States that set up their armed forces under a certain ministry, and our interpretation of constitutional norms in a way that enables this departure contradicts



**the aforementioned principle of abiding by the rules of civilization,** and may give rise to dangerous consequences in application<sup>109</sup>.

To be sure, Justice Seçkin's arguments were not flawless. For one, and perhaps somewhat embarrassingly, he misquoted the 1961 Constitution's Article 153, which largely corresponds to Article 174 of the current Constitution, immunizing certain laws associated with Atatürk's principles and reforms from constitutional review. To that end, Article 153 of the 1961 Constitution merely provided that no provision of the Constitution was to be construed in a way that would annul a list of enumerated laws enacted during the Kemalist period that, again in the Constitution's words, "aim(ed) at raising the Turkish society to the level of contemporary civilization". It takes a generous analytical leap to make the argument, as Justice Seçkin did, that Article 153 (now Article 174) contained a general interpretive instruction that *all* constitutional norms must be construed as to ensure that the Turkish society is raised "to the level of contemporary civilization". It is through this generous reading of Article 153 of the 1961 Constitution (now Article 174), combined with the invocation of the Preamble to the 1961 Constitution, whose phrasing has been retained by the current Preamble, that Justice Seçkin was able to make the case for a constitutional "principle of abiding by the rules of civilization" (tr. *uygarlık kurallarına uygun davranma ilkesi*). And he construed that principle as a license to cite foreign law, which he did, by alluding to the practices in "nations of the Western Civilization", including "England, France, and the United States". Regardless of the legal acumen reflected in it, his dissent remains an early, if not the earliest, judicial attempt to justify the practice of referring to foreign law for purposes of Turkish constitutional adjudication.

## CONCLUSION

Importantly, though, no other Turkish Justice seems to have followed the trail blazed by Justice Seçkin. Members of the Court continue to refer to foreign law in their opinions, to be sure, but none of them seem to be particularly interested in the permissibility of doing so. "When we look at comparative law"<sup>110</sup> (tr. *karşılaştırmalı hukuka baktığımızda*)

---

<sup>109</sup> TCC, E.1963/67, K.1966/19, 14/04/1966 (emphasis added).

<sup>110</sup> See e.g., Engin Yıldırım's dissenting opinion in TCC, E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011, discussing Japanese, American, and British law.

and similarly casual prefacing statements are often deemed sufficient to introduce foreign law considerations into the Court's constitutional analysis. And perhaps justifiably so. On balance, the academic literature on cross-judicial dialogue may be doing a disservice to the field by confining itself to the narrow question of the permissibility of foreign law citations<sup>111</sup>. It may be very possible that the very question of whether a constitution permits its interpreters to look to foreign law in interpreting it is a culturally informed inquiry that is of relevance to, for example, the United States, but not to, for example, Turkey. Perhaps the reason why almost no Justice on the TCC feels the necessity to justify their reliance on foreign law is that it needs no justification. And perhaps referring to foreign law in constitutional adjudication is so firmly rooted in Turkish constitutional law and practice so as to render the permissibility question trivial.

If that is indeed so, the question to ask is not whether the Turkish Constitution permits references to foreign law in constitutional adjudication. The rather more relevant question to pose in the Turkish context might simply be this: why do members of the TCC refer to foreign law *without ever needing to justify its use*? And the answer to that may—equally simply—be this: if judges (and interpreters more generally) in other jurisdictions are grappling with similar constitutional questions, why not look at how they are handling similar problems? In this sense, references to foreign law are perhaps simple instances of reaching out to learn from the experiences of others. “Even if you know a thousand things”, as the old Turkish adage goes, “still consult him who knows one thing”<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> See, in similar vein, Dixon, R. & Jackson, V. (2013). “Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 48, No. 1, p. 149 (noting that “(d)ebates over the effects of globalization on constitutional law have thus far tended to focus on questions of the permissibility of domestic courts considering foreign or international law in domestic interpretation”).

<sup>112</sup> Tr. *Bin bilsen de bir bilene danış*.

## **BIBLIOGRAPHY**

- AKYOL, Taha (2012). *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, İstanbul: Doğan Kitap Publishing.
- ALFORD, Roger P. (2004). Misusing International Sources to Interpret the Constitution, *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 1, pp. 57-69.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARSEL, İlhan (1965). *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara: Mars Publishing.
- ARSLAN, Zühtü (2018). "Yargı Reformu Strateji Belgesinin Yenileme Çalışmalarında Yaptığı Konuşma" (October 30, 2018), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/baskanin-konusmalari/> (accessed October 22, 2019).
- ATATÜRK ARAŞTIRMA MERKEZİ (2006). *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri*, Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi Publishing.
- CHOUdry, Sujit (2006). "Migration as a new metaphor in comparative constitutional law", in *The Migration of Constitutional Ideas* (Sujit Choudry, Cambridge: Cambridge University Press) pp. 1-35.
- CRAWFORD, James (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- ÇAĞLAR, Bakır (1990). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, *Anayasa Yargısı*, Vol. 7, pp. 51-127.
- ÇAĞLAR, Bakır (1998). Anayasa Yargısının Güncelliği: Yargıçlar Zamanı, *Anayasa Yargısı*, Vol. 15, pp. 51-69.
- ÇALI, Başak (2015). *The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal*, Oxford: Oxford University Press.
- DIXON, Rosalind & Jackson, Vicki (2013). Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests, *Wake Forest Law Review*, Vol. 48, No. 1, pp. 149-209.
- DIXON, Rosalind & LANDAU, David (2019). 1989-2019: From democratic to abusive constitutional borrowing, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, No. 2, pp. 489-496.
- DORSEN, Norman (2005). A conversation between U.S. Supreme Court justices, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, pp. 519-541.

- DOTHAN, Shai (2018). Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, pp. 393-419.
- du BOIS, François & VISSER, Daniel (2003). The Influence of Foreign Law in South Africa, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 13, No. 2, pp. 593-658.
- DURAN, Lütfi (1984). Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, *Anayasa Yargısı*, Vol. 1, pp. 57-87.
- GÖZLER, Kemal (2000). Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Vol. 55, No. 3, pp. 81-101.
- GÖZLER, Kemal (2019). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Publishing.
- GUERRA, Luis Lopez (2005). Tribunal Constitutional (Constitutional Court) Spain, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, pp. 567-569.
- HAKMEYEZ, Yusuf Şevki (2007). 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*, Vol. 24, pp. 525-568.
- HIRSCHL, Ran (2014a). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HIRSCHL, Ran (2014b). In Search of an Identity: Voluntary Foreign Citations in Discordant Constitutional Settings, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 3, pp. 547-584.
- HIRSCHL, Ran (2018). “Judicial review and the politics of comparative citations: theory, evidence and methodological challenges”, in *Comparative Judicial Review* (Erin F. Delaney & Rosalind Dixon, Massachusetts: Edward Elgar Publishing) pp. 403-422.
- KABOĞLU, İbrahim (1991). Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı, *Anayasa Yargısı*, Vol. 8, pp. 291-322.
- KUBALI, Hüseyin Nail (1968). Atatürk Devrimi ve Gerçeklerimiz, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Vol. 1, No. 2, pp. 5-25.
- KÜNNECKE, M. (2019). German Constitutional Law in the UK Supreme Court, *Liverpool Law Review*, Vol. 40, No. 1, pp. 31-47.

ODER, Bertil Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları.

ODER, Bertil Emrah (2013). Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık, *Anayasa Yargısı*, Vol. 30, pp. 49-59.

ORGAD, Liav (2010). The preamble in constitutional interpretation, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 4, pp. 714-738.

ÖRÜCÜ, Esin (2007). Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaştırmacılık’ ve Mahkemeler Arası Diyalog, *Anayasa Yargısı*, Vol. 34, pp. 433-459.

ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

PORAT, Iddo. (2013). “The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication”, in *Israeli Constitutional Law in the Making* (Gideon Sapir et al, Oxford: Hart Publishing) pp. 151-172.

POSNER, Eric & SUNSTEIN, Cass (2006). The Law of Other States, *Stanford Law Review*, Vol. 59, No. 1, pp. 131-180.

RABB, Intisar (2015). Against *Kadijustiz*: On the Negative Citation of Foreign Law, *Suffolk University Law Review*, Vol. 48, pp. 343-377.

SIEMS, Mathias (2014). *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2000). Judicial Globalization, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, No. 4, pp. 1103-1124.

SOYSAL, Mümtaz (1997). Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı, *Anayasa Yargısı*, Vol. 14, pp. 171-187.

TANÖR, Bülent (1997). *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, İstanbul: TÜSİAD Publishing.

TANÖR, Bülent (2017). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: YKY Publishing.

TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2012). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

TANPINAR, Ahmet Hamdi. (2005) *Mahur Beste*, İstanbul: Dergah Yayınları.

TECIMER, Cem (2017). Rethinking Turkish Secularism: Towards ‘Unofficial’ Islamic Constitutionalism?, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/rethinking-turkish-secularism-towards-unofficial-islamic-constitutionalism/>.

- TECİMER, Cem (forthcoming, 2020). Inter-Constitutional Interpretation: A Case Study of the Articles of Confederation (on file with author).
- TEZİÇ, Erdoğan (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- TUSHNET, Mark (1988). *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- TUSHNET, Mark (2006a). Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars, *Baltimore Law Review*, Vol. 35, No. 3, pp. 299-312.
- TUSHNET, Mark (2006b). "Some reflections on method in comparative constitutional law", in *The Migration of Constitutional Ideas* (Sujit Choudry, Cambridge: Cambridge University Press) pp. 67-83.
- TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press.
- URAN, Peri (2015). Anayasaların Başlangıç Kısımları, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 73, No. 1, pp. 223-248.
- VAROL, Ozan (2011). The Origins and Limits of Originalism: A Comparative Study, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, No. 5, pp. 1239-1297.
- WHITE, Nigel D. (2005). *The Law of International Organisations*, Manchester: Manchester University Press.
- YAZICI, Serap (2009). *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi University Press.
- YILDIRIM, Engin & GÜLENER, Serdar (2018). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası Ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 67, No. 1, pp. 105-144.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi.

## **CASES**

### **Turkish Constitutional Court decisions**

TCC, E.1963/67, K.1966/19, 14/04/1966

TCC, E.1969/31, K.1971/3, 12/01/1971

TCC, E.1970/52, K.1971/46, 27/04/1971

TCC, E.1970/48, K.1972/3, 08-09/02/1972

TCC, E.1973/38, K.1975/23, 11-14, 25/02/1975

TCC, E.1980/29, K.1981/22, 21/05/1981

TCC, E.1983/2, K.1983/2, 25/10/1983

TCC, E.1984/14, K.1985/7, 13/06/1985

TCC, E.1985/2, K.1985/16, 27/09/1985

TCC, E.1985/31, K.1986/11, 27/03/1986

TCC, E.1985/21, K.1986/23, 06/10/1986

TCC, E.1986.18, K.1986/24, 09/10/1986

TCC, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986

TCC, E.1988/15, K.1989/9, 14/02/1989

TCC, E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989

TCC, E.1990/30, K.1990/31, 29/11/1990

TCC, E.1990/15, K.1991/5, 28/02/1991

TCC, E.1999/47, K.1999/46, 28/12/1999

TCC, E.1992/2, K.2001/2, 22/06/2001

TCC, E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011

TCC, E.2013/99, K.2014/61, 27/03/2014

*Muhittin Kaya*, App. no: 2013/1213, 04/12/2013

*Nurten Esen*, App. no: 2013/7970, 10/06/2015

### **U.S. Supreme Court decisions**

*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)



## İLK İSTİŞARİ GÖRÜŞÜNÜN ARDINDAN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN “YENİ” YETKİSİNİN KISA İNCELEMESİ

*A Brief Review of the “New” Competence of the European Court of Human Rights After the First Advisory Opinion*

**Doç. Dr. Elvin Evrim DALKILIÇ\***

### ÖZET

01.08.2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 16. Protokol, taraf devletlerin belirleyeceği yüksek mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden (AİHM) istişari görüş talep edebilmelerini düzenlemektedir. İstişari görüşlerin ulusal mahkemeler ile AİHM arasında kurumsal diyalogu artırması ve Mahkemeye başvuru sayısını azaltması amaçlanmıştır. Ancak istişari görüşlerin bağlayıcı olmaması bu amaçların gerçekleşmesine tereddütle yaklaşılmasına neden olmaktadır. Bu çalışma ilk olarak AİHM'in istişari görüş verme yetkisinin kapsam ve usulüne yer verecektir. Ardından Ek 16. Protokol'ün eleştiriye açık maddelerine değinildikten sonra genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** AİHS, AİHM, Ek. 16. Protokol, istişari görüş, yüksek mahkemeler

\* Doç.Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi, elvin@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2873-2476



## **ABSTRACT**

Protocol No. 16 which came into force on 1 August 2018 issues the highest courts and tribunals of a State Party to request the Court to give advisory opinions. The advisory opinions are intended to enhance institutional dialogue between the national courts and the Court (ECtHR) and to reduce the number of applications to the Court. However, non-binding character of advisory opinions lead to a confusion in the realization of these objectives. This study firstly aims to explain the scope and procedure required by Protocol No. 16. A general assessment will then be made by referring to the critical articles of Protocol No. 16.

**Keywords:** ECHR, ECtHR, Protocol No. 16, advisory opinion, supreme courts

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 16. Protokol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) protokole taraf Avrupa Konseyi üyesi devletlerin yüksek mahkemelerine istişari görüş (danışma görüşü)<sup>1</sup> verebilmesine ilişkindir. Söz konusu protokolle AİHM, yüksek yargı mercilerinin talebi üzerine AİHS ve Ek Protokol hükümlerinin yorumu veya uygulanmasında ortaya çıkan ilke sorunlarının giderilmesine yönelik istişari görüş verebilecektir. 02.10.2013 tarihinde imzaya açılan Ek 16. Protokol, yeterli onay sayısına ulaştığı 01.08.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokol'ü imzalayan ülkelerden olmakla birlikte henüz yürürlüğünü onaylamamıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla Türk yüksek yargı makamlarının AİHM'den istişari görüş talep edebilmesi mümkün değildir.

AİHS'e Ek 16. Protokol, Mahkemenin istişari görüş verme yetkisini düzenlediğinden bu yetkinin usule ilişkin olduğu kabul edilebilir. Protokol uyarınca üye devletlerin belirleyeceği yüksek mahkemeler, bakmakta oldukları bir dava hakkında AİHM'den istişari görüş talebinde bulunabilecektir. Ek 16. Protokol uyarınca her istişari görüş talebinin kabulü zorunlu değildir. Mahkeme, istişari görüşünü Büyük Dairenin beş üyesinden oluşan kurulun kabul yönünde karar almasının ardından verebilmektedir.

Ek 16. Protokol'ün amacı, Mahkeme ile ulusal yargı mercileri arasındaki diyalogu geliştirmek ve AİHM'in iş yükünü hafifletmektir ancak bu iki amacın gerçekçi olup olmadığı kanımızca tartışmaya açıktır. AİHM'in görülmekte olan bir dava hakkında sunacağı istişari görüşlerinin, olası hak ihlallerinin Mahkemeye başvurmadan iç hukukta önüne geçmeye hizmet eder görünmekle birlikte bağlayıcı olmaması eleştirilebilir bir husustur.

Bu çalışmanın amacı, her şeyden önce Türk hukukunda pek incelenmemiş olan AİHM'in istişari görüş verme yetkisini düzenleyen Ek 16. Protokol hükümlerinin değerlendirilmesidir. Diğer bir amaç ise Mahkemenin 10.04.2019 tarihli ilk istişari görüşünün ardından Protokol'ün kabul edilmiş amacını tartışmak ve etkililiğini sorgulamaktır.

---

<sup>1</sup> Ek 16. Protokol'ün Türkçeye yapılan tercümesinde "advisory opinion" karşılığı olarak danışma görüşü ifadesi kullanılmış olup bize göre istişari görüş ifadesi, daha isabetli olduğundan metin içinde özellikle tercih edilmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde Protokol'ün öngördüğü usul, Protokol hükümleri üzerinden açıklanacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise AİHM'in istisari görüş verme yetkisi üzerine yapılan yorumlar ve tartışmalara yer verilerek bu yetkinin insan haklarının korunmasında ne kadar etkin bir rol üstleneceği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İSTİŞARI GÖRÜŞ VERME YETKİSİNİN USUL VE KAPSAMI

AİHS'e Ek 16. Protokol on bir maddeden oluşmaktadır. Protokol'ün Başlangıç kısmında, AİHM'in istisari görüş verme yetkisinin Mahkeme ve ulusal yargı makamları arasında diyalogu artıracığı ve bu suretle ikincilik (subsidiarity) ilkesi<sup>2</sup> ile uyum içinde AİHS'in uygulanmasını güçlendireceği yer almaktadır. Protokol'ün devam eden maddelerinde bu amacın nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte istisari görüş verme yetkisinin nasıl işleyeceği düzenlenmektedir.

Protokol'ün ilk maddesine göre taraf devletlerin Protokol'ün 10'uncu maddesi<sup>3</sup> uyarınca tespit ettiği yüksek yargı mercileri, AİHS ve ek protokollerde hüküm altına alınan hakların ve özgürlüklerin yorumu ya da uygulanması ile ilgili *ilke sorunları*<sup>4</sup> hakkında Mahkemeden istisari görüş talep edebilirler. Yine aynı maddeye göre istisari görüş, görülmekte olan bir dava hakkında gerekçesi ve ilgili mevzuat da belirtilmek suretiyle istenebilir.

---

<sup>2</sup> İlk olarak AİHM içtihatlarında yer bulan ikincilik (subsidiarity) ilkesi, Ek 15. Protokol ile AİHS'in Başlangıç kısmına eklenmiştir. Hak ve özgürlüklerin korunmasında ulusal mercilerin ilke olarak AİHM'e nazaran ulusal koşulları daha iyi değerlendirebileceği düşüncesine dayanan bu ilke ile Sözleşme sisteminin daha etkin işlemesi amaçlanmaktadır. İkincilik (subsidiarity) ilkesinin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Spano, R. (2014). "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, 14, s. 487-502.

<sup>3</sup> Ek 16. Protokol 10'uncu madde hükmüne göre istisari görüş talep edebilecek yargı organları Protokol'ü imzalayan ve/veya onaylayan devlet tarafından belirlenecek olup devletler belirledikleri yargı mercilerinde değişikliğe gidebilecekleri gibi belirleyecekleri mahkeme sayısı bakımından da sınırlamaya tabi tutulmamışlardır.

<sup>4</sup> Açık bir tanımlanmayan ilke sorunlarının, hak ve özgürlüklerin yorumu ya da uygulanmasında ulusal mevzuatın AİHS'e uygunluğuna ilişkin ortaya çıkabilecek meselelerle ilgili olduğu hakkında bkz. Giovanni Zampetti, G. (2018). "The recent challenges for the European system of fundamental rights: Protocol No. 16 to the ECHR and its role facing constitutional and European Union level of protection", *Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper No 2/18*, <http://www.europa-kolleg-hamburg.de>, (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

Protokol'ün 2'nci maddesi ise Mahkemenin istişari görüş taleplerini değerlendirmesinde ve/veya kabulünde izlenecek usulü düzenlemektedir. Buna göre Büyük Dairenin beş üyesinden oluşan bir kurul, istişari görüş talebini değerlendirecektir. İstişari görüş talebinin kabulü durumunda, istişari görüş Büyük Daire tarafından verilecektir. İstişari görüş talebinin reddi kararlarının ise gerekçeli olarak verilmesi gerekmektedir. İstişari görüş talebinde bulunan yargı merciinin bulunduğu taraf devletin hâkimi, talebi değerlendirecek kurul ile ardından Büyük Dairede "ex officio" olarak yer almaktadır. Söz konusu hâkimin katılımı mümkün değilse Daire Başkanı ilgili devlet tarafından sunulan listeden bir ismin hâkim sıfatıyla katılmasına karar verebilmektedir.

Protokol'ün 3'üncü maddesi ise istişari görüş verilmeden önce varsa tarafların dinlenilmesi, görüşlerini Büyük Daireye sunması ile ilgilidir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve istişari görüş talebinde bulunan yargı organının bulunduğu devlet, yazılı görüşlerini sunabileceği gibi yapılacak sözlü oturumlara da katılabilir. Buna ek olarak Daire Başkanı, ilgili herhangi bir taraf devleti veya kişiyi yazılı görüşlerini sunmaya ya da sözlü oturumlarda bulunmaya davet edebilmektedir.

AIHS'e Ek 16. Protokol'ün 4'üncü maddesi, istişari görüşün ilgili yargı mercisine iletilmesine ve yayımlanmasına ilişkin olup istişari görüşün gerekçeli olarak kaleme alınacağına ve varsa istişari görüşe katılmayan hâkimlerin ayrık görüşlerini bildirmesine ilişkindir. Bize göre bu maddenin ardından gelen 5'inci madde ise istişari görüşlerin bağlayıcı olmadığını düzenlemesi dolayısıyla eleştiriye açıktır. Kanaatimizce 5'inci maddenin istişari görüşlerin bağlayıcı olmaması hükmünden hareketle eleştiriye açık olma nedenlerinden biri, istişari görüş verme yetkisinin amacına hizmet edip etmediği sorusunun yanıtıyla ilgilidir. Bu maddeyle ilgili eleştirilebilecek diğer husus ise istişari görüşün ilgili yargı mercii yanında AIHM bakımından da bağlayıcı olup olmadığını açık olmamasıdır.

AIHS'e Ek 16. Protokol'ün 6'ncı maddesi, Protokol'ün 1 ila 5'inci maddelerinin Sözleşme'ye ek maddeler olduğu hükmüne yer verirken Sözleşme'nin tüm hükümlerinin bu Protokol bakımından uygulanacağını düzenlemektedir. Ek 16. Protokol'ün 7'nci maddesi yeterli imza sayısına ulaşılmasını takiben Protokol'ün ne zaman yürürlüğe gireceğini; 8'inci maddesi ise Protokol'ü sonradan onaylayan bir devlet için protokolün hangi süre zarfında yürürlüğe gireceğini düzenlemektedir<sup>5</sup>. Protokol'ün

---

<sup>5</sup> AIHS'e Ek 16. Protokol'e taraf devletlerin listesi ve Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihler

9'uncu maddesi ise AİHS'in 57'nci maddesi uyarınca çekince yasağına yer vermektedir. Bu bölümün başında belirttiğimiz üzere Protokol'ün 10'uncu maddesi, taraf devletlerin istisari görüş talep edebilecek mahkemeleri belirleme ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmesine ilişkindir. Ek 16. Protokol'ün son maddesi olan 11'inci maddesi ise metnin taraf devletlerce onaylanması ve yürürlük tarihi ile ilgilidir.

Toplam on bir maddeden oluşan AİHS'e Ek 16. Protokol, 01.08.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ulusal yargı organlarının AİHM'den istisari görüş isteyebilmesini düzenleyen Ek 16. Protokol kanaatimizce birkaç açıdan tartışmaya açıktır. Nitekim pek çok yazar tarafından eleştirilmiş bu Protokol'ün amacına hizmet edip etmediği, Mahkemenin iş yüküne etkisi ile hak ve özgürlüklerin korunmasında etkinliği incelenmeye değer olup bir sonraki bölümde ele alınmaya çalışılmıştır.

## II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İSTİŞARI GÖRÜŞLERİNİN ETKİNLİĞİNİN DEĞERLENDİRMESİ

Yürürlüğe girmesi ve AİHM'in verdiği ilk istisari görüşün ardından Ek 16. Protokol, işlevselliği ve amacı bakımından birkaç değerlendirmeyi hak etmektedir. Amacı genel olarak AİHM ile ulusal yargı mercileri arasındaki diyalogu geliştirmek yanında Mahkemenin iş yükünü hafifletmek olan Ek 16. Protokol'ün bize göre tartışılabilir hükümlerine değinilmelidir. Söz konusu maddeler bize göre yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız 1, 2, 3 ve 5'inci madde hükümleridir.

İstisari görüş, Protokol'ü onaylayan devletin bildireceği yüksek mahkemeler tarafından görülmekte olan bir dava hakkında istenebilmektedir (madde 1). Söz konusu görüş talebi, ancak AİHS ve Protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili ilke sorunlarına ilişkin olmalıdır. Doktrinde istisari görüş talebinde bulunacak yargı organlarının sadece yüksek mahkemelerden ibaret olmasının eleştirildiği belirtilmektedir.<sup>6</sup> Bize göre Ek 16. Protokol'ün ilk maddesiyle böyle bir sınırlamaya gidilmesi isabetlidir. Gerçekten istisari görüş talebinde bulunabilecek mahkemeler arasında ayırım yapılmaması AİHM'in iş yükünü hafifletme amacına

---

için bkz. [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=XULTpp8a](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=XULTpp8a), (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

<sup>6</sup> Sezer, A. (2015). "İHAS'a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 8, s. 122.

hizmet etmeyecektir. İstişari görüş talebinde bulunabilecek yargı organları bakımından sınırlama getirilmiş olmasının başvuru sayısını azaltacağı<sup>7</sup> da dikkate alınmalıdır.

İstişari görüş talebi, Büyük Dairenin beş üyesinden oluşan bir kurul tarafından değerlendirildikten sonra kabul edilirse istişari görüşü Büyük Daire verecektir (madde 2). İstişari görüş talebinin kurul tarafından kabul edilme zorunluluğunun bulunmaması Büyük Dairenin iş yükü bakımından olumlu bir özellik olarak değerlendirilebilir. Ancak talebin değerlendirilmesinde kurulun takdir yetkisine herhangi bir sınırlandırma getirilmemiş olması eleştirilmektedir.<sup>8</sup> Bu eleştirinin haklı yönü, istişari görüşe konu edilebilecek bir ilke sorununun ele alınmama olasılığının bulunmasıdır. Bununla birlikte kurulun istişari görüş talebinin reddine yönelik kararı gerekçeli olmalıdır. İstişari görüşlerin yayımlanma zorunluluğunun aksine istişari görüş taleplerinin reddine dair kurul kararlarının yayımlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. İstişari görüşün, diğer görev ve yetkileri dikkate alındığında, Büyük Daire tarafından verilecek olması ise yine iş yükü dikkate alındığında eleştiriye açıktır. Benzer bir eleştiri, özellikle istişari görüş sürecini uzatma ihtimali dolayısıyla daire başkanının ilgili herhangi bir taraf devleti veya kişiyi yazılı görüşlerini sunmaya ya da sözlü oturumlarda bulunmaya davet edebilmesi dolayısıyla da yapılabilir (madde 3).

Büyük Dairenin vereceği istişari görüşler bağlayıcı değildir (madde 5). Bu hüküm de eleştiriye açıktır. Hükümün eleştiriye açık olma nedenlerinden biri, istişari görüş verme yetkisinin amacına hizmet edip etmediği sorusunun yanıtıyla ilgilidir. Çünkü istişari görüş sürecinin sonunda beklenen AİHM'e başvuru sayısını azaltmak ise ulusal mahkemelerin Büyük Dairenin istişari görüşleriyle bağlı olmaması bu süreçle tezat teşkil etmektedir. Bu maddeyle ilgili eleştirilebilecek diğer husus ise istişari görüşün ulusal mahkemeler yanında AİHM bakımından da bağlayıcı olup olmadığının açık olmamasıdır. Protokol'e ait açıklayıcı raporda (*explanatory report*)<sup>9</sup> söz konusu hususlara belli ölçüde açıklık

---

<sup>7</sup> Dicosola, M., Fasone, C. & Spigno, I. (2015). "The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System", *German Law Journal*, Vol. 16, No. 06, s. 1406.

<sup>8</sup> Gerards, J. (2014). "Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, December 2014, s. 631.

<sup>9</sup> Council of Europe, Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Explanatory Report, [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf), (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

getirilmiştir. Raporda istisari görüşlerin bağlayıcı olmamasının gerekçesi olarak bu mekanizmanın esas itibarıyla AİHM ve ulusal mahkemeler arasında diyalogu güçlendirmek için kabul edildiği, dolayısıyla talepte bulunan ulusal mahkemenin istisari görüşü bakmakta olduğu davayla ilgisi ölçüsünde kullanmasına imkân tanındığı belirtilmektedir.

Açıklayıcı raporda 5'inci madde hükmüyle ilgili olarak açıklığa kavuşturulan bir diğer husus, hakkında istisari görüş verilen uyuşmazlıkların daha sonra AİHM'e başvuru hakkını engellememesidir. Talepte bulunan ulusal mahkemenin Büyük Dairenin vereceği istisari görüş doğrultusunda uyuşmazlığı karara bağlaması durumunda tarafların AİHM'e başvuru haklarının saklı olduğu söylenebilir mi? Rapor bu soruya kesin olmayan bir açıklama getirmektedir. Buna göre AİHM'e yapılan başvuru konusu, ulusal mahkeme tarafından istisari görüşe dayanarak karara bağlanmış ise Mahkemeye başvurunun kabul edilemez olarak nitelendirilmesi beklenmektedir. Sezer'e göre ise "*İstisari görüşü aynen benimseyen bir mahkeme kararına karşı da bireysel başvuru yoluna gidilebilir*".<sup>10</sup> Bu görüş, özellikle görüşler ile AİHM kararları arasında tutarsızlıklara sebep olacak olması dolayısıyla mantıklı olmakla birlikte beraberinde sıkıntılı başka bir durumu ortaya çıkarabilir. Çünkü burada asıl sorun, görüşe uyan ulusal mahkeme kararının ardından AİHM'in ihlal kararı vermesi hâlinde ortaya çıkacaktır. Raporun yine 5'inci maddeyle ilgili son açıklaması ise istisari görüşlerin sonraki başvurular üzerinde doğrudan etkisi bulunmadığına ilişkin olmasıdır. Ancak bu tespite rağmen açıklamanın devam eden kısmında istisari görüşlerin AİHS ve Protokollerinin yorumunda Mahkeme içtihatlarının bir parçası olduğu belirtilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra Ek 16. Protokol ile ilgili doktrinden birkaç genel değerlendirmeye yer verilebilir. Özellikle Avrupalı yazarlar Ek 16. Protokol'ün getirdiği istisari görüş verme yetkisini, Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) "*üye devlet mahkemelerinin talebi üzerine, Birlik hukukunun yorumlanması veya Birlik kurumları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği hakkında ön karar*"<sup>11</sup> vermesiyle karşılaştırarak değerlendirme yapmaktadırlar. Bu görüşlerden birine göre Ek 16. Protokol'ün öngördüğü mekanizma, potansiyel olarak ABAD'ın ön kararlarına benzer

---

<sup>10</sup> Sezer, A. (2015). s. 123.

<sup>11</sup> Avrupa Birliği Antlaşması, Madde 19/3(b), <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

bir şekilde AİHM'in anayasal konumunun gelişmesine yardımcı olabilir.<sup>12</sup> Olumlu gibi görünen bu görüş aynı zamanda önemli bir eleştiriye de yer vermektedir. Buna göre istişari görüş mekanizmasının işleyişine ilişkin usul, Ek 16. Protokol'den beklenen amaçların gerçekleştirilmesine hizmet etmek konusunda yeterli açıklığa sahip değildir. Genel olarak istişari görüş mekanizmasının lehinde olan bir görüş ise bu mekanizmayla AİHS ve Protokollerin ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkinliğinin artacağına<sup>13</sup> yer vermektedir. Bize göre istişari görüş talebinin ulusal mahkemelerin takdirine bağlı olması yargılama yetkilerini bağlamak istemeyebilecek olan kimi mahkemelerin bu mekanizmaya başvurmasında daha az istekli davranmalarına neden olabilir. İstişari görüş talebinde bulunduğu anda ise buna bağlı olarak ulusal mahkemenin hüküm verme süresinin uzaması da dikkatten kaçmaması gereken bir husustur.

AİHM ilk istişari görüşünü 10.04.2019 tarihinde vermiş<sup>14</sup> ve ikinci istişari görüş talebini de 02.10.2019 tarihli kurul kararıyla<sup>15</sup> kabul etmiştir. AİHM'e istişari görüş talebinde bulunan ilk mahkeme Fransız Yargıtayıdır. Fransız Yargıtayı istişari görüş için 12.10.2018 tarihinde Mahkemeye başvurmuş ve Mahkeme göreceli erken bir tarihte, başvurudan altı ay sonra görüşünü sunmuştur. İkinci başvuru ise Ermenistan Anayasa Mahkemesi tarafından 02.09.2019 tarihinde yapılmış ve istişari görüş talebi kurul tarafından bir ay içinde karara bağlanmıştır. İlk iki talep ve devamında işleyen süreç, tereddütlerin aksine istişari görüş mekanizmasının makul bir hızda işlediğini bize göstermektedir. Ancak AİHM'in bundan sonraki talepleri nasıl değerlendirdiğini, Protokol'ü onaylayan devletlerin bu mekanizmaya başvurmadaki istek ya da isteksizliklerini yorumlamak şüphesiz daha geniş bir zamana yayılacaktır.

---

<sup>12</sup> Gerards, J. (2014). s. 650-651.

<sup>13</sup> Paprocka, A. & Ziolkowski, M. (2015). "Advisory Opinions under Protocol No. 16 to the Convention", *European Constitutional Law Review*, 11, s. 292.

<sup>14</sup> Grand Chamber, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-001, 10.04.2019.

<sup>15</sup> The European Court of Human Rights, Press Release, ECHR 343 (2019), [www.echr.coe.int/RSS/en](http://www.echr.coe.int/RSS/en) (Erişim Tarihi: 3/5/2019).



## SONUÇ

AİHM'in istisari görüş verme yetkisini düzenleyen Ek 16. Protokol, yeterli onay sayısına ulaştığı 01.08.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. On bir maddeden oluşan Ek 16. Protokol'den, yukarıda da belirtmeye çalıştığımız gibi Mahkeme ve ulusal yargı makamları arasında diyalogu artırması ve ikincilik ilkesi ile uyum içinde AİHS'in uygulanmasını güçlendirmesi beklenmektedir. İlk istisari görüşün 10.04.2019 tarihinde Fransız Yargıtayının talebi üzerine verildiği dikkate alınırca bu Protokol'den beklentilerin ve Protokol'ün amacına hizmet edip etmediğinin değerlendirmesi için henüz erkendir. Ancak bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla bugüne kadar Ek 16. Protokol'le ilgili Türkçe çalışma sadece Sezer tarafından Protokol henüz yürürlüğe girmeden yapıldığından bu konunun bir kez daha dikkatlere sunulması uygun görülmüştür.

Ek 16. Protokol metni incelendiğinde basit ve sade olarak değerlendirilebilecek hükümlerine rağmen beraberinde pek çok soru işaretini de getirdiği görülecektir. Şüphesiz bunlardan en önemlisi bize göre bağlayıcı olmayan istisari görüşlerin mekanizma işletilmeye başlandığında yargılama ve hüküm verme sürelerini uzatabilecek olmasıdır. Ayrıca istisari görüşlerin sadece ulusal mahkemeler bakımından bağlayıcı olup olmadığının açık olmaması karşısında AİHM'in istisari görüşlerinin aksine karar verebilme olasılığının da bulunmasıdır.

Yüksek mahkemelere AİHS ve Protokollerin uygulanmasında yol gösterici olacağı düşünülen istisari görüşlerin Mahkemeye hak ihlali iddiasıyla başvuruları azaltacağı düşünülmüştür. Nitekim istisari görüşler aracılığıyla AİHM ile ulusal mahkemeler arasında kurulması beklenen kurumsal diyalog aracılığıyla hak ihlallerinin henüz ulusal düzeyde iken önüne geçilmesi beklenmektedir. Ancak mevcut iş yükü düşünüldüğünde AİHM'e verilen bu yeni yetkiyle istisari görüş taleplerinin şimdilik başvuruları azaltacağını söylemek pek tatmin edici olmayacaktır.

## KAYNAKÇA

Council of Europe, *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Explanatory Report*, [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf), (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

DICOSOLA Maria, FASONE Cristina, & SPIGNO Irene (2015). The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System, *German Law Journal*, Vol. 16, No. 06, s. 1387- 1428.

GERARDS, Janneke (2014). Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR, *Maastricht journal of European and comparative law*, December 2014, s. 630-651.

Grand Chamber (GC), *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-001, 10.04.2019

PAPROCKA Ada & ZIOLKOWSKI Michał (2015). Advisory Opinions under Protocol No. 16 to the Conventio, *European Constitutional Law Review*, 11, s. 274–292.

SEZER, Abdullah (2015). "İHAS'a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 4/ Sayı:8, s. 107-129

SPANO, Robert (2014). "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, 2014, 14, s. 487–502.

The European Court of Human Rights (2019). Press Release, ECHR 343 (2019), 11, [www.echr.coe.int/RSS/en](http://www.echr.coe.int/RSS/en), (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

ZAMPETTI, Giovanni (2018). The recent challenges for the European system of fundamental rights: Protocol No. 16 to the ECHR and its role facing constitutional and European Union level of protection, *Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper No 2/18*, <http://www.europa-kolleg-hamburg.de>, (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (Erişim Tarihi: 3/5/2019).

[https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=XULTpp8a](https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/214/signatures?p_auth=XULTpp8a), (Erişim Tarihi: 3/5/2019).





## AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE VERGİDE KANUNİLİK İLKESİ VE ALINACAK DERSLER

*The Legality Principle of Taxation and Lessons to be Drawn*

Dr. Öğr. Üyesi Hasan DURSUN\*

### ÖZET

Tarihsel açıdan Birleşik Devletler halkı, vergide kanunilik ilkesinin kabul edilmesi doğrultusunda uzun süreli bir savaşım vermiş ve bu uğurda büyük acılar çekmiş, bu savaşımının sonucunda, Anayasaya vergide kanunilik konusunda ayrıntılı hükümler koymayı başarmıştır. Birleşik Devletler Anayasası'nda vergide kanunilik bakımından katı ve sert nitelikte ayrıntılı kurallar bulunmasına karşın uygulamada gerek idari düzenlemeler gerekse suç pazarlığı yöntemiyle vergide kanunilik ilkesi esnetilmiştir. Günümüzde vergide kanunilik yalnızca verginin kanuna dayalı olarak alınmasını ifade etmemekte; bunun yanında vergi kanununun anlaşılabilir, düzenleme, etkinlik ve bütünleşme ölçütlerini sağlaması ve iyi bir vergi yönetimine geçilmesi de gerekmektedir. Türkiye'de de vergide kanunilik ilkesinin tam olarak benimsendiğinden bahsedilebilmesi için verginin yalnızca kanunda öngörülmesiyle yetinilmemesi, vergi kanununun söz konusu ölçütleri sağlaması, iyi bir vergi idaresine geçmesi ve vergide uzlaşmanın kaldırılması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi, Vergi Suç ve Cezası, Vergide Kanunilik, Temsilsiz Vergi, Vergiye Rıza, Suç Pazarlığı, Vergi Uzlaşması.

\* Dr. (Iur.), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi  
hasan.dursun@ozyegin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5506-3944

## **ABSTRACT**

Historically, the people of the United States have fought a long-lasting struggle in line with the adoption of the principle of legality in tax and suffered great pain in this cause, and as a result of these struggles, they have succeeded in putting detailed provisions in their constitutions on tax legality. Although the United States Constitution contains strict and tight detailed rules in terms of legality in taxation, the principle of legality in taxation has been yawned in practice through both administrative arrangements and plea bargaining. Today, the legality of tax does not only mean that the tax is taken on the basis of the law, but also the tax law needs to ensure understandability, organization, effectiveness and integration criteria and getting through a good tax administration. Turkey also not contented only by the provision in the tax law to be mentioned that fully adopted the principles of legality, the tax norms has to meet those criteria and to get through a good tax administration and tax reconciliation should be removed.

**Keywords:** Tax, Tax Crime and Punishments, Legality on Tax, Tax without Representation, To Assent to Tax, Plea Bargaining, Tax Reconciliation.

## GİRİŞ

Kamusal amaçlarını sürdürebilmek için gerekli ekonomik araçlara sahip olmak suretiyle devletin yapmış olduğu faaliyetler *mali faaliyetler* olarak adlandırılır. Söz konusu amaçlara ulaşabilmek açısından devlet, kendi aralarında çeşitli alt bölümlere ayrılrsa da temel olarak iki ayrı yol izlemektedir<sup>1</sup>.

Devletin izlediği bu yollardan ilkinin, çağdaş rejimlerde geniş bir uygulama alanı bulan ve büyük bir önemi olan *müspet* (olumlu) nitelikte para olarak bir ödeme yükümlülüğü oluşturur. Söz konusu ödeme, doğrudan veya dolaylı vergi olarak bütün yurttaşlar için genel olabileceği gibi belirli kamusal hizmetlerden yararlananların ödedikleri *harç* (tassa) şeklinde de olabilmektedir. Vergi, yurttaşlar için mali faaliyet dolayısıyla bir *verme* yükümlülüğü doğurmaktadır. Bu yükümlülükle eşzamanlı olarak vergiden bir *yapma* yükümlülüğü de doğabilmektedir. Bu bağlamda kanunun vergiye<sup>2</sup> tabi servetin bilinmesini gerektirdiği durumlarda mükellefin bu beyanda bulunması, yurttaşın maliyeye karşı bir *yapma* yükümlülüğünü oluşturur<sup>3</sup>.

Devletin izlediği ikinci yolda ise devlet bizzat kendisine veya diğer bir kamu tüzel kişisine bazı sınıai faaliyette bulunma yetkisini *tekelci* (monopol) bir şekilde tanımaktadır. Bu çerçevede ekonomik tekel ve endüstrinin gelirleri hazineye girmektedir. Bu tekelcilik sonucunda yurttaşların özgürlüğü sınırlandırılmış olmakta ve yurttaşlar bakımından bir *yapmama* yükümlülüğü doğmuş olmaktadır. Bu bağlamda devletin veya diğer bir kamu tüzel kişisinin mali faaliyetiyle ilgili herhangi bir yükümlülüğü ihlal etmek mali suçu oluşturur<sup>4</sup>.

Bu çalışmada vergide kanunilik ilkesinin tanımı ve işlevi ile söz konusu ilkenin Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulaması üzerinde durulacaktır.

---

<sup>1</sup> Zanolini, G. (1964). *İdari Müeyyideler*, (Çev. Yılmaz Günel), Ankara: Sevinç Matbaası, s. 49.

<sup>2</sup> Burada kullanılan *vergi* kavramının içine dar anlamda vergi ile resim, harç, vergi cezası ve para cezası girer.

<sup>3</sup> Zanolini, G. (1964). s. 49-50.

<sup>4</sup> Zanolini, G. (1964). s. 50. Çalışmanın kapsamını büyütmemek için Amerika Birleşik Devletleri'nde *tekel* konusu üzerinde durulmayacaktır.

## I. VERGİDE KANUNİLİK İLKESİ VE İŞLEVİ

### A. GENEL OLARAK

Keyfi ve sınırsız ölçülere dayalı bir uygulamanın önlenmesi hedefine ulaşmayı amaçlayan verginin kanuniliği ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için salt bir *kanunun* bulunması yetmemekte, kanunun bazı alt ilkelere sahip bulunması da gerekmektedir. Daha açık bir deyişle verginin kanuniliği ilkesinin uygulandığından bahsedilebilmesi için öncelikle bir vergi kanununun bulunması gerekse de bu kanunun içsel ve dışsal bazı niteliklere sahip bulunması gerekir. Bu bağlamda bireyin korunması için bu kanunun liberal ve demokratik bir devletin parlamentosunun ürünü olması gerektiği gibi (temsilsiz vergi olmaz ilkesi.) yalnızca kanunun vergiyi düzenlemesi (kanunsuz vergi olmaz ilkesi) ve bu kanunun vergi ile ilgili tüm özellikleri, diğer deyişle, verginin ana öğelerini dikkate alan tam bir vergi kanunu (verginin belirgin olması ilkesi) olması aranır. İkinci ve üçüncü özellikler birlikte değerlendirildiğinde *yalnızca vergi kanunu değil fakat tam vergi kanununun* gerekliliği ortaya konulmuş bulunur<sup>5</sup>.

Bu hususlara ilave olarak verginin kanuniliği ilkesinin eylemsel olarak anlam ve canlılık kazanması, kanuni idare ilkesi<sup>6</sup> ile düşünüldüğünde, kanun ile getirilen *nesnel* (objektif) düzenlemeler çerçevesinde kurulan *öznel* (subjektif) işlemlerin de kanuna uygun ve doğru olması ile gerçekleşeceğini belirtmek gerekir.<sup>7</sup> Bu bağlamda vergilerin kanuna uygun ve doğru olarak alınması, vergide kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Daha açık bir deyişle vergide kanunilik ilkesinin tam olarak gerçekleşebilmesi için vergi işlemlerinin objektif, genel, düzenleyici işlem olarak kanuna dayandırılmasının yanı sıra bireysel, öznel vergi tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin de kanuna uygunluğunu kapsar<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Güneş, G. (2008). *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, s. 12.

<sup>6</sup> İdare hukukunda geçerli olan kanunilik esasının temelini *kanuni idare ilkesi* oluşturur. Kanuni idare ilkesi de ikiye ayrılmakta olup *kanuni dayanak* ve *kanuni yetki* unsurlarından meydana gelir. Kanuni idare ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Balta, T. B. (1968-1970). *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara: TODAİE Yayınları, s. 79 vd. Öznel vergi işlemleri bakımından büyük önem taşıyan kanuni dayanak unsuru; vergi idaresinin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleri yapabilmesi için kanuni bir yetkiye gereksinim duyulduğunu anlatır. Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz. Dursun, H. (2015). *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 193 vd.

<sup>7</sup> Krş. Güneş, G. (2008). s. 13.

<sup>8</sup> Kumru, A.G. (1979). "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 36, S. 1-4, s. 150-151.

Gerçekten de kanun koyucu vergilendirmeye ilişkin görevini yalnızca genel, soyut ve sürekli nitelikte kurallar koyarak yerine getirmiş olmamakta; kanuni idare ilkesinin gereği olarak verginin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin de genel ve soyut nitelikteki vergi kanunlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir<sup>9</sup>. Kısacası öznel bir vergi işleminin yapılabilmesi için de sıkı bir kanuni dayanağın bulunması gerekmektedir<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Güneş, G. (2008). s. 13.

<sup>10</sup> Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere vergide kanunilik ilkesi öznel vergi işlemlerini de kapsadığı için geniş bir anlam taşımaktadır. Aslında bu durumu son derece doğal olarak karşılamak gerekir. Zira vergi ve bu arada vergi cezaları, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin önemli bir bölümünü sınırlandırdığı için yurttaşlar açısından yaşamsal bir güvence oluşturan kanunilik ilkesinin daha da geniş bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Gerçekten de Kumrulu'nun isabetli olarak belirttiği üzere *vergilerin kanuniliği* ilkesine, vergilerin kanuna uygun ve doğru olarak alınması anlamında geniş ve somut bir yorumla yaklaşılması gerekmektedir. Yazar, haklı olarak Türk pozitif hukukunda da vergide kanunilik ilkesinin geniş anlamda benimsendiği görüşünü taşımaktadır. Gerçekten de Anayasa'nın 8. maddesinde, idarenin yürütme görev ve yetkisini Anayasa ve kanun çerçevesinde yerine getireceği belirtilmiş; yine Anayasa'nın vergiyle ilgili 73. maddesi, vergi işlemlerinin genel, nesnel ve düzenleyici işlem olarak kanuna dayandırılması gereğinin yanında birel ve öznel vergi tarh ve tahsil işlemlerinin de kanuna uygunluğunu kapsamıştır. Bkz. Kumrulu, A.G. (1979). s. 150, 151, 156. Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında *verginin kanuniliği* ilkesi geniş bir şekilde kabul edildiği için verginin kanunla saptanan unsurların bulunmasına karşın örneğin vergi idaresinin yükümlü ya da vergi konusunu yanlış yorumlayarak hatalı vergi tarh ettirmesi, Anayasa'nın söz konusu fıkrasına aykırı düşer. Zira yüküm, öngörülen konu veya yükümlüden alınmamakla kanun yanlış uygulanmış; Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasının geniş içeriği çerçevesinde vergi, kanuna uygun ve doğru olarak alınmamıştır. Bunun gibi vergi hukukunda sürecin de doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Daha açık bir deyişle vergi hukukunda şekil, usul, tebligat gibi biçimsel süreçlerin de doğru ve uygun bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Anayasa'nın söz konusu fıkrasında düzenlenen verginin kanuniliği ilkesi bu şekilde geniş bir şekilde anlaşılmazsa uygulamada yurttaşlar büyük bir güvensizlikle karşılaşabilirler. (Nitekim 1983 sonrası dönemde vergide kanunilik ilkesinden sapılarak vergi kanunlarıyla Bakanlar Kuruluna ve Maliye Bakanlığına keyfi ve aşırı yetki verilmesi *vergilerin karariliği* ilkesinin doğmasına yol açmış (bkz. Karakoç, Y. (1996). "Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Denetimi" Ankara: *Anayasa Yargısı* 13, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No.: 32, s. 327), böylelikle yurttaş hak ve özgürlükleri büyük bir tehlikeye altına girmiştir). Gerçekten de verginin kanuniliği bakımından asıl olan unsur, salt bir vergi kanununun bulunması değil var olan kanunun doğru uygulanmasıdır. Çünkü verginin kanuniliği ilkesinin bu geniş içeriği nedeniyle diğer temel hak ve özgürlükler konusunda olduğu gibi vergi işlemlerinin de doğru bir şekilde yürütülmesini sağlama amacıyla Anayasa birtakım güvence ilkeleri ve düzenekleri (bu ilke ve düzeneklerin simgesini kanımızca hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Gerçekten de vergi hukuku, devletin kişi hak ve özgürlüklerine müdahalesini düzenleyen hukuk kollarından birisini oluşturduğu için hukuk devleti kavramıyla yakın bir ilişki içinde bulunmaktadır. Hukuk devletinde devlet, vergilendirme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanmaktadır. Bu kavram vergilerin kanuniliğini sağlamak ve onların diğer ilkelere örneğin eşitlik ilkesine göre alınmasını temin etmektedir. Bu bağlamda vergi hukuku, hukuk devleti kavramının sınırlarını belirlemek bakımından en elverişli hukuk kollarından birisini oluşturmaktadır. Bkz. Çağan, N. (1980). "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S 1-4, s. 137) getirmiştir. Bunların ancak tümü birlikte ele alınca tutarlı ve sağlam bir hukuki güvence dizgesi kurulacağı açıktır. Bkz. Kumrulu, A.G. (1979). s. 151.



Öznel vergi işlemlerinin kanuna uygun ve doğru olması yanında verginin alınmasında vergi idaresine takdir yetkisinin tanınmaması ve verginin zorla alınması da vergide kanunilik ilkesini tamamlayıcı nitelik taşımaktadır<sup>11</sup>. Gerçekten de vergide kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için verginin alınmasında vergi idaresine takdir yetkisi tanınmamalı, ona bağlı yetki tanınmalıdır<sup>12</sup>. Bu bağlamda Güneş'in belirttiği üzere devlet, kanunlarda belirlenmiş olan vergiyi kesinlikle, diğer deyişle mutlaka almak zorundadır. Zira kanunlarla vergi idaresine emir verilerek *vergiyi toplama görevi* (verginin alınması zorunluluğu) yüklenmektedir<sup>13</sup>. Devletin vergiyi mutlaka alması gerektiği yolundaki ilkeyi tamamlayan *verginin cebri icra yoluyla alınması* ilkesi ise vergi idaresinin mahkeme veya icra dairesine başvurmadan, gerektiğinde zor kullanarak bizzat vergiyi tahsil etmesi anlamını taşır<sup>14</sup>. Bu bahsi kapatmadan önce *kanun* kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Kamu hukukunda işlemler, geleneksel olarak doğuracakları hukuki sonuçlar bakımından *objektif* veya *nesnel* (kural, düzenleyici) işlemler ve *subjektif* veya *öznel* (karar, bireysel) işlemler olmak üzere iki gruba ayrılır. Nesnel işlemler ya da daha yaygın bir ifadeyle düzenleyici işlemlerin temel özelliklerini *genellik, soyutluk, kişisel olmamak ve süreklilik* oluşturur. Bu bağlamda düzenleyici işlemler *maddi anlamda kanun* niteliğini taşımaktadırlar ki bu grup işlemlerin başında kanun gelmektedir. Görüldüğü üzere *maddi anlamda kanun* kavramının anlatmak istediği husus yapılan düzenlemenin içeriğidir. Kısacası maddi anlamda kanun

<sup>11</sup> İdare hukukunda ve bu bağlamda vergide kanunilik ilkesi ile suç ve cezada kanunilik ilkesini birbirine karıştırmamak gerekir. İşlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından saptanmayan bir ceza ile cezalandırma yasağını ifade eden suç ve cezada kanunilik ilkesinin; *kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı* alt ilkeleri bulunmaktadır. Suç ve ceza normunun yalnızca kanunla konulmasını gerektiren kanunun tekelciliği, kanunun azami açıklıkla düzenlenmesini isteyen kanunun açıklığı ve kanunun geçmişte serbest olan davranışları cezalandıramayacağı veya cezayı artıramayacağını ifade eden kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkeleri, suç ve cezada kanunilik ilkesinin ayrılmaz unsurlarını oluşturmakta ve bunlardan birisinin bile ihlal edilmesi durumunda suç ve cezada kanunilik ilkesinin kabul edilmediği sonucuna varılmaktadır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi ile onun alt ilkeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). s. 20-143.

<sup>12</sup> Bağlı yetki ve takdir yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (Ocak 2018). "Yerindelik Denetimi Üzerine Düşünceler", *Adalet Dergisi*, S. 60, s. 104-117.

<sup>13</sup> Güneş, G. (2008). s. 13.

<sup>14</sup> Verginin 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gereğince gerektiğinde cebri icra yoluyla alınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (Eylül-Ekim 2007). "İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, s. 266 vd.

*genel, soyut, kişisel olmayan ve sürekli* nitelikte düzenleme koyan kural şeklinde tanımlanabilmektedir<sup>15</sup>.

Kamu hukukunda hukuki işlemler maddi tanım ve niteliği dışında işlemi yapan organ veya kuruluş dikkate alınarak organik ya da şekli açıdan da ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrım çerçevesinde içeriğine bakılmaksızın işlem, onu yapan organa göre nitelendirilmektedir. Daha açık bir deyişle burada işlemin içeriğinin nesnel veya öznel olmasının herhangi bir önemi bulunmamakta, işlem onu yapan organa göre nitelendirilerek yasama veya yürütme işlemi adını almaktadır. Bu bağlamda şekli anlamda kanun; Meclis'in kanun yapma usulü ve şekline göre yaptığı bir işlem olarak tanımlanmaktadır<sup>16</sup>.

Türk hukukunda *kanundan* kastedilen husus, *genel, soyut, kişisel olmayan ve sürekli* nitelikte içeriğine bakılarak düzenleme koyan kural anlamındaki maddi kanun değil işlemin onu yapan organa göre nitelendirildiği şekli anlamda kanundur.<sup>17</sup> Şekli anlamda kanun durumunda işlemin içeriğinin nesnel veya öznel olmasının herhangi bir önemi bulunmamakta; işlem, onu yapan organa göre nitelendirilerek yasama veya yürütme işlemi adını almaktadır. Bu bağlamda şekli anlamda kanun; Meclis'in kanun yapma usulü ve şekline göre yaptığı bir işlem şeklinde tanımlanmaktadır<sup>18</sup>.

Türk hukukunda asıl olarak önem taşıyan husus *şekli kanun* ile *maddi kanunun* birbiriyle örtüşmesi veya uyum içinde bulunmasıdır. Gerçi şekli kanunlar içinde kimi zaman maddi kanun özelliğini taşımayan kanunlar bulunsa da Türk hukukunda olduğu gibi kanunun *şekli anlamda kanun* kavramıyla tanımlandığını belirtmek gerekir<sup>19</sup>. Bunun gibi Amerikan hukukunda da *kanunun*, yazılı hukuk karşılığı olarak kullanılan *geniş anlamda kanunu* değil Anayasa'nın altında yer alan normu, diğer deyişle

---

<sup>15</sup> Yüzbaşıoğlu, N. (2003). *Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 68.

<sup>16</sup> a.g.e. s. 68-69.

<sup>17</sup> Nitekim Erginay, "kanun" kavramından anlaşılması gereken hususun, Anayasada yasama tasarrufunu yapmak görevi verilen organın (Meclisin) çıkarmış oldukları belgeler olduğunu ifade ederek (bkz. Erginay, A. (1976). *Vergi Hukuku*, Ankara: 5. Baskı, Sevinç Matbaası, s. 29) Türk hukukunda geçerli olan "kanun" kavramının, şekli anlamda kanun anlayışı olduğunu teyit etmiştir.

<sup>18</sup> Fazla bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). s. 37.

<sup>19</sup> Türk hukuku bakımından "kanun" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). s. 38.

dar anlamda kanunu<sup>20</sup> (şeklî anlamda kanunu) ifade ettiğini belirtmek gerekir.

Yukarıda belirtildiği üzere Amerika Birleşik Devletleri'nde *şeklî anlamda kanun* esası geçerlidir. Bu bağlamda Birleşik Devletler'de *kanun* denilince Kongrenin<sup>21</sup> *kanun* adı altında yaptığı işlemler anlaşılır. Vergi kanunları temelinde de kanundan anlaşılması gereken husus, şeklî anlamda kanundur. Ancak Birleşik Devletler'de vergi kanunlarının yapımı sürecinin diğer kanunlara göre farklılık taşıdığını belirtmek gerekir. Gerçekten de Birleşik Devletler'de kanun yapmak kural olarak Kongrenin üst kanadı olan Senatoya ait<sup>22</sup> olmasına karşın Birleşik Devletler Anayasası, Kongrenin alt kanadı olan *Temsilciler Meclisine* (House of Representatives) vergi kanunlarının yapımı usulü bakımından tekeli bir yetki vermiştir. Bu yetki ise aşağıda ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere *devletin gelirini artırıcı kanun teklifini* (revenue bills) yapmaya yalnızca Temsilciler Meclisi'nin yetkili olmasıdır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Geniş ve dar anlamda kanun hakkında fazla bilgi için bkz. Kunter, N. (1989). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Dokuzuncu Bası, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., s. 543 vd.

<sup>21</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde "Kongre" ibaresi yerine "*Parlamento*" ibaresinin kullanılması vahim bir hata oluşturacaktır. Zira çoğu Latin Amerika ülkesiyle birlikte Birleşik Devletler, Kongreye sahip bulunmakta, buna karşılık, çoğu Batı Avrupa ülkeleriyle birlikte Birleşik Krallık, Parlamento'ya sahip bulunmaktadır. İki çeşit yasama organı arasındaki farkı gösteren ipucu söz konusu sözcüklerin orijinal anlamında bulunmaktadır. Zira "*Congress*" ibaresi değişik yerlerden temsilcilerin katıldığı toplantıyla "bir araya gelme" anlamını taşıyan Latince bir terimden türemekte, buna karşın, Parlamento, "*konusmak*" anlamına gelen Fransızca "*parler*" fiilinden türemektedir. Bkz. Wilson, J. Q. (1992). *American Government*, Massachusetts: Fifth Edition, D. C. Heath and Company, s. 267.

<sup>22</sup> Birleşik Devletler'de uygulamada kanun yapmak bakımından asıl yetkili organı Senato oluştursa da Anayasaya göre Kongrenin kanatlarını oluşturan gerek Temsilciler Meclisinin gerekse Senato üyelerden her birisinin kanun teklif etme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Yine Anayasa, kanun teklifinin içeriği bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Bu bağlamda kanun teklifi soyut işleri düzenleyen nitelikte "genel" (public) olabileceği gibi bir kişinin "Birleşik Devletler vatandaşlığına alınması" (naturalized citizen), devletten tazminat isteyen bir kimsenin talebinin karşılanması gibi "kişisel" (private) nitelikte de olabilmektedir. (Kanunun "kişisel" nitelikte olması onun "kanun" niteliğine halel getirmese de "hukuk devleti" ilkesi bakımından büyük bir sakınca doğurur. Gerçekten de Gönenç'in isabetli olarak belirttiği üzere, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarını şu şekilde formüle etmek olanaklıdır: Hukuk Devleti = Genel, soyut, önceden bilinebilen ve anlaşılabilen hukuk kurallarından oluşan bir hukuk sistemi + Hukukun üstünlüğü. Bkz. Gönenç, L. (1999). "Siyaset Bilimi ve Anayasalar", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, s. 99 vd. Bu bağlamda genel, soyut ve açık olmayan bir kanunun hukuk devleti ilkesine büyük zarar vereceği ortadadır). Gerçi önceleri kişisel nitelikte kanun teklifleri çok sayıda olmasına karşın, günümüzde kişisel nitelikteki konular idari organlara veya mahkemelere devredilmiş bulunmaktadır. Birleşik Devletler'de bir kanun teklifinin kanunlaşma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wilson, J. Q. (1992). s. 297-310.

<sup>23</sup> Plano, J. C. ve Greenberg, M. (1989). *The American Political Dictionary*, Orlando: Eighth Edition, Holt, Rinehart and Winston, Inc., s. 131.

## B. VERGİDE KANUNİLİK İLKESİNİN İŞLEVİ

Verginin kanuniliği ilkesi, özellikle Batı Avrupa ülkelerinde ve ayrıca aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere Amerika Birleşik Devletleri'nde insanoğlunun uzun mücadeleleri sonucunda elde ettiği kazanımlarla gerçekleşmiştir<sup>24</sup>. Gerçekten de vergilerin kanuniliği ilkesi, çağcıl demokratik ülkelerde *erkler ayrılığı*<sup>25</sup> veya *erkler dengesi* ilkeleri çerçevesinde, vergilendirme yetkisine yalnızca parlamentonun sahip olması anlamını taşımaktadır. Daha açık bir deyişle bu ilke, kanun koyma yetkisine sahip olan organın vergilendirme yetkisini kullanması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda yasama organı; cebirlik unsuru taşıyan mali yükümlülükleri, kısacası geniş anlamda vergiyi veya vergi muaflik ve istisnalarını mutlaka kanunla düzenlemek zorundadır. Nitekim Latince ifadesiyle “*nullum tributum sine lege*” (kanunda yazılı olmadan vergi alınmaz)<sup>26</sup> kuralı birçok devletin anayasasında hükme bağlanmıştır<sup>27</sup>.

İnsanoğlunun vergilendirme yetkisine erkler ayrılığı ilkesi çerçevesinde<sup>28</sup> yalnızca parlamentonun sahip olması için verdiği savaşımın altında yatan temel güdü, parlamentonun kişi hak ve özgürlüklerini etkin bir şekilde koruyacağı varsayımıdır. Zira eski hukukta “*Tanrı bizi korur*” söyleminin yerini, çağdaş hukukta “*Parlamento bizi korur*” deyişi almıştır<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Verginin kanuniliği ilkesinin Türk tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kumrulu, A.G. (1979). s. 147-150.

<sup>25</sup> Erkler ayrılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2009). “Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80, s. 29-104.

<sup>26</sup> Bu ifade Almanca olarak “*Keine Steuer ohne Gesetz*” şeklinde ifade edilir.

<sup>27</sup> Karakoç, Y. (1996). s. 321.

<sup>28</sup> Erkler ayrılığı ilkesi; kişinin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye kavuşturmak ve bu arada keyfi vergilendirme yoluyla kişinin mal varlığına el atılmasına karşı önemli bir kalkan görevi görmektedir. Gerçekten de Yüce'nin belirttiği üzere erkler ayrılığının benimsenmediği, diğer deyişle kanun yapma *yasama*, icra *yürütme* ve uyuşmazlıkları çözme *yargı* güçlerinin tek kişiye veya meclise verilmesi demokratik *Leviathanın* (Ejderha) doğumuna ortam hazırlayacak, zorbalığın başlangıcını oluşturacaktır. Yazar, devletin çeşitli güç ve yetkilerini ayrı ayrı organlara verilmesi suretiyle bir organın diğerinin yetkisini gerektiği durumlarda sınırlayabileceğini, bu sınırlamanın yurttaşın hak ve özgürlüklerinin bir garantisini oluşturacağını, bu nedenle erkler ayrılığının devlet düzeninin en önemli güvencesi sayılacağını belirtmektedir. Yazar; erkler ayrılığı sisteminin ölçülü bir kamu yönetiminin doğmasını sağlayacağını, çeşitli devlet güçleri arasında anayasaya dayanan güç ayrımının bu sistem aracılığıyla ihlal edilmemesi ve özellikle güçlerden hiçbirisinin anayasadan gelmeyen imtiyazlı bir üstünlük kazanmaması düşüncesi ile devlet gücünün sınırlandırılmış, dolayısıyla hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulmuş olacağını ifade etmektedir. Bkz. Yüce, T. T. (1968). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Yayınları No: 59, s. 17, 18.

<sup>29</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). s. 29 vd.

Hukuk devleti ilkesi gibi verginin kanuniliği ilkesi de kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı hedeflemektedir. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını gerektirdiğinden temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve özü, vergilendirme yetkisinin de sınırı ve özünü oluşturmaktadır. Vergi kanunları bu hak ve özgürlükleri korumaya yöneldiği için kanun koyucunun bu anlamda duyarlı ve ölçülü davranması gerekmektedir<sup>30</sup>. Verginin kanuniliği ilkesi, keyfi ve gelişigüzel uygulamaları önleyecek vergilendirme ilkelerinin kanunda yer alması hedefini güderek bireyin özgürlüklerini devlete karşı koruyan güvenlik sınırı çizmektedir<sup>31</sup>.

Öte yandan verginin kanuniliği ilkesi *hukuki güvenlik ilkesinin* gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir. Daha açık bir deyişle vergisel işlerde hukuki güvenlik, her şeyden önce verginin kanunla alınmasını ve kanunun belirgin olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda vergi normunun temel kaynağını yalnızca *kanun* oluşturmalıdır. Vergi normunun temel kaynağını yalnızca kanunun oluşturması da yetmemektedir. Kanunun belirginliği ilkesinin gereklerine uygun bir şekilde vergi kanununun kesin, açık, yalın ve anlaşılabilir bir nitelik taşıması da gerekmektedir. Yine vergi kanunlarının belirgin olması gerekliliği çerçevesinde vergi kanunlarının kıyas yöntemi ile yorumlanmasına izin verilemez. Zira bu yönteme izin verilmesi, idare veya yargı organlarının yeni vergi doğuran olay yaratması veya vergi yükünü artırması olasılığını gündeme getirir. Bu çerçevede kıyas, vergi hukukunda yorumun sınırını oluşturmaktadır. Vergi hukukunda uygulamada görülen kanun boşlukları kıyas veya genişletici yorumla doldurulamamakta, söz konusu boşlukların mutlaka yasama organı tarafından doldurulması gerekmektedir<sup>32</sup>.

Hukukun genel ilkesi gereği kanunlar, bu çerçevede vergi kanunları geriye yürütülemez<sup>33</sup>. Vergi kanununun geçmişe yürütülememesi de kanımızca hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Bu çerçevede söz konusu ilke gereği vergi kanunlarının

---

<sup>30</sup> Krş. Çağan, N. (1980). s. 140.

<sup>31</sup> Güneş, G. (2008). s. 12.

<sup>32</sup> Krş. Çağan, N. (1980). s. 141.

<sup>33</sup> Duguit'in belirttiği üzere, geriye yürütülen bir kanun, "kanunların geçmişi kapsamayacağı" şeklindeki yüce bir hukuk ilkesini çiğnemiş olur. Bkz. Duguit, L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri* (Çev. Süheyp Derbil), Ankara: AÜHFY, s. 38.

geçmişte oluşan vergiyi doğuran olaylara uygulanmaması gerekmektedir. Çünkü kişiler gelecekle ilgili planlarını yürürlükteki vergi kanunlarına göre yapmaktadırlar. Sonradan çıkartılan kanunlarla geçmiş dönemler için vergi yükünün artırılması, yükümlülerin devlet ve hukuk düzenine olan güvenini zedelemekte; bu durum, ekonomik ve ticari yaşamda bulunması gereken istikrar ve belirliliği oldukça olumsuz olarak etkilemektedir<sup>34</sup>.

## II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE VERGİDE KANUNİLİK

### A. TARİHÇE

Batı ülkelerinin birçoğunda ve bu arada Amerika Birleşik Devletleri'nde vergide kanunilik ilkesinin kabulü kolay olmamıştır. Gerçekten de Batı'da görülen siyasal hareketlerin ve isyanların birçoğunu, keyfî vergilendirmeye karşı çıkma olgusu oluşturmuştur<sup>35</sup>. Nitekim Amerikan İhtilali de Birleşik Krallık'ın Amerikan kolonilerine, onların temsilcilerinin rızası olmadan vergi koymaları yüzünden gerçekleşmiştir<sup>36</sup>. Gerçekten de XVII. yüzyılın başlarından itibaren Amerika Kıtası'na yapılan göç nedeniyle XVIII. yüzyılın ortalarına doğru Kuzey Amerika'nın tüm okyanus sahilleri birçok İngiliz kolonisiyle dolmuş; ancak Birleşik Krallık'ın almış olduğu bazı ekonomik kararlar ve önlemler, koloni halklarının husumetini doğurmuş ve asıl anlaşmazlık *temsilsiz vergi olmaz* ilkesinin ihlalinden doğmuştur. Daha açık bir deyişle İngiliz Parlamentosunun 1765 yılında kabul ettiği bir kanunla Amerikan kolonilerine yeni bir vergi konulmuş, vergiden elde edilecek gelirin Amerika'da bulunan İngiliz askerî birliklerinin masraflarına özgülenmesi

<sup>34</sup> Çağan, N. (1980). s. 141.

<sup>35</sup> Bir başka deyişle, batı demokrasilerinin doğması, mutlak siyasi iktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılması yönündeki girişimlerin bir sonucu olarak gerçekleşmiştir. Bu bağlamda iktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılması, parlamentoların yasama yetkilerinin kaynağını oluşturmuştur. Nitekim tarihte ilk demokrasi savaşı, mutlak iktidarların vergilendirme konusundaki keyfi tutumlarına bir tepki olarak başlamıştır. Halk temsilcilerinden oluşan parlamentolar ilk yetkilerini vergilendirme konusunda almışlar, parlamentoların onayı alınmaksızın vergi alınamayacağı (*temsilsiz vergi olmaz.*) kuralı, batı demokrasilerinin temel anayasal ilkelerinden birini oluşturmuştur. Bkz. a.g.e, s. 131.

<sup>36</sup> Çağan, demokratik rejim içinde verginin temelde zorlayıcı (cebri) özelliğinin bir ölçüde olsa da azaldığını, çünkü bireylerin gerek vergilendirme gerekse harcama konularında karar verecek yöneticilerini oylama yoluyla seçtiklerini, bu etmenin parlamenter demokrasilerin doğmasında hareket noktası oluşturduğunu ifade etmektedir. Yine Çağan, Amerika Birleşik Devletleri'nde bağımsızlığın kazanılması ve demokratik rejimin kurulmasında hareket noktasını, anavatan İngiltere'nin uyguladığı vergilere gösterilen tepkilerin yattığını belirtmektedir. Bkz. a.g.e. s. 130-131.

kararlaştırılmıştır. Bu kanun, Amerikan kolonileri dışında anavatan Birleşik Krallık'ta bile hoşnutsuzluk doğurmuştur.<sup>37</sup> Yine Amerikan

<sup>37</sup> İngiliz John Austin bile Birleşik Krallık'ın, Amerikan kolonilerini vergilendirmesini  *fayda ilkesi* bakımından isabetsiz bulmaktadır. Austin, faydacılığın kurucusu Bentham'ın görüşlerini benimseyerek fayda ilkesinin, insan ve devlet davranışlarını yönlendirmede kesin bir çözüm sağlamasa bile, toplumun fikirlerini ve duygularını biçimlediği durumlarda topluluğun şanslı olacağını belirtmektedir. Yazar; böyle bir durumda her bir tarafın anlaşılır bir standarda bağlanmış olan tezlerinin karşılıklı ödünlerle zayıflatılabileceğini, böylelikle en azından uzlaşmanın sağlanacağını, mevcut yönetimin yandaşlarının onaylamadıkları yenilikleri şiddetli bir mücadeleye tercih edebileceklerini ileri sürmektedir. Austin, reform yandaşı tarafın olasılıkla, bir savaşın kötülükleri ve hasarları yoluyla ulaşılması mümkün daha büyük bir iyinin peşinde ısrarcı olmak yerine, heveslendiklerinden ve arzulanıklarından daha az olan tavizleri kabullenebileceklerini belirtmektedir. Yazar; bu gerçeğe karşın  *amacı*, fayda standardına göre ölçmek yerine her bir tarafın kendi arzu ve hevesinin peşine düştüğü ve  *insan hakları, egemenlerin kutsal hakları, devredilemez özgürlükler, sonsuz ve değişmez adalet, bir başlangıç sözleşmesi veya anlaşması ya da ihlal edilemez bir anayasanın ilkeleri* gibi anlamsız ifadelere başvurduğu durumlarda iki tarafın da ne kendi amacını şiddet dolu bir uğraşın zararıyla kıyaslayabileceğini ne de bir uzlaşma için olanak bulacağını, anlamlı olmayan ifadeler ve onlar tarafından temsil edilen şeylerin elbette ölçülemeyeceğini ve maliyeti ne olursa olsun onlar için önemli olan hususun  *kanun son damlasına kadar* savaşılmaması olduğunu vurgulamaktadır. Yazar; insanların özgün biçimde düşünmeleri ve anlamlı biçimde konuşmalarının gerçekten önemli olduğunu, uygar toplulukları sarsan ülke içi kargaşaların çoğunda sonucun süregelen tartışmanın doğası tarafından, sözcüklerin savaşında kendisini gösteren ifadelerin veya konuların doğası tarafından belirlendiğini ya da onlar tarafından ciddi biçimde etkilendiğini öne sürmektedir. Austin, bu savına destek olmak üzere Amerikan kolonilerinin vergilendirilmesini örnek olarak göstermektedir. Yazar; Birleşik Krallık'ın Amerikan kolonileriyle yürütmüş olduğu savaşın gereksiz ve yıkıcı olduğunu belirtmektedir. Austin, iğrenç savaşa paldır küldür girişen aptal ve kudurmuş çoğunluğun ana vatanın egemenliği ve onun kolonideki uyruklarını vergilendirme hakkı denen şey dışında idrak edecek ve üzerine konuşulacak hiçbir şeylerinin bulunmadığını öne sürmektedir. Yazar, eğer İngiltere halkının baskın fikirleri ve duyguları  *fayda ilkesi* çerçevesinde biçimlenecek olsaydı, halkın "*Egemenlik üzerinde ısrar etmek İngiltere'nin çıkarına mı?*", "*Kolonidekilerin onayı olmadan vergi koymak Birleşik Krallık'ın çıkarına mıdır?*", "*Amerikalı tebaanın suyu sıkılarak elde edilecek az bir gelir ve böylece o an Birleşik Krallık'a baskı yapan vergilendirmede önemsiz bir rahatlama olanağı için o gönülsüz tebaayı sözüm ona bağımsızlık iddialarına zorlamalı mıdır?*", "*Kendi çocuklarına savaşın kötülüğüyle mi musallat olmalıdır?*", "*Onları bastırmak için hazinelerini ve askerlerini boşa harcamalı mıdır, gelirin elde edilmesi gereken bölgenin ta kendisini harap etmeli midir?*" şeklinde sorular yönelteceğini belirtmektedir. Düşünür; eğer bu ve benzeri düşünceler, halkın zihniyetini belirlemiş olsaydı, halkın kolonileri vergiye bağlama ve onları baskı altında tutma projesini lanetleyeceğini ve yönetimin projeyi iptal etmek zorunda kalacağını savunmaktadır. Yazar, söz konusu düşünceler halkta egemen görüş hâline gelseydi savaşın yol açtığı harcamalar ve sefaletlerin önlenmiş olacağını, Birleşik Krallık'ın Amerika ile bağlantısının parça parça olmayacağını, eğer hakların ortak çıkarları Birleşik Krallık'ı sakince çözmeye yönlendirseydi, egemen ve tebaa ilişkisi, ebeveyn ve çocuk ilişkisinin eşit fakat yakın ve sürekli bir ortaklığa dönüşeceğini zira iki halkın çıkarlarının örtüştüğünü vurgulamaktadır. Yazar, bu esas gözardı edildiği için mevcut durumda halkların arasında hâlâ içten içe devam etmekte olan açık ya da zımnî düşmanlıkların, orijinal çekişmelerin doğurduğu hoşnutsuzluğun ardılları olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Austin, J. (2014). *Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Çev.; Ülker Yükselbaba-Saim Üye-Umut Koloş), İstanbul: Tekin Yayınevi, s. 64-66. Austin, devamla, eğer milletvekili Burke'nin Amerikan kolonileriyle savaşın faydasız olduğunu savunan görüşleri, (Edmond Burke, Avam Kamarasında yaptığı konuşmada; İngiliz egemenliğiyle Amerikalıların özgürlüğü bağdaşamazsa Amerikalıların kendi özgürlüklerini tercih edebileceklerini, siyasette yüce gönüllülüğün gerçek akıllılık olduğunu, büyük bir imparatorlukla küçük kafaların bağdaşamayacağını, Amerika'yı Amerika yapan şeyin İngiliz özgürlükleri olduğunu ve yalnızca bu özgürlüklerin Amerika'nın bağımsızlığını sağlayacağını ifade etmiştir. Bkz. Tunaya, T. Z. (1969). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: İkinci Baskı, Sulhi Garan

kolonileri; koloniler ahalisinin İngiliz Parlamentosunun seçimlerine katılmadığına göre bu Parlamentosunun kabul ettiği kararların ve kanunların kendilerine uygulanmasının olanaksız olduğunu, İngilizlerin egemenlik yetkilerinin yalnızca kendi ülkelerinde geçerli olduğu, Amerikan kolonilerine doğru söz konusu yetkilerin genişletilemeyeceği ve temsilsiz veya rızasız vergi alınmasının Magna Carta'ya aykırı olduğu<sup>38</sup> görüşünü<sup>39</sup>

Matbaası Varisleri Koll. Şti., s. 369) İngiliz Parlamentosu ve halk tarafından benimsenseydi, bu savaşın olmayacağını belirtmektedir. Austin; Burke'nin parlamento üyelerine, Amerikan kolonilerini baskı altına alma planının başarılı olması hâlinde ne kazanacaklarını sorduğunu ve onlara planın avantajını, tehlike ve maliyetle karşılaştırmaları için yalvardığını fakat iş bitirici insanların yine de vergi üzerinde ısrar ettiklerini ve sağduyulu biçimde bir düzeltici ve teorici olan Burke'ye karşı kafa salladıklarını vurgulamaktadır. Austin, devlet yaşamında olağan olmayan durumların bulunduğunu ve bu durumlarda davranışını fayda temelinde şekillendirmiş insanın fayda ilkesini derhâl ya da doğrudan uygulayacağını savunmaktadır. Yazar, bu tür durumlarda bile fayda ilkesinin anlaşılabilir bir ölçüt ve adil bir çözüm sunması olasılığının yüksek olduğunu, genel iyinin gerektirdiği, dolayısıyla bilge ve iyiliksever Tanrı'nın emirleriyle talep edilen davranışı keşfetme olanağı sağlayacağını belirtmektedir. Bkz. Austin, J. (2014). s. 66- 67.

<sup>38</sup> Gerçekten de büyük çoğunluğu İngiliz göçmeni olan Amerikan kolonisinde yerleşenler, Magna Charta'nın temsilsiz veya rızasız vergi olmaz ilkesine büyük bir bağlılık göstermişlerdir. Nitekim Magna Charta'nın XII. paragrafında; "*Krallığımız dâhilinde, krallığımızın müşterek rızası olmadan hiçbir vergi konmayacak ve para yardımı toplanmayacaktır; meğerki bunlar fidyeye, en büyük oğlumuzun şövalyeliği, en büyük kızımızın düğünü için olsun; bu hallerde bir defaya mahsus olmak üzere ve uygun miktarda para yardımı yapılacaktır. Londra Sitesinin para yardımları için de aynı esas geçerli olacaktır.*" hükmüne yer verilmiş, XIV. paragrafında ise "*Bir para yardımı toplanması, bir vergi konulması konusunda krallığın müşterek rızasını elde edebilmek için krallığın başpiskoposlarını, piskoposlarını, başrahiplerini, kontlarını ve yüksek dereceli baronlarını, şahsen mektupla davet edeceğiz; bundan başka bizden mevki elde etmiş olanları, şeriflerimiz ve kâhyalarımız aracılığı ile davet ettireceğiz, bu davet mektubunda toplantı günü – davetten en az 40 gün sonra olacaktır ve yeri belirtilecektir, davet mektuplarının hepsinde dâvetin sebebini de belirteceğiz, davet böylece yapıldıktan sonra, kararlaştırılan günde davet edilenlerin hepsi gelmesi dahi, mevcut olanların taahhüplerine göre sorununun çözümüne geçilecektir.*" denilerek temsilsiz vergi olamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Magna Carta'nın tam metni için bkz. Özman, A. (1967). *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler*, Ankara: Başnur Matbaası, s. 3-6. Aslında temsilsiz veya rızasız vergi olmaz ilkesi Magna Carta'nın özünü oluşturmaktadır. Soysal'ın belirttiği üzere Büyük Berat olarak adlandırılan Magna Carta, toprak sahibi soyluların kral otoritesini sınırlandırmak ve kendi durumlarını sağlamlaştırmak için giriştikleri uğraşmanın sonucunda kabul edilmiş ve Kral I. John, bu belgeyle onlardan kendi rızaları olmadıkça vergi almayacağına söz vermiştir. Yazar, vergiye rıza ilkesine genellikle büyük önem verildiğini ve bu ilkenin Magna Charta'nın özünü oluşturduğunun benimsendiğini belirtmektedir. Soysal, gerçekte o çağın feodal senyörlerinin zaten kendi rızaları olmadıkça vergi vermediğini, rızasız vergi olmaz ilkesinin daha sonraları "*Kralın uyrukları Parlamentoda temsil yoluyla rızası olmadan vergi salınmaz.*" şeklinde yorumlanarak parlamenter sistemin gelişmesi bakımından önemli rol oynadığını ifade etmektedir. Yazar, Magna Charta'nın o zaman için asıl öneminin krallığın merkezçiliği artırma çabalarıyla feodal beylerin yerleşmiş çıkarları arasında bir denge kurulması olduğunu, senyörlerin güçlü devlet kurmak için girişilecek çabaların insanları temel geçim araçlarından yoksun bırakmamasını istediklerini, temel geçim araçlarından anladıklarının ise ellerindeki büyük topraklar olduğunu savunmaktadır. Bkz. Soysal, M. (1969). *Anayasaya Giriş*, Ankara: Genişletilerek İkinci Yayınlanış, AÜSBFY No.: 271, s. 26-27.

<sup>39</sup> Amerikan kolonilerinin bu görüşünün haklı olduğu, İngiliz John Austin tarafından bile kabul edilmektedir. Austin, devlette egemen yönetimin, Tanrı'nın dünyevi egemenliğine



savunmuşlardır<sup>40</sup>.

Birleşik Krallık'ın, Amerika'daki sömürgelerini vergilendirmeye kalkışması, Amerika Birleşik Devletleri'nin bağımsızlığını kazanmasının temel nedenini oluşturmuştur. Bir başka deyişle, Birleşik Devletler'in verdiği Bağımsızlık Savaşı'nın en önemli nedenlerinden birini, Birleşik Krallık'ın Amerika'daki kolonilerine vergi koymaya çalışması oluşturmuştur. Bu bağlamda ortaya ilginç bir durum ortaya çıkmıştır. Çoğu ülkede ve bu arada Birleşik Krallık'ta vergilendirme yetkisi konusunda yapılan mücadele, vergilendirme gücünün keyfi bir şekilde kullanılmasının sınırlandırılmasına yöneldiği hâlde, Amerika'da yapılan

itaat etmek konusunda Tanrı hukuku ile bağlı oldukları kadar kendi tebaasına karşı da kutsal haklara sahip olduğunu, bu hakların ortak bir üstün koyduğu kanunlarca tebaaya yüklenen ödevlere bakılınca kendiliğinden ortaya çıkacağını, toplumun bütünü'nün yararı düşüncesiyle kendi toplumunun üyelerinin farklı şekillerde yönetime uymaya mecbur edildikleri kadar ayrıca tebaasına karşı gözönünde bulundurulması gereken birtakım ahlaki haklarının da var olduğunu, bu hakların toplumun genelinin düşüncesinden çıkacağını ve ilgili ahlaki ödevleri karşılayacağını savunmaktadır. Austin, egemen bir yönetimin kendi tebaasına karşı şunu veya bunu yapma hakkına sahip olduğunu veya sahip olmadığını söylediğimizde *hak* ile zorunlu olarak Tanrısal veya ahlaki bir hakkı kastedeceğimizi, Tanrı kanunundan kaynaklanan veya toplumun genel görüşünce üyelerine koyulan ve uygun olmayan şekilde *kanun* olarak adlandırdığımız bir kanundan kaynaklanan hakka sahip olup olmadığını zorunlu olarak kastettiğimizi savunmaktadır. Yazar, bununla birlikte bir yönetimin kendi tebaasına karşı şunu veya bunu yapma hakkına sahip olduğunu veya olmadığını söylediğimizde, yaygın bir şekilde söz konusu eylemi genel olarak faydalı veya zararlı saydığımızı kastettiğimizi, eğer fayda standardıyla ölçüldüğünde, bu eylemin Tanrısal kanunla uyduğuna ve bu nedenle yönetimin bu eylemde bulunmak için kendisine Tanrısal kanun tarafından verilmiş bir hakka sahip olduğunu kastetiyorsak kelimenin bu kullanımının hiç de yanlış olmadığını belirtmektedir. Austin, s. 188. Austin, gün gibi aşikâr olan bu gerçeklerin gözardı edilmesi veya yadsınması durumuna örnek olarak, İngilizlerin Kuzey Amerikalı kardeşleriyle giriştiği o korkunç savaşın arifesinde Birleşik Krallık'ta egemen olan o tehlikeli jargonun verilebileceğini ifade etmektedir. Yazar, parlamentoya girip çıkan irili ufaklı insan kitleleri nedeniyle Britanya'da egemen olan yönetimin sömürgelerinde de egemen olduğunu ve eğer sömürgelerinde egemense burada yaşayanlardan vergi alma hakkına sahip olduğunun söylendiğini, milletvekili Burke'nin sömürgelerde yaşayanların vergilendirme projesinin akılsızca olduğunu, bunun sömürgelerde yaşayanlar için olduğu kadar ana vatanda yaşayanlar için de kötülükler gebe bir proje olduğunu söyleyerek bu projeye itirazda bulunduğunu nakletmektedir. Yazar, bununla birlikte vergilendirme planında inatçılık yapanların söz konusu en rasyonel itiraz; Britanya yönetiminin sömürgelerini vergilendirme hakkına sahip olduğu, saçma nitelikte *fayda, çıkar* düşünceleri yüzünden dik başlı tebaasına karşı egemenlik erklerini kullanmaktan geri durmaması gerektiği şeklinde ahmakça cevaplar verdiklerini öne sürmektedir. Austin, eğer *hak* kelimesine belirli bir anlam eklemiş olsalardı, Britanya yönetiminin Tanrı hukuku tarafından Amerikalı tebaasını vergilendirme projesi genel faydaya uygun düşmüyorsa Britanya yönetiminin Amerikalı tebaayı vergilendirme hakkının da yok olduğu zira bütün Tanrısal hakların kaynağının Tanrısal hukuk olduğunu ve Tanrısal hukukun göstergesinin de genel fayda olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda Austin, yarara uygunluk hakkına karşı çıkmamanın bu nedenle söz konusu hakkın kendisinin gerçekliğinin tek ölçütüne karşı çıkmak demek olduğunu da ileri sürmektedir. Bkz. Austin, J. (2014). s. 187-189.

<sup>40</sup> Krş. Güneş, G. (2008). s. 36.

söz konusu mücadele, bağımsızlığın ve vergilendirme yetkisinin kazanılmasına yönelmiştir<sup>41</sup>.

Büyük Britanya ve Kuzey Amerika'daki 13 koloni arasında savaş sürerken, 12 Haziran 1776 tarihinde Virginia İnsan Hakları Beyannamesi'yle 16 maddelik bir haklar bildirgesi kabul edilmiştir. Bu Beyanname'nin 6. maddesinde; kamu yararı için kendi isteği ya da seçtiği temsilcilerin isteği olmaksızın kimsenin malı mülkü için vergi konulamayacağı ve kimsenin bu mülkiyetinden yoksun bırakılmayacağı ifade edilmiş,<sup>42</sup> kısacası temsilsiz vergi olmayacağı ilkesine yer verilmiştir.<sup>43</sup> 4 Temmuz 1776 tarihinde toplanan Kongre ise

<sup>41</sup> Krş. a.g.e. s.36 vd.

<sup>42</sup> Bkz. Özman, A. (1967). s. 8.

<sup>43</sup> Birleşik Devletler'de, Virginia İnsan Hakları Beyannamesi kabul edilmeden önce de *temsilsiz vergi olmayacağı* yönünde önemli çabalar gösterilmiştir. Birleşik Krallık'ın Fransa ile giriştiği Yedi Yıl Savaşları İngiltere bütçesine açık verdimişti. Bu açığı kapamak için İngiltere, daha önce göz yumduğu kaçakçılığı Amerikalılara yasaklamak ve onlardan fazla gümrük resmi ve vergi almak istemiştir. 1763 yılında İngiltere'nin ulusal borç miktarı savaş öncesi dönemin iki katına çıkmış ve faiz yükünün finanse edilmesi, önemli bir sorun oluşturmuştur. Bu durum karşısında o dönemde Maliye Bakanı olan George Grenville, daha önce kolonilere doğrudan vergi konulmamasına rağmen İngiliz Parlamentosunu bu konuda ikna etmeyi başarmıştır. Bu gelişme karşısında İngiliz Parlamentosu *Pul Kanunu* adıyla yeni bir vergi kanunu çıkarmış ve bu yolla kolonileri vergilemiştir. Bu vergiyi Amerikan Kolonileri sert bir tepkide bulunmuş ve bu durum Anglo-Amerikan ilişkilerini etkileyen bir gerilim ve güvensizlik ortamı oluşturmuştur. Bu bağlamda Amerikan bağımsızlık hareketinin koloni liderlerinin Pul Kanunu ismindeki İngiliz vergilerini protesto etmek üzere toplantı yaptıkları 1765 yılında başladığını belirtmek gerekir. Bu olayın önemi oldukça büyük olduğu için süreç hakkında genel bir bilgi vermek uygun düşecektir: Pul Kanunu'na duyulan isyanın temel nedenini *temsilsiz vergi olmaz* ilkesi oluşturmuştur. Aslında bu Kanun'la öngörülen pul vergisine karşı tepkinin değerlendirildiği Pul Kanunu Kongresi sonrası yayımlanan bildiride de temsilsiz vergiyi karşı tepki açıkça belirtilmiştir. Kongre'de vergileme ile ilgili olarak İngiliz Parlamentosuna ağır eleştiriler yöneltilmiş ve Kongre sonucunda "*Haklar ve Haksızlıklar*" adlı bir bildiri yayımlanmıştır. Bu bildiride vergileme ile ilgili olarak bir halkın özgürlüğü için mutlak şekilde gerekli olan ve aynı zamanda İngiliz yurttaşlarının vazgeçilmez hakkı olduğu iddia edilen hiçbir verginin kolonilerin kendi rızaları olmaksızın veya temsilcileri tarafından sunulmaksızın kendilerine yüklenemeyeceği, kolonilerin ilgili yasama organları dışında hiçbir verginin anayasal olarak kolonilere yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşle koloniler, kendi meclislerinde seçtikleri temsilcilerin bulunmadığı İngiliz Parlamentosu tarafından yürürlüğe konulan vergilerin haklarını gasbettiği görüşünü savunmuşlardır. Öte yandan pul vergisinin *dâhili* bir vergi olması da gösterilen tepkilerin önemli bir nedenini oluşturmuştur. Zira o dönemde dâhili vergiler, harici vergilerden farklı olarak ülke içi faaliyetleri vergilemiş ve bu bağlamda vergileme yetkisinin kullanımı konusunda ciddi sorunlar oluşturmuştur. Pul vergisine isyan organize bir nitelik de kazanmıştır. Gerçekten de pul vergisine muhalefet eden "*Hürriyet Çocukları*" adlı gizli bir örgüt kurulmuş, bu örgütün üyeleri bütün pul satıcılarını görevlerinden zorla istifa ettirmiş ve hazırladıkları vergi aleyhtarı broşürlerle tepkilerini açıkça ortaya koymuşlardır. Yine söz konusu örgüt mensupları daha etkili olabilmek amacıyla sokaklarda gösteriler yapmışlar ve "*Yaşamın hürriyet ve kongre!*", "*Temsilsiz vergilere hayır!*" gibi sloganlar ile kararlılıklarını göstermişler ve isyanın teşkilatlı bir hâle gelmesini sağlamışlardır. Buna ilave olarak kolonilerde yaşayan tacirler de Pul Kanunu yürürlükten kaldırılmıncaya kadar Birleşik Krallık'tan yaptıkları ithalat miktarını azaltma yoluyla isyanı desteklemişlerdir. İsyân yüzünden Birleşik Krallık ekonomisi de oldukça olumsuz etkilenmiş, bunun sonucunda İngiliz Parlamentosu tarafından 1766 yılında Pul Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. İngiliz

Amerikalıların özgürlüklerinin temeli kabul edilen 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi'nden yararlanarak “Bağımsızlık Bildirisi”ni ilan etmiştir<sup>44</sup>. Thomas Jefferson tarafından hazırlanan Bağımsızlık Bildirgesi'nde; insanı ilgilendiren olayların akışı içinde, bir halkın kendisini bir başka halka bağlayan siyasi bağları koparmak ve doğa kanunlarının ve Tanrı'nın ona dünya güçleri arasında bağışladığı ayrı eşit yeri almak gereğini

Parlamentosu, Pul Kanunu'nu kaldırmasına rağmen bu vergiden dolayı oluşan gelir kaybını telafi etmek üzere kolonilerin Birleşik Krallık'tan yapacağı ithalate üzerine bir dizi vergiyi öngören Townshed Kanunu'nu yürürlüğe sokmuş ve bu yolla İngilizlerin koloniler üzerindeki egemenlik hakkını garantiye almak istemiştir. Bu Kanun kapsamında kâğıt, boya, cam, kumaş ve çay üzerine vergiler konulmuştur. Bu vergilerin oranları hafif olmasına karşın Amerikalılar vergilere yine de tepki göstermişlerdir. Ortaya çıkan tepkiler karşısında İngiliz Hükümetinin sessiz kalması üzerine Virginialıların girişimi ile ülke genelinde İngiliz mallarına karşı genel bir boykot başlatılmıştır. Bu bağlamda koloni halkı evlerini boyasız bırakarak, yerli kumaştan yapılmış elbiseleri giyerek ve Birleşik Krallık'tan gelen süs eşyalarını kullanmamak suretiyle başlatılan boykotu desteklemişlerdir. Bostonlular ise diğer kolonilerden farklı olarak daha şiddetli tepki göstermişlerdir. İngiliz askerleri ile Boston halkı arasındaki gerginlik, 5 Mayıs 1770 tarihinde ortaya çıkan ve İngiliz askerlerini kartopuna tutan halka karşı ateş açılması üzerine 3 kişinin ölümüyle sonuçlanan olay ile daha da artmıştır. Boston katliamı adı verilen bu olay “İngiliz vicdansızlığı ve İngiliz zorbalığının kanıtı” olarak nitelendirilmiş, koloni halkları isyana çağırılmıştır. Bu olaylar üzerine İngiliz Parlamentosu geri adım atarak kâğıt, boya, cam ve kumaş üzerindeki vergileri kaldırmış ancak egemenlik hakkının sembolü olarak çay vergisini kaldırmamıştır. Çay vergisi, fazla bir mali yük getirmese de Amerikalılar, çay vergisini kabul etmeleri durumunda İngiliz Parlamentosuna her türlü vergiyi koyma olanağını vereceklerini düşünmüşler ve bunu kendileri için bir tehdit kabul ederek mücadeleye girişmişlerdir. Kolonilerin bütünüyle karşı koymasına rağmen İngilizler, Boston Limanı'na getirdikleri gemilerdeki çayı ülkeye sokmak istemişlerdir. Buna karşın Samuel Adams'ın liderlik ettiği bir grup yurttaşın bu olaya muhalefeti oldukça sert olmuştur. 16 Aralık 1773 gecesi Mohawk yerlisi kılığına giren bazı kişiler, çay yüklü İngiliz gemilerine saldırmış ve çay yüklü sandıkları denize boşaltmışlardır. Suyun sığ olmasının etkisiyle denize dökülen çaylar, kısa sürede kabarmaya başlamış ve Boston Limanı suları çay rengini almıştır. Bu olay üzerine yaşanan isyanda rol alanlar *çay partisi* sloganını kullanmışlar ve olay, ironi bir ifadeyle “Boston Çay Partisi” olarak tarihe geçmiştir. Yaşanan bu olay karşısında Birleşik Krallık, yoğun bir siyasi bunalım ile karşı karşıya kalmıştır. Bu çerçevede eğer çayların imhasına karşı ses çıkarılmazsa İngiliz Parlamentosu, koloniler üzerindeki egemenliğinin zayıfladığını dünya kamuoyu önünde kabul etmek zorunda kalacaklarını düşünmüştür. Bu sakıncayı gidermek üzere İngiliz Hükümeti birtakım zorlayıcı kanunlar çıkartma yoluna gitmiştir. Bu zorlayıcı kanunların başında ise Boston Limanı Kanunu gelmiştir. Bu Kanun'a göre, imha edilen çayların bedeli koloniler tarafından ödeninceye kadar Boston Limanı ticari gemilere kapatılmıştır. Bu gelişme karşısında endişeye kapılan koloniler, toplumsal haklarını savunmak ve uzlaşma sağlamak amacıyla, Pul Vergisi Kongresi'nden sonra 5 Eylül 1774 tarihinde Philadelphia'da toplanan İlk Kitasal Kongre'ye temsilciler göndermişlerdir. Kongre'de alınan kararlar çerçevesinde İngiliz Kralı'na duyulan hassasiyeti ifade eden bir bildiri yayımlanmış ve bildiri, Kral'a iletilmiştir. İngiliz Kralı, bu bildiriye yanıt vermemiştir. Bunun üzerine kolonilerde kuralan komisyonlar, yavaş yavaş yönetimi ele geçirmeye başlamış; toplanan asker ve cephanelerle savaş hazırlıkları hız kazanmıştır. 15 Mayıs 1775 tarihinde Philadelphia'da İkinci Amerikan Kongresi toplanmış ve yayımlanan bildiri ile bağımsızlık mücadelesi resmen başlatılmıştır. Altı yıl süren yoğun savaşlardan Amerikalılar galip çıkmış ve 4 Temmuz 1776 tarihinde bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Bu yüzden Boston Çay Partisi İsyanı, Amerikan Bağımsızlık Savaşı'nda önemli bir dönüm noktası oluşturmuştur. Bağımsızlık Savaşı'nın kazanılması ile birlikte vergilendirme yetkisi Amerikan eyalet meclislerine geçmiş, devletin gelir ve giderleri bu meclisler yoluyla tayin ve tespit edilmeye başlanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan, C. C., Dileyici, D., Saraç, Ö., (2012), *Vergi, Zulüm ve İsyan*, Ankara: Phoenix Yayinevi, s. 168-174.

<sup>44</sup> Güneş, G. (2008). s. 37.

duyduğu zaman, insanların fikirlerine duyduğu yerinde saygının, o halkı bu ayrılmaya zorlayan nedenleri açıklamakla yükümlü kılacağını belirtilmiş; bu nedenlerden biri olarak ise *kolonilere rızası olmadan vergi yüklemek* olgusu gösterilmiştir<sup>45</sup>.

## B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ANAYASASI'NDA VERGİDE KANUNİLİK

Birleşik Krallık ile Kuzey Amerika'daki 13 koloni arasında 1775-1783 yılları arasında yapılan Amerikan Bağımsızlık Savaşı ya da diğer adıyla Amerikan Devrimi'nden kolonilerin galip çıkması üzerine 3 Eylül 1783 tarihinde imzalanan Paris Barış Antlaşması'yla Amerika Birleşik Devletleri'nin bağımsızlığı resmen kabul edilmiştir<sup>46</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nin bağımsızlık savaşı vermesinin temel etmenini, kolonilerin kendi kararlarını kendilerinin alacağı ve vergilerin Birleşik Krallık tarafından değil yalnızca kendilerinin hazırlayacakları kanunlarla mümkün olabileceği savı oluşturmasına karşın 1776 yılında kurulan Amerika Konfederasyonu, Amerikan Anayasası'nın 1789 yılında kabul edildiği tarihe kadar vergi toplama yetkisine sahip olamamıştır<sup>47</sup>. Gerçekten de Bağımsızlık Savaşı'ndan sonra ülke, ekonomik ve siyasal anlamda istikrarsızlık dönemine girmiş; her eyalet birbirinden bağımsız bir devlet gibi hareket etmiştir. Eyaletlerde farklı para birimleri kullanılmış, bu paraların çoğu da büyük ölçüde değersiz nitelik taşımıştır. Eyaletler, birbirlerinden ithal ettikleri ürünlerde yüksek miktarda vergi almış; eyalet meclisleri de Bağımsızlık Savaşı sırasında üstlenmiş oldukları borçları ödemeyi reddetmişlerdir. Savaş sonrasında Konfederasyon Meclisiyle oluşturulan Hükûmet, kurulan yeni ülkeyi yönetecek kadar güçlü olamamış; bir yürütme organı ve ulusal mahkemeler düzeninden yoksun bulunmuştur. Söz konusu Hükûmet, eyaletler arasındaki ticareti düzenleyememiş; eyaletler ve vatandaşlarına vergi koyma yetkisine sahip olamamış; yalnızca eyaletlerden gelecek gönüllü katkılara güvenilmiştir. Birbirinden bağımsız ve kopuk olan bu düzene bir çözüm getirebilmek amacıyla Alexander Hamilton

---

<sup>45</sup> Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinin tam metni için bkz. <http://www.tarihiolaylar.com/tarihi-olaylar/amerikan-bagimsizlik-bildirgesi-110>, (Erişim Tarihi, 3/5/2019).

<sup>46</sup> Bkz. <http://www.tarihiolaylar.com/tarihi-olaylar-detay.php?id=112>, (Erişim Tarihi, 3/5/2019).

<sup>47</sup> Güneş, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın kabul edildiği 1789 yılına kadar, Konfederasyon ile idare yönteminin tercihinin bilinçli olduğunu, bu bağlamda Amerikan halkının yeni kavuştukları özgürlüğü kendi elleriyle yok etmek istememelerinin Konfederasyonun temelini oluşturduğunu ifade etmektedir. Güneş, G. (2008). s. 37.

ve diğerleri, eyaletler arasındaki işleyişi düzenleyen Konfederasyon maddelerini gözden geçirmek üzere 1787 yılında Philadelphia'da bir *Anayasa Konvansiyonunun* toplanmasını sağlamışlardır<sup>48</sup>. Rhode Island, ulusal hükûmetlerin eyaletlerin işlerine karışmasını doğru bulmadığını belirterek Konvansiyona katılmasa da katılan delegelerin çoğu Birleşik Devletler Anayasası'nın kaleme alınmasına karar vermişlerdir<sup>49</sup>.

Çeşitli defalar belirtildiği üzere verginin kanuniliğinden kastedilen husus, kanuna dayanmadan bir vergi yükümlülüğünün konulamamasıdır<sup>50</sup>. Verginin kanuniliği ilkesinin arkasında genellikle tarihsel mücadeleler bulunduğu için söz konusu mücadeleyi veren ülkelerin çoğunun anayasasında ve bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda verginin kanuniliği ilkesinin geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak verginin kanuniliği ilkesine anayasalarında açıkça yer veren ülkelerin tümünün bahsedilen mücadeleyi verdiği düşünülmemelidir. Vergide kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğundan verginin kanuniliği ilkesi için mücadele vermese bile birçok çağcıl ülkenin anayasasında, verginin kanuniliği ilkesine açıkça temas edilmiştir.<sup>51</sup> Çağcıl bazı ülkelerde ise verginin kanuniliği

<sup>48</sup> Daha doğru bir deyişle, Amerika Birleşik Devletleri'nin kurucuları Alexander Hamilton, James Madison ve diğerlerinin kafasında güçlü bir merkezî devlet kurma isteği doğmuş, Konfederasyonun birçok hükmünün bu isteği gölgelediğinin farkına varmışlardır. Gerçekten de Konfederasyon hükümleri çerçevesinde, Kongrenin *para dolaşımını* (para tedavülünü) denetim altına alma, ticareti ve vergiyi düzenleme gibi temel yasama işlemleri bakımından yetkisi bulunmamaktaydı. Nitekim Kongre, vergi koyarak gelir artırmayı gerçekleştiremediği için eyaletlerden gelecek gönüllü katkılara bel bağlamıştır. Eyaletlerin katkılarını göndermedikleri durumda ise Kongre yükümlülüklerini karşılayacak paraya sahip olamamıştır. Buna ilave olarak tartışmalı konularda Kongreden kanun çıkartmak ise neredeyse olanaksız bir hâle gelmiştir. Zira her eyaletin bir oyu olmasına karşın bir kanun teklifinin kanunlaşabilmesi için 2/3 oy gerekmiştir. Kongrenin altı yıllık döneminde Kongre üyelerinin üç yıldan fazla hizmet etmesi yasaklandığı için güçlü bir Kongre liderliği oluşamamıştır. Bundan da öte bir kanun çıkarılsa bile oldukça zayıf bir şekilde uygulanmıştır. Yürütme organını, Kongrenin bir komitesi oluşturmasına karşın komitenin icra gücü bulunmamıştır. Konfederasyonu düzenleyen maddelerden değiştirilmesi gereken hatalı hükümleri değiştirebilmek neredeyse imkânsız bir nitelik taşımıştır çünkü bir maddenin değiştirilebilmesi için eyalet yasama organlarının oybirliği aranmıştır. Kısacası Konfederasyonun hükümleri, ulusal bir devlet yaratamamış; onun önsözünde belirtildiği üzere her bir eyaletin egemenliğini koruduğu yalnızca *sıkı bir arkadaşlık birlikteliği* (a firm league of friendship) yaratmıştır. Bkz. Harrigan, J. J., (1992). *Politics and the American Future*, USA: Third Edition, McGraw-Hill, Inc., s. 28, 29.

<sup>49</sup> Amerikan Anayasası'nın hazırlanma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.dunyabulteni.net/tarihten-olaylar/233742/amerikan-anayasasi-nasil-hazirlandi>, (Erişim Tarihi, 3/5/2019).

<sup>50</sup> Vanistendeal, F. (1996). "Legal Framework for Taxation", içinde *Tax Law Design and Drafting*, Editör; Victor Thuronyi, USA: IMF, s. 16.

<sup>51</sup> Örneğin, verginin kanuniliği ilkesi için Türkiye'de herhangi bir önemli mücadele verilmesi

ilkesine anayasalarında açıkça yer verilmese bile anayasada yer alan bazı ilkelerden, vergide kanunilik ilkesinin o ülkede geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Örneğin İsviçre’de vergide kanunilik ilkesinin geçerliliği, Anayasa’da yer alan vergilendirmede eşitlik ilkesinden türetilmektedir.<sup>52</sup> Almanya’da ise verginin kanuniliği ilkesi, 23 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilen *Alman Anayasasında* (Grundgesetz) yer alan iki anayasal ilkeden çıkartılmaktadır.<sup>53</sup> Bunlardan ilk anayasal ilkeyi; Anayasa’nın 1. ve 2. maddelerinde<sup>54</sup> ifade edilen kişi özgürlüğünün ancak kanunla sınırlandırılabilirliğini belirten hükümler, kısacası *kişi özgürlüğünün garantisini* oluşturan kurallar oluşturur.<sup>55</sup> İkinci ilkeyi ise Anayasa’nın 20.

bile Türk Anayasası’nın 73. maddesinde bu ilkeye açıkça temas edilmiştir.

<sup>52</sup> Zira verginin kanuniliği ilkesi, yukarıda belirtildiği üzere, vergilerin kanuna uygun ve doğru olarak alınması anlamına geldiğinden vergide kanunilik ve eşitlik ilkesi birbiriyle birleşmekte, adeta özdeşleşmektedir. Gerçekten de eşitlik, kanun önünde eşitlik veya vergi kanunu önünde eşitlik ilkeleri vergi yükününün doğru konulmasını gerektirmektedir. Kanuna aykırı olarak alınan vergi, bir yandan vergilerin kanuniliği ilkesini ihlal ederken, aynı zamanda, özdeş veya benzer durumda olanlara farklı muamele yapılması sonucunu yarattığından vergi kanunları önünde eşitlik, kanun önünde eşitlik veya anayasal eşitlik ilkesini de (Türk Anayasası’nın “(k)anun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir) ihlal eder. Böylelikle hukuka aykırı bir vergilendirme işlemi vergide kanunilik ilkesine, vergide eşitlik, daha genel anlamda anayasal anlamda eşitlik ilkesine de aykırı düşer. Kendisinden kanuna aykırı olarak fazla vergi alınan bir yükümlü vergide kanunilik ilkesi gereği “doğru” vergi alınmasını isteyebileceği gibi kendisiyle aynı durumda olan bir başka yükümlüye yapılan doğru işleme muhatap olma bakımından eşitlik ilkesine de dayanabilecektir. Yine, hatalı olarak bir yükümlüden eksik veya fazla vergi talep eden idare, bu hatanın düzeltilmesi yoluna “re’sen” (kendiliğinden) gittiğinde bir yandan verginin kanuniliği, diğer yandan eşitlik ilkesine uygun hareket etmiş olacaktır. Bkz. Kumrulu, A.G. (1979). s. 156-157.

<sup>53</sup> Alman Anayasası’nın kanunilik ilkesini gerçekleştiren hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (Haziran 2017). “Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 9, s. 205-219.

<sup>54</sup> Özellikle Anayasanın “özgürlük” başlıklı 2. maddesi ile vergide kanunilik ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten de bu maddede, herkesin başkalarının haklarını ihlal etmedikçe ve anayasal düzen ile ahlak normlarına aykırı düşmedikçe kişiliğini geliştirme hakkına sahip olduğu, yaşam ve beden bütünlüğünün korunması hakkının bulunduğu, kişi özgürlüğüne dokunulamayacağı, bu hakların ancak yasayla sınırlandırılacağı ifade edilmiştir. Konulan her vergi, kişi özgürlüğünü ihlal ettiğine göre bu madde gereği Almanya’da yurttaşlardan istenebilecek her türlü verginin bir kanuna dayanması mutlak bir zorunluluktur. Kişiliğin geliştirilmesi özgürlüğü; yalnızca hareket özgürlüğünden ibaret olmayıp bununla eşanlı olarak anayasal düzenden temel almayarak bir külfet yükleten veya devletin zor yürütüm yoluna dayanmayan temel haklara ilişkin işlemleri de kapsadığına göre Alman Anayasası’nın 2. maddesi, devletin, hukuk devleti ilkesine dayanmayan bütün müdahalelerini yasaklar. Vergi yoluyla kişilerin iktisadi, mali, sosyal ve kültürel özgürlükleri kısıtlandığına göre kanuna dayanmayan veya kanuna aykırı olarak verilen istenen her verginin Anayasaya aykırı olacağı açıktır. Krş. Güneş, G. (2008). s. 62.

<sup>55</sup> Alman Anayasası’nın bu maddeleri ve genel olarak kanunilikle ilgileri konusunda bkz. Dursun, H. (2017). s. 206 vd.

maddesinde ifade edilen *hukuk devleti* ilkesi oluşturur.<sup>56</sup> Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden verginin tarh, tahakkuk ve tahsili işlemi dâhil tüm işlemler için mutlaka kanuni bir dayanağın olmasının şart olduğu anlaşılmaktadır.<sup>57</sup>

İsviçre ve Almanya'nın aksine, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda devletin vergi koyma yetkisi açık bir şekilde gösterilmiştir. Üstelik bu yetki yalnızca federal devlete tanınmamış, bunun yanında *federe devletlere* de (eyaletlere) tanınmış ancak vergi koyma konusunda ana yetkili organı, Kongre oluşturmuştur. Gerçekten de Birleşik Devletler Anayasası'nın, Kongrenin yetkilerini düzenleyen "Yasama" başlıklı 1. maddesinin 8. bölümünün 1. paragrafında; ülkenin her yanında gümrük vergisi, mali yükümlülük ve tüketim vergisi tekdüze olmak koşuluyla Kongrenin, Birleşik Devletler'in ulusal savunmasını ve ortak refahını sağlamak ve borçları ödemek üzere vergi, harç, gümrük vergisi,<sup>58</sup> üretim ve tüketim vergisi koymaya ve tahsil etmeye yetkili olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa'nın bu hükmü gereği vergi konusunda sadece<sup>59</sup> Senato<sup>60</sup> ve Temsilciler Meclisinden<sup>61</sup> oluşan Kongre yetkili kılınmıştır<sup>62</sup>. Ancak bu madde gereği Kongrenin vergi koyma bakımından yetkisi iki bakımdan sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilkinin, Kongrenin koyacağı vergi, harç, gümrük vergisi, üretim ve tüketim vergisininin, bütün eyaletler bakımından *tekdüze* (özdeş) olması gereği oluşturmakta; ikincisini ise Kongrenin yalnızca Birleşik Devletler'in ulusal savunmasını ve ortak refahını sağlamak ve borçlarını ödemek

<sup>56</sup> a.g.e. s. 207 vd.

<sup>57</sup> Vanistendeal, F. (1996). s. 16-17.

<sup>58</sup> Ancak özellikle gümrük vergileri ve dış ticaret üzerinden alınan vergiler alanında kanunlarla yürütme organına, daha doğru bir deyişle Başkan'a yetki devredildiğini belirtmek gerekir.

<sup>59</sup> Bir başka deyişle vergi konusunda Kongreye tekeli bir yetki tanınmıştır.

<sup>60</sup> Amerikan Anayasası'nın 1. maddesinin 3. kısmının 1. paragrafına göre Senato; her eyaletin yasama organı tarafından altı yıl için seçilecek iki senatörden oluşmakta ve her senatörün bir oyu bulunmaktadır. Ancak Anayasa'ya 1913 yılında yapılan XVII. Ek ile senatörlerin seçimi, eyalet yasama meclisinden alınarak o eyaletin halkına verilmiştir.

<sup>61</sup> Amerikan Anayasası'nın 1. maddesinin 2. kısmının 1. paragrafına göre Temsilciler Meclisi; her federe devletin halkı tarafından iki yılda bir seçilen üyelerden ve her bir eyaletin yasama organına seçilirken en fazla oy alan birer temsilciden oluşacağı ifade edilmiştir.

<sup>62</sup> Bu hükmün orijinali şu şekildedir: "The Congress shall have Power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;". Amerikan Anayasası'nın tam metni için bkz. Wilson, J.Q. (1992). s. A7-A23. Bu hükümden *vergi* kavramından ayrılması olanaksız olan vergi suç ve cezalarının ancak Kongre tarafından çıkartılacak bir yasayla konulacağı örtülü bir şekilde anlaşılmaktadır.

üzere vergi, gümrük vergisi, üretim ve tüketim vergisi koyabileceği esası oluşturmaktadır.

Birleşik Devletler Anayasası'nın 1. maddesinin 7. bölümünün 1. paragrafında ise devletin gelirini artırmaya yönelik vergi kanunları için özel bir içtüzük hükmü konulmuştur. Buna göre devletin gelirini artırıcı nitelikte vergi teklifinin ilk olarak Temsilciler Meclisi tarafından önerilmesi gerekmekte<sup>63</sup> fakat Senato, diğer kanun tekliflerinde olduğu gibi vergi teklifinde değişiklik yapmaya veya teklifi olduğu gibi kabul etmeye yetkili bulunmaktadır<sup>64</sup>. Ancak vergi teklifi üzerinde Senatonun değişiklik yapabilmesi için teklifin öncelikle Temsilciler Meclisinde kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte gelir artırıcı niteliği olmayan, daha açık bir deyişle vergi yükünü artırmayan kanun tekliflerinin ilk olarak Temsilciler Meclisi veya Senatoda önerilmesi olanaklıdır. Uygulamada belirli bir miktar paranın belirli bir işe tahsisini öngören, diğer bir deyişle paranın nasıl harcanacağını gösteren kanun teklifinin de ilk defa Temsilciler Meclisinde önerilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır. Zira Temsilciler Meclisinin gelir artırıcı kanunlarda özel bir konumu bulunduğundan onun *Kaynak Bulma Komitesinin* (the Ways and Means Committee) gerek gelir artırıcı gerekse harcama öngören kanun teklifini irdelemesi gerektiği anlayışı benimsenmiş ve bu tip konularda söz konusu Komite oldukça büyük bir güç kazanmıştır<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Diğer kanun teklifleri, ilk olarak Kongrenin kanatlarını oluşturan gerek Temsilciler Meclisi gerekse Senatoda önerilebilmektedir.

<sup>64</sup> Görüldüğü üzere Amerikan Anayasası'nda verginin kanuniliği ilkesi açık bir şekilde düzenlenmemiş, vergilendirme yetkisi esas alınarak ve vergi kanununun tabi olduğu usul vurgulanmak suretiyle verginin kanuniliği ilkesine özel bir görünüm kazandırılmıştır. Bir başka deyişle verginin kanun ile alınması gerektiği noktası üzerinde durulmadan vergi koyma ve toplama yetkisinin Kongreye ait olduğu, vergi kanunlarının Temsilciler Meclisinden teklif edileceği belirtilmiştir. Krş. Güneş, G. (2008). s. 59.

<sup>65</sup> Wilson, J.Q. (1992). s. 300. Kanımızca Amerika Birleşik Devletleri'nde, devletin gelirini artırıcı nitelikteki vergi kanun tekliflerinin ilk olarak Temsilciler Meclisinde önerilmesi gereği, Birleşik Krallık'ta bu nitelikteki kanun tekliflerinin önce Avam Kamarasında görüşülmesi gereğine dayanmaktadır. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere Magna Charta'nın temsilsiz vergi olmaz anlayışını Kral'a benimseten baron ünvanlı soylular, XIII. yüzyıl boyunca kendilerine daha sık danışılması ve görüşlerinin daha düzenli olarak alınması için uğraşmışlardır. Danışılan kimselerin sayısı da genişlemiş, baronlara ilave olarak başka çevrelerden de temsilcilerin toplantılara çağırılması kararlaştırılmıştır. Bu bağlamda XIII. yüzyılın sonunda, İngiliz Parlamentosunun temsil yeteneğinin biraz daha fazla arttığını belirtmek gerekir. Somut bir deyişle 1295 yılında Kral I. Edward'ın düzenlediği toplantı, baronlardan başka şövalyeleri, din adamlarını, kentlerin ve kasabaların eşraf temsilcilerini de bir araya getirdiği için Örnek Parlamento diye bilinmiştir. XIV. yüzyıldan itibaren din adamları artık genellikle bu toplantılara katılmamaya başlamış, Parlamentosunun temel kuruluşunda da bir bölünme olmuştur. Kendilerini krala daha yakın bulan soylular, "Lordlar Kamarası"nda (House of Lords) toplanırken, küçük şövalyelerle kentlerin ve kasabaların



Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda vergiyle ilgili bu genel hükümler dışında vergiyi, maddi ve usule ilişkin açılardan sınırlandırıcı birtakım hükümlere de yer verilmiştir. Bunlardan ilki, Anayasa'nın 1. maddesinin 9. bölümünün<sup>66</sup> 3. paragrafıdır. Bu paragrafta; Kongrenin, “*vatandaşlık haklarının alınmasına ilişkin kanun, medeni ölüm kanunu*” (Bill of Attainder) veya “*geçmişe yürürlüğü*” (ex post facto) kanun çıkartmasının yasak olduğu ifade edilmiştir. Bu hükmün hatalı bir şekilde, vergi kanunlarının geçmişi etkilemesini açıkça yasaklamadığı sonucuna varılmaktadır. Bu yüzden de Birleşik Devletler kanun koyucusu, Kongre, *kanunların geriye yürümezliği ilkesi* (principle of nonretroactivity) hakkında hukuken bağlayıcı bir kural bulunmadığı düşüncesiyle, vergi kanunlarının geçmişi etkilemesi konusunda takdir yetkisini kullanarak kimi durumlarda vergi kanunu hükümlerini geriye yürütmekte, kimi durumlarda ise geriye yürütmemektedir. Örneğin Kongre, özellikle teknik düzeltme içeren bazı vergi kanunu değişikliklerini açıkça geriye yürütmektedir. Buna karşın Kongre, tam tersine kimi durumlarda vergi kanununun geriye yürütülmemesine azami ölçüde özen göstererek vergi kanunu değişikliği *görünürde geleceğe yönelik* (nominally prospective) olsa bile vergiyi doğuran olayın sürdüğü, tamamlanmadığı durumlarda bile geçiş hükümleri koyarak vergi kanunu hükümlerinin geriye yürümezliğine azami özeni göstermektedir<sup>67</sup>. İlginçtir, Amerika Birleşik Devletleri Federal Temyiz Mahkemesi, Kongrenin kimi durumlarda vergi kanunu hükümlerini geriye yürütmesini belirli koşullar altında hukuka

eşrafı, kısacası burjuvazi, *vergi* konusunda düşünceleri sorulduğu zaman ne diyeceklerini önceden kararlaştırmak için ayrıca bir araya gelmişlerdir. Lordlardan ayrı olarak toplananların meydana getirdiği meclise zamanla “*Avam Kamarası*” (House of Commons) denmiştir. Bundan böyle vergi teklifleri, daima, seçme ve seçilme hakkının genişletilmesiyle halkın seçtiği temsilcilerden oluşan Avam Kamarasında görüşülmüştür. Günümüzde 630 milletvekilinden oluşan Avam Kamarası, vergi konusunda tek yetkili organı oluşturmuştur. Lordlar Kamarası, Avam Kamarası tarafından kabul edilen bir vergi kanununu en fazla bir ay geciktirebilmekte, geri çevirememektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, M. (1969). s. 27-37. Görüldüğü üzere Birleşik Krallık'ta tarihsel olarak vergi konularken önceleri Avam Kamarasına danışılmış ve temsilsiz vergi olmaz anlayışı çerçevesinde vergi kanunları, mensupları seçimle göreve gelen Avam Kamarası (Lordlar Kamarası mensupları hiçbir zaman seçimle göreve gelmez) tarafından kabul edilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere Birleşik Devletler Anayasa'nın ilk hâlinde yalnızca Temsilciler Meclisi üyelerinin halk tarafından seçilmesi esası benimsendiği için İngilizlerden gelme bir gelenekle vergi tekliflerinin ilk defa Temsilciler Meclisinde kabul edilmesi anlayışı egemen olmuştur. Ancak bu geleneğin Amerika Birleşik Devletleri bakımından 1913 yılından beri kanımızca bir anlamı kalmadığını belirtmek gerekir. Zira yukarıda değinildiği üzere 1913 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile senatörlerin de halk tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir.

<sup>66</sup> Anayasa'nın bu bölümünde Kongreye yasaklanan hususlar düzenlenmektedir.

<sup>67</sup> Vanistendeal, F. (1996). s. 24.

uygun bulmaktadır. Örneğin Federal Temyiz Mahkemesi, 1994 yılında United States-Carlton'a karşı davasında vermiş olduğu kararda, vergi kanunlarının geçmişe yürür bir şekilde uygulanmasının *yasamanın meşru amacıyla makul bir şekilde ilişkili ise* (is rationally related to a legitimate legislative purpose) olduğu sonucuna varmıştır<sup>68</sup>.

Ancak Birleşik Devletler'de vergi suç ve cezalarının vergi yükümlüsünün aleyhine olarak geriye yürütülebileceği asla düşünülmemelidir. Zira Anayasa'nın yukarıda bahsedilen 1. maddesinin 9. bölümünün 3. paragrafındaki "geçmişe yürürlü" (ex post facto) "kanun çıkartılmasının yasak olduğu" ilkesinden anlaşılması gereken hususu, suç ve ceza normunun failin aleyhine hiçbir şekilde geriye yürütülemeyeceği esası oluşturmaktadır<sup>69</sup>. Bu bağlamda yeni bir vergi suç ve cezası koyan veya mevcut suç ve cezayı vergi yükümlüsünün aleyhine olarak artıran bir norm, hiçbir şekilde geriye yürütülemeyecektir. Zira böyle bir geriye yürütme, Anayasa'nın 1. maddesinin 9. bölümünün 3. paragrafı engel oluşturacaktır.

Birleşik Devletler Anayasası'nda tarihsel açıdan vergi konusunda sınırlandırıcı bir başka hususu, *dolaysız vergi* (direct tax) oluşturmuştu. Daha somut bir deyişle Anayasa'nın 1. maddesinin 9. bölümünün 4. paragrafında; Kongrenin, eyaletlerin nüfus hesabı veya nüfus sayımı ile orantılı olmadığı takdirde herhangi bir *kelle vergisi* (capitation) veya başka bir doğrudan vergi alamayacağı ifade edilmişti. Bu hüküm çerçevesinde Kongrenin alacağı doğrudan verginin eyaletlerin nüfusuna göre paylaştırılması esası benimsenmiştir. Birleşik Devletler Federal Temyiz Mahkemesi, 1895 yılında vermiş olduğu Pollock-Farmers' Loan ve Trust Co'ya karşı davasındaki kararında, söz konusu paragrafın eyaletlerin nüfusunu dikkate almaksızın, 1894 yılında çıkartılan Gelir Vergisi Kanunu'nun geçerliliğine engel oluşturduğunu belirtmiştir. Federal Temyiz Mahkemesinin bu tutumundan hoşnutsuzluk duyan Anayasa koyucu, 1913 yılında Anayasa'ya koyduğu XVI. ek ile söz konusu kararı geçersiz kılmıştır. Bu ekte; Kongrenin eyaletler arasında bir paylaşırma yapmaksızın ve herhangi bir nüfus sayımı ya da hesaplamayı dikkate

---

<sup>68</sup> Bkz. a.g.e., s. 25 ve dn. 50. Federal Temyiz Mahkemesinin bu içtihadından keyfilik taşıyan ve geçmişe yürütüldüğü dönem açısından ölçsüz olduğu kabul edilen bir hükmün anayasa yargısı tarafından iptal edilebileceği anlaşılmaktadır.

<sup>69</sup> Krş. Dursun, H. (Ocak 2018). "Amerika Birleşik Devletleri'nde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 33, s. 467.

almaksızın, hangi kaynaktan doğarsa doğsun, bütün gelirlere el koyma ve gelirleri tahsil etme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Ancak Anayasanın XVI. ekinde ifade edilen “gelir” (income) ibaresinin Federal Temyiz Mahkemesi tarafından göreceli olarak dar yorumlandığını belirtmek gerekir. Gerçekten de Federal Temyiz Mahkemesinin 1920 yılında verdiği Eisner-Mocomber’e karşı davasındaki kararında, irdelenen Kanun’un Anayasa’nın XVI. ekinin kastettiği anlamda geliri (income) vergilendirip vergilendirmediği titiz bir şekilde incelenmiştir<sup>70</sup>.

Birleşik Devletler Anayasası, dolaysız vergilerin ödenmesinin, siyasal katılma, bu bağlamda seçme ve seçilme hakkının önünde bir engel olmasını da istememektedir. Gerçekten de Birleşik Devletler’de kimi eyaletler, yoksulların ve zencilerin oy vermelerini engellemek için kendilerinin koymuş oldukları *kelle vergisi* (poll tax) veya diğer vergilerin ödenmesini koşul olarak öne sürmüşlerdir. Bu koşuldan hoşnutsuzluk duyan Anayasa koyucu, Anayasa’ya 1964 yılında yaptığı XXVI. ek ile sorunu gidermiştir. Bu hükme göre başkan ya da başkan yardımcısı için yapılacak *ön seçimde* (aday yoklaması), başkan ya da başkan yardımcısı seçimleri için *Seçiciler Kurulu* (ikinci seçiciler) veya Kongrede Senatör veya *Temsilciler Meclisi üyeliği* (milletvekilliği) seçiminde oy vermek, Birleşik Devletler ya da herhangi bir eyalet tarafından *kelle vergisi* (poll tax) veya başka bir verginin ödenmemesi nedeniyle reddedilemeyecek veya kısıtlanamayacaktır.

Bu kısmı kapatmadan önce Birleşik Devletler’de geçerli federalizmin vergide kanunilik ilkesi üzerinde etkisini irdelemek uygun olacaktır. Amerika Birleşik Devletleri’nde devlet sisteminin en önemli niteliği federalizm olmasına rağmen gariptir ki Anayasa’da ne *federalizm* ne de *federal* sözcüğü kullanılmıştır. Bu sözcükleri kullanmamasına karşın Anayasa, federal devletin yetkilerini *devredilmiş veya sayılmış* (delegated or enumerated) olarak<sup>71</sup> göstermekte ve federe devletlerin *tekelci* (reserved) yetkilerine temas etmektedir. Bunun yanında Anayasa’da, *eşanlı yetkiler* (concurrent powers) olarak adlandırılan, hem federal devlete hem de federe devletlere tanınan yetkiler gösterilmiştir. Bu yetkilerden birini, vergiyi öngören kanunlar oluşturmaktadır. Hem federal devletin hem de federe devletlerin vergi kanununu çıkarmak yetkisi bulunmakta,

---

<sup>70</sup> Vanistendeal, F. (1996). s. 17, 18.

<sup>71</sup> Anayasa’nın 10. Ekinde; Anayasa’da federal devlete devredilmemiş yetkiler ile eyaletlere yasaklanmamış yetkilerin ilgili eyaletlere veya insanlara ait olduğu ifade edilmiştir.

kısacası söz konusu yetki hem federal hem de federe düzeyde geçerli bulunmaktadır. Bu çerçevede federal devletin yasama organı olan Kongre aracılığıyla bir vergi kanunu çıkarabileceği gibi eyaletlerin yasama organları da çıkaracakları kanunlarla kendi eyalet sınırları içinde geçerli olmak üzere vergi koyabileceklerdir<sup>72</sup>.

### C. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASINDA VERGİDE KANUNİLİK

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Birleşik Devletler Anayasası, vergi yetkisinin yürütme organına devri bakımından yasakçı bir tutum takınarak yetki devrine olanak tanımamış, katı bir şekilde kanunilik ilkesini benimsemiştir<sup>73</sup>. Kanımızca Birleşik Devletler'de katı bir şekilde vergide kanunilik ilkesinin benimsenmesinin altında yatan temel nedeni, bu ülkede katı bir şekilde erkler ayrılığı kuramının benimsenmesi oluşturur. Gerçekten de erkler ayrılığı kuramının günümüzde en duyarlı olarak korumaya çalıştığı alanı *vergi* oluşturmaktadır<sup>74</sup>. Bu

<sup>72</sup> Bkz. Harrigan, J.J. (1992). s. 60. İncelenen bu anayasal hükümler çerçevesinde, Amerikan halkının kendisini temsil eden kişiler aracılığıyla kendi kendisini vergilendirdiği dolayısıyla vergide ve vergiden ayrılması olanaksız olan vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine aşırı ölçüde değer verdiği ortadadır. Krş. Güneş, G. (2008). s. 59.

<sup>73</sup> Yürütme organına vergilendirme yetkisinin tanınması bakımından anayasalar farklı tutum izlemişlerdir. Bu bağlamda bir yanda Amerika gibi bazı ülkeler yürütme organına vergilendirme konusunda hiçbir yetki tanımazken diğer uçta bazı ülkelerin anayasalarında vergide kanuni bir dayanağı bulunması aranmakta, eğer anayasa genel olarak yasama yetkisinin devrini kabul ediyorsa vergilendirme yetkisi bakımından da yürütme organına yetki devrine izin verilmektedir. Orta yolu tutan kimi anayasalar ise yasama yetkisinin devrine sınırlar koymakta ve vergi için sıkı bir şekilde kanunilik esasını benimseyerek verginin temel veya ana unsurlarının yetki devrini öngören kanunda bulunmasını aramaktadır. Verginin temel veya ana unsurlarını; vergi yükümlüsü, vergiyi doğuran olay veya verginin konusu, matrahi ve yönetimi konusundaki kurallar oluşturmaktadır. Bu durum, yürütme organına yetki devrini öngören bir vergi kanununda vergiyle ilgili tüm kuralların yer almasının şart olmadığını ortaya koymaktadır. Devredilen yetki çerçevesinde yürütme organının yapacağı düzenlemelerin çerçevesi o ülkenin anayasa ve idare hukuku tarafından çizilmektedir. Kimi durumlarda ise eğer ülkenin anayasası izin veriyorsa hükümete, vergilendirme yetkisi konusunda *kanun hükmünde kararname* (decree) çıkarma yetkisi verilmektedir. Vanistendeal, F. (1996). s. 17. Yürütme organına vergilendirme yetkisi tanınması bakımından Türk Anayasası orta yolu tutmuştur. Gerçekten de Anayasa'nın 73. maddesinde; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Cumhurbaşkanına verilebileceği ifade edilmiştir.

<sup>74</sup> Ancak özne vergi işlemlerinin yürütme tarafından gerçekleştirilmesine erkler ayrılığı kuramının engel olmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de katı veya sert erkler ayrılığı kuramı, yasama ve yürütme organları arasında kesin ve net bir ayrımı gerektirdiği için vergi ile vergi muafiyet ve istisnalarının konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasının ancak yasama organı tarafından çıkartılan kanunlarla gerçekleştirilebileceğini varsayar. Bununla birlikte vergilerin özne (subjektif) nitelik taşıyan tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleri,

bağlamda verginin ancak kanunla konulacağı kuralının yukarıda ayrıntılı belirtildiği üzere Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda ilke olarak açıkça yer almasa da anayasal içtüzük kurallarıyla duraksamasız bir şekilde benimsendiğini ve bu durumun son derece olağan olarak karşılanması gerektiğini belirtmek gerekir. Zira yine yukarıda belirtildiği üzere Amerikan Kongresinin tarihsel açıdan kazandığı temel yetkiyi *vergileendirme* oluşturmuştur. Öte yandan kişilerin hak ve özgürlük alanına yönelen en etkin ve ağır müdahaleyi vergi oluşturduğuna göre verginin kanun ile konulmasının kişi hak ve özgürlükleri açısından temel bir güvence oluşturacağı ortadadır. Hak ve özgürlüklerine müdahale edilmemesi konusunda son derece duyarlı olan Amerikalıların vergide kanunilik ilkesini sıkı bir biçimde korunmasını istemelerinin Birleşik Devletler Anayasası'na söz konusu ilkenin konulmasının bir başka gerekçesini oluşturduğu ortadadır<sup>75</sup>.

Bununla birlikte, Birleşik Devletler Anayasası'nda katı bir şekilde benimsenen vergide kanunilik ilkesinin uygulamaya tam olarak yansımadığını belirtmek gerekir. Her şeyden önce yukarıda belirtildiği üzere Kongre, çıkarmış olduğu kanunlarla Amerika Birleşik Devletler Başkanı'na özellikle gümrük ile dış ticaret alanında vergi ve diğer mali yükümlülükler koyma bakımından<sup>76</sup> yetki vermiştir<sup>77</sup>.

---

yürütmenin yetki alanındadır. Yürütme organı, vergide kanunilik ilkesi gereği bu konularda kural olarak bağlı yetkiye sahiptir. Vergi alanında idareye takdir yetkisi tanınan durumlar, (örneğin uzlaşma ve feragat gibi) çok ayrıksı durumlarda söz konusu olmaktadır. Öte yandan erkler ayrılığı kuramının gereği olarak yasama ve yürütme erklerinin vergileme alanındaki düzenleme yetkilerini belirlemenin kolay olmadığını da belirtmek gerekir. Bu konuda vergileendirmenin temel öğelerine ilişkin olan düzenlemelerin yasama organı, vergileendirme tekniği ve ayrıntılarına ilişkin düzenlemelerin yürütme organı tarafından yapılması gerektiği ileri sürülebilir de bu ölçüt kesin bir alan ve yetki ayrımını gerçekleştirilememekte, zaman zaman iç içe geçmeler ve duraksamalar ortaya çıkabilmektedir. Yine çağdaş demokratik gelişim içinde erkler ayrılığı kuramının yasama ve yürütme güçleri arasındaki ayrım açısından yumuşamış olduğu, kurumlar dengesinin yürütme yararına bozulmuş olduğunu belirtmek gerekir. Bu olgunun en önemli nedenini, devletin sosyal nitelik kazanması dolayısıyla ekonomiye etkin biçimde ve zamanında müdahale edebilmesi zorunluluğu oluşturmaktadır. Söz konusu zorunluluk kendisini vergileendirme alanında daha da açık olarak duyurmuştur zira verginin ekonomiye müdahalede en uygun aracı oluşturduğu ortadadır. Bkz. Çağan, N. (1980). s. 133, 134.

<sup>75</sup> Krş. a.g.e. s. 133.

<sup>76</sup> Aslında Birleşik Devletleri'nde, başkanlar, Kongreden uygulamada belirli zamanlarda değişik vergiler bakımından yürütme lehine bazı geçici değişiklik yapma yetkileri istemelerine karşın dış ticaret ve gümrük vergisi oran ve tarifelerini düzenleme yetkisi dışında onların diğer talepleri karşılanmamıştır. Krş. Güneş, s. 59, 60.

<sup>77</sup> Nitekim Birleşik Devletler Başkanı Trump bu yetkisine dayalı olarak özellikle Çin'den ithal edilen mallara ek vergi ve diğer mali yükümlülükler koymuştur.

İkinci olarak vergi kanununun yürütülmesi bakımından da vergide kanunilik ilkesinin uygulamaya tam olarak yansımadağını belirtmek gerekir. Gerçekten de Kongrenin vergi konusunda bir kanun çıkarmasıyla bütün iş bitmemekte, kanunun yürütülmesi de gerekmektedir. Birleşik Devletler’de vergi kanunlarını yürütme görevi, idari organlara bırakılmıştır. Birleşik Devletler’de vergi kanunlarını yürütme görevinin iki yönü bulunmakta olup bunlardan ilkinin kanunun yorumlanması, ikincisini ise uygulanması oluşturur<sup>78</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde, vergi kanununun nasıl uygulanması gerektiği kural olarak belirli ve istikrarlı olduğundan ve bu durum kanunilik ilkesi bakımından pek fazla bir sorun doğurmadığından, vergi kanunlarının yorumu üzerinde durmak daha uygun olacaktır. Çünkü Birleşik Devletler’de vergi kanunlarının yorumu, kanunilik ilkesinden bazı noktalarda sapmalar göstermektedir.

1986 yılında önemli ölçüde değiştirilen İç Gelir Kanunu’nun 7805. maddesinin<sup>79</sup> (a) bendinde açıkça Hazine Sekreterliğinin bu başlığın uygulanması bakımından gerek duyulan kural ve düzenlemeleri yayımlayacağı ifade edilmiştir. Sekreterliğin söz konusu yayımları *yorumlayıcı düzenlemeler* (interpretative regulations) olarak adlandırılmaktadır. Buna ilave olarak Kanun’un değişik kısımlarında, belirli temel kavramların söz konusu sekreterlik veya onun yetki devretmesiyle diğer idari birimler tarafından tanımlanacak düzenlemelerle uygulanacağı belirtilmiştir. Hazine veya başka idari

---

<sup>78</sup> Rice, S. J., *Introduction To Taxation*, (1994). Ohio-USA: South-Western Publishing Company Co., s. 13-16.

<sup>79</sup> Bu maddede öngörülen idari düzenlemenin *geçmişe uygulanması* (retroactive application) olgusu yüzünden *vergide kanunilik* ilkesinin zarar gördüğünü belirtmek gerekir. Gerçekten de Birleşik Devletler’de kimi zaman gerek vergi kanununun amacının aksine yapılan yorumlamalar gerekse yeni bir vergi kuralı koyucu düzenlemeler yoluyla vergide kanunilik ilkesinden sapmalar görülebildiğini belirtmek gerekir. Nitekim “Birleşik Devletler İç Gelir Kanunu’nun” (U.S. Internal Revenue Code) 7805 maddesi, idari düzenlemelerin geçmişe yürürlüğü konusunda ilginç bir duruma yer vermiştir. Tipik olarak vergi kanununun yorumlayan idarenin düzenlemeleri ve diğer normatif işlemleri, vergi kanununun yorumlandığı tarihte yürürlüğe girer. Zira başka türlü bir tutum, aynı kanunun belirli bir tarihe kadar başka bir anlamda ve o tarihten sonra farklı bir anlamda yorumlanması gibi garip bir duruma yol açar. Vergide kanunilik ilkesi gereği, vergi yükümlülere bakımından *sürpriz* (beklenmeyen) niteliğinde olan yeni bir vergi kuralının geleceğe yönelik bir etki doğurmasını şart koşar. Ancak 7805. madde, vergi kuralının geçmişe etki doğurup doğurmadığını Hazine Müsteşarlığının takdirine bırakmaktadır. Bu madde, Hazine Müsteşarlığının yayımladığı kuralın geçmişe uygulanabilirliği üzerine karar vermeye yetkili olduğunu öngörmektedir ki (bkz. Vanistendeal, F. (1996). s. 27) bunun vergide kanunilik ilkesinin açık bir ihlali olduğu ortadadır.

organının bu tip düzenlemeleri ise “*kural koyucu düzenlemeler*” (legislative regulations) olarak adlandırılmaktadır. İster yorumlayıcı ister kural koyucu nitelikte olsun düzenleme yapılabilmesi için Kongrenin yasama yetkisinin bir kısmını Hazine Sekreterliğine devretmesi gerekmektedir. Kural koyucu düzenlemeler neredeyse kanun gücüne eşit sayıldığından, yetki devrinin, özellikle bu tip düzenlemeler açısından yapılmasının özellikle zorunluluk oluşturduğunu belirtmek gerekir. Bundan başka Kanun’un 6653. maddesinin (a) bendinde; aldatma güdüsü olmasa bile Hazine Sekreterliğinin yaptığı bu düzenleme türlerinden birisini ihmal ederek herhangi bir verginin noksan ödenmesi durumunda %5 ilave vergi zammının alınacağı belirtilerek bu düzenlemelerin vergi hukuku sistemindeki önemi daha da artırılmıştır<sup>80</sup>.

Hazine Sekreterliğinin çıkarmış olduğu her iki tip düzenlemeye karşı yargı yoluna başvurulabilmektedir. Sekreterliğin yaptığı bu düzenlemelerin amacı, Kongre tarafından kabul edilen yasaları açıklamak ve somutlaştırmaktır. Eğer yapılan bu düzenlemelerin Kongrenin yetki devriyle verdiği kanunun amacıyla uyumsuz olduğu anlaşılırsa yapılan düzenleme, mahkeme tarafından *geçersiz* (null, void) kılınmaktadır. Bununla birlikte bir vergi mükellefinin Hazine Sekreterliğinin yapmış olduğu bir düzenlemeyi hukuka aykırı olduğu savıyla mahkemeye başvurup iptal ettirebilmesi oldukça zor gözükmektedir. Zira davacı, düzenlemenin hukuka aykırılığı konusunda ağır bir ispat yükü altında bulunmaktadır<sup>81</sup>.

Hazine Sekreterliğinin yapmış olduğu düzenlemeler, kural olarak “*Federal Sicil*” (Federal Register) adlı dergide, öncelikle “*öneri*” (proposed) şeklinde yayımlanmaktadır. İlgili tarafların bu öneriye, yayımlanma tarihinden itibaren 30 gün içinde görüş vermeleri gerekmekte olup bu görüşlerin toplanmasından sonra kimi durumlarda “*öneri*” ya geri çekilmekte veya *değiştirilmektedir*. Ancak daha sıklıkla söz konusu öneri, *sonraları Federal Sicil Dergisi’nde “Hazine Kararı”* olarak yayımlanmaktadır. En sonunda ise yayımlanan öneriler Federal Düzenlemeler Kodu’nun 26. başlığında bir araya getirilmektedir. Eğer bu kodda köklü değişimler olursa Hazine Sekreterliği; sık sık, halktan görüş almadan “*Geçici Düzenlemeler*” (Temporary Regulations) yapma yoluna da gitmektedir.

---

<sup>80</sup> Rice, S.J. (1994). s. 6-13.

<sup>81</sup> a.g.e. s. 6-13.

Geçici düzenlemelerle öneri düzenlemelerini birbirine karıştırmamak gerekir. Çünkü geçici düzenlemeler, öneri düzenlemelerinin aksine yasal olarak bağlayıcı bir kimlik taşımaktadır<sup>82</sup>.

Birleşik Devletler’de vergide kanunilik ilkesi incelenirken gözardı edilmemesi gereken başka bir noktayı, Hazine Sekreterliğinin alt birimini oluşturan *İç Gelir İdaresinin* (Internal Revenue Service, IRS) yapmış olduğu düzenlemeler oluşturmaktadır. İç Gelir İdaresinin yapmış olduğu düzenlemeler, Hazine Sekreterliğinin yapmış olduğu düzenlemelerden iki bakımdan farklıdır. Bu farklılıklardan ilkinin, IRS’in yaptığı düzenlemelerin yayımlanmasının Hazine Sekreterinden ziyade İç Gelir İdaresinin Komiserine ait bir görev olmasıdır. Bu durum ulusal vergi gelirlerini toplamaktan sorumlu olan IRS’in yapmış olduğu gelir düzenlemelerinin İç Gelir Kanunu’nun resmî yorumu olduğunu somut olarak ortaya koymaktadır. Ayrıca bu durum, gelir düzenlemelerinin özellikle Kongrenin vergi koyma yetkisinin idari olarak genişlemesi olan kural koyucu düzenlemeler kadar gücünün bulunmadığını da somut bir şekilde kanıtlamaktadır. İkinci fark, gelir düzenlemelerinin kapsamının hazine düzenlemelerinin kapsamından daha sınırlı bir nitelik taşımasıdır. Çünkü gelir düzenleme veya işlemleri, belirli bir dizi olgu dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Daha açık bir deyişle gelir işlemleri sık sık IRS’in merkez teşkilatına vergi mükellefleri tarafından gönderilen ve ileride yapılması düşünülen işlemlerin ne gibi vergi sonucu doğuracağına ilişkin sorulara verilen resmî yanıtlardan oluşmaktadır<sup>83</sup>.

IRS, resmî yanıtlar yanında vergi mükelleflerine *özelge* de<sup>84</sup> (Determination Letter) göndermektedir. Özelge ile gelir düzenlemeleri birbirinden farklıdır. Her şeyden önce *gelir düzenlemeleri*, komiser tarafından yayımlanmasına karşın *özelgeler*, bölge müdürü (district director) tarafından yayımlanmaktadır. Bunun yanında gelir düzenlemesinin aksine *özelge* tamamlanmış nitelikteki idari vergi işlemleri için verilmekte ve halka duyurulmamaktadır<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> a.g.e. s. 13-16.

<sup>83</sup> a.g.e. s. 14-16, 15-16.

<sup>84</sup> Mukteza.

<sup>85</sup> Rice, S.J. (1994). s. 15-16.



### III. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE VERGİDE KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ GEREKEN İKİ ÖZEL DURUM

Bu kısımda Birleşik Devletler'de vergide kanunilik ilkesi bakımından özellik gösteren iki durum incelenecektir. Bunlardan ilkini *suç pazarlığı*, ikincisini ise *özün biçime önceliği öğretisi* oluşturmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olsa da burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki suç pazarlığı, vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine aykırı düşmesine karşın özün biçime önceliği öğretisi söz konusu ilkeye aykırı düşmez.

#### A. SUÇ PAZARLIĞI

Geniş anlamda *vergi* kavramına atlanılabilen *vergi suç ve cezalarında* kanunilik ilkesinin gereği olarak vergi idaresi, vergi yükümlüsü ile onun vergi yükümlülüğü üzerinde pazarlık yapamaz. Zira vergi cezasını öngören kanunun vergi cezasının ödenmesinin gerekli olduğunu belirten hükmünün katı bir şekilde uygulanması gerekmekte ve vergi idaresinin vergi cezasının miktarını düşürmek bakımından yetkisi bulunmamaktadır. Bunun gibi, mahkemeler tarafından yapılacak yorumlarla vergi cezası öngören kanunların uygulanmasında bir esneklik de sağlanamaz. Öte yandan vergi cezası öngören kanunun katı bir şekilde uygulanması ve vergi idaresinin vergi cezasını düşürememesi, kamu düzeninin bir gereğini de oluşturmaktadır. Bu durum, toplum yaşamında vergi cezası öngören kanunların özel bir statüsünün bulunduğu açık bir şekilde göstermektedir. İşte Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan *suç pazarlığı* (plea bargaining), vergi cezasını öngören kanunun bu özel statüsüne zarar vermektedir. Aslında vergi cezası üzerinde vergi idaresi ile yükümlünün pazarlık yapması işin doğasına da aykırıdır. Zira nasıl ki suç üzerinde polis ile suçlunun anlaşma yapması olanaklı değilse vergi suç ve cezaları açısından da aynı esasa geçerli olması gerekir.<sup>86</sup> Bu esasa karşın Birleşik Devletler'de temel suç ve cezalar bakımından olduğu gibi vergi suç ve cezaları bakımından da yaygın bir şekilde suç pazarlığı kurumu uygulanmaktadır. Suç pazarlığı, vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine açıkça aykırı düşmektedir. Suç pazarlığının vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine nasıl aykırı düştüğünü gösterebilmek vergi suç ve cezaları bakımından öngörülen suç pazarlığı hakkında genel bir bilgi vermek uygun olacaktır.

---

<sup>86</sup> Krş. Vanistendeal, F. (1996). s. 18-19.

Amerika Birleşik Devletleri İç Gelir İdaresinin 7 Temmuz 2004 tarihinde yayımladığı “Suç Pazarlığı Anlaşması ve Cezalandırma Süreci” (Plea Agreements and Sentencing Process) Kılavuzu’nda, vergi idaresinin vergi mükellefi ile suç pazarlığı yapması süreci ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Bu kılavuzda bir vergi yükümlüsünün vergi ile ilgili suç soruşturmasının her aşamasında suç pazarlığı yapabileceği ancak suç soruşturmasını yapan idarenin vergi yükümlüsü ile suç pazarlığı yapma yetkisinin bulunmadığı, bu yetkinin yalnızca *Adalet Bakanlığına* (Department of Justice) ait olduğu, mükellefin suç pazarlığını başlatma veya müzakere yapabilmek için avukat tarafından temsiline şart olduğu ifade edilmiştir.

Kılavuzda, idari soruşturmalarda “acele suç pazarlığı programı”nın da (expedited plea program) olanaklı olduğu ifade edilmiştir. Daha açık bir deyişle vergi mükellefinin yasal gelir kaynağının idari olarak soruşturulduğu her durumda, mükellefin avukatı yoluyla acele suç pazarlığı programına katılma talebinde bulunabileceği, bununla birlikte Adalet Bakanlığının bu talebi kabul etmesi durumunda vergi mükellefinin nihai anlamda vergilerden doğan geleneksel sorumluluğunun hiçbir şekilde azalmayacağı ifade edilmiştir.

Kılavuzda, acele suç pazarlığı programında soruşturma süreci de ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Bu bağlamda söz konusu program kapsamında yürütülen soruşturmanın normal idari vergi soruşturmaları derecesinde bir hazırlığı gerektirmediği zira acele soruşturmanın mahkemeye intikal etmediği, vergi mükellefinin vergi suç/suçlarını işlediğine dair yeterli delillerin ortaya konulmasının şart olduğu, İç Gelir İdaresi tarafından vergi mükellefine, vergi mükellefinin suç pazarlığı başlamadan önce vermiş olduğu bilgilerin Adalet Bakanlığı tarafından suç pazarlığından vazgeçilmesi veya pazarlığın reddi hâlinde gelecekte ceza ve hukuk davalarında kullanılmasının yasaklanamayacağı belirtilmiştir. Hızlandırılmış suç pazarlığı program sürecinin araştırma ve soruşturmadan hızlı bir sonuç alınmasını isteyen vergi mükellefinin yararına tasarımı olduğu gibi uygun bir araştırma ve soruşturma masraflarıyla uygun bir karara ulaşmayı hedeflediği için devletin yararına da olduğu yine kılavuzda belirtilmiştir.

Kılavuzda, acele suç programı çerçevesinde yapılacak suç pazarlığı anlaşmasının kabul edilebilmesi için gereken şartlar da gösterilmiştir. Bu

bağlamda vergi mükellefinin gelir kaynağının yasal olması, fiili işleyen kusurunun kanıtlanması, çok önemli bir vergi yükümlülüğünün ihlal edilmesi, vergi mükellefi tarafından işlenen sahteciliğin bütününcü incelenmesi ve vergi mükellefinin suçunun kabahate dönüştürülmesi durumunda onun vergi beyannamesi verme yükümlülüğünün azalsa da kalkmayacağı “şartlar” olarak sayılmıştır. Bu şartların altına bir de açıklama notu düşülerek vergi yükümlüsünün kabul edilebilir bir suç pazarlığına yanaşmadığı veya vergi mükellefinin kusurunun genel boyutunun ortaya konulmadığı durumlarda mükellefin acele suç pazarlığı programının kapsamına girmesinin uygun olamayacağı ifade edilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bir kısım vergi suçu da dâhil kimi ağır suçların muhakemesi bakımından *büyük jüri* (grand jury) esas kabul edilmiştir. İşte kılavuzda kimi ağır vergi suçları<sup>87</sup> soruşturmalarında da

<sup>87</sup> Aslında batı ülkelerinde tarihsel açıdan vergi suçlarının daima ağır olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir. Gerçekten de tarihsel açıdan vergisini ödemeyen veya gümrüğü aldatmaya kalkan kişi hazineye zarar vermekle eşanlı olarak hükümdara karşı da itaat yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılmıştır. Zira hükümdar, idari erkini kullanırken *tebaalarına* (yurttaşlarına) karşı vergi ödeme yükümlülüğü de yüklemiştir. İşte itaatsizliğin bu kamu hukuku unsuru, hazineye verilen zararın maliye ve kamu hukuku haksız fiil olma niteliğini birbirine bağlamıştır. Bundan dolayı da vergi cezaları her dönemde hazineye verilen zarardan sürgün bir şekilde daha yüksek bir miktarın ödenmesi şeklinde olmuştur. Zanolini, G. (1964). s. 59, 60. Kısacası vergi cezasında *ceza ve tazmin* niteliğinin ikisi daima bir arada bulunmuştur. a.g.e. s. 61. Vergi suçları, devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlardır. Daha açık bir deyişle bazı fiillerin vergi suçu olarak kabulünde ihlal edilen menfaati *hazine zararı* oluşturmaktadır. Vergi suçlarında, *hazine yararı* ve korunan hukuki menfaat olarak *kamu yararı* özdeşleşmektedir. Vergi suç ve cezaları ile izlenen amaç, vergi yasalarının gereklerinin zamanında ve kurallara uygun bir biçimde yerine getirilmesidir. Vergi borçlarının zamanında ve eksiksiz ödenmesi gerçekleştirilerek bir yandan hazinenin vergi kaybı önlenmekte öte yandan kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonlar yeterli ölçüde toplanmak suretiyle en genel amaç olarak kamu yararı sağlanmış olmaktadır. Öncel, M. Kumrulu A. Çağan N. (2006). *Vergi Hukuku*, Ankara: 14. Bası, Turhan Kitabevi, s. 209. Vergi cezaları (Gölcüklü vergi cezasını haklı olarak yurttaşların kamu giderlerine katılmasını sağlamakla görevli makamlar tarafından uygulanan ve mükellefin mali mevzuata aykırı davranışlarına uygulanan yaptırımlar şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Gölcüklü, F. (1963). “<< İdari Ceza Hukuku>> ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, s. 138. Buna karşın Waline, vergi cezalarını; hazine çıkarlarına yasa dışı yollarla zarar veren bir vergi yükümlüsü veya vergi kanunlarıyla belirli bir hususu yapmaya zorunlu tutulan bir kimsenin davranışını yaptırıma tabi tutmaktan ibaret bulunan birtakım önlemler şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Waline, M. (1979). Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği (Çev. Tahsin Yağmurlu), *Danıştay Dergisi*, Y. 9, S 34, 35, s. 76. Biz, Waline'in bu görüşüne tam olarak katılamayacağız. Zira bir yaptırımın *vergi cezası* kimliğini taşıyabilmesi için bir vergi hukuku normunun ihlal edilmesi ve bu ihlal karşılığında cezalandırıcı bir yaptırımın uygulanması gerekir. Bu iki unsur olmadan bir yaptırımın ceza olarak adlandırılması bize doğru değildir) ise geleneksel idari yaptırımları oluşturmaktadır. (Nitekim Gölcüklü'nün belirttiği üzere İdarenin bir kısım vergi suçunda bizzat yaptırıma başvurması, kendisinin sahip olduğu vergi yüküleme yetkisinin doğal bir sonucu sayılır. Yazar, bu kaynak ayrılığı sebebiyle söz konusu yaptırımların hükümlerinin, ceza hukuku

suç pazarlığı anlaşmasının yapılmasının olanaklı olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda kılavuzda büyük jüri soruşturmasının yürütülmesi aşamasında suç pazarlığı anlaşması yapmaya yetkili tek organının Adalet Bakanlığı olduğu, söz konusu vergi suçlarının işlenmesi durumunda bu anlaşmayı yapabilmek için Adalet Bakanlığının Vergi Bölümünden izin alınmasının şart olduğu ifade edilmiştir. Yine büyük jüri soruşturmasının yürütülmesi aşamasında suç pazarlığına girişilmesinin vergi yükümlüsünün nihai vergi yükümlülüğünü hiçbir şekilde azaltmayacağı hususunun vergi yükümlüsü ve avukatına tebliğ edileceği, Vergi Bölümünün “Önemli Suçlama Politikası” (Major Count Policy) kısmındaki koşulları taşıyan çok önemli suçların işlenmesi durumunda suç pazarlığına girişebileceğinin vergi mükellefine bildirileceği ifade edilmiştir.

Kılavuzda suç pazarlığı anlaşmasında zararın tazmini (restitution) esasına da yer verilebileceği ifade edilmektedir. Suç pazarlığı anlaşması gereğince vergi suçları soruşturmasında sık sık zararın tazmininin emredileceği, bunun yanında zararın tazmininin denetimli serbestlik (probation) uygulamasının bir koşulu olarak da öngörülebileceği belirtilmektedir. Kılavuzda suç pazarlığı anlaşmasının bir parçası olarak zararın tazmini müessesesinin bir ceza davasının özel hukuk yöntemiyle çözümünü oluşturan etkin bir yöntem olduğu da vurgulanmaktadır.

Kılavuzda cezalandırma sürecinin (sentencing process) nihai (sonul) amacına da değinilmektedir. Bu bağlamda kılavuzda her bir suç soruşturmasının nihai amacının bir mahkûmiyet (conviction) elde etmek olmadığı fakat diğer vergi yükümlülerini benzer suçları işlemekten caydırmaya yeterli olacak şekilde ceza hükmü elde etmek olduğu ifade

---

yaptırımlarındakinden farklı şekilde gözüktüğünü, bununla beraber, cezalandırmanın yargısallaşması akımının söz konusu özel alanda da kendisini gösterdiğini, bu bağlamda bir kısım ceza hukuku ve usul hukuku ilkesinin vergi cezaları konusunda da kendisini kabul ettirmiş ve vergi yargısının da aynı akıma uygun olarak geliştiğini bildirmektedir. Gölcüklü, F. (1963). s. 139, 140.) Bununla birlikte idari vergi yaptırımlarının tümünü idari vergi cezası olarak kabul etmek olanaklı değildir. Daha somut bir deyişle idari vergi yaptırımlarının bir kısmı doğası gereği cezalandırıcı, bir kısmı ise bu nitelikte değildir. Bu bağlamda örneğin bir vergi muafiyet veya istisnasının kaldırılması idari ceza niteliğini taşımamaktadır. Bunlar, idari vergi tedbiri niteliğinde bulunmaktadır. Delmas-Marty, M. ve Teitgen-Colly, C. (1992). *Punir sans juger*, Paris: Economica, s. 18. Yine bunun gibi gecikme zam ve faizi de vergi cezası niteliği taşımayan yaptırımlardır. Gecikme zam ve faizin öngörülmesinde ana amaç vergi alacağının güvence altına alınması olup bu yaptırımlar, vergi cezası niteliği taşımamaktadır. Krş. a.g.e. s. 18. Öte yandan cezalandırıcı bir nitelik taşıyan vergi cezalarının salt idari vergi cezalarından ibaret olduğu düşünülmemektedir. Daha açık bir deyişle vergi normlarının ihlal edilmesi durumunda salt idari vergi cezaları öngörülebildiği gibi idari ve ceza hukuku normları birlikte devreye girebilmekte, kimi durumda ise salt ceza hukuku yaptırımları öngörülebilmektedir. Krş. a.g.e. s. 19.

edilmektedir. Yine kılavuzda, vergi suçlarını soruşturmakla görevli özel görevlinin ceza hükmü elde edebilmek için yapılan cezai vergi soruşturması ve yargılama sürecinde söz konusu cezanın verilmesi doğrultusunda dikkat ve enerji göstermesi gerektiği de belirtilmektedir.

Kılavuzda suç soruşturmasının maliyetine kimin katlanacağı üzerinde de durulmaktadır. Buna göre suç pazarlığı soruşturması sonucunda hapis veya adli para cezasına çarptırılan mükellefin *soruşturma maliyetlerini* (costs of prosecution) ödemesi gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>88</sup>.

## B. ÖZÜN BİÇİME ÖNCELİĞİ ÖĞRETİSİ

Temel olarak Almanya tarafından geliştirilen,<sup>89</sup> Türkiye'nin de dâhil

<sup>88</sup> En son 10 Eylül 2017 tarihinde gözden geçirilen veya güncellenen bu kılavuz hakkında bkz. [https://www.irs.gov/irm/part9/irm\\_09-006-002](https://www.irs.gov/irm/part9/irm_09-006-002), (Erişim Tarihi, 3/5/2019).

<sup>89</sup> Almanya'da 1919 yılında çıkartılan bir İmparatorluk Kararnamesi ve 1934 yılında çıkartılan bir kanunla, mahkemelerin vergi kanunlarını yorumlarken *ekonomik yorum* (economic interpretation) yaklaşımını takip etmeleri zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte *İmparatorluk Temyiz Mali Mahkemesi* (Reichsfinanzhof), vergi kanunlarını yorumlarken daha geleneksel bir yaklaşıma yönelerek özel hukukta kullanılan kavramların vergi hukuku kavramları üzerinde daha baskın olduğu anlayışını kabul etmiş; vergi yükümlülüğünü en alt bir düzeye düşürebilmek için yükümlünün değişik hukuki şekiller arasında istediğini seçme hakkının bulunduğu anlayışını benimsemiştir. Yine Alman vergi hukuku öğretisi, ekonomik yorum yaklaşımının yalnızca vergi hukukuna özgü bir durum olarak kabul edilemeyeceğini, teleolojik yorumun (Teleolojik yorum; her kanunun, menfaat uyumsuzluklarını düzenlerken özel bir amaçla hareket edeceğini, bu amacın *kanunun gayesini* (ratio legis) oluşturacağını, yargıcın yorum faaliyetinde bulunurken kanunun söz konusu gayesini araştırarak ona uygun düşecek bir şekilde kanunu anlamlandırmasının şart olduğu esasını benimsemiştir. Teleolojik yorum türü; kanunu bu şekilde anlamlandırırken kuramsal ve mantıki düşüncelerden ziyade pratik değerlendirmelerle hareket etmek gerektiğini, kanunun gayesinin toplumun mevcut sosyal gereksinimleri ve somut olayın özellikleri gözönünde tutularak nesnel bir şekilde araştırılacağını, kısacası kanuna, toplumun zamanla birlikte değişen gereksinimlerini en iyi şekilde çözüme kavuşturacak bir anlam verilmeye çalışılacağı görüşünü de taşımaktadır. Bkz. Akipek, J. G. (1966). *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku Birinci Cüz Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri*, Ankara: AÜHFY No. 314, s. 119.) bir türü olduğu görüşünü paylaşmıştır. Bu yüzden 1977 yılında Vergi Usul Kanunu kabul edilirken zorunlu ekonomik yorum yöntemi terk edilmiş, bunun yerine birçok yerde vergi kanunu hükümlerinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik genel hükümlere yer verilmiştir. Alman Vergi Usul Kanunu'nun 42. maddesi, vergi kanunlarının yorumu bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu maddede, hukuki şekillerin kötüye kullanılması yoluyla vergiden kaçınılamayacağı belirtilmektedir. Hukuki işlemin kötüye kullanıldığı durumlarda hukuki olgusal duruma uygun düşen hukuki şekil üzerinden vergi ödenmesi gerekmektedir. Kötüye kullanma, vergi mükellefi tarafından yapılan işlemin veya kurgulanan eylemin hukuki şeklinin olgusal ekonomik duruma uygunluk göstermediği zaman ortaya çıkmaktadır. Ekonomik yorum yaklaşımında anahtar kavramı, *uygunluk* (Angemessen) oluşturmaktadır. Bu bağlamda işlem veya eylemin olgusal sonuçlarının az veya çok işlemin şekliyle uyumlu olması gerektiği, kötüye kullanmanın vergi kaçırma için ekonomik ilişkiye uygun olmayan bir hukuki şeklin seçimi durumunda ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Seçilen hukuki şeklin uygun olmadığı sonucuna varılırken, belirli bir ekonomik ilişkiyi ve özellikle somut bir ekonomik amacı elde etmeye çalışan makul bir kimsenin o hukuki şekli yetersiz olması nedeniyle seçmeyeceği ölçütüne başvurulmaktadır. Bu çerçevede Alman Vergi Usul Kanunu'nun özgün karakterini, işlemin ekonomik içeriği

olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerin birçoğunda<sup>90</sup> ekonomik yaklaşım<sup>91</sup> veya ekonomik yorum<sup>92</sup> olarak adlandırılan ve Türk

ile hukuki şekli arasında bir uyumunun bulunmasının oluşturduğu açıktır. Birçok diğer ülkelerin vergi sistemlerinde, işlemin hukuki şeklinin, ticari amacını elde etmek bakımından tam olarak yeterli olmasa bile onun salt ticari amacının işlemin geçerliliği bakımından yeterli sayılması benimsenmektedir. Bu bağlamda işlemin hiçbir şekilde ticari amacının bulunmaması durumunda onun hukuksal şeklinin de uygun olmadığı varsayılmakta ve kurulan hukuki yapının bir *kötüye kullanım* (abuse) olduğu sonucuna varılmaktadır. Genel olarak ifade etmek gerekirse Almanya'da hukuki bir işlemin vergisel amaçlı olarak etkin olabilmesi için ticari bir amacının bulunması ve vergi yükümlüsünün ticari amacını gerçekleştirmeye elverişli bir hukuki biçiminin bulunması aranmaktadır. Kuşkusuz ticari bir amacı gerçekleştirmek için çok çeşitli uygun hukuksal şekiller bulunmaktadır. Eğer vergi yükümlüsü uygun hukuki şekillerden birisini vergi yükümlülüğünü en aza düşürecek şekilde seçerse kötüye kullanımdan bahsedilememekte ve bu bağlamda olaya ekonomik olarak yaklaşım söz konusu olmamaktadır. Bkz. Vanistendeal, F. (1996). s. 50-52.

<sup>90</sup> Ülkeler, vergi normlarının kötüye kullanımını önleme bakımından genel nitelikli kanuni düzenleme yapıp yapmamalarına göre ikiye ayrılmaktadır. Birinci grup ülkeler, örneğin Belçika, İtalya, (1993 yılına kadar) İsveç, (1992-1995 yılları arasında) İsviçre, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri genel nitelikte vergi normlarını kötüye kullanımını önleyici nitelikte hükümler bulunmadan vergi sistemlerini işletmişlerdir. Bu tip hükümler bulunmadığı için Amerika Birleşik Devletleri hariç diğer ülkelerin çoğunda vergi kanunları katı veya lafzi bir şekilde yorumlanmıştır. Vergi normlarını katı veya lafzi bir şekilde yorumlayan ülkeler, *içtihat hukuku* (case law) ve özel nitelikteki vergi normlarının kötüye kullanımını önleyici hükümlerin birlikteliğinin vergi sisteminin yönetilmesi bakımından yeterli olduğunu düşünmüşlerdir. İkinci grup ülkeler ise vergi normlarının genel nitelikte kötüye kullanımını önlemeye yönelik hükümlere yer vermişlerdir. Bu grupta yer alan ülkelere, göze batan örnekler olarak Avusturya, Avusturalya, Fransa, Almanya, Hollanda ve İspanya gösterilebilir. Ancak şu husus hiçbir zaman zihinden uzak tutulmamalıdır ki mahkemelerin vergi kanunlarını dar veya geniş bir şekilde yorumlamaları ile vergi normlarının genel nitelikte kötüye kullanımını önleme hakkındaki hükümlerin bulunması veya yokluğu arasında açık ve doğrusal bir ilişki bulunmamaktadır. Bkz. a.g.e. s. 47.

<sup>91</sup> Ekonomik yaklaşım; vergi doğurucu olayların saptanmasında ve vergi kanunu hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerinin esas alınması anlamını taşır. Ekonomik yaklaşım kavramı bir üst kavram olup bunun iki alt unsuru bulunmaktadır. Bu kavramın ilk alt unsurunu; ekonomik irdeleme ve gerçeklik ilkesi oluşturur. Vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre saptanmasına ve değerlendirilmesine, ekonomik irdeleme ve gerçeklik ilkesi denir. Ekonomik irdeleme ve gerçeklik ilkesi, hukuki biçimlerin ötesine geçerek eylemli bir şekilde gerçekleşen iktisadi sonucun esas alınmasına olanak sağlamaktadır. Bu ilke uygulanırken her şeyden önce somut olayın saptanmasında "*gerçekleşen nedir?*" sorusuna yanıt aranmakta ve bu soruya karşı alınan yanıt hiçbir şekilde değiştirilmemektedir. Gerçekleşen olay yerine başka bir olayın konulması, diğer bir deyişle olayın değiştirilmesi, vergi hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin ihlaline neden olmakta ve örtülü kıyasa yol açmaktadır. Gerçekleşen maddi olayın değiştirilememesi kuralının tek ayrıksı durumunu *peçeleme işlemleri* oluşturmaktadır. Daha açık bir deyişle yalnızca peçeleme (ekonomik irdeleme ve gerçeklik alt ilkesi bakımından peçeleme işlemlerinin vergisel konumu bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Akkaya, M. (2002). *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 94-107) yapılması durumunda gerçekleşen olay yerine varsayımsal olay esas alınmaktadır. Bkz. a.g.e. s. 35. Ekonomik yaklaşım kavramının ikinci unsurunu ise ekonomik yorum oluşturmaktadır. Bu bağlamda vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının ekonomik gerçekler gözönüne alınarak saptanmasına ekonomik yorum denilmektedir. Bkz. Öncel, M. Kumrulu, A. Çağan, N. (2006). s. 24-25.

<sup>92</sup> Aslında ekonomik yaklaşımın *ekonomik yorum* olarak adlandırılması hatalıdır. Zira bir üst dipnotta belirtildiği üzere ekonomik yorum, ekonomik yaklaşımın bir alt unsurunu

vergi mevzuatında<sup>93</sup> karşılığı bulunan özün biçime önceliği öğretisini tam olarak kavrayabilmek için *vergiden kaçınma*, *vergi kaçakçılığı* ve *vergiyi en alt seviye indirme* kavramları üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Vergiden kaçınma (tax avoidance) ile hukuk dışı bir yöntemle vergi sorumluluğunun azaltılmasını öngören vergi kaçakçılığını (tax evasion, tax fraud) birbirine karıştırmamak gerekir. İkisi birbirinden apayrı kavramlardır. Vergi kaçakçılığı,<sup>94</sup> vergi kanunlarının ihlalinden dolayı işlenen bir suç olup cezai yaptırımlarla cezalandırılan durumları ifade

oluşturur. Söz, ekonomik yorumdan açılmışken konu üzerinde biraz daha durmak uygun olacaktır. Ekonomik yaklaşımın normun anlamlandırılması yönünü ifade eden ekonomik yorum; bilinen yorum yöntemlerinin ötesinde ve dışında bir yöntem olmayıp vergi kanununun bütünü içinde bir normun anlam ve amacının saptanmasında iktisadi boyutun dikkate alınması gereğinin ortaya çıkması hâlinde işlerlik kazanmaktadır. Ekonomik yorum, yukarıda belirtildiği üzere amaçsal yorumun özel bir uygulama biçimini oluşturmakta ve vergi hukukunun anayasal ve kanuni çerçevede belirlenen amaçlarının gerçekleştirilmesinde önemli bir araç niteliğinde bulunmakta, sistematik yorumu da bünyesinde barındırmaktadır. Anayasal vergilendirme ilkeleri ve yoruma ilişkin genel kurallar ihmal edilerek vergi hukukunun amacının en üst kamu geliri elde etmeye indirgenmesi sonucunda hazineci yaklaşımla özdeş hâle gelme riskini bünyesinde barındıran ekonomik yorumun vergi normlarının anlamlandırılmasında yargıca ve vergi idaresine sınırsız, keyfi bir yetki vermediği, yorumda aşılamayacak sınırların bu yöntem için de geçerli olduğu gerçeğini daima gözönünde tutmak gerekir. Akkaya, M. (2004). "Danıştay Kararlarında Ekonomik Yaklaşım", *Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü* 136. Yıl, 11 Mayıs 2004, Ankara: Danıştay Matbaası, s. 172.

<sup>93</sup> Türkiye'de özün biçime önceliği veya ekonomik yaklaşım ilkesinin yasal dayanağını 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin B bendi oluşturmaktadır. (B Bendi: İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır./ Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz./ İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre mutad olmayan bir durumun iddia edilmesi hâlinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir.) Bu bentte; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti (niteliğinin) esas olduğu ifade edilerek ekonomik yaklaşım esası benimsenmiştir. Bununla birlikte bu bent hükmü, sistematik bozuklukları bünyesinde barındıran ekonomik yaklaşım - ekonomik irdeleme ve gerçeklik ile ekonomik yorum - ve ispat hükümlerini formüle etme konusunda oldukça başarısız bir düzenlemedir. Söz konusu başarısızlık konusunda fazla bilgi için bkz. Akkaya, M. (2002). s. 39-41. Ancak tüm eksikliklerine rağmen böyle bir hükmün konulmasıyla vergi normlarının uygulanması sürecinde, vergi hukukunun diğer hukuk alanlarının kurum ve kavramlarıyla bağlılığı tartışmaları noktasında kanun koyucunun tercihi gösterilmiş ve böylelikle faydalı bir iş yapılmıştır. Bkz. Akkaya, M. (2004). s. 172. Bu genel hükmün dışında ekonomik yaklaşımla ilgili 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 4. maddesinde de özel bir hükmün bulunduğunu belirtmek gerekir. (4. madde: Bir kâğıdın tabii olacağı verginin tayini için o kâğıdın mahiyetine bakılır ve buna göre tabloda yazılı vergisi bulunur. / Kâğıtların mahiyetlerinin tayininde, şekli kanunlarda belirtilmiş olanlarda kanunlardaki adlarına, belirtilmemiş olanlarda üzerlerindeki yazının tazammun ettiği hüküm ve manaya bakılır. / Mahiyeti tayin edilmek istenen kâğıt üzerinde başka bir kâğıda atıf yapılmışsa, atıf yapılan kâğıdın hükümlerine nazaran iktisap ettiği mahiyete göre vergi alınır.)

<sup>94</sup> Vergi kaçakçılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rice, S.J. (1994). s. 1-5.

eder. Örneğin sahte hesap veya belge üretmek, çift hesap tutmak, geliri bildirmemek, mal veya varlıkları kaçırmak veya gizlemek gibi vergi kanunlarının açık ihlali hâllerini kapsar. Bu işlemler sonucu doğan vergi borcu, vergi idaresi tarafından düzeltilir ancak yapılan işlemlerden dolayı birtakım cezai yaptırımlar da öngörülebilir. Vergi kanunlarının bu şekilde yapılan işlemlerle ağır bir şekilde ihlal edildiği durumlar, kural olarak özel hukuk işlemlerinin kötüye kullanılması olarak kabul edilmemekte, cezai bir konu olarak benimsenmektedir<sup>95</sup>.

Öte yandan *vergiden kaçınma* (tax avoidance), vergi yükümlüsünün daha az vergi verebilmek için yaptığı bir davranış olup suç teşkil etmemektedir. Kimi durumlarda özellikle *hukukçu olmayanlar* (nonlawyers) açısından karışıklığa yol açsa da vergi kaçırma ile vergiden kaçınma arasında ayırım yapmak oldukça büyük önem taşır. Bu karışıklığa ekonomik ve *ahlaki* (moral) bağlamda hoşgörülle yaklaşılabilir bile hukuki ve vergi kanunlarının uygulanması bağlamında hoşgörülle yaklaşılabilmesi olanaklı değildir. İlke olarak birçok ülke ve bu arada Amerika Birleşik Devletleri, vergi yükümlülerinin işlerini daha az vergi ödeyecek tarzda ayarlamalarını hukuka uygun bulmuşlardır. Nitekim Birleşik Devletler'de 1934 yılında görülen Gregory-Helvering'e karşı davasında, yargıç Learned Hand; herkesin işlerini mümkün olduğu kadar az vergi ödeyecek şekilde düzenlemeye hakkı olduğunu, Hazineye en fazla vergi ödeyecek tarzda bir hukuksal kalıbı seçmeye zorlanamayacağını, hatta kişinin vergi yükünü artırmasının onun bir *vatanseverlik* (patriotic) görevi olmadığı görüşünü savunmuştur<sup>96</sup>.

Bu çerçevede kural olarak, kişi, vergi yükünü, en az bir seviyeye düşürecek şekilde işlerini düzenleyebilir. Ancak bazı durumlarda söz konusu düşürme sorun doğurabilmektedir. Daha açık bir deyişle vergi yükümlüsünün kendisini bütünüyle vergiden muaf kılabilmek veya daha az vergi ödeyebilmek için vergi kanununun boşluk ve açıklarından yararlanarak hukuki kalıp oluşturduğu veya işlem gerçekleştirdiği, olay ve olgularda benzerlik bulunmasına karşın daha az vergi ödeyebilmek için vergi kanununun daha az vergiye tabi tuttuğu hukuki şekil ve işlemi seçtiği durumlarda sorun doğmaktadır. Benzer ekonomik olguları aynı vergiye tabi kılmak şeklindeki ekonomik etkinlik esasını ve benzer olguları aynı şekilde vergiye tabi tutmak şeklindeki *mali adalet*

---

<sup>95</sup> Vanistendael, F. (1996). s. 44.

<sup>96</sup> Bkz. a.g.e. s. 44-45 ve dn. 119.



(fiscal justice) ilkesini gözönünde bulundurarak seçilmiş hukuki biçimi ve işlemi gözardı etmek, kanundaki açık ve boşlukları kapatmak ve benzer durumları aynı vergi yüküne tabi tutmak için makul nedenler bulunmaktadır. Bu yüzden bazı ülkelerde vergiden kaçınmak için kurulan bazı işlem ve hukuki şekiller, suç teşkil etmemesine karşın mahkemeler veya genel veya özel nitelikte *kötüye kullanmayı önleyici* (antiabuse) hükümlerle vergi kanunları bağlamında geçerli olarak tanınmamaktadır<sup>97</sup>.

Vergi kaçırma ve vergiden kaçınma dışında, *vergiyi en alt seviyeye indirme* (tax minimization) şeklinde bir davranıştan da söz etmek gerekir<sup>98</sup>. Vergiyi en alt seviyeye indirme; vergi yükümlülüğünü en az seviyeye düşürebilmek için hukuken geçerli olan fiil şeklinde tanımlanır. Daha açık bir deyişle vergiyi en alt seviyeye indirme olgusunda; örneğin sigara içmeyerek veya alkol içmeyerek kısacası vergiye tabi bazı ürünleri tüketmeme eylemleriyle vergiden kaçınılmakta veya vergi yükümlülüğü doğuran belirli bazı gelirler kazanılmamaktadır. Bu tür eylemler tam anlamıyla hukuki olarak kabul edilmekte ve yasal nitelikteki kötüye kullanmayı önleyici kurallara tabi bulunmamaktadır. Zira verginin en alt seviyeye getirilmesi olgusunda yasama organının bilinçli bir şekilde bıraktığı *bir boşluk* (a lacuna) kullanılmakta veya kanunun vergiyi doğuran olayı gerçekleştirme zorunluluğunun bulunmadığı hukuksal özgürlükten yararlanılmaktadır. Gerçekten de hiç kimsenin kanunun verginin doğumu için öngördüğü olayı (örneğin sigara almak) gerçekleştirme zorunluluğu bulunmamakta ve kişi söz konusu olayı gerçekleştirilmeden vergi yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Buna

<sup>97</sup> Bkz. a.g.e. s. 45.

<sup>98</sup> Türk öğretisinde *vergiyi en alt seviyeye indirmeden* (tax minimization) kavramsal olarak bile bahsedilmemektedir. Türk öğretisinde genellikle vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığında bahsedilmektedir. Örneğin Nadaroğlu; vergi yükünü taşımaktan kurtulmanın bir başka yolunun vergiden kaçınma (évasion) olduğunu (Nadaroğlunun vergiden kaçınma için "évasion" sözcüğünü kullanmasını doğru bulmuyoruz. Zira bu sözcük vergi kaçırma ifade eder), vergiden kaçınmanın verginin ödenmemesini ifade edeceğini ancak vergiyi ödememek kanunlara aykırı olarak gerçekleştirilirse bunun adının vergi kaçakçılığı (fraude) olduğunu, vergiden kaçınma olayı için kanunlarda bir cezanın öngörülmediğini, hatta bazen kanunlarda buna olanak sağlayan maddelerin de bulunduğunu, buna karşın vergi kaçakçılığı kanuna aykırı bir eylem olduğu için bu tür davranışlar için kanunlarda para, hatta hapis cezalarının öngörüldüğünü ifade etmektedir. Yazar, vergiden kaçınmanın vergi kaçakçılığında daha geniş bir kavram olduğunu, hatta bir bakıma vergi kaçakçılığının vergiden kaçınmanın meşru olmayan özel bir hâli olduğunu, bunların her ikisinde de vergi yükünün üçüncü bir kişiye devrinin söz konusu olmadığını zira ister meşru ister gayrimeşru olsun verginin hiç ödenmemiş olduğunu belirtmektedir. Bkz. Nadaroğlu, H. , (1981) *Kamu Maliyesi Teorisi*, Kırklareli: 4. Baskı, Sermet Matbaası, s. 299.

karşın vergiden kaçınma olayında *gerçeğe dayalı* (factual) olmayan ancak hukuka uygun bir şekilde, daha açık bir deyişle gerçek eylemlere diğer hukuki şekillerden daha az vergi yükü bulunan hukuki şeklin seçildiği bir davranışla karşı karşıya kalınmaktadır. Buradaki asıl sorun, böyle bir davranışla oluşturulan özel durumun vergiden kaçınma mı yoksa vergiyi en alt seviyeye indirme olayı mı olduğudur<sup>99</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi özün biçime önceliği öğretisi *substance over form doctrine* ilk defa Birleşik Devletler'de ortaya çıkmıştır. Ticari iş amaç öğretisi (the business purpose doctrine) olarak da adlandırılan bu kavram, kanun tarafından ortaya konulmamış; Amerikan Federal Mahkemesi tarafından ortaya atılmıştır.<sup>100</sup> Federal Mahkemenin koyduğu<sup>101</sup> bu öğretiye göre vergi mükellefleri, vergi sorumluluğunu en alt düzeye indirebilmek için ticari işlerini dilediği gibi seçmekte özgür olmalarına rağmen herhangi bir ticari hedefi olmayan ve salt vergiden kaçınmak için yapılan işlemler mahkeme tarafından tanınmaz. Bu öğreti; vergiden kaçınmayı sağlayan herhangi bir işlemin geçerli olabilmesi için

<sup>99</sup> Bkz. Vanistendael, F. (1996). s. 45-46.

<sup>100</sup> Daha doğru bir deyişle özün biçime önceliği öğretisini Federal Temyiz Mahkemesi tek başına ortaya koymamış, diğer mahkemeler de söz konusu öğretinin ortaya çıkması bakımından önemli katkılar sağlamışlardır. Konu oldukça büyük önem taşıdığından ilave açıklamaların yapılması uygun düşecektir. Birleşik Devletler İç Gelir Kanunu, vergi komiserine, vergi kaçırmayı önleyebilmek için bir kazançtan tanınan vergi bağımsızlıklarını kaldırma yetkisini tanınmasına rağmen mahkemelerin vergi kanunlarını nasıl yorumlayacağı konusunda herhangi bir genel hüküm içermemiştir. Mahkemeler, zaman içinde bir kuram geliştirerek *iş/ticari amacı* (business purpose) olmayan belirli yasal şekilleri bir tarafa bırakmışlardır. Bu bağlamda eğer bir işlem için oluşturulan yasal şekil, açıkça vergi kaçırma amacına yönelmiş ve bununla eşanlı olarak bazı ekonomik özünü bulunmuyorsa mahkemeler, yasal şeklin vergi amacını göz ardı edebilmekte ve olgusal durumu dikkate almaktadırlar. Birleşik Devletler Dördüncü İstinaf Mahkemesinin 1965 yılında vermiş olduğu Gregory davasından başlayarak mahkemeler, *zımni gelir veya sahiplik* (constructive income or ownership), müteşebbisin devamlılığı ve *kademeli işlem* (step-transaction) gibi birçok yargısal kuram geliştirmişlerdir. Kademeli işlem kuramında mahkeme yapılan işlemi ya çok sayıda *bağımsız* (distinct) aşamalara bölmekte ya da çok sayıda ayrı aşamayı birlikte değerlendirerek vergi kanununun muafiyet ve istisnaya hak kazanıp kazanmadığını incelemektedir. Bu kuramların öngördüğü yöntemlerin uygulamasında karmaşıklık göze çarpmakta ve söz konusu yöntemler sürekli olarak geliştirilmektedir. Bkz. a.g.e. s. 42, 43.

<sup>101</sup> Birleşik Devletler Federal Temyiz Mahkemesi, özün biçime önceliği öğretisini kabul etmeden önce tam aksine bir tutum takınarak katı ve sert biçimde şekli anlamda kanunilik ilkesini benimsemiştir. Daha açık bir deyişle Federal Temyiz Mahkemesi, vergi kanunlarının yorumu veya kanun dışında yapılacak bir düzenlemeyle değil yalnızca *kanun* yoluyla verginin konulabileceği görüşünü benimsemiştir. Gerçekten Federal Temyiz Mahkemesinin 1917 yılında Gould-Gould'a karşı davasında vermiş olduğu kararda, vergide kanunilik ilkesi çerçevesinde mahkemenin vergi kanununun metninde geçen sözcükleri genişleterek kanunun açıkça öngörmediği durumlar için vergi koyamayacağı belirtilmiştir. Üstelik Federal Temyiz Mahkemesinin bu görüşünün vergi kanunlarının yalnızca *lafzi* (metin) olarak yorumlanması gerektiğini ileri süren görüşün temel varsayımı veya dayanak noktasını oluşturduğunu belirtmek gerekir. Bkz. a.g.e. s. 35 ve dn. 86.

vergi mükellefinin yaptığı işlemin ticari iş amacı olduğunu göstermesi ve salt vergiden kaçınma için yapılmadığının kanıtlanmasının da gerekli olduğu esasını benimsemiştir<sup>102</sup>.

Özün biçime önceliği öğretisini uygularken mahkemelerin dikkate aldığı hususlar, Bittker ve Eustice tarafından şu şekilde özetlenmektedir:

“Hukukun diğer dallarında olduğu gibi gelirin vergilendirilmesi bakımından da kronik hâle gelmiş sorunlardan birisini, işlemin biçiminden ziyade işlemin özüne hangi durumda hukuki sonuç bağlanacağıdır. Her zaman işlemin özünün dikkate alınacağını söylemek kolay olsa da uygulamada işlemin *şeklinin* (biçiminin) bazı öze yönelik sonuçlarının olduğu gözlemlenmektedir. İki işlemin şekil bakımından farklı olması, onların öz bakımından da büyük bir olasılıkla özdeş olmamaları sonucunu vermektedir. Böyle olsa bile söz konusu farklı biçimlerdeki işlemleri, benzer şekilde vergiye tabi tutmak gerekir...”

Uygulamada sık sık birbirine geçişler görülse de yargısal ilkeler ve kanuni hükümler, değişik kapsam ve mahirane bir şekilde yapılan vergi kaçırma planlarında kullanışlı caydırıcılık etkisi doğurmaktadırlar. Vergi kaçırmak için başka biçimlerde yapılan işlemlerin biçime bakılmayıp özüne bakılması, geniş anlamlı ilkeler ve hükümler çerçevesinde yargısal bir değerlendirmeye tabi tutulsa ve uygulamasında muğlaklık ve belirsizlik bulunsa bile hiçbir şeyi dikkate almadan vergi kanununun şekil olarak firmalara ve hissedarlara doğrudan doğruya uygulanmasından daha saygın bir konumdadır.”<sup>103</sup>.

Aslında Birleşik Devletler mahkemelerinin vergi kanunlarını geniş bir şekilde yorumlamaları, İç Gelir Kanunu'nun kaleme alınması, bir başka deyişle formüle edilmesi olgusu ile açık çelişki oluşturmaktadır. Gerçekten de İç Gelir Kanunu *ilk bakışta* (prima facie), mahkemeleri, vergi normlarını çok dar bir şekilde yorumlamakla yükümlü tutmuştur. Bu olguya rağmen Birleşik Devletler mahkemeleri, muhtemelen olguları ve kuralları yorumlarken sağduyunun önemli bir rol oynadığı *teamüli hukuk* (common-law) geleneğinden gelen hukuki analize alışmış olmalarından ötürü kendi yargısal kuramlarına bağlılık göstermişlerdir<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Rice, S. J. (1994). s. 4-18, 4-19.

<sup>103</sup> Boris I. B. ve James S. E. (1994). *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 6th edition, n. 1.05(2) (b) ve 1.05 (3) (d)'den nak. Vanistendael, F. (1996). s. 43.

<sup>104</sup> a.g.e. s. 43, 44.

Gerçekte, ticari iş amaç öğretisi, Federal Mahkeme tarafından mahkemelerin hukukun uygulanması aşamasında bir hukuki işlemin özünün bulunmadığı durumda, onun biçiminin (formunun) dikkate alınmayacağını kabul etmelerini sağlayabilmek için oluşturulmuş bir kavramdır. Bununla birlikte sürgit bir şekilde zihinde tutulması gerekir ki bir ticari işin vergiden kaçınma ereği bulunmakla birlikte o işin öze yönelik unsuru bulunuyorsa o işlemin hukuki biçimi (formu) önem taşır.<sup>105</sup> Daha açık bir deyişle böyle bir durumda, o ticari işin biçimi dikkate alınır ve ticari işe, hukuksal olarak geçersizlik tanınmaz.

Vergi hukuku bakımından yaşamsal bir önem taşıdığı için özün biçime önceliği veya ticari iş amaç öğretisi hakkında tarihsel birtakım bilgilerin verilmesi uygun olacaktır. Bu öğretiyi, ilk defa Amerikan Federal Mahkemesinin 1935 tarihinde Gregory v. Helvering davasında verilen kararlar ortaya konulmuştur. Bu davada vergi mükellefi olan bir kişi, şirket kurulması ve tasfiyesi ile ilgili hukuk normuna şeklen uyum sağlamıştır. Buna rağmen o kişinin yaptığı işlemlerin ticari iş amacının bulunmaması, söz konusu işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmuştur<sup>106</sup>.

Bu çerçevede Gregory v. Helvering davasını yakından incelemek uygun düşecektir. Bu davada Gregory adlı bir vergi mükellefi, normal bir geliri *uzun erimli* (uzun vadeli) bir sermaye kazancına dönüştürebilmek için kısa erimli bir dönemde, daha somut bir deyişle altı günde, bir şirket kurmuş; onu yeniden yapılandırmış ve tasfiye etmiştir. Daha açık bir deyişle Bayan Gregory, başlangıçta hisselerinin tamamına sahip olduğu bir U şirketine sahipti ki bu şirketin fazla nakit parası bulunmaktaydı. Gregory bu fazla parayı şirketten çekmek istemiş ancak söz konusu parayı şirketten çekerse çekeceği paranın temettü olarak değerlendirilerek normal tarifeden gelir vergisine tabi olacağını düşünmüştür<sup>107</sup>. Bayan Gregory, gelir vergisi verme yükümlülüğünden kurtulabilmek için aşağıda anlatılacak olan birçok işlem yapmıştır.

Gregory ilk aşamada A isimli ikinci bir şirket kurmuş ve U şirketinin fazla paralarını A şirketinin hisseleri karşılığında A şirketine aktarmıştır. Amerika'da bu şekilde, bir şirketten hisse senedi almak vergiye tabi tutulmamaktaydı. Gregory ikinci aşamada, U şirketinin sahip olduğu

---

<sup>105</sup> Rice, S. J. (1994). s. 4-19.

<sup>106</sup> a.g.e. s. 4-19.

<sup>107</sup> a.g.e. s. 4-19.

A şirketinin hisselerini kendisine tahsis etmiştir. Bu işlem de şirket yeniden yapılandırılmasının bir parçasını oluşturduğu için vergiye tabi tutulmamaktaydı. Amerikan vergi hukuku kurallarına göre bir şirketin yeniden yapılandırılması için yeni kurulan şirkete ilk kurulan şirketin bazı esas sermaye paylarının tahsis edilmesi gerekmektedir. Bayan Gregory da bu kuralın gereğini yerine getirebilmek için U şirketinde esas payları temsil eden hisse senetlerinin bir kısmını yeni aldığı A şirketinin hisseleri nedeniyle A şirketine devretmiştir. Buna ilave olarak Bayan Gregory, U şirketinin hisselerini yaptığı gibi A şirketinin hisselerini de kendisine uzun erimli olarak tahsis etmiştir. Gregory üçüncü ve sonul aşama olarak A şirketinin hisselerini nakit karşılığı A şirketine teslim ederek A şirketini tasfiye etmiştir<sup>108</sup>.

Amerikan vergi hukuku kurallarına göre hisse senetlerinin teslimi karşılığında şirket tasfiyesi yapıldığına göre böyle bir tasfiyenin *sermaye kazancı* olarak değerlendirilmesi gerekirdi. Çünkü Gregory, U şirketinin hisse senetlerini yaptığı gibi A şirketinin hisse senetlerini de kendisine uzun erimli olarak tahsis etmiş; dolayısıyla Gregory'nin sermaye kazancının uzun erimli olduğu savlanmıştır. Amerikan İç Gelir Teşkilatı "*Internal Revenue Service, IRS*" bu sava karşı çıkmış ve olay Amerikan Federal Temyiz Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi, bu davada Gregory'nin aleyhine karar vererek A şirketinin önce kurulup daha sonra tasfiye edilmesinin sadece şirketin yeniden yapılandırılması ile kuralların özenli ve hileli bir şekilde dolanılarak aldatıcı bir biçimi olduğunu ifade etmiştir. Bir başka deyişle Mahkeme, sadece vergiden kaçınma amacı bulunan ve herhangi bir ticari iş ereği bulunmayan işlemlerin gözardı edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca vergi kanunu hükümlerinin uygulanmasını olanaksız kılmak için gerçeklerden uzaklaştırılarak yapılan her işlemin amacının sorgulanması gerektiğine de hükmetmiştir. Mahkeme, ileri sürdüğü bu gerekçeler çerçevesinde Bayan Gregory'nin doğrudan U şirketten temettü kazancı elde etmiş gibi vergilendirilmesine karar vermiştir<sup>109</sup>.

Bununla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nde, özün biçime önceliği veya ticari iş amaç öğretisine dayanılarak *vergiden kaçınma*

---

<sup>108</sup> a.g.e., s. 4-19.

<sup>109</sup> a.g.e. s. 4-20.

fiillerinin hiçbir zaman vergiye tabi tutulmadığını belirtmek gerekir. Vergiden kaçınma veya sık sık vergi planlaması olarak adlandırılan bu ilke, istenmeyen verginin sonuçlarından kaçınmak için mükellefin eylemlerini kontrollü bir şekilde yapması anlamını taşır. Vergiden kaçınma, tamamen hukuki bir eylem olarak kabul edilmekte, nasıl ki kişi bir suç işlemeyerek ceza hukuku yaptırımlarından kurtuluyorsa vergilendirilen faaliyetlerle uğraşmayarak da vergiden kaçınabileceği esası benimsenmektedir. Bu bağlamda vergilendirilen faaliyetlerle uğraşmamak, hiçbir şekilde hukukun ihlali olarak kabul edilmemektedir. Söz konusu faaliyetlerle uğraşmamak, daha ziyade yüksek miktarda vergi sorumluluğu öngören kuralların kendilerine uygulanmasını istemeyenlerin işlerini düzenleyerek veya olguları kontrol altına alarak vergi tasarrufu sağlamalarını ifade etmektedir. Hatta Rice, bu yüzden uç bir görüş olsa da vergiden kaçınmanın *aşırı vatansever* (superpatriotic) bir davranış olarak nitelendirileceğini öne sürmektedir. Çünkü yazara göre vergiden kaçınmanın sağlanabilmesi için kanun koyucunun teşvik ettiği fiillerin belirlenmesi ve onlara uyum sağlanması gerekir<sup>110</sup>.

#### IV. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE VERGİDE KANUNİLİK İLKESİ UYGULAMASINDAN TÜRKİYE BAKIMINDAN ÇIKARTILACAK DERSLER

Bu kısımda Birleşik Devletler'de vergide kanunilik ilkesinin uygulamasından, vergi düzeninin daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için Türkiye açısından ne gibi dersler çıkartılabileceği üzerinde durulacaktır.

##### A. VERGİ SUÇ ve CEZALARINDA KATI BİR ŞEKİLDE KANUNİLİK İLKESİ UYGULANMALIDIR

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Amerika Birleşik Devletleri'nde gerek vergide<sup>111</sup> gerekse vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından bazı sapmalar görülmektedir.<sup>112</sup> Gerçekten de yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere bu ülkede vergi ve bu arada vergi suç ve cezaları bakımından Hazine Sekreterliğine yorum ve kural koyma, IRS'in ise yorum yapma yetkisi bulunmaktadır.

---

<sup>110</sup> a.g.e. s. 1-4, 1-5.

<sup>111</sup> Verginin mali faaliyetler bakımından önemi konusunda bkz. Zanobini, G. (1994). s. 49, 50.

<sup>112</sup> Her ne kadar vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bağlamında daha az sapma görülse de.

İdari nitelik taşıyan bu organların suç veya ceza alanında yorum ve kural koyma yetkisinin bulunması vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin kabul edilmediği anlamını taşır. Öte yandan suç ve ceza bir bütün oluşturduğundan, daha açık bir deyişle *suç ve ceza arasında bütünleyici parça* ilişkisi bulunduğu<sup>113</sup> Birleşik Devletler'de idari vergi suçlarında kanunilik ilkesinin uygulanmaması, idari vergi cezalarında da söz konusu ilkenin uygulanmadığı anlamını taşır.

Aslında, Birleşik Devletler'de vergi ile vergi suç ve cezalarında sert ve katı bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanmamasını, ülkenin Anayasası ile bağdaştırabilmek kolay değildir. Zira Birleşik Devletler Anayasası'nın yukarıda ayrıntılı olarak görülen hükümleri, vergide (ve örtülü olarak verginin kapsamına giren vergi suç ve cezalarında) kanunilik ilkesinin sert ve katı bir şekilde uygulanmasının mutlak bir zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır<sup>114</sup>.

Türkiye'de vergi suç ve cezalarında özellikle Vergi Usul Kanunu'nda (VUK)<sup>115</sup> düzenlenen idari vergi suç ve cezalarından *vergi ziyayı* ve

<sup>113</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). s. 495 vd.

<sup>114</sup> Bir başka deyişle Birleşik Devletler'de, vergi ile vergi suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğinin anayasal seviyede tasarlandığını hiç duraksamaksızın söyleyebilmek olanaklıdır.

<sup>115</sup> Türkiye'de idari vergi suç ve cezalarının yalnızca VUK'da düzenlendiği gibi yanlış bir algı (bu algı son derece yanlıştır. Zira bir vergi suçunu vergi yükümlülerinin vergi normlarını icrai veya ihmali hareketle ihlal etmeleri, vergi cezasını ise vergi normlarının ihlal edilmesi durumunda vergi idaresinin idari işlemle cezalandırma amacıyla uyguladığı yaptırımlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda bir vergi suç veya cezasının oluşabilmesi için vergi normunun isminin önemi bulunmamaktadır) bulunduğu gibi vergi suç ve cezaları konusunda yapılan incelemelerde de daha çok VUK'da düzenlenen vergi suç ve cezalarının incelenmesi yoluna gidilmektedir. Hâlbuki vergi suç ve cezaları, VUK'un yanında diğer bazı kanunlarda, örneğin gümrük vergisiyle ilgili olarak 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda düzenlenmiştir. Gerçekten de 4458 sayılı Kanun'un 234. maddesiyle başlayan İkinci Bölümünde "*vergi kaybına neden olan işlemlere uygulanacak cezalar*" (vergi ziyayı suç ve cezaları), 239. maddesiyle başlayan Üçüncü Bölümünde "*usulsüzlük cezaları*" düzenlenmiştir. Şunu hemen belirtmek gerekir ki 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda öngörülen suç ve cezalar, ceza hukuku suç ve cezasından daha fazla olarak idari suç ve ceza şeklinde öngörülmüştür. Hâlbuki Delmas-Marty ve Teitgen-Colly'nin isabetli olarak belirttikleri üzere çağcıl ülkelerdeki eğilim, gümrük suç ve cezalarının, idari suç ve cezalarla uğraşan cezai idare hukukuna tabi olmasından ziyade ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza şeklinde düzenlenmesidir. Bkz. Delmas-Marty ve Teitgen-Colly, s. 19. Türk pozitif hukukunda idari gümrük suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uygun hareket edilmemiştir. Örneğin 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 241. maddesinin 1. fıkrasında, bu Kanun'da ayrı bir ceza tayin edilmiş hâller saklı kalmak üzere 4458 sayılı Kanun'a ve Kanun'da tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerle getirilen hükümlere aykırı hareket edenlere söz konusu düzenlemelerde açıkça öngörülmüş olması kaydıyla para cezası niteliğinde usulsüzlük cezasının uygulanacağı belirtilmiş; maddenin devamında ise usulsüzlük cezasının katlarıyla uygulanacağı durumlara yer verilmiştir. Görüldüğü üzere 4458 sayılı Kanun'un 241. maddesinde idari gümrük suçları bakımından kanun yerine *idarenin düzenleyici işlemlerine*

*usulsüzlük* suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır<sup>116</sup>. Bu konu üzerinde başka bir çalışmada ayrıntılı olarak durulması ve vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uyulmamasının hukuka aykırılığı hakkında ayrıntılı saptamalara yer verilmesi<sup>117</sup> yüzünden konuya yalnızca temas etmekle yetinilecektir<sup>118</sup>.

## B. VERGİDE KANUNİLİK İLKESİNE DE SIKI BİR ŞEKİLDE UYUM SAĞLANMASI GEREKİR

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere anayasal bir gereklilik oluşturmasına karşın Birleşik Devletler’de vergide kanunilik ilkesine

yollama yapıldığı için kanunilik ilkesinin *kanunun tekelciliği* alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere suçlarda kanunilik ilkesinin benimsenmediği bir durumda cezada da kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilemeyeceğine göre idari gümrük suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin benimsenmediği açıktır.

<sup>116</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesinin yaptırım türlerinin birbirinden nasıl ayrılacağı konusunda yapmış olduğu saptamanın isabetinin tartışmaya açık olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 19.3.1987 tarihli ve E.1986/5, K.1987/7 sayılı kararında; hakları kısıtlayan yaptırımlar grubuna giren ve Türk mevzuatında tatil, men, memnuniyet, mahrumiyet, kapatma gibi terimlerle ifade edilen bu tür yaptırımların teknik anlamda *ceza* niteliğini taşımayıp çoğu kez bir *tedbir* niteliğinde olduğu belirtilmekte; sonuçları itibarıyla birbirlerine çok benzeyen *ceza*, *güvenlik tedbiri*, *idari ceza*, *disiplin cezası* veya *kolluk müeyyidelerini* birbirinden ayıran en önemli ölçütün yasa koyucunun iradesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. 12.11.1987 tarihli ve 19632 sayılı R.G. Mahkemenin bu görüşünün iki açıdan hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Bunlardan ilkinin; tatil, men, kapatma gibi yaptırımların çoğu kez *tedbir* niteliğinde olduğu esasının kabul edilmesi oluşturur. Anayasa Mahkemesi bu görüşüyle yaptırımın doğasına bakılarak onun *tedbir* veya *diğer bir yaptırım* olarak ayrıştırılabileceğini ima etmektedir. Hâlbuki çağcıl anlayış bakımından özgürlüğü bağlayıcı ceza ölçütü dışında doğasına bakılarak yaptırım türlerinin birbirinden ayrılması olanaklı değildir. Hatta bu ölçüt, Türk pozitif hukuku bakımından işe de yaramamaktadır. Zira idari ceza, örneğin askerî idari ceza yoluyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması olanaklıdır. İkincisini ise yasa koyucunun iradesinin yaptırım türlerini birbirinden ayrabileceği anlayışının kabul edilmesinin oluşturur. Bu görüşüyle, Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun yaptırım türleri arasında niteliksel veya niceliksel bir ayırım yapabileceği görüşünü örtük olarak benimsemektedir. Hâlbuki örneğin *idari ceza* ile diğer yaptırım türleri arasında niteliksel veya niceliksel ayırım yapmaya yarayacak sağlam ve tam olarak doğru bir ölçüt bulunmamaktadır. İdari ceza ile diğer yaptırım türleri yalnızca organik ve şekli ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). s. 382-455.

<sup>117</sup> a.g.e. (2015). s. 260-285.

<sup>118</sup> Aslında vergi suç ve cezalarında katı ve sert bir şekilde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, Anayasa’nın 73. maddesinin dördüncü (son) fıkrasına açıkça aykırıdır. Bu fıkra; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Cumhurbaşkanı’na verilebileceği ifade edilmiştir. Anayasa’nın bu hükmünde vergi cezaları bakımından Cumhurbaşkanı’na değişiklik yapma yetkisi verilmemiş olduğuna göre Cumhurbaşkanı’nın söz konusu cezalar bakımından herhangi bir değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda söz konusu hükmün kanımızca vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanmasını aykırı herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Gerçi kimi durumlarda vergi cezasının miktarı, vergi alacağına bağımlı kılındığından vergi oranları, indirim ve istisnaları ile muafiyetlerine ilişkin hususlarda yapılacak bir değişiklik vergi cezası miktarını da etkileyebilir. Kanımızca böyle bir durumu da vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine getirilen ayrık bir hâl olarak kabul etmek oldukça güçtür. Zira bu şekilde vergi cezasının etkilenmesi dolaylı bir nitelik taşımaktadır.



tam olarak uyulamamaktadır. Üstelik Federal Temyiz Mahkemesi vergi normlarının geriye yürümesini de hukuka uygun bularak gerek hukukun genel ilkeleri gerekse kanunilik ilkesi bakımından önemli gedikler açmaktadır. Bu gediklere aşağıda ayrıntılı bir şekilde temas edilmeden önce mali nitelikli normların geriye yürümesi bakımından Türk Anayasa Mahkemesinin tutumu üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında mali nitelikteki kanunların geçmişe uygulanmazlığı esasını benimsemiş, buna karşın, kimi kararlarında söz konusu esası benimsememiştir. Mahkemenin her iki tür kararından çeşitli örnekler vermek faydalı olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin 24.6.2004 tarihli ve E.2004/18, K.2004/89 sayılı kararında; mali açıdan yük getiren kanun bakımından geçmişe uygulanmazlık esasının geçerli olduğu açık bir şekilde benimsenmiştir. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasına yol açan olayda; 2926 sayılı Kanun kapsamında tarım sigortalısı olan murisin sigorta primi ödeme süresi bu Kanun'un 23. maddesiyle üç tam yıl olarak belirlenmiş iken 4.10.2000 tarihli ve 24190 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 619 sayılı KHK'nın 46. maddesiyle bahsedilen süre "*beş tam yıl*", 1479 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan "*üç tam yıl*" ibaresi de 619 sayılı KHK'nın 19. maddesiyle "*beş tam yıl*" olarak değiştirilmiş ancak söz konusu KHK, Anayasa Mahkemesinin 26.10.2000 tarihli ve E.2000/61, K.2000/34 sayılı kararıyla, KHK'nın dayandığı yetki kanununun iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmiş ve iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği karar altına alınmış ancak bu süre içinde yeni bir düzenleme yapılmadığı için iptal kararının yürürlüğe girdiği 8.8.2001 tarihinde *beş tam yıl* kuralı geçerliliğini yitirmiştir.

Yeni bir düzenleme yapılmaması nedeniyle doğan yasal boşluk döneminde yargı organlarının tutumu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa yargıç örf ve âdet hukukuna, bu da yoksa kendisi kanun koyucu nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar vereceği şeklindeki hükmü doğrultusunda sosyal güvenlik ve adalet ilkelerine uygun olacağı gerekçesiyle sigortalı hak sahipleri lehine yorumlarla sigorta primi ödeme süresinin yasal değişikliklerden önceki gibi *üç tam yıl* olarak kabulü gerektiği yönünde oluşmuştur. Daha sonra 4946 sayılı

Kanun çıkartılarak 1479 sayılı Kanunu'nun 41. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık süresi “beş tam yıl” olarak belirlenmiş ve bu hükmün 8.8.2001 tarihinden itibaren geçerli olacağı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararıyla 4956 sayılı Kanun'un bu hükmünü iptal etmiştir. Mahkeme gerekçesinde; hukuk güvenliğinin gereği olarak kanunların genellikle yayımlanmalarından sonraki olay ve durumlara uygulanacağı, ayrık durumlarında kamu yararı ve düzeninin gerektirdiği durumlarda geriye doğru yürütülebildiği, hukuksal boşluk veya düzenlemelerin yetersiz olduğu durumlarda sosyal güvenlik hukukunun çalışanların hak ve güvencelerini ilerletme yönünde geliştiği ve bunu sağlamanın devletin amaç ve görevleri arasında yer aldığı göz önünde bulundurarak sorunlara çözüm getirilmesinin sosyal hukuk devletinin gereği olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme ayrıca kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi kararı ile verilen süre içinde gerekli düzenlemeleri yapmayarak hukuksal boşluğa neden olduğu, bu boşluğun ise yargısal içtihatlarla önceki kurallar gözetilerek hak sahiplerinin lehine sonuç doğuracak biçimde doldurulduğu ve söz konusu sigorta primi ödeme süresinin üç tam yıl olarak belirlendiği, itiraz konusu düzenleme ile bu sürenin geçmişten geçerli olarak beş yıla çıkarılmasının ölüm tarihleri aynı olan sigortalıların hak sahiplerinden yargıya başvurarak davası sonuçlanmış olanlarla kendilerinden kaynaklanmayan nedenlerle davası, yasanın yürürlüğe girdiği tarihte sonuçlanmamış olanlar arasında adil olmayan bir farklılık doğmasına yol açtığı,<sup>119</sup> bu durumda yasal düzenlemelerin zamanında yapılmaması sonucu yargı kararıyla oluşan hukuksal durum gözetilmeksizin kişilerin hukuk güvenliğini zedeleyecek biçimde geçmişten geçerli düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, 5. maddesinde belirtilen devletin amaç ve görevleri ile 60. maddesinde belirtilen sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğu ifade edilmiştir.<sup>120</sup>

Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin 4.6.2003 tarihli ve E.2001/392, K.2003/60 sayılı kararında farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Bu davaya konu olan 23.11.2000 tarihli ve 4605 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi

---

<sup>119</sup> Anayasa Mahkemesinin bu saptaması eşitlik ilkesi ile kanunilik ilkesi arasındaki ilişkiyi somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

<sup>120</sup> Karar için bkz. 23.11.2004 tarih ve 25649 sayılı R.G.

Kanunu, Finansman Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'un 5. maddesinin 2000 yılı gelirlerine de uygulanmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir; söz konusu yasa 30.11.2000 tarihli ve 24246 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kanunla mükelleflere vergi doğuran olayın gerçekleşmesinden 11 ay sonra aleyhe yükümlülükler konulmuştur. Konuyu Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla taşıyan Adana 1. Vergi Mahkemesinin isabetli olarak belirttiği üzere kanunilik ilkesinin geçerli olduğu vergi ve ceza hukuku genel ilkelerine göre aleyhe hükümlerin geçmişe yönelik olarak uygulanması veya aleyhe hüküm içeren düzenlemeler yapılmasının olanaklı olmadığı, bu itibarla 30.11.2000 tarihinde yayımlanan yasa maddesiyle 2000 yılının tümünü kapsayacak şekilde geçmişe yönelik olarak mükelleflere daha ağır vergi yükü getirilmesi sonucunu doğuran 4605 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (a) bendinin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine<sup>121</sup> aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir.

Adana 1. Vergi Mahkemesinin bu haklı görüşü, Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmamış ve Mahkemenin söz konusu kararında şu sonuca ulaşılmıştır:

“Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle *kanunların geriye yürümezliği ilkesi* uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.

Vergi hukukunda geriye yürümenin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için vergi doğuran olayın ne zaman meydana geldiğinin tespiti gerekmektedir.

30.11.2000 günlü, Resmî Gazete'de yayımlanan 4605 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 58. maddedeki hayat standardı esas, vergilendirme dönemi kapanmadan ve hukuki sonuçları doğurmadan yürürlüğe girdiğinden 2000 yılı vergilendirme dönemi için uygulanacaktır. Önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz

---

<sup>121</sup> Geniş anlamda *vergi* kavramının içine vergi cezası da girdiğinden Adana 1. Vergi Mahkemesinin ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen “*kanunilik*” ilkesine aykırılık savında bulunması da gerekirdi.

sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni yasa kuralının uygulanması geriye yürüme olarak nitelendirilemeyeceğinden vergiyi doğuran olay tamamlanmadan yürürlüğe giren kuralın uygulanması, mükelleflerin hukuksal güvenliklerini sarsmaz.

Gelirin gerçek tutarının vergilendirilmesi, Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında yer alan verginin adaletli ve dengeli dağılımını sağlayan mali güce göre vergilendirme ilkesinin bir gereğidir. Buna göre bir faaliyet sonucunda elde edilen gelirin vergilendirilmesinde bir yöntem olan hayat standardı esası, gelirin gerçek miktarının vergilendirilmesi amacına yönelik olduğundan verginin adaletli ve dengeli dağılımını sağlayan mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırılığundan söz edilemez."<sup>122</sup>

Anayasa Mahkemesinin vergi kanunlarının geçmişe yürüyebileceğini örtük olarak ifade eden başka kararları da bulunmaktadır. Konu hakkında mahkemenin simge niteliğindeki kararını, 6.7.1995 tarihli ve E.1995/6, K.1995/29 sayılı karar oluşturmaktadır. Bu karara konu olan 4.5.1994 tarihli ve 3986 sayılı Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 1993 yılında elde edilen gelir ve kurumlar vergisine tabi kazançlara %10 ek vergi yükü getirilmiştir. 3986 sayılı Kanun'un bu hükmünün iptali için Gaziantep Vergi Mahkemesince somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi ise yukarıda belirtilen kararıyla bu başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin *kanun hükümlerinin geçmişe yürütülemeyeceği* unsuru bakımından değerlendirirken şu görüşü öne sürmüştür:

"Dava dilekçesinde ekonomik denge vergisinin bir yıl önceki kazançlar üzerinden alınarak geçmişe dönük yükümlülük getirdiği, bu nedenle, kazanılmış hakların korunması ve hukuki güvenlik ilkelerine ve dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı düştüğü ileri sürülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, birçok kararında hukuk devletini, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu

---

<sup>122</sup> Bkz. 18.12.2003 tarihli ve 25320 sayılı R.G.

geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlet olarak tanımlamış; devletin tüm işlem ve eylemlerin hukuk kurallarına uygun olması anlayışının kazanılmış haklara saygı duyulmasını da içerdiğini ancak kazanılmış bir haktan bahsedilebilmesi için bu hakkın yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla eylemli biçimde elde edilmiş olmasının aranacağını belirtmiştir.

Vergide adalet de bu anlamda kazanılmış haklara dokunulmamasını gerektirir.

Vergi hukukunda geriye yürümenin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için vergiyi doğuran olayın tanımının yapılması gerekmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 19. maddesine göre vergi alacağı, vergi yasalarının vergiyi bağladıkları olayın meydana gelmesi veya hukuksal durumun oluşması ile doğar. Vergiyi doğuran olayın meydana geldiği anda yürürlükte olan yasa uygulanacaktır. Vergiyi doğuran olay tamamlandıktan sonra bu olaya ilişkin vergi yükünün artırılması geriye yürüme olarak nitelendirilebilir.

Ekonomik denge vergisi uygulamasında, yasanın geriye yürütülmesinin söz konusu olup olmadığının anlaşılması için 3986 sayılı Kanun'un 2. maddesinin açıklanması yerinde olacaktır.

3986 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre ekonomik denge vergisi, 1993 yılı kazançlarına ilişkin olarak 1994 takvim yılında verilmesi gereken beyannamelerde yer alan matrahlar üzerinden alınacaktır. Maddede geçen ücret gelirleri 1993 yılında elde edilen ücretlerdir. Götürü usule tabi gelir vergisi yükümlüleri yönünden ise 1994 yılına ilişkin götürü matrahlar ekonomik denge vergisinin de matrahı sayılmıştır. Ancak ekonomik denge vergisi ekonomik koşulların gerektirdiği finansman ihtiyacını karşılamak için devletin egemenlik gücüne dayanarak koyduğu yeni bir vergidir. Bu anlamda gelir ve kurumlar vergisine ek olmayıp başlı başına bir vergidir. Bir yıl önceki kazançlara ilişkin matrahlar üzerinden alınması, geriye dönük vergi koyma anlamına gelmez.

Bu vergide vergiyi doğuran olay, beyanname verilmesi, 1994 yılına ilişkin götürü matrahın belirlenmesi, ücretlerde belirli miktara ulaştırılmasıdır.

Böyle olunca geriye yürümeden söz edilemez.”<sup>123</sup>

Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında vergi kanunlarının geriye yürüme yasağına tabi olmadığı sonucunu örtük bir şekilde benimseyerek genel hukuk ilkeleri ile kanunilik ilkesine kolay kolay bağdaştırılamayan bir tutum içine girmiştir. Konu oldukça önemli olduğundan ilave açıklamaların yapılması faydalı olacaktır.

Vergi kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi bağlamında *gerçek geçmişe yürüme* (echte Rückwirkung) ile *gerçek olmayan geçmişe yürüme* (unechte Rückwirkung) arasında açık bir ayırım yapılır. Gerçek geçmişe yürüme; bir vergi kanununun, önceki kanun döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuki durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Buna karşılık gerçek olmayan geçmişe yürüme; bir kanunun önceki kanun yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuki durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamını taşır. Bu bağlamda kural olarak gerçek geçmişe yürüme hukuka aykırı ancak gerçek olmayan geriye yürüme hukuka uygun<sup>124</sup> olarak kabul edilir<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Bkz. 10.2.1996 tarihli ve 22550 sayılı R.G.

<sup>124</sup> Ancak şu husus hiçbir şekilde zihinden uzak tutulmamalıdır ki vergi normları bakımından gerçek olmayan geriye yürümenin hukuka uygunluğu *mutlak* bir nitelik göstermemektedir. Gerçekten de vergiyi doğuran olayın tamamlanmasından önce vergi yükünü artırarak aleyhe hükümler getiren bir yasal norm, gerçek olmayan geçmişe yürüme olarak nitelendirilerek, gerek geçmişe yürütüldüğü dönemin uzunluğu gerekse getirmiş olduğu ek vergi yükü açısından ölçüsüz değilse hukuki güvenlik açısından aykırı olamayacağından geçerli sayılabilecektir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi her somut olay bakımından kamu yararı ile yükümlülerin hukuksal güvenliklerini karşılaştırarak gerçek olmayan geriye yürüme niteliği taşıyan bir kanunun hukuka uygun olup olmadığını irdelemesi gerekmektedir. Bkz. Karakoç, Y. (1996). s. 318. Bu irdelemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi gerçek olmayan geriye yürümenin vergi yükümlüsü açısından öngörülebilir veya katlanılabilir olup olmadığına bakmalıdır. Zira bir kanunun geriye yürüyüp yürümediği önceden mutlak şekilde belirlenebilir bir nitelik taşımamaktadır. Bir kanunun geriye yürüyüp yürümediği “derece” niteliği taşımakta olup söz konusu derecenin öngörülemez veya katlanılamaz olduğu durumlarda o normu hukuka aykırı olarak görmek gerekir. Bu çerçevede aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olan, 2000 yılında 11 ay geçtikten sonra hayat standardı esasının getirilmesini öngören kanun gerçek olmayan geriye yürüme olarak kabul edilse (ki burada “gerçek geriye yürüme” bulunmaktadır) bile buna izin verilemez. Çünkü bu etkinin önceden kestirilmesine veya katlanılmasına olanak yoktur. Bu açıdan da Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının isabeti tartışmaya açıktır.

<sup>125</sup> Bkz. a.g.e. s. 314.

VUK'un 19. maddesinin 1. fıkrasına göre vergi alacağı, vergi kanunlarının vergi bağladıkları olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğar. Bu hüküm dolayısıyla Türk hukukunda vergi borcunun doğuş zamanı bakımından verginin tarh ve tahakkuku değil *vergiyi doğuran olay* ölçüt olarak kabul edilmiştir<sup>126</sup>. Bu ölçüt temelinde vergi kanunlarıyla ilgili son iki örnekte *gerçek geçmişe yürüme* olgusuyla karşılaşılmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu olguyu kabul etmemiştir. Daha açık bir deyişle birinci örneği oluşturan Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 58. maddedeki hayat standardı esasıyla mükelleflere vergi doğuran olayın gerçekleşmesinden 11 ay sonra aleyhe yükümlülükler konulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu Kanun'la ilgili kararında vergilendirme döneminin kapanmadığını ve hukuki sonuçlarının doğmadığını öne sürerek söz konusu esasın 2000 yılı vergilendirme dönemi için uygulanmasını hukuka uygun bulmaktadır. Hâlbuki 2000 yılının 11 aylık döneminde vergiyi doğuran olayların büyük kısmı gerçekleşmiş ve hukuki sonuçlarını doğurmuştur. Bu bağlamda önceki yasa yürürlükte iken başlamış ve sonuçlanmış hukuksal ilişkilere, yeni yasa kuralının uygulanmasını duraksamasız bir şekilde geriye yürüme olarak nitelendirmek olanaklıdır.

Vergi kanunlarıyla ilgili son örnekte de *gerçek geriye yürüme* olgusu bulunmaktadır. Gerçekten de 3986 sayılı Kanun ile öngörülen *ekonomik denge vergisi*, 1993 yılında elde edilen gelir ve kurumlar vergisine tabi olan kazançlar üzerine %10 ek vergi yükü getirmiştir. Yine bu Kanun'un ikinci bölümünde yer alan ve seçenekli bir servet ve muamele vergisi niteliğinde olan *net aktif vergisi* de 1993 yılındaki gayrisafi hasılatı, bir diğer deyişle *ciroyu* vergilendirerek Kanun'un vergi yükü getiren hükümlerini gerçek anlamda yürütmüştür.<sup>127</sup> Bu olgulara rağmen Anayasa Mahkemesinin söz konusu Kanun'un ilgili hükmü hakkında iptal kararı vermemesi isabetli bir tutum sayılamaz<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Çağan, N. (1982). *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 185-186.

<sup>127</sup> Bkz. Karakoç, Y. (1996). s. 314.

<sup>128</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu tutumu yüzünden kanımızca yurttaşların temel hak ve özgürlükleri korumasız bırakılarak ihlal edilmiş ve hukuki güvenliği büyük bir zarar görmüştür. Zira Çağan'ın isabetli olarak belirttiği üzere verginin kanuniliği ilkesinin Batı demokrasilerinin temel esaslarından birisini oluşturmasının nedenini, verginin kişi temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilişkili olması ve onların önemli bir kısmını doğrudan doğruya sınırlandırmasıdır. Bkz. Çağan, N. (1982). s. 94.

Aslında vergi normunda *gerçek geriye yürüme* olgusunun bulunması, hukuk devleti ilkesinin<sup>129</sup> *hukuki güvenlik* alt ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Gerçekten de geçmişe uygulama yasağı ile hukuk devleti ilkesi arasında hukuk dogmatğine ilişkin olarak çifte bağlantı bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin ceza hukukunda geçerli olan aleyhe ceza normunun geçmişe uygulanma yasağı oluşturur. İkincisini ise geçmişe etkili olan devlet eylemleri karşısında dayanağını yurttaşların güveninde bulan ve gerçek olan geriye yürümeyi yasaklayan genel bir güvence bulunur. Ceza hukukunda öngörülen aleyhe ceza normunun geriye yürümezliği ilkesi, ceza normunun kategorik bir özelliğini oluşturmasına karşın gerçek geriye yürümenin yasaklanması, hukuk devleti ilkesinden türetilir<sup>130</sup>.

Vergide kanunilik ilkesinin doğası gereği sert ve katı bir biçimde uygulanması gerekir. Zira vergi alanında kanunilik ilkesi sert ve belirgin bir nitelik kazanmakta ve kıyas yasağı da bu alanda daha açık bir anlam kazanmaktadır<sup>131</sup>.

Türk vergi hukuku uygulamasında vergide kanunilik ilkesi bakımından görülen bu sapmaları tarihsel savaşımalarla ve anayasal ilkeyle bağdaştırabilmek kolay değildir. Gerçekten de vergide kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği tarihsel olarak sloganlarla ifade edilmiştir. Nitekim “*temsilsiz vergi olmaz*” veya “*rızasız vergi olmaz*” şeklindeki ilkeler, yükümlü temsilcilerinden oluşan parlamentoların onayı veya izni bulunmaksızın vergi alınamayacağını, aksi hâlde söz konusu vergilere halkın rıza göstermemiş sayılacağını, kısacası kanunilik ilkesini ifade etmektedir<sup>132</sup>.

Öte yandan vergide kanunilik ilkesi öyle önem taşımıştır ki yukarıda belirtildiği üzere bazı çağcıl ülkelerin yaptığı gibi Türk anayasa koyucusu da bu ilkeyi anayasasına koyma gereği duymuştur. Gerçekten de Türk

<sup>129</sup> Aslında genel olarak vergilendirmenin temel hukuki çerçevesini, bir başka deyişle sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Bu çerçevenin temellerini; a) vergilendirmenin yalnızca kanunla konulabilmesi, b) verginin tarafsız bir şekilde uygulanması, c) vergi yoluyla elde edilen gelirin yalnızca kamusal amaçlarla kullanılabilmesi, hükümdarın özel ihtiyaçları için kullanılmaması oluşturur. Hukuk devleti ilkesi, bu prensiplerin bağımsız mahkemelerce uygulanacağı esasını da benimsemektedir. Bkz. Vanistendeal, F. (1996). s. 15.

<sup>130</sup> Fazla bilgi için bkz. Schlink, B. (2012). *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, Çev. Reyda Ergün, Ankara: Dost Kitabevi, s. 47 vd.

<sup>131</sup> Öncel, M. Kumrulu, A. Çağan, N. (2006). s. 209.

<sup>132</sup> Öncel, M. Kumrulu, A. Akkaya, M. (2004). *Uygulamalı Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 6.



Anayasası'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı ifade edilerek vergide kanunilik ilkesinin uygulanacağı anayasal seviyede ortaya konulmuştur.

### C. VERGİDE EKONOMİK YAKLAŞIM VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR BAKIMINDAN YAPILAN DÜZENLEME DÜZELTİLMELİ VE EKONOMİK YORUM ZORUNLU KILINMALIDIR

Yapılan bu önerinin ayrıntılı bir gerekçesi ortaya konulmadan önce vergide ekonomik yaklaşım hakkında genel bir bilgi vermek uygun düşecektir. Birçok ülke; vergi yükünü hafifletmek için oluşturulan hukuki şekil ve işlemin dışsal niteliğini dikkate almayarak hukuki şeklin ve işlemin içeriğinin daha ağır vergiye tabi olaylarla eylemli bir benzerlik gösterdiği durumlarda hukuki şekil ve işlemin içeriğine bakılarak yeniden nitelendirilerek daha ağır vergiye tabi tutulması esasını benimsemişlerdir<sup>133</sup>. Daha sade ve yalın olarak ifade etmek gerekirse hukuki şekil ve işlemin biçimi ile özü arasında farklılık bulunması, vergisel açıdan sorun doğurmaktadır. Bu sorun karşısında mahkemeler, genellikle her bir hukuki şekil ve işleme bağlanan vergisel sonuçların şekil ve işlemin içerdiği eylemlere uygun olduğunu, bir başka deyişle hukukun kendi içinde şaşmaz bir denge bulunduğunu, bu yüzden her bir hukuki şeklin daima onların içerikleri ile uyum bulunduğunu düşünmektedir. Hâlbuki gerçek yaşamda birçok olayda mahkemelerin bu varsayımlarının doğru olmadığı, hukuk kuralının bu şekilde bir özgün niteliğinin bulunmadığı ortaya çıkmıştır<sup>134</sup>.

Mahkemelerin bu tutumları yüzünden bazı ülkelerde kanun koyucular, mahkemelerin vergi kanunlarını bu şekilde yorumlamalarını önleme çaresi olarak hukuki şekil ve işlemin kötüye kullanılmasını önleyen genel veya özel nitelikte kötüye kullanımı önleme hükümleri koymuşlardır. Genel nitelikte kötüye kullanımı önleme hakkındaki hükümler, mahkemelerin vergi kanunlarını genişletici veya ekonomik yorumlamasını istemekte, *yapay özellikli* (artificial flavor) hukuki yapı ve işlemleri vergi bakımından geçersiz saymaları gerektiğini aramaktadırlar. Neredeyse tüm gelişmiş vergi sistemlerinde bulunan özel nitelikte

---

<sup>133</sup> Buna karşın ülkeler, olaylar arasında benzerliğin bulunduğu gerekçesine dayanılarak kıyas yoluyla vergi konulmasına izin vermemeye özel bir itina göstermektedirler.

<sup>134</sup> Vanistendael, F. (1996). s. 46.

kötüye kullanımı önleme hakkındaki hükümler ise belirli bir alandaki boşluk ve açıkları kapamayı hedeflemektedir<sup>135</sup>.

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde görüldüğü üzere Birleşik Devletler’de hukuki şekil ve işlemin kötüye kullanılmasını önleyebilmek için geliştirilen kavram *özün biçime önceliği* ilkesidir. Özün biçime önceliği ilkesi, Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan ülkelerde ve bu arada Türkiye’de daha çok *ekonomik yaklaşım* ilkesi olarak adlandırılmaktadır.

Ekonomik yaklaşım ilkesinin Türk hukukunda anayasal ve yasal dayanakları bulunmaktadır. Söz konusu ilkenin anayasal dayanaklarını vergilendirmede eşitlik ilkesi ile mali güce göre vergilendirme ilkesi oluşturmaktadır<sup>136</sup>. Gerçi eşitlik ilkesi sadece vergilendirmeye özgü bir ilke değildir, bunun yanında bütün hukuk alanlarında uyulması gereken bir ilkedir. Yasallık ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilebilecek olan eşitlik ilkesi, aynı koşulları taşıyan herkese hukukun eşit bir şekilde uygulanması demektir. Daha somut bir deyişle eşitlik ilkesinin iki anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilki şekli, diğeri ise öze yönelik eşitliktir. Şekli eşitlik ilkesi; kişilerin statüsü dikkate alınmaksızın hukukun tam ve tarafsız bir şekilde uygulanması demektir.<sup>137</sup> Daha açık bir deyişle şekli eşitlik ilkesi, hukukun uygulanması sırasında hiç kimseye imtiyaz tanınmaması<sup>138</sup> veya ayrımcılık yapılmaması veya usule ilişkin hakların ondan esirgenmemesi anlamını taşır<sup>139</sup>.

Eşitlik ilkesinin öze yönelik anlamı ise aynı koşulları taşıyan kişilere hukukun eşit bir şekilde uygulanması demektir. Bir başka deyişle bu ilkenin anlamı, farklı koşulları bulunan kişilere hukukun farklı bir şekilde uygulanmasıdır. Bununla birlikte farklı koşulları bulunan kişilere hukuk farklı bir şekilde uygulanırken o farklı koşula sahip olan kişilere arasında Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmemesi gerekir<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> a.g.e. s. 46.

<sup>136</sup> Krş. Akkaya, M. (2002). s. 35.

<sup>137</sup> Nitekim Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilerek şekli anlamda eşitlik ilkesi açıkça belirtilmiştir.

<sup>138</sup> Anayasa’nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasında; “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” denilerek bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir.

<sup>139</sup> Vanistendael, F. (1996). s. 19.

<sup>140</sup> Krş. a.g.e. s. 19.

Vergi hukuku özelinde eşitlik ilkesi; aynı iktisadi olgu ve olayların ayrıksız olarak aynı şekilde vergilendirilmesini; somut maddi olayın büründükleri ya da dışa yansıdıkları hukuki biçimden bağımsız olarak iktisadi içerikleriyle değerlendirilmesini gerektirir. Ancak somut maddi olayın iktisadi içeriğinin vergilendirmede esas alınmasının temel koşulunu, vergi normundaki soyut olay tanımında vergilendirilmesi öngörülen hususun bizzat biçimin değil formun temsil ettiği iktisadi olgu veya olay olması oluşturur<sup>141</sup>. Bu durum özellikle vergilendirme konusunun *şekle* (biçime) bağlandığı hâllerde yaşamsal bir önem taşımaktadır. Örneğin 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler kurumlar vergisi yükümlüdürler. Bu çerçevede adi komandit bir şirketin iç işlerinde ortaklarını aynen sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket gibi komandite ve komanditer ortak olarak ikiye ayırdığını düşünelim. Bu olguyu dikkate alıp vergilendirmede gerçek durumun esas alınacağı gerekçesiyle adi komandit şirket kurumlar vergisi yükümlüsü yapılamaz. Çünkü kurumlar vergisi verme yükümlülüğünün bağlandığı soyut olay tanımında yer alan "*Türk Ticaret Kanunu hükümlerine kurulmuş olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*" kavramı, yasada iktisadi içeriğiyle değil bir işlem biçimi olarak yer almaktadır<sup>142</sup>.

Ekonomik yaklaşım ilkesinin bir başka anayasal dayanağını mali güce göre vergilendirme ilkesi oluşturmaktadır<sup>143</sup>. Mali güce göre vergilendirme ilkesi, Vanistendael'in isabetli olarak belirttiği gibi sosyal olarak adil bir vergi sisteminin temel direğini oluşturur.<sup>144</sup> Bu çerçevede 1990 yılında Birleşik Krallık'ta uygulamaya konulmaya çalışılan *kelle vergisinin* (head or poll taxes), mali güce göre vergilendirilme ilkesine aykırı düşüğünü belirtmek gerekir<sup>145</sup>.

Aslında ekonomik yaklaşım ilkesinin varlık nedenini, mali güce göre vergilendirme ilkesinin tam olarak yaşama geçirilmesi oluşturmaktadır.

---

<sup>141</sup> Akkaya, M. (2002). s. 79.

<sup>142</sup> Akkaya'nın verdiği örneklerle karşılaştırınız, Bkz. a.g.e. s. 79.

<sup>143</sup> Gerçekten de Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu ifade edilerek bu ilke somut bir şekilde belirtilmiştir.

<sup>144</sup> Anayasa'nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu ifade edilerek bu hususa açıkça temas edilmiştir.

<sup>145</sup> Vanistendael, F. (1996). s. 19.

Gerçekten de Akkaya'nın belirttiği gibi ekonomik yaklaşımın vergi hukukundaki asıl işlevini, *mali güce göre vergilendirme* ilkesinin özel hukuk işlemleriyle işlemez hâle getirilmesini önlemek ve aynı iktisadi güce sahip olanları aynı biçimde vergilendirerek vergilendirmede eşitliği sağlamak oluşturur. Yazar, vergilendirmede gerçek iktisadi boyutun dikkate alınması ve ödeme gücüne sahip herkesin öngörülen yükümlülüğe katlanmasının iktisadi güce sahip olmasına rağmen çeşitli yollarla bu yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmaya yönelik girişimlerin boşa çıkartılmasını zorunlu kıldığını, hem vergi normunun anlamlandırılması hem de somut maddi olayı oluşturan vergiyi doğuran olayın nitelendirilmesi sürecinde iktisadi boyutun esas alınmasının ancak ekonomik yaklaşım yöntemiyle olanaklı olduğunu savunmaktadır<sup>146</sup>.

Vergi hukuku bakımından yaşamsal bir önem taşıyan ekonomik yaklaşım ilkesini uygularken dikkat edilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır. Çünkü Akkaya'nın da belirttiği gibi çoğu kez vergi hukuku ile özdeşleştirilmiş biçimde kullanılan ve vergi hukukuna özgü olduğu vurgulanan *ekonomik yaklaşım*, takdire yer bırakmayan, anayasal ve yasal vergilendirme ilkeleriyle sınırlanmış bir yöntem olup vergilendirmede iktisadi boyutun dikkate alınması adına bütün kapıları açan bir maymuncuk ya da yasa koyucunun vergi uygulamacısına dilediği gibi doldurmak üzere verdiği açık bir çek değildir<sup>147</sup>.

Bu çerçevede ekonomik yaklaşım ilkesine dayanılarak vergi hukukunda hiçbir şekilde *kural dışı* (praeter legem) yorum yapılamaz ancak *kural içi* (intra legem) yorum yapılabilir. Bu çerçevede, *köpeğin* vergi konusu olduğu bir durumda *kedinin* verginin konusunu oluşturması olanaksızdır<sup>148</sup>. Köpeğin vergi konusu olduğu bir durumda kedinin vergi konusu yapılması vergi normlarının yorumunda aşılamayacak bir sınır olan kıyas yasağının somut maddi olay dolayısıyla örtülü olarak aşılması anlamını taşır. Yukarıda da belirtildiği gibi somut maddi olayın saptanması bağlamında aşılamayacak sınırlardan biri gerçekleşen somut maddi olayın değiştirilememesi veya yerine varsayımsal bir olayın ikame edilememesidir. Daha açık bir deyişle "*vergiyi doğuran olayı değiştirme yasağı*" olarak adlandırılabilir bu sınır, hangi nedenle

---

<sup>146</sup> Akkaya, M. (2004). s. 171.

<sup>147</sup> Akkaya, M. (2002). s. 113.

<sup>148</sup> Şanver, S. (Nisan 1976). "Ticaret Hukuku ve Vergi Hukuku", *İktisat ve Maliye*, C. XXIII, S.1, s. 23.

olursa olsun vergi normunun uygulanma sürecinde somut maddi olaya ilişkin fotoğrafta yer alan görüntünün tamamının veya bir kısmının yok sayılmasını ya da fotoğrafta yer almayan bazı görüntülerin fotoğrafa eklenmesine engeldir<sup>149</sup>.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere vergi normlarının yorumlanmasında kendisine başvuru olan ekonomik yaklaşım ilkesi, vergide kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Bununla birlikte bazı ülkeler,<sup>150</sup> vergide kanunilik ilkesine *sıkı sıkıya* (strictly) bağlı olunması gerektiği gerekçesiyle ekonomik yaklaşım esasını kabul etmemekte; vergi normlarının yalnızca “lafzi, metin” (literal) olarak yorumlanacağı esasını benimsemektedirler. Ancak vergi kanunlarının salt lafzıyla yorumlanması durumunda vergi yükümlüleri, işlerini sık sık vergiden kaçınma yönünde düzenleyebilmektedirler. İşte lafzi yorumun tam karşıtını, yasama organının amacını dikkate alan *amaçsal, gai* (teleolojik) yorum yöntemi oluşturmaktadır. Amaçsal yorum yöntemine göre kanun koyucu vergi kanununu çıkararak kanunun etkin olarak uygulanmasını öngörmüş ve yapay manevralarla kanunun uygulamasından kaçınılamamasını istemiştir. Bundan da öte vergide eşitlik ilkesi, vergi kanununun eşit ekonomik koşullarda bulunan herkes için uygulanmasını gerektirir şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir<sup>151</sup>.

Bu bağlamda vergi kanunlarının yorumlanmasında ülkeler, temel olarak dört soruyla karşılaşmaktadırlar. Bunlardan ilki; vergi kanunu katı ve sıkı olarak kısacası lafzi bir şekilde mi yorumlanmalı yoksa *amaçsal* yorum yöntemine mi başvurulmalı veya bunların ötesinde *kıyas* (analogical) yöntemine başvurulması caiz midir? İkincisi, bir işlemin hukuksal şeklinin işlemin özüne önceliği var mıdır? Üçüncü olarak hukukun diğer alanlarında görülmeyen şekilde vergi kanunları *ekonomik yorumlama* esasına mı tabidir?<sup>152</sup> Son olarak ise vergi avantajı sağlamak amacıyla oluşturulan hukuki şeklin tanınıp tanınmaması yasama organına mı yoksa mahkemeye mi veya başka bir organa mı bırakılmalıdır?

---

<sup>149</sup> Akkaya, M. (2002). s. 78.

<sup>150</sup> Örneğin Fransa ve Belçika. Bkz. Vanistendael, F. (1996). s. 35 vd.

<sup>151</sup> Krş. a.g.e. s. 35.

<sup>152</sup> a.g.e. s. 35.

Vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesi hakkında yapılan açıklamalardan söz konusu soruların yanıtlarının kolaylıkla verilebileceğini düşünmekteyiz. İlk sorudan başlamak gerekirse vergi kanununun salt lafzi olarak yorumlanması, isabetli bir tutum sayılamaz. Zira salt lafzi yöntemle vergi normunun yorumlanması, normun *özünü* ortaya çıkarabilmek bakımından yeterli değildir. Bu bağlamda vergi normlarının yorumunda çağcıl yöntem olan amaçsal yorum yöntemine başvurulması gerekir. Bu yöntemde yargıç, kanunun *gayesini* (ratio legis) araştırarak ona uygun düşecek bir tarzda kanunu anlamlandırmaktadır. Kanun, bu yolla anlamlandırılırken kuramsal ve mantıki düşüncelerden ziyade pratik değerlendirmelerle hareket edilmektedir. Daha açık bir deyişle kanunun bu gayesi toplumun mevcut sosyal gereksinimleri ve somut olayın özellikleri gözönünde tutularak nesnel bir şekilde araştırılmakta, diğer deyişle toplumun zamanla birlikte değişen gereksinimlerini en iyi bir şekilde çözümleyecek bir anlam verilmeye çalışılmaktadır. Yargıç, vergi kanununu yorumlarken diğer tefsir yöntemlerinin tümünden faydalanabilmekte ancak hiçbirine bağlı kalmamaktadır. Zira amaçsal yorum yönteminin özelliğini, tartıcı ve eleştirici bir yöntem olması oluşturur<sup>153</sup>. Ancak bu açıklamalardan vergi normlarının yorumlanmasında yalnızca amaçsal yorumun kullanılması gerektiği sonucu çıkartılmamalıdır. Vergi normunun *lafzı* (metni) hiçbir zaman gözardı edilmemeli, kanunun lafzıyla birlikte amaçsal yorum yönteminin kullanılması gerektiği unutulmamalıdır.

Vergi normunun yorumlanmasında kıyas<sup>154</sup> yöntemine gelince, yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere vergide kanunilik ilkesi, kıyas yoluyla vergi konulmasını sıkı bir şekilde yasaklar<sup>155</sup>. Bu çerçevede kıyas yöntemine başvurularak vergi normları genişletici bir şekilde yorumlanamaz.

İkinci soruya gelince, hemen belirtmek gerekir ki bir işlemin hukuksal şeklinin işlemin özüne önceliği bulunmamakta, tam aksine özün hukuki şekle önceliği bulunmakta ve bu esas neredeyse evrensel bir

---

<sup>153</sup> Krş. a.g.e. s. 116-118.

<sup>154</sup> Bir kanunun hükmünün veya bu hükümde yer alan prensibin benzeri bir olaya uygulanmasına kıyas denir. Bkz. Akipek, J.G. (1966). s. 126.

<sup>155</sup> Nitekim 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında; kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı ifade edilerek kıyas ile suç ve cezada kanunilik ilkesinin bağdaşmayacağı açık bir şekilde gösterilmiştir.

nitelik taşımaktadır<sup>156</sup>. Zira özün biçime önceliği ilkesi kabul edilmediği müddetçe vergi kaçırma veya vergi kaçakçılığı ile etkin bir savaşım verebilmek oldukça güçtür. Çağcıl eğilim, ülkelerin vergi normlarının yorumlanmasında daha esnek bir tutum takınarak vergi kanununun ekonomik ve sosyal amacını dikkate almalarıdır. Aslında ülkelerin vergi normlarının yorumlanmasında amaçsal veya teleolojik yorum yöntemini benimseyerek özün biçime önceliği esasını kabul etmeleri son derece doğaldır. Çünkü vergi normlarının sıkı sıkıya lafzi yorum yöntemiyle yorumlanacağı esası benimsenirse hile veya iyi niyet kurallarına aykırı yollarla (vergi kanunlarının boşluklarından yararlanma, peçeleme gibi hukuki şeklin kötüye kullanımı vb.) kolaylıkla vergi kaçırabilirler. Bu tip vergi kaçırma olaylarıyla etkin bir şekilde savaşım verebilmek için özün biçime önceliği esasını kabul etmekten başka uygun bir yöntem gözükmemektedir<sup>157</sup>.

Aslında yukarıda yapılan açıklamalardan üçüncü sorunun yanıtı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de vergi kanunları, *ekonomik yaklaşım* çerçevesinde yorumlanırken yapılan yorum hukukun diğer alanlarında yapılan amaçsal veya teleolojik yorumdan bir farklılık göstermemektedir<sup>158</sup>. Yine yukarıda belirtildiği üzere vergi normlarının ekonomik yaklaşım çerçevesinde yorumlanmasında bu yoruma her kapıyı açan bir maymuncuk gözüyle bakılmaması ve vergide kanunilik ilkesini ihlal edici bir nitelik tanınmaması gerekir.

Vergi avantajı sağlamak, diğer deyişle vergi kaçırmak amacıyla oluşturulan hukuki şeklin tanınup tanınmaması yasama organına mı yoksa mahkemeye mi veya başka bir organa mı bırakılmalıdır? sorusunu Türkiye açısından yanıtlamak oldukça kolaydır. Zira yazılı hukuk dizgesini benimseyen Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup Türkiye, özün biçime önceliğini tanımak bakımından salt mahkemelere

<sup>156</sup> Yukarıda örnek olarak Fransa ve Belçika'da vergi kanunları bakımından sıkı sıkıya lafzi yorum esasının benimsendiği belirtilmişti. Ancak bu ülkelerde özellikle yargı organlarının içtihatlarıyla bu esastan önemli ölçüde sapılarak teleolojik yorum yöntemine de itibar edilmeye de başlamıştır. Bkz. Vanistendael, F. (1996). s. 35-37.

<sup>157</sup> Krş. Akkaya, M. (2002). s. 99-100, 170-174.

<sup>158</sup> Ancak vergi normları amaçsal veya teleolojik yöntemle yorumlanırken bir özellik dikkati çekmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere teleolojik yorum yönetimi uygulanırken, yargıç, taraflar arasındaki çıkar uyumsuzluklarını dikkatli bir şekilde tartarak ve kanunun amacını göz önünde bulundurarak adil bir sonuca varmaktadır. Bununla birlikte vergi normları yorumlanırken vergi yükümlüsü ile vergi idaresinin çıkarları arasında "uzlaşma" (reconciliation) sağlanmaya çalışılmamakta, yalnızca vergi yükümlüsünün vergi borçlusu olup olmadığı ortaya çıkarılmaktadır. Bkz. Vanistendael, F. (1996). s. 35.

yetki tanımakla yetinemez<sup>159</sup>. Üstelik böyle bir durum, *içtihadî hukuk*, *teamüli hukuk* (common-law) dizgesine sahip olan ülkelerde dahi görülmemektedir. Gerçekten de teamüli hukuk dizgesine sahip olan ülkelerden Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Avusturalya'da ayrıntılı ve *özenli* (elaborate) bir şekilde hazırlanmış vergi kanunları bulunmaktadır. Bu ülkelerde vergi konusunda karar verme yetkisi salt mahkemelere bırakılmamış, Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan ülkelerde olduğu gibi mahkemelerin yorum faaliyetinde bulunurken daima vergi kanununu dayanak olarak alması gerektiği esası benimsenmiştir<sup>160</sup>.

Vergi kaçırmak veya vergi avantajı sağlamak amacıyla yapılmış hukuksal şeklin geçersizliğine karar vermek bakımından tek yetkili organı, yasama organı olarak belirlemek de isabetsiz bir tutumdur. Bazıları, vergi hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi ve mahkemelerin görevinin yasama organının görevinden farklı olduğu gerekçelerine dayanarak vergi kaçırmak amacıyla yapılan hukuki şekli dikkate almama görevinin mahkemelere verilemeyeceği, yalnızca yasama organına verilebileceği görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüş sahipleri, çağdaş bir ülkede *erkler ayrılığı* (separation of powers) ilkesinin geçerli olduğunu, bu yüzden yargı organının kanun yapma yetkisinin olmadığını, bu yüzden bir vergi kanununun *lafzı* (metni) belirli durumları vergilendirmiyor, böylelikle boşluk ve açıklar bırakıyorsa hatta söz konusu durumların vergilendirilmesi makul ve vergi politikalarının bir gereği olsa da mahkemenin resmi (formal) bir yasal dayanağın bulunmadığı durumlarda vergi koymaktan “kaçınması” (shy away) gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>161</sup>.

Kanımızca bu görüş kabul edilemez. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere vergi koymanın aynen suç ve ceza koymak gibi birçok ülkenin anayasal hükümleri tarafından açık veya örtülü bir

---

<sup>159</sup> Aslında vergi kaçırmak amacıyla hukuki şeklin kötüye kullanılmasıyla savaşım bakımından salt mahkemeleri görevli ve yetkili kılmak için doğasına da aykırıdır. Her şeyden önce mahkemelerin vergi kanunlarını yorumlamaları; genel olarak diğer kanunları yorumlamaları ve zaman içinde vergi kanunlarını yorumlarken özel kuramlar geliştirip geliştirmediğine bağlı olarak değişmektedir. Üstelik mahkemelerin vergi kanunlarını yorumlamak yoluyla vergi kaçırmayla savaşımalarında neler yapabileceğinin sınırlı olması veya isteksizlikleri yüzünden birçok ülkede kanun koyucular vergi normlarını kötüye kullanımını önlemeye yönelik kanuni hüküm koymuşlardır. a.g.e. s. 54.

<sup>160</sup> a.g.e. s. 34.

<sup>161</sup> a.g.e. s. 46.



şekilde sınırlandırmaya tabi tutulması ve kanuni dayanak olmadan vergi koymanın olanaklı olmadığı, kısacası vergide kanunilik ilkesinin benimsenmesi, mahkemelerin teleolojik yorum yöntemine başvurmasını engelleyemez. Zira yasama organının her şeyi yanılmaz bir şekilde bilerek, vergilendirilmesi gereken durumları tam olarak öngörmesi olanaklı değildir. Her şeyden önce yasama organının yanılmaz olduğu ve her şeyi bildiği varsayımı gerçekleri yansıtmamaktadır<sup>162</sup>. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere teleolojik yorum yönteminde mahkeme kanun koyucunun amacını saptamakta ve bu amaç doğrultusunda taraflar arasındaki uyuşmazlıkları adil bir şekilde çözümlenmeye çalışmaktadır. Çağcıl bir yorum yöntemi olan teleolojik yorum yöntemi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin katı ve sert bir biçimde uygulandığı ceza hukuku ile hukukun diğer dallarında uygulanan temel yorum yöntemi olmasına karşın vergi hukukunda bu yönteme başvurulmaması gerektiğini savunmak bize oldukça garip gelmektedir. Vergi hukuku bakımından da mahkeme, kanun koyucunun vergi normunu koymaktaki amacını dikkate alarak teleolojik yorum yöntemiyle kişinin vergi borcunun bulunup bulunmadığını saptaması ideal bir çözüm yolu olarak gözükmektedir.

Vergi normlarının yorumlanmasında teleolojik yöntemle başvurabilmek bakımından salt mahkemeler yetkili kılınmamalı, bunun yanında idare de yetkili kılınmalıdır. Yukarıda bahsedildiği üzere Fransa'da diğer yorum yöntemlerinin *vergide kanunilik* ilkesine aykırı düştüğü varsayımıyla sıkı bir şekilde *lafzi yorum yöntemi*<sup>163</sup> uygulanmaktadır. Fransız Yargıtayı, haklı olarak geleneksel şekilde vergi normlarının salt lafzi yorum yöntemiyle yorumlanacağı esası benimsenmesine karşın vergi idaresinin vergiden kaçırma amacıyla yapılan hukuki şekli gözardı ederek işlemin içeriğini dikkate alması bakımından yetkili olduğu görüşünü benimsemiştir<sup>164</sup>. Bu açıdan vergi kaçırma amacıyla yapılan hukuki şekli dikkate almayarak işlemin içeriğini esas almak bakımından yalnızca mahkemeler yetkili kılınmakla kalınmamalı, vergi idaresi de yetkili kılınmalıdır.

Vergi kaçırma veya vergi kaçakçılığı ile etkin bir savaşım verebilmek için her şeyden önce VUK'ta yer alan genel nitelikli ekonomik yorumla

---

<sup>162</sup> Krş. a.g.e. s. 46.

<sup>163</sup> Bu yöntemle yorum faaliyetinde bulunulurken yalnızca kanunun metni dikkate alınır.

<sup>164</sup> Bkz. a.g.e. s. 36 ve dn. 91.

ilgili 3. maddenin sistematik ve metin hataları düzeltilmeli, yorumla ilgili genel kurallara yer verilmeli ve vergi normlarını yorumlarken mahkeme ve vergi idaresince zorunlu olarak teleolojik yorumun bir türü olan ekonomik yorum yöntemine başvurulacağı esasları benimsenmelidir<sup>165</sup>. Değişik vergi türleri bakımından özel nitelikli

<sup>165</sup> Bu esaslar benimsense bile kanımızca vergi kaçırma veya vergi kaçakçılığına karşı başarının kendiliğinden geleceği düşünülmemelidir. Vergi kaçırma veya vergi kaçakçılığına karşı etkin bir savaşım verebilmek için genel nitelikli ekonomik yorum kurallarına yer veren ülkelerin başarı durumları karışıktır. En iyi ve en uyumlu sonuçlar, Almanya ve Hollanda'da olduğu gibi vergi kanunlarında genel nitelikli ekonomik yorumla ilgili hükümlere yer veren ve vergi idarelerinin ekonomik yorumu oldukça ayrıksı durumlarda kullandığı ülkelerde görülmektedir. Bu ülkelerde mahkemeler, oldukça dar veya lafzi yorum yöntemine itibar etmeyip vergi kanunlarının yorumunda makul teknikler geliştirdikleri için vergi idarelerinin genel nitelikli vergi kanunlarının kötüye kullanımını önlemeye yönelik hükümleri uygulamalarına pek fazla gerek kalmamaktadır. Böyle bir başarı, vergi kanunlarında genel nitelikli ekonomik yorumla ilgili bir kuralın bulunmadığı ancak yukarıda ayrıntılarıyla görülen özün biçime önceliği ilkesini kabul eden ve *iş ve ticari amaç testi* (business purpose test) kuramını geliştirerek vergi kaçırma veya vergi kaçakçılığı yapmak için seçilen hukuki şekli kabul etmeyen Amerika Birleşik Devletleri'nde de görülmektedir. İkinci seviyede başarı ise Fransa ve İspanya'da görülmektedir. Bu ülkelerde son yıllarda vergi kanunlarının kötüye kullanımını önlemeye yönelik genel nitelikli hükümler konulmuş ve vergi idareleri de söz konusu hükümleri, kanunda gösterilen dar ve katı koşullar altında oldukça ayrıksı durumlarda uygulamışlardır. Bununla birlikte İspanya'da vergi kanunlarının dar bir şekilde yorumlanmasını öngören kanun hükmü ile genel nitelikli vergi kanununun kötüye kullanımını önlemeye yönelik hüküm arasında çelişki bulunmuştur. Ancak söz konusu çelişki, yasama organının böyle bir durumda işlemin hukuki doğasının dikkate alınacağı şeklindeki müdahalesi ile giderilmiştir. En kötü senaryo ise tarihsel olarak Avusturya'da görülmüştü. Bu ülkede, daha önceleri, vergi kanununun genel nitelikli kötüye kullanımı önlemeye yönelik hükmünün etkin bir şekilde vergi idaresinin uygulayacağına güvenilmesine karşın mahkemelerin vergi kanunlarını sıkı ve lafzi bir şekilde yorumlamaları olgusu görülmüştü. Bu deneyimler, köklü bir şekilde mahkeme içtihatlarına dayanma geleneğine sahip olmayan (Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsenmiş olan devletler) ülkelerin, vergi kanunu normlarının kötüye kullanımını önlemeye yönelik genel bir hüküm ile birlikte yargıçlarını, *hukuki gerekçelendirme* (legal reasoning) ve genel olarak hukukun üstünlüğü, özel olarak ise vergi normlarını nasıl uygulayacağı konusunda yoğun bir eğitime tabi tutmasının şart olduğunu göstermektedir. Buna karşın köklü bir şekilde mahkeme içtihatlarına dayanma geleneğine (teamüli hukuk sisteminin benimsenmiş devletler) sahip bulunan ülkeler bakımından çözümün daha kolay olduğu anlaşılmıştır zira bu ülkelerde mahkemeler, vergi normlarını esnek bir şekilde yorumladıkları için genel nitelikli vergi normlarının kötüye kullanılmasını önleyici nitelikte bir hükme yer verilmesi gerekli bulunmamaktadır. Ancak teamüli hukuk sisteminin benimsenmiş olan bütün ülkelerde mahkemeler, vergi normlarını esnek bir şekilde yorumlamamakta, kimi ülkelerin mahkemeleri, vergi normlarını katı ve sıkı bir şekilde yorumlamaktadırlar. Teamüli hukuku sistemine sahip olsa bile mahkemelerin böyle bir tutum gösterdiği ülkelerde yine de genel nitelikli vergi normlarının kötüye kullanılmasını önleyici nitelikte bir hükme yer verilmemeli, daha ziyade yargıçların eğitimine ağırlık verilmelidir. Son olarak *saldırgan vergi planlamasının* (aggressive tax planning) çoğalmasından dolayı oluşan vergiden kaçınmanın kısmen vergi kanunlarının karmaşıklığı ile vergi işlemlerinin külfetinin artmasından kaynaklandığı unutulmamalıdır. Bu sakıncalı durumu önleyebilmek için tek çare basit bir vergi kanununun yapılmasıdır. Böyle bir durumda basit bir vergi kanununun yapılması adeta *zorlayıcı* (imperative) bir neden oluşturmaktadır. Basit bir vergi kanunu, vergi yükümlüsüne çok az seçim hakkı bırakmakta, değişik seçenekler arasında *vergi arbitrajı* (düşük vergi ödemek için vergi oranlarının avantajından yararlanma) olanaklarını mutlak olarak en alt

ekonomik yorum kurallarına yer verilmesini isabetli bulmamaktayız. Zira vergi normlarının açık ve boşlukları asıl olarak uygulamada ortaya çıkmakta ve vergi kaçırmak veya vergi kaçakçılığı yapmak amacıyla kişiler sayısız ölçüde hukuki şekilleri kötüye kullanabilmekte, açık ve boşluklardan yararlanabilmektedir. Değişik vergi türleri bakımından özel nitelikli, hukuki şekilleri kötüye kullanmayı önleyici hükümlerin getirilmesi durumunda söz konusu özel nitelikli kurallar dışında hukuki şekillerin kötüye kullanılmayacağı ve vergi normlarında açık ve boşluk bulunmayacağı varsayımı ortaya çıkar ki bu varsayımın gerçeklere pek uygun düşmediği ortadadır.

#### D. VERGİDE UZLAŞMA KALDIRILMALIDIR

Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan *suç pazarlığı* (plea bargaining) yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Suç pazarlığı; vergi suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması maliyetinde ekonomik bir yöntem olmasına karşın vergide kanunilik ilkesine aykırı düşmektedir. Zira vergi suçları için kanunda öngörülen cezaların alınıp alınmaması suç pazarlığı yöntemiyle vergi idaresinin takdir yetkisine bırakılmakta, kanunun alınmasını istediği ceza, vergi idaresinin takdiriyle alınmaktan vazgeçilmektedir. Hâlbuki vergide ve verginin kapsamına giren vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için kanunda öngörülen miktarın mutlaka vergi idaresi tarafından alınması, vergi idaresine, kanunda öngörülen miktarı alıp almama bakımından takdir yetkisinin olmaması, tersine deyişle vergi idaresinin bağlı yetkisinin olması gerekir. Bağlı yetki çerçevesinde vergi idaresi kanunda öngörülen vergi miktarını alıp almama bakımından inisiyatif kullanamayacak, kanunda öngörülen miktarı almakla yükümlü olacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan suç pazarlığı; yalnızca vergide kanunilik ilkesini ihlal etmekle kalmamakta, ceza hukukunun genel ilkelerine de aykırılıklar taşımaktadır. Her şeyden önce örneğin haksız rekabet suçlarında suç pazarlığı yoluna gidilmesi hâlinde,

---

seviyeye indirmektedir. Bu bağlamda çok fazla ayrıksı durumlara yer vermeyen ancak etkin bir şekilde uygulanabilen sade ve yalın kurallarla tasarlanmış bir vergi kanununun, değişik vergi yükümlülerinin göreceli konumlarını dikkate alarak farklı kurallar öngören bir vergi kanunundan daha iyi bir şekilde vergi adaletini gerçekleştireceği unutulmamalıdır. Zira değişik vergi yükümlülerinin göreceli konumlarının dikkate alınarak farklı kurallar öngörülmesi durumunda, profesyonel yardım almaya gücü yeten vergi yükümlüleri, alacakları tavsiye ile vergiden kolaylıkla kaçınabilmektedirler. Bkz. a.g.e. s. 54, 55.

haksız rekabet suçunu işlemiş failer, işlemiş oldukları bütün suçlardan kurtulabilme olanağına kavuşmakta veya hapis cezasına göre oldukça hafif olan medeni hukuk yaptırımı olan tazminat niteliğindeki belirli bir miktar para ödemeyi kabul etmek yoluyla ceza hukuku sistemini kolaylıkla dolanabilmektedirler. Öte yandan suç pazarlığı, davada haklı tarafın hakkını alması gerektiğini saptayan klasik mahkeme hükmü yerine *şahsi çıkar* (expediency) ilkesine göre karar vermeyi gerektirdiği için temel olarak irrasyonel bir uygulama niteliğini taşımaktadır. Yine suç pazarlığı girişimi, kişinin suçu kabul etmesini teşvik etmekte ve kişinin kendisine tanınan anayasal haklardan vazgeçmesine yol açmaktadır. Örneğin kişinin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı temel bir hukuk ilkesini<sup>166</sup> oluşturmasına karşın suç pazarlığı girişiminde kişi, Anayasa'nın kendisine tanıdığı bu haktan sinsi bir şekilde vazgeçmeye zorlanmaktadır. Yine suç pazarlığı girişiminde suç pazarlığını yapan savcı, pazarlık gücü ve kozunu artırabilmek için haksız rekabet suçu failine daha fazla suç isnat etmekte, *savunma avukatı* (müdafii) ise müvekkilini savunmak yerine mahkeme ve savcıyla güzel geçinme yoluna gitmektedir. Böylelikle *etkinlik* (efficiency) uğruna şüpheli ve sanığın hakları kurban edilmektedir. Son olarak suç pazarlığının maddi içeriğine neredeyse hiç temas edilmemesi ile müzakerelerinin gizli olarak yürütülmesi yüzünden halkın ceza yargılaması üzerinde önemli ölçüde kuşku duyduğunu belirtmek gerekir<sup>167</sup>.

Türk vergi hukukunda uygulanan uzlaşma, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan *suç pazarlığı* yöntemine benzemektedir. Bu bağlamda suç pazarlığı nasıl ki kanunilik ilkesine aykırı düşüyorsa *uzlaşma* da aynı gerekçelerle kanunilik ilkesine aykırı düşer<sup>168</sup>. Yine suç

<sup>166</sup> Nitekim Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında; hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı belirtilerek bu ilkeye yer verilmiştir.

<sup>167</sup> Bkz. Walker, S. (1989). *Sense and Nonsense about Crime A Policy Guide*, Pacific Grove, California: 2nd Edition, Brooks/Cole Publishing Company, s. 153.

<sup>168</sup> Güneş'in ifadesiyle uzlaşma kurumu, öncelikle devletin vergi alacağını tahsil etmesi ödevi, diğer deyişle verginin alınması zorunluluğu boyutunun dikkate alınmaması yönünden verginin kanuniliği ilkesine ters düşmektedir. Daha açık bir deyişle uzlaşma durumunda devlet, verginin kanuniliği ilkesinin *vergi alacağını tahsil et* buyruğuna tümüyle uymamakta, bu yüzden Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi yönündeki devletten beklentilerini, ödevlerini tam olarak karşılayamamaktadır. Kısacası bu kurum, verginin kanuniliği ilkesinin sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağını kesmektedir. Bkz. Güneş, s. 182. Öte yandan devletin vergilendirme yetkisini kullandığı sırada tesis edeceği kural işlemler ve daha sonra yapılacak bireysel işlemler bakımından bireyi koruyucu işlev gören verginin kanuniliği ilkesi, aynı zamanda

pazarlığının taşıdığı bütün sakıncalar, suç pazarlığına benzeyen uzlaşma bakımından da geçerli bulunmaktadır. Bunun gibi suç pazarlığının ceza muhakemesinde karşılığını oluşturan uzlaştırma da suç pazarlığı ile aynı sakıncaları taşımaktadır<sup>169</sup>.

vergi kanunları çerçevesinde doğan alacak hakkının gerçekleştirilmesi olanağını da devlete sağlamaktadır. Vergi kanunları uyarınca doğan vergi alacağını kanuna uygun şekilde tahsil etme konusunda bağlı yetki ile donatılmış devlet, bireysel vergi işlemleri tesisinde verginin kanuniliği ilkesini ortadan kaldıramayacaktır. Kumrulu, A. G. (1989). "Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatların Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim", *Danıştay Dergisi*, S 72/73, s. 15.

<sup>169</sup> Suç pazarlığı yönteminde olduğu gibi haksız rekabet suçlarında da uzlaştırma yoluna gidilmesi hâlinde haksız rekabet suçluları, işlemiş oldukları bütün suçlardan kurtulabilme olanağına kavuşmakta veya hapis cezasına göre oldukça hafif olan medeni hukuk yaptırımını olan tazminat niteliğindeki belirli bir miktar para ödemeyi kabul etmek yollarıyla ceza hukuku sistemini kolaylıkla dolanabilmektedirler. Öte yandan suç pazarlığı gibi uzlaştırma, davada hakkı olanın, hakkının alması gerektiğini saptayan klasik mahkeme hükmü yerine *şahsi çıkar* (expediency) ilkesine göre karar vermeyi gerektirdiği için temel olarak irrasyonel bir uygulama niteliğini taşımaktadır. Yine uzlaştırma girişimi, aynen suç pazarlığında olduğu gibi kişinin suçu kabul etmesini teşvik etmekte ve kişiye tanınan anayasal haklardan vazgeçmesine yol açmaktadır. Gerçekten de Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında; hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı belirtilmiş olmasına karşın uzlaştırma girişiminde kişi, Anayasa'nın kendisine tanıdığı bu haktan sinsi bir şekilde vazgeçmeye zorlanmaktadır. Yine uzlaştırma girişiminde, uzlaştırma bürosu tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı (CMK'nın 253. maddesinin dördüncü fıkrasına bkz.) pazarlık gücü ve kozunu artırabilmek için haksız rekabet suçu failine daha fazla suç isnat etmekte, *savunma avukatı* (müdafii) ise müvekkilini savunmak yerine mahkeme ve uzlaştırma bürosu personeli ile güzel geçinme yoluna gitmektedir. Böylelikle, "etkinlik" (efficiency) uğruna şüpheli ve sanığın hakları kurban edilmektedir. Son olarak, CMK'da uzlaştırmacının maddi içeriğine neredeyse hiç temas edilmemesi ile uzlaştırma müzakerelerinin gizli olarak yürütülmesi (CMK'nın 253. maddesinin 13. fıkrasına bkz.) yüzünden halkın ceza yargılaması üzerinde önemli ölçüde kuşku duyduğunu belirtmek gerekir. Konuyla doğrudan ilgisi olmasa da CMK'da uzlaştırma konusunda yapılan bir garip düzenlemeye dikkat çekilmesi uygun olacaktır. CMK'nın "uzlaştırma" başlıklı 253. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 6. alt bendinde "dolandırıcılık" suçunun uzlaşma kapsamına sokulması bize oldukça garip gelmektedir. Biz TTK'den haksız rekabet suçlarının çıkartılmasını ve eğer haksız rekabet fiili, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçların kapsamı içine giriyorsa o çerçevede cezalandırılmasını savunuyoruz. Bu bağlamda bazı haksız rekabet fiilleri, dolandırıcılık kapsamına girebilecektir. Örneğin, bayisi olmadığı hâlde başka markalı bir tüpün içine kendi LPG'sini koyan bir kimsenin fiili dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. Zira bu davranış, TCK'nın 157. maddesinde; hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişinin cezalandırılacağı hükmüne atlanılabılır. Böyle bir fiil, CMK'nın bahsedilen hükmü gereği "uzlaştırma" kapsamına girecektir ki bu tutumu cezanın özü ile bağdaştırılabilmek olanaksız olacaktır. Gerçekten de cezanın özünü, bir normu ihlal edene verilen bir acı, elem oluşturmakta, kısacası, cezanın ödetme işlevi bulunmakta, yine ceza, devlet tarafından şahsın bizzat şahsına veya cisminde verilen bir zararı veya kötülüğü oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hafızoğulları Z., *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987, s. 215-219. Uzlaştırma durumunda cezanın bu özü kaybolmaktadır. Yine uzlaştırma durumunda cezanın amacı da kaybolmaktadır. Zira cezanın amacını; "öç alma" (ödetme), özel önleme ve bu bağlamda bireysel caydırma ve ıslah ile genel önleme ve toplumsal kınama oluşturur. Fazla bilgi için bkz. İçel, K. ve Diğerleri. (2002), *Yaptırım Teorisi*, İstanbul: İkinci Bası, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş. s. 28-36. Bu amaçların tümü, uzlaştırma durumunda ortadan kaybolur.

Bütün bu sakıncalarına karşın, vergide uzlaşma, Vergi Usul Kanununun ek 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra; mükellef tarafından, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilerle bunlara ilişkin vergi ziyayı cezalarının (359. maddede yazılı fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi hâlinde tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen ceza hariç) tahakkuk edecek miktarları üzerinde vergi ziyasına sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ya da yazılı yanılmadan kaynaklandığı veya yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunduğu veya yargı kararları ile idarenin uyuşmazlık konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, idarenin, mükellefler ile uzlaşabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere uzlaşmaya yalnızca kast unsuru bulunmayan hâllerde gidilebilecektir. Ancak Maliye ve Hazine Bakanlığı, kanunun açık nitelikteki bu hükmüne karşın kast unsuru taşıyan her türlü vergi tarhiyatı ve ceza uygulamalarında da uzlaşmaya gidilebileceği görüşünü benimsemektedir<sup>170</sup>.

Vergide kanunilik ilkesi ile vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine aykırı düşen uzlaşmanın kaldırılması isabetli olacaktır. Gerçekten de vergi idaresi, uzlaşma yolunda yapmış olduğu bir sözleşme ile vergi aslının bir kısmından vazgeçmekte ve üstelik bu durumdan vergi cezası da dolaylı olarak etkilenmektedir. Yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere vergide kanunilik ilkesi ile vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesi çerçevesinde, vergi ve cezası ancak kanunla ortadan kaldırılabilir. Kanun dışında vergi idaresinin takdiriyle vergi ve cezasından vazgeçilmesi, vergide kanunilik ilkesi ile vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine açıkça aykırı düşer<sup>171</sup>. Vergide kanunilik ile vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkeleri yanında eşitlik, adalet, mali güce göre vergilendirme, vergide genellik ilkeleri ile dava açma hakkını ihlal eden uzlaşma kurumunun bütünüyle Türk vergi hukukundan çıkartılması isabetli olacaktır<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Bkz. Güneş, G. (2008). s. 183.

<sup>171</sup> Krş. Yılmaz, E. (2009). "Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, s. 347.

<sup>172</sup> Fazla bilgi için bkz. a.g.e. s. 345-348.

## SONUÇ

Günümüzde vergide kanunilik demokrasinin ayrılmaz bir özelliğini oluşturmaya başlamıştır. Gerçekten de ülkelerin demokrasiye geçişleri yaygınlaştıkça yasama organı, yurttaşın cüzdanı konusunda karar vermeye tek yetkili organı oluşturmuştur<sup>173</sup>. Üstelik vergide kanunilik ilkesini benimsemeyen ülkelerin, bırakınız hukuk devleti olmayı, demokratik bir ülke olarak bile kabul edilmemekte; o ülkenin *baskıcı, tiran* veya *zalim* bir ülke olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim bu husus, James Otis tarafından "*Temsil olmadan vergi almak zalimlik*."<sup>174</sup> şeklinde veciz bir biçimde ifade edilmiştir.

Vergide kanunilik bu kadar büyük bir önem taşımaya rağmen üzülenler belirtmek gerekir ki vergi kanunlarının karmaşık, kafa karıştırıcı ve keyfi olduğu olduğunda neredeyse evrensel ölçüde şikâyet bulunmaktadır<sup>175</sup>. Kuşkusuz belirli bir dereceye kadar vergi normlarının karmaşık, kafa karıştırıcı ve keyfiliklerinden kaçınılamaz. Zira vergi sistemini düzenleyen çok sayıda norm bulunmakta ve bu normlar farklı alanları kapsamaktadır<sup>176</sup>. Daha açık bir deyişle vergi maddi hukukunun

<sup>173</sup> Vanistendeal, F. (1996). s. 16.

<sup>174</sup> Nak. Vanistendeal, F. (1996). s. 15.

<sup>175</sup> Ancak böyle bir mazerete sığınarak vergi normları, vergide kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenemez. Zira vergi alanında kanunilik ilkesi yaşamsal bir önem taşımakta ve bu algının tersine olarak düzenleme yapmak parlamentonun bir yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

<sup>176</sup> Vergi alanında farklı alanlarda çok sayıda norm bulunması yüzünden bazıları, gerçek gelirin ancak vergi denetmenlerinin denetimi sonunda ortaya çıkacağı konusunda bir varsayımda bulunmaktadır. Ancak bu varsayımın geçerliliğinin soru işaretleriyle dolu bulunduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de 1993 yılında Money dergisi, karmaşık ve ayrıksı bir durum oluşturmayan *ortalama* (moderate) bir vergi olayı kurgulayarak 41 vergi uzmanından bu olayda ne kadar bir miktar vergi borcunun ödenmesi gerektiği sorusunu yöneltmiştir. Olayda doğru vergi borcu miktarı 35.643\$ olmasına karşın hiçbir uzman doğru yanıt bulamamış ve vermiş oldukları yanıtlar 31.864 \$'dan 74.450 \$'a değişmiştir. Yine Amerika Birleşik Devletleri İç Gelir İdaresi, kendi vergi memurlarına bir küme vergi sorusu yöneltmiştir. Memurlar, 1992 yılında soruların %86'sına doğru yanıt verirken, 1988 yılında yalnızca %55 oranında doğru yanıt vermişlerdir. Bu yanıtların ideal bir durumu yansıtmaması sürpriz olmamıştır. Gerçekten de *İç Gelir Kanunu* (Internal Revenue Code) ve *Federal Vergi Yönetmeliği*nde (Federal Tax Regulations) kullanılan sözcük sayısı 5.5 milyonu geçmiştir. Bu olgular, vergi denetiminden önce vergi kanunlarının doğru uygulanmasının olanaksız olduğunu, vergi borcunun *dürüst bildiri* (honest reporting) fikrinin anlamsız olduğunu ve bir vergi yükümlüsünün denetlenme riskinden asla bağışık olmadığını göstermektedir. Ayrıca bu durum, vergi yükümlüsünün *belirsizlik* (uncertainty) sorunundan asla kurtulamayacağını da göstermektedir. Üstelik bu durum *risken kaçınan vergi yükümlülerinin* (risk-averse taxpayers) karşı karşıya kaldıkları belirsizlik sorununun kendi isteklerine bağlı olmadıklarını da göstermektedir. Belirsizlik, vergi matrahını saptayan vergi idaresinin olası gözlem hatalarından veya denetim uygulamalarında karşılaşılabilecek diğer bir risk yüzünden oluşabilmektedir. Bu bağlamda vergi yükümlüsünün karşı karşıya kaldığı

bazı temel ilke ve prensiplerinin bulunması nedeniyle bu hukuka egemen olmak oldukça kolay olmasına karşın gelir vergisi kanunu, emlak vergisi kanunu veya katma değer vergisi kanunu gibi somut alanlardaki vergi kanunlarının her birinin kendisine özgü bir konusu bulunmaktadır. Somut alanları düzenleyen bu kanunlarda bazı karmaşık tanımlar, sadeleştirmeler veya ayrıksı durumlar öngörülmesine rağmen kanunlar kaleme alınırken kendilerine başvurulabilecek çok az sayıda kılavuz ilkeler ve genel hukuk prensipleri bulunmaktadır<sup>177</sup>. Bu dezavantajlara rağmen kanunimizca kanun koyucu, vergi normlarını vergide kanunilik ilkesi çerçevesinde mutlak açıklık olmasa da *en üst düzeyde açıklık* (maximum certainty) sağlama ilkesi doğrultusunda kaleme almaktan kaçınmaz. Kanun koyucu, vergi normlarını en üst düzeyde açıklık ilkesine göre kaleme alırken aşağıdaki hususlara dikkat etmesi faydalı olacaktır.

Vergide kanunilik ilkesi, verginin yalnızca kanuna dayalı olmasından daha fazla bir şeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda bir vergi kanununun iyi bir şekilde kaleme alınabilmesi için taşıması gereken niteliklerden ilki, *anlaşılabilir* (understandable) olmasıdır. Kanunun anlaşılır olmasından kast edilen husus, okunması ve takip edilmesinin kolay olmasıdır<sup>178</sup>. Kanunun taşıması gereken ikinci nitelik, *düzenlenmesinin* (organization) iyi yapılması olup kanunun hem iç hem de diğer vergi kanunuyla eşgüdümünün uyumlu yapılması gereğidir. Kanunun taşıması gereken üçüncü nitelik ise *etkin* (effective) olması olup kanunun uyulmasını istediği politikayı gerçekleştirmeye ehil olmasıdır. Kanunun taşıması gereken son nitelik ise *uyumluluk* (integration) olup vergi kanununun o ülkenin hukuk sistemiyle ve kanun yapma tekniğiyle uyum içinde bulunması gerekir. Kuşkusuz vergi kanununun taşıması gereken bu

---

belirsizliğin, *nihai* (sonul) nedeninin vergi kanununun karmaşıklığından kaynaklandığını söyleyebilmek olanaklıdır. Kimi durumlarda, vergi kanunlarının kapalı olması bizzat kanun koyucu tarafından istenebilse de kapalılığın *uyum maliyeti* (compliance costs) doğurduğunu belirtmek gerekir. Nitekim Birleşik Devletler'de kişisel gelir vergisi için beyan edilen matrahın %5 ila %7 arasındaki bir miktarın uyum maliyeti olduğu saptanmıştır. Bkz. Glen Ueng K.L. ve Yang C.C. (2001). "Plea Bargaining with the IRS: extensions and further results", *Journal of Public Economics*, Vol. 81, s. 94.

<sup>177</sup> Gordon, R. K. (1996). "Law of Tax Administration and Procedure", içinde Tax Law Design and Drafting, Editör; Victor Thuronyi, USA: IMF, s. 96.

<sup>178</sup> En genel terimlerle ifade etmek gerekirse vergi kanunu, vergi sistemi içinde işlevini en iyi şekilde yerine getirecek tarzda kaleme alınmalı ve bu bağlamda her bir vergi mükellefinin ne kadar borcunun olduğu ile vergi mükelleflerinin haklarını ve borçlarını göstermesi gerekir. Bkz. Thuronyi, V. (1996). "Drafting Tax Legislation", içinde Tax Law Design and Drafting, Editör; Victor Thuronyi, USA: IMF, s. 72.



nitelikler, birbiriyle ilişkilidir ve aralarında geçişler bulunmaktadır. Bu bağlamda vergi kanununun iyi düzenlenmesi, anlaşılabilirlik için önemli olduğu gibi bütün bu vasıfların her birinin kanunun etkinliğine katkı sağlayacağı açıktır<sup>179</sup>. Genel hatlarıyla belirtilen bu nitelikler hakkında aşağıda ayrıntılı olarak açıklama yapılmaktadır.

Anlaşılabilirlikten başlamak gerekirse bir vergi kanununun anlaşılır olması için taşınması gereken ilk nitelik, *kısa* (brevity) olmasıdır<sup>180</sup>. Bu bağlamda bir vergi kanunu ne kadar kısa olursa o kadar anlaşılması kolay olmakta ve kamu bakımından uyum külfeti daha az olmaktadır. Bu bağlamda vergi kanununun *zarif* (elegance), kısa ve açık olması aranan özelliklerdir. Kanun metninde kullanılan her sözcüğün kesin bir amacı olmalı ve gereksiz sözcükler kullanılmamalıdır. Daha zarif olan vergi kanunu hükümleri, anlaşılır olmasının yanında hukuk politikasını da daha iyi bir şekilde açıklamaktadır. Örneğin kanunun taslağını gözden geçirirken metni kaleme alan kişi muhtemelen kanunun değişik kısımlarında bulunan çok sayıda kuralı fark edip ilgisiz gibi görünen bu kısımları tek bir genel kural hâlinde birleştirebilmektedir. Bu olgu, kural geliştirme ile metnin kaleme alınmasını arasındaki yakın ilişkinin önemini somut bir kanıtını oluşturmaktadır. Bununla birlikte vergi kanununun kısa olmasının arzu edilmesi olgusundan kısa cümlelerin uzun cümlelerden daha iyi olduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Gerçekten de kimi durumlarda kanun metninin içine bazı ayrıntıların girmesi ve söz konusu ayrıntıları açıklayabilmek için ek sözcüklerin kullanılması gerekmektedir. Bunda da öte bir fikri açıklayabilmek az sözcük kullanılması, kimi zaman, şifreli ve oldukça dikkatli bakılmasıyla anlaşılabilir bir olguya yol açtığından kaçınılması gereken bir durumu oluşturmaktadır. Burada önemli olan nokta, herhangi bir işlevi olmayan sözcüğün kullanılmaması gereğidir<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> a.g.e. s. 72.

<sup>180</sup> Genel bir kural olarak belirtmek gerekir ki özel ve zorlayıcı bir neden olmadıkça yalnızca vergi kanunlarına özgü tanımlamalardan kaçınılması gerekir. Nitekim XIV. yüzyıl büyük İngiliz doğal filozofu William of Occam; nesnelerin gereksiz yere çoğaltılmaması yönünde ikazda bulunmuştur. Occam'ın bu ikazının anlamı, bir şeyin gereğinden daha fazla karmaşık hâle getirilmemesi dileğidir. Bu yüzden çok gerekli olmadıkça başka kanunlarda bir kavram tanımlanmışsa o kavramın tanımı hakkında diğer kanuna yollamada bulunmak gerekir. Çok ayrıksı durumlarda ise diğer kanunlarda kullanılan kavramların vergi hukukuna özgü bir şekilde değiştirilmesi gerekir. Bkz. Gordon, R. K. (1996). s. 99.

<sup>181</sup> Thuronyi, V. (1996). s. 72-74.

Anlaşılabilirliğin bir başka unsurunu, *saydamlık* (transparency) oluşturur. Bir vergi kanununun anlaşılabilir olabilmesi için *saydam* olması gerekir. Zira bir kanunun saydam olması, okuyucunun kuralın altında yatan *geri planı* (rationale) kolaylıkla anlamasına yol açmaktadır. Kanunun saydam olmasını sağlamanın bir yolu, kanuna *amaç* maddesiyle başlanmasıdır. Ancak amaç maddesinin somut ve işlevsel bir şekilde belirlenmesi gerekir. Oldukça soyut ve genel nitelikli olarak saptanan amaç maddesi, vergi kanununun yorumu bakımından uygulayıcılara pek faydalı olmamaktadır. Bununla birlikte vergi kanununda, kanun koyucunun *üstün amacını* (overriding principle) gösteren bir hüküm, tehlikeli sonuçlar doğurabilmektedir. Çünkü mahkemeler, kanunun hükümlerini gösterilen üstün amaç doğrultusunda yorumlayabilmekte ve yanlış sonuçlara ulaşabilmektedirler. Üstelik vergi kanununda gösterilen üstün amaç yüzünden hatalı sonuçtan kaçınabilmek de oldukça güç gözükmemektedir zira vergi kanunları oldukça teknik, kimi durumlarda ise *yapay* (artificial) bir nitelik taşımaktadır. Örneğin X kişinin masraftan indirim yapmasına izin verilmeyebilir zira X kişisinden gelir elde eden Y kişinin vergilendirilmesi idari açıdan uygun görülebilir. Böyle bir durumda sonuç, kanun koyucunun amacının aksine Y kişinin elde ettiği kazancın vergilendirilmemesi ve X kişinin masraftan indirim yapabilmesinin inkârı olabilir. Bu sonuç, *her vergi yükümlüsünün net ekonomik gelirinden vergilendirileceği* şeklindeki genel bir vergi hukuku ilkesiyle bağdaşmaz. Vergi kanunları yalnızca yapay hükümler içermekle kalmamakta, birbiriyle rekabet içinde bulunan politika amaçlarına da yer vermektedir. Nitekim bazı *vergi indirimlerine* (deductions) doğru bir şekilde net geliri yansıttığı, bazılarında kanun koyucunun belirli bir faaliyeti teşvik ettiği için izin verilmekte; bazılarında ise her ikisinin karması bir gerekçeyle izin verilmektedir. Vergi kanununda birbirini dışlayan ve birbiriyle uyumsuz politikaların bulunması yüzünden söz konusu kanunun amacını işlevsel olarak saptayabilmek oldukça zor olmaktadır. Bu sakınca yüzünden aslında vergi kanunun amacını belirtmek yerine vergi yükümlüsünün saptanması, vergiyi doğuran olayın ve vergi oranının belirlenmesi gibi temel unsurlara vergi kanununda yer verilmesi daha uygun olur. Böyle bir durum, vergi kanunun amacını göstermekten daha mütevazı olsa da en azından başlangıçta okuyucunun vergi kanununun temel yapısını anlamasına yol açar<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> a.g.e. s. 74-75.

Bir vergi kanununda anlaşılabilirliği sağlayacak bir başka husus, *kanuni dil* (legalistic language) kullanılmasından kaçınılmasıdır. Gerçekten de vergi kanunlarında *yalın dil* (plain language) kullanılması, kanunun anlaşılmasını oldukça kolaylaştırmaktadır. Buna karşın vergi kanununda *ağdalı* (verbose) veya *belirsiz* (obscure) özellikler taşıyan kanuni dil kullanılması, kanunun anlaşılmasını oldukça zorlaştırdığı için olanaklar ölçüsünde kaçınmak gerekir. Kısacası vergi kanunu, ortalama zekâlı bir insanın anlayabileceği şekilde kaleme alınmalıdır. Yalnızca vergi kanunlarında değil vergiyle ilgili idari düzenlemelerde de yalın bir dilin kullanılmasına özen gösterilmesi gerekir. Zira çoğu insan, vergi kanunuyla temasını en alt seviyede tutmasına karşın vergi idaresinin çıkartmış olduğu vergiyle ilgili düzenlemelere (tebliğ, mukteza gibi) daha fazla güvendiğinden bu tip düzenlemeler yapılırken büyük bir özen gösterilmesi gerekir. Kısacası bu tip idari düzenlemelerin meslekten olmayan kimselerin bile anlayabileceği bir şekilde kaleme alınması gerekir<sup>183</sup>.

Bir vergi kanununun anlaşılabilir olabilmesi için taşınması gereken son nitelik, cümle yapısının iyi bir şekilde tasarlanmış olmasıdır. Bu bağlamda kanun metninin anlaşılmasını engellediği için uzun ve karmaşık cümleleri kullanmaktan kaçınmak gerekir. Gerçi kimi durumlarda uzun bir cümle genel düşüncüyü kısa bir cümleden daha veciz şekilde açıklasa da olanaklar ölçüsünde uzun cümlelerden kaçınılması yerinde olur<sup>184</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere bir vergi kanununun taşınması gereken bir başka niteliğini *düzenlenmesinin* (organization) iyi yapılması oluşturur. Kanunun düzenlenmesinin iyi olmasından kastedilen husus, onun hem iç düzenlenmesinin hem de diğer vergi kanunlarıyla *eşgüdüm* (coordination) sorununun bulunmamasıdır. Kanunun iç düzenlemesi yapılırken aynı konudaki hükümleri gruplandırarak bir araya getirmek gerekir. Bunda da öte müstakil bölüm dâhil, kanunun her bir alt bölümünün anlamayı kolaylaştıracak şekilde oluşturulması gerekir. Vergi kanununu anlamayı kolaylaştırabilmek için ise ilk önce genel bir kurala yer verilmeli, daha sonra ise ayrıksı durumlara ve belirli durumlar için özel kurallara yer verilmelidir<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> a.g.e. s. 75-76 ve dn. 9.

<sup>184</sup> a.g.e. s. 77-78.

<sup>185</sup> a.g.e. s. 72, 79.

Bir vergi kanununun iyi bir şekilde düzenlenmesi için yapılması gereken temel iş, değişik vergi kanunlarının tek bir *metin* (kod) altında toplanmasıdır. Vergi konusunda bir kodun kullanılması durumunda mükerrer hükümlerin önüne geçilebilmektedir. Kodun kullanılmaması durumunda, değişik vergi kanunlarında tanımlar ve idari hükümlerde tekrara kaçılmakta, hatta daha da kötüsü vergi kanunlarının tarihsel kökenleri farklı olduğu için söz konusu tanımlar ve idari hükümler farklı bir şekilde düzenlenebilmektedir<sup>186</sup>. Ortak hükümlerin tek bir kod altında birleştirilmesi, kişinin genel kuralı bilmesini sağlayacağı için vergi hükümlerin mantıki dayanağını anlamayı sağlamaktadır. Bundan da öte değişik vergi kanunlarının tek bir kod çatısı altında birleştirilmesi, vergi yükümlülerinin kanuna uyumunu da kolaylaştırmaktadır. Zira vergi mükellefleri somut bir sorunla uğraşırken sorunun çözümüne yarayan bütün vergiyle ilgili kurallar önlerinde bulunmaktadır. Kodun bulunmadığı durumlarda kişiler ayrı ayrı vergi kanunlarının tümünü inceleyebilmek için zamanlarını israf etmektedirler. Değişik vergi kanunlarını tek çatı altında toplayan kodun bu işlevinden önemli faydalar elde edilmekte ve her hâlükârda bir kodun oluşturulmasının lehine ileri sürülebilecek temel fikri sağlamaktadır<sup>187</sup>.

Değişik vergi kanunlarının bir kodda tek çatı altında birleştirilmesi, Kıta Avrupası hukuk sistemi geleneği ile uyumlu bulunmaktadır. Ancak bu geleneğe yetişmiş hukukçulardan bazıları, kodda yalnızca genel kuralların bulunması gerektiğini, daha özel ve *gündelik* (ephemeral) hükümlerin daha sık değiştiği olgusunu gözönüne alarak bunların özel vergi kanunlarında bulunması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Kodda ne bulunursa bulunsun vergi alanında bir kodun oluşturulmasının ülkenin kıta Avrupası veya *teamüli hukuk* (common-law) sistemine sahip olmasıyla bir ilgisinin bulunmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de örneğin Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olan Fransa'da bir vergi kodu bulunmasına karşın bu hukuk sistemine sahip olan birçok ülkede bir vergi kodu bulunmamakta, buna karşılık *teamüli*

<sup>186</sup> Ancak vergi kanunları için tek bir kodun kullanılmasının mükerrer hükümlerin bütünüyle ortadan kaldırılacağına garantisini oluşturmadığını unutmamak gerekir. Örneğin Birleşik Devletler İç Gelir Kanunu'nda fazla haklılık payı olmayarak çokça *ilgili kişi* (related person) tanımları yapılmaktadır. Bu yüzden mükerrerlikleri önleyebilmek için vergi kanunların tek bir kod altında birleştirilmesi yeterli değildir, bunun yanında bir *mütalaa kodu* (think code) oluşturularak ayrıntı niteliğindeki hükümlerin daha az sayıda genel kurallarla *birleştirilmesi* (consolidating) gerekir. Bkz. a.g.e. s. 80 ve dn. 30.

<sup>187</sup> a.g.e. s. 80, 81.

hukuk sistemine sahip ülkelerden Amerika Birleşik Devletleri'nde bir vergi kodu bulunmaktadır<sup>188</sup>.

Yukarıda genel hatlarıyla değinildiği üzere bir vergi kanununun taşınması gereken bir başka nitelik *etkin* (effective) olmasıdır. Kanunun etkin olmasından kastedilen husus ise onun arzu edilen politikanın uygulanmasına elverişli olmasıdır. Bu bağlamda bir vergi kanununun düzgün bir şekilde kaleme alınıp alınmadığının temel testini, onun istenen politikayı yaşama geçirebilmek için etkin bir tarzda uygulanabilir olması oluşturur. Vergi kanununun etkin olması isteniyorsa onun kaleme alınması sırasında idari düzenlemeler ve mahkemeler tarafından nasıl yorumlanacağı ile vergi mükellefleri ve vergi idarelerinin kanunun uygulamasında davranış tarzlarının ne yönde olacağı dâhil vergi siyasa ve politikaları ile vergi kanununun uygulamada alacağı şekli düzgün bir şekilde yansıtmaları gerekir<sup>189</sup>.

Vergi kanununun etkin olmasının sağlanmasında dikkate alınması gereken temel unsur, kanunun yorumlanmasında ve uygulamasında *belirsizliklerin* (ambiguity) iyi bir şekilde denetlenmesi gereğidir. Bu bağlamda vergi dilinin içkin özelliği gereği bütün belirsizliklerin ortadan kaldırılması olanaksız olsa da gereksiz belirsizliklerin ortadan kaldırılması gerekir. Kanundaki gereksiz belirsizliklerin ortadan kaldırılmasında temel ölçüt, pratik bir bakış açısı olup yargıcın kanunun yorumu sırasında karşılaşılabileceği bütün belirsizliklerin önceden düşünülmesi ve ortadan kaldırılmasıdır. Ancak vergi idarelerine beklenmedik durumlar bakımından bir esneklik sağladığı için bazı durumlarda belirli bir dereceye kadar olan belirsizliklere izin verilmesi gerekir. Örneğin bir vergi kanunu kaleme alınırken vergi matrahından düşürülebilecek olan bütün istisnaların sayılması olanaklıdır. Bu durum *kesinlik* (certainty) sağlasa da esneklik sağlamak için elverişli değildir. Bu yüzden gelir elde edilirken bazı ayrıksı durumlar dışında yapılan masrafların vergi matrahından düşürülebileceğine dair genel bir hükmün kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Gerçi böyle bir kural belirli bir dereceye kadar belirsizlik içerse de *her husus etraflıca düşünüldüğü takdirde* (on balance), net geliri vergilendirmeyi amaçlayan ve vergi matrahından düşürülebilecek olan bütün masraf kalemlerini gösteren bir kuraldan daha tercih edilir olduğunu belirtmek gerekir<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> a.g.e. s. 81.

<sup>189</sup> a.g.e. s. 82.

<sup>190</sup> a.g.e. s. 84.

Yukarıda temas edildiği üzere bir vergi kanunu kaleme alınırken dikkat edilmesi gereken temel nokta, mahkemelerin o kanun hükümlerini nasıl yorumlayacağına dikkate alınmasıdır. Genel olarak ülkeler *teamüli hukuk* (common law) veya *Kıta Avrupası hukuk sistemini* (civil law tradition) benimsemesine göre bu konuda farklı tutum takınılmaktadır. Bu bağlamda Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkeler, çoğunlukla vergi kanunlarını geniş anlamdaki ilkelerle kaleme almakta; söz konusu ilkelerin somut olaylara uygulanmasını mahkemenin takdir yetkisine bırakılmaktadır. Bu bağlamda klasik olarak Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerin vergi kanunlarını kaleme alırken *bilinçli bir şekilde ayrıntılı kurallara yer vermekten kaçındığı* (a deliberate restraint in the proliferation of detailed rules) söylenebilir. Buna karşılık *teamüli hukuk sistemini benimsemiş* ülkeler çoğunlukla vergi kanunlarını kaleme alırken her olası olayı kapsamak üzere daha ayrıntılı hükümlere yer vermekte ve kanunun hükümlerini mahkemelerin daha dar bir şekilde yorumlamasını sağlamaya çalışmaktadırlar<sup>191</sup>.

Vergi kanununun etkinliğinden söz edilebilmesi için dikkate alınması gereken bir başka husus; kanun, düzenleyici işlemler ve diğer açıklayıcı düzenlemeler arasındaki ilişkilere büyük bir özen gösterilmesi gereğidir. Gerçekten de vergi kanunlarının anlaşılmasında sık sık güçlüklerle karşılaşıldığından bir vergi kanununa eşlik eden çeşitli açıklayıcı dokümanların bulunması ve söz konusu dokümanların kural koyucular, vergi memurları ve vergi mükelleflerince kanunun amacını ve tasarılan uygulamanın anlaşılmasına hizmet etmesi gerekir. Bu bağlamda etkinliğin, vergi kanununda nelerin açıklayıcı dokümanda bulunacağını göstermekle sağlanabileceğini unutmamak gerekir. Zira her ayrıntının vergi kanununa konulması uygun düşmemektedir. Böyle yapılırsa vergi kanunu aşırı derecede uzun olmakta ve anlaşılması oldukça güçleşmektedir. Bundan da öte vergi kanununun uygulanacağı esnadaki tüm durumların kestirilmesi olanaksız olduğundan kanunun çıkartıldığı sırada bütün ayrıntıların kapsanması da doğası gereği olanaklı değildir. Son olarak kanun koyucunun önünde kanunun

---

<sup>191</sup> a.g.e. s. 84, 85. Bu olgunun ilginç bir durum oluşturduğu ortadadır. Zira Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkeler temel olarak kanuna dayanıp mahkeme içtihatlarına hukuk kaynağı olarak pek fazla önem vermezken *teamüli hukuk sistemini benimsemiş* olan ülkeler ana dayanak olarak mahkeme içtihatlarını kabul eder ve kanuni düzenlemeye sınırlı ölçüde yer verirler. Buna karşın yukarıda belirtildiği üzere ülkeler, vergi kanunlarının yorumu bakımından tam tersi bir tutum takınılmaktadır.

uygulanmasını sağlayacak ayrıntılı kurallar bulunsa bile kanun koyucu kimi zaman söz konusu kuralların idari organ tarafından çıkarılmasını arzulayabilmektedir; zira idari bir düzenleme, kanundan daha kolay bir şekilde değiştirilebilmektedir<sup>192</sup>.

Ancak hangi hükümlerin kanuna, hangi hükümlerin ise idari düzenlemeye konulması gerektiği hakkında kesin ve sağlam bir ölçüt bulunmamaktadır. Gerçekten de hangi hükümlerin esaslı veya ana unsurlar olduğu için kanuna girmesi gerektiği hususu, ülkenin uygulamalarına ve yasama organının ne kadarlık bir yetkisini devretmeye hazır olduğuna, kısacası yasama politikasına bağlı bulunmaktadır. Bunun yanında zaman sorununun da dikkate alınması gerekir. Zira bir kanunun çıkarılması süreci zahmetli bir iş olduğundan kanunun çıkarılması için gerekli olan zamanda kanuna ne kadar bir ayrıntının konulabileceği sınırlıdır. Bunun gibi hiç kimse detaylara boğulmadan vergiyle ilgili hükümlerden ne kadarlık bir kısmının kanunda, ne kadarlık bir kısmının idari düzenleme metninde olması gerektiğini önceden kolayca belirleyerek vergi mükelleflerine bir kılavuzluk hizmeti veremez. Bu yüzden gereksinim duyuldukça az az artırarak idari düzenlemenin hacminin çoğaltılması uygun düşer. Vergisel konuların çözümünü idari düzenlemelere bırakmak siyasi bir taktik icabı da olabilir. Zira belirli noktalarda siyasi uzlaşmaya gitmek oldukça güç olabildiğinden bu konuları idari düzenlemelere bırakarak kanunun çıkarılması kolaylaştırılabilmektedir<sup>193</sup>.

Aslında ayrıntılı idari düzenlemeler yapmanın *alternatif* (almasıık) yolları bulunmaktadır. Bu alternatiflerden biri, ayrıntılı idari düzenlemeye gitmek yerine kanunda geniş anlamli ilkeler koyarak söz konusu ilkelerin uygulanmasını uygulayıcılara bırakmaktır. İkincisi, vergi kanunda yer alan bazı maddelere, söz konusu maddelerin ancak vergi idaresinin izin vermesi durumunda uygulanacağı yönünde hüküm konulmasıdır. Bu yöntem, belirli bazı kuralların az sayıda olaya uygulanmasının beklendiği durumlarda faydalı bir tekniktir. Gerçekten de az sayıda olay için önceden kural konulması yerine *özel* (ad hoc) temelde süreci yönetmek daha kolay olmaktadır<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> a.g.e. s. 86.

<sup>193</sup> a.g.e. s. 86, 87.

<sup>194</sup> a.g.e. s. 87.

Vergi konusunda idari düzenleme yapmanın bir başka alternatif yolu, vergi idarelerinin vergi kanunu hakkında yaptıkları yorumları yayımlamalarıdır. Bu yorumlar çeşitli şekillerde yapılabilmektedir. Örneğin yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu gibi Amerika Birleşik Devletleri'nde İç Gelir İdaresi belirli vergi yükümlülere için yayımladığı özelden farklı olarak vergi normunun belirli durumlara uygulanmasını gösteren *gelir düzenlemeleri* (revenue rulings) yayımlamaktadır. Kanada Gelir İdaresi ise yorum bültenleri yayımlamaktadır. Çoğu ülkelerin vergi idareleri ise vergi beyannamesinin nasıl doldurulacağı konusunda talimatlar yayımlamaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olan ülkelere Fransa'da ise vergi idaresi, vergi kanununun açıklamasını içeren "Précis de fiscalité" (Mali Açıklık) adlı kitap yayımlamakta ve bir *risale* (treatise) niteliğini taşıyan bu kitap vergiyle ilgili tüm kuralları kapsamakta, zaman zaman söz konusu kitap 2.000 sayfaya yaklaşmaktadır. Ülkelerin vergi kanunları hakkında yapmış olduğu bu açıklamaların değişik hukuki etkileri bulursa da bunlar genellikle vergi idareleri bakımından bağlayıcı olmakta, buna karşın vergi mükellefleri açısından bağlayıcılık taşımamaktadır. Ancak söz konusu yorumlar, vergi yükümlülere açısından bağlayıcılık taşımasa da pratik nedenlerle, yapılan yorumlar eğer doğrudan kanuna aykırı değilse mükelleflerin onlara sık sık uydurduğunu belirtmek gerekir<sup>195</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere bir vergi kanununun taşınması gereken son nitelik onun "uyumlu, ahenkli" (integration) olmasıdır. Vergi kanununun uyumlu olmasından kast edilen husus, kanunun, ülkenin hukuk sistemiyle ve kanun yapma tekniğiyle ahenkli olmasıdır. Bir vergi kanununun kendi ülkesinin hukuk sistemiyle tam bir uyum içinde bulunması gerekir. Bu bağlamda, vergi kanununu kaleme alanların, kanunun kabul edilebilirliğini, anlaşılabilirliğini ve etkinliğini güçlendirmek için olası anayasaya aykırılık durumlarından kaçınmaları gerektiği gibi o ülkenin kanun yapma tekniği, dili ve genel hukuk sistemiyle uyumunu da gözönüne alması gerekir. Bu bağlamda bir vergi kanununun *cinsiyet-tarafsız* (gender-neutral) bir dil kullanması da yerinde olacaktır<sup>196</sup>.

Vergide kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için vergi kanununun taşınması gereken bu nitelikleri yanında vergi

---

<sup>195</sup> a.g.e. s. 87.

<sup>196</sup> Fazla bilgi için bkz. a.g.e. s. 89, 90.



yönetimi bağlamında da birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu çerçevede alınması gereken ilk önlem, vergi kanunları, düzenlemeleri, idari yorumları ve mahkeme kararları dâhil vergiyle ilgili bütün düzenlemelerin derlenmesi ve halkın ulaşabileceği bir hâle getirilmesidir. Bütünsel olarak vergiye ulaşılabilirlik hususu, başka bir yerde düzenlenmediği müddetçe vergi yönetimi ve usulü hakkındaki kanunun söz konusu hususu zorunlu kılması gerekir. Bu şekildeki bir bilgiye ulaşılabilirlik kolay olursa vergi yükümlüleri, vergi yöneticileri ve yargıçların vergi hukukunu araştırıp bulmaları kolaylaşacak ve onlar, belirli bir konuda kendilerinin ihtiyaç duydukları tüm bilgiye sahip olduklarından emin olacaklardır<sup>197</sup>.

İyi bir vergi yönetiminin sağlanabilmesi için vergi düzenleme ve kararlarının genel uygulaması bağlamında da birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu bağlamda vergi idaresi, önerdiği düzenlemeler hakkında halktan görüş istemeli ve halk toplantıları düzenleyerek geniş çaplı halk kesimlerinin görüşünü almalıdır. Kişiler görüşlerini sözlü veya yazılı bir şekilde dile getirebilmelidir. Vergi düzenlemeleri hakkında halk kesimlerinin dinlenilmesinden büyük faydalar elde edilmektedir. Zira bu yöntem sayesinde, idarenin önerdiği düzenleme hakkında önceden gözönüne alnamayan fayda veya zorluklar ortaya çıkmaktadır. Vergi düzenlemeleri bakımından halk ile yapılan *toplantılara* (hearings) Amerika Birleşik Devletleri'nde öyle önem verilmektedir ki ilgili kanunda halk ile söz konusu toplantıların yapılması zorunlu tutulmuştur. Gerçekten de Amerika Birleşik Devletleri *İdari Usul Kanunu* (the Administrative Procedure Act, APA); Kongre, mahkemeler ve askerî idare haricinde, Birleşik Devletler'in tüm kamu kurum ve kuruluşları bakımından geçerli bulunmaktadır. APA'ya göre Hazine Müsteşarlığı, İç Gelir Kanunu ile ilgili olarak *kural yapma* (rule making) önerisini yayımlama yoluyla bildirdikten ve halka açık toplantı yaptıktan sonra kural ve karar alabilme yetkisine sahiptir. Eğer Hazine Müsteşarlığı bu süreçleri takip etmeden bir kaide koyarsa söz konusu kaidenin geçersiz olduğuna hükmedilir. Nitekim bu sonuç, Federal Temyiz Mahkemesinin 1979 yılında (602 F.2d 256) vermiş olduğu *American Standard, Inc.-Birleşik Devletler'e karşı* davasında açıkça ortaya konulmuştur<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> Gordon, R.K. (1996). s. 100, 101.

<sup>198</sup> a.g.e. s. 102 ve dn. 18.

Kural olarak ülke genelinde uygulama alanı bulan düzenleme ve kararlar bakımından vergi idaresi *bağlı yetkiye* sahiptir<sup>199</sup>. Kuşkusuz gerekli olduğu durumlarda vergi idaresinin söz konusu düzenleme ve kararlarla bağlı olmadığı öngörülebilir ancak bu durum normal olarak sadece *geleceğe dönük* (prospective) işlemler bakımından geçerli olabilir<sup>200</sup>.

İyi bir vergi yönetiminin sağlanabilmesi için vergi kararlarının somut olarak uygulanması bağlamında da birtakım önlemlerin alınması gerekir. Gerçi bazı ülkeler kullanımını sınırlandırsa da vergi yükümlüsünün olgulara dayalı olarak başvurusu üzerine vergi idaresi tarafından verilen *özelgeden* (muktezadan) büyük faydalar doğduğunu belirtmek gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere Birleşik Devletler’de uygulama alanı bulunan bir başka kurumu, özel başvuru üzerine verilen *özelge* (ruling) oluşturmaktadır. Birleşik Devletler’de özelge, tipik olarak vergi idaresine sunulan kanıt ve olgulara dayalı olarak verilmekte; yalnızca özel olarak başvuru yapan vergi yükümlüsü bakımından geçerli bulunmakta; diğer vergi yükümlüleri bakımından *emsal* (precedent) oluşturmamaktadır. Ülkede, doğruluğunu ve adillliğini sağlayabilmek için özelgenin merkezî karar ofisi veya uygun düşen yüksek seviyede bir başka organ tarafından onanması da öngörülmüştür<sup>201</sup>.

İyi bir vergi yönetimini sağlayabilmek bakımından büyük önem taşıyan hukuksal açıdan bağlayıcı özelgenin nasıl verileceği kanunda somutlaştırılmalı ve onun verilmesi usulü ya kanunda ya da idari düzenlemede gösterilmelidir<sup>202</sup>.

Vergide kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için vergi kanununun taşınması gereken bu nitelikleri yanında vergiye uyum bağlamında da birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir. Vergi kanunlarına uyum temelinde insanlar, vergiye uyanlar ve vergiye uymayanlar olarak ikiye ayrılmaktadır. İnsanlar vergiye temel olarak üç nedenden dolayı uymamaktadırlar. Bunlardan ilkini, nasıl uyacaklarını bilememeleri, ikincisini, vergiye uyumun çok aşırı çaba harcamayı gerektirmesi, üçüncüsünü ise vergiye uyumun yüksek maliyetli olması oluşturur. Bu nedenler göz önüne alınırsa,

---

<sup>199</sup> Daha açık bir deyişle vergi idaresi, genel nitelikli düzenleme ve alınan kararların aksine bir tutum takinamaz.

<sup>200</sup> a.g.e. s. 102.

<sup>201</sup> a.g.e. s. 102.

<sup>202</sup> a.g.e. s. 102.

olayda, vergiden kaçınma mı yoksa vergi kaçakçılığı mı bulunduğu kolaylıkla ortaya konulabilmektedir. Kendisine uyulması kolay olan bir vergi kanununa, uyulmaması göreceli olarak daha zordur. Bir vergi kanununun başarısındaki temel ölçüt, vergi yükümlüsünün uyumunu kolaylaştırması, uyum sağlamamasını zorlaştırmasıdır<sup>203</sup>.

Gerçekten de basit ve yalın şekilde kaleme alınan bir vergi kanunu, vergi yükümlüsünün uyum maliyetini de oldukça düşürmektedir. Zira basit ve yalın bir vergi kanunu, vergiye uymayı kolaylaştırıp buna karşılık uymamayı zorlaştırarak çift taraflı gerekliliği yerine getirebilmektedir. Böyle bir durum, vergi yükümlüsü veya vergi sorumlusundan kanunun ne beklediğini kolaylaştırabilmekte ve onun kanunu manipüle etmesi olanağını zorlaştırarak vergiden kaçınma olasılığını azaltmaktadır<sup>204</sup>. Karmaşa ve vergi yükümlülüğünden kaçınma fırsatları birçok kaynaktan doğabilmektedir. Bu bağlamda vergi kanununun hükümlerinin tutarsız olmasının vergi yükümlülüğünden kaçınma açısından kesinlikle bir fırsat doğurduğu ortadadır. Öte yandan vergi yükümlülüğünü azaltan veya ortadan kaldıran ayrıksı niteliğindeki istisna ve muafiyet hükümleri, yalnızca vergi kanununda karmaşa doğurmakla kalmamakta; vergi yükümlülerinin söz konusu ayrıksı durumlara girmeleri yönünde bir çaba göstermelerini de teşvik etmektedir. Bunun tersi de geçerlidir: Vergi yükümlülerinin yükümlülüklerini artıran özel koşullar, daha fazla arttığı oranda insanlar, vergiden kaçınılacak söz konusu özel koşullardan uzaklaşmaya çaba göstermektedir. Bununla birlikte belirli vergiler için öngörülen politikanın haklılığıyla ilgilenen kimseler açısından hukuki basitleştirmenin çok kolay bir görev olmadığı ortadadır<sup>205</sup>.

En azından vergi kaçırma fırsatları bağlamında bir vergi kanununun tutarlılığı ve basitliğini neyin sağlayacağını belirleyen husus, belirli bir vergi tipinin arkasındaki politikalara bağlıdır. Vergi yükümlülükleri bakımından, vergi mükellefleri ve şartların daha fazla olarak benzer şekilde muameleye tabi tutulması, vergi kanununun daha fazla ahenkli olmasına yol açmakta ve daha az özel şartlar doğmaktadır. İkinci olarak

---

<sup>203</sup> a.g.e. s. 114, 115.

<sup>204</sup> Kuşkusuz tüm vergiden kaçınma olayları, örneğin vergi kaçakçılığı yapılmadan vergi yükümlülüğünün azaltılması, vergide uyum sorunu doğurmamaktadır. Vergi idaresinin dikkate alması gereken husus, vergi yükümlüsünün normatif veya doğru bir şekilde vermesi gereken vergisinden azaltma sonucunu doğuran vergiden kaçınma olaylarıdır. Bkz. a.g.e. s. 116 dn. 82.

<sup>205</sup> a.g.e. s. 116.

olanaklar ölçüsünde vergi yükümlüsü ve şartların benzer muameleye tabi tutulması ve muameleye tabi tutulurken daha az ancak daha fazla uyumlu iç prensiplere başvurulmasının daha iyi sonuç almaya yaradığını belirtmek gerekir. Benzer muamele, az sayıda ve tutarlı ilkeler ve söz konusu prensipleri açık ve kesin bir şekilde gösteren dil, vergi kanununun hükümlerinin yorumu bakımından büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Üstelik bu durum, vergiden kaçınma fırsatlarının azalmasına da yol açmaktadır<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> a.g.e. s. 116.

## KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G. (1966). *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku Birinci Cüz Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri*, Ankara: AÜHFY No. 314.
- AKKAYA, Mustafa (2004). "Danıştay Kararlarında Ekonomik Yaklaşım", *Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl, 11 Mayıs 2004*, Ankara: Danıştay Matbaası, ss. 135-174.
- AKKAYA, Mustafa (2002). *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- AKTAN, Coşkun Can, DİLEYİCİ Dilek, SARAÇ Özgür (2012). *Vergi, Zulüm ve İsyân*, Ankara: Phoenix Yayınevi.
- AUSTIN, John (2014). *Hukukun Belirlenmiş Alanı Çev. Ülker Yükselbaba-Saim Üye-Umut Koloş*, İstanbul: Tekin Yayınevi.
- ÇAĞAN, Nami (1980). "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S 1-4, s. 129-151.
- ÇAĞAN, Nami (1982). *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- DELMAS-MARTY Mireille ve TEITGEN-COLLY Catherine (1992). *Punir sans juger*, Paris: Economica.
- DUGUIT, Leon (1954). *Kamu Hukuku Dersleri Çev. Süheyp Derbil*, Ankara: AÜHFY.
- DURŞUN, Hasan (Eylül-Ekim 2007). İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S 72, s. 247-275.
- DURŞUN, Hasan (Ocak-Şubat 2009). Erklere Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S 80, s. 29-104.
- DURŞUN, Hasan (2015). *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- DURŞUN, Hasan (Haziran 2017). Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S 9, s. 203-246.
- DURŞUN, Hasan (Ocak 2018). "Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S 33, s. 463-506.

DURSUN, Hasan (Ocak 2018). Yerindelik Denetimi Üzerine Düşünceler, *Adalet Dergisi*, S 60, s. 95-146.

ERGİNAY, Akif (1976). *Vergi Hukuku*, Ankara: 5. Baskı, Sevinç Matbaası.

Glen Ueng, K.L. ve Yang, C.C. (2001). "Plea Bargaining with the IRS: extensions and further results", *Journal of Public Economics*, Vol. 81, s. 83-98.

GORDON, Richard K. (1996), "Law of Tax Administration and Procedure", içinde *Tax Law Design and Drafting*, Editör; Victor Thuronyi, USA: IMF, s. 95-134.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (1963). << İdari Ceza Hukuku >> ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S 3, s. 115-182.

GÖNENÇ, Levent (1999). "Siyaset Bilimi ve Anayasalar", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S 3, s. 95-131.

GÜNEŞ, Gülsen (2008). *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul: Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık.

HAFIZOĞULLARI, Zeki (1987). *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara: Seçkin Kitabevi.

HARRIGAN John J. (1992). *Politics and the American Future*, USA: Third Edition, McGraw-Hill, Inc.

İÇEL, Kayıhan ve Diğerleri (2002). *Yaptırım Teorisi*, İstanbul: İkinci Bası, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.

KARAKOÇ, Yusuf (1996). "Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Denetimi", içinde *Anayasa Yargısı 13*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları: No.: 32, s. 249-373.

KUMRULU, Ahmet G. (1979). "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 36, S 1-4, s. 147-162.

KUMRULU, Ahmet G. (1989). "Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatların Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim", *Danıştay Dergisi*, S 72/73, s. 8-26.

KUNTER, Nurullah (1989). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Dokuzuncu Bası, Beta Basım-Yayımlar-Dağıtım A.Ş.

NADAROĞLU, Halil (1981). *Kamu Maliyesi Teorisi*, Kırklareli: 4. Baskı, Sermet Matbaası.

- ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, AKKAYA, Mustafa (2004). *Uygulamalı Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN Nami (2006). *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 14. Bası, Ankara 2006.
- ÖZMAN, Aydoğan (1967). *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler*, Ankara: Başnur Matbaası.
- PLANO, C. Jack ve GREENBERG, Milton (1989). *The American Political Dictionary*, Orlando: Eighth Edition, Holt, Rinehart and Winston, Inc.
- RICE, Steven J. (1994). *Introduction To Taxation*, Ohio-USA: South-Western Publishing Company Co.
- SCHLINK, Bernhard (2012). *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, Çev. Reyda Ergün, Ankara: Dost Kitabevi.
- SOYSAL, Mümtaz (1969). *Anayasaya Giriş*, Ankara: Genişletilerek İkinci Yayınlanmış, AÜSBFY No.: 271.
- ŞANVER, Salih (Nisan 1976). "Ticaret Hukuku ve Vergi Hukuku", *İktisat ve Maliye*, C. XXIII, S 1, s. 26-28.
- THURONYI, Victor (1996). "Drafting Tax Legislation", içinde *Tax Law Design and Drafting*, Editör; Victor Thuronyi, USA: IMF, s. 71-94.
- TUNAYA, Tarık Zafer (1969). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: İkinci Baskı, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti.
- VANISTENDAEL, Frans (1996). "Legal Framework for Taxation", içinde *Tax Law Design and Drafting*, Editör; Victor Thuronyi, USA: IMF.
- YILMAZ, Elif (2009). "Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S 1-2, s. 321-351.
- YÜCE, Turhan Tûfan (1968). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Yayınları No: 59.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2003). *Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi
- ZANOBINI, Guidio (1964). *İdari Müeyyideler*, Çev. Yılmaz Günal, Ankara.
- WALINE, Marcel (1979). "Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği" Çev., Tahsin Yağmurlu, *Danıştay Dergisi*, S 34-35, s. 76-81.

WALKER, Samuel (1989). *Sense and Nonsense about Crime A Policy Guide*, Pacific Grove, Clifornia: 2nd Edition, Brooks/Cole Publishing Company.

WILSON James Q. (1992). *American Government*, Massachusetts: Fifth Edition, D. C. Heath and Company.







## BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİNDEKİ GELİŞMELERİN ANAYASAL FONKSİYONLAR ÜZERİNDEKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİSİ\*

*Transformational Impact of the Developments In Information Technologies on Constitutional Functions*

Arş. Gör. Duygu Şimşek AKTAŞ\*\*

### ÖZET

Tarihte gerçekleşmiş teknolojik devrimler arasında en büyük sosyal ve kültürel değişiklikleri meydana getiren ve kendini sürekli artan bir hızla yenilemeyi sürdüren, dijital devrim olmuştur. Egemenliğin bileşenlerinden olan siyasal iktidar da insan yaşamındaki ve paradigmasındaki bu global ölçekli ve bütüncül değişime karşı kayıtsız kalamamaktadır. Dijital devrimin siyasal iletişim ve siyasal katılım alanındaki katkılarının anayasal fonksiyonları yerine getiren kişi ile kurumlar üzerinde de etki yaratması beklenmekte ve hâlihazırda gözlemlenmektedir. Bunun yanında yurttaşlar da kolektif karar alma süreçlerine etki edebilecek yeni teknolojik olanakları gözlemleyerek artık daha aktif katılımcılar olabileceklerini düşünmekte ve hatta çoğu zaman kamusal kararlara doğrudan yön verebileceklerine inanmaktadır.

Bu makale, yasama ve yürütme organlarının yapısının ve işleyişinin bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ile birlikte dönüşümünü incelemeyi amaçlamaktadır. Bu dönüşüm incelenirken aynı zamanda bilişim teknolojilerinin siyasal iktidarın kullanılmasına ve denetlenmesine yurttaşları dâhil etme biçimine de değinilecektir. Çalışma boyunca Türkçe ve İngilizce literatürün yanı sıra karşılaştırmalı hukuktan uygulamalı örneklerle de başvurulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Bilişim teknolojileri, erkler ayrılığı, anayasal fonksiyonlar, dijital dönüşüm, siyasal katılım

\* Bu makale, yazarın Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde, aynı başlıkla yazılan doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Gümüşhane Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Arş. Gör., duyugusimsekaktas@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0224-1417

## **ABSTRACT**

Among all technological breakthroughs that the history has seen, the digital revolution is the one that has led to the largest social and cultural alternation and maintained a constantly accelerating self-renewal. Political power as a component of sovereignty also fails to ignore this holistic shift in human life and paradigm. It is expected and already observed that the contribution made by the digital revolution to political communication and political participation is soon to have an impact on the persons and institutions practicing the constitutional functions as well. At the same time, citizens, as they observe the new technological opportunities that may affect collective decision-making processes, assume that they can become more active participants and often believe that they can dominate public decisions.

This paper aims to examine the structural and functional transformation of the legislative and executive bodies along with the developments in information technologies. At the same time, it will be explained how information technologies support citizens' participation in processes of enjoying and controlling the political power. Besides applied examples from comparative law, references will also be made to the reviewed literature in Turkish and in English throughout the study.

**Keywords :** Information technologies, separation of powers, constitutional functions, digital transformation, political participation

## GİRİŞ

18. yüzyılın sonlarından itibaren ortaya çıkan demokratik yönetimlerden bu yana siyasal iktidar ilke olarak yönetilenlere aittir. Bununla birlikte tüm yönetilenler bir araya gelerek bu iktidarın pratik gereklerini yerine getiremeyeceğinden, bu doğrultuda çalışma işini seçilmiş veya seçilmişlerce atanmış farklı kişi ve organlar üstlenmektedir.

Siyasal iktidarın kullanımının erkler ayrılığı ilkesi bağlamında kurumsal ve fonksiyonel bir ayrılığa dayandığı demokrasilerde *yasama* fonksiyonu, demokratik temsile dayalı olarak oluşturulan parlamentolarca yerine getirilir. Parlamentolar temsil ve yasa yapımı fonksiyonlarının yanı sıra hükûmeti denetleme, müzakere ve kurucu iktidar işlevlerini de görebilmektedir. Seçim sistemlerinden, seçim barajlarından ve siyasi parti yapılarından kaynaklanan tartışmalar kadar teknolojik gelişmelerin doğurduğu paradigma değişimi de parlamentoların temsil ve müzakere kabiliyetlerinin sorgulanmasına yeni bakış açıları getirmiştir. Müzakere ortamı bakımından genel anlamda ağ ve özellikle sosyal medya gibi olanaklar ile oy kullanma konusunda blokzinciri teknolojilerinden faydalanan sistemlerin geliştirilmeye başlaması bu sorgulamaların teknolojik kaynaklarından bazılarıdır.

*Yürütme*, tarihte yüzyıllar boyunca tek kişi veya organın koşulsuz olarak kullandığı yönetim iktidarının zaman içinde demokratik kayıtlanmalar ile almış olduğu şekli yansıtmaktadır. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından bu yana geçirmekte olduğu değişim neticesinde yürütme artık parlamentonun koyduğu kuralları uygulayan, görece zayıf bir siyasal irade ve bir idari teşkilatlanmadan ibaret değildir. Günümüzde yürütmenin temel fonksiyonları kendi politikalarını uygulamaya koyabilmek için inisiyatif kullanmak, eylem ve işlemlerde bulunmak, yasama organına politikalarının yolunu açacak yasaların yapılması için farklı yollarla talep ulaştırmak ve düzenleyici işlemler gerçekleştirmek; yasalar çerçevesinde kalarak kendi siyasetini ortaya koymak ve izlemek hâline gelmiştir. Yasama erki için anılan paradigma değişimi, şeffaflıktan yoksun işleyişleri ile denetlenmesi güç duruma gelen hükûmetlerle birlikte, yürütmeyi oluşturan idari yapılar bakımından da dikkate alınmalıdır.

*Yargı* fonksiyonu ise bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir. Bilişim teknolojilerindeki yenilikler bir yanda

mahkemelerin fiziksel koşullarını değiştirmeye hazırlanırken diğer yanda yargının üç ayağı olan sav, savunma ve hüküm mercilerinin çalışma biçimini de dönüştürmektedir. Teknolojik gelişmeler bu fonksiyon üzerinde de önemli değişiklikler ortaya çıkarmaktadır. Ne var ki bu çalışma, anayasal fonksiyonları kullanan yasama ve yürütme erklerinin dönüşümleri sırasında birbirleri karşısındaki durumlarını siyasal iktidarın kullanılması bağlamında ele alacağı ve denge-denetim unsuru olarak yurttaş katılımına yoğun olarak yer vereceği için burada yargı fonksiyonuna yer verilmemesinin isabetli bir tercih olacağı düşünülmüştür.

Bilişim teknolojileri sayesinde yurttaşlar, izleme ve katılım olanağını yasama ve yürütme erkleri üzerinde ayrı ayrı elde edebilmektedir. Bunun olması hem yurttaş katılımını anlamlı kılmakta ve yönetimin meşruluğunu güçlendirmekte hem de yurttaşların ayrıca gözle görülür bir etki oluşturarak bu erkler üzerinde denge ve denetim unsuru hâline gelebilmesini sağlamaktadır. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde devlet ile toplum arasındaki etkileşim ve koordinasyon, merkezde yer alan kurumlardan bireylere doğru kayda değer bir güç kayması ile yeniden biçimlendirilmekte ve bu değişime yönelik yeni yöntemler üzerine yoğun bir arayış sürmektedir<sup>1</sup>.

Siyasal iktidar, nitelikli insan faktörünün öne çıktığı ve bilişim teknolojilerini günlük yaşantının olağan bir parçası olarak benimsemiş bilgi toplumu için bir fenomen olmaktan zamanla çıkmıştır. Öncesinde de demokratik yönetimlerde anayasal fonksiyonlar bakımından hedeflenen katılımcılık, şeffaflık ve hesap verirlilik gibi kavramlar bu teknolojilerin kullanımının yaygınlaşması ile birlikte siyasal iktidarın gerek kullanılması gerekse denetlenmesi bakımından daha verimli biçimde hayata geçirilebilir görünmektedir.

Bilişim teknolojilerinin anayasal fonksiyonlar üzerindeki dönüştürücü etkisinin literatürde daima olumlu bir bakış açısı ile değerlendirildiğini iddia etmek doğru olmayacaktır. Yeni teknolojik olanaklar bir görüşe göre halk egemenliğini mümkün kılarak demokrasinin kalitesini yükseltmekte, bir diğer görüşe göre ise zaten güçlü olan yönetici kadroların daha da güçlenmesini sağlamaktadır.

---

<sup>1</sup> Atzori, M. (2017). "Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?", *Journal of Governance and Regulation*, C. 6, S. 1, s. 51.

Yoğun yurttaş katılımı, demokrasinin *halkın yönetimi* olma niteliğini desteklemekte ise de bu katılımın teknolojinin çoğu daha önce denenmemiş araçları ile gerçekleştirilecek olması teknik, siyasal ve hukuki açıdan birçok endişeyi beraberinde getirmektedir. Bu endişeler dile getirilirken dijital oylama sistemlerinin taşıdığı hukuki ve teknik belirsizlikler, makine öğrenmesinin ve algoritmanın inşası ve denetimi, popülist akımların manipülatif etkileri gibi çok sayıda soruya değinilmektedir.

Olumsuz görüşler, konuyu farklı açılardan ele almaktadır. Bazı yazarlar, yeni dijital araçların katkısının yurttaşlara abartılı bir katılım hissi vermekten ibaret olacağına ve pratikteki etkilerinin bireylere sahte bir tatmin sağlamaktan öteye geçmeyeceğine dikkat çekmekte; bu sahte algıyı edinmiş olan yurttaşların aslında yöneticiler tarafından açıktan popülist politikalarla veya örtülü olarak algoritmalarla yönlendirilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre yeni teknolojik olanaklar yurttaşları sistemin merkezine yerleştirmek, parlamentoyu toplumsal çeşitlilik içinde ve talepleri daha iyi yansıtabilecek bir yapıya dönüştürmek gibi hedeflere ulaşamayacak; zamanla güçlenen hükümetlerin etkin bir popüler denetime tabi kılınması mümkün kılınamayacak; temel hak ve özgürlüklere bu yolla koruma sağlanamayacaktır. Bazı yazarlara göre ise bilgisayar teknolojilerini üreten şirketlerin global sermayenin büyük kısmını elinde bulundurmalarından ötürü gücün odağı bu şirketler lehine değişecektir.

Demokraside esas olan, olanaklar el verdiğince söz hakkını temsilciler veya vekiller yerine halkın kendisinin kullanmasıdır. Yine de bu eksen de yürütülen tartışmalarda halkın kamusal kararların alınmasına katılımı ve hatta bu katılımın ürünü oylarının bağlayıcı olması düşüncesi üzerine birtakım eleştiriler de dile getirilmektedir.

Eleştirilerin değindiği ana gerekçelerden biri, halkın geneline atfedilen kültürel ve entelektüel yetersizlik sorunudur<sup>2</sup>. Halkın politik kararların alınması için oy kullanma konusunda ilgisini sürekli canlı tutamayacağı ve bezginliğe kapılacağı kabulü ise bir diğer eleştiriye kaynaklık etmektedir. Kamusal kararların halk tarafından alınması düşüncesi karşısında dile getirilmekte olan bir diğer eleştiri, halkın popülist politikalar ile kolayca manipüle edilebileceği yönündedir.

---

<sup>2</sup> Frey, F. W. (1965). *The Turkish Political Elite*, Cambridge: The MIT Press, s. 43.

Bu çalışma, yasama ve yürütme fonksiyonlarındaki dönüşümü iki ayrı başlıkta inceleyecek; parlamentoların ve hükümetlerin gelişmekte olan dijital olanakların etkisi ile nasıl değişmekte olduğuna ve bu gelişimin uzanmasının muhtemel olduğu yönlere dikkat çekmeye gayret edecektir. İki erkin ayrı ayrı faaliyet alanlarında ve işlerinde yurttaş katılımı ele alınacak; ayrıca teknoloji kullanımı ile bu alanlardaki otomasyon ve inovasyon olanaklarına yer verilecektir. Bu başlıklarda parlamentonun temsil, müzakere, hükümeti denetleme, yasa koyuculuk ve kuruculuk fonksiyonlarındaki değişim ve dönüşümler incelenirken hükümetler cephesinde e-devlet ve akıllı devlet kavramlarına değinilecektir.

### **I. PARLAMENTOLARIN YERİNE GETİRDİĞİ FONKSİYONLARIN DÖNÜŞÜMÜ**

Bir parlamentoda görülen işler ile bu işler görülürken faydalanılan verilerin ve üretilen çıktıkların yer aldığı elektronik ortam, e-Parlamento olarak anılmaktadır.

E-Parlamentolar milletvekilleri, parlamento personeli ve yurttaşlar olmak üzere *insan unsurunu*; desteklenen veya dönüştürülen prosedürlerin yer aldığı *süreç unsurunu*; dönüşümde rol oynayan altyapı, donanım ve yazılım olmak üzere *mimari unsurları* ve oluşturulan, saklanan, aktarılan, paylaşılan bilgi ve belgeler olmak üzere *verisel unsurları* bir araya getirmektedir. Bunların bir araya gelmesi ile çok daha hızlı, ekonomik ve dolayısıyla verimli bir işleyişe sahip olan parlamentolar aynı zamanda çalışmaları bakımından şeffaf ve erişime daha açık hâle gelebilmektedir. Parlamentoya yurttaşlar ile çok daha iç içe çalışabilme olanağı tanıyan e-Parlamento uygulamaları aynı zamanda farklı ülke parlamentoları ile uluslararası iş birliğine de uygun ortam sağlayabilmektedir<sup>3</sup>.

E-Parlamento pratiklerinde genele bakıldığında bir yanda açıklık, hesap verirlilik, şeffaflık gibi iyi yönetim ilkelerinin hayata geçirilmeye çalışıldığı; diğer yanda ise politik kararların alınmasında yurttaş katılımının amaçlandığı gözlemlenmektedir. Çoğu parlamento, iç işleyişinde de otomasyon sistemleri ile çalışmakta; üyelerine ve personeline farklı parlamentolar ile kişi ve kurumlar arasında iletişim platformları yaratmakta; araştırmalar yürütebilecekleri veritabanlarına erişim sağlamaktadır.

---

<sup>3</sup> Inter-Parliamentary Union (2018). *World e-Parliament Report 2018*, Geneva, s. 8-9.

E-Parlamento uygulamaları birçok parlamento tarafından değişen düzeylerde benimsenmiş ise de bazı parlamentolar bu teknolojileri kullanmaya diğerlerinden çok önce başlamış ve hâlen bu teknolojilerden en çok verimi nasıl alabileceklerine dair ciddi mesai harcamaktadırlar.

Parlamentoların yurttaşları demokratik süreçlere dâhil etme biçimleri farklı düzeylerde ve çeşitli yöntemlerde karışımıza çıkabilmektedir. Bunlar örneğin parlamentonun işleyişi ve yasama süreçleri konusunda şeffaflık sağlamaktan yurttaşların fikir ve uzmanlıklarına başvurmaya; yurttaşların aktif katılımını beklemekten kamu harcamaları ile kararlarına dair belgeleri erişime açmaya ve yurttaşların belirli konularda çözüm alternatifleri sunmalarına olanak tanıyarak demokratik katılımı tecrübe etmeye, kamuoyuna danışmaya, bütçenin hazırlanmasında ve/veya farklı kararların alınmasında aktif katılıma açık olmaya kadar değişen düzeylerde gerçekleşmektedir<sup>4</sup>.

E-Parlamento çalışmalarının büyük ciddiyetle yürütüldüğü parlamentolara örnek olarak Birleşik Krallık Parlamentosu gösterilebilir. Birleşik Krallık'ta Avam Kamarası üyeleri bir yandan kendi internet sitelerinde ve e-postaları aracılığı ile yurttaşlar ile iletişim hâlinde iken diğer yandan PICTFOR (The Parliamentary Internet, Communications and Technology Forum) ile gerçek ve tüzel kişiler ile irtibat içindedirler. Ayrıca parlamentonun resmî internet sitesinin "*Get Involved*" kısmından herhangi bir parlamenter ile temas kurulması, parlamento çalışmalarının izlenmesi veya çevrim içi müzakerelere katılması mümkündür. Parlamentoda daimi bir Dijital Demokrasi Komisyonu faaliyet göstermekte; dijital gelişmelerin parlamento bakımından ortaya çıkarabileceği fırsatlar ve riskler hakkında akademisyenler, profesyoneller vb. bilirkişilerden düzenli olarak yazılı görüşler sorulmakta; daha sonra görüş sahipleri Genel Kurula davet edilerek sorular sorulmak yoluyla kendilerinden konuyu ayrıntıları ile aydınlatmaları istenmektedir. İngiliz Parlamentosu, gerek ontolojik işlevlerini daha nitelikli ve etkili biçimde yerine getirebilmek gerekse bizzat varlığının sorgulanmasına neden olabilecek gelişmeleri yakından izleyebilmek için benzer çalışmalar yürütmekte ve dönüştürücü etkilere bu şekilde uyum sağlamakla gücünü muhafaza etmeye çalışmaktadır<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Rosenzweigova, I., Skoric, V. (2016). *Civil Participation in Decision-Making Processes: An Overview of Standards and Practices in Council of Europe Member States*, Strasbourg: European Center for Not-for-profit Law, s. 21-45.

<sup>5</sup> İngiliz Parlamentosunda parlamenterlerden ve hükûmetten alınan yasa teklifleri ve tasarıları



Avrupa Birliği üyesi ülkelerin parlamentoları dikkate alınarak yürütülmüş bir araştırmaya<sup>6</sup> göre Birleşik Krallık Parlamentosu e-Parlamento olanaklarından yararlanma konusunda açık ara ilk sırada yer alır iken onu sırasıyla Fransa, İrlanda ile Letonya ve Lüksemburg Parlamentosu izlemekte; son sıralarda ise Malta, Slovenya ve Hırvatistan Parlamentosu yer almaktadır.

#### **A. TEMSİL FONKSİYONU BAKIMINDAN**

Toplumların nüfus olarak büyümesi ve modern devletlerin ortaya çıkması, temsil kavramını beraberinde getirmiştir<sup>7</sup>. Temsil kurumu, vatandaşların yönetime etkin bir şekilde katılabilmesinin yanı sıra hükûmetin meşru bir yolla denetlenebilmesini de mümkün kılmaktadır.

Objektif seçim bölgeleri oluşturamayan veya artık oyları değerlendiremeyen seçim sistemleri, seçim barajları ve siyasi partilerin aday göstermelerinde ve parlamentodaki çalışmalarını yönetmelerinde yerleşik antidemokratik usuller temsilde ciddi zafiyete yol açabilmektedir. Toplumsal barışı tehdit edecek ölçüde temsil zafiyeti taşıyan parlamentolar; bu temsil zafiyetini aşmak üzere istikrarından taviz verilen parlamenter hükûmetler veya tatminkâr kontrol ve denetim yolları ile dengelenemeyen başkanlık hükûmetleri ve hiçbir yönüyle halka dayanmayan yargı teşkilatları gibi olumsuzluklar günümüzde teknolojik imkânlardan destek alınarak aşılması olanaksız olmayan zayıflıklar görünümündedir<sup>8</sup>.

1970'li yılların sonlarına yaklaşırken temsili demokrasinin bazı sorunlarının aşılmasında, halkın seçim dönemlerinde sandığa gitmek dışında da siyasal kararlara katılım yöntemlerine başvurabilmesinin yolları aranır olmuştur. Bu arayış, geniş kapsamlı bir demokrasi için en azından üst düzey kamu görevlilerinin seçimle belirlenmesi; özgür, adil ve sık periyotlarla uygulanan seçimlerin varlığı; ifade özgürlüğü; seçimlik bilgi kaynakları; kurumsal özerlik ve vatandaş dışlamayan bir yönetim anlayışının hâkim olması gerekliliklerini ortaya çıkarmıştır<sup>9</sup>.

---

değerlendirildiği gibi yurttaşlardan iletilen yasa teklifleri de görüşülmektedir ve bu teklifler için de diğer iki yöntemle gelenler ile aynı prosedür izlenmektedir.

<sup>6</sup> Griffith, J., Leston-Bandeira, C. (2012). "How Are Parliaments Using New Media to Engage With Citizens?", *The Journal of Legislative Studies*, C. 18, S. 3, 4, s. 91, 92.

<sup>7</sup> Yayla, A. (2015). *Siyaset Bilimi*, Ankara: Adres Yayınları, s. 147.

<sup>8</sup> Can, O. (2013). "Başkanlık Sistemi Üzerine Birkaç Not", *Yeni Türkiye (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı)*, C. 9, S. 51, s. 180.

<sup>9</sup> Dahl, R.A. (2005). "What Political Institutions Does Large-Scale Democracy Require", *Political Science Quarterly*, C. 120, S. 2, s. 187-197.

Parlamentoların temsil işlevini yerine getirmelerinde önemli bir unsur olan siyasi partiler de bilşim teknolojilerinin beraberinde getirdiği değişimlere uyum sağlayabilmek amacı ile revizyona uğramaktadırlar.

Dijital teknolojileri, örgütlenme biçimlerini korumak ve geçmişin dinamiklerini sürdürebilmek için bir araç olarak görmenin ötesinde çok daha derinden ve sistemli biçimde yeniden organize olabilmeyen yolu olarak benimseyen siyasi partilere “*platform partileri*” adı verilmektedir ve bu partilerde teşkilatlanmaya dair yeniden yapılanma, büyük ölçüde katılım esasına dayandırılmaktadır<sup>10</sup>. Partilerin üyeleri için katılım olanakları yaratmak amacıyla çevrim içi mecralardan faydalanması, “*platform siyaseti*” olarak ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Bahsi geçen platform açık yazılımlar üzerinde çalışan, tek merkezden idare edilmeyen, parti yöneticileri ile birlikte yurttaşların da geliştirilmesine katkıda bulunduğu, çift yönlü bilgi akışının gerçekleştiği *açık platformlar* olabildiği gibi belirli kimselerin idaresinde bulunan, şeffaflıktan uzak ve yalnızca erişim hakkına sahip kişiler tarafından yönlendirilebilen, bilgi akışının yalnızca site yöneticisinden kullanıcılara doğru gerçekleştiği *kapalı platformlar* da olabilir<sup>12</sup>.

Bilişim teknolojilerinin sunmakta olduğu yeni olanaklar, siyasi partilerin seçim kampanyaları üzerinde de dönüştürücü bir etki oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Seçmenler artık parti propagandalarını dijital araçlar üzerinden izleyebilmekte ve katkıda bulunabilmekte; hatta çoğu zaman amaçları bu olmasa da propagandaya maruz kalabilmekte veya propagandanın parçası hâline gelebilmektedir.

Bilişim teknolojilerinin ve başta sosyal medya olmak üzere internetin yeni olanakları; mecliste temsil edilemeyen, hatta seçim yarışına dahi giremeyen, siyasi partilere de tanınırlıklarını artırma, seçmen ile sürekli irtibat içinde kalma, onlarla programlarını daha kolayca paylaşma, seçmen desteğini bu şekilde artırmaya çalışma şansını tanımaktadır. Siyasi partileri baskı gruplarından ve sivil toplum örgütlenmelerinden ayıran

---

<sup>10</sup> Gerbaudo, P. (2019). “The Platform Party: The Transformation of Political Organisation in the Era of Big Data”, *Digital Object, Digital Subjects* içinde (Ed. David Chandler ve Christian Fuchs), London: University of Westminster Press, s. 188.

<sup>11</sup> Liroy, A., Esteve Del Valle, M. ve Gottlieb, J. (2019). “Platform Politics: Party Organisation in the Political Age”, *Information Polity*, s. 1.

<sup>12</sup> a.g.e, s. 6.

<sup>13</sup> Zengin, M.A. (2013). “Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı ve Dijital Demokrasiye Geçiş”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S 4, s. 293.

özellikleri her ne kadar siyasi iktidarı kullanma yetkisini ele geçirmekse de konu küçük partiler olduğunda bunların da diğer oluşumlar gibi oldukça spesifik meselelere eğilerek bu konularda platform oluşturmayı yegâne amaçları olarak gördükleri gözlemlenebilmektedir<sup>14</sup>.

Gelişen bilişim teknolojileri, siyasi partilerin örneğin aday gösterme süreçlerini de çağın gerek ve beklentilerine daha uygun esaslara dayandırmakta kullanılmaya müsaittir. Bilimsel değerlendirme yöntemlerinden ve teknolojinin objektif tercihlerinden faydalanarak rekabete girecek siyasi partiler, adaylarını *iletişim kurma becerileri, kalabalıkları peşinden sürüklemekteki etkililiği, hükûmet dışı organizasyonlar ile birlikte çalışabilme becerisi, iktisadi idare bilgisi, parti teşkilatı ile olan uyumu* gibi çok sayıda kıstasın matematik olarak değerlendirildiği yazılımlara başvurabilecektir<sup>15</sup>.

## **B. MÜZAKERE FONKSİYONU BAKIMINDAN**

Bu başlıkta *müzakereden* anlaşılması gereken, müzakerecilerin görüşlerinin propagandasını yapmak veya sözcüğün günlük kullanımda sıklıkla ifade ettiği gibi pazarlık yürütmek değil tarafların birbirlerini gerçekten dinlediği ve birbirlerinin bilgiye dayalı görüşlerinden ve ortaya koydukları ispat araçlarından mantık çerçevesinde bir ihtimal etkilenebildiği, birbirlerinin görüşlerini benimsemelerinin olası olduğu bir iletişim biçimidir<sup>16</sup>. Parlamentoda komisyonlarda ve genel kurullarda görülen müzakere ortamı, içtüzüklerden kaynaklı problemler veya seçmenlere yönelik göstermelik hamleler nedeniyle bu niteliklerden geri kalabilmektedir<sup>17</sup>.

Bilişim teknolojilerindeki ilerleme parlamentoyu müzakerenin yurt genelindeki yegâne mekânı olmaktan çıkarabilecek potansiyeli taşımaktadır. Bir yanda vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını mümkün kılarken diğer yanda hükûmetin denetlenmesinin de tabandan yukarıya doğru gerçekleşmesini sağlayacak bir *kamusal iletişim mekânının* varlığı, siyasi iktidar ve yönetilenler arasında tesis edilecek

---

<sup>14</sup> Heywood, A. (2007). *Politics*, 3rd Edition, London: Palgrave, s. 303.

<sup>15</sup> Gökşen, Y., Doğan, O. (2011). “Yazılım Desteği ile Kantitatif Karar Verme: Siyasi Partilerde Örnek Bir Uygulama”, *Trakya Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, C. 12, S. 2, s. 86, 92-93.

<sup>16</sup> Erdoğan, M. (2015). *Anayasal Demokrasi*, 12. Basım, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 307.

<sup>17</sup> Yılmaz, D. (2016). “Müzakere İşlevi Açısından Yasama Organı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 9, s. 57.

demokratik bir yöntem için gerekli olan bir koşuldur<sup>18</sup>. Herkesin soru sorma, tartışma başlatma, gündem yaratma bakımından aynı fırsatlara sahip olduğu; sorulan sorulara ve getirilen önerilere yanıtlarını dilediği ölçüde gerekçelendirerek verebildiği; kısıtlanmaksızın dâhil olabildiği ve ortak ilgi alanına dâhil konularda kendini ifade edebildiği bir kamusal müzakere ortamı demokratik kurumların meşruluğu açısından büyük önem taşımaktadır<sup>19</sup>.

Literatürde bazı yazarlar çevrim içi siyasal iletişimin demokrasi üzerindeki olumlu etkilerini öne çıkarırken bazı yazarlar ise konuya iyimser yaklaşmamaktadır<sup>20</sup>. İyimser olmayan görüşlerden birine göre siyasal bilişim *dijital bölünmeyi*<sup>21</sup> güçlendirecek ve toplumun farklı kesimlerinin katılım refleksi ve tercihleri arasındaki uçurumu derinleştirecektir<sup>22</sup>. Innis'in seneler önce radyo ve televizyon hakkında ifade ettiği görüşleri ile aynı doğrultuda olan ve yine iyimser olmayan bir diğer görüşe göre kitle iletişim araçları bugün de bilgiye erişim olanaklarını mümkün kılarak demokratik ortamı geliştirir görünümünün arkasında aslında yalnızca mevcut egemenlik unsurlarını pekiştirmektedirler<sup>23</sup>. Konuya farklı bir açıdan yaklaşan bir başka görüşe göre çevrim içi ortamda bilginin yanı sıra veya hatta çoğu zaman bilgi ile birlikte çokça eğlence veya doğrudan siyasi propaganda unsuru bulunabildiğinden bunlar arasındaki sınırlar bireylerin gözünde bulanıklaşacaktır. Böylesi bir bombardımana maruz kalan kitlelerin sessiz birer yığına dönüşebilme potansiyeli mevcuttur<sup>24</sup>.

Gelişmeler karşısında iyimser duran bir görüşe göre gelişmekte olan yeni medya türleri yurttaş katılımını hem daha ekonomik hem

<sup>18</sup> Habermas, J. (2015). *Öteki Olmak, Ötekiyle Yaşamak*, Çev. Aka, İ. İstanbul: Siyaset Kuramı Yayınları, s. 4.

<sup>19</sup> Benhabib, S. (1999). "Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru", *Demokrasi ve Farklılık - Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması* içinde (Ed. Seyla Benhabib), İstanbul: Demokrasi Kitaplığı, s. 102-105.

<sup>20</sup> Meriç, Ö. (2017). "Çevrimiçi Siyasal Literatür Üzerine Bir Literatür Değerlendirmesi", *Selçuk İletişim*, C. 9, S. 4, s. 25-39.

<sup>21</sup> Bilişim teknolojilerinin kullanımı konusunda kişilerin farklı olanaklara sahip olmaları, literatürde bu şekilde ifade edilmektedir.

<sup>22</sup> Bucy, E. P., ve Gregson, K. S. (2001). "Media Participation: A Legitimizing Mechanism of Mass Democracy", *New Media & Society*, C. 3, S. 3, s. 357.

<sup>23</sup> Heyer, P. (2006). *Harold Innis*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, s. 67.

<sup>24</sup> Vedel, T. (2005). "Political Communication in the Age of the Internet", *Political Communication in a New Era: A Cross-national Perspective* içinde (Ed. Gadi Wolfsted ve Philippe J. Maarek), New York: Routledge, s. 43.

daha cezbedici kılmaktadır<sup>25</sup>. Örneğin eleştirel kurama yeni bir boyut kazandıran ve kendisinden sonraki çalışmalar için bir eksen oluşturan Jürgen Habermas, kamusal alanda bilişim teknolojilerinden faydalanılmasını bir alternatif olarak düşünmektedir<sup>26</sup>. Habermas, basın organlarının iktidarın birer aracına dönüştükleri değerlendirmesinde bulunmaktadır<sup>27</sup>; ancak fiziksel bir mekândan bağımsız yeni bir kamusal alan oluşturan yeni medya teknolojilerine bakışı farklı olmuştur. Kamuya 17. yüzyılda Kara Avrupası'nda, 18. yüzyılda ise Kıta Avrupası'nda siyasal etki kazandıran fiziki müzakere alanlarını günümüzde siber ağlar sağlar iken müzakereye bu kez yalnızca burjuvazi değil tüm yurttaşlar eşit statüler altında çözüm önerileri ile katılma fırsatı elde etmektedirler. Literatürde bir görüş de elektronik vasıtaların kişiler arasında eş düzeydeki iletişimi kuvvetlendirdiğini ve siyasal katılımı güçlendirdiğini ileri sürmektedir<sup>28</sup>.

*Müzakerenin benimsenmesi yalnızca yönetimde müzakereci demokrasiyi ortaya çıkarmakla kalmaz, aynı zamanda yurttaşların fikirlerini özgürce tartışabildikleri bir toplumsal atmosferin ve katılıma dayalı olarak işleyen kurumsal yapıların çerçevesini de çizer<sup>29</sup>. Bu yüzdendir ki kolektif karar alma süreçlerinde müzakere ne kadar içselleştirilir ise alınan kararların o kararlara uyacak olanlar nezdindeki haklılığı ve akılcılığı o kadar yüksek olacaktır<sup>30</sup>. Müzakere ancak böyle çok yönlü olarak ve farklı aşamalarda gerçekleşebildiğinde demokratik meşruluktan söz etmek mümkün olabilir<sup>31</sup>. Siyasal katılımın yeni doğası, ağ teknolojileri ile kurulan bu ağlaşmış kamularda şekillenmektedir<sup>32</sup>.*

<sup>25</sup> Stanley, J. W., Weare, C., Musso, J. (2004). "Participation, Deliberative Democracy and the Internet: Lessons from a National Forum on Commercial Vehicle Safety", *Democracy Online: The Prospects for Political Renewal Through the Internet* içinde (Ed. Peter. M. Shane), New York: Routledge, s. 169.

<sup>26</sup> Lunt, P., Livingstone, S. (2013). "Media Studies' Fascination with the Concept of the Public Sphere: Critical Reflections and Emerging Debates", *Media Culture & Society*, C. 35, S. 1, s. 2. a.g.m, s. 4.

<sup>27</sup> Ganley, G. D. (1991). "Power to the People via Personal Electronic Media", *The Washington Quarterly*, C. 14, S. 2, s. 5-22.

<sup>28</sup> Balkır, G. (2009). "Müzakereci Demokrasinin Yaygınlaştırılması: Müzakereci Demokrasi Pratiği Olarak STK'lar", İstanbul Aydın Üniversitesi 1. Uluslararası Müzakereci Demokrasi Sempozyumu Bildiri Kitabı içinde, İstanbul: Türkiye Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 243.

<sup>29</sup> a.g.e, s. 244.

<sup>30</sup> Habermas, J. (2017). *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, 14. Basım, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 297.

<sup>31</sup> Boyd, D. (2011). "Social Network Sites as Networked Publics: Affordances, Dynamics, and Implications.", *Networked Self: Identity, Community, and Culture on Social Network Sites* içinde (Ed. Zizi Papacharissi), New York: Routledge, s. 2.

Ne var ki bahsi geçen olanakların varlığı, kamusal müzakereyi yaygın olarak gerçekleştirme hedefine ulaşmakta tek başına yeterli olmayabilir. Etkin bir müzakerenin yurttaşlar arasında da gerçekleşebilmesi için parlamenterlere tanınan yasama sorumsuzluğuna yakın düzeyde bir ifade özgürlüğü güvencesinin parlamenter olmayan müzakerecilerde de tanınması gerekir. Kişilerin söylemek istediklerini söyleyemedikleri, hatta söylemek istemediklerini söylemek durumunda hissettikleri bir ortamda sağlıklı bir müzakere gerçekleştirilemeyecektir.

Kamusal politikaların tanımlanması ve uygulanması, uzun vadeli tercihleri gerektireceğinden bu gibi tercihlerin hayata geçirilmesi de karmaşık müzakereleri ve dengelenmesi güç olan çatışma hâlindeki çıkarları içinde barındırır. Yurttaş katılımının vesilesi olan çevrim içi müzakerelerin içerik yönünden mümkün olduğunca sadeleştirilmiş olması; genel politikaların ise bir koordinasyon ve iç tutarlılık içinde yürütülmesi gerekir<sup>33</sup>. Tüm bunların tek başına ağı üzerinde gerçekleştirilmesi güç olabilir.

### C. HÜKÛMETİ DENETLEME FONKSİYONU BAKIMINDAN

Yasama ve yargı erklerinde işlevsel ve yapısal anlamda dönüşümler gerçekleşirken erkler ayrılığını koruyabilmekteki esas mesele, yürütmenin kontrol ve denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yasama organı; hükûmet üzerindeki denetimini tüm hükûmet modellerinde yasa yapımı, bütçenin kabulü ve uluslararası antlaşmaların yürürlüğe konulmasında son sözün söylenmesi ile gerçekleştirmektedir. Başkanlık hükûmeti modelinde önemli bürokrat atamaları ve başkanın yargılamasının yolunu açma olanağı parlamentonun elinde iken parlamenter hükûmet modelinde soru, genel görüşme ve meclis araştırması usulleri ile hükûmet denetlenebilmekte; gensoru ve güvenoylaması ile hükûmetin siyasi sorumluluğuna başvurulabilmekte; meclis soruşturması yöntemi ile başbakan ve kabine üyeleri cezai sorumlulukları bakımından yargıya sevk edilebilmektedir. Hükûmetler de örneğin koalisyon ortaklarından oluşması durumunda kendi içinde de bir denetimi içerebilmektedir.

Kolektif yöntemlerle yasa yapımına veya en azından parlamentodaki

---

<sup>33</sup> Brasseur, A. (2014). *Internet and Politics: The Impact of New Information and Communication Technology on Democracy*, Report Doc. 13386, Strasbourg: Council of Europe Committee on Culture, Science, Education and Media, Ş 6.

yasa yapım süreçlerinin izlenmesine olanak tanıyan e-Parlamento uygulamalarının benimsendiği sistemlerde bu süreçler her aşamada yurttaşların izlemesine, katılmasına ve talep ilemesine açıktır. Yurttaşlar, hukuki düzenlemelerin elverişli olması durumunda kolayca anlaşılabilen, sade tasarımlı, kullanıcı dostu uygulamalar ile bilgisayarlarından, televizyonlarından veya mobil aygıtlarından erişim sağlayarak bu denetim yolları dâhilinde de müzakere etme, teklif sunma ve oylama safhalarına doğrudan katılabilirler. Halkın siyasal iktidarı kullanan erkler karşısında frenleyici ve dengeleyici bir güç oluşturabilmesi için şeffaflık, katılım, hesap verirlilik gibi ilkelerin bu fonksiyonları yerine getiren anayasal organların işleyişlerine ve ilgili kurumların yurttaşlarla olan ilişkilerini düzenleyen somut normlara entegre edilmesi gerekmektedir<sup>34</sup>.

Sınırlılık ve dengelenme, siyasal iktidarın yalnızca yatay yapılanması içinde değil düşey yapılanması içinde de kendini göstermektedir. Bu anlamda bir denge, merkezi yönetimin siyasal iktidarı kendisine hiyerarşik anlamda bağlı olmayan, temsil esasına bağlı kalınarak oluşturulmuş karar organları bulunan ve yerel düzeyde hizmet veren birimler ile paylaşmasıyla gerçekleşir. Siyasi veya idari anlamda yetkileri altyapı ve imar planlamaya indirgenmemiş güçlü bir yerel yönetim, yerel halkın yönetime katılmasını kolaylaştırır. Yurttaşlar, kendilerini daha doğrudan ilgilendiren ve üzerinde daha çok bilgi sahibi oldukları konularda görüş ve oylarını belirterek karar alımına daha rahat katılabilirler. Bütçe de yerel ölçekte anlaşılması, izlenmesi, hesap sorulması ve katılabilmesi daha rahat bir konu hâline gelmektedir.

Yürütme soyut bir işlev olarak tezahür etmediğinden ve esasında uygulamaya yönelik bir yönetim sorunu olduğundan, vatandaşların ulusal düzeyde doğrudan katılımına dayanması oldukça güçtür<sup>35</sup> ancak anayasal devletin gerçekleştirilmesi, siyasal iktidarın hukukla olduğu kadar halk tarafından denetimini de gerekli kılmaktadır. Halkın egemenliğinden ve yönetimin meşruluğundan bahsedebilmek için halkın iktidarı seçim günlerinin arasında geçen sürede de denetleyebilmesi gerekir<sup>36</sup>. Şu hâlde yürütme, katılımcılığa dayanan şeffaf bir karaktere bürünerek temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemeye özen gösterir iken

<sup>34</sup> Galster, A. (2018). *Transparency and Open Government*, Report CG35(2018)14, 35th Session, s. 6.

<sup>35</sup> Can, O. (2013). s. 181.

<sup>36</sup> Yokuş, S. (2019). "Siyasal İktidarın Toplumsal Muhalefet ile Dengelenmesi", *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan* içinde (Ed. Abuzer Kendigelen ve Saadet Yüksel), İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 1018.

tüm eylem ve işlemlerinin üzerinde parlamento ve yargı denetiminin yanı sıra toplumsal denetimin de gerçekleştirilmesi gerekir<sup>37</sup>. Siyasal iktidarın sınırlandırılması ve dengelenerek denetlenmesi, anayasal mekanizmaların haricinde, sosyal yaşamda gelişen araçlarla da sağlanabilmektedir. *Sosyal erkler ayrılığı* Almanca literatürde yeri bulunan ve devlet yönetimi ile sivil toplum örgütleri arasındaki ayrıma işaret eden bir kavram olup iktidar dışı alanda varlık gösteren örgütlenmelerin iktidarı paylaşmalarını veya iktidarı denetlemesini ifade etmektedir<sup>38</sup>. Geleneksel siyasal kurumlar teknoloji çağının yönetim anlayışında artık eski merkezî konumlarını yitirmekte, bunların yerine yeni toplumsal grup ve aktörler belirginleşmektedir<sup>39</sup>.

Politika oluşturma süreci, *gündem oluşturma* ile başlar<sup>40</sup>. Belirlenen gündem üzerine bir taslak oluşturulur ve karar alınarak bu taslak reddedilir veya uygulamaya konulur. Gündem olarak belirlenen mesele müzakere edilip ulaşılan sonuçlar bir norm veya politika teşkil etme safhasına eriştikten sonra da sivil katılım sona ermeyecektir. Devamında bu kararların uygulanması, uygulama sürecinin izlenmesi, bu izleme sırasında ortaya çıkan tespitlere göre gerekirse normun veya politikanın yeniden biçimlendirilmesi süreçleri de sivil katılımı dışlamamaktadır<sup>41</sup>. Yürütmenin eylem ve işlemlerinin şeffaflığının önemi burada bir kez daha belirginleşir. Her şeyin yolunda gittiği, herhangi bir sorunun bulunmadığının düşünüldüğü zamanlarda dahi hükûmet üzerindeki gözetim ve denetimin faaliyeti sürdürülebilirdir<sup>42</sup>.

Buna izin verecek hukuki düzenlemelerin yanında, *açık hükûmet* kavramı, açıklanan türden bir denetimi mümkün kılabilen –teknolojik olanlar dâhil olmak üzere- olanakların bütününe ortaya çıkardığı bir anlayışı yansıtmaktadır. Üzerinde uzlaşmış bir tek tanımı bulunmayan *açık hükûmet* kavramı hükûmetin yurttaşlar ve ekonominin aktörleri ile şeffaflık, katılım ve iş birliği ilişkisi içinde çalışması olarak açıklanabilir<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Can, O. (2012). *Yol Ayrımında*, İstanbul: Timaş Yayınları, s. 214.

<sup>38</sup> Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 96.

<sup>39</sup> Best, S., Kellner, D. (1997). *The Postmodern Turn*, New York: The Guilford Press, s. 254.

<sup>40</sup> Rosenzweigova, I., Skoric, V. (2016). a.g.e, s. 19.

<sup>41</sup> NDI Türkiye, (2008). *Karar Alma Sürecine Yurttaş Katılımı ve Sivil Diyalog*, s. 6.

<sup>42</sup> *Yasama Meclisleri ve Yürütmenin Gözetim ve Denetimi Üzerine Sigma Raporu (2016)*, Ankara: TBMM Basımevi, s. 10.

<sup>43</sup> Geiger, C. P., von Lucke, J. (2012). "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", *Journal of Democracy and Open Government*, C. 4, S. 2, s. 266.



Kavramın kökenlerinin bilgi edinme ve basın özgürlüklerinin düşünsel gelişiminin başlamasından ötürü aydınlanma düşüncesine dayandırıldığına sıkça rastlanır<sup>44</sup>.

Anayasalar, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin yaygın olarak bilinen ve sıkça vurgulanan 16. maddesinin de ifade ettiği üzere<sup>45</sup>, temel kaygı olarak devlet iktidarının erklere ayrılarak sınırlandırılmasını ve yurttaşların hak ve özgürlüklerinin bu iktidar karşısında güvence altına alınmasını konu edinirler. Şu hâlde anayasacılık kendi içinde özgürlüklerin, siyasal otoritelerin ve karşılıklı olarak birey ile devlet arasındaki dengenin sağlanması sanatı olarak ifade edilir<sup>46</sup>.

#### **D. YASA KOYUCULUK FONKSİYONU BAKIMINDAN**

Geleneksel anlamda parlamentolardaki yasa yapım süreçleri, toplumdaki gereksinimi tespit eden veya yurttaşlardan gelen talepler doğrultusunda hareket eden milletvekilleri veya hükümetler tarafından yasa teklifi veya yasa tasarısı olarak başlatılır. Parlamento genel kurulunda oylamaya sunulmadan önce parlamentoda ilgili ofislerde yasa metni olarak formüle edilen yasa teklif veya yasa tasarıları, yine burada ilgili komisyonlarda görüşülür ve olgunlaştırılır. Genel kuruldaki oylamada gerekli kabul oyu oranına ulaşabilen teklif veya tasarılar yasalara ve yürürlüğe girmeleri için aranan koşulları sağlamak üzere onay ve yayım sürecine havale edilir. Bu, parlamentoların mesai sürelerinin kısıtlılığına bağlı olarak yasaları gereği kadar güncel tutmaya izin vermeyecek kadar ağır işleyen, hantal bir süreç olabilmektedir. Ayrıca özellikle disiplinli partilerin bulunduğu sistemlerde parlamenterlerin oylarını her zaman seçmen iradesini gözeterek kullanabildiklerini iddia etmek güçtür.

Bilişim teknolojileri, yasa yapım süreçlerini oluşturan aşamaların önemli bir kısmını parlamento dışına aktarabilecek potansiyeli barındırmaktadır. Yurttaşlar, yeni yasaya duyulan ihtiyacın tespit edilmesi ile gündem oluşturma aşamasından itibaren bu teknolojileri kullanarak sürece dâhil olabileceklerdir. Bu tür uygulamalar aynı zamanda yasaların

---

<sup>44</sup> Council of Europe Governance Committee, CG35(2018)14final, *Transparency and Open Government*, 2018, s. 7, <https://bit.ly/32f09Ef>, E.t: 24 Temmuz 2019.

<sup>45</sup> "...Hakların güvence altına alınmadığı veya erkler ayrılığının kabul edilmediği bir toplumun anayasası yoktur..." Bkz. Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789, s. 2, <https://bit.ly/30SwVek>, E.t: 31.07.2019.

<sup>46</sup> Sezer, A. (2010). "'Yeni' Anayasa, 'Yeni' Meclis, 'Yeni' Yöntem", *Anayasa Kurultayı*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 171.

toplum tarafından benimsenmesini kolaylaştırabilmekte ve egemenliğin kullanımını daha aracısız kılmaktadır. Parlamentolar ile yurttaşlar arasındaki kopukluk, her iki tarafın da dijital araçları verimli olarak kullanması ile bir ölçüde aşılabılır. Parlamento yerine dijital kamusal alanlarda sürdürülecek müzakerelerin ardından yurttaşların talepleri bir araya getirilip parlamentolarda uzmanlar tarafından yasa tekliflerine dönüştürülerek rahatlıkla yurttaşların oylamasına sunulabilecek ve kabul veya ret aşaması da parlamento dışında gerçekleştirilebilir.

Böylece parlamentolar, çok uzak olmayan bir gelecekte normların fikirler olarak doğduğu, parlamenterlerin kendi aralarında kalan tartışmalar ile olgunlaştırıldığı ve yasalaştırılarak yürürlüğe konulduğu yapılar olmaktan çıkabilecek; politika üreten ve politik kararların alınmasına yardımcı olma görevi üstlenen danışma kurullarına dönüşebilecektir.<sup>47</sup>

Yasama süreçlerine katılımın özünde, bir karardan etkilenecek olan insanların o kararın alınması sürecine katılmaya haklarının bulunduğu; sürecin neticesi üzerinde bu katılımın belirleyici etkiye sahip olması gerektiği ve katılımın ancak katılanların bilgi sahibi kılınması ile bir anlam ifade edebileceği kabulleri yer alır<sup>48</sup>.

Normların onlara tabi olacak yurttaşların gözündeki meşruluğu güçlendikçe onlara uyulması ve sık sık değiştirilmelerinin gerekmemesi, belirli bir ekonomik avantajı da beraberinde getirecektir. Ayrıca yasama sürecine halkın dâhil olması, toplumun parlamenterlerin gündeme getirmekten kaçınmak isteyebilecekleri zorlu meseleleri çözmesi için bir şans olarak da değerlendirilebilir.

2004 yılında Lordlar Kamarası Anayasa Komitesi, parlamento ve yasama süreci üzerine bir rapor hazırlamış ve parlamentoda yer alan her iki meclisin de elektronik danışma seçeneklerini yeterli ölçüde değerlendirerek çalışmalarını vatandaşlara olabildiğince açmaları gerektiğini bildirmiştir.<sup>49</sup> Bu gereklilik, 2009 yılında Avam Kamarası tarafından yeniden dile getirilmiştir. Böylece 2010 yılına gelindiğinde,

---

<sup>47</sup> Can, O. (2013). s. 180.

<sup>48</sup> International Association for Public Participation (2017). *Core Values of Public Participation*, <https://bit.ly/2GKI1eb>, E.t: 25 Temmuz 2019.

<sup>49</sup> House of Lords Constitution Committee (2004). *The Fourteenth Report (On Parliament and the Legislative Process*, London, § 218.

yasa teklifleri kamuoyuna açık biçimde yapılmaya başlanmış ve çevrim içi araçlar kullanarak vatandaşların bu yasama hazırlıkları üzerine düşüncelerini temsilcilerine iletebilmeleri amaçlanmıştır. 2010 ve 2013 yılları arasında deneme sürümü kullanılan bu uygulama, vatandaşlardan ve sivil toplum örgütlerinden hâlen ilgi görmektedir.

2009 yılında Brezilya Ulusal Kongresi'nin alt kamarası olan Temsilciler Meclisi tarafından vatandaşları yasama sürecine dâhil edebilmeyi amaçlayan bir pilot proje olarak *eDemocracia* portalının kurulması kararlaştırılmıştır. Parlatentonun bir birimi olan Stratejik Yönetim ve Projeler Ofisi tarafından yönetilen platform, farklı disiplinlere mensup üyelerden oluşan danışmanlar ve dijital uzmanlardan oluşan bir ekibin dünyadan çeşitli dijital yasama süreçlerini incelemesi ve uyarlamalar üzerinde çalışması ile oluşturulmuş; işleyişi zaman zaman sekteye uğramış ve hatta siyasi ve idari destek yoksunluğu nedeniyle 2013 yılında kapatılmanın eşiğine gelmiş ise de vatandaştan gördüğü talep ve destek protestoları siyasileri ve yöneticileri yasama süreçlerine yurttaş katılımının vazgeçilmezliği konusunda ikna etmiş olacak ki portal, günümüzde artık kalıcı hâle getirilmiştir. Aynı ekip 2013 yılında web tasarımcılarını, uygulama geliştiricileri ve parlamento çalışanları ile temsilcileri, yasamada şeffaflığı ve halkın bu süreçleri izleme olanaklarını geliştirebilmek için bilgisayarlarda, taşınır cihazlarda kullanılmak üzere uygulamalar geliştirdikleri bir yazılım yarışması düzenlemiştir. Bu yarışmanın başarısından sonra Temsilciler Meclisi, LabHacker'ın dünyanın ilk parlamento içi inovasyon laboratuvarı olan inşasını kararlaştırmıştır. *eDemocracia* portalının iyileştirilmesi, katılım ve şeffaflığın geliştirilmesi amacıyla tamamı açık kaynaklı olmak üzere yeni dijital araçların geliştirilmesi artık bu laboratuvarın sorumluluğundadır.

2012 yılında, vatandaş girişimleri üzerine çıkartılan Vatandaş Girişimi Yasası ile Finlandiya vatandaşlarının mevcut mevzuata değişiklikler veya yeni yasalar için öneriler ileri sürme hakları güvence altına alınmıştır. Bu yasaya göre kâğıt üzerinde veya çevrim içi platformlarda 50.000 imza ile desteklenen vatandaş girişimleri, onları kabul, tadil veya reddebilecek olan Parlamento tarafından incelenecek ve tartışılacaktır. 2016 yılı itibarıyla ise vatandaş girişimleri Adalet Bakanlığı web sitesi üzerinden destek ve imza toplayabilmektedir.

Elektronik oylamalar, katılımı fiziksel olanaklar anlamında kolaylaştırıp sonuçların kesinleşme sürecini kısaltabilmektedir. Bu oylamalar iki türlü yapılabilmektedir<sup>50</sup>. Bunlardan ilkinde oy kullandırma işi, düzenlenmesi, yürütülmesi ve denetlenmesi bakımından hükümet temsilcilerine veya bağımsız bir otoriteye bağlıdır ve oylar, oy kullanma istasyonlarındaki birtakım makineler kullanılarak kaydedilir. İkinci elektronik oy kullanma modelinde ise oylar, oy verenler üzerinde herhangi bir gözetim veya yardım faaliyeti bulunmaksızın kişilerin sahip oldukları elektronik imkânların kullanılması ile yürütülmektedir<sup>51</sup>.

Türkiye’de elektronik oylamayı mümkün kılan tek sistem Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda uygulanmakta olup burada dahi yalnızca açık oylama durumunda bu vasıtaya başvurulabilmektedir<sup>52</sup>. Gizli oy ile karar verilmesi gereken durumlarda milletvekilleri yine kabinlerde mühür kullanmak suretiyle oy zarfları oluşturmakta ve bu zarfları bırakabilmek için sandık başına gitmektedirler.

Uzaktan elektronik oylamaların hacker saldırılarının gerçekleşmesi olasılığı veya oyların gizliliğinin sağlanmasının güçlüğü gibi seçim güvenliğine dair ya da seçim sonuçlarının değerlendirilmesi ve denetlenmesi yönünden birtakım teknik riskleri olabileceği gibi yalnızca oylama hakkına sahip kimselerin oy kullanabilmesi, her oyun eksiksiz ve yalnızca bir kez sayılması, kullanılan oyun her safhada özel kişilerden olduğu gibi devletin tüzel kişiliğinden de mutlak surette gizli tutulabilmesi, oy kullanacak kimsenin önüne bu hakkını kullanmasını güçleştirecek veya onu olanaksız kılacak engellerin konulmaması gibi teknik olmayan gereklilikleri de bulunur.

Oy kullanmayı seçmenler için kolaylaştıran bu teknolojiler uygulamaya konulmadan önce tamamlanması gereken birçok hazırlık çalışması mevcuttur. Bunlar mevzuat hazırlığının tamamlanması, uygulayıcı personelin ve seçmenin eğitimi, denetleme mekanizmalarının kurulması gibi işlerdir.

---

<sup>50</sup> GÜNGÖR, S. (2012) “Bilgi Toplumu ve E-Dönüşüm Sürecinin Demokrasi Üzerine Dönüştürücü Etkisinin Analizi”, (Yayınlanmamış İdari Uzmanlık Tezi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu). s. 79.

<sup>51</sup> WATSON, A., CORDONNIER, V. (2002). “Voting in the New Millenium: eVoting Holds the Promise to Expand Citizen Choice”, *Electronic Government: First International Conference, Aix-en-Provence*, s. 236.

<sup>52</sup> GÜNGÖR, S. (2012). s. 78.

## E. ASLİ KURUCULUK FONKSİYONU BAKIMINDAN

Bir toplumda yeni bir anayasa yapan iktidar *asli kurucu iktidar*, yürürlükte olan bir anayasayı asli kurucu iktidar tarafından çizilen sınırlar çerçevesinde değiştiren iktidar ise *türev kurucu iktidar* olarak adlandırılır.

Bir toplum, hâlihazırda yürürlükte olan anayasa artık gereksinimlere yanıt veremez duruma geldiğinde de yeni bir anayasa hazırlığına girebilir. Bu şekilde yapılacak yeni anayasayı halkın bu iş için seçmiş olduğu bir meclis hazırlayabilir ve kabul edebilir, halkın seçtiği meclis anayasa tasarısını hazırlayabilir ve hazırladığı taslağı halkın onayına sunabilir. Bir diğer yöntem olan *katılımcı anayasa yapımı* ise halkın kendisine sunulmuş bir metni oylaması veya kurucu meclisin seçimle işbaşına gelmesi gibi bilindik yöntemlerin yanı sıra halkın, yürürlüğe girmesi görüşülen anayasanın hazırlanışının farklı aşamalarında da sürece dâhil olması anlamına da gelir. Böyle işlemeyen bir süreçte anayasa yapımına yurttaşların katılımı yanıltıcı, sembolik veya yalnızca danışma amaçlı olmakla kalabilmekte ve şekil ile sınırlı kalan katılım süreçlerinde yurttaşlar işin esasına dâhil olamamaktadırlar.

Anayasa yapımı sürecini başlatanın kim veya kimler olduğu, süreç boyunca paydaşlar arasındaki iletişim biçimleri, o anayasa ile yönetilecek olanların hazırlıklara ne ölçüde dâhil oldukları ve hazırlanan anayasanın yürürlüğe girmesinde son sözü kimin söyleyeceği gibi unsurlar anayasa yapımına yurttaşların katılımının boyutunu belirler. Nüfusun bir kısmının, sivil toplum örgütlerinin ya da farklı ulusal aktörlerin başlattığı; iletişimin çift yönlü bir bilgi ve görüş akışına izin verdiği; nüfusun tüm kesimlerinin ve tüm siyasi partilerin katılımına fırsat tanıyan ve son sözün referandumlar yoluyla yurttaşlara tanındığı süreçlerde yurttaşların anayasa yapımı sürecine esasa yönelik olarak katılım gösterdiğini söylemek mümkün olabilir<sup>53</sup>.

Katılımcı anayasa yapımının 1980'lerde Nikaragua'dan 1990'larda Güney Afrika'ya<sup>54</sup> kadar farklı düzeylerde ve farklı ülkelerde pek çok örneği bulunmaktadır. Ayrıca 2010 ve 2011 yıllarında Gana'da, 2010'da Kenya'da ve 2012'de Libya'da anayasa yapımı sürecinde bilişim araçları

<sup>53</sup> Saati, A. (2015). *Public Participation in Constitution Building: An effective Strategy for Enhancing Democracy?*, Stockholm: Elanders Sverige AB, s. 11.

<sup>54</sup> Güney Afrika'daki süreç hakkında Bkz. Sak, G., Özçer, Ö. "Güney Afrika Anayasası: "Bir Ülkenin Ruhunu", *Anayasa Çalışma Metinleri 1*, Anayasa Platformu, <https://bit.ly/2LkkRvz>, E.t: 14 Ağustos 2019.

kullanılarak yurttaşlara danışılmıştır<sup>55</sup>. İzlanda da katılımcı bir anayasa yapımı sürecini başından sonuna kadar her aşamasında yurttaşlar ile birlikte yürütebilmiş olması ve bu amaçla bilişim teknolojilerini etkin biçimde kullanan yakın tarihli bir örnek oluşturması nedeni ile literatürde bu başlık altında en sık değinilen örneklerin başında gelmektedir.

Türkiye’de de aynı dönemde bir sivil anayasa yapımı çalışması içine girilmiştir. Yeni Anayasa Platformu, tüm ülkede toplantılar düzenleyerek yurttaşlardan yeni anayasaya dair beklenti ve taleplerini toplamış; bu toplantıların kayıtları deşifre edilerek ayrıca toplanan istatistik verilerle birlikte anayasa çalışma grubuna iletilmiştir. Anayasa çalışma grubu, toplumun farklı kesimlerinden farklı iş, meslek ve bilim dallarına mensup yaklaşık iki yüz kişinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur.

Yeni Anayasa Platformu ve anayasa çalışma grubu sivil alanda katılımcı çalışmalar sürdürürken milletvekili bulunan dört siyasi partinin eşit sayıda temsilcilerinden oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu ise parlamento çatısı altında çalışmıştır. Bu Komisyon; 2011 yılının Ekim ayında göreve başlamış ve anayasa çalışma grubunun raporlamalarının yanı sıra üniversiteler, meslek kuruluşları, sendikalar, üye veya seçmen sayılarına bakılmaksızın siyasi partiler gibi gruplardan da görüşler almıştır. Sayılan bu gruplardan bazılarının temsilcileri bu Komisyon için sunumlar düzenlemiştir.

Anayasa Uzlaşma Komisyonuna yapılan sunumlar ve ulaştırılan talepler kamuoyuyla yaygın olarak paylaşılmamış, dolayısıyla müzakerenin yayılması ve ilerlemesi için gerekli ortam tam anlamı ile sağlanamamıştır. Hatta kısıtlı da olsa web sitelerinden erişilmesi mümkün olan birtakım görüşler de kısa zaman içinde erişime kapatılmış ve buna gerekçe olarak “görüşleri sunan kurumların mahremiyeti, görüş sahiplerini tepkilerden koruma niyeti ile çatışma ve kamplaşmaya sebebiyet verilmemesi hassasiyeti” gösterilmiştir<sup>56</sup>.

Bir toplum sözleşmesi ortaya çıkarma hedefi ile başlatılan yeni anayasa çalışmaları kamusal müzakerenin yeterince yaygın ve açık

---

<sup>55</sup> Gluck, J., Ballou, B. (2014). “New Technologies in Constitution Making”, *United States Institute of Peace Special Report*, s. 2, 3.

<sup>56</sup> Kentel, F., Köker, L., Genç, Ö. (2012). *Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu, Ekim 2011 - Ocak 2012*, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), s. 11, <https://bit.ly/2ZqW0Ah>, (Erişim Tarihi: 21 Ağustos 2019).

olarak yürütülemediği bir sürecin ardından komisyonda da partili üyelerin yalnızca toplumdan gelen talepleri görüşmek yerine parti görüşlerine öncelik vermelerinden ötürü tıkanmış ve ürün verememiştir. Umulan neticeye ulaştırmayan bu girişimler, teknolojik olanakların demokratik katılımın gerçekleştirilebilmesi için fevkalâde birer araç olabileceklerini ancak buna karşın hukuk devleti, temel hak ve özgürlük güvenceleri ve erkler ayrılığı gibi temel güvencelerin yeterince yerleşik olmadığı toplumlarda her türlü engeli tek başına aşabilecek performansı sağlayamayacaklarını göstermektedir.

Devlet üretmiş bir toplumda geçerli en üst hukuki statü olan ve o toplumun kaderi hakkında verilen kararların da dayanağını ve olanağını oluşturan anayasanın yapımı ve anayasa yazımı, birbirinden farklı iki konudur. Anayasanın nasıl olacağı kararı, anayasa yapımını ilgilendirir ve ülkede yaşayan insanların tamamına aittir<sup>57</sup>. Siyasal iktidarı sınırlayan ve yurttaşlar ile ilişkisini düzenleyen bir çerçeve belge olan anayasa, mümkün olan en yüksek meşruluk düzeyine sahip olmalıdır ve dolayısıyla yapımında demokratik süreçlerin geliştirilmesi elzemdir<sup>58</sup>. Anayasa yazımı ise ülkede yaşayan insanlar yapılacak olan anayasa üzerine konuştuktan, tartıştıktan ve taleplerin oylanmasına katıldıktan sonra artık demokratik temsilcilerin üzerine düşen iştir<sup>59</sup>. Uzmanlıkları sayesinde hukukçular, halktan gelen beklenti ve talepleri hukuki olarak formüle edebilir fakat eğer anayasa bir toplumsal mutabakat metni olarak kabul edilecek ise neyin norm olup neyin olmayacağına karar verecek olan toplumun kendisi olmalıdır<sup>60</sup>.

Yapımı için çalışılan bir anayasanın kendisinden önce süregelen sistemin yerleşik kabul ve dengelerine bağlı kalmaya zorlandığı sürece yeni olma sıfatını, yurttaşlardan gelen talep ve beklentiler doğrultusunda şekillendirilmediği sürece ise toplum sözleşmesi olma niteliğini kazanması güç olacaktır. Yasa yapımı ve diğer işlevlerini yerine getirmesi için parlamentoya üye seçerken seçilenler, seçmen ile bir temsil ilişkisi içinde olabilir fakat konu anayasa yapımı olduğunda bu ilişkinin temsilden ziyade bir vekâlet ilişkisi olduğunu düşünmek mümkündür.

---

<sup>57</sup> Can, O. (2012). 19-33.

<sup>58</sup> Knight, J. (2001). "Institutionalizing Constitutional Interpretation", *Constitutional Culture and Democratic Rule* (Ed. John Ferejohn, Jack N. Rakove, Jonathan Riley), Cambridge: Cambridge University Press, s. 361.

<sup>59</sup> Can, O. (2012). 19-33.

<sup>60</sup> Can, O. (2010). *Anayasanın Özü/Felsefesi/Anayasanın Yapılış Yöntemi, Küyerel Panelleri 1* (Ed. Hüseyin Çakır), İstanbul: Küresel ve Yerel Düşünce Derneği, 2010.

Kişiler veya kurullar anayasa yapımı için yurttaşlar tarafından yetkilendirildiğinde, çalışmalarında kendi ideolojilerinden veya ait oldukları siyasi görüşün öncelikleri yerine bu vekâlet ilişkisi içinde asıl olan toplumun beklenti ve taleplerini gözetmelidir.

## II. YÜRÜTME ERKİNDE HÜKÛMET FONKSİYONUNUN DÖNÜŞÜMÜ

Yasama fonksiyonu bilişim teknolojilerinden çok seslilik, katılımcılık, doğrudan demokrasiye yaklaşan uygulamalar aracılığı ile faydalanarak güçlenmekte iken; yürütmenin de toplumsal hayatta ihtiyaç ve taleplerin çeşitliliği, hizmetlerin görülmesinde kendisinden beklenen sürat, toplumsal yaşamın cereyan ettiği mekân ve aktörlerdeki artış ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yeni ilişki ağlarının belirmesi, ulusal güvenliğe yönelebilecek tehditlerin daha komplike ve savuşturulması zor bir hâl alması gibi nedenlerden ötürü daha çok uzmanlaşmış, daha yetkin ve erkler dengesinin tanıdığı olanaklar dâhilinde daha güçlü olması gerekir.

Hükûmetler, 18. yüzyılın sonlarından bu yana parlamentoların bir adım gerisinde tutulmak istenmiş ve işlevleri parlamentonun ürettiği yasaları uygulamaktan ibaret kabul edilmek istenmiştir. *Yürütme* (executive) ismi ile anılmasının sebebi de kendisine dair bu *yürütücülük işi ile yetinme* beklentisinin bir neticesi olmuştur. Ne var ki yürütme, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sürekli ivme kazanarak büyümüş ve yeni işlevler üstlenmiştir. Bu erk artık başta teknoloji, enerji, sürdürülebilir kalkınma, çevre ve benzeri yeni problemler karşısında öngörülerde bulunma, yeni kararlar alma ve bu kararlar doğrultusunda atılımlar gerçekleştirerek ülke içinde etkinliğini ve uluslararası alandaki iddiasını geliştirmek durumundadır<sup>61</sup>.

Demokratik egemenliğin sağlanabilmesi için teknolojik olanaklardan daha gerekli olan şey, devlet organlarının eylem ve işlemlerinin meşruluğunun bazı soyut kavramlardan değil temel haklara gösterilen saygıdan ve adalet beklentilerine verilen yanıtta kaynaklı olmasıdır<sup>62</sup>. Bu da ancak demokrasi ile mümkün olabilir zira ancak demokratik yönetim halkın kendi yaşayışına dair alınacak kararlara onay vermesi ve sorumluluk zinciri içinde sorumluluğun yine halka dayandırılması

---

<sup>61</sup> Teziç, E. (2017). *Anayasa Hukuku*, 21. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 439-441.

<sup>62</sup> Can, O. (2012). 196.



olanağını tanıır<sup>63</sup>.

## **A. ELEKTRONİK DEVLET (e-DEVLET)**

E-devlet, toplum ile devlet arasında bir arayüz teşkil eder. Yurttaşlara web siteleri üzerinden bilgi ve hizmet sağlamayı amaçlar ancak işlevi bundan ibaret değildir.

3/9/2016 tarihli ve 29820 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinin 1(c) bendinde *e-Devlet hizmeti “hizmet süreçlerinin vatandaş odaklı olarak yeniden yapılandırılmasını da içerecek şekilde, kurumlar arası veri paylaşımı esasına dayalı olarak yürütülmesi için kurumlar tarafından, hızlı, güvenli, etkili, verimli, şeffaf ve hesap verebilir, temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek ve mahremiyet gözetilecek şekilde elektronik ortama aktarılan her br kamu hizmeti”* olarak tanımlanmaktadır.

E-devlet uygulamalarından; hükûmetlerin şeffaflığı ve hesap verirliliği, buna bağlı olarak yurttaşlarda hükûmete dair güven ve bağlılığın artması, demokrasinin daha etkin kılınması ve buna dair bilincin yurttaşlarda yükselmesi, sınırlı kamu kaynaklarının daha verimli kullanımının sağlanması gibi olumlu neticeler alınabilmektedir<sup>64</sup>.

E-devlet’in gelişimini de tıpkı ağın (*web*) gelişiminde<sup>65</sup> görüldüğü gibi üç nesilde ele almak mümkündür<sup>66</sup>. Dijital Devlet 1.0, *basit e-Devlet*

<sup>63</sup> Can, O. (2010). *Darbe Yargısının Sonu*, İstanbul: Timaş Yayınları, s. 54.

<sup>64</sup> CT Applications and Cybersecurity Division Policies and Strategies Department. (2008). *Electronic Government for Developing Countries*, International Telecommunication Union, s. 9-15.

<sup>65</sup> İçeriklerin hiper metin işaretleme dili ile oluşturulduğu, uygulamalar yerine henüz birer defter sayfasını andıran tablolar ile kullanılan, istemciler ve sunucular arasında var olan ve kullanıcıların içerikleri yalnızca okumakla yetindikleri bu durağan, çevirmeli ağın yani Web 1.0’ın yerini 2004 yılından itibaren Web 2.0 almıştır. Kullanıcılara doğru tek yönlü bilgi akışının onlardan da yanıt bulmaya başladığı yeni nesil ağ olan Web 2.0’da artık kullanıcılar edilgen konumlarını terk etmişlerdir. Yalnızca içerik okumakla yetinmek zorunda olmayan kullanıcılar, bu nesilde ağın tüketicileri olmaktan çıkıp onun en önemli geliştiricileri de olabilmışlerdir. Hiper metin veya genişletilebilir işaret dillerini bilmelerine gerek kalmaksızın ağda içerik üretebilmeye başlayan kullanıcılar artık şirketlerden ibaret değildir; geniş kitleler, hızla yükselen bir hızla bu ağda profilleri aracılığıyla var olabilmeye başlamış, ağı hem genişletmiş hem geliştirmişlerdir. Web 3.0 olarak da anılmakta olan daha yeni nesil ağ ise üzerinde öncesinde insanlar tarafından yapılmakta olan çok sayıda işlemi artık makinelere bırakarak insanlara daha kişiselleştirilmiş ve dolayısıyla daha verimli bir kullanım deneyimi sunmayı amaçlamaktadır. Verilerin bilgi akışlarından kişisel veya dizüstü kişisel bilgisayarlar ve mobil telefonlar gibi makineler tarafından toplanabildiği, işlenebildiği, yeniden üretilebildiği ve kullanılabilirdiği yani ağın artık insanların yanı sıra makineler tarafından da okunabildiği bu ağın kontrolü yazılımlardadır.

<sup>66</sup> Chenok, D., Cooney, H., Kamensky, J., Keegan, M. ve Piechowski, D. (2017). *Seven Drivers*

safhasıdır. Bu safhada idarenin kâğıt üzerindeki bilgi ve belgeleri siber ortama taşınmıştır ancak gerçek ve tüzel kişilere verilen hizmette reform mahiyetinde bir değişiklik söz konusu değildir. Bu basit yenilik, siciller ve benzeri devlet kayıtlarının dijital ortama aktarılmasından ibaret sayılabilir. Dijital Devlet 2.0 ise daha ileri *e-Devlet* safhasıdır. Burada idare artık yalnızca kayıt tutma işinde değil yurttaşlar ile arasındaki eylem ve işlem bağlarında da dijital araçlara başvurmaktadır. Gerçek ve tüzel kişiler bu safhada artık taleplerini idareye dijital ortamda iletmekte, yalnızca bilgiyi değil hizmeti de bu yolla alabilmekte ve hatta vergi, harç vb. ödemelerini de dijital ortamda gerçekleştirebilmektedir. İdare, yurttaşlar ile arasındaki bu siber ortamı oluşturabilmek için dijital uygulamalar da oluşturmakta; bu hizmetleri yurttaşla ulaştırabilmek için gerekli insan kaynakları yetiştirmekte ve istihdam etmekte ve bu yeniliklerin finansmanını sağlamaktadır. Nihayet Dijital Devlet 3.0'da, devlete ait bilgi ve belgelerin siber ortama taşınması işi önceki safhalarda tamamlandığından; bir yandan daha önce verilmekte olan kamu hizmetleri siber ortamda da verilirken diğer yandan yeni politik programların ortaya konulmasında ve üretilmesinde mobil uygulamalar ve bulut teknolojisine dayalı açık ağlar kullanılarak kamu hizmetinden faydalananlar ve iş alanlarındaki aktörlerin de katılımı sağlanmaktadır. Türkiye'de e-devlet henüz 3.0 aşamasına geçememiş yani tıpkı e-Parlamento konusunda olduğu gibi yurttaş katılımı anlamında e-yönetişime hizmet eden bir karaktere kavuşmamıştır. Anılan Yönetmelik'in "İlkeler" başlıklı 5. maddesi, Türkiye'de e-devlet hizmetlerinin hedefleri arasında kamusal kararların alınmasında yurttaş katılımını teşvik etmek anlamına gelebilecek herhangi bir ifadeye yer vermemektedir. Buna karşılık 2016 yılında yayımlanan ulusal strateji ve eylem planında e-devlet hizmetlerinin katılımcı yaklaşımlarla şekillendirilmesi, e-devlet ile toplumun yaşam kalitesini artırmak için belirlenen hedefler arasında yer almıştır<sup>67</sup>. Ne var ki 2019 yılının ikinci yarısında e-devlet hizmetlerinin herhangi bir kamusal kararın yönetilenlerin katılımı ile alınabilmesine dair bir dijital olanak yarattığına tanık olunamamıştır.

E-devletin Türkiye'de verdiği hizmetin ana fikri; daha önce devlet

---

*Transforming Government*, IBM Center for Business of Government, s. 38.

<sup>67</sup> Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, *2016-2019 Ulusal e-Devlet Stratejisi ve Eylem Planı*, Kalkınma Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2016, s. 12, s. 55-56.

daiirelerinden alınan bilgi ve belge edinme hizmetinin geniş çaplı bir otomasyon çalışması neticesinde artık kamu kaynaklarını ve iş gücünü daha az meşgul ederek, daha kısa sürede ve mekândan bağımsız olarak elde edilebilmesidir. Sistem otomasyon konusunda başarılı addedilebilirse de inovatif bir değişimden; şeffaflık, hesap verirlilik ya da yurttaş katılımı yönünden doğurduğu bir yenilikten söz etmek mümkün görünmemektedir.

## **B. KİTLE KAYNAKLI ÇALIŞMA (CROWDSOURCING)**

Bir sorunun nasıl çözülebileceği veya bir işin nasıl yapılması gerektiği sorununu çevrim içi yöntemler kullanılarak tartışabilmek için o işle görevli organizasyonun dışında kalan insanları da kapsayacak bir açık çağrıda bulunulması kitle kaynaklı çalışma (*crowdsourcing*) olarak adlandırılır<sup>68</sup>. Bu çağrılar ile kitlelerden sahip oldukları bilgi, beceri ve yetenekler ile kamu hizmetlerine yönelik çalışmaları düşünsel veya fiziksel katkıları ile zenginleştirmeleri beklenmektedir.

Crowdsourcing yolu ile katılımın öne çıkan getirisi ilk bakışta siyasal kararlara daha büyük meşruluk kazandırması gibi görünse de en az bu kadar önemli bir katkısı; eksik veya yetersiz kaldıkları sorunlar karşısında halkın bilgisine, teknik yeterliliğine ve sağduyusuna başvurabilme olanağını yöneticilere tanıyordur.

Kamu hizmetlerini yürüten kişi veya kurumlar, kitle kaynaklı çalışma (*crowdsourcing*) yöntemlerini kalıcı hâle getirebilir ve katılım araçları aracılığı ile halktan bu anlamda bir desteğe her zaman başvurabilirler. Halkın ise bu başvuruya yanıtı (veya kendisine başvurulmaksızın beklenti ve taleplerini yöneticilere iletmesi), iş birlikçi demokrasi (*collaborative democracy*) anlayışı içinde mümkün olabilmektedir. Yani iyi bir demokratik sistemin yurttaş katılımını desteklemek ve müzakereyi geniş olanaklar içinde mümkün kılmak kadar müzakere neticesindeki katılımın iş birlikçi bir yol izlenerek ortaya konulabilmesine de izin vermesi gerekir<sup>69</sup>.

İş birlikçi demokrasi modeli tekliflerin, değerlendirmelerin, oylamaların ve izlemelerin tüm yurttaşlara açık olduğu bir modeldir. İş birlikçi demokrasi, oylamaların akışkan (esnek) demokrasi yöntemleri

---

<sup>68</sup> Brabham, D.C. (2013). *Crowdsourcing*, Massachusetts: The MIT Press, s. 2.

<sup>69</sup> Noveck, B. (2016). "Smart Citizens, Smarter State": Talks at Google", London.

ile yapılabildiği bir karar alma mekanizması da öngörür. Akışkan demokrasi, doğrudan demokrasinin doğrudanlık avantajı ile temsilin pratik yararlarını seçimlik olarak bir araya getirmiş ve yurttaşa esnek hareket olanağı tanıyan yeni bir model ortaya çıkarmıştır<sup>70</sup>. Bu modelde yurttaş dilerse halkoyuna açık olan tüm politik kararların alınmasında doğrudan oy kullanabilir; dilerse bir *vekil temsilciyi* (*proxy representative*) bir konuda, bir temsilciyi birçok konuda, birden fazla temsilciyi birçok konuda ya da belirli kişilere belirli başlıklardaki belirli konularda kendi adına oy kullanması için vekil tayin edebilir; dilerse vekil tayin ettiği temsilcisine bu yetkiyi herhangi bir başkasına delege edebilme olanağı tanıyabilir veya temsil yetkisini verdiği kimseden dilediği zaman geri alabilir<sup>71</sup>. Günümüz teknolojileri bu esnekliği mümkün kılacak yeterliliktedir.

Surowiecki, uzmanlık gerektirdiğinin düşünülebileceği birçok konuda rastgele kalabalıkların verdikleri yanıtların ortalaması alındığında doğru yanıtı uzmanlardan çok daha fazla yaklaşıldığını örneklerle açıklamaya çalışmaktadır. Ona göre kitleler, doğru koşullar altında bilgece davranabilmektedir<sup>72</sup>. Burada *doğru* olarak ifade edilen koşulların toplumun manipüle edilememesi, çoğulcu ve toplumsal bir siyasal işleyişin varlığı, basın özgürlüğü, sivil toplum, devletin ilkesel tarafsızlığı, seçilenlerin katı bir parti hiyerarşisinin yokluğunda tabanda belirlenmesi vb. olduğu düşünülebilir. Bir bilgi alma ve müzakere ortamı olarak ağı bu bakımdan katkısının bulunması mümkündür. Yazara göre herhangi bir insan topluluğuna bir konuda danışıldığında isabetli yanıtların alınabilmesi; topluluktaki görüşlerin çeşitliliğine, bireylerin görüşlerini oluşturmada ve açıklamada diğerlerinden bağımsız olabilmesine, merkezîyetçiliğin yokluğuna ve görüşleri topluluğun görüşü hâline getirebilecek, toplayıcı bir mekanizmanın varlığına bağlıdır. Topluluk ne kadar çok bireyden oluşuyorsa ortaya çıkacak kararların isabet oranı da o kadar yüksek olacaktır. Bu koşulların tam tersinin gerçekleşmesi yani toplulukta bulunan bireylerin görüşlerinin birbirinin aynı olması,

---

<sup>70</sup> Blum, C. (2015). "Liquid Democracy: Potentials, Problems and Perspectives", *The Journal of Political Philosophy*, C. 24, S. 2, s. 162-182.

<sup>71</sup> Petrik, K. (2009). "Participation and e-Democracy: How to Utilize Web 2.0 for Policy Decision-Making", *Proceedings of the 10th Annual International Conference on Digital Government Research: Social Networks: Making Connections between Citizens, Data and Government* içinde (Ed. Soon Ae Chun, Rodrigo Sandoval, Priscilla Regan), Mexico: Digital Government Society of North America, s. 24.

<sup>72</sup> Surowiecki, J. (2004). *Wisdom of Crowds*, New York: Anchor Books, s. 10.

bireylerin birbirinden sağlıklı biçimde etkilenmesi, merkezîyetçilik ve fikirlerin bir araya gelememesi durumunda ise kolektif zekâ doğru ürünler ortaya koyamaz duruma gelecektir. Kitlenin karar alabilme yeterliğini sorgulamak yerine bireylerin her birinin yurttaş olarak kendi yaşayış ve tecrübesinden edindiği bilgiye saygı duymak, birtakım bireylerin elinden yönetime katılma hakkını almak veya birtakım diğer bireylere daha çok söz hakkı vermek yerine mevcut söz hakkının en özgürlükçü ve demokratik koşullarda kullanılabilmesini sağlamak yerinde görünmektedir.

Yönetimde halka danışılması fikri hayli eskidir<sup>73</sup> ve bu yolda teknolojinin kullanılmasının da çok yeni bir uygulama olduğu iddia edilemez. Örneğin 1999 yılında Birleşik Krallık Hükûmetinin politika oluşturmada vatandaşlardan daha çok katılım ve fikir beklentisi içinde olduğunu açıklamasından on yıl sonra, Avam Kamarası bünyesinde çalışan Bilim ve Teknoloji Komitesi, Evidence Check programını uygulamaya geçirmiştir. Oldukça basit bir web sitesi üzerinden yürütülen bu uygulama; politika üretilecek çeşitli alanlarda kendilerine dayanak oluşturabilecek uzmanlık verilerini bir araya getirebilmeyi, siyasi figürler haricinde de gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve veri toplamayı, bu elde edilenler ile yeni politikaları için yön çizebilmeyi amaçlamaktadır.

## **C. DİJİTAL (AKILLI) HÜKÛMETLER**

Dijital hükûmet; dijital teknolojilerin hükûmetin yenilikçi stratejilerinin bir parçası hâline getirildiği, hükûmetin kendisini oluşturan birimlerin yanı sıra sivil toplum örgütleri, iş çevreleri, çeşitli organizasyonlar, yurttaş grupları ve tek tek bireyler ile veri paylaşımında olduğu, tüm sistemin hükûmet ile etkileşim içinde olduğu bir ekosisteme dayanır<sup>74</sup>. Kamu hizmetlerinin ne şekilde görüldüğünün gözetimi, herhangi bir konuda halktan geri dönüşlerin rahatça elde edilebilmesi ya da hizmetlerin yurttaşlara ulaştırılabilmesi amacıyla büyük veriden faydalanılabilir<sup>75</sup>.

---

73 Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde 1946 yılında yürürlüğe giren The Administrative Procedure Act, tüm yurttaşların taslaklar üzerine yorumda bulunabilme hakkını öngörmektedir fakat burada da katılım, kolektif olarak bir metnin oluşturulması değil hazır bir metin üzerine yurttaşların fikirlerini beyan edebilmesi düzeyindedir.

74 OECD Public Governance and Territorial Development Directorate. (2014). *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*: OECD Council, s. 6.

75 Maciejewski, M. (2017). "To Do More, Better, Faster and More Cheaply: Using Big Data in Public Administration", *International Review of Administration Sciences*, C. 83, S. 1, s. 120-135.

Hükûmetler artık faaliyetlerini yürütürken ihtiyaçları zamanında ve doğru biçimde tespit ederek sorunların üstesinden optimum emek, zaman ve masraf ile gelebilmenin; harcamalarından en yüksek verimi alabilmenin; geleceğe yönelik öngörülerde bulunabilmenin ve bu öngörülere dayanarak atımlar gerçekleştirebilmenin çözümünü büyük veri, yapay zekâ, bulut gibi teknolojilerde aramaktadır. Bu yöntemleri kullanan hükûmetler “akıllı hükûmet” olarak da anılmaktadır. Akıllı hükûmetler; yalnızca geleneksel yöntemleri kullanmayı sürdüren hükûmetlere kıyasla daha az kaynak kullanarak daha iyi hizmet verebilmekte, hizmet ettikleri toplumu çok daha iyi tanıyarak beklenti ve ihtiyaçlarını daha doğru tespit edebilmekte, kamu hizmetinin görülmesinde daha az insan gücünden daha yüksek verimi alabilmekte ve birimleri arasındaki iş bölümünü de iş birliğini de daha iyi yönetebilmektedir. Bu ise yurttaşlar üzerindeki vergi yükünü azaltarak onlara sağlanacak hizmetin kalitesini artırmaktadır. Şeffaflığı ilke olarak benimseyen bir akıllı hükûmet, yurttaşın üzerindeki vergi yükünü tutar olarak azaltmanın yanı sıra bu vergilerin nasıl değerlendirildiğini net biçimde ortaya koyarak hem bütçenin yurttaşlar tarafından benimsenmesini kolaylaştırabilir hem de vergi süreçlerini mükellefler için çok daha rahat takip edilebilir kılabılır.

Veri elde etmekte bu olanaklardan faydalanan hükûmetler, karar alırken de bu amaçla üretilen algoritmalara başvurabilmektedir. Algoritmaların sağladığı sonuçlara dayanarak alınan kararlar hükûmetin fonksiyonlarını yerine getirme biçimini politik çalkantılara daha az duyarlı ve uzun vadede çok daha tutarlı hâle getirme potansiyelini taşır. Hizmetlerinin organizasyon, uygulama ve değerlendirme safhalarında bilimsel yöntemlerden faydalanan alınan rasyonel kararları uygulayan bir hükûmetin hesap verirliliği de yurttaşlar nezdinde daha ikna edici olabilecektir. Nitekim eylem ve işlemlerin gerekçelerinin ve neticelerinin yapay zekâ tarafından net biçimde ortaya konması ile yürütmede keyfîlik, yolsuzluk, israf, kayırmacılık gibi yozlaşma emarelerinin daha net teşhis edileceği ve daha etkin yaptırımlarla karşılaşacağı da akıllı hükûmet araçlarının kullanımından umulabilecek önemli bir getiridir.

Akıllı teknolojilerden faydalanmak ayrıca siyasal iktidarın merkezde aşırı yoğunlaşmasının önüne geçmekte yardımcı olmaktadır. Bu teknolojilerle örülen ağ sayesinde taşrada anayasalarda öngörülen esasların olanak tanıdığı ölçüde siyasi, idari, malî veya ekonomik

anlamda yerelleşme olanağı yaratılabilir. Karar yetkisi yerele geçirilemeyen alanlarda dahi merkezde karar verilirken yerelin verilerine odaklanılabilir ve hizmetin ülkenin farklı bölgelerine ayrımcılık gözetilerek götürülmesinin önüne geçilebilir.

Hükûmetler, çeşitli birimlerinde dijital gelişimi ayrı ayrı destekleyip yeni teknolojileri işleyişlerine entegre etmek üzere çalıştıkları gibi bu çalışmalara yön gösterici olması amacıyla ayrı birimler de tesis etmektedirler. Bu amaçla örneğin Fransa'da Dijital Sektör Bakanlığı, Katalonya'da Dijital Politika ve Kamu Yönetimi Bakanlığı, Almanya'da Ulaşım ve Dijital Altyapı Bakanlığı, Rusya'da Dijital Gelişim İletişim ve Kitleli Medya Bakanlığı, Taylan'da Dijital Ekonomi ve Toplum Bakanlığı, Hindistan'da Dijital Altyapı ve Bilişim Teknolojileri Bakanlığı ve birçok farklı ülkede farklı birimler faaliyet göstermektedir.

Doğru biçimde idrak edilen yapay zekânın<sup>76</sup> yerel yönetimler ve diğer kamu idareleri tarafından kullanımı teknolojinin toplumu ilgilendiren kararların daha akılcı, verimli ve hakkaniyetli biçimde alınmasına olanak tanır. Kamu hizmetlerinin görülmesinde öğrenme, veri analizi yapabilme ve karar alabilme kapasitesine sahip makinelerin önü bu yöndeki hukuki düzenlemeler ile açılabilir. Çok basit bir ilke ortaya koymakla birlikte bu anlamda bir yasa hükmünün 1998 yılında İngiltere'de yürürlüğe girmiş olması -bu ülkenin dijital gelişmelerin devlet yapılanması üzerinde ortaya çıkartacağı etkileri ne kadar yakından izlediği düşünüldüğünde- şaşırtıcı değildir. İngiltere'de 1998 tarihli Sosyal Güvenlik Yasası, "bilgisayar kullanımı" başlığı taşıyan hükmü, bilgisayarları yalnızca birer ofis aygıtı olmaktan çıkararak onların birer karar verici konumunda da değerlendirilebileceğini öngörmüştür<sup>77</sup>.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bu çalışmada, bilişim teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte global

<sup>76</sup> "Yapay zekâ" (*artificial intelligence, AI*) kendisine görsel/yazılı/sözlü olarak sunulan veriyi tanıyabilme, diller arası çeviri yapabilme ve hatta kendiliğinden karar alabilme gibi işler için insan zekâsını taklit eden bilgisayar sistemlerine verilen genel addır. Bu sistemlerin insan eylem ve işlemlerini kopyalayabilmek ve geliştirebilmek için çevrelerini insan beyninin sinir ağı aracılığı ile algıladığına benzer biçimde algılamalarını, aldığı sinyalleri yorumlayabilmelerini ve bunlar ile yeni bilgiler ve reaksiyonlar üretebilmelerini destekleyecek kapasitede çekişmeli üretici ağlar, derin öğrenmeyi sağlayan yapay sinir ağları gibi dijital teknolojiler ile desteklenmeleri gerekir.

<sup>77</sup> Le Sueur, A. (2016). "Robot Government: Automated Decision-making and its Implications for Parliament", *Parliament: Legislation and Accountability* içinde (Ed. Alexander Horne ve Andrew Le Sueur), Oxford: Hart Publishing, s. 6.

ölçekte ortaya çıkan örgütsüz, lidersiz ve doğal sürecin bir ürünü olan anayasal dönüşüm irdelenmeye gayret edilmiştir. Bu değişim gerek yurttaşlar gerekse anayasal fonksiyonları yerine getiren yasama ve yürütme erkleri bakımından incelenmiş, sürecin beraberinde getirdiği yapısal ve fonksiyonel dönüşüm ile merkezinde yurttaşların yer aldığı yeni bir denge ve denetim ekosistemi tespit edilmeye gayret edilmiştir.

Bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin anayasal fonksiyonların gerçekleşme biçimini iki şekilde değiştirdiği görülmüştür. Bunlardan ilki, bu teknolojilerin haberleşmeye ve oy kullanma yöntemlerine kazandırdığı yaygınlık ve yüksek hız ile yurttaş katılımında yeni olanaklar yaratmasıdır. Değişimi ortaya çıkartan ikinci etki ise yeni teknolojilerin bizzat kendilerinin karar mekanizmaları olarak kullanılmaya başlamasıdır.

Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, yürütme erkinin 20. yüzyılın ikinci yarısından bu yana içinde bulunduğu güçlenme eğilimini bu kez farklı bir yönde desteklemektedir. Burada kastedilen güçlenme, hükûmetin yönetme faaliyetinde kısıtlılıklarının azalması, olanaklarının ise yeni teknolojiler sayesinde artmasıdır; parlamento karşısında üstünlük elde ederek siyasal gücü tamamen kendisinde toplama eğilimi değildir. Gereken düzenlemelere hukuk sisteminde yer verildiği sürece bilişim teknolojileri hükûmet için şeffaflık ve hesap verirlilik, yurttaşlar için katılım ve denetleme olgularını teşvik etmesinin önünde engel bulunmamaktadır.

Bahsedilen gelişmelerin doğrudan demokrasileri yeniden ortaya çıkarmak üzere olduğuna dair düşünceler, günümüzde az sayıda köşe yazarı ve bilim kurgu hikâyecisi tarafından ileri sürülmekte ise de akademik yazın bu öngörüye hayli mesafeli durmaktadır. Bu noktada üzerinde düşünülmesi gereken belki en önemli husus, özellikle demokrasi geleneğinin daha az yerleşik olduğu toplumlarda anayasal organların yetkilerini yönetilenlerle paylaşmayı kabullenme hızının teknolojinin gelişme hızına kıyasla çok gerilerde olduğudur. Teknoloji, bu amaca hizmet etmek için sonu belirsiz bir çizgide ilerlemeye müsait olsa da bu olanaklardan yararlanılabilecek ortamların öncelikle iktidarı elinde bulunduranlar tarafından oluşturulması gerekir. Yöneticilerin böyle bir yola kendiliğinden gitmesi güç olduğundan bu ortama temel teşkil edecek anayasal mekanizmaların hukuk sistemlerine



eklemlenebilmesi için gerekli irade yönetilenler tarafından demokratik yollarla ortaya konulmalı ve anayasal sisteme benimsetilmelidir. Katılımcı anayasa yapımı, bu yöndeki iradenin hukuk sisteminin en üstünde yer alan normlara entegre edilebilmesi bakımından bir fırsattır. Artan katılım ve hatta yönetici görevlerini bizzat üstlenme iradesi toplumlarda belirginleştikten sonra geçmiş yüzyılların anayasal kurum ve kavramlarını aynıyla muhafaza etme ısrarı veya uyum sağlamanın ötelenmesi tavrı uzun ömürlü olma şansına sahip görünmemektedir.

Daha kısa vadede ise yurttaşları kamusal karar alma ve uygulama mekanizmalarının merkezine yerleştirecek, katı merkeziyetçi iktidar yapılanmasını yerel yönetimler lehine seyreltecek, halkı erkler arasındaki denge ve denetim mekanizmalarının bir parçası hâline getirecek mekanizmaların anayasal sistemlere entegre edilmesi ihtiyacı elzem görünmektedir.

## KAYNAKÇA

### *Kitaplar*

BALKIR, Gönül (2009). “Müzakereci Demokrasinin Yaygınlaştırılması: Müzakereci Demokrasi Pratiği Olarak STK’lar”, *İstanbul Aydın Üniversitesi 1. Uluslararası Müzakereci Demokrasi Sempozyumu Bildiri Kitabı* içinde, İstanbul: Türkiye Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi.

BENHABIB, Seyla (1999). “Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru”, *Demokrasi ve Farklılık - Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması* içinde (Ed. Seyla Benhabib), İstanbul: Demokrasi Kitaplığı.

BEST, Stephen. ve KELLNER, D. (1997). *The Postmodern Turn*, New York: The Guilford Press.

BOYD, Danah (2011). “Social Network Sites as Networked Publics: Affordances, Dynamics, and Implications.”, *Networked Self: Identity, Community, and Culture on Social Network Sites* içinde (Ed. Zizi Papacharissi), New York: Routledge.

BRABHAM, Daren C. (2013). *Crowdsourcing*, Massachusetts: The MIT Press.

CAN, Osman (2010). *Darbe Yargısının Sonu*, İstanbul: Timaş Yayınları.

CAN, Osman (2012). *Yol Ayrımında*, İstanbul: Timaş Yayınları.

ERDOĞAN, Mustafa (2015). *Anayasal Demokrasi*, 12. Basım, Ankara: Siyasal Kitabevi.

FREY, Fredrick W. (1965). *The Turkish Political Elite*, Cambridge: The MIT Press, 1965.

GERBAUDO, Paolo (2019). “The Platform Party: The Transformation of Political Organisation in the Era of Big Data”, *Digital Object, Digital Subjects* içinde (Ed. David Chandler ve Christian Fuchs), London: University of Westminster Press.

GÜNGÖR Süleyman (2012). “Bilgi Toplumu ve E-Dönüşüm Sürecinin Demokrasi Üzerine Dönüştürücü Etkisinin Analizi” (Yayınlanmamış İdari Uzmanlık Tezi), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.

HABERMAS, Jürgen (2017). *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, 14. Basım, İstanbul: İletişim Yayınları.

HABERMAS, Jürgen (2015). *Öteki Olmak, Ötekiyle Yaşamak*, Çev. Aka, İ. İstanbul: Siyaset Kuramı Yayınları.

HEYER, Paul (2006). *Harold Innis*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.

HEYWOOD, Andrew (2007). *Politics*, 3rd Edition, London: Palgrave.

KNIGHT, Jack (2001). "Institutionalizing Constitutional Interpretation", *Constitutional Culture and Democratic Rule* (Ed. John Ferejohn, Jack N. Rakove, Jonathan Riley), Cambridge: Cambridge University Press.

LE SUEUR, Andrew (2016). "Robot Government: Automated Decision-making and its Implications for Parliament", *Parliament: Legislation and Accountability* içinde (Ed. Alexander Horne ve Andrew Le Sueur), Oxford: Hart Publishing.

PETRIK, Klaus (2009) "Participation and e-Democracy: How to Utilize Web 2.0 for Policy Decision-Making", *Proceedings of the 10th Annual International Conference on Digital Government Research: Social Networks: Making Connections between Citizens, Data and Government* içinde (Ed. Soon Ae Chun, Rodrigo Sandoval, Priscilla Regan), Mexico: Digital Government Society of North America.

STANLEY, J. Woody, WEARE, Christopher, MUSSO, Juliet. (2004). "Participation, Deliberative Democracy and the Internet: Lessons from a National Forum on Commercial Vehicle Safety", *Democracy Online: The Prospects for Political Renewal Through the Internet* içinde (Ed. Peter. M. Shane), New York: Routledge.

SUROWIECKI, James. (2004). *Wisdom of Crowds*, New York: Anchor Books.

ŞİRİN, Tolga. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

TEZİÇ, Eerdoğan. (2017). *Anayasa Hukuku*, 21. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi.

VEDEL, Thierry (2005). "Political Communication in the Age of the Internet", *Political Communication in a New Era: A Cross-national Perspective* içinde (Ed. Gadi Wolfsted ve Philippe J. Maarek), New York: Routledge.

YAYLA, Atilla (2015). *Siyaset Bilimi*, Ankara: Adres Yayınları.

YOKUŞ, Sevtap (2019). "Siyasal İktidarın Toplumsal Muhalefet ile Dengelenmesi", *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan* içinde (Ed. Abuzer Kendigelen ve Saadet Yüksel), İstanbul: On İki Levha Yayınları.

### ***Süreli Yayınlar***

ATZORI, Marcella (2017). "Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?", *Journal of Governance and Regulation*, C. 6, S 1, s. 45-62.

- BLUM, Christian (2015). "Liquid Democracy: Potentials, Problems and Perspectives", *The Journal of Political Philosophy*, C. 24, S 2, s. 162-182.
- BUCY, Erik P., ve GREGSON, Kimberly S. (2001). "Media Participation: A Legitimizing Mechanism of Mass Democracy", *New Media & Society*, C. 3, S 3, s. 357-380.
- CAN, O. (2013). "Başkanlık Sistemi Üzerine Birkaç Not", *Yeni Türkiye (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı)*, C. 9, S 51, s. 175-181.
- DAHL, Robert A. (2005). "What Political Institutions Does Large-Scale Democracy Require", *Political Science Quarterly*, C. 120, S 2, s. 187-197.
- GANLEY, Gladys D. (1991) "Power to the People via Personal Electronic Media", *The Washington Quarterly*, C. 14, S 2, s. 5-22.
- GEIGER, Christian Philipp, VON LUCKE, J. (2012). "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", *Journal of Democracy and Open Government*, C. 4, S 2, s. 265-278.
- GÖKŞEN, Yılmaz, DOĞAN, Onur. (2011). "Yazılım Desteği ile Kantitatif Karar Verme: Siyasal Partilerde Örnek Bir Uygulama", *Trakya Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, C. 12, S 2, s. 84-100.
- GRIFFITH, Jeffrey, LESTON-BANDEIRA, Cristina (2012). "How Are Parliaments Using New Media to Engage With Citizens?", *The Journal of Legislative Studies*, C. 18, S 3-4, s. 91-92.
- LIOY, Alberto, ESTEVE DEL VALLE, Marc ve GOTTLIEB, J. (2019). "Platform Politics: Party Organisation in the Political Age", *Information Polity*, s. 1-18.
- LUNT, Peter, LIVINGSTONE, Sonia (2013). "Media Studies' Fascination with the Concept of the Public Sphere: Critical Reflections and Emerging Debates", *Media Culture & Society*, C.. 35, S 1, s. 87-96.
- MACIEJEWSKI, Mariusz (2017). "To Do More, Better, Faster and More Cheaply: Using Big Data in Public Administration", *International Review of Administration Sciences*, C. 83, S 1, s. 120-135.
- MERİÇ, Övünç (2017). "Çevrimiçi Siyasal Literatür Üzerine Bir Literatür Değerlendirmesi", *Selçuk İletişim*, C. 9, S 4, s. 25-39.
- YILMAZ, Didem. (2016). "Müzakere İşlevi Açısından Yasama Organı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 5, S 9, s. 55-85.
- ZENGİN, Mehmet Ali (2013). "Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı Ve Dijital Demokrasiye Geçiş", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S 4, s. 271-304.

**Karar, Rapor ve Tebliğler**

BRASSEUR, Anne (2014). *Internet and Politics: The Impact of New Information and Communication Technology on Democracy*, Report Doc. 13386, Strasbourg: Council of Europe Committee on Culture, Science, Education and Media.

CAN, Osman (2010). *Anayasanın Özü/Felsefesi/Anayasanın Yapılış Yöntemi, Küyerel Panelleri 1* (Ed. Hüseyin Çakır), İstanbul: Küresel ve Yerel Düşünce Derneği.

CHENOK, Dan, COONEY, Haynes, KAMENSKY, John, KEEGAN, Michael ve PIECHOWSKI, Darcie (2017). *Seven Drivers Transforming Government*, IBM Center for Business of Government.

Council of Europe Governance Committee, CG35(2018)14final, *Transparency and Open Government*, 2018, s. 7, <https://bit.ly/32f09Ef> , E.t: 24 Temmuz 2019.

CT Applications and Cybersecurity Division Policies and Strategies Department. (2008). *Electronic Government for Developing Countries*, International Telecommunication Union.

GALSTER, Andreas (2018). *Transparency and Open Government*, Report CG35(2018)14, 35th Session.

GLUCK, Jason, BALLOU, Brendan (2014). "New Technologies in Constitution Making", *United States Institute of Peace Special Report*.

GÜNGÖR, Süleyman "Bilgi Toplumu ve E-Dönüşüm Sürecinin Demokrasi Üzerine Dönüştürücü Etkisinin Analizi", *Yayınlanmamış İdari Uzmanlık Tezi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu*, 2012.

House of Lords Constitution Committee (2004). *The Fourteenth Report (On Parliament and the Legislative Process*, London.

International Association for Public Participation (2017). *Core Values of Public Participation*, <https://bit.ly/2GKI1eb> , E.t: 25 Temmuz 2019.

Inter-Parliamentary Union (2018). *World e-Parliament Report 2018*, Geneva.

KENTEL, Ferhat, / KÖKER, Levent, / GENÇ, Özge (2012). *Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu, Ekim 2011 - Ocak 2012*, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı.

NDI Türkiye, (2008). *Karar Alma Sürecine Yurttaş Katılımı ve Sivil Diyalog*.

NOVECK, B. (2016). "Smart Citizens, Smarter State": *Talks at Google*, London.

- OECD Public Governance and Territorial Development Directorate. (2014). *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*: OECD Council.
- ROSENZWEIGOVA, Ivana, SKORIC, Vanja (2016) *Civil Participation in Decision-Making Processes: An Overview of Standards and Practices in Council of Europe Member States*, Strasbourg: European Center for Not-for-profit Law.
- SAATI, Abrak (2015). *Public Participation in Constitution Building; An effective Strategy for Enhancing Democracy?*, Stockholm: Elanders Sverige AB.
- SAK, Güven, ÖZÇER, Özgün "Güney Afrika Anayasası: "Bir Ülkenin Ruhunu", *Anayasa Çalışma Metinleri 1*, Anayasa Platformu, <https://bit.ly/2LkkRvz> , E.t: 14 Ağustos 2019.
- SEZER, Abdullah (2010). ""Yeni" Anayasa, "Yeni" Meclis, "Yeni" Yöntem", *Anayasa Kurultayı*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, *2016-2019 Ulusal e-Devlet Stratejisi ve Eylem Planı*, Kalkınma Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2016.
- WATSON, Anthony, CORDONNIER, Vincent (2002). "Voting in the New Millenium: eVoting Holds the Promise to Expand Citizen Choice", *Electronic Government: First International Conference*, Aix-en-Provence.
- Yasama Meclisleri ve Yürütmenin Gözetim ve Denetimi Üzerine Sigma Raporu* (2016), Ankara: TBMM Basımevi.





## BİRLEŞİK KRALLIK ANAYASASI'NDA YÜRÜTMENİN PROROGASYON İMTİYAZI VE YÜKSEK MAHKEMENİN 24 EYLÜL 2019 TARİHLİ CHERRY/MILLER KARARI

*The Prerogative of Prorogation in the British Constitution and the  
Cherry/Miller Case, Dated  
24 September 2019, of the Supreme Court*

**Dr. Öğr. Gör. Harun MURATOĞULLARI\***

### ÖZET

24 Eylül 2019'da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi *Cherry/Miller* kararında Başbakan Boris Johnson'ın Kraliçe'ye sunduğu Parlamento çalışmalarının 11 Eylül-14 Ekim 2019 arasında durdurulması tavsiyesini ve ilgili Konsey kararını hukuka aykırı bulmuş ve hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Bu dava ile yürütmenin *prorogasyon* yetkisi, Birleşik Krallık anayasa tarihinde ilk kez yargısal uyuşmazlığa konu olmuştur. Yargıçların vereceği karar, gerek diğer Kraliyet imtiyazlarının yargısal rejiminin gelişim seyri gerekse Brexit sürecinde değer kaybı yaşayan Parlamantonun anayasal fonksiyonlarının yeniden hatırlanması için hususi bir önemi haizdi. Bu makalede, Birleşik Krallık Anayasası'ndaki *prorogasyon* kurumunun normsal sınıflandırması, mahiyeti, etkileri, bağlı olduğu yürütme yetkisi, kanunlarla ilişkisi ve yargısal rejimi ele alınacaktır. Ardından Yüksek Mahkemenin makalenin diğer odak noktasını teşkil eden *Cherry/Miller* kararı incelenecektir. Bu kararı ülke anayasal tarihi bakımından fevkalade kılacak nokta, yürütmenin *prorogasyon* yetkisinin sınırları tartışılırken sadece kanunların değil Parlamantonun egemenliği ve yürütmenin Parlamentaoya hesap verme sorumluluğu ilkelerinin de ölçüt norm olarak ele alınmasıdır. Bugüne kadar biliyorduk ki özellikle *common law* geleneğinde Parlamento ile Hükûmet arasındaki güç denge mekanizması ve yürütmenin yasamaya karşı olan sorumluluğu siyasi

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, harunmuratogullari@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5416-1921



alanı ilgilendirir. Kanaatimizce bu karar Parlamentonun egemenliği ve yürütmenin sorumluluğunu basit birer anayasal teamül meselesi olmaktan çıkarıp işlemin hükümsüzlüğüne karar kıldırarak kuvvette anayasal ilkeler seviyesine çıkarmıştır. Kararın yüksek profilli bir karar olma ihtimali buradaki yargılama muhakemesine dayanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kraliyet imtiyazları, Birleşik Krallık Anayasası, Cherry/Miller, Parlamentonun egemenliği, yürütmenin sorumluluğu.

## ABSTRACT

In *Cherry/Miller* case, dated 24 September 2019, the Supreme Court of the United Kingdom found unlawful and declared void the advice of Boris Johnson to the Queen to prorogue parliament from 11 September to 14 October and the relevant Order of Council. It was the first time that the power to prorogue had been subject to judicial scrutiny. The ruling to be given had already appeared highly crucial considering the judicial history of the royal prerogatives and the already damaged perception of Parliament among the public during the course of Brexit. This article aims to argue the power to prorogue within the hierarchy of norms, the broader executive power to which it is associated, and its judicial treatment. As the other major point to concentrate on in the article, the ruling of the Supreme Court on *Cherry/Miller* will be examined along with those of the first instance proceedings. What would make intriguing the Court's decision is that not only the statutes but also parliamentary sovereignty and accountability are discussed to be the legal criteria in deciding the lawful extent of the prerogative of prorogation. Until quite recently, it was widely accepted that the relationship between Parliament and the executive, and the responsibility of the later to the former are political issues, particularly in the common law traditions. That said, we believed that this decision uplifts parliamentary sovereignty and accountability to the point where they will be from now on treated as 'constitutional principles' rather than merely 'constitutional conventions' anymore, to the extent that they will enable courts to nullify the executive decisions/actions at stake. It is in this sense that the decision seems to be likely among the high profile cases in future.

**Key Words:** Royal Prerogatives, United Kingdom Constitution, *Cherry/Miller*, Parliamentary Sovereignty, Executive Accountability

## GİRİŞ

Birleşik Krallık Parlamento geleneğinde yüzyıllardır uygulanan bir kurum olarak “*prorogation*”, bir Kraliyet imtiyazı (royal prerogative) olarak başbakanın Parlamenteonun çalışmalarını iki “yasama devresi” arası kısa bir süreliğine durdurduğu ve sınırları yazılı kurallar ile belli olmayan bir tür yürütme işlemidir. Bu işlem, yetki unsuru ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla Parlamenteonun tatili ve dağılması kurumlarından önemli oranda ayrışır. Bilinçli olarak terimin sözlük karşılığını kullanmaktan kaçınıyoruz çünkü Türk anayasa hukuku terminolojisinde karşılığı olmayan ve literatürümüzde hakkında bugüne kadar bir çalışma yürütülmemiş bu kurum ancak mahiyeti, özellikleri ve doğurduğu sonuçlar ele alındıktan sonra Türkçe bir kelime ile temsil edilebilir ve itiraf edilmelidir ki bu makalenin yazarı söz konusu kuruma uygun bir Türkçe kelime bulma görevini hakkıyla yerine getirememiştir. Belki de doğru olan, sistemimize yabancı bu işlemi itina ile incelemek ve bu yabancılığı hatırlatır şekilde kelimenin aslını aynen muhafaza etmektir. Bu sebeplerle söz konusu işlem makale boyunca Türkçe telaffuzuna yakın bir ifade olan “*prorogasyon*” kelimesi ile anılacaktır.

Şimdilik şu kadarını söylemekle yetinelim: Bu yetkiyle başbakan, Parlamenteonun o an içinde bulunduğu yasama devresini sonlandırır; kısa bir süre içinde yeni yasama devresinde parlamentoya sunmak istediği yasama gündemini hazırlar<sup>1</sup> ve bu doğrultuda yine kendi inhisarında tayin ettiği bir sonraki “yasama devresi” açılış gününde Kraliçe’ye okutacağı metni (Queen’s speech) kaleme alır. Ne var ki Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, bu makalenin de odak noktasını teşkil eden, 2019 yasama devresi öncesi verdiği *Cherry/Miller* kararında<sup>2</sup> on bir üyenin oy birliği ile Başbakan Boris Johnson’un Kraliçe’ye sunduğu Parlamento çalışmalarının beş haftalık süre ile durdurulması talebini hukuka aykırı bulmuş ve ilgili Konsey kararının<sup>3</sup> hiçbir etki doğurmadığına hükmetmiştir. Hükümsüzlüğün sonucunu daha da

---

<sup>1</sup> 2007’den itibaren hükümetler Kraliçe konuşmasına, yeni yasama devresinde Parlamentoya sunacağı kanun tasarılarını “Draft Legislative Programme” başlığı altında ekleyip takip eden günlerde kamuoyunun ve Parlamenteonun tartışmasını sağlamaktadır. Turpin, C./ Tomkins, A. (2012). *British Government and Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 457.

<sup>2</sup> *R(Miller) v Prime Minister/Cherry v Advocate General* (2019) UKSC No. 41, 24/9/2019.

<sup>3</sup> Konsey kararı (*order in council*) için için bkz. <https://privycouncil.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2019/09/2019-08-28-List-of-Business.pdf>, (erişim tarihi: 26/9/2019).

anlaşılır kılmak için şu benzetmeyi yapmıştır: “...as if the Commissioners had walked into Parliament with a blank piece of paper”<sup>4</sup>.

İngiliz siyasetini derme çatma bir vukufla takip edenler şu nokta üzerinde ittifak ederler ki, Brexit süreci gerek siyasi gerek hukuki bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesinin sınırlarının had safhada zorlandığı ya da hiç değilse nazari planda, bu doğrultuda hatırı sayılır bir kamuoyunun oluştuğu bir sürece dönüşmüştür. Bu itibarla önem arz eden ve yine Kraliyet imtiyazlarının konu olduğu bir başka anayasal kriz, Brexit referandumunu sonrası Hükûmetin ayrılığa ilişkin Avrupa Birliği Konseyi ile müzakerelere başlayabilmesi için yasal bir düzenlemeye (yetkilendirme) gerek duyup duymadığı ihtilafıydı<sup>5</sup>. Bilindiği üzere esas işlem, 23 Haziran 2016 tarihinde halkın yüzde 51,8 ile evet oyu kullandığı AB’den ayrılma referandumunun Avrupa Birliği Anlaşması’nın 50/2 mad. doğrultusunda uygulamaya geçirilmesidir:

*“Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements.”*<sup>6</sup>

Söz konusu madde, taraf ülkeye kendi “anayasal gereklilikleri” doğrultusunda Birlik’ten ayrılabilceğini salık vermektedir. Bu makalenin kaleme alındığı ana kadarki süreç açıkça gösterdi ki Birleşik Krallık için bu anayasal gerekliliklerin neler olduğu, bhusus sürecin hangi temel normlar çerçevesinde idare edileceği, alınacak tedbirlerde yürütme gücünün sınırları ve Hükûmet-Parlamento ilişkilerinde mütemekkin siyasi teamüllerin sürecin olağanüstü durumu da göz önünde tutularak yargı konusu edilip edilemeyeceği meseleleri gün geçmemiştir ki yeni krizlerin ve artan siyasi kutuplaşmanın<sup>7</sup> hukuki zeminini hazırlamamış olsun. Ülkenin 2017 erken seçimlerinden bu yana azınlık Hükûmeti ve 2019 Temmuz’dan itibaren sert ayrılıkçı kanadın öncülüğünü yapan tartışmalı bir siyasi figür tarafından yönetiliyor olması da cabası (bkz. bölüm III).

<sup>4</sup> İlgili konsey kararına gönderme ile “...Delegeler Parlamento’ya boş bir kâğıt parçası ile gelmişçesine”, *R(Miller) v Prime Minister/Cherry v Advocate General*, § 69.

<sup>5</sup> *R Miller v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017) UKSC No. 5, 24/1/2017.

<sup>6</sup> Yürürlük tarihi: 1/11/1993. İngilizce metni için bkz. [https://eur.lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506fd71826e6da6.0023.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur.lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506fd71826e6da6.0023.02/DOC_1&format=PDF), (erişim tarihi: 26/9/2019).

<sup>7</sup> Ford, R./Goodwin, M. (2017). “Britain After Brexit: A Nation Divided”, *Journal of Democracy*, C.28, S.1.

Bu makalede, bu krizlerin şimdilik sonuncusu olan ve çözümünde Yüksek Mahkemenin müdahil kılındığı Parlamento çalışmalarının Hükümet tarafından beş haftalık durdurulması işleminin-prorogasyon, Birleşik Krallık Anayasası'ndaki temelleri ve dayandığı yürütme yetkisinin kapsamı ele alınacaktır. Giriş ve sonuç kısımlarının dışında makale altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde kararın konusu olan yürütme işleminin türü, sonuçları ve dayandığı yürütme yetkisi değerlendirilecektir. Prorogasyon işleminin kraliyet imtiyazlarından olduğunun tespiti ve başlı başına bugüne dek anayasal uyumsuzluğa konu olmaması, bizi ikinci bölümde dayandığı yürütme yetkisi olarak bu imtiyazların kanunlarla ilişkisini ve yargısallık boyutunu daha etraflıca ele almaya sevk etmiştir. Üçüncü bölümde, hükümsüzlüğüne karar verilen ilgili prorogasyon kararının yürütme tarafından nasıl bir siyasi atmosfer içinde alındığı incelenecektir. Kararın siyasi bağlamını tespit etmeye yarayan bu bölümden sonra dördüncü bölümde kararları onanan İskoçya temyiz mahkemesi (Inner House)<sup>8</sup> ve bozulan İngiltere (High Court)<sup>9</sup> ve İskoçya (Outer House)<sup>10</sup> birinci derece mahkemelerinin yargılamaları ele alınacaktır. Beşinci bölümde, Yüksek Mahkemenin (Supreme Court) hükümsüzlük kararı incelenecektir. Son bölümde ise bu kararın Birleşik Krallık Anayasası için önemi ve olası etkileri üzerinde durulacaktır.

Yukarıdaki planı uygulamaya geçmeden önce metot olarak konuya yapısal bir sorunsallık kazandırmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bir anayasal rejim düşünün ki geleneksel anlamda en kadim ve asli anayasa disiplini konusu olan devlet fonksiyonlarının varlık ve eylem alanlarının kapsamı ve birbirleri ile olan ilişkilerini, daha özelde erkler ayrılığı prensibinin uygulaması ve olası uyumsuzluk anında bir çıkış yolunun bulunmasını, temel kaideleri bir kenara bırakırsak önemli oranda bu uyumsuzluğun tarafı olan aktörlerin inhisarına terk etmiş ya da en azından bu doğrultuda bir kurucu iradeye dayanmış olsun. Sözümlü ettiğimiz öyle bir anayasa ki Ekins'in de vurguladığı gibi gerek iktidarın kullanımı gerekse suistimalinin kısıtlanmasında takip edilen birçok önemli kural, uygulaması yüzyıllara yayılmış teamüller ve hâkim görüşe göre mahkemelerin yetki alanının dışında kaldığı varsayılan

---

<sup>8</sup> *Joanna Cherry And Others v Advocate General* (2019) CSH No. 49, 11/9/2019.

<sup>9</sup> *R(Miller) v PM* (2019) EWHC No. 2381 (QB), 11/9/2019.

<sup>10</sup> *Joanna Cherry And Others v Advocate General* (2019) CSOH No. 70, 4/9/2019.

siyasi ilişkiler ve krizlerden temerküz etmiş olsun<sup>11</sup>. Görülecek ki Parlamentonun prorogasyon işlemine maruz bırakılması da bu teamüllerden bir tanesi ve kimilerince uygulama şekli hukuki değil siyasi sorumluluk doğurması gereken, özü itibarıyla, siyasi bir mesele.

Yine öğretinin ağırlıklı olarak üzerinde mutabık görüldüğü bir başka husus bu anayasanın müktesebatı yüzyıllara yayılmış birçok tarihî, siyasi (sınıfsal) ve hukuki faktörün şekillendirdiği ve gelişiminde keskin bir tarihi kırılmanın<sup>12</sup> yaşanmadığı bir devlet mekanizmasına vücut vermesidir<sup>13</sup>. Burada “anayasa” ifadesi ile şüphesiz normların tek bir belge altında toplandığı ve dar anlamıyla adına “anayasa” denen yazılı ve tekil bir metinden bahsetmiyoruz. Haddizatında yazılı bir anayasanın yokluğuna vurgu şayet bu denli kabul edilebilirse şu husus da takdir edilmelidir ki bu aslında süreç içinde birikmiş ve modern anayasacılık doktrininin temellerini teşkil eden, yine yazılı, anayasal önemde ama dağınık, birden çok kurucu metne sahip olma<sup>14</sup> zenginliğini de beraberinde getirmiş bir devamlılığın sonucudur. Onun hakkında yapılacak bir başka önemli tespit, bu mekanizmanın bugüne evrilmesinde farklı devlet fonksiyonlarını yerine getiren taraflar ve bunların temsil ettiği sosyal ve politik dinamiklerin (Kral-aristokrasi-burjuva-mahkemeler) birbirleri ile olan etkileşimlerini görece uyum ve barış içinde yürütmeyi başarmış olmalarıdır. Bu tarihsel sürekliliği, Birleşik Krallık Anayasası’nın doğasındaki yasama (*parliament*) ve yürütmenin (*crown in council*) aralarında olan iş birliği ile açıklayanlar olmuştur<sup>15</sup>. Aslında Birleşik Krallık Anayasası’nın kodifikasyona daha az ihtiyaç duyar şekilde gelişmesi onun doğasında olan, erkleri temsil eden güçlerin anayasal norm ve teamüllere gönüllü olarak saygı göstermesinin bir tezahürüdür. Nitekim Hennessy yazılı olmayan bu

---

<sup>11</sup> Ekins, R. (2019). “Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation”, Policy Exchange, s.7.

<sup>12</sup> Bu kırılmalara örnek olarak, Amerika Bağımsızlık Savaşı ya da Fransız İhtilali gösterilebilir. Kuşkusuz bunu söylerken kurumların yine sekteye uğramadığı ancak görece daha zorba bir yöntemle anayasal reformlara tabi tutulduğu 17. yüzyıl düzenlemelerini de göz ardı etmemek gerekir. Bkz. Barnett, H. (2002). *Constitutional and Administrative Law*, London&Sydney: Cavendish Publishing Limited, ss.135-176.

<sup>13</sup> Wheare, K.C. (1966). *Modern Constitutions*, Oxford:Oxford University Press, s.4.

<sup>14</sup> Albert Blaustein and Gisbert Flanz Birleşik Krallık’ın anayasal öneme sahip 300’den fazla kanuna sahip olduğunu tespit etmişlerdir. Albert B./Gisbert F. (1972). *Constitutions of the Countries of the World*, NewYork: Oceana Publications, s.392.

<sup>15</sup> Lucas, W. W. (1910). “Co-operative nature of english sovereignty”, *Law Quarterly Review*, C.26, S 1, s. 54-70.

“soyut anayasayı” bir arada tutan “tutkalın” teamülleri uygulayacakları yönünde devlet görevlilerine duyulan güven ve saygı olduğunu söyler<sup>16</sup>.

Burada Birleşik Krallık Anayasası'nın tarihini ve teorisini etraflıca ele alacak değiliz. Şunu söylemekle iktifa edelim: Devlet mekanizması ve özellikle Parlatentonun işleyişi, çoğunlukla siyasi ve hukuki teamüller çerçevesinde idare edilmektedir. Bu açıdan sistem, yürütme ve yasama arasında-sanki gizli var olan-bir *centilmen anlaşması* esasıyla ayakta kalıyor gibidir. Bu anlaşma, o ana kadar devlet yönetimi ve kurumları arasında hüküm süren anayasal teamüllerin kendilerinden öncekilerini bağladığı gibi kendilerini ve kendilerinden sonrakileri de bağlayacağına ilişkin bir kabul ya da teslimiyettir. Peki ama yürütmenin hesap vermesi, erkler ayrılığı ya da Parlatentonun egemenliği teorisi gibi mutlakiyetçi devlet anlayışını sınırlayan anayasal ilkeler, hiç mi “centilmenlik” dışı hareket eden ya da buna meyilli siyasi iktidarın azizliğine uğramaz? İngilzcede kullanılan bir söz olarak centilmen anlaşması, anlaşma değil centilmenler var olduğu müddetçe ayakta kalır. Brexit sürecinin Başbakan Boris Johnson ile başlayan ve anlaşmasız ayrılık planının konuşulduğu ikinci evresinde yaşanan olayların mahiyeti bize şimdi şu soruyu sordurtuyor: Siyasi iktidar anayasal teamüllerin kendisinden beklediği centilmenlikten yoksun ise ne olacaktır?

Burada anayasal teamüllerin uygulanmasında sebep olunan aksaklıkları ya da düzensizlikleri (şimdilik sorunu “hukuksuzluk” olarak ifade etmekten kaçınıyoruz) açıkça mahkemelerin yetki alanında gören bir anayasal rejimden bahsediyor olsaydık kuşkusuz ne daha en başında girişeceği eylemin anayasallığı hakkında hukukçuların görüşüne başvurma ihtiyacı duymuş Johnson kendini ya da “anlaşmasız ayrılık” vaaadinin gerçekleşme başarısını bu şekilde riske atar ne de uyuşmazlığın mahiyeti, iki tarafın da son dakikaya kadar nefeslerini tutup kararı açıklayan Yüksek Mahkeme Başkanı Lady Hale'in iki dudağı arasından çıkacak “sihirli sözlere” heyecanla kulak kabartmasını gerektirebilirdi. Burada nasıl bir anayasal teamülden bahsediyoruz. Hüviyeti, normlar hiyerarşisindeki yeri ve kapsamı nedir, ne gibi sonuçlar doğurur? Konuya genel bir giriş yaptık, takip eden bölümde bu sorulara cevap vererek tartışmayı sürdüreceğiz.

---

<sup>16</sup> Hennessey, P. (1995). *The Hidden Wiring: Unearthing the British Constitution*, London: Gollancz, s. 102.

## I. PROROGASYON

2011’de yürürlüğe giren ve Parlamentonun çalışma sürelerini ilk kez düzenleyen “Fixed-term Parliaments Act 2011”e göre<sup>17</sup>, Birleşik Krallık’ta iki seçim arasında geçen olağan yasama dönemi beş yıldan oluşmaktadır. Bir yasama dönemi, süresi bir yıl ve bazen bir yılı da geçebilen yasama devrelerine ayrılır (*parliamentary session*)<sup>18</sup>. Birleşik Krallık’ta bir yasama devresi iki şekilde sonlanabilmektedir:

- Birinci yol, çalışmamızın da konusu olan prorogasyon yani yasama devresinin olağan olarak Hükûmet girişimi ile sonlandırılıp bir sonraki yasama devresine başlanmasıdır.
- İkinci yol ise *dissolution* yani seçimler dolayısıyla Parlamentonun dağılmasıdır. Bunu da beş yılda bir yapılan olağan seçimler ve erken seçimler olarak ikiye ayırabiliriz. Kuşkusuz her iki durumda da sadece yasama devresi değil aynı zamanda yasama dönemi sona ermektedir. Fixed-term Parliaments Act 2011’e göre erken seçimlere iki durumda gidilebilir. Bunlar (1) Avam Kamarasının üçte iki çoğunlukla erken seçime karar vermesi ya da (2) hükûmeti güvensizlik oyuyla düşürmesini müteakiben 14 gün içinde güvenoyunu alabilen yeni bir hükûmet çıkaramaması hâlleridir.

Bu kanunun getirdiği en önemli değişikliklerden biri, hükûmetin “Kraliyet imtiyazı” altında tek başına alabildiği erken seçime gitme kararı yetkisinin ortadan kaldırılmasıdır<sup>19</sup>. Artık Parlamento kararı olmadan ya da onun güvenini yitirerek hükümetten düşmeden, yürütme kendi başına ülkeyi erken seçime götürememektedir. Buna karşın Kanun’un 6. maddesinin birinci cümlesinde, Kraliçe’nin prorogasyon yetkisinin kanunun getirdiği düzenlemelerden etkilenmeyeceği belirtilmiştir<sup>20</sup>.

### A. İŞLEM TÜRÜ

Birleşik Krallık anayasacıları prorogasyonun hükûmetin içinden atanan ilgili konseyin tavsiyesi (*Privy Council*) üzerine Kraliyet-Tac

<sup>17</sup> Kelly, R. (2017). “Fixed-term Parliaments Act 2011”, *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: 06111, s.3.

<sup>18</sup> Yasama devresinin başından sonuna genel olarak takip edilen usuller, gündem başlıkları ve aralar hakkında bkz. Rogers, R./Walters, R. (2015). *How Parliament Works*, Abingdon: Routledge, s. 126-128.

<sup>19</sup> Kelly, R. (2017), s.6.

<sup>20</sup> Fixed-term Parliaments Act 2011, md. 6/1: “This Act does not affect Her Majesty’s power to prorogue Parliament.”



(*Crown*) riyaseti altında kullanılan, Kraliyet imtiyazlarına (Royal Prerogatives) dayalı bir işlem olduğu görüşünde birleşirler (*a prerogative act*)<sup>21</sup>. İngilizcedeki *prorogue* fiili etimolojik olarak, Latince *prorogare* fiilinden türer; (1) *pro* (*before*) önünde-önde ve (2) *rogare* sormak-talep etmek-önermek (*rogationem*-bir iyilik talep etmek), parçalı hece ve kelime öbeğinden oluşur, birlikte kullanıldığında ise, bir görev ifa eden kişinin ya da organın görev süresini uzatmak için kamunun onayını talep etmesi anlamına gelir<sup>22</sup>. Parlamento için uygulanan prorogasyon işlemi de adeta Hükûmet adına hareket eden Başbakanın Kraliçe'den içinde bulunduğu yasama devresini tamamlamak üzere olan Parlamantonun bir sonraki devreye geçerek çalışmalarını sürdürmesi için yaptığı sembolik talep ve her hâlükârda onaylanacak<sup>23</sup> bu talebin neticesinin Konsey kararı işlem türünde her iki kamara üyelerine duyurulması olarak anlaşılabilir. Bu anlamıyla prorogasyon bir "yasama devresini" kapatan, kullanım şekli yürütmenin inhisarında olan, kaynağı "Kraliyet imtiyazı" olmakla herhangi bir yazılı norma dayanmayan bir yürütme işlemidir.

## B. ETKİLERİ

Hükûmetin siyasi sorumluluğunu işleten birtakım dolaylı mekanizmalar dışında Parlamantonun prorogasyon işleminin uygulanmasında ya da engellenmesinde hiçbir rolü yoktur. Bir sonraki yasama devresi hükûmetin kararlaştıracağı bir zamanda başlar<sup>24</sup>. Bu iki yasama devresi arasında geçen dilimde gerek Avam Kamarası gerekse Lordlar Kamarası oturum gerçekleştiremez, yasama faaliyetinde bulunamaz, hükûmetin hiçbir politikasını görüşüp tartışamaz, yazılı ya da sözlü soru önergesi veremez ya da ilgili komiteler altında çalışamaz<sup>25</sup>. Bir diğer ifadeyle Parlamento çalışmaları bütünüyle askıya alınmaktadır.

Burada kullanılan askıya alınma ifadesi işlemin sonuçlarını ne kadar karşılamaktadır? Prorogasyon işleminin bir diğer önemli sonucu, görüşülmesine devam edilen ve henüz Kraliyet'in onayına sunulma

---

<sup>21</sup> Barnett, H. (2002). s. 459; Rogers, R./Walters, R. (2015). s. 128; Alder, J. (2002). *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, New York: Palgrave Macmillan. s. 215.

<sup>22</sup> Bkz. [https://www.etymonline.com/word/prorogue#etymonline\\_v\\_2704](https://www.etymonline.com/word/prorogue#etymonline_v_2704), (Erişim Tarihi: 3/10/2019).

<sup>23</sup> "By constitutional convention the Sovereign invariably acts on the advice of the Prime Minister". R(Miller) v PM, §4.

<sup>24</sup> Cowie, G. (2019). "Prorogation of Parliament", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: 8589, s. 6. Elektronik bası için bkz. <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-8589>, (erişim tarihi: 30/10/2019).

<sup>25</sup> Cowie, G. (2019). s. 11.

aşamasına ulaşmamış kanun tasarıları ve tekliflerinin hükmünü yitirmesidir<sup>26</sup>. Hükûmet prorogasyonun zamanlamasını bu sonucu düşünerek belirlemekte, yürürlüğe girmesini istediği kanun tasarıları için gerekli zamanı göz önünde bulundurarak talebini Kraliçe'ye sunmaktadır<sup>27</sup>. Benzer şekilde parlamenterlerin hükûmete yönelttiği henüz cevaplanmamış soru önermeleri ve henüz gündeme alınmamış tartışma önermeleri (*early day motions*) de bağlayıcılığını yitirmektedir<sup>28</sup>. Bunların bir sonraki yasama devresinde yeniden gündeme alınabilmesi için ilgili prosedürün sil baştan yeniden takip edilmesi gerekmektedir<sup>29</sup>.

Çalışmaların adeta sıfırlanması özelliği, bu işlemi Türkçedeki durdurma fiili ile ifade etmemizi de yetersiz kılmaktadır. Zira duran bir şey devam eder; buna karşın prorogasyon sonrası Parlamento, çalışmalarına kaldığı yerden devam etmez. Bunun iki istisnası vardır:

- Komisyonların (*select committees*) yürüttüğü tahkikatlar ve rapor yayınlama faaliyetleri
- Hükûmetin talebi ile Parlamentonun bir sonraki devrede özellikle sürdürmeye karar verdiği kanun tasarıları ya da teklifleri (*carry-over motions*)<sup>30</sup>

Tekrar toplanma anına kadarki sürede kapısına adeta kilit vurulan ve yürütmeyi denetleme yollarından mahrum bırakılan Parlamento'ya karşın hükûmet yetkilerini aynen muhafaza etmekte, hiçbir kısıtlamaya maruz kalmamaktadır. Bu itibarla yürütme, parlamentonun özellikle anlık denetleme aracı olan soru önermeleri ya da bir anayasal teamül olarak Başbakanın her çarşamba günü parlamenterlerce doğrudan sorgulandığı (*PM Questions*) oturumun baskısından kurtulduğu kısa da olsa bir dönem geçirir.

Bu anlatılanlar ışığında prorogasyon işleminin parlamentonun dağılması (*dissolution*) ve tatile girmesi (*adjournment-recess*)

---

<sup>26</sup> Barnett, H. (2002). s. 456.

<sup>27</sup> Rogers, R./Walters, R. (2015). s. 128.

<sup>28</sup> Cowie, G. (2019). s. 11.

<sup>29</sup> Barnett, H. (2002). s. 459.

<sup>30</sup> Bir önceki yasama devresinden kalan kanun tasarısı ve tekliflerinin sürdürülmesi çok nadir başvurulan bir durumdur. Hatta bu istisnanın ilk uygulandığı kanun tasarısının the Financial Services and Markets Bill olduğu ve 1998-99 devresinde yaşandığı parlamentonun resmi internet sitesinde belirtilmektedir. Bkz. <https://www.parliament.uk/about/how/occasions/prorogation/> (erişim tarihi: 3/10/2019).

kurumlarından gerek yetki gerekse doğurduğu sonuçlar bakımından farklı olduğu ortaya çıkmaktadır. Dağılma ile Avam Kamarası üyelerinin görev süresi dolar, yasama dönemi sona erer ve ülke genel seçime gider<sup>31</sup>. Lordlar Kamarası üyeleri hayat boyu atandıkları için statülerini korumaya devam ederler ancak onlar da seçilecek Avam Kamarası göreve gelene kadar toplanmazlar<sup>32</sup>. Parlamento, seçimlerin yapılmasından 25 iş günü öncesinde dağılır (Fixed-term Parliaments Act 2011, mad.3/1). Görevdeki hükümet Avam Kamarasından çıkacak yeni hükümetin kurulmasına kadar ülkeyi yönetmeye devam edecekse de anayasal teamüller çerçevesinde yetkileri kısıtlıdır ve buna uyması beklenir (*purdah period*)<sup>33</sup>. Yetki bakımından prorogasyon işleminin aksine hükümet ülkeyi kendi başına alacağı kararla seçime götüremeyeceğinden parlamentonun dağılmasına da sebep olamaz. Bunun için ya yasama dönemi beş yıllık olağan süresini doldurur ya da erken seçime gitme şartları vuku bulur. Yukarıda da değinildiği üzere, erken seçime götüren her iki hal de, yani Avam Kamarasının erken seçim kararı alması ya da hükümete güvensizlik oyu verip, 14 gün içinde yeni bir hükümete güven oyu vermemesinde, karar veren makam parlamento olduğundan (Fixed-term Parliaments Act 2011, md.2/3), bunun hukuki sonucu olan dağılmada da dolayısıyla onun iradesi yatmaktadır.

Parlamentonun tatil edilmesinde de yine onun aldığı bir kararla yasama faaliyetine bir süre ara verilmesi söz konusudur<sup>34</sup>. Parlamentonun (Avam ve Lordlar Kamaralarının her ikisi veya ayrı olarak) bu araları ne zaman vereceği hükümetin tavsiyesi ile belirlense de, parlamento kararı gerektiğinden yine onun iradesi devreye girer. İki kamara da bu kararı birbirinden bağımsız olarak alır<sup>35</sup>. Birleşik Krallık parlamentosunun bir takvim yılı içinde yedi kez ara verdiği görülür. Bunlar (1) mayısın son haftasında *whitsun*, (2) ağustosta yaz, (3) eylülün ikinci yarısında parti konferansları, (4) kasımın ortasında birinci dönem ortası (*november*

---

<sup>31</sup> Turpin, C./Tomkins, A. (2012). s.385.

<sup>32</sup> Barnett, H. (2002). s. 457.

<sup>33</sup> *Purdah Period*, hükümetin yetkilerinin yeni politikalar ortaya koyma ya da devlet kaynaklarının kullanımı gibi önemli hususlarda kısıtlandığı döneme verilen isimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Johnston, N. (2019) "Pre-election period of sensitivity", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: 5262, Elektronik bası için bkz. <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05262>, (erişim tarihi: 3/10/2019).

<sup>34</sup> Rogers, R./Walters, R. (2015). s. 129.

<sup>35</sup> May, E. (2019). *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Elektronik baskısı için bkz. <https://erskinemay.parliament.uk/>, (erişim tarihi: 3/10/2019).

*recess*), (5) aralık sonu ocak başında Noel, (6) şubatın ortasında ikinci dönem ortası (*february recess*) ve (7) nisan başında Paskalya aralarından oluşur<sup>36</sup>.

Tatile girme ile prorogasyon işlemi arasındaki bir diğer önemli fark, ilkinde Kamaralar toplanmaz ancak Parlatentonun diğer çalışmaları devam eder. Komisyonlar parlamenterlerin katılımıyla olağan toplantılarını gerçekleştirir, yazılı soru önergeleri verilebilir ve hükûmetin bu sorulara cevap verme yükümlülüğü devam eder<sup>37</sup>. Dolayısıyla hükûmetin Parlatentoya karşı sorumluluğu bütünüyle sekteye uğramaz.

Ortaya çıkan bu farkları önereceğimiz bir benzetme ile daha da açıklığa kavuşturabiliriz. Prorogasyon işlemini, Başbakanın önündeki Parlatentoyu resetleme ya da kapa-aç tuşuna benzetebiliriz. Başbakan bu tuşa basarak bilgisayarın işlemcisinin o an çalıştırdığı tüm programları aniden sonlandırmakta, tekrar aç düğmesine bastığında bilgisayarın ana işlemci programı sanki bilgisayarı ilk kez açıyormuş gibi devreye girmekte, sonunda bilgisayar yeniden kullanıma hazır hâle geldiğinde ise kural olarak arka planda çalışır bir program görünmemektedir. Bu düğmeye Başbakan çıplak parmağıyla değil özel bir eldiven yani Kraliçe'nin mührünü kullanarak basmaktadır<sup>38</sup>. Düğmeye basan güç eldivende değil parmaklardadır.

Benzetmeyi sürdürürsek Parlatentonun tatile çıkması da adeta bilgisayarın uyku moduna alınmasıdır ki sisteme tekrar giriş yapıldığında işlem öncesi aktif olan programlar çalışmaya kaldıkları yerden devam eder. Parlatentonun dağılması ise bilgisayara format atmak şeklinde anlaşılabilir. Bu işlemle bilgisayarın ana işlemcisi yani Parlatento çalışmalarının dayandığı rejim korunmakta ancak tüm ara programlar (tamamlanmamış çalışmalar) silinmektedir. Bilgisayar tekrar kurulduğunda farklı bir kullanıcı ve yepyeni bir ara yüz ve yüklenecek farklı programlarla çalışmaya başlayacaktır. Fakat resetlemeden farklı olarak uyku moduna geçiş ve formatlama işlemlerinin başarıya ulaşması için bilgisayarda bunlar için kurulmuş özel programlara gerek

---

<sup>36</sup> Bkz. <https://beta.parliament.uk/articles/6L8Y5Dq2>, (erişim tarihi: 3/10/2019).

<sup>37</sup> Cowie, G. (2019). s. 9.

<sup>38</sup> *Great Seal*, Kraliçenin onayının gerekli olduğu işlemlerde kullanılan mührüdür. Bkz. <https://www.royal.uk/great-seal-realm> (erişim tarihi: 3/10/2019).

duyulmaktadır yani bir nevi Parlamento iradesi gerekmektedir. Bunlarda resetlemedeki gibi tek taraflı zorlama bir işlem söz konusu değildir<sup>39</sup>.

### C. SÜRESİ

Kullanım şekline dair yazılı bir hukuk düzenlemesinin olmadığı prorogasyonun zamanlama ve süresini Başbakan belirler<sup>40</sup>. Daha önce de belirtildiği gibi bir yasama devresi uygulamada çoğunlukla bir takvim yılı sürse de yasama faaliyetinin yoğunluğuna göre bir yılı aşan zamanlar olmuştur. Yasama devrelerinin uzunluğu ve oturum sayılarıyla alakalı Avam ve Lordlar Kamarası kütüphanelerinin son yıllarda yayımladığı ve bu makalenin yazarının erişebildiği en az dört adet niceliksel çalışma vardır<sup>41</sup>. Bu çalışmalardan elde edilen bulgular şunlardır:

1. 1640'ta başlayıp 1653'te sonlanan on üç yıllık en uzun yasama devresinden bu zamana ikinci en uzun yasama devresi, 13 Haziran 2017-8 Ekim 2019<sup>42</sup> yasama devresidir. On üç yıllık yasama devresi İngiliz İç Savaşı'na, iki yıldan fazla süren bu son devre de *Brexit* sürecine karşılık gelmektedir. Benzer şekilde Muhafazakâr-Liberal Demokrat koalisyonunun hükûmette olduğu 2010-2012 yasama devresi de iki yıla yakın bir zamana uzamıştır.
2. 20. yüzyıldaki genel uygulama, devrelerin eylül ya da ekim aylarında başlayıp sonlanmasıdır. 2011'de yürürlüğe giren Fixed-Term Parliaments Act'te yasama devrelerinin kural olarak mayıs ayında başlaması kararlaştırılmıştır.

---

<sup>39</sup> Öte yandan, Türk bilgisayarında buna benzer bir resetleme tuşu bulunmamaktadır. Yine de bilgisayarın işlemcisinin mevcut yükü kaldıramadığı iddiası ile güç kaynağı ile bağlantısını koparan fiş çekme anlarını, yani askeri darbeleri, şüphesiz bir kenara koymak gerekir.

<sup>40</sup> Ekins, R. (2019). s.8.

<sup>41</sup> (1) Priddy, S. (2016). "Number of Sitting Days by Session Since 1945", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: 04653. Elektronik bası için bkz. <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04653>, (erişim tarihi: 5/10/2019).

(2) Purvis, M. (2019). "Lengths of Prorogation since 1900", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: 0111. Elektronik bası için bkz. <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/LLN-2019-0111#fullreport>, (erişim tarihi: 5/10/2019).

(3) Politowski, B. (2016). "House of Commons: Hours Sat & Late Sittings", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: SN02226. Elektronik bası için bkz. <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02226>, (erişim tarihi: 5/10/2019).

(4) Sessional Returns bkz. <https://www.parliament.uk/business/publications/commons/sessional-returns/>, (erişim tarihi: 5/10/2019).

<sup>42</sup> Yüksek Mahkemenin 24 Eylül 2019 tarihli hükümsüzlük kararından sonra, Johnson hükümeti bu sefer çok daha kısa süreli *prorogasyon* kararı almış ve parlamento 8 Ekim-14 Ekim 2019 tarihleri arasında altı günlük *prorogasyondan* sonra yeni yasama devresine başlamıştır.

3. Yakın bir dönemde genel seçim olacaksa yasama devreleri uzamaktadır.
4. Son yıllardaki prorogasyon süreleri şöyledir: 2010, üç gün; 2012, yedi gün; 2013, on iki gün; 2014, yirmi gün; 2015, üç gün; 2016, beş gün; 2017, yedi gün ve 2019 hükümsüz kılınan otuz dört gün; sonrasında uygulanan altı gün<sup>43</sup>.
5. Yüksek Mahkemenin hükümsüz kıldığı otuz dört günlük prorogasyon işlemini bir kenara koyarsak yakın zamanda en uzun prorogasyon işlemi yirmi gün ile 2014 yılında gerçekleşmiş, bu uzunluk da mayıs ayına denk gelen Avrupa Parlamentosu seçimleri ve whitsun arasından kaynaklanmıştır.
6. Seçim öncesinde gerçekleşen prorogasyon, normal dönemlere göre daha uzun sürmektedir.
7. Son 117 yılın olağan yasama devrelerindeki uygulamaya baktığımızda (seçim yılları hariç) prorogasyonun 1900-1930 arasında ortalama yetmiş iki gün ve 1930-2017 arasında ortalama beş gün sürdüğü görülmektedir. Çok açık bir düşüş yaşanmıştır. 1999-2017 aralığında bu süre biraz daha uzayarak 8 güne çıkmıştır. Bunda 2014 yılının verisi etkili olmuştur.

Bu bulgular ışığında Yüksek Mahkeme tarafından hükümsüz kılınan Boris Johnson'ın 34 günlük prorogasyon işleminin olağanüstü uzunlukta olduğu anlaşılmaktadır.

## II. DAYANDIĞI YÜRÜTME YETKİSİ: KRALİYET İMTİYAZLARI

Giriş bölümünde değinildiği üzere bugün Birleşik Krallık hükûmetinin kullandığı yetkiler ve Parlametonun çalışmasında takip edilen usullerin önemli bir kısmı yazılı kaynaklardan yoksundur. Bu noktada Kraliyet imtiyazlarına ilişkin yürütme yetkisi, birleştirilmiş bir anayasal metinden yoksun Birleşik Krallık Anayasası'nın ve aslında daha genelde *common law* geleneğine bağlı sistemlerin en kendine özgü alanını teşkil etmektedir<sup>44</sup>. Evvela şunu vurgulayalım ki bu anayasada yürütme tarafından yapılan her işlem, Kraliyet (*Crown*) adına yerine getirilmektedir<sup>45</sup>. Yürütmenin aldığı kararlarda kullanılan "Her

---

<sup>43</sup> Gün ifadesi takvim gününe karşılık kullanılmıştır.

<sup>44</sup> Poole, T. (2010). "United Kingdom: The royal prerogative", *International Journal of Constitutional Law*, C.8, S 1, s. 147.

<sup>45</sup> Barnett, H. (2002). s. 135.

Majesty's Government" ifadesi bunun bir tezahürüdür<sup>46</sup>. Birleşik Krallık anayasa hukuku literatüründe, yürütme yetkilerinin esas kaynağının Taç'ın (*Crown*) imtiyazlı gücünden devşirilmiş olduğuna vurgu, hâlâ yürütme gücünün anayasal olarak formülize edilmesinde sembolik de olsa kabul edilen ve hatırlanan bir olgu olduğunu gösterir. Dolayısıyla gerek anayasa teorisi gerekse günlük siyasette bugün hukuki bir terim olarak "Taç" esasında yasamanın içinden çıkan ve başında temsili olarak Kraliçe'nin, fiili olarak Bakanlar Kurulu ve Başbakanın olduğu yürütme erkini temsil etmektedir<sup>47</sup>.

Bugün *common law* sistemlerinde yürütmenin öyle bazı yetkileri vardır ki bunlar kanunla düzenlenmemişse de, anayasal teamüller çerçevesinde onun inhisarında olup, kullanılması pek tabii telakki edilmektedir (*the Ram doctrine*)<sup>48</sup>. İşte idareye ilişkin Kraliyet imtiyazları, istisnaları bir kenara koyacak olursak doğusunda Taç'ın yani monarşinin gücü kapsamında ortaya çıkan, ancak zamanla bu organın yasama içinden seçilen yürütme erkine entegre edilmesiyle kullanım yetkisinin başbakanın başında olduğu Bakanlar Kuruluna ya da bunun içinden çıkan özel bir kurula (*Privy Council*) kaydığı güç alanıdır. Bu alanda yürütme işlem türü olarak genelde Konsey kararı (*Order in Council*) yayımlamak suretiyle yetkisini kullanmaktadır<sup>49</sup>. Örnek olarak yürütmenin uluslararası anlaşmalar yapması ya da imzalanmış bir anlaşmadan ayrılmaya karar vermesi, pasaport veya para basma, bakanların ataması veya azli ya da bu makalenin ana konusunu teşkil eden yasama devrelerinin prorogasyon işlemi ile sonlandırılmasına karar verme imtiyazları gibi<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Bkz. <https://www.royal.uk/queen-and-government>, (erişim tarihi 5/10/2019).

<sup>47</sup> Hennessey, P. (1989). s. 346.

<sup>48</sup> *Ram* doktrini, *common law* sistemlerinde yürütmenin kanunla açıkça yetkilendirme olmadan her türlü işlemi yapabileceğini ileri sürer. Eleştirel bir çalışma için bkz. Weait, M./Lester, A. (2003). "The use of ministerial powers without parliamentary authority: the Ram doctrine", *Public Law*, Autumn. *Common law* sistemlerinin hukuk devleti ve yasamanın asliliği ilkeleriyle karşı karşıya olduğu gerilim alanlarından biri de budur. Yasamanın asliliği ilkesinin uzantısı olarak, yürütme organının işlemlerinin kanundan kaynaklandığı ilkesi (*secundum legem*), *common law* sistemlerinde kabul edilen yürütmenin *Crown*'dan kaynaklı bütün yetkileri kullanabileceği iddiasıyla çelişmektedir.

<sup>49</sup> Turpin, C./Tomkins, A., (2012). s.483.

<sup>50</sup> Kraliyet İmtiyazlarının kapsamlı bir listesi için bkz. House of Commons Public Administration Select Committee (2004). "Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament", Fourth Report of Session 2003–04, No: HC 422. Elektronik baskı için bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmpublicadm/422/422.pdf>, (erişim tarihi: 7/10/2019).

Doktrinde Kraliyet imtiyazlarının tanımı üzerine farklı görüşler ileri sürülmüştür. 19. yüzyıl anayasa teorisyeni Dicey'in bu imtiyazları "Taç'ın ihtiyari ve gelişigüzel sahip olduğu, geçmişteki gücünün herhangi bir şekilde elinde kalmış kalıntısı" şeklinde tanımladığını görüyoruz<sup>51</sup>. Ona göre Birleşik Krallık Anayasası'nda yürütmenin kanun olmaksızın hukuki olarak yerine getirdiği her eylem bu imtiyazlar sayesinde gerçekleşmektedir. Dicey ayrıca kanundan kaynaklanmayan bütün Taç (bugün için yürütme) yetkilerinin kraliyet imtiyazları olduğunu belirtmektedir. Yine 2009 yılında Kraliyet imtiyazları üzerine yayımlanan Adalet Bakanlığı raporunda aynen şöyle denmiştir: "Kraliyet imtiyazı gücünün kapsamını belirlemek herkesin bildiği gibi güçtür. Açık olan, bu gücün varlığı ve kapsamı meselesi, bir olayda özel bir imtiyaz gücünün var olup olmadığını belirlemede mahkemeleri son karar merci gören, bir common law meselesi olmasıdır. Buradaki güçlük, hakkında yakın zamanlarda veya bugüne kadar hiçbir yargısal kararın olmadığı birçok imtiyaz yetkisinin bulunmasıdır."<sup>52</sup> Parlamento Kamu İdaresi Komisyonu 2004 yılında bu imtiyazları "bakanların herhangi bir parlamento onayına ihtiyaç duymaksızın kullandığı en önemli yetkiler arasında" değerlendirmiştir<sup>53</sup>. Son olarak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin 2017 yılında verdiği bir kararında bu yetkileri "kullanımı parlamento yasaması ile uyumlu olmak kaydıyla, bakanlar tarafından kullanılan ve Taç'tan müktesep yetkilerin arta kalanı" olarak tanımladığını belirtelim<sup>54</sup>. Öğretideki bu değerlendirmelerden yola çıkarak Kraliyet imtiyazları hakkında şu tespitleri yapabiliriz:

- Bu yetkiler doğuşunda Taç'tan kaynaklı özel yetkililerdir.
- Bu özel yetkiler bugüne kadar yasalarla (Act of Parliament) düzenlenmemiştir.
- Bu özel yetki türünün anayasal teamül (unself-conscious)<sup>55</sup> ve arta kalmış olması özellikleri yeni bir kraliyet imtiyazının tesis edilemeyeceğini ima eder.

<sup>51</sup> Dicey, A.V. (1979). *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London: Palgrave Macmillan, s.464.

<sup>52</sup> Ministry of Justice (2009). "Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report", s.7. Elektronik bası için bkz. <http://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2009-2493/DEP2009-2493.pdf> , (erişim tarihi: 5/10/2019).

<sup>53</sup> House of Commons Public Administration Select Committee (2004), s.5.

<sup>54</sup> *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, §47.

<sup>55</sup> Joseph Jaconelli anayasal teamüllerin zamanla oluşması ve kaynağının tanımlanamaması özelliklerine vurgu yapar. Jaconelli, J. (1999). "The Nature of Constitutional Convention", *Legal Studies*, C. 24, S 19, s. 39.



- Bu devreden güç bugün kural olarak Taç adı altında Başbakan ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılır.

## A. KANUNLARLA İLİŞKİSİ

Parlamento egemenliği ilkesi gereğince yasamanın yürütmenin Kraliyet imtiyazlarını ortadan kaldırayabileceği ya da sınırlayabileceği kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Dicey'in de vurguladığı gibi bu ilke Parlamantonun herhangi bir konuda kanun yapma ya da var olan kanunu değiştirme yetkisini veya olumsuz tanımlamayla "hiçbir kişi ya da organın Parlamento Kanununu geçersiz kılma veya bir kenara koyma" gibi bir güce sahip olmadığını ifade eder<sup>57</sup>. Kanunların mutlak üstünlüğü ilk kez 1611 yılında Sir Edward Coke'un Kral I. James'in ülkeyi tek başına hazırladığı beyannamelerle yönetmesinin hukuka aykırı olduğunu ifade ettiği şu söylemi üzerine oturtulur: "The King hath no prerogative but that which the law of the land<sup>58</sup> allows him" yani Kral hukukun müsaade etmediği hiçbir imtiyaza sahip değildir (Case of Proclamations)<sup>59</sup>. Benzer şekilde 1689 Haklar Bildirgesi'nde "Kraliyet Otoritesinin, Parlamantonun onayı olmaksızın, kanunları veya kanunların uygulanmasını askıya almaya dönük varsayılan gücünün hukuksuz" olduğu kesin bir şekilde dile getirilmiştir<sup>60</sup>.

Kanunların üstünlüğünü açıkça kabul etmiş *De Keyser*<sup>61</sup> kararı bu doğrultuda dikkate değer bir uyuşmazlıktır. Londra'da hizmet veren De Keyser Oteli savaş koşullarının hüküm sürdüğü 1916 yılında hükûmet tarafından geçici bir süreliğine kamu görevlilerinin ikameti için müsadere edilir. Hükûmet bu müsadere işlemini, savaş zamanı tazminatsız ve geçici olarak özel mülkiyete müdahale etme yetkisi veren Kraliyet imtiyazına dayanarak gerçekleştirir. Davacı taraf ise bu imtiyazın Savunma Kanununun 1842'de düzenlendiği şekliyle, bunun da ancak belli bir tazminat ödemek koşuluyla kullanılabilceği görüşündedir. Hükûmet savunmasında, söz konusu Kanun'un Kraliyet imtiyazını kaldırmadığını, dolayısıyla kanun yerine tazminat borcu yüklemeyen imtiyaz yetkisine dayanmayı tercih ettiğini ileri sürmüştür.

<sup>56</sup> Barnett, H. (2002). s. 167; Alder, J. (2002). s. 300; Dicey, A.V. (1979). s. 40.

<sup>57</sup> Dicey, A.V. (1979). s. 40.

<sup>58</sup> *Common law* geleneğinde 'law of the land' (lex terrae), kanundan ve mahkeme kararlarından kaynaklanan hukuk olarak anlaşılmalıdır.

<sup>59</sup> *The Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74; Turpin, C./ Tomkins, A. (2012). s. 483.

<sup>60</sup> Elektronik başı için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/data.pdf> (erişim tarihi: 11/10/2019).

<sup>61</sup> *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel* (1920) All ER 80; (1920) AC 508, 10/5/1920.

Lordlar Kamarası, ileri sürülen Kraliyet imtiyazının varlığını kabul etse de hükûmetin savunmasını reddetmiş; yetkinin kullanımı eğer doğrudan kanun tarafından düzenlenmişse Parlamento iradesinin üstün olduğu, çatışma halinde yine kanuni düzenlemeye öncelik tanınması gerektiğine karar vermiştir<sup>62</sup>. Kararda Lord Atkinson aynen şunu söylemiştir: “Çok açıktır ki; eğer Taç bu hükümleri aynı konuda imtiyaz yetkisi olmasına binaen yok sayma keyfiyeti içinde özgürse, yasamanın dayattığı kısıtlamalar ve sınırlar ve bağlı kıldığı koşullar anlamsız ve işlevsiz kalır”<sup>63</sup>.

Yüksek Mahkemenin *Miller (No 1)*<sup>64</sup> kararı da benzer şekilde kanun-Kraliyet imtiyazı çatışmasında yol gösterici bir uyuşmazlık olarak ele alınabilir. 2016 yılında yapılan Avrupa Birliği’nden ayrılma referandumunun yüzde 51,8 evet oyuyla sonuçlanması sonrasında hükümet Avrupa Birliği Anlaşması’nın 50. maddesini devreye sokarak ülkenin Birlik’ten ayrılma iradesini Avrupa Konseyine resmî olarak ilan etmek ve ayrılık sürecini başlatmak istemiştir. Hükümet, uluslararası anlaşmalar yapma ve anlaşmalardan çekilme işlemlerinin Kraliyet imtiyazları bağlamında yürütmenin yetkisi alanında olduğu, dolayısıyla Birlik’ten ayrılık talebinin kendisi tarafından yapılması gerektiği görüşündedir. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, 1972 yılında yürürlüğe giren Avrupa Toplulukları Kanunu’nun (ATK) AB hukukunu kendiliğinden iç hukukun parçası kılan ilgili hükmünden yola çıkarak<sup>65</sup> hükûmetin AB’den ayrılma sürecini başlatmasının iç hukukta doğrudan sonuçlar doğuracak mahiyette olduğunu, Parlamento iradesi ile kanun mertebesinin de üstüne çıkarılmış AB hukuku düzenlemelerini ortadan kaldıracak işlemin yine bu hukuku iç hukukun parçası kılan hukuki kaynağın muadili bir düzenleme ile yani Parlamento kanunu ile başlatılabileceğine karar vermiştir.

Kısaca Parlamento imtiyaz yetkisinin kullanımı ile alakalı kanuni bir düzenleme benimserse mahkemeler Parla mentonun iradesine

<sup>62</sup> Lord Parmoor: “...where a matter has been directly regulated by statute there is a necessary implication that the statutory regulation must be obeyed, and that as far as such regulation is inconsistent with the claim of a Royal Prerogative right, such right can no longer be enforced”. *Attorney-General v De Keyser’s Royal Hotel*, s. 546.

<sup>63</sup> *Attorney-General v De Keyser’s Royal Hotel*, s. 539.

<sup>64</sup> *R Miller v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017) UKSC No. 5, 24/1/2017.

<sup>65</sup> Avrupa Toplulukları Kanunu, 2. madde: “From the 1st day of January, 1973, the treaties governing the European Communities and the existing and future acts adopted by the institutions of those Communities shall be binding on the State and shall be part of the domestic law thereof under the conditions laid down in those treaties.”

üstünlük tanıyacaktır. Bu her iki hukuki kaynak birbiriyle açıkça çatışmasa ve dolayısıyla imtiyazın varlığını koruduğu tespiti yapılsa bile imtiyaza dayalı yürütme yetkisi kanuni düzenlemenin maksadını veya ortaya çıkardığı neticeyi etkisiz kılacak şekilde kullanılamaz. Kanuni bir düzenleme ile farklı hukuki sonuçların doğduğu imtiyaz alanının yürütme işlemi ile değiştirilebilmesi için yine Parlamento'nun o düzenlemeye denk bir işlemle yetkilendirmesi gerekmektedir. Hakkında şu ana kadar kanuni bir düzenleme olmayan prorogasyon işlemi için de Parlamento ileride bu yürütme yetkisini tümünden ortadan kaldıracak veya kullanım şeklini (yetki-süre) ya da sonuçlarını sınırlayacak bir kanun çıkarırsa bugüne kadarki uygulama bir kenara bırakılarak Parlamento'nun iradesine üstünlük tanınacaktır.

## B. YARGISALLIK TARTIŞMASI

1984 tarihli *Council of Civil Service Unions*<sup>66</sup> kararına kadar imtiyazların "kullanımında" (*exercise of prerogatives*) mahkemelerin sınırlı alanda denetim yapabileceği kabul edilmiştir<sup>67</sup>. Bu denetim, ilgili olayda gerçekten hükümetin dayandığı gibi bir Kraliyet imtiyazının var olup olmadığı ve buna dayanılarak yapılan işlemin kanunlarla çelişip çelişmediği (kapsam tartışması) üzerinedir<sup>68</sup>. Buna karşılık açık kanuni bir düzenlemenin olmadığı bir durumda bu imtiyazların nasıl kullanılacağı meselesi ve kullanım şeklinde dayanılan gerekçelerin yerindeliği yürütmenin takdir yetkisi kapsamında siyasi denetime mahsus hususlar olarak görülmüştür (*injusticiability*).

Örnek olarak 1971 yılında verilen *Blackburn v Attorney General* kararında<sup>69</sup>, yargıçlar davacı tarafın hükümetin imzaladığı Roma Anlaşması'nın "Parlamento egemenliğine" aykırı bir rejim öngördüğü iddiasını incelemekten kaçınmış; yürütmenin uluslararası anlaşma yapma imtiyazının nasıl kullanıldığını denetleme görevinin mahkemelerde olmadığına hükmetmişlerdir. Hâkim görüş, imtiyazların kullanımında denetimin Parlamento tarafından yapılabileceğine ilişkindir<sup>70</sup>. Bu noktada Parlamento'nun yapacağı siyasi kontrolün

---

<sup>66</sup> *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985) A.C. 374, 22/11/1984.

<sup>67</sup> Sossin, L. (2002). "The Rule of Law and the Justiciability of Prerogative Powers: A Comment on Black v. Chretien Poole", *McGill Law Journal*, C. 47, S. 2, s. 148.

<sup>68</sup> Alder, J. (2002). s. 304.

<sup>69</sup> *Blackburn v Attorney General* (1971) 1 WLR 1037, 10/5/1971.

<sup>70</sup> Turpin, C./ Tomkins, A. (2012). s. 716.

soru önermeleri, Başbakan'a doğrudan yöneltilen sorular, komisyon tahkikatları ya da dolaylı olarak bütçe kısıtlaması ile gerçekleştirilebileceği ileri sürülmüştür<sup>71</sup>.

Buna karşın imtiyazlardan kaynaklı yürütme yetkisinin kullanımının yargı konusu edilemeyeceğine ilişkin geleneksel görüşten keskin dönüş 1984 tarihli *Council of Civil Service Unions* kararında yaşanmıştır. Mahkeme bu kararda, imtiyazlara dayanan yürütme yetkisinin "kullanımının" yargısal rejiminin, kanuna dayalı yürütme yetkisinin yargısal rejiminden farklı olmaması gerektiği görüşüne varmıştır. Olayda Başbakan Margaret Thatcher, istihbarat kuruluğu olarak hizmet veren İletişim Merkez Teşkilatında çalışan kamu görevlilerinin sendikalara üye olma hakkını millî güvenlik gerekçesiyle "kamu hizmetlerini düzenleme"ye ilişkin Kraliyet imtiyazı yetkisi (*the conduct of the civil service*) ile sonlandırmıştır. İlgili sendikalar, o güne kadar sendikal haklara ilişkin idari düzenlemelerde sendika temsilcilerine danışmanın genel bir uygulama olduğunu, bu itibarla idare hukukunda kabul gören meşru beklenti hâlinin oluştuğunu (*the doctrine of legitimate expectation*), kendilerine danışılmadan yapılan bu yasaklamanın hakkaniyete aykırı bir durum meydana getirdiğini ileri sürmüşlerdir. Dava son temyiz makamı olarak Lordlar Kamarasının önüne gelmiş, görevli yargıçlar davayı reddetse de kararın inşasında geliştirilen tartışma tekniği Kraliyet imtiyazlarının yargısal rejimi açısından yeni bir devri başlatmıştır.

Yargıçlar, yürütmenin kanuna dayanan yetki kullanımında nasıl ki idarenin işlemlerinde aranan ve idari yargı konusu edilebilen birtakım ilkeler varsa imtiyazlara dayalı yürütme işlemlerinde de benzer yargılama kriterlerinin uygulanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Lord Diplock, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminin idare mahkemelerinde belli kriterler çerçevesinde yapıldığını ve bu ilkelerin yetki aşımı (*ultra vires*), usule ilişkin uygunluk (*procedural propriety*), orantılılık (*proportionality*) ve mantıksallık (*rationality*)<sup>72</sup> olduğunu tespit

<sup>71</sup> Öte yandan, Kraliyet İmtiyazlarının siyasi kontrolünün uygulamada yetersiz kaldığı da tartışılmaktadır. Bkz. Public Administration Select Committee (2004). "Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament", Fourth Report of Session 2003-04, No: HC 422, s. 7.

<sup>72</sup> Lord Diplock, bir işlemi ya da kararı hukuksuz kılmada başvurulacak irrationality testini şöyle açıklamıştır: "By 'irrationality' I mean what can by now be succinctly referred to as 'Wednesbury unreasonableness'. It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it...". Mukayeseli ve Kamu Hukuku Merkezi'nin düzenlediği bir

etmiştir. Ona göre mahkemeler bu ilkelerin varlığını kanunlardan kaynaklanan yetkilerin kullanımında inceleyebiliyorsa imtiyazlardan kaynaklanan yetkilerin kullanımında da inceleyebilmelidir. Lord Roskill de benzer duruma dikkat çekmiş, “neden gücün kaynağının kanun olmaması, ama imtiyaz olması, vatandaşları kaynağın kanun olması halinde onun kullanım şekliyle alakalı sahip olacağı sorgulama hakkından mahrum etmesi” gerektiğini anlayamadığını ifade etmiştir<sup>73</sup>. Fakat Lord Roskill yine de bazı imtiyazların doğası gereği yargı konusu edilmeye müsait olmadığını da ileri sürmüştür.

*“Fakat sorgulama hakkının koşulsuz olduğunu düşünmüyorum. Bunun kullanılan imtiyaz yetkisinin konusuna bağlı olduğunu düşünüyorum...Sözleşme yapma, devlet savunması, af yetkisi, onur sağlama, parlamentonun dağılması ve bakanların atanması gibi imtiyaz yetkileri yargılamaya tabi değildir, çünkü onların doğası ve konusu yargı işine uyumlu değildir. Mahkemeler bir anlaşmanın sonlandırılması, silahlı kuvvetlerin özel bir usulle oluşturulması veya parlamentonun belli bir tarihte değil de bir başka tarihte dağılmasına karar verme mercii değildirler.”<sup>74</sup>*

Hangi imtiyazların doğası yargılamaya uygundur ya da değildir? Bunun ölçütleri nelerdir<sup>75</sup>? Kararda bu soruların cevapları verilmemişse de tüm yargıçların üzerinde ittifak ettikleri nokta, imtiyaz yetkisinin kullanımı kanuna dayalı idari işlemlerin denetlenebilmesi gibi yargı denetimine açık olması gerektiğine ilişkindir<sup>76</sup>. Bu karar gelecekteki uyuşmazlıklarda mahkemeleri, imtiyazların “varlığını” ve “kapsamını” tespit eden bir noktadan bunların kamu hukukunun genel prensiplerine uygun kullanılıp kullanılmadığını yargılayabilme noktasına taşımıştır<sup>77</sup>. Bu dönüşümle Lordlar Kamarası takip eden davalarda, yürütmenin

---

konferansta Lord Carnwath, Diplock'un ortaya koyduğu 'irrationality' ölçütünü eleştirmiştir. Bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=fCYMc8RCffk> (erişim tarihi: 13/10/2019).

<sup>73</sup> *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, s. 27.

<sup>74</sup> *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, s. 29.

<sup>75</sup> Profesör Robert Craig'e göre, Lord Roskill'in yargılanamaz olarak saydığı imtiyazlar *obiter dicta*, yani bağlayıcılığı olmayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bkz. <https://ukconstitutionallaw.org/2019/07/12/robert-craig-judicial-review-of-advice-to-prorogue-parliament/>, (erişim tarihi: 13/10/2019). Benzer bir tartışma için ayrıca bkz. Neenan, C. (1998). “Reviewing Prerogative Powers: Roskill's List Revisited”, *Judicial Review*, C. 3, S. 1.

<sup>76</sup> Bu kararla alakalı en tartışmalı nokta, Lordların hükümetin milli güvenlik gerekçesini yetersiz delillere rağmen kabul etmiş olmasıdır. Bkz. Drewry, G. (1985). “The GCHQ Case-A Failure Of Government Communications”, *Parliamentary Affairs*, C. 38, S. 4.

<sup>77</sup> Dava hakkında detaylı bir analiz için bkz. Blom-Cooper, L./Drabble R. (2010). “GCHQ revisited”, *Public Law*, C. 1.

imtiyazlara dayanarak pasaport başvurusunu reddetme (*Everett*)<sup>78</sup>, özür yayımlamayı reddetme (*Bentley*)<sup>79</sup>, homoseksüelleri askerî hizmetten alma (*Smith*)<sup>80</sup> gibi işlemlerinin yargılamaya açık olduğunu kabul ederek ilişkili olduğu kamu hukuku ölçütleri çerçevesinde hükümler tesis etmiştir. Yüksek Mahkemenin 24 Eylül 2019 tarihinde prorogasyon imtiyazı hakkında *Cherry/Miller* kararı da bu yargısal atılımın kuvvetli bir örneği olarak ders kitaplarına geçmeye namzettir.

### III. PROROGASYON ÖNCESİ SİYASİ SÜREÇ

#### A. BİR ÇIKIŞ YOLU OLARAK PROROGASYON

2017 Haziran erken seçimlerinin ardından göreve gelen Theresa May'in Azınlık hükûmeti, Avrupa Birliği ile yapılacak müzakereler sonucu hazırlanacak ayrılık anlaşmasını Parlatentonun onayına sunacağı sözünü vermiştir (*Meaningful Vote*)<sup>81</sup>. Bu çerçevede Parlamento üç farklı zamanda May Hükûmetinin hazırladığı anlaşmaları reddetmiştir. Avrupa Birliği Anlaşması 50. maddesinin öngördüğü iki yıllık müzakere süresi 29 Mart 2019'da dolacağından May, müzakerelerin devamı için altı aylık uzatma talep etmek zorunda kalmış ve AB Konseyinin de uygun görmesi ile Birlik'ten ayrılma tarihi nihayet 31 Ekim 2019'a ertelenmiştir. Bu yenilgilerin ardından siyasi ağırlığını iyice kaybeden May, 24 Mayıs 2019'da başbakanlıktan yeni Muhafazakâr Parti başkanının seçilmesi ile istifa edeceğini basın açıklaması ile duyurmuştur. May'in kabinesinde 2016 Temmuz-2018 Temmuz aralığında dış ilişkiler sekreteri olarak görev yapan ve kampanyasını "anlaşmasız ayrılık" senaryosu üzerine yoğunlaştıran Boris Johnson, 22 Temmuz 2019'da parti başkanı seçilmiş<sup>82</sup>, bir gün sonra Kraliçe'nin daveti ile hükûmeti kurma yetkisi elde etmiştir.

<sup>78</sup> *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Everett*, (1989) 2 W.L.R. 224, 20/10/1988.

<sup>79</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Bentley*, (1993) 4 All 442, 7/07/1993.

<sup>80</sup> *R. v. Ministry of Defence ex parte Smith*, (1996) 2 W.L.R. 305, 3/11/1995.

<sup>81</sup> Bu çerçevede 26 Haziran 2018'de yürürlüğe giren Avrupa Birliği Ayrılık Kanunu'nun (*European Union Withdrawal Act*) 13. maddesinde, (i) anlaşmanın son hâli ve Birlik'le ilişkilerin gelecekte nasıl sürdürüleceğine dair plan üzerinde Avam Kamarasının onayı, (ii) Lordlar Kamarasında konunun ayrıca ele alınması ve (iii) anlaşmanın uygulamaya geçirilmesine ilişkin özel bir kanun düzenlemesi gerekli kılınmıştır. Böylece Parlatentonun uluslararası anlaşmalarda genel olarak sahip olduğu yetkilere (*Constitutional Reform and Governance Act 2010*) kıyasla ayrılık sürecinde daha etkin rol oynama imkânı elde ettiği iddia edilmiştir. Bkz. <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawal.html>, (erişim tarihi: 12/10/2019).

<sup>82</sup> Muhafazakâr Parti başkanlık seçimi prosedürü hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/conservative-party-leadership-contests>, (erişim tarihi: 13/10/2019).

Sürenin dolmasına üç ay kala göreve gelen Johnson Hükûmetini AB ile yeni bir anlaşma tesis etme ve bunu Parlamentonun onayına sunma süreci beklemektedir. Şayet AB ile yeni bir anlaşma yoluna gidilecekse bu anlaşmanın önemli değişiklikler içermesi gerekmektedir çünkü bir Parlamento geleneği olarak aynı yasama devresi içinde reddedilmiş kanun tasarısı/teklifi ya da Parlamento kararı teklifi, aynı ya da önemli oranda benzer içerikte yeniden görüşülememektedir (*the "same question" rule*)<sup>83</sup>. Buna karşın AB yetkilileri birçok kez yeni anlaşmanın artık mümkün olmadığını dile getirmişlerdir<sup>84</sup>. Dolayısıyla hükûmet için yasama devresinin kısa bir süreliğine prorogasyon işlemi ile sonlandırılıp yeni yasama devresinde benzer hatta aynı anlaşma taslağının Parlamento onayına sunulması bir çıkış yolu olarak gözükmiştir.

Öte yandan Johnson ve hükûmetin bazı ileri gelenleri AB ile istedikleri koşullarda yeni bir anlaşmaya varmalarının artık ümitsiz bir durum olduğunu ve 31 Ekim'de dolacak müzakere sürecinin yeniden uzatılmasının 2016 referandumunda ortaya çıkan millî iradeye saygısızlık olacağını defalarca dile getirmişlerdir. Hükûmeti devralan bu sert ayrılıkçı grup, ülke içi siyasi dengeleri de gözeterek anlaşmalı ayrılık için çalıştıklarını ileri sürse de AB'den talep ettikleri şartların katı ve uzlaşılmaya uygun olmaması bu grup için asıl çözüm yolunun anlaşmasız ayrılıktan geçtiğini göstermiştir. 31 Ekim'de akıllarındaki anlaşmasız ayrılık senaryosunun (birinci ihtimal) gerçekleşmesi için geride duran şu üç ihtimalin gerçekleşmemesi gerekmektedir:

*İkinci ihtimal:* Hükûmet, dillendirdiği katı ayrılıkçı siyaseti bir kenara bırakıp Parlamentonun muhalefet ettiği önceki anlaşmalardan ders çıkardığı yeni bir anlaşma üzerinde çalışır ve bu anlaşma 31 Ekim'e kadar Parlamento tarafından onaylanır.

*Üçüncü ihtimal:* 31 Ekim'e kadar yeni bir anlaşma taslağı hazırlanamaz (ikinci ihtimal gerçekleşmez) ve Parlamento

---

<sup>83</sup> Haddon, C. (2019). 'The Speaker's Brexit ruling does not rule out a third meaningful vote', bkz. <https://www.instituteforgovernment.org.uk/blog/speakers-brexit-ruling-does-not-rule-out-third-meaningful-vote> (erişim tarihi: 13/10/2019).

<sup>84</sup> Nitekim Başbakan Theresa May anlaşmanın Parlamento tarafından 12 Mart 2019'da ikinci defa reddedilmesi üzerine AB'nin yeni bir anlaşmaya kapalı olduğunu ifade etmiştir. 13 Mart'taki PM Questions oturumunda şunu söylemiştir: "The options before us are the same as they always have been: we could leave with the deal that this Government have negotiated over the past two years (or) we could seek to negotiate a different deal, but the EU has been clear that the deal on the table is indeed the only deal available." HC Hansard, 13 March 2019, sütun 464. Bkz. <https://hansard.parliament.uk/Commons/2019-03-13/debates/31D9EDE0-5E57-4491-81E7-77DD7C279DBE/UK'SWithdrawalFromTheEuropeanUnion#division-24393>, (erişim tarihi: 13/10/2019).

hükûmetten müzakere sürecinin yeniden uzatılmasını talep etmesini ister.

*Dördüncü ihtimal:* Parlamento ülkenin Birlik'ten ayrılma isteğini tümünden geri çeker.

Anlaşmasız ayrılık ihtimalinin gerçekleşmesi için hükûmetin pasif kalması ve süreyi doldurması yeterlidir. İşte tam bu noktada Johnson için, parlamentonun prorogasyon işlemi ile uzun bir süreliğine devre dışı bırakılmasının en kolay çözüm yolu olduğu konuşulmaya başlanmıştır. Böylece yukarıda belirtilen anlaşmasız ayrılığın alternatifi olası üç engel ortadan kalkacaktır. Uzun bir süre toplanamayan Parlamento, olası bir anlaşmayı görüşüp onaylayamayacak; müzakere sürecinin uzamasını gerekli kılacak bir kanun ya da karar çıkaramayacak<sup>85</sup> ya da Birlik'ten ayrılmaya dönük en baştaki talebi bütünüyle geri çekemeyecektir.

Yargılamalarda sunulan ek delillerden, Başbakanlık Ofisi Yasama Faaliyetleri Direktörü Nikki da Costa'nın 15 Ağustos'ta Başbakana mevcut yasama devresinin sonlandırılması hakkında tavsiyede bulunduğu ve uyuşmazlık konusu 34 günlük prorogasyonun detayları hakkında bilgi verdiği anlaşılmaktadır. Bu tavsiyede, eğer yasama devresi sonlandırılmayacaksa Meclis gündemine getirilecek yeni kanun tasarılarının yürürlüğe girmesi için en az 4 ile 6 ay arasında bir süreye ihtiyaç olduğu, dolayısıyla içinde buldukları yasama devresinin uzun bir süre daha sürmesinin gerekebileceği belirtilmiştir<sup>86</sup>. 24 Ağustos'ta Observer'ın yaptığı haberle Johnson'un beş haftalık prorogasyon planının detayları ilk kez kamuoyuna sızmıştır. Habere göre Johnson, hükûmetin hukuk işlerindeki temsilcisi (Attorney General) Geoffrey Cox'a anayasal olarak parlamentonun prorogasyon yoluyla beş hafta kapatılıp kapatılamayacağını sormuştur. Cox, Brexit karşıtı grupların yargıya başvurmadıkları sürece bunun mümkün olabileceğini belirtmiştir<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Aşağıda da değinileceği üzere Başbakan Johnson'un öngöremediği bir hızla Parlamento, *prorogasyon* kararının uygulanmaya başlamasından bir gün önce 10 Eylül 2019'da yürürlüğe geçirdiği *European Union Withdrawal-No. 2 Act 2019* Kanunu aracılığıyla hükûmeti 19 Ekim'e kadar anlaşma sağlanamazsa müzakere sürecini dört ay uzatmaya mecbur kılmıştır. Bu çerçevede Johnson 19 Ekim'de AB Konseyine uzatma başvurusunda bulunmak zorunda kalmıştır. Kanun'un yürürlük süreci için bkz. <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawalno6.html>, (erişim tarihi: 13/10/2019).

<sup>86</sup> R(Miller) v PM, § 12.

<sup>87</sup> Haber için bkz. <https://www.theguardian.com/politics/2019/aug/24/johnson-seeks-legal-advice-parliament-closure>, (erişim tarihi: 13/10/2019).



## B. 'CENTİLMEN ANLAŞMASI'NIN ZAYIFLAMASI

Makalenin giriş bölümünde Birleşik Krallık Anayasası'nın özünde yerleşik bir centilmen anlaşması ruhundan bahsettik. Dedik ki bu anlaşma, devlet içinde farklı fonksiyonları temsil eden güçlerin o ana kadar devlet yönetimi ve kurumları arasında hüküm süren anayasal teamüllerin kendilerinden öncekilerini bağladığı gibi kendilerini ve kendilerinden sonrakilerini de bağlayacağına ilişkin inancı ve bu inanç doğrultusunda teamüllere bağlılığını kapsamaktadır. Devamında şu soruyu sorduk: Siyasi iktidar anayasal teamüllerin kendisinden beklediği centilmenlikten yoksun ise ne olacaktır? Peki ama buradaki yoksunluktan neyi kastetmiştik?

Theresa May'in hazırladığı ayrılık anlaşmalarının Parlamento tarafından üç kez reddedilmesi ve Boris Johnson'un göreve gelmesini müteakip Parlamento'ya sunduğu ilk altı talebin -ki bunların arasında seçimlerin yenilenmesi taleplerinin reddi en önemlilerindedir (4-9 Eylül)- reddedilmesi Parlamento'yu Muhafazakâr Parti için yeni hedef hâline getirmiştir. Birleşik Krallık siyasetinde kök salmış kurumların başında gelen bir parti olmasına rağmen yine bu partinin içinden çıkan sert ayrılıkçı kanat, kurumları ve Parlamento'yu küçümseyici yepyeni bir popülist söylemi seslendirmiştir. Bu söylemde Parlamento, devlet yönetimini Avrupa kurumlarına teslim etmiş; hâlihazırda Brexit sürecini bloke etmeye devam eden ve referandum sonucunun gerekliliklerini yerine getirmekten kaçınan, halkın karşıtı bir kurum olarak resmedilmektedir. Birlik'ten kopuşu bir türlü hayata geçirememiş ya da buna engel olmuş gibi görünen Parlamento, bu popülist söylemde "halk" obsesyonunun karşı hedefi hâline getirilmiştir. Örneğin bu söyleme sıkça başvuran liderlerden biri olan Başbakan Boris Johnson, bir konuşmasında şunu söylemiştir:

*"Korkarım ki; üç buçuk yıl sonra halk kendisinin enayi yerine konduğunu (taken for fools) düşünmeye başlıyor. Kendilerinden, sanki Brexit'i istemeyen güçler kendileriymiş diye şüphelenmeye başlıyorlar."*<sup>88</sup>

Bu cümlelerle Johnson, egemenlik kavramını daraltarak onu sadece Brexit'i talep eden seçmenlere hasretmektedir. Söz konusu popülist diskurun anlayışında, halk tabiri referandumda evet oyu veren kesimlere "halk"ı "enayi yerine koyup" "Brexit'i istemeyen güçler" ise elitler ve

---

<sup>88</sup> Bkz. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49894100>, (erişim tarihi: 15/10/2019).

Parlamentoya karşılık gelmektedir. Yine bu söylemde Parlamento son üç yıla yakın süredir yaşanan anayasal krizler ve sosyal gerilimde başı çeken bir kurumdur. Yüzyıllara yayılmış demokrasi mücadelesinin kahramanı, egemenliğin fiili olarak yegâne sahibi ve anayasal olarak iradesinin mahkemelerde dahi sorgulanamadığı bir Parlamento topluma halkın isteklerini yerine getiremeyen, yetersiz, ehliyetsiz, felce uğramış zombi<sup>89</sup> yani atıl bir kurum olarak sunulmaktadır. Bunu yaparken küçümseyici bir dil kullanmak sıradanlaşmıştır. Yine Johnson'un ifadesiyle:

*"Eğer parlamento bir laptop olsaydı, ekranı pizzadan kader çarkı olurdu. Eğer parlamento bir okul olsaydı, Ofsted onu kapatırdı. Eğer parlamento bir televizyon programı olsaydı, çoğumuz ormanın dışına gönderilmiş olurduk."*<sup>90</sup>

Bu söylemle toplumda gelişen algı da iç açıcı görünmemektedir. Hansard topluluğunun yakın zamanda yaptığı bir araştırmaya göre Birleşik Krallık vatandaşları kamu yararına hizmet etmesi bakımından kurum olarak orduya (%74), yargıya (%62) ve sivil bürokrasiye (%49) Parlamentodan (%34) daha fazla güvenmektedir. Yine halkın sadece yüzde 25'i Parlamentonun Brexit sürecini başarıyla yönetebileceğine inanmaktadır<sup>91</sup>. Özetle birçok açıdan Parlamento aleyhine işlemiş bu süreçte devleti yöneten sert ayrılıkçı siyasetçilerin hâkim olduğu yürütme, anayasal gelenekleri ve parlamentonun egemenliğini ikincil plana atan popülist ve centilmenlik dışı bir duruş benimsemiş görünmektedir. Yargıçların önüne gelen Parlamento egemenliğinin otuz dört günlük prorogasyon işlemi ile ihlal edildiği iddiası, söz konusu kurumun yürütme tarafından sistematik bir şekilde ayak bağı görüldüğü uzun bir sürecin parçası şeklinde okunmalıdır.

#### IV. TEMYİZ EDİLEN KARARLAR

Yüksek Mahkeme kararı öncesindeki yargısal süreç ayrı yürüyen iki davadan oluşmaktadır. Bunları İskoçya ve İngiltere yargılamaları başlığı altında inceleyeceğiz.

---

89 Bkz. <https://www.heraldsotland.com/news/17930149.boris-johnson-set-skip-zombie-parliament-pmq-favour-tory-conference-speech/>, (erişim tarihi: 15/10/2019).

90 Bkz. <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/02/boris-johnson-asks-tory-conference-are-we-ready-for-no-deal-brexite>, (erişim tarihi: 15/10/2019).

91 Araştırma sonuçları için bkz. [https://assets.ctfassets.net/rdwvqctnt75b/7iQEHTkIbLcrUk-duGmo9b/cb429a657e97cad61e61853c05c8c4d1/Hansard-Society\\_\\_Audit-of-Political-Engagement-16\\_\\_2019-report.pdf](https://assets.ctfassets.net/rdwvqctnt75b/7iQEHTkIbLcrUk-duGmo9b/cb429a657e97cad61e61853c05c8c4d1/Hansard-Society__Audit-of-Political-Engagement-16__2019-report.pdf), (erişim tarihi: 15/10/2019).

## A. İSKOÇYA YARGILAMALARI

### 1. Outer House (2019) CSOH No. 70, 4/9/2019

Cherry ve diğerlerinin açtığı davaya, İskoçya Yüksek Temyiz Mahkemesi (*Court of Session*) bünyesinde ilk derece mahkemesi olarak görev yapan tek yargıçlı Outer House bakmış ve prorogasyon yetkisinin yargılanamaz imtiyazlardan olduğuna karar vermiştir. Davacı taraf, yürütmenin yetkilerini kullanırken Parlamento'ya karşı sorumlu olduğunu ve prorogasyon yetkisini bu sorumluluğu engellemek ya da Parlamento'nun kontrolünü etkisizleştirmek için kullanması hâlinde anayasaya aykırı hareket etmiş olacağını ileri sürmüştür (bkz. § 6). Yürütme makul olmayan bir yöntemle ülkenin Birlik'ten ayrılması arifesinde Parlamento'yu onu sorumlu tutma yollarından mahrum bırakmış ve anlaşmasız ayrılık planı karşısında tartışmaya yeterli zaman bırakmayarak siyasi sorumluluğunun önünü kapatmayı hedeflemiştir. Prorogasyonun somut olayda yargılanabilir olduğunu ileri sürerken hukuki gerekçesini 1689 Haklar Bildirgesi'ne dayandırmıştır. Bu metin, Parlamento'nun anayasal fonksiyonlarını engelleyen ya da kısıtlayan yetki suistimalini yasaklamıştır.

Hükûmet, politik konuları içeren imtiyazların kullanımının dava konusu edilemeyeceğini ve prorogasyonun da bu imtiyazlardan olduğunu savunmuştur. Söz konusu işlemin siyasi alanı ilgilendirdiğini, hakkında hukuki standartların olmadığını, olası bir yargılama faaliyetinin ancak siyasi yargılamalarla sonuca varabileceğini, erkler ayrılığı ilkesinin mahkemeleri siyasi süreçlere müdahale etmemesini gerektirdiğini ifade etmiştir. Buna mukabil sorumluluğun parlamento ve seçmene karşı olduğunu, prorogasyon hakkında getirilecek bir kısıtlamanın mahkemelerden değil Parlamento'dan gelmesi gerektiğini savunmuştur. Ona göre mahkemeler anayasal bir teamül hakkında kural olarak karar veremezler. Ancak istisnai hâllerde örneğin hükûmetin prorogasyonu iki yıl gibi uzun bir süre için ya da genel seçimlerde çoğunluğu kaybettikten sonra uygulaması, işlemin hukukiliğini inceleyebilirler .

Yargıç Lord Doherty olayın yargılanamaz olduğuna karar verirken hükûmetin gerekçelerini neredeyse aynen sıralamıştır. Üç buçuk sayfada inşa ettiği kararında; yüksek siyasi içerikli imtiyazların (*of high policy*)<sup>92</sup> yargılanmasında, ki ona göre hükûmetin prorogasyon kararı

---

<sup>92</sup> Bu tabir, imtiyazların yargılanabilir olup olmadığının tartışıldığı geçmiş mahkeme kararlarında da kullanılmaktadır. Örnek olarak Lord Taylor pasaport basma imtiyazının

bu niteliktedir ve siyasi hesaplara dayanır, mahkemelerin bunların hukuksallığını tartışacak araçlara ve standartlara sahip olmadığını, davacı tarafın, prorogasyonun yargılanabilir olmasına ilişkin hiçbir ikna edici delil sunmadığını ve prorogasyon hakkında parlamentonun getirmedığı kısıtlamaları mahkemelerin fazladan getiremeyeceğini ileri sürmüştür.

## 2. Inner House (2019) CSIH No. 49, 11/9/2019

Davanın İskoçya aşamasındaki son temyiz mercii olan Inner House, görevli üç hâkimin oybirliği ile prorogasyon işlemi hukuka aykırı bulmuş ve işlemin hiçbir etki doğurmadığına karar vermiştir. Gerekçeli karar metni altmış sekiz sayfadan oluşmaktadır. Hâkimler, gerekçelerini birbirlerinden bağımsız olarak kaleme almışlardır.

Mahkeme başkanı Lord Carlowey'e göre Parlamentonun işlevsiz kılınması iddiası hakkında verilecek karar, varsayıldığı gibi siyasi içerikli bir yargı olmaz; eğer doğruluğu ispatlanırsa işlemin hukuksuz kılınmasını gerektirecek düzeyde anayasal bir sorun teşkil eder. Ona göre dava konusu işlem, Parlamentonun toplanma ehliyetinin özüne dokunduğu ve dolayısıyla onu asli görevlerinden olan hükûmeti denetlemeden men ettiği için mahkemenin yargılama yetkisinde olmalıdır. Lord Carlowey'e göre olayda hükûmetin uyguladığı şekliyle prorogasyon, çok kritik bir dönemde Parlamentonun hükûmeti denetlemesi için elinde olan zamanı azaltma etkisine sahiptir. Anlaşmasız ayrılık otomatik olarak gerçekleşecek ve Parlamentonun artık tartışacak bir şeyi kalmayacaktır. Lord Carlowey mütalaasının sonunda mahkemenin bu kararla Parlamenteoya hangi günler toplanması gerektiğini dikte etmediğini, Parlamentonun buna kendisinin karar verme yetkisine sahip olduğunu, mahkemenin müdahale ettiği ve hukuksuz bulduğu hususun ise bu işlemin ülke için kritik bir zamanda olası toplanma günlerini kısıtlayıcı etkide olmasından kaynaklandığını ifade etmiştir.

---

ele alındığı Everett kararında şunu demiştir: *"The majority of their Lordships indicated that whether judicial review of the exercise of prerogative power is open depends upon the subject matter and in particular upon whether it is justiciable. At the top of the scale of executive functions under the prerogative are matters of high policy, of which examples were given by their Lordships; making treaties, making war, dissolving Parliament, mobilising the Armed Forces. Clearly those matters, and no doubt a number of others, are not justiciable. But the grant or refusal of a passport is in a quite different category. It is a matter of administrative decision, affecting the rights of individuals and their freedom of travel. It raises issues which are just as justiciable as, for example, the issues arising in immigration cases."* R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Everett, s. 820.

Lord Brodie, benzer şekilde olayın mahkemeler tarafından denetlenmesinin önünde hiçbir engel olmadığı görüşündedir. Yasama gündeminin hazırlanması beş haftalık ara vermeyi gerekli kılmamaktadır. Ona göre bu işlemin siyasi bir manevra olarak vasıflandırılması şüphesiz kendiliğinden onu yargılanamaz kılmaz. Siyasi manevralar, ama Parlamento ama hükûmet tarafından yapılsın günlük politikanın bir parçasıdır. Ancak bu manevra ülke için kritik bir dönemde Parlamentoyu hüsrana (*to frustrate parliament*) uğratacak şekilde yapıyorsa mahkemenin bunu hukuka aykırı ilan edebilmesi gerekir. Parlamentoyu hüsrana uğratmak ya da etkisiz kılmak ise hukuken uygun olmayan bir amaçtır (*improper purpose*, § 91).

Lord Young kaleme aldığı gerekçenin başında, diğer hâkimlerden farklı olarak Birleşik Krallık Anayasası'nın üç temel ilkesine dikkat çekmiştir: Parlamentonun egemenliği, yürütmenin Parlamento'ya hesap verme yükümlülüğü ve hukukun üstünlüğü. Hukukun üstünlüğü ilkesinden işlemin yargılanabilir olması gerektiği, Parlamento egemenliği ve yürütmenin hesap verme sorumluluğundan yargıladığı bu işlemin uygun amaca dayanmadığı kanaatine varmıştır. Göreceğimiz ki her ne kadar Lord Young'ın görüşlerine atıf yapmamışsa da Yüksek Mahkeme hükümsüzlük kararının inşasında bu ilkeleri esas almıştır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, yürütme veya herhangi bir devlet kurumunun eylemlerini hukuk sınırları içinde gerçekleştirmesini gerekli kılar. Bu sınırların neler olduğu ve aşılmayıp aşılmadığını belirleme görevi ise mahkemelerdedir. Lord Young'a göre yargısal denetim, hükûmetin savunmasında dayandığı Parlamentonun siyasi denetimini engellemeyecektir. Yürütmenin karar ve eylemleri hem yargı hem de Parlamento tarafından denetlenir. Yargıç prorogasyon özelinde şöyle bir paradoksa dikkat çeker: Parlamentonun prorogasyona maruz kalması, bu işlemi siyaseten denetlemesi beklenen kurumun bizzat kendisini askıya almaktadır. Ona göre mahkeme prorogasyonun uygun amaçla kullanılıp kullanılmadığını denetlerken hükûmeti siyasi temelde denetlemiş olmayacak ancak bununla yetkili organın görevini yapabilmesini sağlamış olacaktır. Lord Young da diğer iki hâkim gibi prorogasyonun uygun bir maksatla gerçekleştirilmemesinden (*improper purpose*) hükümsüz kılınması ve hiçbir sonuç doğurmaması gerektiği görüşüne varmıştır.

**B. İNGİLTERE YARGILAMASI (2019) EWHC No. 2381 (QB),  
11/9/2019**

İngiltere Yüksek Mahkemesi İskoçya Temyiz Mahkemesinin aksine oy birliği ile prorogasyon imtiyazının yargılanamaz olduğuna karar vermiştir. Gerekçeli karar ortak yazılmıştır. Davacı tarafın esas iddiası İskoçya davasında ileri sürülen iddia ile birebir örtüşmektedir. Mahkeme ayrıca görüşlerinden yararlanmak için muhalefet partisinin hukuk işleri baştemsilcisi (Shadow Attorney General), 1990-1997 arasında başbakanlık yapmış John Major, Galler ve İskoçya Hükûmetlerinin hukuk başmüşavirlerinin görüşlerine başvurmuştur. Bu dört makam da hükûmetin prorogasyon işleminin olayda uygulandığı şekilde Birleşik Krallık Anayasası'na aykırı olduğu yönünde görüş beyan etmişlerdir.

İngiliz Mahkemesi, söz konusu prorogasyon işleminin yargılanamayacağına hükmetmiştir. Bu kararın gerekçesini sırasıyla şu üç maddede belirtebiliriz: Birincisi davacının iddiasının aksine mahkeme, yargılanabilirlik tartışmasının Parlatentonun egemenliği ihlali iddiasının değerlendirilmesi safhasından önce gelmesi gerektiğini düşünmektedir. Aksi takdirde erkler ayrılığı ilkesi, yürütme ile yargı ilişkisi özelinde ihlal edilmiş olur. Mahkemeye göre yargı yetkisinin sınırı imtiyazın yüksek siyasi konulara ilişkin olup olmadığına (*matters of high policy*) göre tayin edilecektir. Mahkeme hükûmetin prorogasyon kararının siyasi olduğu görüşüne sahiptir ve ilginç şekilde bu görüşünü hükûmetin gerekçelerini tekrarlayarak geliştirmiştir. Hükûmet yasama gündemini planlamak istemektedir, tavsiye edilen süre içinde aynı zamanda partiler kongrelerini düzenleyecektir, mevcut yasama devresi aşırı uzamıştır, yeni kanun tasarıları Parlamento gündemine gelirse ya mevcut yasama devresinin uzun bir süre daha uzaması gerekecektir ya da bu tasarılar kanunlaşmadan yeni yasama devresine geçişle işlem den kalkacaktır ve yeni yasama devresi öncesi Kraliçe'nin konuşmasının hazırlanması gerekmektedir. Mahkemeye göre hükûmetin ileri sürdüğü bütün bu gerekçeler, siyasi değerlendirmelere dayanır ve bu gerekçelerin meşruluğunu tartışmak yargının işi olamaz.

Mahkeme sadece prorogasyon imtiyazının siyasi nitelikte olduğunu belirtmemiş, aynı zamanda bu imtiyazın kullanım gerekçesinin salt yasama gündeminin planlanması ya da Kraliçe konuşmasının hazırlanmasına indirgenemeyeceğini de ileri sürmüştür. Yani hükûmet

prorogasyon kararı alırken çeşitli siyasi gerekçelere dayanabilir. Bu düşüncesine, Parlamento Kanunu 1949'un yürürlüğe girmesinde başvurulmuş olan prorogasyon örneğinden varmıştır. O gün yürürlükte olan Parlamento Kanunu 1911'e göre Lordlar Kamarasının onaylamadığı (finansal konuları ilgilendirmeyen) bir kanunun yürürlüğe girebilmesi için Avam Kamarasının o kanun tasarısını peş peşe üç yasama devresinde onaylaması gerekmektedir. Lordlar Kamarasının onaylamadığı söz konusu kanun tasarısını hızlı bir şekilde yürürlüğe koymak isteyen hükümet, içinde bulunulan yasama devresini 13 Eylül 1948'de prorogasyon ile sonlandırıp, 14 Eylül'de ikinci yasama devresini başlatmıştır. İkinci defa kanun tasarısını onaylayan Avam Kamarası ve reddeden Lordlar Kamarası 25 Ekim 1948'de hükümetin ikinci prorogasyon kararı ile üçüncü yasama devresine girmiş, bu yasama devresinde de Avam üyelerinin çoğunluğunun tasarımı onaylaması ile kanun yürürlüğe girebilmiştir. Benzer şekilde Mahkemeye göre hükümet prorogasyon yetkisini Kraliçe konuşmasının hazırlanması dışında Avrupa Birliği'nden ayrılma sürecinde siyasi bir avantaj elde etmek için kullanmışsa dahi bu mahkemenin denetleyebileceği alanın dışındadır.

Mahkeme, ayrıca davacının prorogasyonun beş haftalık süresinin aşırı olduğu iddiasını değerlendirmede dayanabileceği hiçbir referansının olmadığını, dolayısıyla hukuki bir yargılama yapamayacağını belirtmiştir. Kaldı ki bu konuda anayasal bir teamül bile olsa bunun yargı konusu yapılamayacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre sadece prorogasyonun amaçları değil süresinin belirlenmesi de siyasi bir husustur. Özetle Mahkeme hükümetin imtiyaz yetkisine dayalı prorogasyon kararının (i) siyasi nitelikte olması ve (ii) yargılamada referans alınacak hukuki kriterlerin eksikliği üzerinden yargılama konusu edilemeyeceğine hükmetmiştir. Ona göre Birleşik Krallık Anayasası devletin üç erki arasında zamanla gelişmiş bir denge mekanizmasına dayanır. Bu denge mekanizmasında, Parlamentonun egemenliği ilkesi güçler ayrılığı ilkesinin üstünde değildir. Yargının yetkisini aşarak yürütme-yasama arasındaki ilişkiye müdahale etmesi kabul edilemez.

Karar, davacı tarafın temyiz talebi üzerine doğrudan Yüksek Mahkemeye sevk edilmiştir (*leapfrog appeal*)<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> *Leapfrog appeal*, kamu yararının olduğu hâllerde İngiltere Yüksek Mahkemesinin ilk kez

## V. YÜKSEK MAHKEME KARARI (2019) UKSC No. 41, 24/9/2019

Yüksek Mahkemenin uyuşmazlıktaki görev tanımı, İngiltere Mahkemesinin benimsediği tanımdan ayrıışmaktadır. Bu iki Mahkeme de kararlarının birinci paragrafında neye karar vermeleri gerektiğini şöyle açıklamışlardır:

İngiltere Mahkemesi:

*“Karar vermemiz gereken ana mesele, Başbakanın Parlatonun prorogasyonu kararının mahkemelerde (in Her Majesty’s courts) yargılanabilip yargılanamayacağı veya bunun bütünüyle siyasi bir mesele olup olmadığıdır.”*

Yüksek Mahkeme:

*“Mesele, Başbakan tarafından Parlatonun 9-12 Eylül arasında 14 Ekim’e kadar prorogasyona tabi tutulmasına dönük Kraliçeye yaptığı tavsiyenin hukuki olup olmadığıdır.”*

Bir ilk derece mahkemesi olarak davaya bakmış İngiltere Mahkemesi, davanın açılmasının ana gerekçesi olan prorogasyonun hukuka aykırı olduğu iddiasını daha en başta kendi görevini tanımlarken dışlar görmektedir. Önüne gelen dosyada hâlihazırda görülmüş bir dava olsa bu Mahkemenin önceki yargılamadaki tartışmalardan yola çıkarak kendi kararının gerilim noktasını daha ilk paragrafta yargılanabilirlik üzerine yoğunlaştırması göze çarpmayabilirdi. Buna karşın kendi yargılamasından önce üç karar çıkmış ve bu kararların temyiz mercisi olarak görevi devralan Yüksek Mahkeme, görev tanımını prorogasyon işleminin hukuki olup olmadığı şeklinde formülize etmiştir. İşlemin yargı konusu edilip edilemeyeceği, ancak bu esas soruya cevap arama niyetiyle yola çıkıldıktan sonra cevaplandırılacak bir sorudur.

Yüksek Mahkemenin karar metni yirmi iki sayfadan oluşmaktadır. Somut olay ve tarafların iddialarının özetlenmesini bir kenara bırakacak olursak Mahkeme esas kararını dört soru etrafında inşa etmiştir. Bunlar:

- (1) Başbakanın Kraliçe’ye yaptığı prorogasyon tavsiyesinin hukukiliği sorununun mahkemelerde incelenebilir olup olmadığı,

---

gördüğü davayı (trial judge) kendi içindeki temyiz mekanizmasını atlayarak (Court of Appeal), doğrudan Yüksek Mahkemeye yönlendirmesini sağlayan bir temyiz türüdür (Grant of Certificate, the Administration of Justice Act 1969, section 12(3A)(c)). Olayda, İngiltere Yüksek Mahkemesi altında karar veren ilk derece mahkemesi Miller’in temyiz talebini önemli bularak doğrudan Yüksek Mahkemeye sevk etmeye karar vermiştir.



- (2) Yargılanabilirse bunun hangi standartlarla yargılanabileceği,
- (3) Bu standartlarla söz konusu işlemin hukuka uygun sayılıp sayılamayacağı
- (4) Hukuka uygun değilse hangi yaptırıma karar verilmesi gerektiği

Mahkemenin bu dört soruya cevap verdiği asıl karar bölümünü, yine aynı soru sistematikliğini takip ederek ele alacağız.

### **A. PROROGASYON KARARININ YARGILANABİLİRLİĞİ MESELESİ**

Soru: *“Başbakanın Kraliçe'ye yaptığı prorogasyon tavsiyesinin hukukiliği sorunu mahkemelerde incelenebilir mi?”*

Mahkeme bu soruya cevap vermeye geçmeden önce prorogasyon imtiyazı ile alakalı dört ilkesel tespit yapmıştır. Birincisi, her ne kadar prorogasyon yetkisinin kullanımında Kraliçe'nin onayı gerekse de onun başbakanın tavsiyesinin dışında hareket etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla prorogasyon işleminin sonuçlarından anayasal olarak bizzat başbakan sorumludur. İkincisi, uyuşmazlığın taraflarının siyasetçiler olması ya da konusunun siyaseten tartışmalı bir meseleye müteallik olması, mahkemelerin bu uyuşmazlığa bakamayacağı anlamına gelmez. Üçüncüsü, yürütmenin Parlamente'ye karşı sorumlu olması başlı başına mahkemelerin yargılama yetkisini ortadan kaldırmaz. Bunun prorogasyon imtiyazı kapsamında özel bir sebebi vardır. Prorogasyonun etkilerinden biri olarak hükûmetin Parlamente'ye karşı olan sorumluluğu işlem süresi boyunca ortadan kalkmaktadır. Böylece hükûmetin prorogasyon kararının altında yatan amaç, işlemin doğası gereği siyasi denetim yapılamadan gerçekleşmektedir. Mahkeme bu durumu İngilizcedeki şu deyimle tarif etmiştir: *“...closing the stable door after the horse had bolted”* (§33) yani *“Atı alan Üsküdar'ı geçmiştir.”* Dördüncüsü, eğer bir uyuşmazlık hukuken yargılanabilirse onun hakkında yargısal karara varmak erkler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bilakis mahkemeye göre:

*“Yürütme...yetkisinin hukuka aykırı kullanımını engellemekle, mahkeme erkler ayrılığına etkinlik kazandırır.”* (§34)

Mahkemeye göre imtiyaza dayalı yürütme yetkilerinin yargısal ihtilafı iki şekilde sınıflandırılabilir: Birincisi, imtiyaz yetkisinin

“varlığı” ve “sınırları”na ilişkin ihtilaflar (*existence and extent*). Öteden beri kabul edilen görüş, mahkemelerin bir olayda gerçekten imtiyaz yetkisi olup olmadığı ve varsa yetkinin imkân verdiği ölçüde yani yetkinin sınırları dâhilinde, kullanılıp kullanılmadığına ilişkin yargılama yetkisinin olduğuna ilişkindir (bkz. bölüm II.B.). Bu denetim, olaydaki yürütme işleminin yetkinin kaynağı varsayılan Kraliyet imtiyazına olan uygunluğu denetimidir. Mahkemeye göre “yargılanamazlık” doktrini, ihtilafın bu konularda değil imtiyazın “kullanımının” diğer hukuki ilkeler çerçevesinde sorgulandığı hâllerde gündeme gelmektedir. Hatırlanacağı üzere Kraliyet imtiyazlarının yargısallık sorununu ele aldığımız bölümde, Lordlar Kamarası’nın *Council of Civil Service Unions* kararıyla, Thatcher Hükûmetinin aldığı sendika yasağı kararının idare hukuku ilkeleri ışığında yargılanmasının mümkün olduğu görüşünü belirtmiştik. Kanundan kaynaklanan yürütme yetkisinin kullanımının idare hukuku ilkeleri ölçeğinde yargılanabilmesi gibi imtiyazdan kaynaklı yürütme yetkilerinde de benzer yargılamanın yapılabileceği kabul edilmişti. Buradaki yargılama, yetkinin kaynağı kanun ya da imtiyazla buna dayanılarak yapılan işlem arasındaki ilişkiye dönük bir yargılama değildi. Tartışma, kaynağına yani imtiyaz yetkisine uygun yapıldığı tespit edilen ya da varsayılan işlemin hukukun diğer ilkeleri ile olan ilişkisine dönüktü. Gerçekten Yüksek Mahkemenin de vurguladığı gibi *Council of Civil Service Unions* davasında imtiyaz yetkisinin varlığı ya da sınırları üzerinde bir ihtilaf yoktur. Hükûmetin aldığı karar bu iki noktada da hukuka uygun görünmektedir. Hukuka aykırı bulunan nokta, yetkinin “kullanım şeklinin” idare hukukunda hâkim olan ilkelerden birine (*procedural impropriety*) uygun olmamasıdır.

Prorogasyon davasında Hükûmet, *Council of Civil Service Unions* kararındaki Lord Roskill’in imtiyaz yetkisinin “kullanım şeklinin” hiçbir şekilde yargılanamayacağını ileri sürdüğü “uluslararası anlaşma yapma, devlet savunması, af yetkisi, onur sağlama, Parlamentonun dağılması ve bakanların atanması” Kraliyet imtiyazlarına ve *Everett* kararındaki “high policy” kriterine gönderme yaparak prorogasyon yetkisinin de Parlamentonun dağılması gibi benzer nitelikte olduğunu, dolayısıyla bu yetkinin de yargı konusu edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, Hükûmet vekilinin bu iddiasının dikkate alınabilmesi için söz konusu davanın yukarıda belirtilen ikinci tür ihtilaf kategorisinde olması gerektiğini yani yürütmenin prorogasyon yetkisini sınırları içinde

kullanmasına rağmen başka bir hukuki zeminde tartışılması durumunun mevzu bahis olduğu hâllerde dikkate alınabileceğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre yargılanabilirlik sorusuna cevap verebilmek için öncelikle prorogasyon imtiyazının genel olarak tespit edilebilir sınırlarının olup olmadığı, varsa Hükûmetin somut prorogasyon kararında bu sınırları aşıp aşmadığı, dolayısıyla davanın

- imtiyazın sınırlarına mı (1. ihtilaf türü)
- yoksa sınırlarına uygun kullanılan imtiyazın hukuksallığına mı (2. ihtilaf türü, yargılanamazlık doktrininin devreye girmesi)

ilişkin olduğuna karar verilmelidir. 1. ihtilaf türü kapsamında bugüne kadar Birleşik Krallık mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıkların tamamında kanuni düzenlemeler vardı ve imtiyazların sınırları kanunların başladığı yerde sonlanıyordu. Benzer şekilde kanunlardan kaynaklanan yürütme yetkilerinin sınırlarının tayin edilmesinde de mahkemelerin önünde referans alınacak ve yorumlanacak bağlayıcı metinsel bir kaynak bulunmaktadır. Peki ama prorogasyon gibi işlemeyen alanı hiçbir şekilde kanunlarla düzenlenmemiş bir imtiyaz yetkisinin hukuki olarak sınırları nasıl tayin edilecektir?

Mahkeme Başkanı Lady Hale'in hükmü okur okumaz bizi bu makaleyi kaleme alma kararını verdiren ana sebep, mahkemenin bu soruya verirken başvurduğu heyecan verici yaklaşımda yatmaktadır.

## **B. PARLAMENTONUN EGEMENLİĞİ VE YÜRÜTMENİN SORUMLULUĞU**

Soru: *“Tavsiyenin hukuksallığı hangi kriterle yargılanabilir?”*

Mahkemeye göre yürütmenin imtiyaz yetkileri, *common law*'a özgü bir durumdur ve dolayısıyla bu yetkiler onun prensipleri ile uyumlu olmalıdır.

*“Birleşik Krallık, Anayasa diye isimlendirilen tek bir belgeye sahip olmasa da; o, common law, kanunlar, teamüller ve uygulamalar tarafından tarihi süreç içinde tesis edilen bir anayasaya sahiptir. Kodife edilmediği için; bu anayasa, pragmatik şekilde gelişmiştir ve daha fazla gelişmeye imkân verecek düzeyde hala esnek kalmaktadır. Fakat; bu anayasa, mahkemeler tarafından uygulanmaya kabil hukukun birçok prensibini içermektedir. Onlara etkinlik kazandırmada, mahkemeler*

*anayasamızın değerlerini ve prensiplerini ayakta tutma ve onları yürürlükte kılma sorumluluğuna sahiptir. Devletin her bir erkine verilen yetkilerin hukuki sınırlarını belirleme ve herhangi bir yetki kullanımının bu sınırları aşıp aşmadığına karar verme onların hususi sorumluluğudur. Mahkemeler bu sorumluluktan, salt ortaya çıkan uyuşmazlığın bağlam ve dilinde siyasi olması gerekçesiyle kaçınmazlar.” (bkz. § 39)*

Mahkeme, yürütme yetkisinin sınırlarının hem kanunlardan hem de *common law*'un anayasal ilkelerinden meydana geldiğini ileri sürmüştür. Yani hukukilik ölçütleri salt kanunlardan türetilmez. Mahkeme bu görüşü ile imtiyazların hukuki sınırlarının (*extent*) sadece Parlamento Kanunu değil aynı zamanda *common law*'un anayasal ilkeleri olduğunu ortaya koymuştur. Bu kararı imtiyazlar alanında öncü bir içtihat kılacak nokta tam da budur.

*“Anayasanın hukuki prensipleri kanun hükümleriyle daraltılamaz, common law'un kurucu ilkelerini de içerir.” (§ 40)*

Bu çerçevede Mahkeme *common law* anayasasının iki prensibini tartışmaya başlamıştır: Parlamentonun egemenliği ve yürütmenin sorumluluğu.

Mahkemeye göre Parlamentonun egemenliğinin etkili şekilde uygulanması salt yasamanın çıkardığı kanunların normalsal olarak üstünlüğünü ilan etmekle olmaz.

*“Anayasamızın temel bir prensibi olarak parlamentonun egemenliği, yürütmenin hoşuna gittiği ölçüde imtiyazları kullanarak parlamentoyu yasama yetkisini kullanmaktan menetmekle baltalanmış olur. Fakat bu, parlamentoyu prorogasyona tabi tutma yetkisi üzerinde herhangi bir hukuki sınır olmaması halinde söz konusu olacak bir durumdur...Sınırsız prorogasyon yetkisi parlamentonun egemenliği prensibi ile uyumlu değildir.” (bkz. § 42)*

Dolayısıyla prorogasyon imtiyazı hakkında kanuni bir düzenleme olmasa dahi belli sınırlamalara tabidir. Mahkeme bu sınırlamanın kaynağının yine prorogasyon yetkisini hukuken var eden *common law*'un anayasal prensiplerinde yerleşik olduğunu belirtmiştir. Buna karşın Mahkeme, parlamentonun egemenliği ilkesinin parlamentonun sınırsız bir şekilde yasama faaliyetinde bulunacağı anlamına gelmediğini de düşünmektedir. Ona göre, modern dönemlerde parlamentonun

kısa süreliğine prorogasyona tabi olması kabul edilen ve tartışma doğurmayan bir uygulamadır.

*“Böyle bir prorogasyonun parlamentonun egemenliği ile uyumsuz olduğuna dair hiçbir iddia yoktur. Bunun parlamentonun yasama yetkisi üzerindeki etkisi görece az ve tartışmasızdır.” (bkz. § 45)*

Mahkeme ardından yürütmenin Parlamento'ya karşı olan sorumluluğunun da önemine dikkat çekmiş, Parlamento'nun yürütmeye yönelttiği soru önergelerinin, komisyon çalışmalarının ve yetki devrinin kontrolüne ilişkin sarf ettiği özel gayretlerin Birleşik Krallık demokrasi geleneği için hayati öneme sahip olduğuna vurgu yapmıştır.

*“Hadi kendimize anayasamızın temellerini hatırlatalım. Biz temsili bir demokraside yaşıyoruz. Avam Kamarası var çünkü halk onun üyelerini seçiyor. Hükümet halk tarafından doğrudan seçilmiyor. Hükümet var çünkü o, Avam Kamarasının güvenine sahip. Bunun dışında demokratik bir meşruiyete sahip değil. Bu, onun eylemlerinden dolayı Avam Kamarası ve, gerçekten, Lordlar Kamarasına karşı sorumlu olduğu anlamına gelmekte...” (bkz. § 55)*

Yine benzer şekilde Parlamento'nun kısa bir süreliğine prorogasyona tabi olmasının bu ilkeyi tehlikeye atmadığını fakat sürenin uzamasına paralel olarak sorumlu yürütme yerine sorumsuz yürütmenin ortaya çıkacağını belirtmiştir. O hâlde sorulması gereken soru şudur: Yürütmenin prorogasyon yetkisinin Parlamento'nun egemenliği ve yürütmenin sorumluluğu ilkeleri ile uyumlu olması için ne tür bir hukuki kıstasa tabi tutulması gerekir?

Mahkeme bu soruya cevabını -doğrudan gönderme yapmasa da- Lordlar Kamarasının *Council of Civil Service Unions* kararında benimsediği yargılama tekniği ile vermiştir. Hatırlanacağı üzere bu kararda çoğunluk görüşü, imtiyazların kullanım şeklinin hukukiliği denetiminin kanunlardan kaynaklanan yürütme yetkilerinin kullanım şeklinin hukukilik denetimi gibi yapılması gerektiğine ilişkindi. Yüksek Mahkeme kanunlardan kaynaklanan yürütme yetkisinin “sınırlarını” tayin ederken uygulanan ölçüte benzer şekilde imtiyazlardan kaynaklı yürütme yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde de başvurulabileceğini ileri sürmüştür.

Bu ölçütü, kanundan kaynaklı yürütme yetkisinin sınırının tartışıldığı 2017 tarihli *R (UNISON) v Lord Chancellor*<sup>94</sup> kararından yola çıkarak belirlemiştir. Karara konu olayda Hükûmet, daha önce harca tabi olmayan iş mahkemelerinde dava açma ve temyiz işlemlerini ücrete tabi kılmıştır. Hükûmet bu kararını açık yetki veren Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007'nin mad. 42/1 hükmüne dayanarak almıştır. Ülkenin Unison adlı en büyük sendikası yürütmenin yetkisini aşarak söz konusu ücretle bireylerin mahkemelere başvurma hakkını kısıtladığını ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme ücretlerin herkes tarafından karşılanabilir ölçüde olmadığına, ücretler kamunun üzerindeki yükü azaltsa da daha az kararlaştırılabilecek harç ile de yürütmenin ileri sürdüğü hedeflerin gerçekleşebileceğine, bu miktarda alınan ücretten elde edilen yararın onun bireylerin adalet aramadaki anayasal hakkını ihlal etmekle neden olduğu zarardan daha yüksek olmadığına ve bu yaratılan dengesizlikte makul bir gerekçe bulunmadığına karar vermiştir. Bu karardan yola çıkan Yüksek Mahkeme, prorogasyon yetkisinin sınırının ölçütünü şöyle formülize etmiştir:

*“Eğer makul bir gerekçe olmaksızın, prorogasyon Parlamentonun yasama organı ve yürütmeyi denetleme organı olarak anayasal görevlerini ifa etmesini engelleyen veya hüsrana uğratan (frustrate) etkiye sahipse, Parlamentonun prorogasyonu kararı hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir durumda, eğer bu etki istisnai bir eylem olarak müdahaleyi meşru kılacak düzeydeyse, mahkeme müdahale edecektir.”*(§ 50)

Mahkemeye göre Parlamentonun yetkilerinin engellenmesi ya da hüsrana uğratılmasını tespit etmek, yargının diğer tür uyuşmazlıklarda karşısına çıkan meseleler kadar tespiti sıradan bir olgudur. Bu soruya cevap bulmak, olayların tespitini yapmak kadar olağan bir yargı faaliyetidir. Yine de Mahkeme, başbakanın ileri sürdüğü gerekçeleri hassasiyetle değerlendirmesi gerektiğini kendine hatırlatmıştır:

*“Başbakanın Parlamentonun bir yasama devresini sona erdirmek ve yeni yasama dönemini başlatmak amacı, normal olarak modern uygulamada kısa süreli olan prorogasyonu gerekçelendirmek için yeterli olacaktır. Sadece istisnai durumda fazladan gerekçelendirme gerekli olabilir. Böyle bir durumda dahi mahkeme ileri sürülen gerekçeyi değerlendirirken akılda tutmalıdır ki Parlamentonun prorogasyona tabi*

<sup>94</sup> *R (UNISON) v Lord Chancellor* (2017) (2017) 3 W.L.R. 409, 26/07/2017.

tutulmasını monarşiye tavsiye edip etmemek başbakanın sorumluluk alanına düşmektedir ve bu, bazı durumlarda siyasi gerekçeleri de içeren değerlendirmeleri kapsayabilmektedir. Bu yüzden Mahkeme herhangi bir gerekçeyi başbakanın tecrübesi ve sorumluluklarına karşı hassasiyet içinde ve buna denk uyanıklıkla değerlendirmek zorundadır. Fakat başbakanın yetkisinin sınırları içinde kalıp kalmadığına karar vermek de mahkemenin sorumluluğundadır. Eğer kalmamışsa nihai mesele, bunun sonuçlarının mahkemenin müdahalesini gerektirecek önemde olup olmadığıdır.” (bkz. § 51)

Kısaca Mahkeme uyuşmazlığın prorogasyon yetkisinin sınırlarına ilişkin olduğu kanaatine varmıştır. Dolayısıyla olayda “yargılanamazlık” doktrininin devreye girdiği “imtiyazın kullanım şeklinin hukukiliği tartışması” söz konusu değildir. Eğer prorogasyon imtiyazı bir *common law* kurumu ise bu imtiyazın sınırları yine bu hukukun anayasal prensiplerinden olan Parlamantonun egemenliği ve yürütmenin sorumluluğu ilkeleri ile uyumlu olarak ele alınmalıdır. Şayet prorogasyon Parlamantonun yasa yapma ve yürütmeyi denetleme görevlerini yerine getirmeyi makul bir gerekçe olmaksızın engelliyorsa yargı duruma müdahale etmelidir. O hâlde olayda yetkinin sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığı, henüz belli olmayan bir prorogasyon işlemi söz konusudur. Mahkeme üçüncü soru altında hükûmetin olaydaki prorogasyon kararını değerlendirmeye geçmiştir.

### C. PROROGASYON KARARININ HUKUKİLİĞİ

Soru: “Tavsiye<sup>95</sup> hukuki miydi?”

Mahkeme hükûmetin somut olaydaki prorogasyon kararının Parlamantonun anayasal görevini ifa etmesini engelleyip engellemediği sorusuna cevaben, tereddüt etmeden “*The answer is that of course it did*” demiştir. Engellemiştir çünkü yaz arasından dönüş ile ayrılık günü olan 31 Ekim arasındaki sekiz haftanın beşinde Parlamantonun çalışmalarını bütünüyle kesintiye uğratmaktadır. Şüphesiz Parlamento bu dönemde hükûmetin ileri sürdüğü gibi kongre arasına da gidebilirdi ancak üyeler sürecin olağanüstü hâlini de göz önünde tutarak bu dönemin tamamında hükûmeti denetlemeyi sürdürmeyi tercih edebilirdi. Şayet kongre arası kararı alınsa dahi Parlamento bu arada yine belli yollarla

---

<sup>95</sup> Kraliçeye yapılan *prorogasyon* tavsiyesi.

hükûmeti denetlemeye devam edebilecekti. Buna karşın prorogasyon bu yolların tamamını devre dışı bırakmaktadır.

*“Köklü bir değişiklik 31 Ekim 2019’dan itibaren Birleşik Krallık Anayasası’nda meydana gelmek üzere. Bunun iyi olup olmadığı ne bu mahkeme ne de bir başkasının yargılaması içindir. Buna halk karar verdi. Fakat Parlamento ve hususen halkın demokratik olarak seçtiği temsilcileri olarak Avam Kamarasının bu değişikliğin nasıl gerçekleşeceği üzerine söz hakkının olması tartışmasızdır.”* (bkz. § 57)

Parlamentonun anayasal yetkilerinin önemli oranda kesintiye uğradığını düşünen Mahkeme, hükûmetin bunun için makul bir sebep göstermediğini ifade etmiştir:

*“Bir sonraki soru, demokrasimiz üzerinde böyle ekstrem etkiye neden olan bir eylemi gerçekleştirmede makul bir gerekçenin olup olmadığıdır. Tabi ki, bu tür bir kararı verirken hükûmete önemli oranda serbestlik tanınmalıdır. Biz başbakanın bu kararlaştırdığı prorogasyondaki saikiyle ilgilenmiyoruz. Biz onun bu yaptığında bir sebep olup olmadığı ile ilgileniyoruz. Değinen belgelerden açıktır ki, Parlamentonun beş haftalık kapatılması için hiçbir sebep ortaya konmamıştır. Herşey, yeni Kraliçe konuşmasının gerekliliğine ve bu konuşmanın bir önceki haftada değil de, 14 Ekim’de başlayan haftada yapılması ihtiyacına odaklanmıştır. Ama bu neden beş haftalık prorogasyonu gerektiriyor?”* (bkz. § 58)

Mahkeme, makul sebep yetersizliği görüşünü gerek eski Başbakan Major’ın tanık ifadesine gerekse Başbakanlık Ofisi Yasama İşleri Direktörü Nikki da Costa’nın Başbakana sunduğu beş haftalık prorogasyon tavsiyesi mütalaasını değerlendirerek ortaya koymuştur. Major, Kraliçe konuşmasının hazırlanmasının normal koşullarda dört ile altı gün arası bir süre aldığını ifade etmiştir. Kanun tasarıları genelde ilgili departmanlarda hazırlanmakta, Başbakana danışıldıktan sonra kabinenin onayına sunulmaktadır. Gerek yasama gündeminin gerekse konuşmanın hazırlanması beş haftalık süreden çok daha az bir zamanda tamamlanmaktadır.

Nikki da Costa’nın mütalaası 17-18 Ekim’de gerçekleşecek AB Konseyi toplantısı öncesi ve sonrası Parlamentoya oturum gerçekleştirme imkânı verilmesini tavsiye etmektedir ancak Parlamentonun prorogasyon sonrası toplanması için kararlaştırılan 14 Ekim’den önceki beş



haftada neden kapatılması gerektiği tavsiyesine ilişkin hiçbir neden gösterilmemiştir. Mütalaada, prorogasyon kapsamında geçecek sürenin parlamentonun zaten olağan kongre arasına denk geldiği belirtilmiştir. Buna karşın prorogasyon ve ara vermenin Parlamentonun çalışmaları üzerindeki farklı etkileri üzerinde hiç durulmamış, bunlar sanki aynı şeylermiş gibi ele alındığı izlenimi verilmiştir. Bu mütalaaya verdiği cevapta eylül dönemi oturumlarını zaten deli saçması (*rigmarole*) olarak değerlendiren Başbakanın alacağı prorogasyon kararında anayasal sorumluluğu bulunmaktadır.

*“Önümüze konan delillerden, Kraliçeye Parlamentonun 9-12 Eylül'den 14 Ekim'e kadar 5 hafta için prorogasyona maruz kalması için yapılan tavsiyenin, bırakın iyi bir sebebi, herhangi bir sebebe dayandığı sonucuna varmak bizim için imkansızdır. Daha fazla delil olmadan, bunun ne gibi sebeplerinin olabileceğini tahmin edemeyiz. Bundan şu sonuç çıkar ki; karar hukuka aykırıdır.”* (bkz. § 61)

Mahkeme hükûmetin prorogasyon kararının oybirliği ile hukuksuz olduğuna kanaat getirdikten sonra ilgili karara nasıl bir yaptırım uygulanması gerektiğini ele almıştır.

#### **D. UYGULANMASI GEREKEN YAPTIRIM**

Soru: *“Parlamento prorogasyona uğradı mı uğramadı mı?”*

Yukarıda da değinildiği üzere İskoçya Temyiz Mahkemesi (Inner House) hükûmetin prorogasyon kararının hem hukuksuz hem de hiçbir etki doğurmadığına hükmetmiştir. Bu hükmün uygulamaya geçirilmesi, Mahkeme tarafından temyiz durumu da göz önünde tutularak Yüksek Mahkemeye bırakılmıştır. İskoçya Mahkemesinin hükümsüzlük kararına itiraz eden hükûmet, temyiz dilekçesinde 1689 Haklar Bildirgesi'nin 9. maddesine dayanarak mahkemelerin bu şekilde karar veremeyeceklerini ileri sürmüştür. Bu maddeye göre:

*“Parlamentonun ifade ve tartışma özgürlüğü veya işlemleri (proceedings) herhangi bir mahkemede ya da Parlamento dışındaki bir yerde suçlanamaz veya sorgulanamaz.”*

Hükûmet, Parlamentonun prorogasyonunun Parlamentoda gerçekleşen bir işlem türü olduğunu iddia etmiştir. Erskine May'in parlamentonun çalışma kuralları hakkında en önemli kaynak kabul edilen *“Parliamentary Practice”* adlı eserine başvuran Yüksek Mahkeme,

bir işlemin Parlamento işlemi olarak kabul edilmesi için işlemin Parlamento tarafından onun kararıyla gerçekleşmiş olması gerektiği kanaatine varmıştır.

*“Tam tersine: bu ona dışarıdan empoze edilen bir şeydir. Parlamento üyelerinin üzerinde konuşabildiği ya da oylama yapabildiği bir şey değildir. Delegeler, Lordlar Kamarasındaki rolleri ile değil, Kraliçenin emrini yerine getiren Kraliyet delegeleri rolleri ile bu işlemi gerçekleştirmişlerdir.”* (bkz. § 68)

Dolayısıyla mahkeme yürütmenin prorogasyon kararının Bildirge'nin 9. maddesinin kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünmektedir. Ardından parlamentonun konsey kararının okunduğu 10 Eylül'den başlayarak sanki hiç prorogasyona maruz bırakılmamış gibi kararının sonuç doğurduğuna (*“as if the Commissioners had walked into Parliament with a blank piece of paper”*, § 69), dolayısıyla Parlamentonun yeniden toplanması için Meeting of Parliament Act 1797 kapsamında özel bir çağrının yapılmasının gerekli olmadığına, bundan sonra nasıl hareket edilmesi gerektiğine Parlamentonun kendisinin karar verebileceğine ve bu çerçevede her iki Kamaranın başkanının Parlamentonun derhâl toplanması için gerekli adımları atabileceğine hükmetmiştir.

## E. KARAR SONRASI

6 Eylül 2019 tarihli İngiltere Mahkemesinin hükûmetin prorogasyon işlemini yargılanamaz bulan kararından hemen sonra ve dava sürecinin getirdiği belirsizlikle hükûmetin anlaşmasız ayrılık planına karşı olan Parlamentonun çoğunluğu, 9 Eylül'de hükûmete AB ile 19 Ekim'e kadar yeni bir anlaşma üzerinde uzlaşamazsa müzakere sürecini 31 Ekim'den başlayarak dört ay uzatma yükümlülüğü getiren European Union Withdrawal-No. 2 Act 2019 Kanunu'nu yürürlüğe sokmayı başarmıştır. Dolayısıyla anlaşmasız ayrılık riski 31 Ekim tarihi için ortadan kalkmış oldu. Bu doğrultuda yeni bir anlaşma hazırlayamayan hükûmet 19 Ekim'de Birlik'e müzakerelerin dört ay daha uzatılması için başvurdu<sup>96</sup>.

Yüksek Mahkemenin kararını açıkladığı aynı gün iki Kamara başkanı da parlamenterleri ertesi gün saat 11.30'da toplantıya çağırmıştır<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Bkz. <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/19/eu-will-grant-brexite-extension-if-johnson-sends-letter-says-brussels>, (erişim tarihi: 22/10/2019).

<sup>97</sup> Bkz. <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/24/bercow-mps-return-urgent-supreme-court-ruling-suspension-parliament>, (erişim tarihi: 22/10/2019).

Muhafazakâr Parti Avam Kamarası grup başkanı, kararı 'anayasal darbe' ('*constitutional coup*') olarak yorumlamıştır<sup>98</sup>. 25 Eylül akşamı Birleşmiş Milletler toplantısından dönen Başbakan Johnson, Parlamenteonun akşam oturumuna katılmış, Yüksek Mahkemenin siyasi bir yargılamada bulunduğunu söylese de karara saygı duyduğunu ifade etmiştir<sup>99</sup>. Bir gün sonra Parlamento hükûmetin "kongre arasına" girme teklifini 289'a karşı 306 oyla reddetmiştir<sup>100</sup>. Dolayısıyla parti kongreleri Parlamento araya girmeksizin yapılmıştır. 2 Ekim'de hükûmet, 8 Ekim Salı gününden 14 Ekim Pazartesi gününe kadar Parlamenteonun prorogasyonuna karar vermiştir<sup>101</sup>. Böylece 8 Ekim'de, 21 Haziran 2017'de başlayan ve 839 takvim günü süren son 366 yılın en uzun yasama devresi sona ermiştir. Süresi altı gün olarak kararlaştırılan bu prorogasyon işlemi, hükümsüz kılınan bir önceki karar gibi anayasal krize dönüşmeksizin başarıyla uygulanmış ve 14 Ekim 2019'da Kraliçe konuşması ile yeni yasama devresi başlamıştır<sup>102</sup>.

## VI. DEĞERLENDİRME

Gerek İngiltere Mahkemesi gerekse İskoçya ilk derece mahkemesinin yargılanamazlık hükümlerinin esas gerekçesi olan prorogasyon imtiyazının "siyasi" ('*matters of high policy*') nitelikte olması savı ve buradan yola çıkılarak verilecek hükmün hukuki değil siyasi yargılamaya vücut vereceği görüşü bazı soruları beraberinde getirmektedir. Biz burada "yargılanamazlık" (unjusticiability) doktrininin İskoçya Temyiz Mahkemesi ve Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kararlarında değinilmemiş iki zayıf noktasına dikkatleri çekeceğiz.

Birincisi yargılanamazlık görüşünün prorogasyon özelinde yetkinin siyasi nitelikte olması gerekçesi ile tesis edilmesi, menfaatleri çatışan

---

<sup>98</sup> Bkz. [https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/jacob-rees-mogg-supreme-court-prorogation\\_uk\\_5d8a8f99e4b08f48f4ac2a15](https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/jacob-rees-mogg-supreme-court-prorogation_uk_5d8a8f99e4b08f48f4ac2a15), (erişim tarihi: 22/10/2019).

<sup>99</sup> Bkz. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49827803>, (erişim tarihi: 22/10/2019).

<sup>100</sup> Bkz. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49842880>, (erişim tarihi: 22/10/2019).

<sup>101</sup> Bkz. <https://www.heraldsotland.com/news/17942770.boris-johnson-plans-prorogue-parliament-october-8/>, (erişim tarihi: 22/10/2019).

<sup>102</sup> 29 Ekim'de Johnson Avam Kamarasına üçüncü defa erken seçim teklifi yapmış ve bunda da önceki iki teklif gibi üçte iki çoğunluğun desteğini sağlayamamıştır. Bunun üzerine hükûmet iki gün sonra erken seçim için üçte iki çoğunluğu şart koşan Fixed-term Parliament Act'i bir seferlik geçersiz kılacak bir yola başvurmuştur. Parlamenteonun basit çoğunluğunun desteği ile geçirilen yeni bir kanunla (Early Parliamentary General Election Act 2019) erken seçimlerin 12 Aralık 2019'da yapılması düzenlenmiştir. Bkz. <https://services.parliament.uk/Bills/2019-20/earlyparliamentarygeneralelection.html>, (erişim tarihi: 03/11/2019).

iki kurumun yasama ve yürütme olduğu hâllerde hatalı bir *common law* yargı refleksi gibi görünmektedir. Öncelikle imtiyazlarla alakalı *common law*'un geldiği noktayı bir kez daha hatırlayalım. İmtiyazlar da dâhil olmak üzere yürütmenin bütün yetkileri hukuki olarak sınırlıdır. Kullanım şekli sorgulanamayacak, sınırsız bir yürütme yetkisi yoktur. Şüphesiz prorogasyon yetkisinin hukuki sınırlarını tespit etmek güç olabilir ancak bu güçlüğü kabul etmek onun sınırlarının olmadığı ya da bunun hukuki bir mesele olmadığı sonucuna götürmemelidir.

Yürütmenin hangi işlemi (hukuka uygun ya da değil veya hukuksal sınırları tespit edilebilir ya da edilemez) siyasi hesaplara dayanmaz ya da siyasetin alanına girmez ki? Davacı tarafların dayandığı “Parlamentonun egemenliği” ve “yürütmenin hesap vermesi” ilkelerini yetkinin siyasi nitelikte olması gerekçesiyle tartışmamış olmak -aynı işlemi yargılayarak hukuka aykırı bulan İskoçya temyiz mahkemesi hükmü gibi- kurucu ama olumsuz ve kıvrak bir yargı iradesine dayanır. Buradaki kilit nokta yürütmenin “siyasi” nitelikte olduğu varsayılan prorogasyon yetkisi, kullanımında doğrudan Parlamento üzerinde sonuç doğurmayan -örneğin uluslararası anlaşma imzalama ya da af ilan etme gibi- bir yürütme yetkisi değildir. Kullanılan yetkinin etki alanı, doğrudan mahkemenin kendisini kenara çekerken temel aldığı erkler ayrılığı ilkesindeki bir başka erk olan Parlamentonun yani yasamanın anayasal yetki alanıdır.

Her iki Mahkemenin de bu hususu gözden kaçırdığını söylemek zorundayız. Bu çerçevede İngiltere Mahkemesinin “siyasi” nitelikteki imtiyaz yetkilerinin yargılanamayacağına ilişkin görüşünü inşa ederken referans verdiği geçmiş dönem altı mahkeme kararının da (bkz. §§ 43-50), yürütme ile üçüncü kişiler (yani hakkı ihlal edildiği iddia edilen tarafın Parlamento olmadığı) arasındaki uyuşmazlıklara dayandığını tespit ettik. Aşağıda referans verilen kararların içeriğini özetledik. Referans verilirken bağlamlarından koparılan bu kararlardan yapılan alıntıların tek ortak yanı, mahkemelerin yürütmenin yetki alanına giren konularda siyasi olmaları hasebiyle yargılama yapamayacağına dair beyanları içeriyor olmasıdır. Bunun dışında uyuşmazlıkların konuları, bu iki mahkemenin önüne gelen prorogasyon davasında olduğu gibi yasama ile yürütme arasındaki erksel çatışmaya yani anayasal bir ihtilafa ilişkin değildir.

• *A v Secretary of State for the Home Department*<sup>103</sup>: **Konu**-Adil yargılanma hakkı; **Karar**-Uzun süre yargılanmadan tutuklu kalan yabancı bir kişinin uluslararası terör şüphesiyle yargılanma hakkından mahrum edilmesi (*derogation*) insan haklarına aykırı bulunmuştur.

• *Gibson v Lord Advocate*<sup>104</sup>: **Konu**-Ekonomik haklar; **Karar**-Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin balıkçı gemilerine İskoçya sularını açan Avrupa Toplulukları Kanunu'nun İskoç balıkçılarına ekonomik zorluklar getirdiği iddiasıyla ilgili hükmünün geçersiz sayılmasının talep edildiği davada balık avlama hakkının kamusal bir hak olduğu ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair verilecek kararın siyasi bir mesele olmasından dava konusu edilemeyeceğine karar verilmiştir.

• *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland*<sup>105</sup>: **Konu**-Kuzey İrlanda first minister seçimi; **Karar**-Kuzey İrlanda Kanunu'na göre first minister Kuzey İrlanda Meclisinin toplanmasını müteakip altı hafta içinde seçilmelidir. Seçimler bu sürede sonuçlanmamışsa da Mahkeme, Kanun'u anayasal metin niteliğinde saymış; ilgili hükmün katı yorumlanmamasını, siyasi iradenin uygulanmasına fırsat verecek şekilde ele alınmasını ileri sürerek seçimleri geçerli saymıştır.

• *Khaira v Shergill*<sup>106</sup>: **Konu**-Dinî bir cemaatin görev atamaları; **Karar**-Hindistan merkezli Sih inancına bağlı bir tarikatın ikinci müşşidinin ölümünden sonra makamı devralacak müşşidin kim olacağı ve ileri sürülen müşşidin Birleşik Krallık'ın High Wycombe and Birmingham şehirlerindeki guruları değiştirip değiştiremeyeceğine dair yaşanan uyuşmazlıkta Mahkeme, dış ilişkilere ilişkin alınacak kararların yürütmenin yetki alanında olması ve din işlerinde yaşanan uyuşmazlıkların yargının görev alanında olmaması nedeniyle yargılanamazlığa karar vermiştir.

---

<sup>103</sup> *A v Secretary of State for the Home Department* (2005) 1 AC 68, 16/12/2004.

<sup>104</sup> *Gibson v Lord Advocate* (1975) SC 136, 144, 7/3/1975.

<sup>105</sup> *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* (2002) UKHL 32, 25/7/2002.

<sup>106</sup> *Khaira v Shergill* (2015) AC 359, 11/6/2014.

• *Wheeler v Office of the Prime Minister*<sup>107</sup>: **Konu**-Seçim manifestosunda verilen referandum sözünün yerine getirilmemesi; **Karar**-AB Anayasası taslağının hazırlandığı aşamada bu anayasayı referandum ile halkın onayına sunacağı sözünü veren hükümet, Birlik içinde mutabakatın sağlanamaması üzerine yeni hazırlanan Lizbon Anlaşması'nı referandumsuz imzalamıştır. Davacı tarafın referandumun yapılacağına dair haklı beklentisi olduğu iddiasına karşı Mahkeme, dava konusunun siyasetin alanında olduğunu söyleyerek yargılanamazlığına hükmetmiştir.

• *In McClean v First Secretary of State*<sup>108</sup>: **Konu**-İki parti arasında yapılan koalisyon anlaşması; **Karar**-Muhafazakâr Parti ile Kuzey İrlanda Demokratik Birlik Partisi arasında yapılan koalisyon anlaşmasının partiler arası meşru olmayan bir çıkar çatışmasına dayandığı ve bu nedenle hukuka aykırı sayılması iddiasıyla açılan davada Mahkeme, koalisyon anlaşmasının siyasi bir anlaşma olması ve bunun da güven oylaması veya yeniden seçilme gibi siyasi denetime tabi olmasından yargılama konusu yapılamayacağını kabul etmiştir.

Yasama ile yürütmenin karşı karşıya geldiği bir çatışmada yürütmenin eylemine ya da kararına, yine onun gerekçelerine gönderme yaparak ama bu gerekçeleri tartışamayacağını söyleyerek siyasi nitelik hüviyeti kazandırmak ve bu basit mantıkla yargılanamazlığına hükmetmek üstü örtülü bir şekilde yürütme yanında yer almaktır. Burada kullandığımız “yanında yer alma” ifadesi kanaatimizce tespit ettiğimiz mantıksal kusurun en hafif tabirle anlatımıdır.

İkinci sorun, anayasal teamüllerin yargılanamayacağı genel kuralının kararda ele alınış şeklinde yatmaktadır. Mahkemeler, davacıların iddiasını sanki prorogasyon yetkisinin kaynağını sorgulamayı talep etmişler gibi kurgulayıp reddiyeler düzmüşlerdir. Kanaatimizce anayasal teamüllerin hukuk denetimine tabi olmaması kuralı teamülün ilkesel olarak varlığının sorgulandığı anlarda ileri sürülebilir. Örneğin birileri çıkıp hükümetin genel olarak prorogasyon yetkisinin demokrasinin temel bir ilkesi olan Parlamento egemenliğine aykırı olduğunu ileri sürse mahkemeler bu kurala dayanarak kendilerini

---

<sup>107</sup> *Wheeler v Office of the Prime Minister* (2008) EWHC 1409, 25/6/2008.

<sup>108</sup> *In McClean v First Secretary of State* (2017) EWHC 3174, 26/10/2017.

yetkisiz görebilirler. Ancak bu kural o anayasal teamüle dayanılarak yapıldığı iddia edilen işlemin teamülün kendisine uygun gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetlenemeyeceği anlamına gelmemelidir. Teamül salt bir yetki başlığını içermez. Prorogasyon yetkisi belli bir kullanım şekliyle ortaya çıkan, gelişen ve bugün uygulanmaya devam bir imtiyaz türüdür. O hâlde mahkemeye düşen görev, yürütmenin imtiyaz yetkisi altında gerçekleştirdiğini iddia ettiği işlemin o ilgili ya da ilişkisi kurulan anayasal teamüle uygun olup olmadığını tartışmaktır ve bu tartışma kanaatimizce onu erkler ayrılığı ilkesini ihlal etme noktasına götürmez.

Prorogasyon özelinde bu tartışma, akıllara ilk anda imtiyazın özellikle süre ve amaç unsurları açısından incelenebileceğini getirmektedir. Nitekim işlemin yargılanamazlığına hükmeden her iki Mahkeme de bu noktada süre unsuru açısından hukuki bir kriterin olmadığını ifade etmiştir. Her ne kadar biz makalenin birinci bölümünde (I.C.) süre konusunu ele alırken (Avam Kamarası kütüphanesinin bir çalışmasından yola çıkarak) otuz dört günlük sürenin 1930-2017 döneminin beş günlük ortalamasına kıyasla aşırı uzun olduğunu tespit etmişsek de mahkemenin süre açısından belirsizliğe işaret etmesi bir yere kadar anlaşılabilir. Öte yandan; işlemin amaç unsuru açısından bir görüş oluşturmanın zor olmaması gerekirdi. Yürütmenin bu yetkisini hangi amaçlarla kullanması gerektiğini tek tek saymak şüphesiz imkânsız görünmektedir ve bunu tahdidi kılacak surette teşebbüs, yürütmenin takdir alanını kısıtlama olarak yorumlanabilecektir. Ancak olayda davacılar zaten özel bir duruma işaret etmektedirler. Bu, imtiyazın Parlamentonun egemenliği ve yürütmenin hesap vermesi ilkelerinin işlevsiz kılınması amacıyla kullanılmasıdır.

O hâlde mahkeme prorogasyonun bugüne kadar hangi amaçlarla kullanıldığının tek tek tespiti ile uğraşmayacak, davanın üzerine oturduğu söz konusu ilkeleri etkisizleştirecek şekilde kullanılıp kullanılmadığını sorgulayacaktır. Her iki Mahkeme de haklı olarak prorogasyon yetkisinin çeşitli siyasi amaçlarla kullanılabileceğini söylemişlerdir. Ancak sorgulamalarını davacı tarafların iddiaları ile daraltmadan prorogasyonun teamülen hangi amaçlarla ya da ne kadar süre ile kullanıldığını tespit etmeye girişmek ya da bu iki mahkemenin yaptığı gibi tespit edilemezliğine işaret edip işlemi yargılanamaz görmek, bütün bu tartışmanın esasının ıskalandığına işarettir.

Hâlbuki birinci eleştiri noktamızın yani imtiyazın siyasi nitelikte olması iddiasının Parlamentonun anayasal yetki alanında doğrudan sonuçları olan prorogasyon yetkisinde işletilemeyeceği görüşü, kabul edildiği noktada şöyle bir mantık yürütmesi yapılabilir: Yukarıda ele aldığımız *Case of Proclamations, De Keyser ve Miller* (No. 1) kararlarındaki yürütmenin imtiyaz yetkilerine getirilen kısıtlamaların tamamı, Parlamento egemenliğini koruma amacına dayanmaktaydı. Yürütme, başına buyruk emirlerle hukuku değiştiremez (*Case of Proclamations*), imtiyaz yetkisi yoluyla kanunları baypas edemez (*De Keyser*), imtiyazların kullanımı sonucu kanunların meydana getirdiği sonucu ortadan kaldıramaz ya da etkisizleştiremez (*Miller*, No. 1). Prorogasyon özelinde şüphesiz mahkemelerin önünde bu davalarda olduğu gibi sarıh bir imtiyaz-kanun çatışması iddiası yoktur. Ancak Parlamento egemenliğine karşı bu davalarda görüldüğünden daha tahripkâr ve müfrit bir tecavüz ihtimali vardır.

Şöyle ki açık imtiyaz-kanun çatışması iddiasının ileri sürüldüğü davalarda imtiyaz, Parlamentonun sadece muayyen bir kanundaki iradesini etkilemekte; onunla zıt bir durum meydana getirmektedir. 1842 tarihli Savunma Kanunu'na göre *De Keyser Oteli*'ne müsadereye karşılık tazminat ödenmelidir ancak tazminat ödemeyi reddetmekle yürütme, Parlamento egemenliğinin o tek bir olaydaki belli doğrultuda ortaya konmuş hâlini hiçe saymaktadır. Bu ihlale rağmen Savunma Kanunu yine yürürlükte ve bir başka zamanda yürütmeyi ona uygun hareket etme ya da etmediğinde benzer şekilde mahkemeler aracılığıyla etmeye zorlama kuvvetini sürdürür. Buna karşılık prorogasyonda yürütme, işlem süresi boyunca Parlamentonun egemenliğinin kullanılması araçlarını tümüyle bloke etmektedir. Bu işlemle onun sadece bir kanunundaki bir veya birkaç hükmünü hiçe saymamaktadır, yasama yetkisini kullanmasını bütünüyle durdurarak o somut olayda belli bir şekilde açığa vurulmuş Parlamento egemenliği hâlinin ötesinde sınırsız bir kısıtlamaya neden olmaktadır.

İngiliz siyaset bilimci Profesör Anthony Birch neredeyse elli sene önce yayımladığı kitabında Birleşik Krallık anayasa sisteminin yarışan iki farklı görüşe dayandığını ileri sürmüştür<sup>109</sup>: *Westminster ve Whitehall*

---

<sup>109</sup> Birch, A. H. (1964). *Representative and Responsible Government: An Essay on the British Constitution*, Toronto: University of Toronto Press.



görüşleri. *Westminster* görüşünün merkezinde Parlamento ve özellikle Avam Kamarası gelmektedir. Temsilî demokrasinin en asli kurucu aktörü olarak Parlamento, güvenoyu ile hükümeti kurar ve bozar. Yönetimin adeta kokpiti olan bu organın emrinde olan hükûmettir. Her ne kadar ülkeyi yönetmiyorsa da yönetenlerin dayandığı anayasal gücün nihai kaynağı bu kurumdur. Bu çerçevede o, sadece çoğunluk durumunda olan partinin değil bütün bir milleti içine alacak düzeyde bir kurumsal kimliğe sahiptir. Birleşik Krallık Anayasası Parlamento'yu bu sistemde belirleyici aktör kılan birtakım temel ilkelere sahiptir ve bu ilkelerin doğuşunda ve bugün uygulanışında mahkemeler önemli rol üstlenir.

Öte yandan *Whitehall* görüşünde sistemin merkezi hükûmettir. Etkili bir devlet yönetimi, hükûmetin hızlı ve tam yetkili hareket etmesini icap ettirir. Birleşik Krallık Anayasası ve Parlamento ile hükûmet arasındaki ilişki hükûmetin çalışmalarını başarıyla sürdürmesi üzerine kuruludur. Parlamento, devlet yönetiminde adeta dışarıdan bir organdır ve görevi hükûmeti denetlemekten öteye geçmez. Onun hükûmetle olan ilişkisi siyasidir ve bu ilişkinin sürdürülmesinde ortaya çıkan sorunlara seçilmemiş ve siyasi sorumluluğu olmayan mahkemeler karışamaz. Parlamentonun görevi liderini ve onun programını desteklemektir. O, *Westminster* görüşünün aksine kolektif bir kimliğe sahip değildir; aksine içinde birbiriyle uyumsuz fikirlere sahip partilerin çatışma hâlinde olduğu bir organdır.

Kanaatimizce Yüksek Mahkeme *Cherry/Miller* kararıyla, *Westminster* anlayışını üstün kılmıştır. Parlamentonun hükûmeti denetlemesi anayasal sistemin destekleyici unsuru değil bilakis sistemin nasıl yürümesi gerektiğinin ana prensiplerindedir. Yine hükûmetin esas iddiaları olan prorogasyon kararının Parlamento ve kendisi arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiği ve Birleşik Krallık Anayasası'nın bu varsayılan "siyasi" ilişkiye müdahale edebilmek için sunabileceği herhangi bir hukuksal ölçütünün olmaması *Whitehall* anlayışına karşılık gelmektedir. Bu anlayış nitekim İngiltere Mahkemesinde de önemli düzeyde karşılık bulabilmiştir.

*Cherry/Miller* kararında, Birleşik Krallık Anayasası'ndaki *Westminster* anlayışını destekleyen ve kanaatimizce bu kararı gelecek dönemlerde yüksek profilli kararlardan biri kılacak dört ayırt edici husus vardır:

Birincisi, imtiyazlara ilişkin yargılanamazlık doktrininin alanını daha da daraltmıştır. Davacı tarafların ve hükûmetin her iki yürüyen davada kabul ettikleri husus, mahkemelerin imtiyazların varlığı ve kapsamına ilişkin yargılama yetkisinin olduğuna ilişkindir. Buna karşın hükûmetin savunması, imtiyazın hukuki sınırları içinde kullanılması hâlinde onun nasıl ya da hangi gerekçelerle kullanılacağına ilişkin yargılanamazlık durumunun ortaya çıktığı yönündedir. Öte yandan Cherry ve Miller, iddia olarak hükûmetin savunmasının tam karşısında durmuşlardır. İmtiyaz, hukuki sınırları içinde kullanılsa dahi hukukun diğer prensipleri çerçevesinde dava konusu edilebilmelidir. Mahkemenin karardaki tartışma alanı, bu iki görüşün de dışında gelişmiştir.

*“...where a legal limit lies in relation to the power to prorogue Parliament, and whether the Prime Minister’s advice trespassed beyond that limit”* (bkz. § 37).

Ona göre uyuşmazlık, imtiyazın “kapsamına” ilişkindir. Peki, mahkemenin somut olaydaki uyuşmazlığı “kapsam” tartışması olarak ele almasının sebebi nedir? Kanaatimizce Mahkeme burada hükûmetin prorogasyon kararını yargılanır kılmak için basit bir kelime-sınıflandırma oyununa başvurmamıştır. Bu tercihin altında görüşümüzce bir önceki davalara kıyasla yargılama mantığındaki radikal değişim yatmaktadır ki bizce bu kararı *common law* yargı geleneğinde çığır açıcı kılacak husus bu değişimde aranmalıdır. Bunu, kararın ikinci ayırt edici özelliği olarak ortaya koyalım.

Mahkeme, yürütmenin prorogasyon kararının yargısal olarak denetlenebileceği görüşünü gücün sınırlarının anayasa hukukunun prensiplerince belirlendiği kanaatiyle oluşturmuştur.

*“...boundaries of the power are... determined (,) by the fundamental principles of our constitutional law”* (§ 38)

Mahkeme, Parlamentonun egemenliği ve hükûmetin sorumluluğu ilkelerini anayasal teamül (constitutional conventions) olarak ele almamış; bunları kararı boyunca *common law*’un anayasal ilkeleri (constitutional principles) olarak zikretmiştir. Bu karardan yola çıkarak imtiyazların “kapsamı” bundan sonra sadece kanunlara olan uygunlukları ile değil bu ilkelere olan uygunlukları ile de tartışılabilir. Bu itibarla kanunların imtiyazlardan üstün olduğu önermesini ortaya koyan

Case of Proclamations ya da 1688 Haklar Bildirgesi'ne kadar tarihî metinlerse Parlatentonun egemenliğı ve hükümetin Parlatentoya karşı olan sorumluluğı gibi soyut ve yazılı olmayan kavramları anayasal ilkeler olarak ele alıp bu ilkeleri imtiyazların kapsamı tartışmasında yeni hukuki kriterler olarak formülize eden bu karar da o düzeyde tarihî bir metin olarak değerdendirilmek zorundadır. Anayasa hukuku açısından bu karar *Council of Civil Service Unions* kararından daha farklı ve belki de üstün bir yere konulabilecektir. Şöyle ki gerek imtiyazların kanunlara uygunluğı denetimi gerekse kanunlara uygun imtiyazın kullanımının diğder kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde yapılan yargısal denetimi aslında bir idari yargı denetimidir. Buna karşı, *Cherry/Miller* kararındaki yargısal denetim tam manasıyla bir anayasal yargı denetimi olmuştur.

Üçüncüsü, ikinci nokta ile de bağlantılı olarak Parlatento egemenliğı sadece yürürlükte olan kanunların üstünlüğü anlamına gelmez. Bu ilke aynı zamanda Parlatentonun kanun yapma hakkını da içerir (bkz. § 42). Yani prorogasyon yetkisinin o ana kadar kanunla düzenlenmemiş ya da sınırlanmamış olması onun kontrolsüz bir şekilde kullanımına imkân vermez. Eğer bu imtiyaz, Parlatentonun anayasal yetkisi olan yasama faaliyetini kısıtlıyorsa anayasaya aykırı olacaktır.

Dördüncüsü, Mahkeme bu kararıyla prorogasyon işleminin hukukiliğı denetiminde işlemin makul bir gerekçeye (reasonable justification) dayanıp dayanmadığı testini geliştirmiştir. Makul bir gerekçe olmaksızın Parlatentonun anayasal yetkilerinin önemli oranda engellenmesi hukuka aykırı kabul edilecektir. "Makul gerekçe" kriterinin sürdürülebilir olup olmadığını gelecek uyuşmazlıklar gösterecektir.

## SONUÇ

Yüksek Mahkemenin *Cherry/Miller* kararı bazı basın organları ve parlatenterler tarafından eleştirilse de bu karar yürütmenin imtiyaz yetkilerinin Parlatento egemenliğı karşısında yaşadığı tarihsel daralma seyrini göz önüne getirdiğimizde radikal bir yargısal hamle olarak görünmemektedir. Ders kitapları ya da diğder akademik çalışmalar, bu kararın Birleşik Krallık Anayasası'ndaki tarihî önemini ve etkilerini bu makalenin yazarından daha detaylı ve sistematik tartışırken tahminimiz onu *De Keyser, Laker Airways, Miller (No.1), Council of Civil Service Unions, Everett, Bentley* ve diğderleri gibi imtiyazların "kapsamını" ya

da “kullanımını” daraltan kararlarla birlikte anacak, yargının imtiyaz yetkilerini denetlemedeki artan kontrolünün 2019 tarihli bir örneği olarak kullanacak ve bu yetkiler için ileri sürülen kanunlardan kaynaklanan yürütme yetkilerinden farklı bir yargısal rejime tabi tutulması klasik görüşünün (injusticiability) giderek zayıfladığına dair bir delil olarak göstereceklerdir.

Kararın siyasi bir karar olduğu yönünde de eleştiriler gelebilecektir. Yine de görüşümüzce, kendisinden önce verilmiş kararların dili ile karşılaştırıldığında Mahkeme, önüne gelen olayı olabildiğince tarafsız bir akıl yürütme ile okumaya çalışmış ve kararını inşa ederken, İskoçya temyiz mahkemesi gibi yürütmenin prorogasyon kararını uygun olmayan bir amaç (*improper purpose*) ile aldığı şeklinde bir ithamda bulunmaktan akıllıca kaçınmıştır. Ona göre uyuşmazlık, çok basit bir dille yürütmenin Parlamentoyu kritik bir dönemde normal zamanlarda dahi görünmediği kadar uzun bir süre prorogasyona tabi tutup tutamayacağına ilişkindir. Bu soruya cevap ararken geliştirdiği tartışma yöntemi ve sonrasında dayandığı *common law* ilkeleri, onu olay için atfedilen siyasi alana girmekten olabildiğince geri tutmuştur.

Kararda hükümetin ya da davacıların siyasi argümanları bütünüyle dışarıda tutulmuş, prorogasyon için uygun uzunluğun ya da amaçların neler olduğuna değinilmemiş ve başbakanın saikleri sorgulanmamıştır. Kararın inşası, Parlamentonun egemenliği ve yürütmenin sorumluluğu ilkeleri üzerine oturmuştur. Bu iki ilke de demokrasiyi güçlendirir, Parlamentoyu korur, yargıçları değil. Kanaatimizce *Cherry/Miller* kararını Birleşik Krallık Anayasası’nda ayrı bir yere koymamızı gerektiren özellik, yürütmenin teamüller çerçevesinde ve yüzyıllardır uyguladığı bir yetkisini ilk kez 2019 yılında sadece kanunlar ile değil anayasal ilkeler çerçevesinde de kısıtlanabileceğini ortaya koymuş olmasıdır. Bu yaklaşım kanaatimizce kanunları imtiyazların üzerine çıkaran yaklaşım kadar tarihî öneme sahiptir.

Erkler ayrılığı prensibi modern anayasacılıkta son birkaç yüzyılın temel anlatılarından birini oluşturuyorsa da hukukun üstünlüğü, Parlamentonun egemenliği ve yürütmenin yasamaya karşı sorumluluğu gibi liberal demokrasi mefkûresinin mütemmim cüzleri kabul edilen ve Türkiye gibi gelişmekte olan demokrasiler için kimi zaman eklektik kimi zaman sinkretik bağlamlarda ulusal anayasal metinlerin kurucu

felsefelerine sirayet edebilmeyi başarabilmiş başka birtakım aşkın ilkeler de gözardı edilmemelidir. Yine biliyoruz ki modern anayasacılığın bu ilkeleri, Batı menşeli toplumsal ve siyasi hareketlerin karmaşık ve uzun soluklu devinimleri neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu menşelerin en başında yazılı olmadığı ve mütehassıs bir anayasal yargıdan mahrum varsayımıyla çoğunlukça ihmal edilmiş Birleşik Krallık Anayasası gelmektedir. Kim diyebilir ki bütüncül bir anayasal metin ve anayasa yargısından mahrum bu anayasal monarşi, yazılı anayasaya sahip ve görünürde modern anayasacılığın tüm taklit araçlarını kendine ithal etmiş ülkelerin yargıçlarından daha pasif ve sönük bir yargı erkine sahiptir? Yüksek Mahkemenin 2019 tarihli *Cherry/Miller* kararı, Parlamentonun egemenliğinin diken üstünde görüldüğü bir anda, Birleşik Krallık Anayasası'nın kendini nasıl korumaya aldığını gösterecek yüksek profilli bir karar niteliğindedir.

## KAYNAKÇA

- ALDER, John (2002). *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, New York: Palgrave Macmillan.
- BARNETT, Hilaire (2002). *Constitutional and Administrative Law*, London&Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- BIRCH, Anthony Harold (1964). *Representative and Responsible Government: An Essay on the British Constitution*, Toronto: University of Toronto Press.
- BLOM-COOPER, Louis/DRABBLE, Richard (2010). "GCHQ revisited", *Public Law*, C. 1.
- COWIE, Graeme (2018). "A User' Guide to the Meaningful Vote", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No. 08424.
- COWIE, Graeme (2019). "Prorogation of Parliament", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No: 8589.
- DICEY, Albert Venn (1979). *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London: Palgrave Macmillan.
- DREWRY, Gavin (1985). "The GCHQ Case-A Failure Of Government Communications", *Parliamentary Affairs*, C 38, S. 4, ss. 371-386.
- EKINS, Richard (2019). "Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation", *Policy Exchange*.
- FORD, Robert/GOODWIN, Matthew (2017). "Britain After Brexit: A Nation Divided", *Journal of Democracy*, C 28, S. 1, ss. 17-30
- HENNESSEY, Peter (1995). *The Hidden Wiring: Unearthing the British Constitution*, London: Gollancz.
- House of Commons Public Administration Select Committee (2004). "Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament", Fourth Report of Session 2003-04, No: HC 422.
- JACONELLI, Joseph (1999). "The Nature of Constitutional Convention", *Legal Studies*, C. 24, S 19, ss. 24-46.
- JOHNSTON, Neil (2019) "Pre-election period of sensitivity", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No. 5262.
- KELLY, Richard (2017). "Fixed-term Parliaments Act 2011", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No. 06111.
- LUCAS, W. W. (1910). "Co-operative nature of english sovereignty", *Law Quarterly Review*, C 26, S 1., ss. 54-70.

- MAY, Erskine (2019). *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Elektronik baskı.
- Ministry of Justice (2009). "Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report.
- NEENAN, Caroline (1998). "Reviewing Prerogative Powers: Roskill's List Revisited", *Judicial Review*, C 3, S 1., ss. 36-39.
- ÖZBUDUN, Ergun (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- POLITOWSKI, Ben (2016). "House of Commons: Hours Sat & Late Sittings", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No. SN02226.
- POOLE, Thomas (2010). "United Kingdom: The royal prerogative", *International Journal of Constitutional Law*, C 8, S 1., ss. 146-155.
- PRIDDY, Sarah (2016). "Number of Sitting Days by Session Since 1945", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No. 04653.
- Public Administration Select Committee (2004). "Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament", Fourth Report of Session 2003–04, No. HC 422.
- PURVIS, Matthew (2019). "Lengths of Prorogation since 1900", *House of Commons Library*, Briefing Paper, No. 0111.
- ROGERS, Robert/WALTERS, Rhodri (2015). *How Parliament Works*, Abingdon: Routledge.
- SOSSIN, Lorne (2002). "The Rule of Law and the Justiciability of Prerogative Powers: A Comment on Black v. Chrtien Poole", *McGill Law Journal*, C 47, S 2., ss. 435-456.
- TURPIN, Colin/ TOMKINS, Adam (2012). *British Government and Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WADE, Emlyn Capel Stewart/BRADLEY, Anthony (1993). *Constitutional and Administrative Law*, Harlow: Longman.
- WEAIT, Matthew/LESTER, Anthony (2003). "The use of ministerial powers without parliamentary authority: the Ram doctrine", *Public Law*, Autumn, ss. 415-428.
- WHEARE, Kenneth Clinton (1966). *Modern Constitutions*, Oxford: Oxford University Press.

## KARARLAR

*R(Miller) v Prime Minister/Cherry v Advocate General* (2019) UKSC No. 41, 24/9/2019.

*R Miller v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017) UKSC No. 5, 24/1/2017.

*Joanna Cherry And Others v Advocate General* (2019) CSIH No. 49, 11/9/2019.

*R(Miller) v PM* (2019) EWHC No. 2381 (QB), 11/9/2019.

*Joanna Cherry And Others v Advocate General* (2019) CSOH No. 70, 4/9/2019.

*The Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74, 1/1/1610.

*Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel* (1920) All ER 80; (1920) AC 508, 10/5/1920.

*Laker Airways Ltd v Department of Trade* (1977) QB 643; 15/12/1976.

*Blackburn v Attorney General* (1971) 1 WLR 1037, 10/5/1971.

*Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985) A.C. 374, 22/11/1984.

*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Everett*, (1989) 2 W.L.R. 224, 20/10/1988.

*R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Bentley*, (1993) 4 All 442, 7/07/1993.

*R. v. Ministry of Defence ex parte Smith*, (1996) 2 W.L.R. 305, 3/11/1995.

*R (Unison) v Lord Chancellor* (2017) UKSC 51, 26/7/2017.

*A v Secretary of State for the Home Department* (2005) 1 AC 68, 16/12/2004.

*Gibson v Lord Advocate* (1975) SC 136, 144, 7/3/1975.

*Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* (2002) UKHL 32, 25/7/2002.

*Khaira v Shergill* (2015) AC 359, 11/6/2014.

*Wheeler v Office of the Prime Minister* (2008) EWHC 1409, 25/6/2008.

*In McClean v First Secretary of State* (2017) EWHC 3174, 26/10/2017.



## **İNTERNET KAYNAKLARI**

### **(Resmi kaynaklar)**

<https://www.privycouncil.independent.gov.uk>

<https://www.eur-lex.europa.eu/resource>

<https://www.royal.uk/>

<http://www.legislation.gov.uk>

<https://www.commonslibrary.parliament.uk>

<https://www.hansard.parliament.uk>

<https://www.parliament.uk>

<https://www.publications.parliament.uk>

<https://www.services.parliament.uk/>

<https://www.bbc.com>

<https://www.erskinemay.parliament.uk/>

<https://www.researchbriefings.parliament.uk/>

### **(Diğerleri)**

<https://www.theguardian.com/>

<https://www.etymonline.com>

<https://www.instituteforgovernment.org.uk>

<https://www.youtube.com>

<https://www.economist.com>

<https://www.heraldscotland.com>

<https://www.huffingtonpost.co.uk>



## YARGILAMAYA VE MAHKÛMİYETE İLİŞKİN VERİLERİN GENEL BİLGİ TOPLAMA (GBT) SİSTEMİNDE TUTULMASI: ANAYASA MAHKEMESİNİN BÜLENT KAYA VE E.Ç.A. KARARLARININ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHAHLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ\*

*Storing of Personal Data Concerning Criminal Proceedings and Criminal Convictions to the General Information Collection (GIC) System: An Examination of the Bülent Kaya and E.Ç.A. Judgments of the Turkish Constitutional Court in Light of the Case Law of the European Court of Human Rights*

Arş. Gör. Naciye Betül HALİLOĞLU\*\*

### ÖZET

Kişisel verilerin korunmasının, ulusal ve uluslararası düzlemde yaşanan normatif düzeydeki gelişmelere paralel bir şekilde yargı mercilerinin kararlarına da konu olduğu görülmektedir. Türk hukuk düzeni açısından özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararları büyük önem arz etmektedir. Bireysel başvuru açısından Anayasa’da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile kurulan ilişki, Türkiye’nin AİHS’e taraf olması ve AYM’nin bireysel başvuru kararlarında AİHM kararlarına yaptığı atıflar; AYM’nin bireysel başvuru kararlarının AİHM’in yaklaşımı ile uyumunun incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede bu çalışma Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemine mahkûmiyet ve yargılamaya ilişkin verilerin kaydedilmesi ve tutulmaya devam edilmesi üzerine yapılan bireysel başvurular neticesinde verilen *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarını incelemektedir. Çalışmada GBT sistemi ve buna veri kaydı yapılmasını

\* Bu çalışmanın konusu ve yöntem hususunda yardımını esirgemeyen Prof. Dr. H. Burak Gemalmaz’a, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı’ndaki hocalarıma ve başta Dr. Volkan Aslan ve Ülkü Olcay Uykun olmak üzere yorumlarıyla çalışmaya katkıda bulunan tüm kürsü arkadaşlarıma teşekkür ederim.

\*\* Arş. Gör. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, naciye.haliloglu@istanbul.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9579-2263

düzenleyen Bilgi Toplama Yönergesi'nin (Yönerge) uygulanaşına ilişkin de bir değerlendirme sunulmaya çalışılmakta ve AYM'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin başka kararlarına da değinilmekteyse de esas olarak *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarının AİHM kararları ile uyumu irdelenmektedir. Yapılan inceleme neticesinde söz konusu kararların AİHM içtihadına aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Bülent Kaya kararı, E.Ç.A. kararı, kişisel verilerin korunması, Genel Bilgi Toplama (GBT), yargılamaya ve mahkûmiyete ilişkin veriler.

## ABSTRACT

Personal data protection is seen to be subject to the judgments of judicial organs in parallel with the developments in the normative field at the national and international level. With regard to the Turkish legal system, the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Turkish Constitutional Court (TCC) are of particular importance. The connection made with the European Convention of Human Rights (ECHR) in the Turkish Constitution in terms of individual application, and the TCC's references to ECtHR judgments in its judgments concerning individual applications necessitate the conformity of the TCC judgments concerning individual applications to judgments of the ECtHR to be examined. In this context, this article examines the judgments of *Bülent Kaya* and *E.Ç.A.* concluded by the TCC as a result of an individual application regarding the recording and storage of personal data concerning criminal convictions and criminal proceedings to the General Information Collection (GIC) system. Although there is an endeavour to present an evaluation of the GIC system and the Information Collection Directive regulating recording of data to this system and there is mention of other judgments of the TCC concerning personal data protection in the article, the main focus is to examine the conformity of the *Bülent Kaya* and *E.Ç.A.* judgments to ECtHR judgments. As a result of this examination it has been concluded that the aforementioned judgments do not conform with ECtHR case law.

**Keywords:** The judgment of *Bülent Kaya*, the judgment of *E.Ç.A.*, personal data protection, the General Information Collection (GIC), data concerning criminal proceedings and criminal convictions.

## I. GİRİŞ

Dijital çağda ortaya çıkan yeni teknikler ile kişilerin verilerine ulaşım fazlasıyla kolaylaşmıştır<sup>1</sup>. Günümüzde verilerin tarihte hiçbir zaman olmadığı kadar çok işlendiği belirtilmektedir<sup>2</sup>. Bu noktada özel şirketlerin rolünün giderek arttığı görülse de kişisel verilerin toplanması ve tutulması hususunda devletlerin rolü hâlâ çok büyüktür. Pek çok ülkede çeşitli veri tabanları oluşturulmak suretiyle kişisel bilgilerin tutulduğu görülmektedir. Bu durum verilere ilişkin koruma sağlanmasına ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmasına duyulan ihtiyacı da beraberinde getirmiştir. Bu doğrultuda son elli yılda özellikle Avrupa’da yaşanan gelişmeler kişisel verilerin korunması için öncü bir rol üstlenmiştir. Bunların içerisinde Avrupa Konseyi’nce 1981 yılında kabul edilen Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi)<sup>3</sup> ile Avrupa Birliği (AB) tarafından çıkarılan 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi<sup>4</sup> ve 2016 tarihli Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT)<sup>5</sup> gibi düzenlemeler oldukça önemlidir. Bu gelişmelerin 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) dâhil olmak üzere pek çok açıdan Türk hukukuna da yansdığı görülmektedir<sup>6</sup>.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin normatif alanda yaşanan gelişme yargısal alana da yansımaktadır. Nitekim AIHM’in kişisel verilerin

---

<sup>1</sup> Schulhofer, S. J. (2016). “An International Right to Privacy? Be Careful What You Wish For” *International Journal of Constitutional Law*, C. 14, S. 1, s. 241.

<sup>2</sup> Lynsky, O. (2015). *The Foundations of EU Data Protection Law*, New York: Oxford University Press, s. 2.

<sup>3</sup> Convention No. 108 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 28/1/1981. Türkiye’nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk adımını Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi’ni 28 Ocak 1981 yılında imzalamak suretiyle attığı söylenebilir. Ancak bu adımın devamı kısa süre içerisinde gelmemiş, Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanun ancak 18 Şubat 2016 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir.

<sup>4</sup> Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 24/11/1995.

<sup>5</sup> Regulation 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 27/04/2016.

<sup>6</sup> GVKT’nin KVKK üzerinde etkisinin olmadığı görülse de bu metnin Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından ve öğretilde dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun kişisel veri ihlali bildirim usul ve esaslarına ilişkin 24/1/2019 tarihli ve 2019/10 sayılı kararına ilişkin duyuru, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5362/Veri-Ihlali-Bildirimi> (Erişim Tarihi: 20/12/2019).

korunmasına ilişkin yüzlerce kararı bulunmaktadır. AYM'nin bireysel başvuru kararlarının sayısı hâlâ nispeten az sayıda olsa da Mahkemenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin iddialar ile karşılaştığı ve kişisel verilerin korunması perspektifinden incelediği bireysel başvuruların sayısı giderek artmaktadır. AYM'nin kişisel verilere ilişkin bireysel başvuru kararlarının sayısının yakın zamanda ivme kazanmasının mevcut kararları ayrıntılarıyla incelemeyi gerekli kıldığı söylenebilir. Bu türden bir inceleme, hem AYM'nin kişisel verilerin işlenmesi karşısında temel hakların ihlal edildiği iddialarına ilişkin mevcut yaklaşımını ortaya koyacak hem de incelemede takınılacak olan eleştirel tavır gelecekte verilecek olan kararların tüm yönleriyle geliştirilebilmesi için önemli bir adım olacaktır.

Türkiye'nin AİHS'e taraf olması sebebiyle AİHM'in Sözleşme'yi yorumlama şekli AYM kararları açısından büyük önem arz etmektedir<sup>7</sup>. Ayrıca Anayasa'nın 148/3 maddesinde ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde<sup>8</sup> AİHS ile kurulan bağ dolayısıyla bireysel başvuru usulü AİHS ile çok yakın bir ilişki içerisindedir. Nitekim AYM, bireysel başvuru kararlarında Türkiye'nin davalı devlet olduğu ve olmadığı pek çok AİHM kararına atıfta bulunmaktadır. Bu atıflar sadece Anayasa'nın 148/3 maddesi kapsamında bireysel başvuru konusu olayın AİHS ile Anayasa'nın ortak kesişim kümesinde olup olmadığı yani konu bakımından yetki çerçevesinde değil esasa ilişkin değerlendirme açısından da yapılmaktadır. Kişisel verilere ilişkin kararlarda da AYM'nin aynı yaklaşımı sergilediği söylenebilecektir. Ancak AYM'nin AİHM kararlarından yararlanma konusunda her zaman tutarlı bir tutum sergilemediği görülmektedir. Bazı durumlarda genel ilkeler açısından AİHM kararlarına atıfta bulunulmasına ve bu kararların dikkate alındığı izlenimi oluşturulmasına rağmen bu ilkelerin somut olaya uygulanması

---

<sup>7</sup> Mahkeme kararlarının o kararın tarafı olmayan ülkeler için "yol gösterici etkisinin" bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Şirin, T. (2015). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 66. Mahkeme'nin yorumunun buyurucu olduğu da söylenmektedir. Bkz. Bjorge, E. (2011). "National Supreme Courts and the Development of ECHR Rights", *International Journal of Constitutional Law*, C. 9, S. 1, s. 13.

<sup>8</sup> Anayasa'nın 148/3 maddesine göre "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin Anayasa maddesinden tek farkı ek protokollerin de bireysel başvuru konusu yapılabileceğinin belirtilmesidir.

açısından AİHM'in yaklaşımı dikkate alınmamaktadır<sup>9</sup>. AYM bu tür durumlarda genellikle AİHM'in yaklaşımından ayrıldığını belirtmediği için bunun tespiti ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu gereklilik, AYM'nin belirli kararlarının AİHM kararları ile uyumunu değerlendirmeye hasredilmiş çalışmaların sınırlı bakış açısını da anlamlı kılmaktadır.

Mahkûmiyete ve yargılamaya ilişkin verilerden ayrıca bahsedilmelidir. Esasında polisin bir kişiye ilişkin soruşturmanın başlamasıyla kişiler hakkında dosyalar açması ve bu dosyalara bilgi girişinin yapılması yaygın bir uygulamadır<sup>10</sup>. Mahkûmiyete ve yargılamaya ilişkin verilere kişisel verilere ilişkin düzenlemelerde de ayrı bir önem atfedilmektedir. Bu veri türünün özel nitelikli (hassas) verilere dâhil edildiği veya ayrı bir maddede düzenlendiği görülmektedir. Bir devletin suç işlenmesinin önlenmesi, kamu güvenliği gibi sebeplerle mahkûmiyet ve yargılamaya ilişkin bilgileri kaydetmesi ve tutması tabii görülebilecektir. Bu türden bilgilerin kamuya açık olması da bu yargıda etkili olabilecektir. Ancak bu bilgilerin toplu olarak belirli veri tabanlarında uzun süre tutulmasının, bilgileri tutulan bireyler üzerindeki olumsuz etkileri de dikkate alınmalıdır. Kamuya açık olsa da bunların özellikle sistematik bir şekilde toplanması ve kaydedilmesi hâlinde bireylerin özel hayatının etkilendiği kabul edilmelidir<sup>11</sup>. AİHM kişinin geçmişinde yaşadıklarına ilişkin bilgilerin kuvvetle muhtemelen kendisi dışında herkesin unuttuğu bilgiler olduğunu, bunların kişinin özeli hâline geldiğini ifade etmiştir. Kişinin maruz kaldığı yaptırım veya mahkûmiyetin de geçmişte kalan bir bilgi olması itibarıyla kamuya açık olsa da kişinin özel hayatının bir parçası hâline geldiğini ifade etmiş, bunların sistemli bir şekilde toplanması ve çeşitli kamu görevlilerinin erişimine açılmasının da kişinin özel hayatı üzerinde etkisinin bulunduğunu belirtmiştir<sup>12</sup>. AİHM'in bu

---

<sup>9</sup> Bu çalışmada AİHM ile AYM kararlarının uyumunun niçin incelemeye değer görüldüğü, çalışmanın sınırları sebebiyle kısaca açıklanmıştır. Ancak AYM'nin Türkiye'nin taraf olmadığı davalarda AİHM'in yaklaşımını benimsemek durumunda olup olmadığı hususunun daha ayrıntılı açıklanması gereken bir mesele olduğu da belirtilmelidir.

<sup>10</sup> Madson, W. (1992). *Handbook of Personal Data Protection*, New York: Macmillan Publishers, s. 15. İngiltere'deki emniyet kuvvetleri tarafından tutulan, GBT ile benzerlik taşıyan veri tabanına ilişkin olarak bkz. Marshall, D., Thomas, T. (2017). *Privacy and Criminal Justice*, Palgrave Macmillan, s. 103-105.

<sup>11</sup> AİHM de bu görüştedir. Örneğin bkz. *Rotaru/Romanya*, B. No: 28341/95, 04/05/2000, § 43; *Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç*, B. No: 62332/00, 06/06/2006, § 72; *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya*, B. No: 931/13, 27/06/2017, § 134,135.

<sup>12</sup> Bkz. *M.M./Birleşik Krallık*, B. No: 24029/07, 13/11/2012, §§ 187-188, 190.

yaklaşımı yol gösterici olmalıdır. Mahkûmiyete ve yargılamaya ilişkin verilerin de nasıl ve ne kadar süre tutulduğu, ne şekilde kullanıldığı, kişiler için sağlanan güvenceler titiz bir incelemeye tabi tutulmalıdır.

Bu doğrultuda bu çalışma kapsamında AYM'nin *Bülent Kaya*<sup>13</sup> ve *E.Ç.A.*<sup>14</sup> kararları incelenecektir. Bu başvuruların her ikisi de adli sicil kaydından bağımsız olarak tutulan GBT sistemine mahkûmiyet ve yargılamaya ilişkin verilerin kaydedilmesi ve tutulmasına karşı yapılmıştır. Bu çerçevede çalışmada AYM'nin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararları, bu kararlar için yol gösterici olabilecek nitelikteki AİHM kararları ışığında incelenecek, AYM'nin hem ortaya koyduğu genel ilkeler açısından hem de bu ilkelerin somut olaya uygulanması açısından AİHM kararlarını dikkate alıp almadığı değerlendirilecektir.<sup>15</sup> Çalışma, kapsamı itibarıyla *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarındaki somut olaylar ile sınırlı olsa da GBT sistemi ve Yönerge'nin uygulanışına ilişkin de bir değerlendirme sunulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın her bir bölümünde AYM'nin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarındaki yaklaşımı ortaya konulacak ve AYM'nin yaklaşım ve tespitlerinin AİHM kararları ile uyumu değerlendirilecektir. İnceleme esas olarak AİHM kararları çerçevesinde yapılacak olsa da yeri geldiğinde AYM'nin başka kararlarındaki yaklaşımı ile kişisel verilere ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerden de yararlanılacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde her iki karardaki olaylar ve iddialar ortaya konulacaktır. İkinci bölümde ise Mahkemenin bu kararlarda kişisel verilerin korunması ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde yaptığı değerlendirme incelenecektir. Üçüncü bölümde Mahkemenin kişisel veri kavramına ilişkin yaklaşımı ve iki karara konu olan verilerin kişisel veri olup olmadığına ilişkin tespitleri değerlendirilecektir. Dördüncü bölümde AYM'nin müdahalenin varlığına ilişkin değerlendirmesi, beşinci bölümde ise kanunilik, meşru amaç ve ölçülülüğe ilişkin değerlendirme AİHM kararları ışığında incelenecektir. Sonuç bölümünde ise çalışmada varılan sonuçlar ortaya konulacaktır.

---

<sup>13</sup> *Bülent Kaya*, B. No: 2013/2941, 11/5/2016.

<sup>14</sup> *E.Ç.A.*, B. No: 2014/5671, 07/06/2018.

<sup>15</sup> Çalışmada *Bülent Kaya* kararından sonra, *E.Ç.A.* kararından önce verilen bazı AİHM kararlarından da yararlanıldığı belirtilmelidir.



## **II. BÜLENT KAYA VE E.Ç.A. KARARLARINA KONU OLAN OLAYLAR VE İDDİALAR**

*Bülent Kaya* başvurusuna konu olan uyuşmazlıkta başvuru hakkında Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki bir suç dolayısıyla iddianame hazırlanmıştır<sup>16</sup>. Buna ilişkin yargılama sürerken Van Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 16/10/2003 tarihli yazısı ile başvuru hakkında bölücü terör örgütüne yardım ve yataklık etmek suçu kapsamında soruşturma yapılması istenmiştir. Bunun üzerine Van Emniyet Müdürlüğüne hizmete özel olması nedeniyle kamuya açık olmayan Yönerge<sup>17</sup> uyarınca başvurucuya ilişkin bir bilgi formu hazırlanarak GBT sistemine kaydı yapılmıştır<sup>18</sup>. Başvuru 24/11/2005 tarihinde idareye başvurarak derdest ceza yargılamasına ilişkin bilgilerin GBT sisteminden silinmesini talep etmiştir. İdare ise başvurucuya ilişkin yargılamanın Yönerge'nin 9. maddesinin (b) fıkrasında belirtilen suçlara ilişkin olduğunu ifade etmiştir<sup>19</sup>. Yönerge'ye göre ilgili davanın beraat veya dava zamanaşımı nedeniyle ortadan kalkması hâlinde başvuru hakkındaki kaydın silinebileceğine de değinmiştir<sup>20</sup>. Ancak söz konusu yargılama başvurusunun 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Suçu ve suçluyu övme" kenar başlıklı 215. maddesi uyarınca cezalandırılması ile sonuçlanmış ve karar 20/5/2008 tarihinde kesinleşmiştir<sup>21</sup>. Başvurusunun silme talebinin reddine ilişkin idari işlemin iptali için İdare Mahkemesinde açtığı dava da aleyhine sonuçlanmış ve 2011 yılında temyiz talebi, 2013 yılında ise karar düzeltme talebi reddedilmiştir<sup>22</sup>. Başvuru bunun

---

<sup>16</sup> *Bülent Kaya*, § 9.

<sup>17</sup> Bkz. Kaçakçılık İstihbarat Harekât ve Bilgi Toplama (KİHBİ) Daire Başkanlığı. (2007). Bilgi Toplama Yönergesi, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/134544>, (Erişim Tarihi: 13/9/2019). Çalışmanın hazırlandığı sırada en son 13/09/2019 tarihinde yapılan kontrolde Yönerge'nin erişime açık olduğu ve çalışma hazırlanırken bu web sitesinden yararlanıldığı ancak 28/10/2019 tarihinde yapılan kontrolde Yönerge metninin erişime kapatıldığı görüldüğü belirtilmelidir.

<sup>18</sup> *Bülent Kaya*, § 13.

<sup>19</sup> *Bülent Kaya*, § 14.

<sup>20</sup> *Bülent Kaya*, § 14.

<sup>21</sup> *Bülent Kaya*, § 12. Başvuru, *Bülent Kaya* başvurusuna konu olan olayda GBT sistemine kaydedilen hapis cezasını alması dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla 2008 tarihinde AİHM'e başvurmuştur. AİHM ise "başvuranın mahkûmiyetini haklı göstermek amacıyla iç hukukta ileri sürülen gerekçelerin ilgilinin ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına müdahale edilmesini haklı göstermek için tek başına yeterli kabul edilemeyeceği" gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. *Bülent Kaya/Türkiye*, B. No: 52056/08, 22/10/2013, §§ 43-44.

<sup>22</sup> *Bülent Kaya*, §§ 15-17.

üzerine bilgilerinin GBT sistemine kaydedilmesi ve silinmesi için yapılan başvurunun reddedilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla 8/5/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur<sup>23</sup>.

E.Ç.A. başvurusuna konu olan uyuşmazlıkta ise başvuru 1989 yılında işlemiş olduğu fiillerden ötürü hırsızlık suçu kapsamında yargılanmıştır. Yargılama sonucunda başvuru ağır para cezaları ile cezalandırılmış ancak cezalar ertelenmiştir<sup>24</sup>. Başvurucunun adli sicil kaydının silinmesi yönündeki talebi hırsızlık suçuna ilişkin yargılamada kararı veren mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme 9/4/1996 tarihli kararıyla ertelenmiş olan cezaya ilişkin suçun işlenmemiş sayıldığı ve adli sicil kayıtlarından silinmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>25</sup>. Bunun üzerine başvuru GBT sistemindeki kaydın da silinmesi için Emniyet Genel Müdürlüğüne 30/6/2006 tarihinde yaptığı başvuru Yönerge uyarınca başvuru hakkında oluşturulan bilgi formlarının iptal edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>26</sup>. Başvurucunun bu işleme karşı Ankara 9. İdare Mahkemesinde açtığı iptal davasında Mahkeme, hırsızlık suçunun da aralarında olduğu belirli suç tiplerinin söz konusu olması hâlinde suçu işleyenlerin mahkûmiyetlerine ilişkin bilgilerin GBT sisteminde tutulmasının Yönerge ile düzenlendiğine ve başvuru talebinin reddedilmesinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>27</sup>. Bu kararın kesinleşmesinin ardından başvuru *Bülent Kaya* başvurusundaki iddialar ile büyük benzerlik taşıyan iddialarla Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Yürütülen ceza yargılamasına ilişkin verilerin GBT sistemine kaydedilmesi ve bu kayıtların silinmesi yönündeki talebin reddedilmesi başvuru temel iddiaları arasındadır. Başvuru, GBT kaydına konu olan ceza yargılamasının çok uzun yıllar önce gerçekleştiğini vurgulamış ve bu kayıt dolayısıyla kontrollerde polislerin tutumlarının değiştiğini, aile bireylerinin yanında küçük düştüğünü de ifade etmiştir<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> *Bülent Kaya*, § 18, 39.

<sup>24</sup> *E.Ç.A.*, § 11.

<sup>25</sup> *E.Ç.A.*, § 12.

<sup>26</sup> *E.Ç.A.*, §§ 13-14.

<sup>27</sup> *E.Ç.A.*, §§ 15-16.

<sup>28</sup> *E.Ç.A.*, § 37. Başvurucunun iddiaları arasında adli sicil kayıtlarının silinmesine rağmen arşiv kayıtlarında yer verilmesi nedeniyle resmi işlemler ve esnaf odası faaliyetlerinde adli sicil kaydı silinmemiş gibi muamele görmesi ve bu sebeple de özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiası da bulunmaktadır. Ancak Mahkeme bu iddianın olağan başvuru yollarında

Görüldüğü üzere somut olay bazında belirli farklılıklar olsa da her iki başvuru da Yönerge uyarınca ceza mahkûmiyeti ve yargılamasına ilişkin bilgilerin GBT sistemine kaydedilmesine ilişkindir. Her iki başvuruda da bu kayıtların tutulması ve idarenin GBT sisteminde yer alan bilgi formlarını iptal etmemesi nedeniyle 20. madde ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir.

### **III. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI**

Öncelikle AYM'nin bu başvuruları hangi haklar çerçevesinde değerlendirdiği incelenmelidir. AYM, her iki kararda da Anayasa'nın 20. maddesi ve AİHS'in 8. maddesi kapsamında korunan özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirme yapmıştır<sup>29</sup>. Ayrıca Mahkeme bu başvuruların kişisel verilerin korunmasına ilişkin olduğunu kabul etmiş ve kişisel verilerin ve bu verilerin korunmasına dair hukuki menfaatin özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunduğunu açıkça belirtmiştir<sup>30</sup>. Bu doğrultuda *Bülent Kaya ve E.Ç.A.* kararlarında kişisel verilerin korunmasına ilişkin metinlerden yararlanılmıştır. Mahkeme her iki kararda da Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur<sup>31</sup>.

AYM, başka kararlarında da özel hayatın tanımı yapılması zor olan oldukça geniş bir kavram olduğunu ifade etmektedir<sup>32</sup>. Kişisel verilerin söz konusu olduğunu belirttiği ve özel yaşamın gizliliği çerçevesinde inceleme yaptığı başka bazı kararlarında da Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'ne atıf yapmaktadır<sup>33</sup>. Dolayısıyla bu yaklaşım *Bülent Kaya ve E.Ç.A.* kararlarına özgü değildir. AYM'nin diğer kararlarında da ortaya konulmaktadır.

Kişisel verilerin korunması ile özel hayatın gizliliği arasında göz ardı

---

ileri sürülmediğini ifade ederek başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun bu kısmının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. *E.Ç.A.*, §§ 31-36.

<sup>29</sup> *Bülent Kaya*, § 37; *E.Ç.A.*, § 44. Mahkeme Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası gereği her iki hükme de atıfta bulunmuştur. AİHS'in 8. maddesinde "özel hayata saygı hakkı", Anayasa'nın 20. maddesinde ise "özel hayatın gizliliği hakkı" kavramı geçtiği için çalışma boyunca her iki kavram da kullanılmıştır.

<sup>30</sup> *Bülent Kaya*, § 48.

<sup>31</sup> *Bülent Kaya*, §§ 29-31; *E.Ç.A.* § 27.

<sup>32</sup> Örneğin bkz. *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31.

<sup>33</sup> Örneğin bkz. *Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, 21/9/2016, § 48, 65; *Kemal Karanfil*, B. No: 2017/24776, 24/05/2018, § 27.

edilemez bir bağ olduğu doktrinde<sup>34</sup> de uluslararası metinlerde<sup>35</sup> de kabul edilmiştir. Kişisel verilerin korunmasının Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan 20. maddesi ile açıkça düzenlendiği<sup>36</sup> göz önünde bulundurulduğunda AYM'nin kişisel verilerin korunmasını özel hayat çerçevesinde değerlendirmesi anayasal açıdan da problemlili görülmeyecektir.

Bu noktada KVKK'dan daha ayrıntılı bir şekilde bahsedilmelidir. Bu kanun, Anayasa'nın 20/3 maddesinde belirtilen "kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usulleri" düzenleyen temel kanundur. Bu kanunda da özel hayata saygı hakkı ile kişisel verilerin korunması arasındaki ilişki tanınmıştır. Nitekim Kanun'un amacının kişisel verilerin işlenmesinde "başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel

<sup>34</sup> Örneğin bkz. Tzanou, M. (2013). "Data Protection as a Fundamental Right Next to Privacy? 'Reconstructing' a Not So New Right", *International Data Privacy Law*, C. 3, S. 2, s. 99.

<sup>35</sup> Özel hayata saygı hakkının uluslararası düzeyde ilk olarak yer verildiği metin olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinin ve bunun yanında Medeni Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesinin kişisel verilere hiçbir şekilde yer vermediği görülmektedir. BM düzeyinde dijital çağda özel hayata saygı hakkının korunmasına ilişkin metinler düzenlenmeye başlansa da kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel düzenlemelerin olmadığı ve bunun özel hayata saygı hakkından bağımsız olarak zikredilmediği görülmektedir. Bkz. European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). *Handbook on European Data Protection Law*, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf), (Erişim Tarihi: 28/10/2019) s. 21, 22. Ancak uluslararası plandaki bu eksikliğin zaman içerisinde çeşitli şekillerde giderildiği görülmektedir. Bu doğrultuda kişisel verilerin korunmasının yorum yoluyla mevcut metinler kapsamında kabul edildiği veya kişisel verilerin korunmasının özel hayata saygı hakkından bağımsız bir şekilde düzenlendiği metinlerin kabul edildiği görülmektedir. İlk hususa ilişkin olarak örneğin bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 16 Numaralı Genel Yorum, para. 10, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=en) (Erişim Tarihi: 20/12/2019). İkinci hususa ilişkin metinlerde ise kişisel verilerin korunması ayrıca düzenlense de bunun özel hayat saygı hakkı ile olan bağı göz ardı edilmemiştir. 1981 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin 1. maddesinde Sözleşme'nin amacının "gerçek kişinin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendisiyle ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında özel hayata saygı hakkını güvence altına almak" olduğu ifade edilmiştir. AB'de ise 1995 sayılı Direktif'in 1. maddesi Direktif'in amacının "başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak" olduğunu ifade etmiştir. Ancak GVKT'de özel hayata saygı hakkına ilişkin hiçbir atfa yer verilmiştir. Ayrıca kişisel verilerin korunması AB Temel Haklar Şartı'nda bir hak olarak ve farklı bir maddede düzenlenmiştir. Bu değişimler, AB hukukunda kişisel verilerin özel hayata saygı hakkının kapsamında yer almadığı ve bu haktan farklılaşan bir hak olarak görüldüğü yönünde yorumlanmaktadır. Bkz. Van Der Sloot, B. (2017). "Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?", *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Ed. Leenes, R. / Van Brakel, R. / Gutwirth, S. / De Hert, P., İsviçre: Springer, s. 20; European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). s. 19; Kokott, J. / Sobotta, C. (2013). "The Distinction Between Privacy and Data Protection", *International Data Privacy Law*, C. 3, S. 4, s. 223.

<sup>36</sup> Kişisel verilerin korunmasına ilişkin 3. fıkra Anayasa'ya 2010 yılında yapılan değişiklik ile girmiştir.

hak ve özgürlüklerini korumak” olduğu ifade edilmiştir<sup>37</sup>. KVKK’da bunun yanında *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarını ve GBT uygulamasını da ilgilendiren temel ilkeler ve güvenceler de ortaya konulmuştur. Ancak KVKK’nın 28. maddesinde pek çok istisnai hâl düzenlenmiş ve bu hâllerde Kanun’un uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu istisnalar arasında “önleyici, koruyucu ve istihbarî faaliyetler” kapsamında veri işleme ve “soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından” veri işleme de sayılmıştır. Dolayısıyla KVKK’nın ortaya koyduğu ilkelerin ve sağladığı güvencelerin, GBT uygulaması üzerindeki etkisi sınırlı olmaktadır<sup>38</sup>. Ancak yine de yol gösterici olacağı düşüncesiyle çalışma boyunca yeri geldikçe KVKK’nın ilgili maddelerine atıf yapılacaktır<sup>39</sup>.

AİHS’te ise kişisel verilere ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Ancak AYM’nin bu tutumunun AİHM’in yaklaşımı ile uyumlu olduğu peşinen belirtilmelidir. Nitekim AİHM’in AİHS’i yaşayan bir metin olarak değerlendirmesi sonucunda<sup>40</sup> pek çok hakkın yanı sıra özel hayata saygı hakkının da kapsamı fazlasıyla genişletilmiştir<sup>41</sup>. Bu doğrultuda Sözleşme’de kişisel verilere ilişkin herhangi bir ifade bulunmasa da AİHM kişisel verilere ilişkin çeşitli işlemlerin özel hayata saygı hakkı kapsamında korunduğunu kabul etmiş<sup>42</sup>, kişisel verilerin korunmasının özel hayata saygı hakkı için asli öneme sahip olduğunu ifade etmiştir<sup>43</sup>. Bu anlayış sonucunda 8. madde çerçevesinde kişisel verilerin işlendiği<sup>44</sup> başvurulara ilişkin olarak yüzlerce karar verilmiştir. Bu kararlarda AİHM’in de *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında AYM gibi özellikle Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi’nden ve bu metinde yer alan ilkelerden

---

<sup>37</sup> KVKK, m. 1.

<sup>38</sup> Küzeci, E. (2019). *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 421.

<sup>39</sup> Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi’nde de ilkelerin yer aldığı maddelere, “devletin güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, (...) suçların önlenmesi” amaçları ile istisna getirilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. *Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi*, m. 9/2.

<sup>40</sup> Mahkeme çok eski tarihli kararlarından beri bu yaklaşımı benimsemiştir. Örneğin bkz. *Tyrell/Birleşik Krallık*, B. No: 5856/72, 25/04/1978, § 31.

<sup>41</sup> Schabas, W. A. (2015). *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, s. 366.

<sup>42</sup> European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). s. 17.

<sup>43</sup> *S ve Marper/Birleşik Krallık*, B. No: 30562/04 ve 30566/04, 04/12/2008, § 103.

<sup>44</sup> KVKK’nın 3/e maddesine göre kişisel verilerin işlenmesi; “kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Küzeci (E.) (2019). s. 14-15.

etkilendiği ve bunu kararlarına yansıttığı görülmektedir<sup>45</sup>. Dolayısıyla *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirme yapılması ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin metinler ve bu metinlerde yer alan ilkelerden yararlanılmasının AİHM'in yaklaşımından farklılaşan bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

#### IV. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE CEZA MAHKÛMİYETİNE VE YARGILAMASINA İLİŞKİN BİLGİLER İLE İLİŞKİSİ

AYM, *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* başvurularında söz konusu olan bilgilerin kişisel veri olup olmadığını tespit etme yoluna gitmiş ve bunun için de Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin 2/a maddesinde yer verilen "kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi hakkındaki tüm bilgiler" tanımından yararlanmışır<sup>46</sup>. Esasında AYM'nin bu yaklaşımı *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarına özgü değildir. Nitekim Mahkeme, *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarından eski tarihli kararlarında da bu tanıma benimsemiştir<sup>47</sup>. AYM norm denetimi kararlarında bu tanıma kullanarak çok çeşitli kişisel veri örneklerine yer vermiştir<sup>48</sup>. Bunun yanında *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarından önce ve sonra verdiği başka bireysel başvuru kararlarında da somut olaya konu olan bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğuna ilişkin tespiti yer vermiştir<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Bygrave, L. A. (1998). "Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties" *International Journal of Law and Information Technology*, C. 6, S. 3, s. 256. AİHM'in Avrupa Konseyi metinlerinin yanı sıra AB hukukundan da yararlandığı kararları bulunmaktadır. Örneğin bkz. *M.M./Birleşik Krallık*, §§ 143-148.

<sup>46</sup> *Bülent Kaya*, § 50; *E.Ç.A.*, § 43.

<sup>47</sup> AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; AYM, E.2013/122, K.2014/74, 09/04/2014; AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014; AYM, E.2013/84, K.2014/183, 04/12/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015. Mahkeme, bu norm denetimi kararlarından sonra da bu yaklaşımını sürdürmüştür. Örneğin bkz. *T.A.A.*, B. No: 2014/19081, 01/02/2017, § 103; *B.K.*, B. No: 2014/14189, 25/10/2017, § 57; *Güzide Defne Samyeli*, § 65.

<sup>48</sup> Mahkeme kişinin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgilerin kişisel veri olduğunu ancak kişisel verilerin bunlardan ibaret olmadığını; "telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmişi, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunduğu kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin" kişisel veri niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; AYM, E.2013/122, K.2014/74, 09/04/2014; AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014; AYM, E.2013/84, K.2014/183, 04/12/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015. *Bülent Kaya* veya *E.Ç.A.* kararından sonra verilse de aynı ifadelerin tekrar edildiği bazı AYM kararlarının bulunduğu da ifade edilmelidir. Bkz. *T.A.A.*, § 59; *Orhan Kayahan*, B. No: 2014/1970, 22/11/2017, § 40; AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, 24/07/2019, § 168.

<sup>49</sup> AYM, kişinin kendisinin ve aile bireylerinin ismi, adresi, maddi durumları, gelirlerinin kaynağı, aylık harcamaları, mal ve hizmet tercihleri konusunda verilmesi istenilen detaylı bilgilerin (*Güzide Defne Samyeli*, § 66), kişinin mesleki faaliyetlerinin değerlendirildiği sicil

AİHM'in de Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nde yer verilen kişisel veri tanımına atıfta bulunduğu belirtilmelidir<sup>50</sup>. AİHM, tespit edilebildiği kadarıyla AYM'nin aksine kararlarında hangi tür verilerin kişisel veri olduğuna ilişkin örneklerle yer vermese de bu Mahkeme'nin de Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'ndeki tanımı kullanarak AYM gibi karara bağladığı başvurulara konu olan bazı bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğuna ilişkin tespitlerde bulunduğu görülmektedir<sup>51</sup>. Bu açılardan AİHM ve AYM'nin tutumunun benzerlik taşıdığı görülmektedir.

*Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarındaki veriler açısından ise öncelikle GBT sisteminde şahıslar hakkında tutulan verilerden bahsedilmelidir.<sup>52</sup> GBT sistemindeki kayıtlar; hakkında belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma kararı bulunan veya kayıp olan kişilerle hakkında arama kararı olan veya yokluğunda tutuklama kararı verilen kişilere ilişkin olarak oluşturulmaktadır. Bu kayıtlara "şahıs bilgi formu" ismi verilmektedir. Ancak Yönerge'de kişiler yakalanmış olmasına veya hakkında arama veya tutuklama kararı olmamasına rağmen Yönerge'nin 9/b maddesinde sayılan belirli suçların söz konusu olması durumunda da şahıs bilgi formlarının düzenleneceği belirtilmiştir<sup>53</sup>. Bu kişiler hakkında ilk olarak soruşturma evresinde kayıt oluşturulmaktadır<sup>54</sup>.

raporlarının (*Nurcan Belin*, B. No: 2014/14187, 10/01/2018, § 41), sağlık bilgilerinin (*T.A.A.*, § 59), göğüs bölgesini gösteren ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarının (*B.K.*, § 62), kişinin yazışmalarının (*Kemal Karanfil*, § 77) kişisel veri niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bir başvuruda görüntü ve ses kayıtlarının kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında olduğunu belirtmesinin bu bilgilerin kişisel veri olarak kabul edildiğine işaret olduğu söylenebilir. Bkz. *Orhan Kayahan*, § 42.

<sup>50</sup> AİHM'in Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin 2. maddesine atıfta bulunduğu pek çok kararı bulunmaktadır. Bkz. *Amann/İsviçre*, B. No: 27798/95, 16/02/2000, § 65; *Rotaru/Romanya*, § 43; *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 41, 68; *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*, B. No: 44787/98, 25/09/2001, § 57; *M.M./ Birleşik Krallık*, § 122; *Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan*, B. No: 18030/11, 08/11/2016, § 192; *Satakunman Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya*, § 133.

<sup>51</sup> AİHM'e göre örneğin isim (*Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan*, § 194), ev adresi (*Alkaya/Türkiye*, B. No: 42811/06, 09/10/2012, § 30), bankacılığa ilişkin bilgiler (*M. N. ve Diğerleri/San Marino*, B. No: 28005/12, 07/07/2015, § 51), bilgisayarın IP adresi (*Benedik/Slovenya*, B. No: 62357/14, 24/04/2018, §§ 107-108), kişinin konumuna ilişkin GPS yolu ile elde edilen bilgiler (*Uzun/Almanya*, B. No: 35623/05, 02/09/2010, § 51), tıbbi veriler/sağlık verileri (*Z./Finlandiya*, B. No: 22009/93, 25/02/1997, § 95; *I./Finlandiya*, B. No: 20511/03, 17/07/2008, § 38; *M.S./İsveç*, B. No: 20837/92, 27/08/1997, § 41), parmak izi ve DNA profilleri (*S ve Marper/Birleşik Krallık*, §§ 73-75) kişisel veridir.

<sup>52</sup> Bu çalışmanın konusu gereği sadece şahıslar hakkında tutulan kayıtlardan bahsedilmiş; Yönerge'de düzenlenen "çalınan, kaybolan, gasp edilen eşya ve belgeler" hakkında tutulan kayıtlar bahis konusu yapılmamıştır.

<sup>53</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 7/a.

<sup>54</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 10/a, 10/b, 10/b/1, 10/b/2(a).

Kovuşturma evresine geçilmesi hâlinde ise kayıtlar tutulmaya devam edilmekte ve güncellenmekte, kişinin mahkûm edilmesi hâlinde buna ilişkin kayıtlar muhafaza edilmektedir<sup>55</sup>. Yani GBT sisteminde adli sicil kaydından farklı olarak<sup>56</sup> sadece kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü verildiğinde veri kaydı yapılmamakta, soruşturma ve yargılama evresinde de veriler tutulmaktadır<sup>57</sup>. AYM ise bu konuda GBT sisteminde kişiler, bazı belgeler ve araçların kayıtlarının tutulduğunu ifade etmekle yetinmiş, ayrıntılı bilgi vermemiştir<sup>58</sup>. AYM, *Bülent Kaya* kararında “derdest ceza yargılaması bağlamındaki veriler” ve *E.Ç.A.* kararında “ceza mahkûmiyetine dair bilgilerin” Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi’ndeki tanım kapsamında olduğu, yani kişisel veri niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>59</sup>.

AYM, norm denetimi yaptığı bazı kararlarında sayılan kişisel veri örnekleri arasında ceza mahkûmiyetine ilişkin bilgileri de zikretmiş hatta bu verinin özel nitelikli (hassas) verilerden olduğunu söylemiştir<sup>60</sup>. Ayrıca, *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarından eski tarihli bir bireysel başvuru kararında da yargılamaya ilişkin bilgilerden bahsetmemiş olsa da “ceza mahkûmiyetine ilişkin bilgilerin” kişisel veri olduğunu kabul etmiştir<sup>61</sup>. Dolayısıyla *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* başvurularındaki somut olayda kaydedilen ceza yargılamasına ve mahkûmiyetine ilişkin bilgilerin de bu örneklerin arasına dâhil edilmesi şaşırtıcı değildir.

<sup>55</sup> Çalışma kapsamında, Yönerge’nin uygulanmasına ilişkin bazı bilgilerin teyit edilmesi için 13/09/2019 tarihinde KİHBI Daire Başkanlığı aranarak bir yetkili ile telefon görüşmesi yapılmıştır. Bu telefon konuşmasında görüşülen yetkili tarafından da sürecin bu şekilde işlediği teyit edilmiştir. Bahis konusu telefon görüşmesinde edinilen bilgilerin çalışmada yapılan inceleme bakımından belirleyici olamayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak uygulama açısından yol gösterici olabileceği düşüncesiyle bu görüşmede edinilen bilgilere çalışmanın ilgili kısımlarında yer verilmiştir.

<sup>56</sup> Nitekim adli sicil kaydında kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine ve mahkûmiyete ilişkin bilgiler tutulmaktadır. Bkz. Adli Sicil Kanunu, m. 1 ve 2.

<sup>57</sup> Bilgi Toplama Yönergesi’nin “şahıs bilgi formu” başlıklı 20/d maddesinde şahıs bilgi formunda temel olarak kişinin soyadı, önceki soyadı, adı, baba adı, ana adı, cinsiyeti, doğum yeri, doğum ülkesi, doğum tarihi, lakabı, medeni hâli, nüfus cüzdanında yer alan bilgiler, suç, suç tarihi, suç ili/ilçesi, mahalle/köy, terör suçları söz konusu ise sanığın mensubu olduğu örgüt, fraksiyon, kesinleşen ceza mahkûmiyetinin maddesi, mahkûmiyet süresine ilişkin bilgilerin yer alacağı belirtilmiştir.

<sup>58</sup> Bkz. *Bülent Kaya*, § 73.

<sup>59</sup> Bkz. *Bülent Kaya*, § 54; *E.Ç.A.*, § 46.

<sup>60</sup> Bkz. AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

<sup>61</sup> *Serhad Aktuğ*, B. No: 2013/5199, 14/04/2016, § 56. Mahkeme *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarından sonra verilen yakın tarihli iki kararında “ceza yargılamasına dair bilgilerin” kişisel veri niteliğinde olduğuna ilişkin bir tespiti yer vermiştir. Bkz. *Fatih Sarıman*, B. No: 2014/7256, 27/02/2019, § 57; *Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29/05/2019, § 58.



AIHM ise cezai kayıtların sistematik olarak tutulmasının özel hayatı etkilediğini ifade etmiş, cezai kayıtlarda tutulan bilgilerin kişisel veri olduğunu hatta Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nde yer alan özel nitelikli (hassas) veri kategorisi kapsamında olduğunu tespit etmiştir<sup>62</sup>. AIHM'in kişisel veri olduğunu tespit ettiği bu bilgileri ceza mahkûmiyeti ile sınırlamaması "cezai kayıtlarda tutulan bilgiler" ifadesini kullanması dikkate değerdir. Dolayısıyla AYM'nin hem mahkûmiyet hükmü hem de genel itibarıyla yargılamaya ilişkin bilgilerin kişisel veri olduğuna ilişkin tespitinin AIHM kararları ile uyuşmayan bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

## V. MÜDAHALENİN VARLIĞI

*Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* başvurularını 20. madde çerçevesinde değerlendirme kararı alan AYM, başvurularda söz konusu olan kişisel verilerin GBT sistemine kaydedilmesinin ve silinmesine ilişkin taleplerin reddedilerek verilerin tutulmaya devam edilmesinin bu hakka müdahale teşkil edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme, kararlarda fazla açıklamada bulunmadan söz konusu kayıtlara ilişkin bilgilerin güvenlik taramalarında kullanılabilir nitelikte olmasını da dikkate almak suretiyle bu eylemleri özel hayatın gizliği hakkına müdahale olarak görmüştür<sup>63</sup>. Esasında AYM başka kararlarında da kişinin özel hayatı, iş ve sosyal hayatıyla ilgili bilgilerinin alınmasının, kaydedilmesinin, saklanması ve kullanılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir<sup>64</sup>.

Mahkeme'nin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında bu sonuca ulaşmasında AIHM kararlarının da etkili olduğu görülmektedir. Nitekim AYM, *Leander/İsveç* ve *Amann/İsviçre* gibi bazı önemli kararlara atıfta bulunarak verilerin kaydedilmesi ve tutulmasının AIHM tarafından da

---

<sup>62</sup> *M.M./Birleşik Krallık*, § 188. *Rotaru/Romanya* kararında ise *M.M./Birleşik Krallık* kararının aksine açıkça söylenmese de cümlelerin akışından karara konu olan diğer başka bilgilerin yanı sıra "cezai kayıtların" da kişisel veri olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bkz. *Rotaru/Romanya*, §§ 42-44.

<sup>63</sup> *Bülent Kaya*, § 55; *E.Ç.A.*, § 46.

<sup>64</sup> Bkz. *Serhad Aktuğ*, § 57; *Güzide Defne Samyeli*, § 67. Bunların yanında mahkemenin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin başka tür eylemleri de müdahale olarak gördüğü kararları bulunmaktadır. Örneğin dava sürecinde dosyada yer alan kişisel verilere erişimin engellenmesi için yargılamanın üçüncü kişilere kapalı olarak yürütülmesi yönündeki talebin reddinin de başkalarının erişmesine engel olunmamasının müdahale olarak görüldüğü kararlar için bkz. *T.A.A.*, § 105; *B.K.*, §§ 61-64.

müdahale olarak görüldüğünü ifade etmiştir<sup>65</sup>. AYM'nin işaret ettiği gibi AİHM'in kişisel verilerin kaydedilmesini ve bunların tutulmasını müdahale olarak gördüğü kararları bulunmaktadır<sup>66</sup>. Ayrıca AİHM'in verilerin kamusal makamlarca kullanılmasa dahi yalnızca saklanması müdahale olarak değerlendirildiğini açıkça ifade ettiği belirtilmelidir<sup>67</sup>.

AİHM'in *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında söz konusu olan eylemleri müdahale olarak gördüğü kararları bulursa da AİHM, verilerin işlenmesinin her durumda AİHS'in 8. maddesi kapsamında görülmeyeceğini ifade etmiştir<sup>68</sup>. Dolayısıyla Mahkemenin herhangi bir veri işlenmesinin söz konusu olduğu her durumda özel hayata saygı hakkına müdahalenin bulunduğu yönünde bir kabulü bulunmamaktadır. Aksine, her türlü veri işlenmesinin Sözleşme kapsamında görülmemesi AİHM'in özel hayata saygı hakkı ile sınırlı olarak değerlendirme yapmasının bir sonucu olarak değerlendirilmiştir<sup>69</sup>.

AİHM, müdahalenin varlığını incelerken işlenen verilerin AİHS'in 8. maddesi kapsamında olması gerektiğini ifade etmiş, işlemenin bu madde kapsamında olması için bireylerin özel hayatının etkilenmesini aramıştır<sup>70</sup>. Mahkeme'nin bu değerlendirmeyi yaparken

<sup>65</sup> *Bülent Kaya*, § 53.

<sup>66</sup> Örneğin bkz. *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/05/1987, § 48; *Rotaru/Romanya*, § 46; *Amann/İsviçre*, §§ 69-70; *S ve Marper/Birleşik Krallık*, §§ 71-77; *Aycaguer/Fransa*, B. No. 8806/12, 22/06/2017, § 33; *M.K./Fransa*, B. No: 19522/09, 18/04/2013, § 26. Belirtilmelidir ki kişisel verilerin söz konusu olduğu kararlarda AİHM'in müdahale olarak gördüğü eylemler bunlar ile sınırlı değildir. Mahkeme'nin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin başka tür eylemleri de müdahale olarak gördüğü pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin Mahkeme, kişisel verilerin çeşitli şekillerde kamuya açıklanması veya başka kamu makamları ile paylaşılmasını da müdahale olarak görmüştür. Bkz. *Sörol/Estonya*, B. No: 22588/08, 03/09/2015, § 56; *M.S./İsveç*, § 35; *Z./Finlandiya*, § 62, 71.

<sup>67</sup> *Amann/İsviçre*, § 69; *Aycaguer/Fransa*, § 33.

<sup>68</sup> De Hert, P. / Gutwirth, S. (2009). "Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Action", *Reinventing Data Protection?*, Ed. Gutwirth, S. / Pouillet, Y. / De Hert, P. / De Terwangne, C. / Nouwt, S., Springer, s. 24; European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). s. 37; Kokott, J. / Sobotta, C. (2013). s. 224, 227.

<sup>69</sup> Bunun AB hukukunda tanınan kişisel verilerin korunması hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasındaki önemli bir fark olduğu belirtilmektedir. Kişisel verilerin herhangi bir şekilde işlenmesi hâlinde kişisel verilerin korunması hakkının uygulanabilir olduğu, özel hayata saygı hakkının ise özel hayatın etkilenmesi hâlinde devreye gireceği, bunun kişiye ilişkin herhangi bir verinin herhangi bir şekilde işlenmesini her zaman kapsamayacağı ve bu açıdan daha dar kapsamlı olduğu ifade edilmektedir. Gellert, R. / Gutwirth, S. (2013). "The Legal Construction of Privacy and Data Protection", *Computer Law and Security Review*, C. 29, s. 526; European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). s. 20; Tzanou, M. (2013). s. 90.

<sup>70</sup> De Hert, P. / Gutwirth, S. (2009). s. 24.

verinin mahremiyeti, verinin sistematik olarak işlenip işlenmediği, verinin sistematik bir şekilde işlenmesi hâlinde bunun veri sahibine odaklanılmak suretiyle yapıp yapılmadığı, veri sahibinin verinin işlenmeyeceği yönünde makul bir beklentisinin olup olmadığı gibi hususları dikkate aldığı ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Ayrıca bağlam; verinin türü, ne şekilde kullanıldığı ve işlendiği de dikkate alınmaktadır<sup>72</sup>.

AYM ise *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında AİHM'in olayın koşullarını dikkate alan bu yaklaşımına atıfta bulunmuştur<sup>73</sup>. Ancak AYM'nin AİHM'in bu yaklaşımını *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında uyguladığı görülmektedir. Zira AYM tarafından müdahalenin bulunduğu sonucuna ulaşılrken ceza yargılaması ile ilgili bilgilerin güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmalarında kullanılabilir nitelikte olması yani AİHM kararlarında dikkate alınan "verinin kullanılma şekli" etkili olmuştur<sup>74</sup>. AYM değinirse de *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* başvurularında yargılamaya ve mahkûmiyete ilişkin verilerin özel nitelikli (hassas) veri olarak kabul edilmesi, bu verilerin GBT sistemine kaydedilmek suretiyle geniş bir polis ağının erişimine açılması gibi somut olaya ilişkin koşullar da verilerin işlenmesinin başvurucuların özel hayatını etkilediğini göstermektedir.

Ayrıca ceza mahkûmiyetine ilişkin bilgilerin kamuya açık olması sebebiyle kaydedilmesi ve tutulmasının müdahale teşkil etmeyeceği yönünde bir görüşün ileri sürülmesi mümkündür. *Bülent Kaya* ve

---

<sup>71</sup> a.g.e. s. 26.

<sup>72</sup> Örneğin bkz. *S ve Marper/ Birleşik Krallık*, § 67; *Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan*, § 193. Özellikle özel nitelikli (hassas) veriler söz konusu olduğunda müdahalenin bulunduğu kolaylıkla karar verildiği söylenebilir. Örneğin Mahkeme, hassas sağlık verilerinin işlenmesinin başvuru konusu edildiği *Z./Finlandiya* başvurusuna ilişkin kararında, söz konusu olan işlem/eylemlerin "tartışmasız" bir şekilde müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir. *Z./Finlandiya*, § 71.

<sup>73</sup> AYM, AİHM'e göre "kişisel nitelikli bilgilerin, özel yaşam unsurlarından birini devreye sokup sokmadığını tespit etmek için bu bilgilerin hangi çerçevede alındıklarının ve muhafaza edildiklerinin, verilerin türünün, kullanıldıkları ve işlendikleri şeklin ve bunlardan çıkarılabilecek sonuçların" dikkate alınmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Bülent Kaya*, § 53; *E.Ç.A.*, § 29. Mahkeme bu atfa başka bir kararında daha yer vermiştir. Bkz. *Güzide Defne Samyeli*, § 68.

<sup>74</sup> Bkz. *Bülent Kaya*, § 55; *E.Ç.A.*, § 46. AYM'nin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarından sonra verdiği bireysel başvuru kararlarında da ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerin güvenlik soruşturmalarında kullanılmasını özel hayata saygı hakkına müdahale olarak değerlendirdiği belirtilmelidir. Bkz. *Fatih Saraman*, § 61; *Turgut Duman*, § 62. AYM'nin oldukça yeni tarihli bir kararında 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 belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesini Anayasa'ya aykırı bulduğu ifade edilmektedir. Bkz. AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, 24/07/2019.

E.Ç.A. kararlarında bu durum dikkate alınmasa da AİHM, kamuya açık bilgilerin de özellikle sistematik bir şekilde toplanması ve kaydedilmesi hâlinde özel hayat kapsamında görülebileceğini kabul etmiştir<sup>75</sup>. Hatta AİHM, kamuya açık cezai bir yaptırımın sabıka kaydında tutulması ve kişinin bu kaydı işvereniyle paylaşması sonucunda işe alınmamasına ilişkin bir kararda yine bu gerekçeleri de dikkate alarak müdahalenin bulunduğu karar vermiştir<sup>76</sup>. Dolayısıyla *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında da söz konusu olan mahkûmiyete ilişkin verilerin kamuya açık olmasının sistemli bir şekilde GBT sisteminde kayıt tutulması ve görevlilerin erişimine açık olması sebebiyle müdahalenin bulunduğu yönündeki sonuca hâle getirmeyeceği söylenmelidir.

Tüm bunlar neticesinde ceza mahkûmiyetinin kişisel veri olduğuna ilişkin tespit açısından olduğu gibi müdahalenin varlığına ilişkin tespit açısından da AYM'nin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında AİHM'in yaklaşımı ile uyumsuzluğun bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

## VI. MÜDAHALENİN MEŞRULUĞU

Günümüzde kişilerin verileri gerek devlet gerek özel şirketlerce hiç olmadığı kadar işlenmektedir. Bu her ne kadar bireylerin özel hayatına ilişkin önemli bir müdahale olsa da bireylerin kişisel verilerinin işlenmesinden mutlak olarak korunması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu müdahalenin hangi durumlarda meşru sayıldığı da büyük önem arz etmektedir.

AİHS'in 8. maddesi ile korunan özel hayata saygı hakkı sınırlanabilir haklardandır. Bu maddenin 2. fıkrasına göre özel hayata saygı hakkına müdahale ancak yasaya uygun olarak sayılan meşru amaçlar doğrultusunda ve ölçülü olmak kaydıyla yapılabilecektir<sup>77</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinde ise "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" ifadelerine yer verilmek suretiyle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kanun ile sınırlanması ilkesi tekrar edilmiştir.

<sup>75</sup> Örneğin bkz. *Rotaru/Romanya*, § 43; *Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç*, § 72; *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya*, § 134,135.

<sup>76</sup> Bkz. *M.M./ Birleşik Krallık*, §§ 187-188, 190.

<sup>77</sup> Sözleşme'de geçen "demokratik toplum düzeninde gerekli" olma ifadesi çerçevesinde ölçülülük incelemesi de yapılmaktadır. Eren, A. (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği*, İstanbul: Beta, s. 201-202.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin "Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" sınırlandırılması belirtilmişse de özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması için "ilgili madde" olan 20. maddede sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir<sup>78</sup>. Ancak AYM, daha eski kararlarındaki yaklaşımını sürdürerek *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında özel hayata saygı hakkına ilişkin maddede sınırlama sebeplerine yer verilmemiş olması hâlinde dahi bu hakkın doğasından kaynaklanan sınırların bulunduğunu ve Anayasa'nın diğer maddelerine (özellikle 13. maddesine) dayanılarak da sınırlamalar yapılabileceğini ifade etmiştir<sup>79</sup>. Bu doğrultuda AYM de Anayasa'nın 20. maddesi ile korunan özel hayatın gizliliği hakkına müdahalenin meşru olup olmadığını incelerken AIHM gibi müdahalenin kanuniliğini ve meşru amacının bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir. KVKK'da da verilerin amaç ile bağlantılı olarak işlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Son olarak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların "demokratik toplum düzeninin (...) gereklerine ve ölçülülük ilkesine" uygun bir şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı ilkeye KVKK'da da yer verilmiştir<sup>81</sup>. Ayrıca 20. maddenin kişisel verilere ilişkin üçüncü fıkrasında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının "kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi" kapsayacağı belirtilerek hem bu hakkın kapsamı genişletilmiş hem de ölçülülük aşamasında dikkate alınabilecek oldukça önemli ilkeler ortaya konulmuştur. Bu hukuki çerçevede doğrultusunda AIHM gibi AYM'nin de *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında ölçülülük değerlendirmesi yaptığı belirtilmelidir.

## **A. KANUNİLİK**

### **1. Kanuni Dayanağın Varlığı**

*E.Ç.A.* kararında kanunilik hususunda hem genel ilkeler hem de bu ilkelerin somut olaya uygulanması açısından *Bülent Kaya* kararına atıfta

---

<sup>78</sup> Bu maddede yalnızca kişilerin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyalarının aranması ve bunlara el konulması eylemleri için belirli sınırlama sebeplerine yer verilmiştir.

<sup>79</sup> *Bülent Kaya*, § 57; *E.Ç.A.*, § 48. Aynı yaklaşımın benimsendiği daha eski tarihli kararlar için bkz. *Serap Tortuk* § 38; *Hayriye Özdemir*, B. No: 201373434, 25/06/2015, § 51; *Marcus Frank Cerny*, B. No: 2013/5126, 02/07/2015, § 64.

<sup>80</sup> KVKK, m. 4/ç.

<sup>81</sup> KVKK, m. 4/d.

bulunmakla yetinildiği için<sup>82</sup> çalışmanın bu bölümünde Mahkeme'nin kanuniliğe ilişkin değerlendirmesi *Bülent Kaya* kararındaki açıklamalar üzerinden incelenmiştir. Ayrıca AİHM ve AYM'nin kanuniliğe ilişkin belirli hususlarda yaklaşım farklılıkları olduğu için bu bölümde öncelikle mahkemelerin yerleşik içtihatları açıklanmış, ardından AYM'nin çalışmanın konusu olan *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarındaki değerlendirmesi irdelenmiştir.

İlk olarak belirtilmelidir ki hükümeti sınırlama ve temel hakları güvence altına alma noktasında önemli bir aşama olarak değerlendirilen kanunilik aşamasında AİHM ile AYM kanuni dayanak kavramına ilişkin farklı yaklaşımlar sergilemektedir. Çeşitli hukuk sistemlerini değerlendirmek durumunda olan AİHM, kanuni dayanağı maddi anlamda kanun olarak anlayıp meclis tarafından çıkarılan kanun bulunmamasına rağmen mahkeme kararları ve düzenleyici işlemler gibi dayanakları da müdahalenin iç hukuktaki temeli olarak kabul etmesine rağmen AYM, Anayasa'nın 13. maddesi gereği müdahalenin şekli anlamda kanuna dayanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>83</sup>.

AYM, kanuni dayanağın varlığına ve ayrıntılı düzenlemelerin düzenleyici işleme bırakılabileceğine ilişkin olarak *Bülent Kaya* kararında da önceki kararlarındaki bu yaklaşımı tekrar etmiştir<sup>84</sup>. *Bülent Kaya* kararındaki somut olayda verilerin GBT sistemine kaydedilmesi ve burada tutulmasının temel olarak Yönerge'deki düzenlemeler çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. Mahkeme 2559 sayılı Kanun'un polis istihbarat faaliyetlerinde bulunma, bu amaçla bilgi toplama, değerlendirme, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırma gibi yetkilerinin bulunduğunu ifade eden ek 7. maddesinin *Bülent Kaya* kararındaki müdahale açısından Yönerge'nin kanuni dayanağı olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>85</sup>. AYM'nin bu yaklaşımının temel hak

<sup>82</sup> Bkz. *E.Ç.A.*, § 49.

<sup>83</sup> Şirin, T. (2015). s. 194. Örneğin bkz. *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/06/2014, § 84.

<sup>84</sup> *Bülent Kaya*, § 62, 70.

<sup>85</sup> *Bülent Kaya*, § 77. 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi, Yönerge'nin 3. maddesinde kanuni dayanak olarak gösterilen maddeler arasında yer almaktadır. Bu maddeye göre "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla iş birliği yapar." Maddenin Yönerge'nin düzenleme alanı ile bağlantılı olduğu aşikârdır. Bu kanun maddesinin çok genel ifadelerle yer vermesi ve GBT kaydında verilerin tutulmasına ilişkin hiçbir düzenleme içermemesi sebebiyle genel çerçeveyi çizmediği iddia edilebileceği

ve özgürlükler için daha fazla güvence sağlaması sebebiyle AİHM'in yaklaşımından farklı olmasının problem teşkil etmediği belirtilmelidir<sup>86</sup>.

İkinci olarak her iki Mahkemenin de müdahaleye ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin düzenleyici işlem ile yapılabileceğini kabul ettiği belirtilmelidir. AİHM düzenleyici işlemi kanun kavramı kapsamında görmektedir. AYM'ye göre ise kanuni düzenlemenin temel çerçeveyi belirleyip uygulamaya ilişkin ayrıntıları düzenleyici işleme bırakması mümkündür<sup>87</sup>. Dolayısıyla böyle bir durumda müdahale teşkil eden eylemlerin ayrıntıları düzenleyen düzenleyici işleme dayanması aranacaktır. AYM, *Bülent Kaya* kararında Yönerge'nin şahıslar hakkında veri kaydı yapılması ve bunların silinmesine ilişkin hükümlerine değinmişse de<sup>88</sup> müdahale teşkil eden eylemlerin bu düzenlemelere dayanılarak bu düzenlemelere uygun bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini incelememiştir. Mahkeme, müdahalenin şekli bir kanuna dayandığı yönündeki sonucu kanunilik koşulunun sağlandığı yönünde karar vermek için yeterli görmüştür. Ancak bu incelemenin yapılması elzemdir.

Bu gereklilik doğrultusunda Yönerge'nin başvuruları ilgilendiren hükümleri burada kısaca açıklanmalıdır. Yönerge'de suç işlediği şüphesiyle adli makamlarca gönderilen yakalama emri ve yokluğunda tutuklama kararı ile arananlar, kayıp şahıslar ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılanlar hakkında GBT sisteminde bilgi formu düzenleneceği belirtilmiştir<sup>89</sup>. Bunların yanında Yönerge'nin 9. maddesine göre belirli kişiler hakkında yakalanmış olsalar dahi bilgi formu düzenlenmektedir<sup>90</sup>. Bu kişiler hakkında ilk olarak soruşturma evresinde kayıt oluşturulduğu ve kovuşturma evresine geçilmesi hâlinde kayıtların tutulmaya devam edildiği ve bu bilgilerin güncellendiğine daha önce de değinilmişti<sup>91</sup>. Yönerge'nin 9/b maddesinde vergi kaçakçılığı, şantaj, özel

---

gibi polise veri toplama yetkisini vermesi itibarıyla Yönerge için kanuni dayanak olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

<sup>86</sup> Nitekim "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz" ifadelerine yer veren AİHS'in 53. maddesi Sözleşme'nin minimum standartlar ortaya koyduğu ve iç hukukta daha yüksek bir koruma sağlanabileceği şeklinde yorumlanabilecektir. Bu madde hakkında daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Schabas, W. A. (2015). s. 902-904.

<sup>87</sup> Örneğin bkz. *Tuğba Arslan*, §§ 87-88.

<sup>88</sup> *Bülent Kaya*, § 72.

<sup>89</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 7/a.

<sup>90</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 7/a/2.

<sup>91</sup> Bkz. dipnot, § 54 ve 55.

hayatın gizliliğini ihlal, rüşvet, zimmet, yağma, cinsel saldırı, hırsızlık ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar gibi çok çeşitli suç tiplerini içeren 57 maddelik bir listeye yer verilmiştir<sup>92</sup>. Kişilerin 9. madde kapsamında işlem görüp yakalansalar dahi verilerinin tutulabilmesi için hüküm giydikleri suçların veya mahkûmiyet kararı henüz verilmemişse işledikleri iddia edilen suçların bu listede yer alması gerekmektedir.

Bu kayıtların silinmesi de Yönerge'de düzenlenmiştir. Yönerge'nin "şahıslar hakkında açılmış olan bilgi formlarının iptal edilmesi" başlıklı 16. maddesine göre<sup>93</sup> 9/b maddesi çerçevesinde yapılan kayıtların silinmesi için "adli makamlarca beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi veya dava zamanaşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmiş ve kararın kesinleşmiş olması" aranmaktadır<sup>94</sup>. Dolayısıyla kişinin 9/b maddesi kapsamında kaydı yapılanların bu suçlardan mahkûm olması hâlinde ölüm, gaiplik kararı verilmesi hâli<sup>95</sup> ve fiilin suç olmaktan çıkarılması<sup>96</sup> gibi durumlar hariç kalmak kaydıyla verilerinin silinmesi mümkün değildir<sup>97</sup>. Aynı maddeye göre 9/b maddesi kapsamında düzenlenen bilgi formlarının iptal edilmesinde af, şartlı tahliye, adli sicil kaydının silinmesi, cezanın paraya çevrilmesi, tecil edilmesi ve ceza zaman aşımı hâlleri dahi dikkate alınmaz<sup>98</sup>.

AYM'nin *Bülent Kaya*'nın işlediği iddia edilen ya da işlediği suçun 9/b kapsamında olup olmadığını ve verilerin silinmesinde hangi kuralların uygulanacağını kanunilik aşamasında incelememesi anlaşılması güç bir eksikliktir. Bu eksikliğin E.Ç.A. kararında müdahalenin kanuniliği açısından varılan sonuç üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim

<sup>92</sup> Bu listede "Yürürlükten kaldırılan kanunların karşısına yerine konan kanunlar yazılmış olup işlemlerde yeni kanun dikkate alınacaktır" ibarelerine yer verilmiş ve liste ilk sütunda yürürlükten kaldırılan kanun ve maddeleri ve ikinci sütunda yeni kanun ve maddelerine yer verilecek şekilde iki sütun hâlinde düzenlenmiştir.

<sup>93</sup> Bu madde verilerin silinmesine ilişkin koşulları 9/b kapsamında kayıt yapılıp yapılmamasına bağlı olarak belirlemiştir. Bilgi Toplama Yönergesi, m. 16/a maddesine göre 9/b maddesi kapsamında olmayan kayıtlar; kayıp kişiler bulunduğu, arananlar yakalandığında, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılanların ceza süresi bittiğinde silinmektedir.

<sup>94</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 16/b/1.

<sup>95</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 16/b/4.

<sup>96</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 16/c/2.

<sup>97</sup> Bunların yanında m. 16/b/6'da düzenlenen zorla kız kaçırma veya ırza geçme olayında kayıt altına alınan sanığın mağdur ile evlenmesi hâlinde ve m. 16/b/8'de düzenlenen 18 yaşını doldurmuş küçükler hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olsa dahi suç tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde Yönerge'nin 9/b maddesindeki suç türlerinden birini işlememiş olma hâlinde de bilgi formu iptal edilmektedir.

<sup>98</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 16/c/1.



GBT sistemine kaydedilen ceza yargılamasına konu olan hırsızlık suçu 9/b maddesindeki listede yer almaktadır<sup>99</sup>.

*Bülent Kaya* başvurusu açısından ise farklı ve daha karışık bir durum söz konusudur. Başvurucu hakkında 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi çerçevesinde iddianame düzenlendikten sonra GBT sistemi kapsamında ilk bilgi formu tanzim edilmiş yani veri girişi buna ilişkin olarak yapılmıştır<sup>100</sup>. GBT sistemine veri girişi yapıldığında yargılamaya konu olan ilk suç 9/b maddesinde yer almaktadır ve bu sebeple başvurucunun verisinin tutulmaya devam edilmesinin kanuni dayanağı bulunmaktadır<sup>101</sup>. Ancak bu yargısal süreçte çok sayıda görevsizlik kararı verilmiş, dosya ile ilgilenen mahkemeler yargılamaya konu olan suçun niteliğine ilişkin farklı bakış açıları benimsemiştir. Yani yargısal süreç boyunca başvurucunun işlediği iddia edilen suçun niteliği değişmiştir. En nihayetinde başvuru, 5237 sayılı Kanun'un 215. maddesi ile düzenlenen "suçu ve suçluyu övme" suçundan hüküm giymiştir. Bu suç ise 9/b maddesindeki tabloda yer almamaktadır.

Yönerge'ye göre bilgi formlarına ilişkin değişiklikler kayıtlara işlenmelidir<sup>102</sup>. Ayrıca verilerin Yönerge'de sayılan durumlarda silinmesi talebe bağlı kılınmamıştır<sup>103</sup>. Dolayısıyla yargılamaya konu olan suçun niteliği değiştikçe kişinin GBT sistemindeki kayıtların da GBT büroları tarafından değiştirilmesi gerekecektir<sup>104</sup>. Suçun niteliği değiştikçe

---

<sup>99</sup> Yönerge'nin 9/b maddesindeki tablonun 33 numaralı sırasında 765 sayılı mülga TCK ile 5237 sayılı yeni TCK'da yer alan hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemeler sayılmıştır.

<sup>100</sup> *Bülent Kaya*, § 13.

<sup>101</sup> 9/b maddesindeki tablo "3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar" ifadesine yer vermiştir.

<sup>102</sup> Bkz. Yönerge'nin "bilgi formu düzeltme çizelgesi" başlıklı 20/j maddesi.

<sup>103</sup> Bkz. Yönerge'nin 16. maddesi.

<sup>104</sup> Yönerge'nin 6/c/1 maddesine göre KİHBİ Daire Başkanlığı'nın bilgi toplama işlevi ile ilgili merkezdeki şube müdürlerinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında "İl güvenlik kuvvetlerince şahıslar ve eşyalar hakkında yapılan veri giriş, iptal, düşüm ve düzeltme işlemlerinin, KİHBİ Daire Başkanlığı Bilgi Toplama Yönergesi doğrultusunda yapılıp yapılmadığının bilgisayar ortamında veya çıktısı alınarak görevlilerce günlük olarak kontrollerinin yapılmasını sağlamak" da bulunmaktadır. KİHBİ Daire Başkanlığı ile 13/09/2019 tarihinde yapılan telefon konuşmasında görüşülen yetkili; GBT bürolarının düzenli olarak suçun niteliğine dayalı olarak verileri güncellediği, suçun 9/b kapsamında olmaması hâlinde kayıtların silindiği, yargılama esnasında suçun niteliğinin değişmesi ve 9/b'de sayılanlardan olmaması hâlinde de bu yargılamaya ilişkin tüm kayıtların silindiğini ifade etmiştir. Kişilerin bu verilerin silinmesi için talepte bulunmasının şart olmadığını ancak kişilerin başvurmasının süreci hızlandırması açısından faydalı olduğunu belirtmiştir. Ancak sistemdeki aksamaların kişilerin sorumluluğunu doğurmayacağı aşikârdır. Danıştay da bir

kişinin önceki suç türüne ilişkin kaydının tutulmasının herhangi bir dayanağı kalmayacaktır, buna ilişkin veri silinecektir ve yargılamanın sonuçlanması hâlinde tutulmaya devam edilmesi mümkün olan tek kayıt kişinin hakkında hüküm giydiği suça ilişkin olacaktır<sup>105</sup>. Yönerge hükümleri ışığında kayıtlar değiştirilirken de yargılamaya konu olan yeni suç türünün 9/b kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer yeni suç türü 9/b kapsamında değilse ve kayıt yapılması için başka bir sebep yoksa bu verinin kaydedilmesinin bir dayanağı olmayacaktır. *Bülent Kaya* kararında da mahkemelerin görevsizlik kararı verip yargılamanın konusu olan suçu değiştirmeleri hâlinde bu kayıtların yenilenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla iddianameye konu olan Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suça ilişkin ilk kaydın silinmesi gerekecektir. En nihayetinde kişinin verisinin tutulmasının dayanağı hüküm giydiği suç olduğu için ve bu suç 9/b maddesinde sayılmadığı için buna ilişkin kayıt yapılmamalı, yapıldıysa da silinmelidir.

Söz konusu veriler ışığında *Bülent Kaya* kararında başvuruçunun yargılamaya ilişkin verilerinin silinmesi yönündeki talebin reddi işleminin iptali üzerine açtığı dava sürecinde verilerin silindiğinin davaya taraf olan ve verileri silmekle yükümlü olan idare tarafından Mahkeme'ye bildirilmesi ve davanın konusuz kalması beklenirdi. Bu işlemlerin yapıp yapılmadığı AYM'nin olaylara ilişkin açıklamalarında yer almamaktadır. Ancak dava başvuruçusu aleyhine devam etmiş olup İdare Mahkemesi kararının kesinleşmesi, başvuruçunun mahkûmiyetine ilişkin verinin 9/b kapsamında olmamasına rağmen hâlâ tutulduğuna işaret eder. Bu durumda Yönerge hükümlerinin kanuni dayanağı bulunmasına rağmen somut olaydaki müdahalenin Yönerge'ye aykırı olması sebebiyle mevzuatta bir dayanağının bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. AYM'nin *Bülent Kaya* başvurusundaki müdahalenin Yönerge'deki düzenlemelere uygun bir şekilde yapıp yapılmadığını ayrıntılı bir şekilde incelememesi ne

---

kararında aranıyor olmasına rağmen koordinasyon eksikliği sebebiyle hakkında arama kararı olduğu dayanak gösterilerek gözaltına alınan kişiye bunun bir hizmet kusuru olması sebebiyle manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 17.10.2007 tarihli ve 2007/4756 sayılı kararı. Bunun verilerin silinmesi gerekirken güncellenmemesi sebebiyle tutulmaya devam edilmesi durumu için de yol gösterici bir karar olduğu söylenebilir.

<sup>105</sup> Nitekim 16. maddeye göre kişinin mahkûm olması dışındaki hallerde bilgi formu silinmektedir.

yazık ki hatalı bir sonuca ulaşmasına sebebiyet vermiştir<sup>106</sup>. *Bülent Kaya* kararındaki bu hatalı sonuç, AİHM kararları ile uyuşmamaktadır.

## **2. Kanuni Dayanağın Nitelikleri**

AİHM ve AYM, kanuni bir dayanağın varlığının yanı sıra bu dayanağın belirli özellikler taşıması gerektiğini kabul etmiştir. Her iki mahkeme de kanuni dayanağın ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmiştir<sup>107</sup>. Ulaşılabilirlik vatandaşların bu düzenlemelere erişebilmesini ifade etmekte, öngörülebilirlik ise kişinin davranışlarına yön vermesine imkân sağlayacak ölçüde kesin kuralların bulunduğunu ifade etmektedir<sup>108</sup>. Ancak AİHM kararlarında bir düzenlemenin her türlü sonucun öngörülmesini sağlayacak şekilde bir kesinlik taşıması mümkün olmadığı için belirli ölçüde belirsizlikler içerebileceği ifade edilmektedir<sup>109</sup>. Kanuni dayanağın sahip olması gereken kesinlik, değerlendirilen spesifik konu ile bağlantılıdır<sup>110</sup>. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kararlarda keyfiliğe yol açmayacak ölçüde belirliliğin söz konusu olması için verilerin tutulma süresi, silinmesine ilişkin usuller, verilere kimlerin erişebileceği gibi hususların düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> Mahkeme, başvurunun verilerinin silinmesi yönünde yaptığı talebin reddi işlemin iptali sitemiyle açtığı davada 312. maddenin 9/b kapsamında olmadığı iddiasını aynı nitelikteki 216. maddenin Yönerge'ye eklendiği gerekçesiyle reddeden İdare Mahkemesi kararına değinmiş ve derece mahkemelerinin yorumunda bir takdir hatasının bulunmadığını ifade etmekle yetinmiştir. Bkz. *Bülent Kaya*, § 89.

<sup>107</sup> AİHM kararlarında ulaşılabilirlik ve öngörülebilirliğin yanında hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan, keyfiliğin önlenmesine yönelik güvencelerin bulunması aranmaktadır. AİHM'in yaklaşımı için bkz. Doğru, O. / Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Ankara: Pozitif Matbaa, s. 11; Schabas, W. A. (2015). s. 403; Harris, D. / O'Boyle, M. / Warbrick, C. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çeviri: Karan, U. / Bingöllü Kılıcı, M., Ankara: Şen Matbaa, s. 349-352; Arslan Öncü, G. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta, s. 367-368. Anayasa Mahkemesinin ise ulaşılabilirlik ve öngörülebilirliğin yanında kanuni dayanağın taşıması gereken "belirlilik" niteliğinden de bahsettiği görülmektedir. Şirin, T. (2015). s. 195, 199; Arslan Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 156. Mahkeme bir kararında belirliliğin "içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması" anlamına geldiğini ifade etmiştir. *Hayriye Özdemir*, § 56.

<sup>108</sup> *Rotaru/Romanya*, § 55; *Bülent Polat*, B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 74.

<sup>109</sup> Örneğin bkz. *The Sunday Times/Birleşik Krallık*, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 49; *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 25/05/1983, § 88.

<sup>110</sup> Schabas, W. A. (2015). s. 403; European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). s. 38.

<sup>111</sup> Örneğin bkz. *Rotaru/Romanya*, §§ 56-58. Bu kriterler ve güvencelerin AİHM tarafından

*Bülent Kaya* kararında da AİHM kararları ve AYM'nin önceki içtihatları ile paralel olarak kanuni dayanağın bu özellikleri taşıması gerektiği belirtilmiştir<sup>112</sup>. Ayrıca “kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ve özellikle süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki prosedürlere ilişkin, muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralların” mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>113</sup>. Bunun yanında ayrıntıları düzenleyen düzenleyici işlemin de bu özellikleri taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir<sup>114</sup>. Bu ifadelerden AYM'nin *Bülent Kaya* kararında genel olarak AİHM'in yaklaşımını benimsediği anlaşılmaktadır. Ancak asıl önem arz eden ve problemleri olan husus bu yaklaşımın somut olayda uygulanma şeklidir.

AYM, *Bülent Kaya* kararında somut olaydaki müdahalenin kanuniliğini incelerken ne bahsi geçen kanun maddelerini ne de Yönerge'yi kanuni dayanağın taşıması gereken özellikler açısından incelememiştir. Bu durum, Mahkeme'nin yukarıda zikredilen ifadeleri dikkate alındığında oldukça şaşırtıcıdır. Yönerge, AYM içtihatları ve AİHM kararlarında zikredilen kanuni dayanağın taşıması gereken özellikler açısından incelendiği takdirde belirli problemler ortaya çıkmaktadır. İlk olarak müdahaleye dayanak teşkil eden Yönerge'nin halka açık olmadığı görülmektedir<sup>115</sup>. Nitekim Yönerge Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır ve hizmete özeldir<sup>116</sup>. Çalışmanın hazırlandığı tarihte Yönerge metninin Elektronik Kamu Bilgi Yönetim Sistemi'nde (Kaysis) erişime açık

---

istihbarat gibi gizli bilgi toplamaya ilişkin kararlarda çok daha fazla ciddiye alındığı görülmektedir.

<sup>112</sup> *Bülent Kaya*, §§ 60-63. Mahkeme *Bülent Kaya* kararında ulaşılabilirliğin “vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi” ne işaret ettiğini ve “normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yeterli bir netlikte yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini tanımlaması” gerektiğini ifade etmiştir. *Bülent Kaya*, § 63.

<sup>113</sup> *Bülent Kaya*, § 64.

<sup>114</sup> *Bülent Kaya*, § 70. Ayrıca bkz. *Bülent Polat*, § 88.

<sup>115</sup> KİHBİ Daire Başkanlığı ile yapılan 13/9/2019 tarihli telefon konuşmasında görüşülen yetkili; Yönerge'nin Başkanlık tarafından kamuya açılmadığını, yalnızca 81 ildeki GBT bürolarındaki görevliler tarafından erişilebilir olduğunu, belirli durumlarda mahkemeler ve omdusmanlar ile de paylaşıldığını belirtmiştir. Yönerge'nin talep edilmesi hâlinde dahi vatandaşların erişimine açık olmadığını belirtmiştir.

<sup>116</sup> 8 Haziran 2011'de 27958 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre hizmete özel evrak “hizmeti yürütmesi gerekenlerden başkası tarafından bilinmesine ihtiyaç duyulmayan” evraktır.

olması sebebiyle Yönerge'den yararlanılmıştır<sup>117</sup>. Ancak 28/10/2019 tarihinde yapılan kontrolde bu web sitesinden Yönerge'ye erişilemediği, Yönerge'nin erişime kapatıldığının görüldüğü vurgulanmalıdır.

AIHM ve AYM'nin içtihatlarına göre kişilerin verilerinin tutulmasının ve bu suretle özel hayata saygı hakkına müdahalede bulunulmasının temeli olan bir Yönerge'nin müdahalenin muhatapları tarafından bilenebilir olması bir ihtiyaçtır<sup>118</sup>. Vatandaşların ulaşamaması, yalnızca hakka müdahale edebilecek olan yetkililerin erişimine açık olması sebebiyle Yönerge'nin AYM'nin ifadeleriyle "vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi"<sup>119</sup> koşulunu sağladığını söylemek güçtür<sup>120</sup>.

Bu konuda AIHM'in *Shimovolos/Rusya* kararı da önemli bir örnektir<sup>121</sup>. Bu karar, bir insan hakları aktivistinin hareketlerinin, gittiği yerlerin, toplu taşıma biletlerinin bir istihbarat veri tabanına kaydedilmesine ilişkindir. Kararda veri tabanının kurulması, devam ettirilmesi ve işlemesine ilişkin prosedürler hiçbir şekilde yayımlanmayan bir bakanlık emri ile belirlenmiştir. AIHM, kişilerin bilgilerinin bu veri tabanına niçin kaydedildiği, bu veri tabanında ne tür bilgilerin ne kadar süre tutulduğu, kaydın nasıl yapıldığı, nasıl kullanıldığı ve bu kayıtları kimin kontrol ettiği gibi önemli hususların bilinmesinin mümkün olmadığını belirtmiş ve kanuni dayanağın ulaşılabilir olmadığına karar vermiştir<sup>122</sup>. *Bülent Kaya* kararında AYM bu karara hiç atıfta bulunmamış, Yönerge'nin niteliklerini değerlendirmede için bu karardan ayrılmayı meşru kılacak

---

<sup>117</sup> Bkz. Kaçakçılık İstihbarat Harekât ve Bilgi Toplama (KİHBİ) Daire Başkanlığı, (2007). Bilgi Toplama Yönergesi, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/134544> (Erişim Tarihi: 13/9/2019).

<sup>118</sup> KİHBİ Daire Başkanlığı ile yapılan 13/9/2019 tarihli telefon konuşmasında görüşülen yetkili, GBT sisteminde istihbarî bilgi tutulmadığını kesin bir dille ifade etmiştir. Nitekim Yönerge de bunu mümkün kılmamaktadır. Yani Yönerge'ye göre GBT sisteminde tutulacak bilgiler kamuya açık bilgilerdir, bu istihbarî nitelikte bir veri tabanı değildir. Bu da göz önünde bulundurulduğunda Yönerge'nin "hizmete özel" kabul edilmesinin gerekçelerini tahmin etmek güçleşmektedir.

<sup>119</sup> *Bülent Kaya*, § 63.

<sup>120</sup> Bu görüş karşıoylarda da dile getirilmiştir. *Bülent Kaya* kararında Engin Yıldırım'ın yanı sıra Serruh Kaleli, Alparslan Altan ve Erdal Tercan müdahalenin kanuni dayanağının ulaşılabilir olmadığı gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği yönünde görüş bildirmiştir. Hasan Tahsin Gökcan ve Yusuf Şevki Hakyemez de E.Ç.A. kararına ilişkin olarak yazdıkları karşıoyun 11. paragrafında bu görüşü dile getirmiştir.

<sup>121</sup> *Shimovolos/Rusya*, B. No: 30194/09, 21/6/2011. Serdar Özgüldür ve Serruh Kaleli de E.Ç.A. başvurusundaki çoğunluk kararına ilişkin olarak yazdıkları karşıoyda bu karara atıfta bulunmuştur.

<sup>122</sup> *Shimovolos/Rusya*, §§ 68-71.

gerekçeler de ortaya koymamıştır. Buradan kanuni dayanağın gerekli nitelikleri taşımaması sebebiyle müdahalenin kanunilik şartını taşımadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

İkinci olarak yukarıda da zikredildiği üzere Yönerge’de ceza mahkûmiyeti ve soruşturmalara ilişkin bilgilerin kaydını düzenleyen ayrıntılı hükümler bulunduğu söylenebilirse de örneğin 9/b maddesinde düzenlenen suçları işleyen kişiler hakkında tutulan bilgilerin tutulmasına ilişkin bir süre sınırının bulunmadığı, bunların silinmesi imkânının hiçbir şekilde tanınmadığı görülmektedir. Bunların AİHM kararlarına göre kanunun keyfiliği önleyecek ve öngörülebilirlik niteliğini sağlayacak kesinlikte olabilmesi için düzenlenmesi gerektiği dikkate alındığında, bu hususların eksikliğinin müdahalenin kanuni dayanağının gerekli nitelikleri taşımaması sonucuna götürebileceği ifade edilmelidir. Ancak kanunilik aşamasında incelenen hususların ölçülülük incelemesini de yakından ilgilendirmesi ve bunların kesin çizgilerle birbirinden ayrılmasının oldukça güç olması sebebiyle ölçülülük aşamasına ilişkin değerlendirmede de bu hususların bazıları üzerinde durulacağı belirtilmelidir<sup>123</sup>.

Sonuç olarak AYM, Yönerge’deki düzenlemeleri ve Yönerge’nin de kanuni bir dayanağının bulunduğu yönündeki bulgusunu *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında kanunilik koşulunun sağlandığı sonucuna ulaşmak için yeterli görmüştür<sup>124</sup>. Yukarıda tartışılanlar çerçevesinde AYM’nin ulaştığı sonucun AİHM kararlarına aykırı olduğu belirtilmelidir.

## B. MEŞRU AMAÇ

Suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla veri toplanması yaygın uygulama bulmaktadır<sup>125</sup>. GBT sistemine yapılan kayıtların da temel itibarıyla önleyici amaçlar ile faaliyet gösteren idari kolluk çerçevesinde yapıldığı kabul edilmektedir<sup>126</sup>. Yönerge’de de GBT kayıtlarının belirli durumlarda belirli kişiler hakkında “Anayasa düzenine ve genel

<sup>123</sup> Nitekim AİHM kararlarında da bu uygulama sıklıkla görülmektedir. Örneğin bkz. *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 99; *M.K./Fransa*, § 28.

<sup>124</sup> *Bülent Kaya*, § 78.

<sup>125</sup> Ancak bunun bu yaygın uygulamanın ayrıntılı düzenlemelere tabi kılınması da önem arz etmektedir. Nitekim AB hukukunda 2016/680 sayılı, 27 Nisan 2016 tarihli Direktif yalnızca bu hususa hasredilmiştir ve oldukça ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

<sup>126</sup> Özay, İ. H. (2013). “İdari Kolluk – Adli Kolluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, s. 950. İdari kolluğun önleyici işlevine ilişkin olarak bkz. Küzeci, E. (2019). s. 419.

güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere” tutulduğu ifade edilmiştir<sup>127</sup>. AYM; *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarına konu uyumsuzluklarda da GBT sistemine kaydı yapılan bilgilerin, kolluk kuvvetlerine suç ve suçlularla mücadele çalışmalarında istihbarat kaynağı olarak, idarenin vatandaşlarla ilgili yürüttüğü iş ve işlemlerde, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde çalıştıracakları personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması işlemlerinde kullanılacağını ve bu kayıtların tutulmasının kamu güvenliğinin ve suç ve suçluyla mücadelenin sağlanması amacıyla yönelik olduğunu ifade etmiştir<sup>128</sup>. AYM her iki kararda da bu kayıtların tutulmasının güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmalarında kullanıldığını da dikkate alarak müdahalenin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması meşru amacına yönelik olduğunu kabul etmiştir<sup>129</sup>.

AİHS çerçevesinde ise amacın meşru olması gerekmektedir. AİHS’in 8. maddesinin 2. fıkrasında “ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amaçları meşru addedilmiştir. Görüldüğü üzere AYM’nin zikrettiği “kamu düzeni ve güvenliğini sağlama” amaçları Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamındadır<sup>130</sup>. AİHM’in de çoğu kararında meşru amacın varlığını kabul ettiği görülmektedir. Ayrıca AİHM’in emniyet kuvvetlerince tutulan veri tabanlarına ilişkin kararlarında veri tabanlarının oluşturulması ve bunlara birtakım verilerin kaydedilmesini suç işlenmesinin önlenmesi, kamu düzeni ve güvenliğini sağlama meşru amacına yönelik olduğunu kabul ettiği örnekler bulunmaktadır<sup>131</sup>. Bu doğrultuda AYM’nin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarındaki müdahalenin meşru bir amaca yönelik olduğu yönündeki tespitinin AİHM kararları ile uyumsuzluk taşıyan bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> Bkz. Bilgi Toplama Yönergesi, m. 1.

<sup>128</sup> *Bülent Kaya*, § 19; *E.Ç.A.*, § 16.

<sup>129</sup> *Bülent Kaya*, § 79; *E.Ç.A.*, § 50.

<sup>130</sup> AYM’nin 20. maddesinde sınırlama sebeplerine yer verilmediği için doğrudan AİHS’in 8. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

<sup>131</sup> Örneğin bkz. *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 100; *M.K./Fransa*, § 29; *Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç*, § 87; *Aycaguer/Fransa*, § 36.

<sup>132</sup> Zaten genellikle meşru amacın varlığı mahkemeler tarafından kabul edilmektedir. Aynı durum ölçülülük prensibine ilişkin uygulamaları açısından örnek gösterilen Almanya ve Kanada Yüksek Mahkemeleri için de geçerlidir. Bkz. Yüksel, S. (2015). *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, İstanbul: Alfa, s. 228.

### C. ÖLÇÜLÜLÜK

Hem AİHM'in hem AYM'nin elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık aşamalarından oluşan ölçülülük prensibi açısından değerlendirme yaparken genelde müdahalenin amacı ile aracın kişinin hakkı üzerindeki etkisinin orantılı olup olmadığının değerlendirildiği son aşamaya odaklandığı görülmektedir<sup>133</sup>. AYM de *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında oldukça kısa tuttuğu ölçülülük değerlendirmesinde orantılılık aşamasına odaklanmaktadır<sup>134</sup>. Mahkeme, *Bülent Kaya* başvurusunda elde edilen verilerin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla kaydedildiğini belirterek amaca dikkat çekmiştir<sup>135</sup>. Mahkeme ayrıca bu amaca yönelik olarak ilgili bilgilerin toplanması, paylaşılması, kullanılması ve silinmesinin ayrıntılı olarak düzenlendiğini ve bu bilgilerin amaç dışı kullanılmadığını belirterek müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>136</sup>. AYM, *E.Ç.A.* başvurusunda da benzer şekilde verilerin kullanılmasının gizlilik kurallarına tabi olduğu, sınırlandırıldığı, bilgilerin toplanması, paylaşılması, kullanılması, silinmesinin Yönerge'de ayrıntılı şekilde düzenlendiğini ve amaç dışı kullanımların TCK'da suç olarak belirlendiğini ifade ederek mevzuattaki güvenceler üzerinde durmuştur<sup>137</sup>. Ayrıca AYM, başvurucunun bu verilerden amaç dışı yararlandığını ve esnaf olan başvurucunun özel hayatı ve çalışma hayatının olumsuz etkilendiğini gösteren deliller ortaya koyamadığını ifade ederek müdahalenin kişinin özel hayata saygı hakkına ölçsüz bir yük bindirmediği sonucuna ulaşmıştır<sup>138</sup>.

AİHM ise devlet tarafından tutulan veri tabanlarına ilişkin pek çok kararında veri kaydı yapılması, bunların tutulması ve kullanılmasının kamu düzenini ve güvenliği sağlama amacına hizmet ettiğini ve ülkelerin bunu sağlama açısından belirli ölçüde takdir marjına sahip olduklarını kabul etmekle birlikte bu amaca hizmet eden eylemlerin orantılı olup olmadığını somut olaydaki pek çok unsuru dikkate alarak değerlendirmektedir. Nitekim her devletin özellikle güvenlik açısından önem arz eden durumlarda veriler toplamalarının meşru bir

<sup>133</sup> Şirin, T. (2015). s. 225; Eren, A. (2004). s. 201-202.

<sup>134</sup> Bkz. *Bülent Kaya*, § 87.

<sup>135</sup> *Bülent Kaya*, § 88.

<sup>136</sup> *Bülent Kaya*, § 88, 90.

<sup>137</sup> *E.Ç.A.*, §§ 53-54.

<sup>138</sup> *E.Ç.A.*, § 55.



amacının bulunduğu aşikârdır. Ancak yine de her türlü müdahale meşru addedilemeyecek, müdahalenin belirli ölçütlere uygun olması ve belirli güvencelerin sağlanması gerekecektir.<sup>139</sup> Bu çalışmada GBT sistemine veri kaydı yapılmasına ilişkin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarının AİHM'in ölçülülüğe ilişkin yaklaşımı çerçevesinde değerlendirilebilmesi için Mahkeme'nin konuya ilişkin kararlarında dikkate aldığı belli başlı unsurların ortaya konulması yoluna gidilmiştir. Mahkeme'nin özellikle üzerinde durduğu söylenebilecek 4 unsur tespit edilmiştir<sup>140</sup>:

1. Hakkında veri toplanan kişinin mahkûm olup olmadığı,
2. İşlenen verinin türü,
3. Verinin tutulma süresi ve silinmesine tanınan imkân,
4. İşlenen suçun türü ve ağırlığı.

Çalışmanın devamında bu unsurların AİHM kararlarındaki yeri açıklanacak ve ardından *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararları her bir unsur açısından değerlendirilecektir.

### **1. Hakkında Veri Toplanan Kişinin Mahkûm Olup Olmadığı**

AİHM kararlarında orantılılık aşamasında önemli bir yere sahip olduğu tespit edilen ilk unsur, hakkında veri toplanan kişinin mahkûmiyetine ilişkindir. Bu unsur açısından öncelikle AİHM'in kişisel verilere ilişkin en önemli kararlarından olan *S ve Marper/Birleşik Krallık* kararından bahsetmek gerekmektedir. Bu karara konu olan somut olayda hırsızlıktan tutuklanmış bir kişiden parmak izi ve DNA örnekleri alınmıştır. Sonradan kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Ancak toplanan veriler, bu karara rağmen soruşturmalarda önemli bir kaynak olması dolayısıyla suçun önlenmesi ve suçlulukla mücadele amacıyla veri tabanında tutulmaya devam edilmiştir<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Şimşek, O. (2008). *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta, s. 125.

<sup>140</sup> Elbette somut olaydaki tüm koşullar önemlidir. Belirli sayıda unsur üzerinden yapılan değerlendirmenin eksik kalması kaçınılmazdır. Örneğin, Osman Alifeyyaz Paksüt ile Muammer Topal'ın E.Ç.A. kararına ilişkin yazdıkları karşoyun 4. paragrafında işaret ettiği gibi veri tabanında tutulan verilere kimlerin erişiminin olduğu, bunun verisi tutulanların hayatını nasıl etkilediği hususu da oldukça önemlidir. Ancak AİHM kararları ışığında daha sistematik ve anlaşılır bir değerlendirme yapılabilmesi için sınırlı sayıda unsura ilişkin AİHM yaklaşımının ortaya konulması uygun görülmüştür. Sayılan unsurların AİHM'in pek çok kararında dikkate alınması ve çalışmanın odak noktasını oluşturan *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarını da ilgilendiriyor olmaları sebebiyle bu 4 unsur açısından inceleme yapılması tercih edilmiştir.

<sup>141</sup> *S ve Marper/Birleşik Krallık*, §§ 16-19.

AİHM ise müdahalenin ölçüsüz olduğundan bahisle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda rol oynayan en temel faktör veri tabanına veri kaydı yapılırken mahkûmiyet hükmü de dâhil olmak üzere pek çok unsur açısından hiçbir ayırım gözetilmemesidir<sup>142</sup>. Mahkeme hiçbir suçtan dolayı hüküm giymemiş olan ve masumiyet karinesinden faydalanma hakkı olan başvuranların durumunda olan kişilerin, mahkûm edilmiş kişilerle aynı muameleyi görmesinden kaynaklanan kınanma riskini vurgulamış ve herkesin masum olarak kabul edilme hakkının bulunduğunu ifade etmiştir<sup>143</sup>. Hükümlülerin gelecekteki olası cezai soruşturmalarda kullanılmak üzere DNA profillerinin alınması ve saklanması söz konusu olduğu *Peruzzo ve Martens/Almanya* kararında ise bu verilerin yalnızca hükümlülerden toplanması, Mahkeme'nin başvuruyu açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemez bulmasına ilişkin gerekçesinde özellikle belirttiği hususlardandır<sup>144</sup>.

*E.Ç.A. ve Bülent Kaya* kararlarında ise bu unsur açısından herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Yönerge, mahkûm olunmadan da kişilere ilişkin yargılamalar hakkında veri kaydı yapılmasına ve bunların tutulmasına imkân tanımaktadır ancak *S ve Marper/Birleşik Krallık* başvurusundaki durumun aksine Yönerge'de hakkında mahkûmiyet hükmü olanlar ile olmayanlar arasında bir ayırım gözetilmiştir. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere 9/b maddesinde sayılan suçları işleyenler hakkında beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi veya dava zaman aşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmiş olması hâlinde verilerin silinebileceği düzenlenmiştir. Yani mahkûm olan kişilerin verileri ölüm, fiilin suç olmaktan çıkarılması gibi çok istisnai durumlar hariç olmak üzere tutulmaya devam edilmektedir<sup>145</sup>.

Ayrıca *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında *S ve Marper/Birleşik Krallık* başvurusundaki durumun aksine başvuranlara ilişkin olarak mahkûmiyet hükmü bulunmaktadır. *Bülent Kaya* kararında mahkûmiyet hükmü

<sup>142</sup> Mahkeme bundan ötürü "şaşkınlık içerisinde" olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 119. Mahkeme, *M.M./ Birleşik Krallık* kararında cezai kayıtların hiçbir ayırım gözetilmeden toplanmasının da meşru görülmesinin zor olduğunu bunun için pek çok kanuni güvencenin işletilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. *M.M./ Birleşik Krallık*, § 196, 199.

<sup>143</sup> *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 122. Mahkeme, yargılamaya devam edilmemesine rağmen polis kayıtlarında başvurunun olaya konu suçu işlediği yönünde ifadelere yer verilmesine ilişkin *Mikolajová/Slovakya* kararında da aynı hususu vurgulamıştır. Mahkûmiyet hükmü bulunmamasına rağmen bu şekilde bir kayda yer verilmesi, AİHM'in müdahalenin ölçüsüz olduğuna karar vermesi ile sonuçlanmıştır. Bkz. *Mikolajová/Slovakya*, B. No: 4479/03, 18/01/2011, § 61. Ayrıca bkz. *M.K./Fransa*, § 39.

<sup>144</sup> *Peruzzo ve Martens/Almanya*, B. No: 7841/08 ve 57900/12, 04/06/2013, § 44.

<sup>145</sup> Bilgi Toplama Yönergesi, m. 16/b/1.

kesinleşmiştir. Dolayısıyla bu unsurun *Bülent Kaya* başvurusundaki müdahalenin kişinin özel hayata saygı hakkına orantısız bir müdahalede bulunduğu iddiasına hizmet etmediği söylenebilir. Ancak *E.Ç.A.* başvurusunda başvurucuya verilen ağır para cezaları ertelenmiş ve hatta 6 yıllık bir sürenin sonunda ertelenmiş cezanın işlenmemiş sayılması suretiyle adli sicil kayıtlarının silinmesine karar verilmiştir<sup>146</sup>. 765 sayılı mülga TCK'ya göre verilen erteleme kararı sonrasında kişinin deneme süresini suç işlemeden geçirmesi hâlinde “mahkûmiyetin vaki olmamış sayılmasına” karar verilmektedir. Bu sebeple eski TCK döneminde ertelemenin genel af benzeri bir kurum olduğu ifade edilmiştir<sup>147</sup>.

Yönerge'de erteleme veya adli sicil kayıtlarından silinme hâllerinin GBT kayıtlarının silinmesinde dikkate alınmayacağı açıkça belirtilmiştir<sup>148</sup>. Çoğunluk, kararında buna ilişkin hiçbir açıklamaya yer vermese de karşıoylarda bu hususa değinilmiştir. Serruh Kaleli ve Serdar Özgüldür “açık kanun hükmü uyarınca “esasen vaki olmamış”, yani artık hukuk âleminde mevcudiyetinden söz edilemeyecek bir kişisel verinin, anılan Yönerge uyarınca “varmış gibi” kabul edilmesinin ölçülülük ilkesini ihlal ettiği yönünde görüş bildirmiştir. Mahkûmiyet hükmünün vaki olmadığı kararının ardından adli sicil kaydı silinen bir kişinin mahkûmiyet hükmünün bir güncelliğinin kalmadığı ve önleyici amaçlara ne şekilde hizmet ettiğini anlamanın güç olduğu söylenebilecektir<sup>149</sup>. Bu durum AİHM kararları açısından da problemlili görülebilecektir. Yönerge'de mahkûmiyetin bulunup bulunmadığına göre bir ayırım yapılmış olsa da erteleme kararı sonrasında mahkûmiyeti gerçekleşmemiş sayılan kişiler açısından bir ayırım yapılmamıştır ve bu sebeple *E.Ç.A.* kararındaki başvurucunun GBT kaydı, hakkındaki mahkûmiyet hükmünün bulunmadığı kararı verilmeyen kişilerden ayırt edilmeksizin tutulmaya devam edilmektedir. AİHM'in veri kaydının ayırım gözetmeksizin yapılmasına karşı takındığı tutum dikkate alındığında, başvurucunun verilerinin tutulmaya devam edilmesinin problemlili olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak elbette ölçülülük hususunda kesin bir sonuca ulaşmak için diğer unsurların da değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>146</sup> *E.Ç.A.*, §§ 11-12.

<sup>147</sup> Bkz. 765 sayılı mülga TCK'nın 95. maddesi; ayrıca bkz. Erdoğan, O. (2016). *İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Adalet Yayınevi, s. 826.

<sup>148</sup> Bilgi Toplama Yönergesi m. 16/c/1.

<sup>149</sup> Özay, İ. H. (2013). s. 955.

## 2. İşlenen Verinin Türü

Mahkûmiyet hükmü ve suçun ağırlığının yanı sıra müdahalenin ağırlığının değerlendirilmesinde ve dolayısıyla ölçülülük incelemesinde çok önemli bir yeri olan bir diğer unsur ise işlenen verinin türüdür<sup>150</sup>. AİHM'e göre verinin toplanıp kaydedilmesinin etkilerinin somut olaya konu olan veri/verilerin niteliği de dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin pek çok uluslararası ve ulusal metin özel nitelikli (hassas) veriler ile diğer kişisel veriler arasında bir ayırım yapmaktadır<sup>151</sup>. Nitekim AİHM de bunu dikkate alarak birtakım verilerin özel nitelikli (hassas) olduğunu kabul etmiştir<sup>152</sup>. Veri türüne ilişkin bu ayırımın ölçülülük incelemesinde de dikkate alındığı görülmektedir. Mahkeme özel nitelikli (hassas) veriler söz konusu olduğunda devlete tanınan takdir marjının azaldığını ve verinin türünün hassaslığı arttıkça uygulanması gereken güvencelerin de artması gerektiğini ifade etmiştir<sup>153</sup>. Verinin özel nitelikli (hassas) olması bu verinin hiçbir şekilde işlenemeyeceği anlamına gelmeyecektir. Özel nitelikli (hassas) verilerin toplanması ve kaydedilmesinin diğer koşulların da uygun olması hâlinde ölçülü addedilmesi mümkündür<sup>154</sup>. Ayrıca özel nitelikli (hassas) veri addedilen verilerin de farklı niteliklere sahip olduğu ve ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerektiği söylenebilecektir<sup>155</sup>. *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarına konu olan mahkûmiyete ilişkin verilerin de bu çerçevede ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mahkûmiyete ilişkin veriler, Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi ve 1995 tarihli AB Direktifi'nde özel nitelikli (hassas) verilere ilişkin maddeler çerçevesinde düzenlenmiştir<sup>156</sup>. Buna rağmen mahkûmiyete ilişkin verilerin niteliğinin kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, siyasi görüşüne ilişkin veriler gibi tutulması hâlinde ayrımcılığa sebep olabilecek

<sup>150</sup> De Hert, P. / Gutwirth, S. (2009). s. 23. Hert ve Gutwirth, işlenen verinin "hassasiyeti" ifadesini kullanmıştır.

<sup>151</sup> Küzeci, E. (2019). s. 242.

<sup>152</sup> Örneğin DNA profillerinin (*S ve Marper/Birleşik Krallık*, §§ 72-76), HIV statüsü gibi tıbbi verilerin (*Z./Finlandiya*, § 96, *I/Finlandiya*, § 38) özel nitelikli (hassas) veri olduğunun kabul edildiği kararlar bulunmaktadır.

<sup>153</sup> *M.M./ Birleşik Krallık*, § 200; *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 103; *I/Finlandiya*, § 40; *Z./Finlandiya*, § 96.

<sup>154</sup> Hassas DNA verilerinin toplanması ve maksimum 30 yıl boyunca kaydedilmesine rağmen açıkça dayanaktan yoksun bulunan Peruzzo başvurusu bunun için güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bkz. *Peruzzo ve Martens/Almanya*, § 42, 49.

<sup>155</sup> Küzeci, E. (2019). s. 246-247.

<sup>156</sup> Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesi; 1995 tarihli AB Direktifi'nin 8. maddesi; KVKK'nun 6. maddesi.

verilerden farklı olduğu söylenebilir<sup>157</sup>. Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi ve AB Direktifi'ndeki maddelerin lafzının da mahkûmiyet hükmünün diğer özel nitelikli (hassas) verilerden farkını vurguladığı söylenebilir<sup>158</sup>. Hatta AB hukukunda ceza mahkûmiyetine ilişkin veriler 2016 tarihli GVKT'de özel nitelikli (hassas) veriler kategorisi çerçevesinde düzenlenmemiş, ayrı bir maddede hüküm altına alınmıştır<sup>159</sup>. Ancak yine de bu düzenlemelerde ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerin ayrıca zikredilmesinin bu veri türünün özellikli olduğunu göstermektedir.

AİHM ise *M.M./Birleşik Krallık* kararında mahkûmiyetin de dâhil olduğu cezai kayıtlara ilişkin verilerin özel nitelikli (hassas) verilerden olduğunu kabul etmiştir<sup>160</sup>. Kararda bu türden verilerin diğer özel nitelikli (hassas) verilerden farklı olduğuna ilişkin bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ayrıca veri türünün Mahkeme'nin bu başvuruya ilişkin verdiği ihlal kararında da etkili olduğu söylenebilecektir. Nitekim Mahkeme, bu veri türünün başkaları ile paylaşılması hâlinde "yıkıcı" sonuçlara yol açma ihtimalinin bulunduğunu ve özel öneminin bulunduğunu özellikle belirtmiştir<sup>161</sup>. Verinin bu özellikleri itibarıyla da özel hayata saygı hakkının korunması için sağlanması gereken güvencelerin özellikle önem arz ettiğini ifade etmiştir<sup>162</sup>.

AİHM ile benzer şekilde AYM'nin de özel nitelikli veri kategorisini kabul ettiği ve dikkate aldığı kararları bulunmaktadır<sup>163</sup>. Ayrıca AYM'nin

<sup>157</sup> Küzeci, E. (2019). s. 247.

<sup>158</sup> Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesinin lafzının da bu farkı vurguladığı söylenebilir. Bu maddede kişinin irksal kökenine ilişkin veriler gibi birtakım veri türlerinin özel nitelikli olduğu ve bunlara özel muamelede bulunulacağı bir cümlede zikredilmiş, ceza mahkûmiyeti ise başka bir cümle ile bu muameleye tabi kılınmıştır. Buna göre "İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, irksal kökeni, siyasal düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir." 1995 tarihli AB direktifinin 8. maddesi de buna benzer bir ayırım yapmıştır.

<sup>159</sup> GVKT'de mahkûmiyete ilişkin veriler "Mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesi" başlığıyla özel nitelikli (hassas) verilere ilişkin maddeden tamamen ayrı bir madde olan 10. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "Mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin ya da ilgili güvenlik tedbirlerine ilişkin kişisel verilerin 6(1) maddesine dayalı olarak işlenmesi, ancak resmi merciin denetimi altında veya veri sahiplerinin hakları ve özgürlüklerine uygun güvenceler sağlayan Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde işleme faaliyetine onay verildiğinde gerçekleştirilir. Mahkûmiyet kararlarına ilişkin kapsamlı herhangi bir sicil yalnızca resmi merciinin denetimi altında tutulur." Yani mahkûmiyete ilişkin veriler özellikle AB'de özel nitelikli (hassas) veriler kategorisinden ayrılmıştır.

<sup>160</sup> *M.M./ Birleşik Krallık*, § 188.

<sup>161</sup> *M.M./ Birleşik Krallık*, § 200.

<sup>162</sup> *M.M./ Birleşik Krallık*, § 200.

<sup>163</sup> AYM, *T.A.A.* başvurusunda HIV hastalığına ilişkin verilerin ve *B.K.* başvurusunda kişinin

ceza mahkûmiyetinin özel nitelikli (hassas) verilerden olduğunu kabul ettiği kararları da bulunmaktadır<sup>164</sup>. KVKK'da da bu yönde bir ayırım bulunmaktadır. Hatta KVKK'nın özel nitelikli veriler başlıklı 6. maddesinde ceza mahkûmiyetinin de özel nitelikli olduğu açıkça ifade edilmiş, bu veri türünü diğer özel nitelikli (hassas) verilerden ayıracak herhangi bir ifade kullanılmamıştır<sup>165</sup>. AYM, Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi ve KVKK'daki düzenlemelere ve AİHM'in yaklaşımına rağmen *E.Ç.A. ve Bülent Kaya* kararlarında mahkûmiyet hükmüne ilişkin verilerin özel (hassas) niteliğini dikkate almamıştır<sup>166</sup>. Her iki kararda da somut olaylara konu olan verilerin niteliğine ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmadığı için Mahkeme'nin GVKT'deki yaklaşımı benimsediği yönünde bir iddiada bulunmanın da mümkün olmadığı belirtilmelidir. AYM'nin başka kararlarında özel nitelikli (hassas) veri kategorisini kabul etmesi, ceza mahkûmiyetine ilişkin verileri bu kapsamda görmesi dikkate alındığında *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında buna yer verilmemesinin tutarsız olduğu ve kayda değer bir eksiklik olduğu sonucuna varılabilecektir. AİHM'in mahkûmiyet hükmüne ilişkin verilere olan yaklaşımı dikkate alındığında *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* başvurularındaki müdahalenin başvuruların özel hayata saygı hakkı üzerinde oluşturduğu etkinin daha ağır olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak elbette diğer koşulların da sonuç üzerindeki etkisi gözden kaçırılmamalıdır.

### 3. Verilerin Tutulmasına İlişkin Süre Sınırı ve Silinmesine Tanınan İmkân

Verilerin tutulma süresi ve silinmesine tanınan imkâna AİHM tarafından büyük önem atfedilmiştir. Nitekim Mahkeme ucu açık, hiçbir ayırma tabi olmayan adli kayıtların 8. maddeye uygun addedilemeyeceğini söylemiş; verilerin tutulma amacı doğrultusunda

---

amelîyat öncesi ve sonrası fotoğraflarının "hassasiyet arz eden" kişisel verilerden olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *T.A.A.*, § 109; *B.K.*, §§ 61-62.

<sup>164</sup> AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

<sup>165</sup> Buna göre "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir." Bu maddede Sözleşmede sayılmayan pek çok başka veri de özel nitelikli veri addedilmiştir. Ancak buna rağmen TCK'nın "Kişisel verilerin kaydedilmesi" başlıklı 135. maddesi bazı özel nitelikli (hassas) verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlese de ceza mahkûmiyetine ilişkin verileri bu kapsamda kabul etmemiştir.

<sup>166</sup> Bu husus yalnızca Osman Alifeyyaz Paksüt ve Muammer Topal tarafından *E.Ç.A.* başvurusundaki çoğunluk kararına ilişkin karşıoy gerekçesinde vurgulanmıştır.

tutulma süresinin ve silinmesine imkân tanıyan koşulların düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>167</sup>.

AİHM bu unsura ilişkin düzenlemelerin bulunmasına önem vermekle birlikte süre sınırının ne şekilde uygulandığını, verinin fiilen ne kadar süre tutulduğunu dikkate almaktadır. Mahkeme, *Aycaguer/Fransa* kararında 40 yıllık sürenin DNA verilerinin tutulmasına ilişkin üst sınır olarak öngörülmesine rağmen kural olarak uygulanan süre hâline geldiğini ifade etmiş ve bu sürenin uzunluğunu ve suçun türü gibi unsurlar açısından hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın uygulanmasını ihlal kararının gerekçesinde dikkate almıştır<sup>168</sup>. Mahkeme *M.K./Fransa* başvurusuna ilişkin ihlal kararında ise verilerin silinmesine ilişkin başvuruların reddedilmesi sebebiyle kanuni düzenlemelerde yer alan verilerin tutulmasına ilişkin 25 yıllık üst sınırın standart bir süre hâline geldiğini ifade etmiş ve bunu ölçülülük aşamasında dikkate almıştır<sup>169</sup>. Ayrıca bu karar örneklerindeki süreler yol gösterici olmakla birlikte örneğin bu kararlardaki 25 ve 40 yıllık sürelerin kesin olarak ihlal sonucuna götürmeyeceği, Mahkeme'nin süreye ilişkin değerlendirmesinin diğer koşul ve unsurlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu ifade edilmelidir<sup>170</sup>.

Mahkeme verinin tutulma süresini değerlendirirken verinin silinmesine imkân tanınup tanınmadığını da dikkate almaktadır. Nitekim örneğin *Aycaguer/Fransa* kararında AİHM, sürenin uzunluğunun yanında somut olaydaki düzenlemelere göre sadece şüphelilerin silme talebinde bulunabilmesi, hükümlülerin ise bu yola başvuramaması sebebiyle verilerin silinmesi için talepte bulunmaya ilişkin etkili ve ulaşılabilir bir hukuki yolun bulunmadığını vurgulamıştır.<sup>171</sup> Somut olaydaki uygulamanın yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurmadığı

---

<sup>167</sup> *M.M./ Birleşik Krallık*, § 196, 199.

<sup>168</sup> *Aycaguer/Fransa*, § 42, 43. Mahkeme, 2 aylık hapis cezasına çarptırılması sebebiyle veri tabanına kaydedilmek için istenen DNA örneklerini vermeyi reddeden başvurucunun hüküm giymesi üzerine yapılan bu başvuruya ilişkin olarak başvurucunun verileri kaydedilmese de kaydetme işleminin adil bir denge gözetilmek suretiyle uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmiştir. Bu doğrultuda başvurucuya uygulanmasa da veri kaydı yapılması hâlinde uygulanacak olan hükümlerde öngörülen süreyi ölçülülük incelemesinde dikkate almıştır. *Aycaguer/Fransa*, § 35, 42.

<sup>169</sup> *M.K./Fransa*, § 42.

<sup>170</sup> Örneğin, ikinci başvurucunun politik bir toplantıya katılımına ilişkin bilgilerin kaydının söz konusu olduğu *Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç* kararında Mahkeme, tutulmaya devam edilen bilginin 30 yıl öncesine ilişkin olmasını vurgulamıştır. Ancak verinin tutulma süresine bu denli önem verilmesinde tutulan verinin niteliğinin de etkili olduğu unutulmamalıdır. *Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç*, § 90.

<sup>171</sup> *Aycaguer/Fransa*, § 44.

sonucuna ulaşırken sürenin uzunluğunun yanında bunu da dikkate almıştır<sup>172</sup>.

Verilerin silinmesine imkân tanınmasının ise müdahalenin ölçülü bulunmasında etkili olduğu kararlar da bulunmaktadır. Mahkeme, *Gardell/Fransa* kararında 20 ve 30 yıllık maksimum süre sınırlarının oldukça fazla olduğu belirtilmiş ancak verilerin silinmesi için başvuru yapma imkânının bulunması ve bu başvuruların bağımsız bir inceleme sürecinden geçirilmesi sebebiyle bu sürenin orantısız olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>173</sup>. AİHM, *Peruzzo ve Martens/Almanya* kararında ise verilerin tutulma süresine ilişkin bir üst sınır düzenlenmemesine rağmen verilerin tutulmaya devam edilmesinin gerekli olup olmadığı, silinip silinmeyeceğinin düzenli olarak incelendiğini dikkate almış ve bunun on yılda bir yapılmasını makul bulmuştur<sup>174</sup>. Bu kararlar verinin silinmesine ilişkin gerçekçi bir imkân tanınması hâlinde verinin tutulmasına ilişkin bir süre sınırı belirlenmesinin veya bunun çok uzun olmamasının şart olmadığını göstermektedir<sup>175</sup>.

Esasında verilerin silinmesini talep etme hakkı Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında da hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla verilerin silinmesine ilişkin talep hakkı Türk hukukunda kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olan her türlü eylem gerçekleştirilirken dikkate alınması gereken anayasal bir kuraldır. Bu anayasa maddesinde verilerin silinmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmemişse de KVKK'da bu hususa önem verilmiştir. Nitekim verilerin "işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar" muhafaza edilmesine genel ilkeler arasında yer

<sup>172</sup> *Aycaguer/Fransa*, § 45, 46. Mahkeme *M.K./Fransa* kararında da mevzuatta yapılmasına imkân tanınan verilerin silinmesine ilişkin başvuruların reddedilmesi sebebiyle verilerin 25 yıllık maksimum süre sınırı süresince silinme imkânının teorik ve hayali olduğunu vurgulamış ve bunu da ihlal kararında dikkate almıştır. *M.K./Fransa*, § 41, 42.

<sup>173</sup> *Gardell/Fransa*, B. No: 16428/05, 17/12/2009, § 69.

<sup>174</sup> *Peruzzo ve Martens/Almanya*, § 46. Mahkeme'nin başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşırken belirli ağırlıktaki suçları işleyen ve mahkûm edilen kişilere ilişkin verilerin toplanmasını da dikkate aldığı unutulmamalıdır. Hem *Bülent Kaya* hem *E.Ç.A.* kararından sonra verilmiş olsa da burada *Catt/Birleşik Krallık* kararından bahsedilmesi AİHM'in *Peruzzo ve Martens* kararının ve daha iyi anlaşılmasını ve güncel içtihadın yansıtılmasını sağlayacaktır. Başvuruya konu somut olayda da bir süre sınırının bulunmadığı ancak altı yılda bir düzenli olarak yapılması öngörülen incelemelerin bulunduğu görülmektedir. Ancak bu başvurunun sonucu *Peruzzo ve Martens/Almanya* başvurusundan farklıdır. Nitekim Mahkeme incelemelerin etkili bir şekilde gerçekleştirildiğine dair bir veri olmadığından bahisle bu incelemeleri müdahalenin ölçülülüğüne hizmet eden unsurlar olarak değerlendirmemiş ve verilerin tutulmasının ölçüsüz olduğu ve ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. *Catt/Birleşik Krallık*, B. No: 43514/15, 24/01/2019, § 119, 120, 127.

<sup>175</sup> Mahkeme'nin bu sonuca ulaşırken yalnızca belirli ağırlıktaki suçları işleyen ve mahkûm edilen kişilere ilişkin verilerin toplanmasını da dikkate aldığı unutulmamalıdır.



verilmiştir<sup>176</sup>. Ayrıca verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde silineceği, yok edileceği veya anonim hâle getirileceği ifade edilmiştir<sup>177</sup>. Yani verilerin tutulma süresinin her zaman amaca bağlı ve amacın varlığı ile sınırlı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. AYM'nin uygulaması AİHM kararları bağlamında değerlendirilirken iç hukuktaki bu kurallar da göz önünde bulundurulmalıdır.

AYM, *Bülent Kaya ve E.Ç.A.* kararlarındaki ölçülülük incelemesinde diğer unsurların aksine Yönerge'de verinin silinmesine ilişkin koşulların ayrıntılı olarak düzenlendiğini ifade etmek suretiyle bu unsura değinmiştir<sup>178</sup>.

Bu hususların Mahkeme tarafından dikkate değer görülmesi olumludur ancak AYM bu düzenlemeleri ayrıntılarıyla incelememiş, başvurulara ne şekilde uygulandığına ise hiç değinmemiştir. Yönerge'nin 16. maddesinde bilgi formlarının iptal edilmesi yani kaydedilen verilerin silinmesine ilişkin birtakım koşullar yer alsa da yukarıda zikredilen AİHM kararları ışığında somut olaydaki başvurular açısından bu koşulların uygulanıp uygulanmadığı, başvuruların verilerinin tutulma süresi ve silinmesine tanınan imkân incelenmelidir.

AİHM kararlarında verilerin tutulma süresinin uzunluğuna ve silinmeye tanınan imkâna yapılan vurguya rağmen Yönerge'nin 16. maddesine göre kişinin ölmesi veya fiilin suç olmaktan çıkarılması gibi istisnai durumlar söz konusu olmadıkça 9/b maddesindeki suçlara ilişkin olarak hakkında mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin verilerinin GBT kaydından silinmesine imkân yoktur<sup>179</sup>. Dolayısıyla *Bülent Kaya ve E.Ç.A.* kararlarındaki başvuruların verilerinin tutulmasına uygulanabilecek olan herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır<sup>180</sup>. 9/b maddesi kapsamına giren ve hakkında mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin verileri suçun türü, hakkında erteleme kararı olması gibi hususlar dikkate alınmaksızın süresiz olarak tutulmaktadır<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> KVKK, m. 4/d.

<sup>177</sup> KVKK, m. 7.

<sup>178</sup> *Bülent Kaya*, § 88; *E.Ç.A.*, § 53.

<sup>179</sup> Bkz. dipnot, §§ 93-98.

<sup>180</sup> Belirtilmelidir ki Yönerge'de hiçbir tür verinin tutulması açısından süre sınırı öngörülmemiştir. Yalnızca verilerin silinmesi için gerekli olan koşullar sıralanmıştır.

<sup>181</sup> Osman Alifeyyaz Paksüt ve Muammer Topal da *E.Ç.A.* kararına ilişkin olarak yazdıkları karşoyun 4. paragrafında adli sicilden silinmiş olan ve 25 yıl önce gerçekleşen bir hırsızlık olayının hala GBT sisteminde yer alıp polislerin erişimine açık olmasının ölçülü

Kesinleşen mahkûmiyet ve güvenlik tedbirlerine ilişkin bilgilerin kaydedildiği adli sicil kaydına ilişkin Adli Sicil Kanun'un 12. maddesinin eski hâlinin de verilerin silinmesine ilişkin süre sınırını 80 yıl olarak düzenlemesi itibarıyla Yönerge ile benzer olduğu görülmektedir. Ancak bu madde AYM tarafından çok uzun olması ve suç ve cezaların nitelikleri veya ağırlıkları dikkate alınmadan tüm suçlar için geçerli olması da dikkate alınarak orantısız bulunmuş, Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerine aykırı olmaları sebebiyle iptal edilmiştir<sup>182</sup>. Kanun'un güncel hâline göre ise verilerin silinmesi için Yönerge'ye kıyasla çok daha fazla sayıda koşul düzenlenmiş<sup>183</sup> ve Yönerge'nin aksine verilerin tutulmasına ilişkin çeşitli süre sınırları öngörülmüştür<sup>184</sup>. Aynı hukuk sisteminde aynı tür verinin tutulmasına ilişkin bu farklı uygulamayı meşrulaştırmak için kuvvetli gerekçeler ortaya konulması gerekmektedir. Buna rağmen Adli Sicil Kanunu'nun ilgili maddesini iptal eden AYM, yine mahkûmiyete ilişkin verilerin süresiz olarak tutulduğu *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* başvurularında bu konuda hiçbir açıklama yapmamıştır<sup>185</sup>.

Verilerin süresiz olarak tutulmasının *Peruzzo ve Martens/Almanya* kararındaki gibi verilerin silinip silinmeyeceğinin düzenli aralıklarla gözden geçirildiği bir sistemin bulunması hâlinde meşru görülmesi mümkündür. Ancak GBT sistemine ilişkin olarak bu türden bir uygulama da bulunmamaktadır. Bu durumda bu unsurun AİHM'in *M.K./Fransa* ve

---

addedilemeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca erteleme kararının da sürenin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Zira ileride suç işleme ihtimali düşük görülmesi sebebiyle cezası ertelenen ve mahkûmiyeti gerçekleşmemiş sayılan bir kişinin verilerinin tutulmasının belirli bir süre ile sınırlanmamasının suçu ve suçluluğu önleme, güvenliği sağlama amacına hizmet etmediği söylenebilecektir. Bkz. 647 sayılı mülga Ceza İnfaz Kanunu'nun 6/1 maddesi ve 765 sayılı mülga TCK'nın 95/2 maddesi.

<sup>182</sup> Bkz. AYM, E.2008/44, K.2011/21, 20/1/2011.

<sup>183</sup> Mahkûmiyet hükmünü belirten kaydın cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolması, genel af gibi durumlarda adli sicil kaydından silinmesine imkân tanınmıştır. Bkz. Adli Sicil Kanunu m. 9.

<sup>184</sup> Bkz. Adli Sicil Kanunu m. 12. Adli Sicil Kanunu'nda sürelerin öngörülmesi ve bu sürelerin sonunda verilerin silinmesinin geçmişteki hataların kişilerin tekrar tekrar önüne gelmesinin önlenmesi ve kişilerin yaşamlarını sürdürebilmeleri amacıyla yapıldığı söylenmektedir. Bkz. Kuzeci, E. (2019). s. 465 Yine mahkûmiyet hükmünün ve yargılamaya ilişkin verilerin kaydedildiği bir sistem olan GBT için bu amaçların geçerli olmadığını söylemek mümkün değildir.

<sup>185</sup> Yönerge'nin 16/c/1 maddesi adli sicil kaydının silinmesinin ve başka bazı durumların GBT sistemindeki verilerin silinmesinde dikkate alınmayacağını özellikle belirtmiştir. Özay'a göre GBT sistemine ilişkin yasal düzenlemelerin "en çarpıcı yönü" bu maddenin Adli Sicil Kanunu'ndaki verilerin silinmesine ilişkin maddeyi "yok saymasıdır". Bkz. Özay, İ. H. (2013). s. 955.

*Aycaguer/Fransa* kararları dikkate alınarak hem *Bülent Kaya* hem de *E.Ç.A.* başvurusunda müdahalenin ölçülülüğü üzerinde oldukça olumsuz bir etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

#### **4. Suçun Türü ve Ağırlığı**

Diğer bir kriter ise işlenen suçun türü ve ağırlığıdır. AİHM kararlarında veriler kaydedilirken ve tutulurken suçun türü ve ağırlığının göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı dikkate alınmıştır. Ayrıca AİHM, incelediği başvurulara konu olan somut olaylarda bahis konusu olan suçun hangi ağırlıkta olduğuna ilişkin de bir değerlendirme yapmış ve bu değerlendirmenin neticesini de dikkate değer görmüştür.

İlk hususa ilişkin olarak AİHM'in bazı kararlarında verilerin toplanması suretiyle özel hayata saygı hakkına müdahaleyi meşru addederken verilerin toplanıp tutulmasının belirli tür ve ağırlıktaki suçlar ile sınırlanmasını dikkate aldığı belirtilmelidir. AİHM, *Peruzzo ve Martens/Almanya* başvurusunda yalnızca belirli bir ağırlıkta olan veya tekraren işlenmesi sonucunda benzer bir ağırlığa tekabül eden suçların faillerinden DNA toplandığını vurgulamıştır<sup>186</sup>. Mahkeme verinin tutulma süresinin kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşırken bu hususu özellikle göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca Mahkeme, 15 yaşında bir çocuğa tecavüzden hüküm giyen kişilerin cinsel saldırganlara ilişkin bir veri tabanına otomatik olarak kaydedilmelerini ölçüsüz bulmadığı *Gardell/Fransa* kararında verilerin tutulmasına ilişkin maksimum süre sınırının cezanın ağırlığına göre belirlendiğini ve verilerin silinmesine ilişkin incelemelerde de suçun niteliğinin dikkate alındığını vurgulamıştır<sup>187</sup>.

AİHM'in suçun türüne ve ağırlığına göre bir ayırım yapılmadığını vurguladığı ve bunu ihlal kararı verirken dikkate aldığı kararları da bulunmaktadır. Örneğin *M.K./Fransa* kararında veri tabanına kişisel veri kaydı yapılmasında suç türüne göre bir ayırım yapılmadığını vurgulamıştır<sup>188</sup>. Mahkeme benzer şekilde *S ve Marper/Birleşik Krallık* kararında da diğer pek çok başka unsurun yanı sıra işlenen veya işlendiği iddia edilen suçun türü ve ağırlığı açısından hiçbir ayırım yapılmamasını ihlal yönünde karar verirken dikkate almıştır<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> *Peruzzo ve Martens/Almanya*, § 44, 46, 49.

<sup>187</sup> *Gardell/Fransa*, § 68.

<sup>188</sup> *M.K./Fransa*, § 38.

<sup>189</sup> *S ve Marper/Birleşik Krallık*, § 119.

Ayrıca suçun türünün ve ağırlığının sadece verinin kaydedilmesi açısından değil verinin tutulma süresi açısından da etkili bir faktör olabileceği vurgulanmalıdır. Örneğin AİHM, yukarıda değinilen *Gardel/Fransa* kararında suçun türünün verilerin tutulma süresini etkilediğini ve verilerin silinmesine ilişkin değerlendirmede dikkate alındığını vurgulamıştır<sup>190</sup>. Müdahalenin ölçüsüz bulunduğu *Aycaguer/Fransa* kararında ise verilerin tutulmasına ilişkin uzun süre sınırının belirlenmesinde suçun ağırlığına göre bir ayrıma gidilmediği belirtilmiş ve bu durum değerlendirmede dikkate alınmıştır<sup>191</sup>.

AYM ise *E.Ç.A* ve *Bülent Kaya* kararlarında suçun türüne göre bir ayrıma gidilip gidilmediğini hiç değerlendirme konusu yapmamıştır. Oysa aynı Mahkeme Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesinin iptal edilmesi talebini değerlendirildiği itiraz başvurusuna ilişkin değerlendirmesi sonucunda iptal kararı verirken verilerin tutulma süresi açısından suçun niteliğinin hiç dikkate alınmamasını da kayda değer bulmuştur<sup>192</sup>. *E.Ç.A.* ve *Bülent Kaya* başvurularının da bu unsur açısından değerlendirilmesi şarttır. Yönerge'nin *E.Ç.A* ve *Bülent Kaya* başvurularındaki müdahalenin dayanağını teşkil eden 9/b maddesine göre yakalansa da verileri tutulacak olanlar yalnızca maddede sayılan suçları işlemiş olanlar ya da işlediği iddia edilenlerdir. Bu listede yer alan suçları işleyenleri diğerlerinden ayıran en temel husus verilerin silinmesine ilişkindir. Nitekim hakkında yakalama veya tutuklama kararı çıksa da yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında 9/b maddesi kapsamındaki suçlara ilişkin soruşturma ya da yargılama bulunmaması hâlinde bu kişilere ilişkin veriler silinmektedir. Yani bu durumda hakkında veri tutulmaya devam edilen kişiler ve hakkında yakalama veya tutuklama kararı olmasa da işlediği iddia edilen ya da işlediği suça ilişkin soruşturma veya yargılama bulunup buna ilişkin verileri kaydedilecek olan kişiler suçun türüne göre belirlenmektedir. Dolayısıyla suçun türüne göre bir ayırım bulunmaktadır. Bu listede yer alan suçların belirli ağırlıkta suçlar olduğu iddia edilmek suretiyle GBT sisteminin bu unsur açısından AİHM kararları ile çelişki içerisinde olmadığı iddia edilebilir. Ancak bu listenin çok uzun olması ve bu uzun listede yer alan suçları işleyen herkesin mahkûm olması hâlinde buna ilişkin veri kaydının süresiz

---

<sup>190</sup> *Gardel/Fransa*, § 68.

<sup>191</sup> *Aycaguer/Fransa*, § 43.

<sup>192</sup> Bkz. AYM, E.2008/44, K.2011/21, 20/01/2011.

olarak tutulması yani listedeki suçların niteliğine göre bir tasnife tabi tutulmaması, Yönerge'deki ayırımın yeterliliğini sorgulanabilir kılmaktadır.

İkinci hususa ilişkin olarak belirtilmelidir ki AİHM'in suçun türü ve ağırlığına göre bir ayırma gidilip gidilmediğini dikkate aldığı kararlarında suçların ağırlığına ilişkin değerlendirmede bulunduğu ve somut olayda söz konusu olan suçların ağırlığını dikkate aldığı görülmektedir. Bu noktada Mahkeme'nin suç tiplerinin ağırlığına ilişkin değerlendirmeyi nasıl yaptığı önem arz etmektedir. Bir diğer deyişle Mahkeme'nin hangi suç tiplerini niçin belirli ağırlıkta bulduğu ortaya konulmalıdır. Yukarıda incelenen kararlardan örnekler verilecek olursa Mahkeme *Peruzzo ve Martens/Almanya* başvurusunda beş yıl hapis cezasına sebebiyet veren, tekrar eden uyuşturucu kaçakçılığı suçunun en azından orta ağırlıkta olduğunu ifade etmiş ve tehlikeli yollarla bedensel zararlara sebebiyet veren eylemlerin de benzer değerlendirmeye tabi olacağını belirtmiştir<sup>193</sup>. *M.K./Fransa* kararında ise hırsızlık suçunun (kitap hırsızlığı) söz konusu olması hâlinde dahi parmak izinin veri tabanına kaydedilmesi ve tutulmasının müdahaleyi oluşturan işlemin basit suçlara da uygulandığını gösterdiğini belirtmiş<sup>194</sup> ve bu durumun bu kararı cinsel suçun söz konusu olduğu *Gardel/Fransa* karardan farklı kıldığını ifade etmiştir<sup>195</sup>. Bu ifadelerden olaydaki hırsızlık suçunun Mahkeme tarafından basit bir suç olarak değerlendirildiği, cinsel suçların ise belirli bir ağırlıkta görüldüğü anlaşılmaktadır. *Aycaguer/Fransa* kararında ise başvuruçunun sendikal faaliyetler sırasında ortaya çıkan kavgada jandarmaya şemsiye ile saldırmasının cinsel saldırı, insanlığa karşı suçlar terörizm, insan kaçakçılığı gibi suçların aksine çok ağır olmadığını ifade etmiştir<sup>196</sup>. Bu kararlardaki ifadelerden AİHM'in örneğin yaptırım türü ve bunun ağırlığı, suç teşkil eden fiil gibi unsurları da suçun ağırlığını tespit etmek için kullandığı anlaşılmaktadır<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> *Peruzzo ve Martens/Almanya*, § 38.

<sup>194</sup> *M.K./Fransa*, § 38.

<sup>195</sup> *M.K./Fransa*, § 38.

<sup>196</sup> *Aycaguer/Fransa*, § 43.

<sup>197</sup> Örneğin Mahkeme'nin daha önce de belirtildiği üzere *Peruzzo ve Martens/Almanya* kararında alınan hapis cezasını ve tehlikeli yollarla bedensel zararlara sebebiyet veren eylemlerin söz konusu olmasını suçun ağırlığını tespit etmek için kullandığı görülmektedir. Ancak Mahkeme'nin suçun ağırlığına ilişkin tespitlerde bulunduğu her kararında bu tespitlerin gerekçelerini net bir şekilde ortaya koymadığı belirtilmelidir.

AYM ise başvurulara konu olan suçların ağırlığına ilişkin herhangi bir inceleme yapmamıştır. Her hâlükârda suçun türü/ağırlığı unsurunun ölçülülük incelemesine olan etkisi AİHM'in kullandığı ölçütler doğrultusunda her iki başvuruda söz konusu olan suçların ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

E.Ç.A. başvurusunda başvuru, *M.K./Fransa* kararında AİHM'in basit bir suç olarak nitelendirdiği hırsızlık suçunu işlemiştir<sup>198</sup>. Başvurucunun bu suç karşılığında karşılaştığı yaptırım da dikkate alırsa aldığı cezaların 765 sayılı mülga TCK'ya göre verilen ağır para cezaları olmasının suçun ağırlığına işaret ettiği düşünülebilir. Ancak bunun önemli bir etkisinin olmadığı ve yaptırımın başvuru yalnızca para cezasını gerektirecek ağırlıkta bir suç işlediğini göstermesi itibarıyla suçun hafifliğine işaret ettiği kanaatindeyiz. Tüm bunlar doğrultusunda *E.Ç.A.* kararındaki suçun türü ve ağırlığının kişinin hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu argümanına hizmet ettiği sonucuna ulaşılabilecektir.

*Bülent Kaya* başvurusunda ise başvuru hakkındaki soruşturma Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan bir suça ilişkin olarak açılrsa da başvuru "suçu ve suçluyu övme" suçundan mahkûm olmuştur ve buna ilişkin verisi tutulmaya devam edilmektedir. Dolayısıyla değerlendirme bu açıdan yapılmalıdır. Bu suçun AİHM tarafından ağır olarak değerlendirilen insanlığa karşı suçlar, terörizm, insan kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı, cinsel suçlar, organize suçlar kadar ağır olmadığı söylenebilir. Yaptırım açısından bakıldığında ise hapis cezasının söz konusu olması, *Bülent Kaya*'nın *E.Ç.A.* başvurusundaki başvurucudan daha ağır bir suç işlediğini göstermektedir. Ancak yine de bu suça ilişkin hapis cezasının 2 yıllık üst sınırının<sup>199</sup> AİHM tarafından ağır görülen suç örnekleri için TCK'da öngörülen alt sınırdan düşük olması, bu suçun diğer suçlar kadar ağır görülemeyeceğini göstermektedir<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> *E.Ç.A.*, § 11. Elbette *M.K./Fransa* kararında pek çok başka unsur da dikkate alınmıştır. Ancak hırsızlık suçunun ağır olmaması da önemli rol oynamıştır. *E.Ç.A.* kararının değerlendirilmesi açısından bu sebep oldukça yol gösterici bir karardır.

<sup>199</sup> Bkz. Türk Ceza Kanunu m. 215.

<sup>200</sup> Nitekim TCK'da insanlığa karşı suçlar için ağırlaştırılmış müebbet (madde 77), göçmen kaçakçılığı için 3 ila 8 yıl (madde 79), insan ticareti için 8 ila 12 yıl (madde 80), uyuşturucu ticareti için 20 ila 30 yıl (madde 188) hapis cezası öngörülmüştür. Cinsel suçlar söz konusu olduğunda ise yaptırım fiile göre değişebilmektedir ancak bu kapsamdaki pek çok suç için 2 yılı aşan cezalar öngörülmüştür (madde 102 vd.). Son olarak pek çok suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür.

## VII. SONUÇ

GBT kaydında mahkûmiyet ve yargılamaya ilişkin verilerin tutulmasının söz konusu olduğu *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarının AİHM içtihatları ışığında incelenmesi neticesinde ilk olarak AYM'nin bu kararlarda özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirme yapması açısından AİHM kararları ile uyumlu bir yaklaşım sergilediği tespit edilmiştir. Bunun yanında AYM'nin Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'ndeki tanımdan yararlanması ve başvurulara konu olan verilerin kişisel veri niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesinin tercih edilmesi açısından AİHM ile benzer bir yaklaşımının bulunduğu görülmektedir. Ayrıca somut olaydaki veri yani ceza mahkûmiyeti ve yargılamasına ilişkin verilerin kişisel veri olduğuna ilişkin tespit açısından da AİHM kararları ile uyuşmayan bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. AYM, müdahalenin varlığı konusunda ise AİHM kararlarına atıfta bulunmaktadır. Ayrıca *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında verinin GBT kaydında tutulup silinmesi yönündeki talebin reddedilmesinin müdahale teşkil ettiği yönündeki tespit açısından da AİHM'in yaklaşımı ile herhangi bir uyumsuzluğun bulunmadığı görülmektedir.

Bu aşamaya kadar yapılan yorumların müdahalenin meşruluğu açısından devam ettirilmesi pek mümkün görünmemektedir. AYM, *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında pek çok AİHM kararına atıf yapmışsa da bu atıfların kapsayıcı ve tutarlı olmadığı görülmektedir. Zira bu karar için yol gösterici olabilecek bazı önemli kararların hiç dikkate alınmadığı, atıf yapılan pek çok kararın da bütüncül bir şekilde karara yansıtılmadığı görülmektedir. Bunun sonucunda özellikle kanunilik ve ölçülülük açısından yapılan inceleme problemlidir.

İlk olarak kanuni dayanağın varlığı açısından AYM'nin müdahalenin Yönerge'deki düzenlemelere dayanıp dayanmadığını ayrıntılı bir şekilde irdelememesi sebebiyle *E.Ç.A.* kararında olmasa da *Bülent Kaya* kararında müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunduğu yönündeki sonuç hatalıdır. Bunun yanında AYM, kanuni dayanağın taşıması gereken nitelikler açısından AİHM kararlarına atıfta bulunmasına ve bu niteliklerin düzenleyici işlemler açısından da aranacağını ifade etmesine rağmen *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında uygulanan Yönerge'yi bu açıdan incelememiştir. AYM'nin müdahalenin aranan nitelikleri taşıyan bir kanuni dayanağının bulunduğu sonucuna ulaşması, Yönerge'nin

özellikle hizmete özel olması itibarıyla ulaşılabilirlik niteliğini taşıyamaması sebebiyle AİHM'in yaklaşımı ile uyuşmamaktadır.

İkinci olarak kamu düzeni ve güvenliğini sağlama amacı, AİHM'in emniyet kuvvetlerince tutulan veri tabanlarına ilişkin pek çok kararında olduğu gibi *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında da tabii bir şekilde meşru bir amaç olarak görülmüştür. Ancak bu amacı sağlamak için özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü açısından aynı sonuca ulaşamayacaktır. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılan *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında çok kısa ve yetersiz bir inceleme yapılmış ve AİHM'in kararlarında ortaya konulan (1) hakkında veri toplanan kişinin mahkûm olup olmadığı, (2) tutulan verinin türü, (3) verinin tutulma süresi ve silinmesine tanınan imkân, (4) işlenen suçun türü ve ağırlığı unsurlarının çoğu dikkate alınmamıştır.

Yapılan ayrıntılı inceleme çerçevesinde *E.Ç.A.* başvurusunda hakkında mahkûmiyet hükmü bulunsa da cezası ertelenen ve mahkûmiyetin vaki olmadığı kararı verilip adli sicil kaydı silinen, AİHM tarafından basit bir suç olarak nitelendirilen hırsızlık suçunu işleyen ve yalnızca para cezasına çarptırılan başvurusunun özel nitelikli (hassas) veri olarak görülen ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerinin herhangi bir süre sınırı veya verilerin tutulup tutulmayacağı düzenli olarak gözden geçirilmesini sağlayan bir sistem bulunmaksızın tutulmaya devam edilmesinin AİHM kararları ışığında ölçülü bir müdahale olarak görülemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır. *Bülent Kaya* başvurusunda ise başvuru hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmiştir. Ayrıca *E.Ç.A.* başvurusunda söz konusu olan suçtan daha ağır bir suç olan "suçu ve suçluyu övme" suçu işlenmiştir. Ancak buna rağmen söz konusu olan suçun AİHM tarafından ağır olarak nitelendirilen suçlar kadar ağır olmadığı ve tüm bunların başvurusunun özel nitelikli (hassas) veri olarak görülen ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerinin süresiz olarak ve silinmesine ilişkin bir imkân bulunmadan tutulmasının ölçülü görülemeyeceği söylenmelidir. Dolayısıyla AYM, AİHM kararlarını özellikle genel ilkeler kısmında dikkate alsa da *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarında hem kanunilik hem de ölçülülük açısından somut olayda yapılan değerlendirmenin AİHM'in yaklaşımı ile uyumlu olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Bu çerçevede, bu çalışmada *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararları özelinde AYM'nin AİHM kararlarına olan yaklaşımında bir tutarsızlığın



bulunduğu tespiti yapılmalıdır. AİHM'in kararlarında somut olaya ilişkin değerlendirmelerinin Türkiye'nin davalı taraf olmadığı davalarda AYM nezdinde nasıl bir hukuki etkiye sahip olduğu ayrıca tartışılması gereken bir konudur. Ancak Mahkeme'nin tutarsız yaklaşımı, bu tartışmadan bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir. Nitekim AYM; çalışmanın konusunu oluşturan kararlarında kendi tercihi ile AİHM kararlarına atıfta bulunarak bu mahkemenin içtihatlarını takip ettiği izlenimi yaratmış, ancak AİHM'in kararlarında ortaya konulan ilkeler ve bunların somut olaya uygulanma şekli açısından farklı bir tutum sergilemiştir. GBT uygulamasını da bu tutarsız yaklaşım ile değerlendirmiştir. Eğer AİHM kararları ile uyumlu bir uygulama oluşturulmak arzu ediliyor ise Yönerge çerçevesinde GBT sistemine veri kaydı yapılmasının ve bunların tutulmasının çalışmada yapılan tespitler açısından gözden geçirilmesinin elzem olduğu belirtilmelidir. Özellikle hükümlüler açısından verilerin süresiz tutulması yönündeki uygulamaya son verilerek *Peruzzo ve Martens/Almanya* kararında AİHM tarafından ölçülü addedilen verilerin tutulup tutulmayacağı düzenli olarak gözden geçirilmesi gibi yöntemlerin tercih edilmesi önerilebilecektir.

Son olarak, *Bülent Kaya ve E.Ç.A.* kararlarının, AYM'nin AİHM kararları ile olan tutarsız ilişkisi açısından yalnızca bir örnek niteliğinde olduğu belirtilmelidir. Bu iki karar açısından yapılan inceleme, Mahkeme'nin değindiği AİHM kararları ve atıf yaptığı kararlarda ortaya konulan ilkelerin somut olaya uygulanmasının dikkate alınıp alınmayacağı açısından yaptığı tercihin sorgulanabilir olduğunu göstermektedir. Bu sebeple AYM kararları üzerine yapılan bu çalışmanın benzer çalışmalara olan ihtiyacın vurgulanmasına hizmet etmesi umulmaktadır.

## KAYNAKÇA

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.

BJORGE, Eirik (2011). “National Supreme Courts and the Development of ECHR Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 9, s. 1, ss. 5–31.

BYGRAVE, Lee A. (1998). “Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties” *International Journal of Law and Information Technology*, C. 6, S. 3, ss. 247–284.

DE HERT, Paul / GUTWIRTH, Serge (2009). “Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in Action”, *Reinventing Data Protection?*, Ed. GUTWIRTH, Serge / POULLET, Yves / DE HERT, Paul / DE TERWANGNE, Cecile / NOUWT, Sjaak, Springer, ss. 3-45.

DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.

ERDOĞAN, Oktay (2016). *İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Adalet Yayınevi.

EREN, Abdurrahman (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta.

European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, (2018). *Handbook on European Data Protection Law*, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf), (Erişim Tarihi: 28/10/2019).

GELLERT, Raphaël / GUTWIRTH, Serge. (2013). “The Legal Construction of Privacy and Data Protection”, *Computer Law and Security Review*, C. 29, ss. 522-530.

HARRİS, David / O’BOYLE, Michael / WARBRİCK, Colin (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çeviri: KARAN, Ulaş / BİNGÖLLÜ KILCI, Mehveş, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.

Kaçakçılık İstihbarat Harekât ve Bilgi Toplama (KİHBİ) Daire Başkanlığı. (2007). *Bilgi Toplama Yönergesi*, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/134544>, (Erişim: 13/09/2019).

KOKOTT, Juliane / SOBOTTA, Christoph (2013). "The Distinction Between Privacy and Data Protection", *International Data Privacy Law*, C. 3, S. 4, ss. 222-228.

KÜZECİ, Elif (2019). *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Turhan Kitabevi.

LYNSKY, Orla (2015). *The Foundations of EU Data Protection Law*, New York: Oxford University Press.

MADSON, Wayne (1992). *Handbook of Personal Data Protection*, New York: Macmillan Publishers.

MARSHALL, Daniel / THOMAS, Terry (2017). *Privacy and Criminal Justice*, İsviçre: Palgrave Macmillan.

ÖZAY, İl Han (2013). "İdari Kolluk – Adli Kolluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, ss. 947-962.

SCHABAS, William A. (2015). *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.

SCHULHOFER, Stephen J. (2016). "An International Right to Privacy? Be Careful What You Wish For" *International Journal of Constitutional Law*, C. 14, S. 1, ss. 238-261.

ŞİMŞEK, Oğuz (2008). *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta.

ŞİRİN, Tolga (2015). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

TZANOU, Maria (2013). "Data Protection as a Fundamental Right Next to Privacy? 'Reconstructing' a Not So New Right", *International Data Privacy Law*, C. 3, S. 2, ss. 88-99.

VAN DER SLOOT, Bart (2017). "Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?", *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Ed. LEENES, Ronald / VAN BRAKEL, Rosamunde / GUTWIRTH, Serge / DE HERT, Paul, İsviçre: Springer, ss. 3-31.

YÜKSEL, Saadet (2015). *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, İstanbul: Alfa.

## **AYM BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI**

B.K., B. No: 2014/14189, 25/10/2017.

Bülent Kaya, B. No: 2013/2941, 11/5/2016.

*Bülent Polat*, B. No: 2013/7666, 10/12/2015.

*E.Ç.A.*, B. No: 2014/5671, 7/6/2018.

*Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.

*Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, 21/9/2016.

*Hayriye Özdemir*, B. No: 201373434, 25/6/2015.

*Kemal Karanfil*, B. No: 2017/24776, 24/5/2018.

*Marcus Frank Cerny*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015.

*Nurcan Belin*, B. No: 2014/14187, 10/1/2018.

*Orhan Kayahan*, B. No: 2014/1970, 22/11/2017.

*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015.

*Serhad Aktuğ*, B. No: 2013/5199, 14/4/2016.

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

*Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29/5/2019.

### **AYM NORM DENETİMİ KARARLARI**

AYM, E. 2008/44, K. 2011/21, 20/1/2011.

AYM, E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014.

AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014.

AYM, E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014.

AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014.

AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015.

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

### **AİHM KARARLARI**

*Alkaya/Türkiye*, B. No: 42811/06, 9/10/2012.

*Amann/İsviçre*, B. No: 27798/95, 16/2/2000.

*Aycaguer/Fransa*, B. No. 8806/12, 22/6/2017.

*Benedik/Slovenya*, B. No: 62357/14, 24/4/2018.

- Bülent Kaya/Türkiye*, B. No: 52056/08, 22/10/2013.
- Catt/Birleşik Krallık*, B. No: 43514/15, 24/1/2019.
- Gardel/Fransa*, B. No: 16428/05, 17/12/2009.
- I./Finlandiya*, B. No: 20511/03, 17/7/2008.
- Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/05/1987.
- M. N. ve Diğerleri/San Marino*, B. No: 28005/12, 7/7/2015.
- M.K./Fransa*, B. No: 19522/09, 18/4/2013.
- M.M./Birleşik Krallık*, B. No: 24029/07, 13/11/2012.
- M.S./İsveç*, B. No: 20837/92, 27/8/1997.
- Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan*, B. No: 18030/11, 8/11/2016.
- Mikolajová/Slovakya*, B. No: 4479/03, 18/01/2011.
- P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*, B. No: 44787/98, 25/9/2001.
- Peruzzo ve Martens/Almanya*, B. No: 7841/08 ve 57900/12, 04/6/2013.
- Rotaru/Romanya*, B. No: 28341/95, 04/05/2000.
- S ve Marper/Birleşik Krallık*, B. No: 30562/04 ve 30566/04, 4/12/2008.
- Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya*, B. No: 931/13, 27/6/2017.
- Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç*, B. No: 62332/00, 6/6/2006.
- Shimovolos/Rusya*, B. No: 30194/09, 21/6/2011.
- Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 25/5/1983.
- Sõro/Estonya*, B. No: 22588/08, 3/9/2015.
- The Sunday Times/Birleşik Krallık*, B. No: 6538/74, 26/4/1979.
- Tyrrer/Birleşik Krallık*, B. No: 5856/72, 25/4/1978.
- Uzun/Almanya*, B. No: 35623/05, 02/9/2010.
- Z./Finlandiya*, B. No: 22009/93, 25/2/1997.

## BU SAYIDA

**Arş. Gör. Yeşim Öztürkmen İCAN**

***Hermeneutik ve Anayasanın Yorumlanması***

*Hermeneutics and Interpretation of Constitution*

**Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN - Arş. Gör. Muhammed ŞAHİN**

***Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi***

*Enforcement of the Constitutional Court's Decisions For Individual Applications*

**Arş. Gör. Yeliz Neslihan AKIN**

***Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme***

*An Evaluation About Competition Principle in Public Procurements in the Context of the 2019 Presidential Annual Program According to the Constitutional Court Decisions*

**Cem TECİMER**

***The use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication***

*Türk Anayasa Muhakemesinde Mukayeseli Hukukun Kullanımı*

**Doç. Dr. Elvin Evrim DALKILIÇ**

***İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin "Yeni" Yetkisinin Kısa İncelemesi***

*A Brief Review of the "New" Competence of the European Court of Human Rights After the First Advisory Opinion*

**Dr. Öğr. Üyesi Hasan DURSUN**

***Amerika Birleşik Devletleri'nde Vergide Kanunilik İlkesi ve Alınacak Dersler***

*The Legality Principle on Tax in the USA and Lessons to be Taken*

**Arş. Gör. Duygu Şimşek AKTAŞ**

***Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmelerin Anayasal Fonksiyonlar Üzerindeki Dönüştürücü Etkisi***

*Transformational Impact of the Developments in Information Technologies on Constitutional Functions*

**Dr. Öğr. Gör. Harun MURATOĞULLARI**

***Birleşik Krallık Anayasası'nda Yürütmenin Prorogasyon İmtiyazı ve Yüksek Mahkemenin 24 Eylül 2019 Tarihli Cherry/Miller Kararı***

*The Prerogative of Prorogation in the British Constitution and the Cherry/Miller Case, Dated 24 September 2019, of the Supreme Court*

**Arş. Gör. Naciye Betül HALİLOĞLU**

***Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi\****

*Storing of Personal Data Concerning Criminal Proceedings and Criminal Convictions to the General Information Collection (GIC) System: An Examination of the Bülent Kaya And E.Ç.A. Judgments of the Turkish Constitutional Court In Light of the Case Law of the European Court of Human Rights*



Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı

Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4

06805 Çankaya/Ankara

Tel: (0312) 463 73 00 • Faks: (0312) 463 74 00

www.anayasa.gov.tr • e-posta: anayasayargisi@anayasa.gov.tr