



**ANAYASA YARGISI**  
*Journal of Constitutional Justice*  
**39(1)**

---

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları  
ISSN 1301 - 1200

*Anayasa Yargısı - 39(1)*

© 2022, 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 yayım 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**

Haziran, 2022

**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. Mücahit AYDIN  
Anayasa Mahkemesi Raportörü



**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  
Doç. Dr. Recai AKYEL  
Anayasa Mahkemesi Üyesi  
Dr. Mücahit AYDIN  
Anayasa Mahkemesi Raportörü  
Dr. Hilal YAZICI  
Trabzon Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi  
Dr. Abdullah ÇELİK  
Anayasa Mahkemesi Raportörü  
Dr. Volkan HAS  
Anayasa Mahkemesi Raportörü



**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager**  
Dr. Osman ARSLAN  
Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

## DANIŞMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

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

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 atf 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 virgül konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

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

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

### **Derleme Kitap:**

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

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

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

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 Fakóltesi Yayınları.

14. Çevirimiçi kaynaklara yapılan atflarda 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.





# ANAYASA YARGISI DERGİSİ



*Veri tabanında taranmaktadır.*



## EDİTÖRLERDEN

Bilindiği üzere “Anayasa Yargısı” Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümlerinde düzenlenen sempozyum bildirilerinin 1984’ten bu yana düzenli olarak yayımlandığı bir yayın olarak doğmuştur. “Anayasa Yargısı”nın yılda iki defa yayımlanan hakemli dergi formatına dönüşmesiyle birlikte dergimizin bir sayısı yalnızca hakemli makalelerden oluşurken bir sayısı hakemli makalelerin yanı sıra anılan sempozyumdaki bildirimleri de içerecek şekilde yayımlanmaktadır. Bu yıl, Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümü dolayısıyla “Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa’nın Yorumlanması” konulu uluslararası bir sempozyum düzenlenmiştir. Anılan sempozyumda sunulan bildirimlere hakemli makalelerin ardından bu sayıda yer verilmiştir. Bu sayıyla, sempozyum konusuna ilişkin ulusal ve uluslararası hukuku farklı boyutlarıyla ve kapsamlı bir şekilde inceleyen makale ve bildirimlerle literatüre katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Bu sayının ilk makalesinde Yılmaz Akçil, bireysel başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının subjektif ve objektif etkisini incelemiş; ihlal kararlarının benzer olaylara uygulanmasının ne yönde olacağı sorusuna idari yargı çerçevesinde hem teorik hem de uygulama yönünden cevap aramıştır. Takip eden makalede Özgür Duman bireysel başvuru yargı yetkisinin sınırlarını “dördüncü derece olmama” doktrini açısından irdeleyerek konuyu karşılaştırmalı hukuk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihadından örneklerle ortaya koymuştur. Zelal Pelin Doğan İspanya’da anayasa şikâyeti (amparo) usulünde bir kabul edilebilirlik koşulu olarak uygulanan “özel anayasal önem” kriterinin İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl uygulandığı konusunda bir inceleme sunmaktadır. Sayının son

makalesinde ise Derya Atakul “sahte haber”in mi yoksa sahte haberle mücadeleye yönelik ulusal düzenlemelerin mi liberal demokrasiler için daha büyük bir tehdit oluşturduğunu tartışmaktadır.

Dergi, sempozyumda sunulan bildirilerin metinleri ve soru-cevap kısımları ile devam etmektedir.

İlgililere faydalı olması dileğiyle...

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

## İÇİNDEKİLER

**Yılmaz AKÇİL**

***Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi***

*Assessment of the Inter Partes and Erga Omnes Effects of Individual*

*Application Judgments in Terms of the Administrative Jurisdiction* ..... 1-45

**Özgür DUMAN**

***Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Penceresinden “Dördüncü Derece Olmama Doktrini” ve Yansımaları***

*The Doctrine of “Not to Act as a Court of Fourth Instance” from the Perspective of European Court of Human Rights and Comparative*

*Law and Its Repercussions* ..... 47-92

**Zelal Pelin DOĞAN**

***İspanya Anayasa Mahkemesine Amparo Başvurusunda Özel Anayasal Önem Kriteri***

*The Special Constitutional Relevance Criterion in the Amparo Appeal to the*

*Spanish Constitutional Court*..... 93-146

**Derya ATAKUL**

***A Real Challenge for Liberal Democracies: “Fake News” or Domestic Regulations to Counter Fake News?***

*Liberal Demokrasiler İçin Esas Sorun: “Sahte Haber” mi Yoksa Sahte*

*Haberle Mücadeleye Yönelik Ulusal Düzenlemeler mi?* ..... 147-184

***“Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa’nın***

***Yorumlanması” Konulu Sempozyum Bildirileri***.....185

Sempozyum Programı .....186

**Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan’ın Anayasa Mahkemesinin**

**60. Kuruluş Yılı Dönümü Töreni Açış Konuşması**.....189

**Selamlama Konuşmaları**

**Afrika İnsan ve Toplum Hakları Mahkemesi Başkanı**

**Imani D. ABOUD** .....201

Cezayir Anayasa Mahkemesi Başkanı <b>Omar BELHADJ</b> .....	209
Bangladeş Yüksek Mahkemesi Başkanı <b>Hasan Foez SIDDIQUE</b> .....	217
Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı <b>Dr. Farhad ABDULLAYEV</b> .....	221
Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı <b>Mirza-Ulugbek ABDUSALOMOV</b> .....	225

I. OTURUM

<b>Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ</b> Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu.....	233
<b>Prof. Dr. Bertil Emrah ODER</b> Anayasa Mahkemesi ve Yargısal Politika: Müdahalecilik, Uyum ve Stratejiler .....	259
<b>Doç. Dr. Oya BOYAR</b> Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme .....	267
<b>Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK</b> Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler .....	289

II. OTURUM

<b>Gianni BUQUICCHIO</b> Comparative Constitutional Interpretation as a Means to Promote Democracy, the Protection of Human Rights and the Rule of Law .....	333
---	-----

**Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU**

Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı

Uygulamasındaki Görünümü .....339

**Özgür DUMAN**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk

Penceresinden "Dördüncü Derece Olmama Doktrini" ve Yansımaları .....353

III. OTURUM

**Doç. Dr. Saadet YÜKSEL**

"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Hakların

Yorumu: Kurumsal ve Kuramsal Açılımlar" .....367

**Zlatko M. KNEŽEVIĆ**

Interpretation of the Constitution in Protecting Human

Rights and Freedoms .....373

**Prof. Dr. Enny NURBANINGSIH**

The Indonesian Constitutional Court's Interpretation of the

Constitution Related to the Protection of Fundamental

Rights And Freedoms .....381

**Jongseok LEE**

Constitutional Interpretation in the Republic of Korea's Constitutional

Adjudication: Decisions of the Constitutional Court of Korea .....387

**Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Kadir Özkaya'nın**

Kapanış Konuşması.....403







## BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ SUBJEKTİF VE OBJEKTİF ETKİSİNİN İDARİ YARGI YÖNÜNDE İNCELENMESİ\*

*Assessment of the Inter Partes and Erga Omnes Effects of Individual Application Judgments in Terms of the Administrative Jurisdiction*

Yılmaz AKÇİL\*\*

### ÖZ

Bireysel başvuru, kamu gücü tarafından anayasal bir hakkı ihlal edilen kişilerin bu ihlalin ortadan kaldırılmasını talep edecekleri özel, istisnai ve ikincil bir hak arama yoludur. Bireysel başvurunun kapsamını, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından ortak koruma alanında yer alan temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ilk olarak kabul edilebilirlik yönünden incelenir. Kabul edilebilir bulunan başvuruların esas incelemesine geçilir. Esas incelemesi sonunda başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi üzerine verdiği ihlal kararının ve gerekçesinin başvuru ve ihlale sebebiyet veren kamu makamı yönünden bağlayıcı olmasına subjektif (*inter partes*) etki denir. Bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olmasına, diğer bir ifadeyle sadece başvuran açısından değil, benzer durumda olanlar açısından da uygulanmasına ise objektif etki (*erga omnes*) denir. Bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararının ve gerekçesinin subjektif etkisi yönünden idari yargı uygulamasında herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Buna karşın Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin hak ihlali kararının objektif bir etkisinin olup olmadığı ise öğretilerde tartışma konusudur ve yargı uygulamalarında yeknesaklık yoktur. Çalışma kapsamında da Anayasa Mahkemesi tarafından bir başvuru hakkında verilen ihlal

\* Bu çalışma, 23 Eylül 2021 tarihinde Anayasa Mahkemesinin Temel Haklar Alanındaki Kararlarının Etkili Şekilde Uygulanmasının Desteklenmesi Projesi Açılış Konferansı'nda sunulan bildirin makale olarak geliştirilmiş şeklidir.

\*\* Danıştay Onuncu Daire Başkanı, yilmazakcil@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0856-3089.

kararının benzer olaylara uygulanmasının ne yönde olacağı sorusuna hem teorik hem de uygulama yönünden cevap aranmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Bireysel başvuru, idari yargı uygulaması, kesinlik, bağlayıcılık, subjektif etki, objektif etki.

## ABSTRACT

Individual application is a special, exceptional and subsidiary legal remedy whereby individuals may seek redress for an alleged violation of fundamental rights by a public authority. The scope of individual application covers fundamental rights and freedoms which are guaranteed both by the Turkish Constitution and the European Convention of Human Rights. An application lodged with the Constitutional Court is first subject to an examination on its admissibility. When the application is found admissible, it is then assessed on the merits. Upon the assessment of the merits of the case, the Constitutional Court decides as to whether there has been an infringement of the said rights. The binding effect of the Constitutional Court's judgment finding a violation and the grounds relied on therein in respect of the applicant and the public authority giving rise to the said violation is called as subjective effect (*inter partes*). However, when the individual application decisions are binding upon everyone; in other words, the decision can be used as a precedent in subsequent cases with similar features, it is called as objective effect (*erga omnes*). Although there is no hesitancy in acceptance of the subjective effect of the violation judgement and grounds thereof in the administrative judicial practice, the objective effect of these judgements has been a doctrinal controversy and there is no uniform judicial practice. This paper aims to address, from both theoretical and practical point of views, the question as to how the violation judgements of the Constitutional Court will be applied in subsequent cases of similar nature.

**Keywords:** Individual application, the practice of administrative judiciary, certainty, binding effect, subjective and objective effect.

## GİRİŞ

1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı ikinci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran devlettir. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da düzenlenmesi bu yönüyle hukuk devleti ilkesinin en önemli yansımalarından bir tanesidir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere karşı gerçekleştirilecek ihlallerin yargısal denetimi, belirtilen yansımaların güvencesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) tanıdığı hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü öncelikle ulusal makamlara düşmektedir<sup>1</sup>. AİHM, 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 olarak saymaktadır. Ülkemizde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında etkili iç hukuk yollarından biri de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoludur.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile pozitif hukukta yerini almış<sup>2</sup> ve Anayasa Mahkemesi de 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren bireysel başvuruları kabul ederek incelemeye başlamıştır. AİHM, *Uzun/Türkiye* kararı ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu Türkiye aleyhine yapılacak başvurularda tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir<sup>3</sup>.

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylamasıyla kabul edilen 5982 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 148. maddesine ilişkin değişiklik gerekçesinde bireysel başvuru yolunun amacı şu ifadelerle belirtilmiştir: "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

---

<sup>1</sup> *Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 46113/99, 31/12/2010; *Vučković ve Diğerleri/Sırbistan*, B. No: 17443/11, 25/3/2014, § 69.

<sup>2</sup> 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG: 13/5/2010, S. 27580.

<sup>3</sup> *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/4/2013, § 66.

*konusunda zorlayacaktır<sup>4</sup>.* Bireysel başvuru yolunun *“bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlamak”* amacı bireysel başvurunun subjektif işlevine, *“kamu organlarının Anayasaya uygun davranmasını zorlamak”* amacı ise bireysel başvurunun objektif işlevine işaret etmektedir.

Bireysel başvurunun temel işlevi subjektif yönüdür. Esasen uygulamada da bu konuda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Öğretide ve uygulamada tartışılan konu ise bireysel başvuru yolunun objektif işlevine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi tarafından bir başvuru hakkında verilen ihlal kararının benzer olaylara uygulanmasının ne yönde olacağı sorusu öğretide tartışılmaktadır. Öğretideki tartışmaların yanında uygulamada da kendine özgü kurallar çerçevesinde gelişmeler yaşanmaktadır. Bu çalışmada bireysel başvuru kararlarının etkilerinin idari yargı yönünden hem teorik hem de uygulama açısından değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

## I. GENEL OLARAK BİREYSEL BAŞVURU

Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında *“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.”* kuralı yer almaktadır. Anılan maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında bu yeni usulün adı *“bireysel başvuru”* olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün konuyla ilgili maddelerinde *“bireysel başvuru”* terimi kullanılmıştır. Ancak yeni usul için Türk hukuk öğretisinde yaygın olarak *“anayasa şikâyeti”* kavramı tercih edilmektedir<sup>5</sup>. Bireysel başvuru kurumunun menşei Almanya'daki *“die verfassungsbeschwerde”* kavramının Türkçe tercümesi *“anayasa şikâyeti”*

<sup>4</sup> 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Esas Komisyon Raporu, S. Sayısı 497, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Erişim Tarihi: 5/12/2021).

<sup>5</sup> Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, İstanbul: Beta Yay., s. 557; Aliefendioğlu, Y. (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 50; Sabuncu, Y. (1982). “Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 3-4., ss. 139-152; Armağan, S. (1971). “Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 7, ss. 53-75; Şirin, T. (2013). *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 5-11.

olmakla beraber<sup>6</sup> kurumun pozitif hukukta yer aldığı şekline sadık kalınarak çalışma kapsamında bireysel başvuru kavramı kullanılmıştır.

Bireysel başvuru, kamu gücü tarafından anayasal bir hakkı ihlal edilen kişilerin bu ihlalin tespitini ve giderilmesini talep edecekleri özel, istisnai ve ikincil bir hak arama yoludur<sup>7</sup>. Anayasa'da bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi Anayasa'nın 148. ve geçici 25. maddesiyle kanun koyucuya bırakılmış olup, bu konu 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (Kanun) 45-51. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Anılan Kanun'daki düzenlemelerde, herkesin Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği belirtilmiştir. Bu durumda bireysel başvurunun kapsamını, Anayasa ve AİHS tarafından ortak koruma alanında yer alan temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Öte yandan bireysel başvuruda bulunabilmenin ön koşulu olarak ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için Kanun'da öngörülmüş etkili idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Zira idare ve yargı mercileri insan hakları ihlallerinin önlenmesinde daha etkin bir konuma sahip olmaları nedeniyle bu ihlallerin önlenmesi açısından öncelikli görev, tüm idari mercilere ve yargı mercilerine aittir. İç hukuk yollarının tüketilme koşulu, bireysel başvuru yoluna ikincil bir hak arama yolu niteliğini vermektedir.

Kanun'da ayrıca yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuru konusu yapılamayacağı belirtilerek bireysel başvuru yoluna konu bakımından sınırlama getirilmiştir. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile

---

<sup>6</sup> Şirin, T. (2013). s. 5.

<sup>7</sup> Bireysel başvuru öğretide çeşitli şekilde tanımlanmıştır. Tanımların bazıları için bkz. Şirin, T. (2013). s. 11; Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 2; Birtane, Ş. (2019). *Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, s. 13.

ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadığı sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamasından da kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir bireysel başvuruyu öncelikle kabul edilebilirlik yönünden inceler. Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Komisyon, kararlarını oy birliğiyle alır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına karar verilen başvurular hakkında, kabul edilmezlik kararı verilir. Kabul edilebilirliğine karar verilen başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Bölümler kararlarını oy çokluğuyla alır. Bölümde yapılan inceleme sonucunda başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına, kabul edilebilir bulunduğu ise başvurucunun hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verilebilir.

Kamu gücü işleminde ihlal bulunmadığı kararı, işlemin anayasal hakları ihlal etmediğinin tespiti anlamına geldiğinden kişilerin hakları üzerinde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Bunun yanında bir temel hakkın ihlal edildiğinin tespiti hukuk düzeninde yeni bir durum ortaya çıkardığından Anayasa Mahkemesince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedilmesi elzemdir.

Anayasa Mahkemesi *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlemiştir<sup>8</sup>. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kuralın mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması olduğunu belirtmiştir<sup>9</sup>.

İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesince, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın

---

<sup>8</sup> *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında belirlediği ilkelerin detaylı biçimde ele alındığı kararları için bkz. *Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019, §§ 49-60; *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, §§ 86-112.

<sup>9</sup> *Mehmet Doğan*, § 55.

bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir. Anayasa Mahkemesi, anılan düzenlemedeki “yeniden yargılama” kurumunun usul hukukundaki “yargılamanın yenilenmesi” kurumundan farklı olduğunu, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yapılan yeniden yargılamanın bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolu olduğunu belirtmiştir<sup>10</sup>. Öte yandan Mahkeme, ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmadığını belirtmiştir<sup>11</sup>. Dolayısıyla ihlal kararı kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir<sup>12</sup>.

Anayasa Mahkemesince yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilir. Anayasa Mahkemesi ihlalin tam anlamıyla ortadan kaldırılması için maddi ve/veya manevi tazminata hükmetmektedir. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuruçunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Aksi hâlde Anayasa Mahkemesi maddi tazminat talebini reddetmektedir<sup>13</sup>.

## **II. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ KESİNLİĞİ VE BAĞLAYICILIĞI**

Anayasa'nın 153/1 maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtilmektedir. Muhakeme hukukunda kesin hükmün

---

<sup>10</sup> Mehmet Doğan, § 58.

<sup>11</sup> Mehmet Doğan, § 59.

<sup>12</sup> Danıştay Onüçüncü Dairesi tarafından, yargılamanın yenilenmesinde sınırlı sayıdaki sebebin doğruluğuna karar verme yetkisinin talebi inceleyen mahkemede olması, buna mukabil yeniden yargılamada ise ihlalin nasıl giderileceğinin Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi dışında iki müesses arasında temel bir fark olmadığı belirtilmiş ve yeniden yargılama sonucunda verilen kararın olağan kanun yollarına ilişkin usul hükümlerinin kararın verildiği tarihe göre belirleneceği vurgulanmıştır. Sonuç olarak Daire, ilk derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı doğrultusunda yapmış olduğu yeniden yargılama neticesinde verdiği kararın, kararın verildiği tarih itibarıyla öncelikle istinaf incelemesine konu olması gerektiğini karara bağlamıştır. Danıştay Onüçüncü Dairesinin 10/6/2021 tarihli ve E.2021/2123, K.2021/2172 sayılı kararı.

<sup>13</sup> “Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuruçunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvuruçunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.” Hüseyin Santalu, B. No: 2018/24701, 16/6/2021, § 63.



“şeklî” ve “maddi” olmak üzere iki anlamı vardır. Bir mahkeme kararına karşı temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamamasına<sup>14</sup> veya hiç kanun yolu öngörülememesine ya da kanun yolu öngörülmekle beraber birlikte bu yolların tüketilmesine<sup>15</sup> şeklî anlamda hükmün kesinliği denir. Mahkeme kararı ile sonuçlandırılmış bir uyuşmazlığın yeni bir dava konusu olamamasına; tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yeni bir dava açılmamasına ise maddi anlamda kesin hüküm denmektedir<sup>16</sup>.

Anayasa Mahkemesi, yetki ve görev alanında yer alan konular bakımından vereceği tüm kararlar açısından ilk ve son derece mahkemesi sıfatını haizdir<sup>17</sup>. Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı başka herhangi bir yargı merciine başvurma imkânı bulunmadığından kararlarının şeklî anlamda kesin olduğu söylenebilir<sup>18</sup>. Anayasa Mahkemesi kararlarının şeklî anlamda kesinliği konusunda tereddüt bulunmamakla beraber maddi anlamda kesinliği konusunda diğer mahkeme kararlarından farklı özellikler taşıdığı görülmektedir<sup>19</sup>. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonrasında verdiği iptal kararları maddi anlamda kesin hüküm niteliğindedir. Bunun yanında ret kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği bulunmamaktadır. Zira iptal davası yoluyla verilmiş ret kararından sonra, o kanun hakkında itiraz yoluyla başvuruda bulunulması mümkündür<sup>20</sup>. Ayrıca itiraz yolu incelemesi sonrası verilen ret kararları Anayasa'nın 152/son maddesi uyarınca zaman bakımından sınırlı (10 yıl) bir kesinliğe sahiptir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin, hakkında ret kararı verdiği bir kanun maddesini 10 yıl sonra iptal etmesi her zaman mümkündür<sup>21</sup>. Anayasa Mahkemesinin ret kararlarına ilişkin bu ayrık durum, norm denetiminin doğası gereğidir.

<sup>14</sup> Kuru, B. (1983). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 601'den nakleden; Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 1182.

<sup>15</sup> Pekcantez, H., Atalay, O., Özkes, M. (2019). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay., s. 444.

<sup>16</sup> Kahraman, M., Şahin, M. (2019). “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 2, s. 46.

<sup>17</sup> Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme)*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 92.

<sup>18</sup> Gözler, K. (2019). s. 1182.

<sup>19</sup> Kahraman, M., Şahin, M. (2019). s. 46.

<sup>20</sup> Gözler, K. (2019). s. 1184.

<sup>21</sup> a.g.e. s. 1184.

Ret kararlarının istinasız kesin hüküm niteliğini haiz olması durumunda, Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğine gitme şansı kalmayacak, bu da anayasal yorumun statikleşmesine ve günün ihtiyaçlarına cevap verememesine sebep olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde verdiği kararlarda olduğu gibi bireysel başvuru kararlarına karşı da herhangi bir olağan kanun yolu öngörülmediğinden bu tür kararların da şekli anlamda kesin olduğu söylenebilir<sup>22</sup>. Anayasa Mahkemesinin bünyesinde yer alan genel kurul, bölümler ve komisyonlar tarafından verdiği kararların tümü, verildiği aşama fark etmeksizin (kabul edilebilirlik veya esas) şekli kesin hüküm etkisini haizdir. Bu bağlamda yalnızca komisyonlar başraportörlüğü tarafından verilen idari ret kararlarının itiraza tabi olduğunu, yargısal niteliği olmayan bu kararlara karşı yapılan itiraz incelemesinin komisyonlar tarafından yapıldığını, komisyonlar tarafından verilen bu tür kararların da Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66/3 maddesi gereğince yargısal nitelikli kesin olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi üzerine verdiği kararlarının, uyulması zorunluluğu yönünden maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin ihlal olmadığı kararı başvuru açısından kesin hüküm teşkil ederken ihlal olduğu kararı da ihlalin ortadan kaldırılmasıyla yükümlü muhatap açısından kesin hüküm teşkil edecektir. Diğer bir ifadeyle hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan kesin hükme saygı ilkesi uyarınca ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bağlayıcı nitelikte bir kesin hükmün devlet organı tarafından uygulanmayarak işlevsiz hâle getirilmesi adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceleri ortadan kaldıracaktır<sup>23</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme hakkını da kapsadığını, mahkeme kararlarının uygulanmasının yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan tamamlayıcı bir unsur olduğunu ve karar uygulanmazsa yargılamanın bir anlamı olmayacağını belirtmiştir<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Karan, U. (2018). s. 128.

<sup>23</sup> Kahraman, M., Şahin, M. (2019). s. 52.

<sup>24</sup> Ahmet Yıldırım, B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının sadece başvuran açısından maddi anlamda kesin hüküm olması, ihlal kararının ilgili merci tarafından gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle yeniden Anayasa Mahkemesine başvurulmasına engel değildir. İhlal kararının gereğinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi, kararın gereklerinin yerine getirilmemesi üzerine yapılan ikinci başvuruda, olayları baştan itibaren yeniden değerlendirmeden ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme yapacaktır<sup>25</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, kesin hüküm etkisinin doğal sonucu olarak kararının gereklerinin yerine getirilmesini ifade etmektedir<sup>26</sup>. Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının genel nitelikleri düzenlenmiştir<sup>27</sup>. Anılan maddedeki düzenlemelere kararların uygulanması açısından bakıldığında, ağırlıklı olarak norm denetimine ilişkin kurallara yer verildiği, Mahkemenin diğer yargısal görevleri açısından kararlarının niteliklerinin ele alınmadığı eleştirisi yöneltilebilir. Bireysel başvuru yolunun sonradan Anayasa'ya eklenmesi nedeniyle maddede düzenlenmemesi mazur

<sup>25</sup> "Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına gelir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de bireysel başvuruları incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer. Aksinin kabulü, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuru yolu ile etkili bir şekilde korunmasını öngören Anayasa hükümleri ile bağdaşmaz. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılacak bu inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olacaktır." Aligül Alkaya ve diğerleri (2), § 52. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, §§ 53-70; Kadri Enis Berberoğlu (3), §§ 86-112.

<sup>26</sup> Göztepe Çelebi, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, s. 96.

<sup>27</sup> "Anayasa Mahkemesinin kararları  
Madde 153 – Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar. İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

görülebilirse de Mahkemenin tüm yargısal görevlerini kapsayan daha bütüncül bir düzenlemenin gerektiği açıktır. Nitekim, bireysel başvuru usulünün kabul edilmesinden sonra, norm denetiminden farklı olarak bu kapsamda verilen kararların subjektif niteliğinin ve inter partes yönünün ağır basması nedeniyle uygulamada daha büyük tartışmalar yaşandığı gözlemlenmiştir<sup>28</sup>.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kapsamında verdiği kararların bağlayıcılığı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte karar gerekçesinin bağlayıcılığı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu ileri süren yazarlar; Anayasa Mahkemesi kararının hüküm kısmı ile gerekçe kısmından oluşan bir bütün olduğunu, bütünlüğün Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan "*İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.*" kuralından kaynaklandığını ve Anayasa'nın 153. maddesinde kararların bağlayıcılığı hususunda hüküm kısmı ile gerekçe kısmı arasında bir ayırım yapılmaksızın her ikisine de bağlayıcılık atfedildiğini belirtmişlerdir<sup>29</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını savunan yazarlar ise muhakeme hukukunda maddi anlamda kesin hükmün sadece hüküm fıkrası için geçerli olduğunu, gerekçenin kesin hüküm niteliği olmadığı için bağlayıcı da olmayacağını, Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin Anayasa Mahkemesi açısından bağlayıcı olduğunu kabul etmeksizin başta yasama organı olmak üzere diğer organlar bakımından bağlayıcı olduğunu ileri sürmenin hem hukukun tek belirleyicisinin Anayasa Mahkemesi olduğunun kabul edilmesi hem de hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin görmezden gelinmesi

---

<sup>28</sup> Atay, A. (2021). *Bireysel Başvuru Kararlarının İdari Yargıda Usûl Kurallarının Yorumuna Etkisi*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 46-47.

<sup>29</sup> Yıldırım, T. (1993). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, s. 69 vd.; Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). s. 584; Teziç, E. (1990). "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı*, C. 7, s. 46; Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yay., s. 294; Gören, Z. (2015). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay., s. 348; Kaboğlu, İbrahim Ö. (2007). *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, s. 151; Sağlam, F. (1996). "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 13, s. 58; Anayurt, Ö. (2018). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yay., s. 718.

anlamına geleceğini, bunun yanında Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan gerekçelerin yasama, yürütme ve yargı organları için yol gösterici, ışık tutucu, açıklayıcı bir işlevinin olduğunu belirtmişlerdir<sup>30</sup>.

Norm denetiminde salt hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunu ileri süren görüşlere yöneltilebilecek en önemli eleştiri, bazen sadece bir veya birkaç sözcük ya da bağlacın iptalinden ibaret olan kararlarının içeriğinin gerekçe olmaksızın anlaşılabilir olmasıdır. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin gerekçede değindiği her hususun bağlayıcı olması gerektiğini savunmak da mümkün değildir. Zira gerekçede yer alan bazı açıklamalar genel açıklamalar niteliğinde olup kararın esasına ilişkin olmadığı gibi zaman zaman hukukilik niteliği de taşımamaktadır<sup>31</sup>. Şu hâlde bu konuda bütün tartışmaların ötesinde belki de en tutarlı yaklaşım gerekçelerin yol gösterici, ışık tutucu ve açıklayıcı bir işleve sahip olduğunun belirtilmesidir. Kuşkusuz gerekçelerin anılan işlevi sonucu yasama, yürütme ve yargı organlarınca dikkate alınması bir zorunluluktan öte hukuk devleti ilkesinin anılan organlarda ne denli benimsendiği ile ilgilidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin olarak verdiği ihlal kararları da norm denetimi kararları gibi bağlayıcıdır. Anayasa'nın 153. maddesinde bireysel başvuruyu da kapsayacak biçimde düzenleme yapılmamış olması bu durumu değiştirmemektedir<sup>32</sup>. Anayasa'nın 153. maddesinde kural altına alınan açık hüküm ile bireysel başvuru usulünün amacı ve işlevi göz önüne alındığında, bireysel başvuru üzerine verilen kararların uygulanmaması ya da kararların aksi yönünde davranılması mümkün değildir. Anayasa'nın "Anayasa Mahkemesinin kararları" kenar başlıklı 153. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtildikten sonra, anılan maddenin son

<sup>30</sup> Arslan, Z. (2008). "Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan - C. II (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yay., s. 63 vd.; Döner, A. (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan - C. II (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yay., s. 220 vd.; Hakyemez, Y. Ş. (2008). "Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan - C. II (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yay., s. 370 vd.; Erdoğan, M. (2002). *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin Yay., s. 120; Tunç, Y. (2010). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bakış", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 47, s. 29 vd.; Gözler, K. (2019). s. 1191 vd.; İyimaya, A. (2007). *Siyaset Hukuku Sorunları*, Ankara: Turhan Kitabevi, ss. 64-65; Duran, L. (1984). "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 3, s. 23.

<sup>31</sup> Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 96.

<sup>32</sup> a.g.e. s. 96.

fıkrasında “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.” kuralına yer verilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı pozitif hukuk kuralı olarak en üst seviyede hükme bağlanmış bulunmaktadır. Anayasa’da bireysel başvuru kararları için herhangi bir ayrıksı düzenlemeye yer verilmediğinden bağlayıcılık niteliğine ilişkin genel kural bu kararlar için de geçerlidir. Bu yaklaşım bireysel başvurunun objektif işlevi ile de örtüşmektedir. Bu bağlamda bireysel başvuru sonucu verilen kararların kesin hüküm ve bağlayıcı etkileri bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin genel kuralların geçerli olduğu söylenebilir. Bu durumda, 2010 Anayasa değişiklikleri sonrası 153. maddede düzenlenen “kesin” ve “bağlayıcı” olma nitelikleri, bireysel başvuru kararlarını da kapsayacak biçimde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen tüm kararlar için geçerliliğini sürdürmektedir<sup>33</sup>.

Bireysel başvuru incelemesi neticesinde verilen ihlal kararlarının başvuru ve ihlale sebebiyet veren kamu makamı yönünden bağlayıcılığı noktasında duraksama bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, kararında ihlalin yargılama makamından kaynakladığını tespit ettiğinde yargı makamının yeniden yargılama yaparak ihlalin giderilmesi için gerekli tedbirlere hükmetmesi zorunludur. Anayasa Mahkemesi ihlal kararında, yargı makamları dışında bir kamu makamının ihlale sebebiyet verdiğini tespit ettiğinde, ilgili kurum 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi uyarınca ihlalin giderilmesi için hükmedilen gerekli tedbirleri uygulama konusunda yükümlüdür<sup>34</sup>. Bu bağlamda ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasa’nın 138. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince de yasama ve yürütme organları ile idare de mahkeme kararlarına uymak zorundadır.

Norm denetimi kapsamında verilen kararlarda olduğu gibi bireysel başvuru üzerine verilen kararların bağlayıcılığı açısından da kararın

---

<sup>33</sup> Atay, A. (2021). s. 47.

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı yönünde duraksama olmadığını belirtmiştir. “Anayasa koyucu, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını özel olarak düzenlemiştir. 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.” Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 63.

gerekçesinin bağlayıcı olup olmadığı meselesi tartışma konusu olmuştur<sup>35</sup>. Bunun yanında bireysel başvuru kararlarında ortaya çıkan asıl sorun, ihlal kararının sadece başvurunun tarafı olan kişi ve kurumlar açısından mı bağlayıcı olduğu, yoksa benzer tüm davalarda da bu kararlara uyulması mı gerektiği konusudur. Bu konu bireysel başvuru kararlarının etkilerinin incelendiği alt başlıkta açıklanacaktır.

### III. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ ETKİLERİ VE İDARİ YARGI UYGULAMASI

#### A. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ SUBJEKTİF ETKİSİ VE İDARİ YARGI UYGULAMASI

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesi üzerine verdiği ihlal kararının ve gerekçesinin başvuru ve ihlale sebebiyet veren kamu makamı yönünden bağlayıcı olması, anılan kararın subjektif (*inter partes*)<sup>36</sup> etkisinin sonucudur. Subjektif etkinin meydana gelebilmesi için ihlal kararının gereklerinin muhatapları tarafından yerine getirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla olağan hukuk yollarını kullanarak sonuç alamadıkları durumlarda son çare olarak başvurdukları bir hak arama yoludur<sup>37</sup>. Dolayısıyla son çare olarak öngörülen bir hak arama yolunda verilen ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi her şeyden önce hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Öte yandan Anayasa 138/son gereği, yasama ve yürütme ile idare mahkeme kararlarına uymak ve gereklerini gecikmesizin yerine getirmek zorundadır.

Anayasa'nın 36. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almıştır. Bu hakkın unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı<sup>38</sup>, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme

<sup>35</sup> Bu konudaki bir görüşte, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının bütün kişi ve kurumlar bakımından gerekçesiyle birlikte bağlayıcı olduğu, bütün devlet organlarının kararın gerekçesinde belirtildiği şekilde davranmakla yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedeceği ve derece mahkemelerinin kararda açıklanan ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vereceği hususlarının açıkça kurala bağlanmasının da derece mahkemelerince kararların gerekçesinin de dikkate alınması yükümlülüğünü normatif olarak ortaya koyduğu savunulmaktadır. Konuya ilişkin olarak Alman doktrininde de kararların sadece hüküm fıkrasının değil gerekçe kısmının da bağlayıcı olduğunun ileri sürüldüğü de aktarılmaktadır. Bkz. Atay, A. (2021). s. 48.

<sup>36</sup> Şirin, T. (2013). s. 663.

<sup>37</sup> Kahraman, M., Şahin, M. (2019). ss. 50-51.

<sup>38</sup> Doğru, O., Nalbant, A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemi*



ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır<sup>39</sup>. Bireysel başvuru yolunun son çare olma niteliği gereği, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin kararlarının yerine getirilmemesinin, mahkemeye erişim hakkı bağlamında, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılığı daha vahim hâle getireceği açıktır.

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. Zira bireysel başvuru yoluna ilişkin anayasa değişikliği 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. 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<sup>40</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereğinin salt yerine getirilmesi yetmez, *zamanında* yerine getirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi de kararında "*Yargı kararlarının ilgili kamu makamlarınca 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*

---

*Kararlar*, Ankara: Yüksek Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi, C. 1, s. 609 vd.; İnceoğlu, S. (2007). *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 21 vd.

<sup>39</sup> Ahmet Yıldırım, § 28.

<sup>40</sup> Hasan Uzun, § 66.



olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez.” ifadeleriyle bu gerekliliğe vurgu yapmıştır<sup>41</sup>.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun etkililiğinden söz edebilmek için diğer bir ifadeyle hedeflenen subjektif etkinin oluşması için karar gereklerinin tam anlamıyla yerine getirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi ihlal kararlarında kural olarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağı hususunda ilgili mercilere takdir yetkisi bırakır<sup>42</sup>. İlgili merci ihlal kararının niteliğini dikkate alarak bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenleri yapar. Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi somut olayın özelliklerini dikkate alarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağına dair ilkeleri belirleyebilir<sup>43</sup>. Böyle bir durumda ilgili mercilerin anılan ilkeler doğrultusunda hareket etmesi gerekir. İstisnai kimi durumlarda ise tespit edilen ihlalin niteliği, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından ilgili mercilerin önünde tek bir seçenek bırakabilir. Bu hâlde Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri açıkça gösterir ve ilgili merci bu tedbiri almakla yükümlüdür<sup>44</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararlarının subjektif etkisi, anılan kararların hukuki sonuç doğurmasına bağlıdır. Bireysel başvuru kararlarına ilişkin olarak 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilirken bu kararların hukuki sonuç doğurması için Resmî Gazete'de yayımlanması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte anılan değişiklikle Anayasa'nın 153. maddesine eklenen beşinci fıkrada, bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra çıkarılan ve Anayasa Mahkemesinin çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasında bireysel başvuruya ilişkin esas hakkındaki kararların gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Bakanlığa tebliğ edileceği ve Anayasa Mahkemesinin internet sayfasında yayımlanacağı belirtildikten sonra “Bu

<sup>41</sup> Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017, § 36.

<sup>42</sup> Bkz. Savaş Çetinkaya, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 67.

<sup>43</sup> Bkz. Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, §§ 71-72.

<sup>44</sup> Bkz. Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 82.

kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İÇTÜZÜKTE gösterilir.” hükmüne yer verilmiştir. İÇTÜZÜK’ÜN 81. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise hangi kararların -takdire bağlı olarak- Resmî Gazete’de yayımlanacağı belirtilmiştir. Buna göre Anayasa’nın verdiği yetkiyle kanun koyucunun bireysel başvuru kararlarının hukuki sonuç doğurması bakımından bunların Resmî Gazete’de yayımlanmasını değil tebliğini (veya gönderilmesini) esas aldığı anlaşılmaktadır.

Mahkeme kararlarından kaynaklanan ihlaller bakımından subjektif etkinin en belirgin hâli yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesidir. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi durumunda, yargılama usulünü düzenleyen genel kurallardan farklı olarak istisnai bir yol izlenmesi öngörülmüş; yargılamanın ivedilikle, mümkünse dosya üzerinden, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yapılması emredilmiştir. Bu diğer mahkemelerin Anayasa Mahkemesi kararına aykırı hareket etmesini yasaklayan Anayasa’nın 153. maddesinin doğal bir sonucudur. Yeniden yargılamayı, yargılamanın yenilenmesinden ayıran en önemli unsurlardan biri, tüm usuli işlemlerin en baştan yapılmasını değil yalnızca ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak işlemlerin gerçekleştirilmesini gerekli kılmıştır. Tam aksine, ihlalin giderilme sürecinin uzamaması için gerekli olmayan işlemlerin usul işlemleriyle vakit kaybedilmesinden kaçınılması gerekmektedir. Hatta yeniden yargılama kararı mahkemeler bakımından bir yükümlülük olduğu için yargılamanın yenilenmesi usulünden farklı olarak tarafların başvurusuna gerek bulunmaksızın resen işletilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>.

Bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararının ve gerekçesinin subjektif etkisi yönünden idari yargı uygulamasında herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karara uyulmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir<sup>46</sup>.

İdari yargı uygulamasında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı sonrasında derece mahkemelerinin yeniden yargılama

---

<sup>45</sup> Atay, A. (2021). ss. 55-56.

<sup>46</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 20/1/2016 tarihli ve E.2016/23, K.2016/60 sayılı kararı.

yaparak verdiği karar, ihlal kararının gereğinin yerine getirilip getirilmediği yönünden incelenir. Örneğin davacının mülkiyetinde bulunan evinin parselasyon neticesinde yolda kaldığından bahisle yıkılması nedeniyle uğranılan zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir. Danıştayın temyiz incelemesinden geçen karar onanmış ve karar düzeltme talebi aynı daire tarafından ret edilmiştir. Kesinleşen karar aleyhine davacı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı<sup>47</sup> üzerine ilk derece mahkemesi yeniden yargılama yaparak davanın kabulüne karar vermiştir. Anılan son karar da Danıştay tarafından onanmıştır<sup>48</sup>. Yine cezaevinde meydana gelen olayda idarenin hizmetinin kusurlu olmasından dolayı yakınlarının öldüğünden bahisle açılan tazminat davasının reddi üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmiş<sup>49</sup> ve ilk derece mahkemesi

<sup>47</sup> Ahmet Şimşek, B. No: 2016/14854, 6/3/2019, §§ 26-29.

*“26. Ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıldığı gerekçesiyle yıkılan yapılara ilişkin olarak; binanın hangi tarihte inşa edildiği, binanın yapıldığı tarihten yıkım işleminin gerçekleştirildiği tarihe kadar kamu makamlarınca herhangi bir yıkım kararı alınıp alınmadığı, başvuru binanın kullanımına ilişkin kamusal hizmetlerden istifade ettirilip ettirilmediği, bir başka deyişle kamu makamlarının bu süreçte nasıl bir tutum takındıkları da başvurunun sonucu açısından önem arz etmektedir. Ne var ki somut olayda derece mahkemelerince bahsedilen hususlara ilişkin herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.*

*27. Nitekim başvuru konusu olayda da imar uygulaması sonucunda başvurucuya ait taşınmazın imar yolunda kalması nedeniyle bu taşınmaz üzerindeki başvurucuya ait ruhsatsız bina yıkılmıştır. Söz konusu binanın yapım tarihi tam olarak tespit edilememekle birlikte imar planının yapıldığı 1992 yılında bu binanın imar yolu içerisinde kaldığı tespit edilmiştir. Belediye tarafından 2009 yılında yıkım işleminin gerçekleştirildiği dikkate alındığında anılan binanın yaklaşık on yedi yıldır başvuru tarafından kullanıldığı anlaşılmaktadır. Somut olayda olduğu gibi kamu makamlarının binanın yıkımı için uzun süre hareketsiz kalması binanın yıkılıp yıkılmayacağı noktasında belirsiz bir durumun oluşmasına sebebiyet vermektedir. Böyle bir durumda başvuru binanın kamu makamlarının uzun bir süre boyunca devam eden edilgen tutumlarının bir anda değişebileceğini öngörmesini beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır. Nitekim bu kadar uzun bir süre boyunca söz konusu binanın kullanımının başvuru bakımından önemli bir ekonomik menfaat teşkil ettiğini ifade etmek gerekir.*

*28. Sonuç olarak, somut olayda derece mahkemelerinin tek başına binanın ruhsatsız olduğu olgusundan hareket edip olayın gelişiminde kamu makamlarının edilgen tutumunu dikkate almamaları bütün zarara tek başına başvuru binanın katlanması sonucuna yol açmaktadır. Bu yaklaşımın da başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediğini belirtmek gerekir. Bu durumda başvuru binanın mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararları arasında olması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.*

*29. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”*

<sup>48</sup> Danıştay Altıncı Dairesininin 25/5/2021 tarihli ve E.2021/1870, K.2021/6707 sayılı kararı.

<sup>49</sup> Burcu Özşahin ve diğ.leri, B. No: 2015/3497, 4/7/2019, §§ 128-129.

*“128. Tüm bu değerlendirmelerden sonra İdare Mahkemesince başvuru binasının tazminat taleplerinin değerlendirilmesinde ise İdare Mahkemesinin ret gerekçesinin başvuru binasının yakınlarının da Ceza İnfaz Kurumundaki çatışmada aktif rol alması nedeniyle olayda idarenin eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağının bulunmadığına dayanıldığı görülmektedir.*

tarafından yapılan yeniden yargılamada davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verilmiş; anılan karar Danıştay Onuncu Dairesi tarafından onanmıştır<sup>50</sup>.

Uygulamada, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gerekçesi dikkate alınarak yeniden yargılama yapılır. Zira her ihlal kararı idari yargı uygulamasında da otomatik olarak davanın kabulü sonucunu doğurmaz. Örneğin adil yargılanma hakkı ve maddi hakların usul güvencelerinin ihlali durumunda yapılacak olan yeniden yargılama neticesinde ret kararı da verilebilir. Nitekim Bakanlar Kurulu tarafından alınan grevin ertelenmesine ilişkin kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, Danıştay Onuncu Dairesinin yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararı üzerine yapılan itiraz incelemesi neticesinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), itirazın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine davacı sendika Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin kararlarında yeterli gerekçeye yer verilmediğini belirterek sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>51</sup>. Bunun üzerine Danıştay Onuncu Dairesi esas incelemesi sırasında ihlal kararı uyarınca ara kararı ile davalı idareden grevin ertelenmesine ilişkin açıklama istemiş ve yeterli gerekçeye yer vererek davanın reddine karar vermiştir<sup>52</sup>. Bu karar İDDK tarafından onanmıştır<sup>53</sup>.

Öte yandan uygulamada, yeniden yargılama sırasında ihlal kararının gerekleri yerine getirilirken uyuşmazlığın niteliği esas alınarak ilgili hukuk dalının ilkelerine göre karar verilmektedir. Örneğin zihinsel engelli çocuğun oyun oynamak için girdiği demir yolunda elektrik çarpması sonucu yaralanmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle

*129. Ancak İdare Mahkemesince benimsendiği üzere başvuru sahiplerinin yakınından çıkan çatışmada aktif olarak yer aldığı, çatışmanın taraflarından biri olduğu kabul edilse bile söz konusu çatışmanın Ceza İnfaz Kurumu idaresinin kontrolsüzlüğü ve keyfi yönetiminden ve mahkûmların silah taşımalarına izin verilmesinden kaynaklandığı, olayın müteveffanın devletin kontrolü altında olduğu Ceza İnfaz Kurumundayken meydana geldiği, bu derecede bir kontrolsüzlüğün çatışma çıkması ve mahkûmların hayatının tehlikeye girmesi sonucu doğuracağına muhakkaka yakın bir ihtimal arz ettiği gözetilmelidir. Ayrıca kamu makamlarının üzerlerine düşen tedbirleri almadıkları durumda müteveffanın olayda kişisel kusurunun bulunmasının kamu makamlarının sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracığı söylenemez. Değinen hususlar gözetilmeden tazminat talebinin reddine karar verilmesinin yaşam hakkının korunmasına ilişkin ilkelerle bağdaşmadığı kanaatine varılmıştır."*

<sup>50</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 23/3/2021 tarihli ve E.2021/400, K.2021/1287 sayılı kararı.

<sup>51</sup> *Birleşik Metal İşçileri Sendikası*, B. No: 2015/14862, 9/5/2018.

<sup>52</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 1/7/2019 tarihli ve E.2015/294, K.2019/5203 sayılı kararı.

<sup>53</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 8/3/2021 tarihli ve E.2020/244, K.2021/429 sayılı kararı.

uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi tarafından verilen ret kararı onanarak kesinleşmiştir. Velisi tarafından yapılan bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi başvurucaunun yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>54</sup>. İhlal kararı sonrası ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yeniden yargılamada davacının tazminat talebinin tamamının kabulüne karar verilmiştir. Davalı idare tarafından yapılan temyiz başvurusu neticesinde Danıştay Onuncu Dairesi “*olay tarihinde henüz on dört yaşında olan ve çocukluğundan beri %70 oranında zihinsel özürlü bulunan davacının tek başına evinden uzak olduğu bir sırada meydana gelen olayda bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne ve babasının da kusurlu olduğu, hükmedilecek tazminat miktarında müterafik kusur oranında indirimle gidilmesi gerekirken bu hususun göz ardı edilmesi nedeniyle kararda hukuki isabet bulunmamaktadır*” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>55</sup>.

## B. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ OBJEKTİF ETKİSİ VE İDARİ YARGI UYGULAMASI

Bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olmasına, diğer bir ifadeyle sadece başvuran açısından değil benzer durumda olanlara da uygulanmasına objektif etki (*erga omnes*)<sup>56</sup> denir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin hak ihlali kararının objektif bir etkisinin olup olmadığı tartışma konusudur. Hak ihlali kararlarında hüküm fıkrası ihlalin tespitine ilişkin olduğu için tartışmaların bir kısmı gerekçenin benzer konular açısından bağlayıcılığı yönünde yapılmıştır.

<sup>54</sup> Gürkan Kaçar ve diğerleri, B. No: 2014/11855, 13/9/2017, §§ 76-77.

“76. Olaylara ve özelden kendisine yönelen tehlikeye karşı herhangi bir engeli bulunmayan yetişkinlerden göstermesi beklenen aşgari davranışları sergileyerek belli ölçülerde tedbirli olması kendisinden beklenebilecek olan zihinsel engelli çocuk başvuruca Gürkan Kaçar’ın yıkılmış şekilde bırakıldığı anlaşılan güvenlik duvarından tehlikeli bölgeye girebildiği ve buradaki açıkta bırakılan elektrik kablolarından elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralandığı başvuruya konu olayda, idarenin gerekli güvenlik tedbirlerini almadığı gözetilmeksizin tedbirsiz davrandığından bahisle tam kusurlu olarak görülmesi ve meydana gelen ağır zarara katlanmasının gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

77. Sonuç olarak somut olayda kamu makamlarının yaşama yönelik öngörebilecekleri gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu, anılan makamların bu tehlikeyi önleyebilmek için makul ölçüler çerçevesinde kendilerinden beklenebilecek herhangi bir tedbiri almadıkları kanaatine varılmıştır.”

<sup>55</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 26/6/2019 tarihli ve E.2019/10359, K.2019/6510 sayılı kararı. Benzer yönde karar için bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 22/3/2018 tarihli ve E.2018/878, K.2018/1225 sayılı kararı.

<sup>56</sup> Şirin, T. (2013). s. 663.

Bireysel başvuru üzerine verilen kararların *erga omnes* etkiye sahip olması, kararların herkes için bağlayıcı olma ilkesiyle yakından ilişkili hatta bu ilkenin doğal bir uzantısıdır. Bireysel başvuru usulünün bir işlevi de temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin engellenmesinin yanı sıra, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler bağlamında yorumlanmasıdır. Bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru olan kişilerin subjektif hakkından yola çıkılarak Anayasa'nın objektif şekilde yorumlanması faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Anayasa şikâyetinin temel hakların yorumu, uygulanması ve somutlaştırılmasında kamu gücünü kullanan makamlara yol gösterdiği açıktır. Bireysel başvuru usulü doğru işletildiği ölçüde "anayasaya uygun yorum" yönteminin alanı genişleyecek, somut olayı aşım tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle Anayasa'nın yorumu noktasında tüm yargı organları arasında birlik ve bütünlük sağlanacaktır. Nitekim anayasa şikâyeti kapsamında verilen kararların temel hak ve özgürlüklerin tüm ülkede aynı şekilde anlaşılıp uygulanmasını sağlaması yönüyle genel bir eğitim etkisine sahip olduğu ifade edilmektedir<sup>57</sup>.

Bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gerekçesinde belirtilen ilkeler, benzer durumda olanlar açısından da bağlayıcıdır. Bireysel başvuru kurumunun bireyselleştirilen çift taraflı dava niteliğinde düzenlenmediğini zira kabul edilebilirlik aşamasını geçen ihlal iddiasına dayanan bir başvuru dosyasının örneğinin doğrudan ihlale sebep olduğu ileri sürülen kamu kurumuna gönderilmediğini, aksine başvurunun bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderildiğini, dolayısıyla bireysel başvuru yolundan murat edilenin başvurunun tarafı dışındaki kişi ve kurumlar bakımından da sonuç doğurması olduğu belirtilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın yorumlanması konusunda Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline sahip olduğunu, bireysel başvuru incelemesi sırasında anayasal bir hükmü yorumlayan Anayasa Mahkemesinin bu yorumu hilafına derece mahkemelerinin yorum yapmasına olanak bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>58</sup>.

Diğer bir görüşe göre Anayasa'nın yorumcusu ve koruyucusu olarak anayasal konularda bağlayıcı son karar mercii olma görevini yerine getiren Anayasa Mahkemesinin sadece hüküm kısmındaki kararı değil

---

<sup>57</sup> Atay, A. (2021). s. 51.

<sup>58</sup> İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 302-303.



anayasa hukuku alanında kararının gerekçesinde ifade ettiği hukuki görüşleri mahkemeler de dâhil tüm devlet organları için özdeş olan gelecekteki tüm olaylar bakımından bağlayıcıdır. Bunun yanında bireysel başvuru yoluyla verilen kararın üçüncü kişiler için de sıkı sıkıya bağlayıcılığı, yeni ve farklı olaylar bakımından değil Anayasa Mahkemesi kararında belirlenen somut olayı aşan ilkeler bakımından geçerli olduğu vurgulanmıştır. Neticede objektif etki sayesinde Anayasa Mahkemesinin iş yükünün azalacağı ve öncekinin tekrarı niteliğindeki çok sayıda olayda Anayasa Mahkemesine başvurunun azalacağı belirtilmiştir<sup>59</sup>.

Bir başka görüşe göre ise “Anayasa şikâyeti yargılamasının<sup>60</sup>”, doğası gereği subjektif nitelikli bir özellik taşıdığı ancak yargılamanın başlangıcında oldukça ön planda olan bu subjektif etkinin inceleme sonucunda verilecek kararlar beraber objektif niteliğe büründüğü ifade edilmektedir. Bu görüş, dayanaklarını şu şekilde açıklamaktadır: “Bazı hallerde anayasa şikâyetinde bulunan kişi hukuken olmasa da fiilen kendi durumunda olan binlerce kişinin Anayasa Mahkemesi önündeki bir ‘temsilcisi’ gibi olabilir. Dolayısıyla bu durumdaki bir anayasa şikâyeti karşısında yapılacak tespitler, kaçınılmaz olarak aynı durumda olan veya ileride olabilecek diğer kişilerin bünyesinde dolaylı etki gösterir. Yani Anayasa Mahkemesi bir defa ihlal kararı verdikten sonra, prensip itibarıyla aynı durumda olan kişiler için de aynı sonuca ulaşacaktır.” Son olarak bu görüşe göre AİHM uygulamasında “pilot dava” bu gerçeğin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır<sup>61</sup>.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında<sup>62</sup>, bireysel başvuru kararlarının olması gereken etkilerini şu ifadelerle açıklamıştır:

*“Mahkemenin Anayasa’yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir. Zira bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincilik ilkesi ile bunun yansımaları olarak Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve*

<sup>59</sup> Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 258-259.

<sup>60</sup> Her ne kadar çalışma kapsamında “bireysel başvuru” ifadesi tercih edilmiş ise de görüş sahibinin kullandığı ifade aynen aktarılmıştır.

<sup>61</sup> Şirin, T. (2013). s. 663.

<sup>62</sup> K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 53.

*derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa'ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır. Söz konusu yolun işlerliğini devam ettirmesinde Mahkemenin Anayasa'yı yorumlaması kritik öneme sahiptir. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Mahkemenin daha önce Anayasa'yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır."*

Bütün bu görüşler bireysel başvuruya ilişkin ihlal kararlarının objektif etkisinin ne olması gerektiği ya da olabileceği konusundaki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Tüm bu tartışmalar neticesinde şu sorular akla gelebilir: İhlal kararıyla sonuçlanan bir başvurudaki somut mesele ile kararın içeriğindeki genel ilkeler birbirinden ayrılabilir mi? Ayrılabilirse genel ilkelerin benzer bir olaya uygulanabilmesi, derece mahkemelerinin kararın gerekçesiyle bağlı olmasından mı, yoksa başvuru sahibinin neredeyse aynı olan somut koşullarından mı kaynaklanmaktadır? Ya da iki unsurun birleşmesi mi gerekir<sup>63</sup>?

Öncelikle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru uygulamasında Anayasa'yı yorumlama konusunda tekel olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline sahip olduğu görüşünün pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır. Anayasa, Anayasa Mahkemesini yorum yetkisine sahip organlardan sadece birisi olarak görmektedir. Üstelik bu yetki özel değil genel bir yetkidir<sup>64</sup>. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline sahip olduğu görüşü, bireysel başvurunun ikincillik ilkesi uyarınca da sorgulanmalıdır. Zira temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve

---

<sup>63</sup> Göztepe Çelebi, E. (2016). ss. 98-99.

<sup>64</sup> Arslan, Z. (2008). s. 61. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline ilişkin geniş açıklamalar için bkz. a.g.e. s. 61 vd.



derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunmaktadır. Her ne kadar son sözü Anayasa Mahkemesi söylüyor gibi görünse de ilk elden koruma derece mahkemelerine aittir. Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline sahip olduğu görüşüne getirilecek diğer bir eleştiri, derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının aksine insan hakları bakımından çok daha genişletici bir yorum getirmesini engelleme ihtimalidir. Dworkin'in ifadesiyle hukuk yorumsal bir kavramdır ve derece mahkemelerinin özgürlükler lehine getireceği yorumun Anayasa Mahkemesinin yorum tekeli zırhıyla engellenmemesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının objektif etkisinin varlığına ilişkin görüşler esasen olanı değil olması gerekeni ifade etmiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi de bu konuda "...Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir." ifadesiyle bir zorunluluktan değil beklentiden söz etmiştir<sup>65</sup>. Uygulamada da bir muhalefet partisi milletvekili tarafından diğer muhalefet partisi milletvekili hakkında verilen ihlal kararı emsal gösterilerek tahliye talebinde bulunulması üzerine derece mahkemeleri ihlal kararlarının objektif etkisinin yasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Talebin reddi üzerine yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, objektif etki tartışmasına girmeden başvuruyu kendi içinde değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir. Eğer objektif etkiye ilişkin pozitif dayanak olsaydı Anayasa Mahkemesi, bir muhalefet partili vekil hakkında verdiği karara atıf yapmakla yetinip diğer muhalefet partili vekil hakkında ihlal kararı verebilirdi. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi uygulaması da objektif etkinin pozitif dayanağının olmadığını göstermektedir<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Bu beklenti, bireysel başvuru kurumunun niteliğinden kaynaklanan objektif bir beklentidir.

<sup>66</sup> Esasen objektif etki için niteliğinden kaynaklanan bir beklentidir. Bunun hukuki dayanağı zaten olamaz. Burada objektif etkiden, bireysel başvuru kararlarının somut olaya benzer olaylar dışındaki diğer olaylarda da "bağlayıcı" olduğunu anlayanlar bakımından bir hukuki dayanak aranabilir. Üstelik buradaki objektif etkinin pozitif dayanağı meselesi sadece Anayasa Mahkemesi kararları bakımından değil Yargıtay ve Danıştay içtihatları bakımından da vardır. Zira her iki yüksek yargı organı içtihatlarının da somut olay dışında bağlayıcılığı yoktur. Bununla birlikte ilk derece mahkemelerinden içtihadı uymaları beklenir.

Bireysel başvuru kararlarının objektif etkisinin pozitif dayanağının olmaması, ihlal kararlarının benzer konularda dikkate alınmayacağı anlama gelmez. Üstelik objektif etkiye ilişkin pozitif düzenleme yapılmaması, Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline ilişkin pozitif bir düzenleme olmadığı gerçeğiyle birlikte düşünüldüğünde bilinçli ve tutarlı bir tavır olduğu söylenebilir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında hiyerarşiden değil iş birliğinden söz etmek gerekir<sup>67</sup>. Belirtilen iş birliğinin tesisi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilk elden koruma yetkisini haiz derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin ötesinde özgürlükler lehine yorum getirmesini engelleyecek kanuni düzenlemenin bulunmamasına ve derece mahkemelerinin de Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen ilkelere saygı duymasına bağlıdır. Neticede bu iş birliğinin hem temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasına hem de Türk yargısının AİHM nezdindeki itibarına müspet yansımaları olacaktır. Şu hâlde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının benzer olaylara etkisi bakımından *açıklayıcı, yol gösterici ve ışık tutucu*<sup>68</sup> olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının diğer yargı makamları tarafından benzer uyuşmazlıklarda dikkate alınması, Anayasa Mahkemesinin iş yükü altında ezilmemesi ve başvuruları makul sürede karara bağlaması açısından da son derece mühimdir. Aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması bireysel başvuru yolunun sürdürülebilirliğini imkânsız kılacaktır. Anayasa Mahkemesinin nitelikli inceleme yapmaya devam etmesi her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade, daha önce Anayasa'ya yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının objektif etkisine ilişkin kanuni dayanak bulunmasa da sistemin işlerliğini korumak adına bazı tedbirler alındığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisinin artırılması ve iş yükünün azaltılması amacıyla AİHM'deki uygulamadan da esinlenilerek Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. maddesinde pilot karar usulü düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Pilot

---

<sup>67</sup> Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 101.

<sup>68</sup> Döner bu açıklamayı, Anayasa Mahkemesinin norm denetimine ilişkin vermiş olduğu karar gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda yapmıştır. Bkz. Döner, A. (2008). s. 220.

<sup>69</sup> İçtüzük'ün 75. maddesi şöyledir: "Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin

karar uygulamasının düzenlenişi itibarıyla sınırlı olduğu görülmektedir. Bu usulün uygulanabilmesi için yaygın ve yapısal bir sorunun tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla pilot karar uygulaması ihlal kararlarının objektif etkisine müspet katkıda bulunsa da hem öğretinin hem de Anayasa Mahkemesinin beklentisini tam anlamıyla karşılayacak durumda değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi uygulamasında pilot karar usulünün işletildiği sadece iki kararın bulunması da bu görüşü desteklemektedir<sup>70</sup>.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının objektif etkisinin oluşması ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin içtihatların ülke düzeyinde uygulanabilirliğinin sağlanması amacıyla atılmış en önemli adım, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) “Hâkim ve savcıların derece yükselmesi esaslarına ilişkin ilke kararına” eklenen 6/j kuralıdır<sup>71</sup>. Kuralda “*Hâkim ve savcıların, Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri temelinde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesince yapılan incelemelerde ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri, neden oldukları ihlalin niteliği ve ağırlığı ile ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması konusundaki gayretleri göz önünde bulundurularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Kuralda Anayasa Mahkemesi veya AİHM nezdinde ihlale sebebiyet vermeleri derece yükselmesinde menfi ölçüt olarak belirlenmişken temel hak ve özgürlüklerin korunmasında gösterecekleri gayret müspet ölçüt olarak düzenlenmiştir. Yükselme esasları arasında yer alan, AİHM nezdinde ihlale sebebiyet verme ölçütü HSK’nın da derece mahkemesinde görev yapan hâkim ve savcılardan Anayasa Mahkemesinin yorumunun üstünde özgürlükler lehine yorum geliştirmelerini beklediğinin göstergesidir.

---

*Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.”*

<sup>70</sup> Her ne kadar Anayasa Mahkemesi öğretilerinde pilot karar usulünü işletmediği gerekçesiyle eleştirilse de yakın tarihli iki kararla pilot karar usulünün işletildiği gözlenmektedir. *Eleştiriler için bkz. Şirin, T. (2015). Anayasa Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 247. *Pilot karar örnekleri için bkz. Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.*

<sup>71</sup> Hâkimler ve Savcılar Kurulunun 5/4/2017 tarihli ve 675/1 sayılı Hâkim ve Savcılarının Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı, <https://www.hsk.gov.tr/EkLentiler/Dosyalar/60e307a2-5679-46ea-841d-cf4c51f567b7.pdf>/ (Erişim Tarihi: 15/9/2021).

Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisinin ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin farkındalığın artırılması amacıyla Danıştay bünyesinde de İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur<sup>72</sup>. Komisyon nezdinde her daireden görevlendirilen tetkik hâkimleri tarafından görev yaptıkları dairenin konularıyla ilgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenmekte ve sonuçlar bir rapor hâlinde sunulmaktadır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarının takibi neticesinde benzer konularda farkındalık oluşmakta ve kararların objektif etkisi sağlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında verdiği ihlal kararlarının objektif etkisi hakkında yapılan tüm bu teorik açıklamaların somutlaşması için idari yargı uygulamasının incelenmesi gerekir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun (VDDK) bir kararında Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının etkileri tartışılmıştır. Karara konu olayda, davacı banka tarafından, çalışanlarına çeşitli menfaatler sağlamak üzere kurulmuş olan F1 Bankası Anonim Şirketi Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfına ödenen banka katılım payları üzerinden gelir vergisi kesintisi yapılmadığından bahisle 2008 yılının Ocak ila Aralık dönemleri için salınan vergi ziyai cezalı gelir (stopaj) ve damga vergisinin kaldırılması talep edilmiştir. Vergi Mahkemesi, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediği ve dava konusu işlemin verginin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle talebin kabulüne karar vermiştir. Danıştay Dördüncü Dairesi anılan kararı bozmuştur. Davacı banka tarafından yapılan karar düzeltme istemi aşamasında, davacı banka tarafından aynı konuda başka bir şubesi lehine verilen ihlal kararı dosya münderecatına eklenmiştir. Danıştay Dördüncü Dairesi sunulan ihlal kararının daire kararını değiştirmeyi gerektirecek bir yönü olmadığını belirterek karar düzeltme talebinin reddine karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi, kararında ısrar etmiş ve bireysel başvuru kararlarının etkilerine ilişkin ek gerekçe eklemiştir. Mahkemenin ek gerekçesinde; bireysel başvuru hakkının anayasal nitelikte olduğu,

---

<sup>72</sup> İnsan Hakları Komisyonu, Başkanlık makamının 28/11/2013 tarihli olurları ile yürürlüğe giren "Danıştay Başkanlığı İnsan Hakları Komisyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönerge" uyarınca kurulmuş, 06/03/2020 tarihli ve 31060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan içtüzük değişikliği ile Komisyonun çalışma usulü İçtüzük'ün 34/B maddesinde düzenlenmiştir. İçtüzük'te yer verilmek suretiyle Komisyonun devamlılığı ve kurumsallaşması hedeflenmiştir.

bireysel başvuruya ilişkin kararların herkes için bağlayıcı etkiye (erga omnes) sahip olduğunun özel bir biçimde ifade edilmemişse de yargı organlarını bağladığının açıkça ifade edildiği, bu bağlamda bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının mahkemeler için yol gösterici nitelikte olduğu, Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarının aynı konuda derdest durumda bulunan ilk derece dosyaları için emsal alınması gerektiği, aksi yaklaşımda Anayasa'nın üstünlüğü, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkelerinin bir anlam ifade etmeyeceği, verilen ihlal kararlarının dikkate alınmaması hâlinde aynı konuda yeni başvuruların olacağı ve benzer ihlal kararlarının verileceği, diğer yandan ilk ve üst derece yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarını tanımaması ve uygulamaya esas almamasının AİHM'in bireysel başvuru yolunu "etkisiz iç hukuk yolu" olarak kabul etmesine de neden olabileceği, bireysel başvuru yolunu hukukumuzda kazandıran anayasal düzenlemelerin gerekçesi incelendiğinde anayasa yapıcının amacının bu olmadığı görüldüğü, aynı hukuki sebeple davacı bankanın başka bir şubesi adına yapılan tarhiyat hakkında verilen ihlal kararının bakılan uyuşmazlıkta da uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>73</sup>.

Israr kararı davalı kurum tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesi yapan VDDK "*Bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karara uyulması zorunlu olmakla birlikte, diğer davalarda ihlal kararına uyulmasını zorunlu kılan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalarda göz önünde bulundurulmaması, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasanın 2'nci maddesinde yer verilen Hukuk Devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecektir.*" gerekçesiyle davacı bankanın bir şubesi hakkında verilen ihlal kararının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>74</sup>. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı uygulamada dikkate alınmış ve benzer uyuşmazlıkta objektif etki doğurmuştur. Bu karar ihlal kararlarının objektif etkisinin belirtildiği önemli bir karardır.

<sup>73</sup> Ankara 3. Vergi Mahkemesinin 14/9/2015 tarihli ve E.2015/1468, K.2015/1830 sayılı kararı.

<sup>74</sup> Danıştay VDDK'nın 20/1/2016 tarihli ve E.2016/23, K.2016/60 sayılı kararı.

Yine Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından yakın tarihte verilen bir başka kararda da ihlal kararlarının objektif etkisi ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu kararda:

*“bireysel başvuru yolunun uygulandığı bir hukuk sisteminde bireysel başvuru mercii tarafından bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği tespit edildiğinde, yeni ihlallerin önlenmesi için aynı ya da benzer maddi olaylara ilişkin uyuşmazlıkların konu olduğu derdest yargılamalarda ihlal kararında değinilen ilkeler ışığında yargılama süreçlerinin sonuçlandırılması, yargı mercilerinin yukarıda anlatılan görevlerinin bir gereğidir. Bireysel başvuru kararlarının bu objektif etkisinin aynı ya da benzer maddi olayların konu olduğu uyuşmazlıklarda ihmal edilmesi, bu uyuşmazlıkların konu olduğu yargılama süreçleri sonucunda verilen kararların da bireysel başvuru mercilerinin önüne taşınmasına ve bu başvuruların da ihlal kararıyla sonuçlanmasına neden olacaktır. Bu durum temel hak ve özgürlükleri korumak konusunda öncelikle görev yapan yargı mercilerinin anılan göreviyle bağdaşmadığı gibi, temel hak ve özgürlükleri korumada Anayasa ve AİHS’yi referans alarak bu metinlerde öngörülen temel hak ve özgürlükleri korumadaki en genel standartlar temelinde görev icra eden Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini temel hak ve özgürlüklerin korunmasında bireysel başvuru sisteminin öngörülme amacıyla bağdaşmayacak bir biçimde ön plana taşıyacak ve bireysel başvuru yolundan önce tüketilmesi gereken hukuk yollarında yargısal görev icra eden mercilerin itibarının ve güvenilirliğinin sarsılmasına neden olabilecektir. Ayrıca bu tutumun hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir. Dolayısıyla derece mahkemeleri, bireysel başvuru kararlarının objektif etkisi uyarınca ve bu kararlarda değinilen ilkeler ışığında, aynı ya da benzer maddi sebeplere dayalı uyuşmazlıklarda uygulanan usul kurallarını temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla hizmet eder şekilde geniş yorumlayarak bu uyuşmazlıkları sonuçlandırmalıdır.*

*Temyiz incelemesine konu ısrar kararının dayandığı yargılama sürecinde cezalı tarhiyatın hukuka uygun olduğu yönündeki Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararına uyarak davayı reddeden vergi mahkemesi kararının Danıştay Yedinci Dairesi tarafından istisna uygulaması şartlarının ihlalinden davacının sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle bozulduğu görülmektedir. Vergi mahkemesinin ise bozma*



kararına uyarak verilen kararın ancak bozma kararına uygunluk yönünden incelenebileceğini belirterek ilk kararında ısrar ettiği anlaşılmaktadır. Yedinci Dairenin bozma kararı ile temyiz istemine konu ısrar kararının verildiği tarihten sonra dava konusu olayla aynı maddi sebebe dayanarak yapılan bir tarhiyat nedeniyle Anayasa Mahkemesinin yukarıda ayrıntısına değinilen Bilnam İşletmecilik ve Ticaret A.Ş. kararıyla [B. No:2016/3675, 03/11/2020] başvuru konusunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verildiği görülmektedir.

Yargılama sürecinde vergi mahkemesince uyuşmazlığın esasına ilişkin bozma kararına uyarak davayı reddetmesinden davalı idare lehine bir usuli kazanılmış hak oluşturduğu ve bu bağlamda ısrar kararında da ifade edildiği üzere temyiz incelemesinin ancak bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılması gerektiği ileri sürülebilirse de benzer bir uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesinin bir ihlal kararı verdiği, ayrıca 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan kurala temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla istisna getirilebileceğinin açık olduğu ve Kurulumuzun hali hazırda istikrar bulmuş uygulamasının da bu yönde olduğu gözetildiğinde mevcut yargılamada salt bozma kararına uyulmuş olmasından hareketle usuli kazanılmış hakkın varlığından söz edilemeyeceği tartışmasızdır."

gereğinceyle davacının temyiz istemi kabul edilerek Vergi Mahkemesinin ısrar kararı bozulmuştur<sup>75</sup>.

Öğretide ihlal kararlarının devlete; bir ihlalin sonlandırılması, ihlalden önceki duruma dönülmesi ve benzer nitelikteki ihlalleri önleme şeklinde üç farklı yükümlülük getirdiği belirtilmiştir<sup>76</sup>. Bu yükümlülükler; yasama organı tarafından mevzuat değişikliği, yürütme organı açısından işlem ve eylemlerinde değişikliğe gitme, yargı organları bakımından ise içtihat değişikliğine gidilmesi anlamına gelmektedir<sup>77</sup>. İdari yargı uygulamasında öğretinin belirtilen beklentisinin karşılandığı en güzel örnek, tazminat talebinin tamamının veya bir kısmının reddedilmesi durumunda hükmedilen nispi vekâlet ücreti konusudur.

<sup>75</sup> Danıştay VDDK'nın 19/01/2022 tarihli ve E.2020/853, K.2022/17 sayılı kararı.

<sup>76</sup> Karan, U. (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 12.

<sup>77</sup> Şeker, G. (2021). "Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, s. 672.

Anayasa Mahkemesi, bir kararında başvuruçunun ödemeye mahkûm edildiği nispi vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini şu gerekçelerle belirtmiştir: *“Başvuruçunun maddi durumunun elverişsiz olması nedeniyle lehine adli yardım kararı verildiği, ayrıca dava açıldığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak amacıyla talebini yüksek tuttuğu, bilirkişi raporlarının tamamlanmasından sonra fazlaya ilişkin taleplerinden feragat etmesine rağmen bunun mahkemece kabul edilmediği ve hak kazandığı tazminatın yaklaşık 3/4’ünü vekâlet ücreti adı altında davalı idareye geri ödemek zorunda bırakıldığı ve açılan tazminat davasının bu şekilde başvuruçuyu açısından anlamsız hale geldiği dikkate alındığında yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez<sup>78</sup>.”* Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde, davanın açıldığı tarih itibarıyla ıslah imkânının olmadığı özellikle vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle bu gerekçe kısmen kabul, kısmen ret kararları için koruma sağlayıp talebin tamamının reddini kapsama almamıştır. Danıştay ise uygulamada Anayasa Mahkemesinin bu yorumunu özgürlükler lehine geliştirerek davanın tamamının reddi hâlinde de maktu vekâlet ücretine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Danıştayın maktu vekâlet ücretine ilişkin gerekçesi şu şekildedir: *“Maddi tazminat talebiyle açılan davalarda, davanın tümünden reddi veya kısmen kabul ile kısmen reddi durumunda kabul edilen tazminat miktarının önemli kısmının vekâlet ücreti olarak davalı idareye ödenmesi, açılan tazminat davasını davacı açısından anlamsız hale getirmekte, bazı olaylarda ise, davacının dava açılmadan önceki durumundan daha kötü bir duruma girmesine neden olmakta, bu durum, gerek Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Tümünden ret ya da kısmen kabul, kısmen ret ile sonuçlanan maddi tazminat davalarında, taraflar lehine hükmedilecek vekâlet ücretinin, kişilerin hak arama özgürlüğü kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeden ne şekilde hesaplanacağı konusunda Tarifenin 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına paralel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, reddedilen maddi tazminata yönelik vekâlet ücretinin Tarifenin üçüncü kısmına göre belirleneceğine ilişkin Tarife hükmünün ihmâl edilmesi, hakkaniyete daha uygun olacaktır<sup>79</sup>.”*

<sup>78</sup> Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 66.

<sup>79</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin birçok kararı arasından bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 26/5/2021 tarihli ve E.2016/2130, K.2021/2679 sayılı kararı ile 21/10/2020 tarihli ve E.2016/14028, K.2020/4071 sayılı kararı.



Danıştay kararının gerekçesinde görüldüğü üzere kişilerin mahkemeye erişim hakkına halel gelmemesi adına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin (AAÜT) vekâlet ücretinin nispi olarak belirleneceği hükmü ihmal edilmiştir. Sevindirici olan husus, Danıştayın ısrarlı içtihadı neticesinde 2020 yılından itibaren<sup>80</sup> maddi tazminat isteminin tamamının reddi hâlinde maktu vekâlet ücretine hükmedileceğine AAÜT'de de yer verilmiş olmasıdır. Somut durumda öğretinin beklentisi kapsamında Danıştay, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı neticesinde içtihadını değiştirmiş; ihlale sebep veren hukuki dayanak (AAÜT) da muhatabı tarafından değiştirilmiştir.

İdari yargı uygulamasında Anayasa Mahkemesi kararlarının takip edildiği ve objektif etki kapsamında benzer uyuşmazlıklara dikkatle uygulandığı görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannameleri üzerinden yapılan vergi tarhiyatlarına ve cezalarına karşı açılan davaların esası incelenmeden reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini karara bağlamıştır<sup>81</sup>. Danıştay Vergi Daireleri anılan karar uyarınca vergi dairelerinin müeyyideli yazıları üzerine ihtirazi kayıtla verilen düzeltme beyannamelerine istinaden tahakkuk ettirilen vergi ve kesilen cezalara karşı açılan davaların esasının incelenmesi ve işin esası incelenirken de gerçek durumun somut olarak ortaya konması gerektiğini belirtmiştir<sup>82</sup>. Öte yandan Danıştay, idarenin müeyyideli yazısı olmaksızın süresinden sonra ihtirazi kayıtla verilen beyannamelerin iptali istemiyle açılan davada da Anayasa Mahkemesi kararına atıf yaparak somut olayın Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından farklı olduğunu belirtmek suretiyle davanın esasını inceleyen ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>83</sup>.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının Danıştay tarafından benzer olaylara uygulandığı bir başka örnekte Anayasa Mahkemesi, “ÇED

<sup>80</sup> 2/1/2020 tarihli ve 30996 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan AAÜT’nin 13. maddesinin 4. fıkrasında “Maddi tazminat istemli davaların tamamının reddi durumunda avukatlık ücreti, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre hükmolunur.” kuralına yer verilmiştir. Aynı tarihte tarifenin anılan maddesinin 3. fıkrasında, “Maddi tazminat istemli davanın kısmen reddi durumunda, karşı taraf vekili yararına bu Tarifenin üçüncü kısmına göre hükmedilecek ücret, davacı vekili lehine belirlenen ücreti geçemez.” kuralına ilk kez yer verilmiştir.

<sup>81</sup> *Arbay Petrol Gıda Turizm Taşımacılık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve Arbay Turizm Taşımacılık İthalat İhracat İnşaat ve Organizasyon Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2015/15100, 27/2/2019.

<sup>82</sup> Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 8/6/2021 tarihli ve E.2020/70, K.2021/3703 sayılı kararı.

<sup>83</sup> Danıştay Dördüncü Dairesinin 24/6/2021 tarihli ve E.2016/6555, K.2021/3565 sayılı kararı.

gerekli değildir” kararının iptali istemiyle açılan davada menfaatlerinin ihlal edilmediği yolundaki kararın başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ihlal kararı gerekçesinde, proje sahasında mülkü olmayanların hiçbir durumda dava açamayacaklarını oysa projeden etkilenme potansiyeli olan kişilerin de dava açabilmeleri gerektiğini belirtmiştir<sup>84</sup>. Danıştay Altıncı Dairesi benzer uyuşmazlıkta, Anayasa Mahkemesinin anılan kararına atıfta bulunarak projeden etkilenme potansiyeli olan Bergama ilçesinde ikamet eden ya da taşınmaz bulunanların dava açma ehliyetlerinin olduğu sonucuna varmıştır<sup>85</sup>. Danıştay Altıncı Dairesinin kararına konu bir başka olayda dava, HES projesi hakkında verilen “ÇED gerekli değildir” kararının iptali istemiyle açılmıştır. İlk derece mahkemesi davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Danıştay Altıncı Dairesi, Anayasa Mahkemesinin benzer konuda “ÇED olumlu kararının yöre halkına yapılacak bildirim halkın haberdar olmasını sağlayacak şekilde yapılması gerektiği, buna rağmen dava açma süresinin şehir merkezinde yapılan ilanlardan itibaren başlatılmasının mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kılacağı” gerekçesiyle verdiği karara<sup>86</sup> atıf yaparak ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>87</sup>.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının Danıştay tarafından benzer olaylara uygulandığı diğer bir örnekte, kapalı cezaevinde çıkan yangında yakınlarının ölümünde gerekli önlemleri almayan idarenin hizmetinin kusurlu olduğundan bahisle açılan davada ilk derece mahkemesi kısmen kabul, kısmen ret kararı vermiştir. Danıştay temyiz aşamasında, ilk derece mahkemesi kararının kabule ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir. Karar düzeltme aşamasında Danıştay Onuncu Dairesi, dava konusu olayda başka bir mahkûm yakını tarafından yapılan bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından yaşam hakkının ihlal edildiğine karar<sup>88</sup> verildiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararının

---

<sup>84</sup> Kemal Çakır ve diğerleri [GK], B. No: 2016/13846, 5/3/2020.

<sup>85</sup> Danıştay Altıncı Dairesinin 23/6/2021 tarihli ve E.2021/965, K.2021/8784 sayılı kararı.

<sup>86</sup> Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri, B. No: 2014/14359, 25/12/2018.

<sup>87</sup> Danıştay Altıncı Dairesinin 1/7/2021 tarihli ve E.2021/3708, K.2021/9221 sayılı kararı.

<sup>88</sup> Meral Eşkili, B. No: 2013/7586, 4/11/2015. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde “disiplin olaylarının sıklıkla yaşandığı C-15 koşuşundaki tutuklu ve hükümlülerin Ceza İnfaz Kurumunun güvenliğini tehlikeye sokabilecek eylemlerde bulunabileceklerine dair öngörülebilir belirtiler bulunmasına rağmen bu konuda gerekli tedbirlerin alınmadığı görülmektedir. Bu kapsamda Ceza İnfaz Kurumunda kullanılan eşyaların çabuk yanıcı ve zehirleyici özellikte olması, yangın ihtimaline karşı daha hızlı ve etkili müdahalede bulunulabilmesi için koşuşlarda yangını haber veren alarm sistemi, koridorlarda ise kamera sistemi bulunmaması, Kurumda bulunan yangın hortumunun

onanmasına karar vermiştir<sup>89</sup>. Danıştay Onuncu Dairesinin kararına konu bir başka olayda, sahibi olduğu araca kaçak olduğundan bahisle el konulmasında idarenin hizmetinin kusurlu olduğu ileri sürülerek uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, davanın süre aşımı yönünden reddine karar vermiştir. Danıştay Onuncu Dairesi, Anayasa Mahkemesinin benzer konuda “başvurucunun aracının müsadere edilmesiyle ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle açılan dava hakkında, dava açma süresinin el koyma işlemi ile başlayacağına dair ilk derece mahkemesi kararının mevzuatın katı yorumlanmasından kaynaklandığı, zararın tam ve kesin olarak oluştuğu tarihten daha önceki bir tarih esas alınarak dava açma süresinin belirlenmesi neticesinde başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği” gerekçesiyle verdiği karara<sup>90</sup> atıf yaparak ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>91</sup>.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının Danıştay tarafından benzer olaylara uygulandığı son örnek, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun kapsamında iki ayrı konuda vermiş olduğu ihlal kararlarının uygulamasıdır. Danıştayı içtihat değişikliğine götüren ilk konu 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvurularda, başvurucuların öznel durumlarının dikkate alınması gerekliliğidir. Anayasa Mahkemesi kararında, güvenlik kaygısına dayanılarak bir yerleşim yerinin kısmen boşaltılmış olması hâlinde 5233 sayılı Kanun kapsamında maddi zararların idarece ödenmesine yasal olanak bulunmadığı ilkesinin nesnel bir ölçüt olduğunu ancak bunun yanında kişilerin öznel durumlarının hakkaniyete uygun yargılama kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>92</sup>. Danıştay

---

da belirli aralıklarla yapılan yangın söndürme tatbikatlarına rağmen C-15 koşusuna ulaşabilecek uzunlukta olmaması ve somut olayın gerçekleşme koşulları birlikte değerlendirildiğinde yangının çıkmasının engellemesi, yangının ardından tutuklu ve hükümlülerin hızlı ve güvenli bir şekilde tahliyelerinin sağlanmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınması ve yangına etkili şekilde müdahale edilebilmesine yarayacak uygun araçların sağlanması konusundaki eksikliklerin giderilmemesi nedeniyle ciddi ihmallerin bulunduğu ve bu ihmallerin basit bir dikkatsizliği veya değerlendirme hatasını aştığı anlaşılmıştır. Bu nedenle müteveffanın yaşamını korumak için gerekli önlemlerin alınmamasına ilişkin şikâyetlerin, başvurucu lehine hükmedilecek bir tazminatla giderilebilecek nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir.” ifadelerine yer vererek idarenin hizmetinin kusurlu işletildiğine karar vermiştir. Bkz. Meral Eşkili, § 78.

<sup>89</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 22/1/2019 tarihli ve E.2016/1119, K.2019/793 sayılı kararı. Anılan Dairenin aynı olay kapsamında vermiş olduğu diğer karar için bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 24/6/2021 tarihli ve E.2016/14755, K.2021/3644 sayılı kararı.

<sup>90</sup> Şener Berçin, B. No: 2013/5516, 22/1/2015.

<sup>91</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 14/11/2018 tarihli ve E.2017/1003, K.2018/3493 sayılı kararı.

<sup>92</sup> Cahit Tekin, B. No: 2013/2744, 16/7/2014.

Onuncu Dairesi Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra yerleşim yerinin kısmen boşaltıldığı durumlarda davacıların öznel durumlarını değerlendirmiş ve kararlarına şu gerekçeyi eklemiştir: “5233 sayılı Kanun’un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinden anlaşıldığı üzere, terör olaylarına bağlı olarak güvenlik kaygıları nedeniyle (örneğin bu sebeple yerleşim yerinin terk edilmesi vb.) mal varlığına ulaşılammadan kaynaklanan zararların da tazmini öngörülmektedir. Bir terör olayı sonucu münferit olarak kendisi veya yakınları doğrudan zarar gören ya da bu şekilde gerçekleşen ölüm ve/veya yaralama olayları kendisi veya yakınlarına yönelen kimselerin, başta yaşam haklarından endişe ederek, güvenlik kaygısı duymaları doğaldır. Dolayısıyla, bu kapsamda oluşan zararların tazmini de anılan hükmün bir gereğidir. Bu durum, yukarıda belirtilen nesnel kriterin yanında, her davacı yönünden ayrıca öznel olarak da bir irdeleme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Aksi bir değerlendirme, her bir davacının öznel durumundan kaynaklı olarak ileri sürdüğü hususların irdelenmemesi anlamına gelir ki, bu durum Anayasa’da öngörülen adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>93</sup>.”

5233 sayılı Kanun kapsamında Danıştay içtihat değişikliğine götüren ikinci konu, terör olayları nedeniyle talep edilen manevi tazminat taleplerinin derece mahkemeleri tarafından anılan Kanun kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi hakkındadır. Anayasa Mahkemesi kararında, başvuruçuların manevi tazminat talebi hakkında idare hukukunun genel hükümleri kapsamında inceleme yapılması gerekirken derece mahkemeleri tarafından manevi tazminat talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddedilmesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul etmiştir<sup>94</sup>. Danıştay Onuncu Dairesi Anayasa Mahkemesinin kararından sonra istikrarlı bir şekilde genel hükümler uyarınca manevi tazminat taleplerini değerlendirmiş ve kararlarına şu gerekçeyi eklemiştir: “Terör olayları nedeniyle meydana gelen ve sosyal risk ilkesi kapsamında bulunup 5233 sayılı Kanun uyarınca karşılanmayan ilgililerin ileri sürdükleri manevi zarara bağlı tazminat taleplerine ilişkin uyumsuzluklarda, idare hukukunun tazminata ilişkin ilke ve kuralları çerçevesinde 2577 sayılı Kanunun öngördüğü usullere tabi olarak manevi tazminat ödenip ödenmeyeceğine ilişkin yargısal incelemenin yapılması gerekmektedir<sup>95</sup>.”

---

<sup>93</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 30/9/2020 tarihli ve E.2019/2846, K.2020/3388 sayılı kararı.

<sup>94</sup> Özden Sayar ve Deren Dilara Sayar, B. No: 2013/4022, 13/4/2016.

<sup>95</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 30/9/2020 tarihli ve E.2019/2965, K.2020/3387 sayılı kararı.

Ayrıca bireysel başvuru üzerine verilen kararların idari yargıda usul kurallarının yorumuna etkisi konusunda doktrinde, bireysel başvuru yolunun kabulü ile birlikte bireysel başvuru üzerine verilen Anayasa Mahkemesi kararlarının idari yargı kararları üzerinde gözle görülür derecede açık bir etkiye sahip olduğunun gözlemlenmekte olduğu ifade edilmektedir. Buna göre bireysel başvuru usulünün niteliği gereği, diğer mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi arasında meydana gelebilecek çatışmanın -en azından çalışmanın konusu olan usul kuralları yönünden- ülkemizde idari yargı uygulamasında ortaya çıkmadığı; Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarının gereğinin hem özel hem de genel bağlamda yerine getirilmesi noktasında bir direnç sergilemediği görülmektedir. Nitekim incelenen usul kurallarına ilişkin yapılan başvurulara yönelik olarak ihlal ile birlikte yeniden yargılama yapılmasına karar verilen hâllerde, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlal ve sonuçları, yapılan yeniden yargılamada idari yargı organları tarafından ortadan kaldırılmakta ve başkaca bir usul eksikliği de bulunmuyorsa uyuşmazlıkların esası incelenerek karara bağlanmaktadır. Çoğunlukla da bu giderimin mümkün olduğunca hızlı yerine getirilmesine özen gösterildiği tespit edilmiştir. Bu veriler, bireysel başvuru kararlarının idari yargı kararları üzerindeki doğrudan etkisini göstermektedir. Danıştayın söz konusu usul kurallarına ilişkin vermiş olduğu kararlarda, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolu kapsamında vermiş olduğu kararlara atıf yapması da bireysel başvuru üzerine verilen kararların idari yargı kararları üzerindeki dolaylı etkisini ortaya koymaktadır. Bu atıflar, kimi zaman Danıştayın yerleşik uygulamasında yer alan hukuki gerekçeyi kuvvetlendirmek için kullanılmış, kimi zaman da yeni hukuki yorumlara sebep olmuştur. İdari yargı mercilerinin bu tutumu, bireysel başvuru yolunun amacı ve işlevi bakımından da büyük önem taşımaktadır<sup>96</sup>.

Tüm bu teorik açıklamalar ve uygulama örnekleri ışığında Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararının benzer uyuşmazlıklara uygulanmaması durumunda, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı vereceği gerçeği ve idari yargı uygulaması, ihlal kararlarının objektif etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla teoride belirtilen bireysel başvuru kararlarının objektif etkisine ilişkin beklentinin idari

---

<sup>96</sup> Atay, A. (2021). s. 196.

yargı uygulamasında büyük ölçüde karşılandığı söylenebilir. Kuşkusuz özgürlükler lehine yorum ilkesinin uygulamada hâlâ tam anlamıyla yer etmediği bilinen bir gerçek ise de Danıştayın Anayasa Mahkemesi ile olan iş birliği ilişkisi takdire ve dikkate değerdir.

## SONUÇ

Bireysel başvuru, kamu gücü tarafından bireysel başvuru kapsamındaki haklarından biri ihlal edilen kişilerin bu ihlalin tespitini ve giderilmesini talep edecekleri özel, istisnai ve ikincil bir hak arama yoludur. Bireysel başvurunun kapsamını, Anayasa ve AİHS tarafından ortak koruma alanında yer alan temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ilk olarak kabul edilebilirlik yönünden incelenir. Kabul edilebilir bulunan başvuruların esas incelemesine geçilir. Esas inceleme sonunda başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiğinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu hâllerde yeniden yargılamaya, ayrıca aralarında tazminata hükmetme ve ihlalin kanun hükmünden kaynaklanması durumunda keyfiyetin takdiri için Türkiye Büyük Millet Meclisine çağrıda bulunulması dâhil olmak üzere çok farklı giderimlere karar verilebilir.

Anayasa'nın 153/1 maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına karşı herhangi bir kanun yolu öngörülmediğinden şeklî anlamda, kararlarının uyulması zorunluluğu yönünden maddi anlamda kesin olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin verdiği ihlal kararları Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca bağlayıcıdır. Kararların bağlayıcı olması kesin hüküm etkisinin doğal sonucu olarak kararın gereklerinin yerine getirilmesini ifade etmektedir. Bireysel başvuru incelemesi neticesinde verilen ihlal kararlarının başvurucu ve ihlale sebebiyet veren kamu makamı yönünden bağlayıcılığı noktasında duraksama bulunmamaktadır. Bireysel başvuru kararlarında ortaya çıkan asıl sorun, ihlal kararının sadece başvurunun tarafı olan kişi ve kurumlar açısından mı bağlayıcı olduğu, yoksa benzer tüm davalarda da bu kararlara uyulması mı gerektiği konusudur.



Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi üzerine verdiği ihlal kararının ve gerekçesinin başvuru ve ihlale sebebiyet veren kamu makamu yönünden bağlayıcı olması, anılan kararın subjektif (*inter partes*) etkisinin sonucudur. Subjektif etkinin meydana gelebilmesi için ihlal kararının gereklerinin muhatapları tarafından gecikmeksizin yerine getirilmesi gerekir. Zira bu durum mahkemeye erişim hakkının gereğidir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararlarının subjektif etkisi, anılan kararların hukuki sonuç doğurmasına bağlıdır. Bireysel başvuru kararları tebliğ edildiği anda hukuki sonuç doğurur. Bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararının ve gerekçesinin subjektif etkisi yönünden idari yargı uygulamasında herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. İdari yargı uygulamasında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı sonrasında derece mahkemelerinin yeniden yargılama yaparak verdiği karar, ihlal kararının gereğinin yerine getirilip getirilmediği yönünden incelenir. Uygulamada, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gerekçesi dikkate alınarak yeniden yargılama yapılır. Öte yandan uygulamada, yeniden yargılama sırasında ihlal kararının gerekleri yerine getirilirken uyuşmazlığın niteliğine göre ilgili hukuk dalının ilkelerine göre karar verilmektedir.

Bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olmasına, diğer bir ifadeyle sadece başvuran açısından değil benzer durumda olanlara da uygulanmasına objektif etki (*erga omnes*) denir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin hak ihlali kararının objektif bir etkisinin olup olmadığı tartışma konusudur. Öncelikle Anayasa Mahkemesinin yorum tekeli yetkisini haiz olduğu görüşüyle bireysel başvuru kararlarının objektif etkisinin varlığı düşüncesinin hatalı olduğu söylenebilir. Pozitif hukuk dayanağı olmadığı için de bu konuda ifade edilen görüşler esasen olanı değil olması gerekeni ifade etmiştir. Bireysel başvuru kararlarının objektif etkisinin pozitif dayanağının olmaması, ihlal kararlarının benzer konularda dikkate alınmayacağı anlama gelmez. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının benzer olaylara etkisi bakımından *açıklayıcı, yol gösterici ve ışık tutucu* olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının diğer yargı makamları tarafından benzer uyuşmazlıklarda dikkate alınması; en başta temel hak ve özgürlüklerin korunması, Anayasa Mahkemesinin iş yükü altında ezilmemesi ve başvuruları makul sürede karara bağlaması açısından da son derece mühimdir.

İdari yargı uygulamasında Anayasa Mahkemesi kararlarının takip edildiği ve objektif etki kapsamında benzer uyuşmazlıklara dikkatli bir biçimde uygulandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararının benzer uyuşmazlıklara uygulanmaması durumunda Anayasa Mahkemesinin ihlal vereceği gerçeği ve idari yargı uygulaması, ihlal kararlarının objektif etkiye sahip olduğunu göstermektedir.



## KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ANAYURT, Ömer (2018). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ARMAĞAN, Servet (1971). "Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.5, S.7, ss. 53-75.
- ARSLAN, Zühtü (2008). "Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan - C. II (Anayasa Hukuku)*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 59-89.
- ATAY, Abdullah (2021). *Bireysel Başvuru Kararlarının İdari Yargıda Usûl Kurallarının Yorumuna Etkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BİRTANE, Şermin (2019). *Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi.
- ÇELEBİ GÖZTEPE, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, ss. 93-118.
- DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Ankara: Yüksek Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi.
- DÖNER, Ayhan (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan - C. II (Anayasa Hukuku)*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 215-233.
- DURAN, Lütfi (1984). "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 3, ss. 3-27.
- ERDOĞAN, Mustafa (2002). *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖREN, Zafer (2015). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZTEPE, Ece (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2008). “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan - C. II (Anayasa Hukuku)*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 365-398.
- İNCEOĞLU, Sibel (2007). *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- İYİMAYA, Ahmet (2007). *Siyaset Hukuku Sorunları*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2007). *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi.
- KAHRAMAN, Mehmet, ŞAHİN, Muhammed (2019). “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 2, ss. 37-61.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KARAN, Ulaş (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KURU, Baki (1983). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammed (2019). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SABUNCU, Yavuz (1982). “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 3-4, ss. 139-152.
- SAĞLAM, Fazıl (1996). “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, *Anayasa Yargısı*, C. 13, ss. 43-76.
- ŞEKER, Gülseven (2021). “Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, ss. 659-693.

- ŞİRİN, Tolga (2013). *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ŞİRİN, Tolga (2015). *Anayasa Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.
- TEZİÇ, Erdoğan (1990). “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, *Anayasa Yargısı*, C. 7, ss. 29-46.
- TUNÇ, Yaşar (2010). “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bakış”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 47, ss. 29-40.
- YILDIRIM, Turan (1993). “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, ss. 69-80.

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

- Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 46113/99, 31.12.2010.
- Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30.4.2013.
- Vučković ve Diğerleri/Sırbistan*, B. No: 17443/11, 25.3.2014.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- Ahmet Yıldırım*, B. No: 2012/144, 2.10.2013.
- Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013.
- Savaş Çetinkaya*, B. No: 2012/1303, 21/11/2013.
- Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014.
- Cahit Tekin*, B. No: 2013/2744, 16/7/2014.
- Şener Berçin*, B. No: 2013/5516, 22/1/2015.
- Meral Eşkili*, B. No: 2013/7586, 4/11/2015.
- Özden Sayar ve Deren Dilara Sayar*, B. No: 2013/4022, 13/4/2016.
- K.V. [GK]*, B. No: 2014/2293, 1/12/2016.

*Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/07/2017.

*Gürkan Kaçar ve diğerleri*, B. No: 2014/11855, 13/9/2017.

*Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017.

*Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018.

*Birleşik Metal İşçileri Sendikası*, B. No: 2015/14862, 9/5/2018.

*Mehmet Doğan*, [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018.

*Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri*, B. No: 2014/14359, 25/12/2018.

*Arbay Petrol Gıda Turizm Taşımacılık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve Arbay Turizm Taşımacılık İthalat İhracat İnşaat ve Organizasyon Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2015/15100, 27/2/2019.

*Ahmet Şimşek*, B. No: 2016/14854, 6/3/2019.

*Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

*Burcu Özşahin ve diğerleri*, B. No: 2015/3497, 4/7/2019.

*Kemal Çakır ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/13846, 5/3/2020.

*Bilnam İşletmecilik ve Ticaret A.Ş.*, B. No:2016/3675, 03/11/2020.

*Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

*Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

*Hüseyin Santalu*, B. No: 2018/24701, 16/6/2021.

### **Danıştay Kararları**

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 20/1/2016 tarihli ve E.2016/23, K.2016/60 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 19/01/2022 tarihli ve E.2020/853, K.2022/17 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 22/3/2018 tarihli ve E.2018/878, K.2018/1225 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 14/11/2018 tarihli ve E.2017/1003, K.2018/3493 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 22/1/2019 tarihli ve E.2016/1119, K.2019/793 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 26/6/2019 tarihli ve E.2019/10359, K.2019/6510 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 1/7/2019 tarihli ve E.2015/294, K.2019/5203 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 30/9/2020 tarihli ve E.2019/2846, K.2020/3388 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 30/9/2020 tarihli ve E.2019/2965, K.2020/3387 sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 8/3/2021 tarihli ve E.2020/244, K.2021/429 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 23/3/2021 tarihli ve E.2021/400, K.2021/1287 sayılı kararı.

Danıştay Altıncı Dairesinin 25/5/2021 tarihli ve E.2021/1870, K.2021/6707 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 26/5/2021 tarihli ve E.2016/2130, K.2021/2679 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 8/6/2021 tarihli ve E.2020/70, K.2021/3703 sayılı kararı.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 10/6/2021 tarihli ve E.2021/2123, K.2021/2172 sayılı kararı.

Danıştay Altıncı Dairesinin 23/6/2021 tarihli ve E.2021/965, K.2021/8784 sayılı kararı.

Danıştay Dördüncü Dairesinin 24/6/2021 tarihli ve E.2016/6555, K.2021/3565 sayılı kararı.

Danıştay Altıncı Dairesinin 1/7/2021 tarihli ve E.2021/3708, K.2021/9221 sayılı kararı.





## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK PENCERESİNDEN “DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMA DOKTRİNİ” VE YANSIMALARI

*The Doctrine of “Not to Act as a Court of Fourth Instance” from the  
Perspective of European Court of Human Rights and Comparative Law and Its  
Repercussions*

Özgür DUMAN\*

### ÖZ

Anayasa şikâyeti veya bireysel başvuru olarak bilinen olağanüstü hukuk yolunun amacı, temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamaktır. Özellikle yargı kararlarına karşı da anayasa şikâyeti veya bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Bu ise söz konusu başvuruları incelemekle görevli anayasa mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bireysel başvuru kapsamındaki yetki ve görevinin sınırlarının belirginleştirmesini gerektirmektedir. Nitekim bireysel başvuru sisteminin kabul edildiği ülkelerde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında, bireysel başvuru kapsamındaki yargı yetkisinin sınırlarını belirleyebilmek amacıyla “Dördüncü Derece Olmama” doktrini genel olarak kabul edilmiştir. Buna göre bir taraftan bireysel başvuru kapsamındaki inceleme, kanun yolu kapsamında gözetilmesi gereken hususların incelendiği bir dördüncü derece mercii denetimi değildir. Diğer taraftan ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin müdahalelerde Anayasa’da yer alan güvence ve sınırlama ölçütlerinin uygulanması da bir dördüncü derece mercii denetimi anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda, bireysel başvuru kapsamına giren temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği konusunda Anayasa’da öngörülen güvenceler dikkate alınarak yapılacak herhangi bir inceleme, “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar” olarak değerlendirilemez.

\* Anayasa Mahkemesi Bölümler Başraportörü, ozgur.duman@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0001-7251-2257.

Ayrıca özellikle aslında usuli güvenceler sağladığı kabul edilen adil yargılanma hakkı kapsamında dördüncü derece olup olmama çizgisi iyice muğlaklaşmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk örnekleri ve AİHM uygulamasına koştur olarak Türk Anayasa Mahkemesi de "açıkça keyfi" veya "bariz takdir hatası" içermedikçe olağan mahkemelerin delilleri değerlendirme ve hukuk kurallarını yorumlama yetkisine müdahale edemeyeceğini sıklıkla belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin son kararlarında da "usul güvencelerini anlamsızlaştırma" formülü uygulanarak adil yargılanma hakkı bağlamında "keyfilik" ölçütünün açıklığa kavuşturulduğu gözlemlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Dördüncü derece, keyfilik, bariz takdir hatası, usul güvencelerini anlamsızlaştırma, adaletin hiçe sayılması.



## ABSTRACT

The purpose of the extraordinary legal remedy known as constitutional complaint or individual application is to ensure the protection of fundamental rights and freedoms. Constitutional complaints or individual applications can also be lodged against judicial decisions in this context. This requires the constitutional courts and the European Court of Human Rights (ECtHR), which are tasked with examining the individual applications, to clarify the limits of their powers and duties within the scope of individual application. In this respect, in the countries adopting the individual application system and in the application of the European Convention on Human Rights, the doctrine of “*Not to Act as a Court of Fourth Instance*” has been generally recognized in order to determine the limits of the jurisdiction within the scope of this extraordinary legal remedy. Accordingly, on the one hand, the review within the scope of the individual application is not a fourth-instance judicial review whereby the issues that should be considered within the scope of the ordinary legal remedy are examined. On the other hand, the assessments of the safeguards and restriction criteria provided for in the Constitution in cases where there is an interference with fundamental rights and freedoms should not necessarily be considered as a fourth-instance judicial review. In this respect, any examination to be made, by taking into account the safeguards provided for in the Constitution, as to whether the fundamental rights and freedoms falling into the scope of individual application have been violated cannot be regarded as “*an assessment of an issue to be considered in appellate review*”. In addition, under the right to a fair trial, which is accepted to provide procedural guarantees, the issue of whether to be characterised as a fourth instance becomes vaguer. Similar to the comparative law and the ECtHR practice, the Turkish Constitutional Court frequently states that it is not for the Court to review the lawfulness of the assessments made, and the conclusions reached, by ordinary courts unless these findings and conclusions involve “*a manifest error of judgment*” or “*manifest arbitrariness*”. In this context, it has been observed that the criterion of “*arbitrariness*” in the context of the right to a fair trial has been clarified through the application of the formula “*rendering the procedural safeguards meaningless*” in the recent judgments of the Constitutional Court.

**Keywords:** Fourth instance, arbitrariness, manifest error of judgment, rendering the procedural safeguards meaningless, denial of justice.

## GİRİŞ

Anayasa şikâyeti veya ülkemizde bilinen adıyla bireysel başvuru yolu, çağdaş anlamıyla görece yeni bir olağanüstü başvuru yoludur. Başvuruların pek çoğu da olağan kanun yollarından geçerek kesinleşmiş yargısal kararlara ilişkindir. Çoğunlukla iki veya üç dereceli olağan kanun yollarının tüketilmesiyle nihai hâle gelen yargı kararlarının, ayrıca böyle bir olağanüstü yola konu edilebilmesi özellikle olağan yargı mercileri nezdinde gerilimli bir alan oluşturmaktadır. Hâlbuki bireysel başvuru veya anayasa şikâyeti yolunun başlıca amacı temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunmasını sağlamaktır<sup>1</sup>. Bu amaç çerçevesinde yapılacak incelemenin kapsamının ve niteliğinin anlaşılması bu gerilimi önemli ölçüde azaltacaktır. Bu doğrultuda konuya hem uluslararası hukuk hem de karşılaştırmalı hukuk penceresinden bakılması yararlı olacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi ile demokrasi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması amaçlarıyla<sup>2</sup> Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanarak yürürlüğe konulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS veya Sözleşme) etkili bir şekilde uygulanması için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir. AİHM doktrinde "*dünyanın en gelişmiş uluslararası medeni ve siyasi özgürlükleri koruma sisteminin tacındaki mücevher*"<sup>3</sup> olarak görüldüğü gibi Mahkemenin kendi ifadesiyle de Sözleşme "*Avrupa*

---

<sup>1</sup> Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde iki amaçtan söz edilmektedir: i. AİHM nezdinde Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma sağlanması, ii. İyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulmasıyla, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartların yükseltilmesi. Anayasa koyucunun ifadesine göre: "*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 değişiklikle, 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.*" (Kanun teklifi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=82348&pkunnumarasi=5982> Erişim Tarihi: 21/4/2022).

<sup>2</sup> Sözleşme'nin dayandığı bu ilkeler için bkz. *Başlangıç (preamble)* bölümü, Sözleşme Metni için bkz. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

<sup>3</sup> Helfer, L. R. (2008). "Redesigning the European Court of Human Right: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1, s. 125; Bakırcı, H. (2018). "Case Management: European Court of Human Rights (ECtHR)", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Modül: *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, [https://opil.ouplaw.com/browse?access=all&ct=d11f54ab-124c-4ae6-a6c9-fdfd9b8f0ee9&level=all&pageSize=20&sort=title&sb\\_0=43d6d9dc-b960-436d-995c-b25c0e63f9a0](https://opil.ouplaw.com/browse?access=all&ct=d11f54ab-124c-4ae6-a6c9-fdfd9b8f0ee9&level=all&pageSize=20&sort=title&sb_0=43d6d9dc-b960-436d-995c-b25c0e63f9a0) (Erişim Tarihi: 21/4/2022).

kamu düzeninin anayasal bir aracı"dır<sup>4</sup>. Mahkeme bununla birlikte bir anlamda "başarisının kurbanı"<sup>5</sup> olmuş ve her yıl giderek daha fazla sayıda başvuru yapılmaya başlanmıştır<sup>6</sup>. Sadece 2021 yılında 32.961 başvuru kabul edilemez bulunmuş veya düşürülmüştür<sup>7</sup>. Bu başvuruların büyük bir çoğunluğunun ise Mahkemenin işlevi ve fonksiyonunun yanlış anlaşılması sebebiyle temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalelerin Sözleşme'ye uygunluğunun denetlenmesinden ziyade ulusal mahkemelerin kararlarının hukuki olarak denetlenmesi için yapılan başvurular olduğu söylenebilir. Ancak Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında da görüldüğü üzere ve Mahkemenin içtihadında da sıklıkla yinelenildiği gibi AİHM, ulusal mahkeme kararlarının hukukiliğinin denetlendiği bir *dördüncü derece* mercii değildir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu getirilirken özellikle AİHM önündeki Türkiye aleyhine olan başvuru ile ihlal sayılarının azaltılmasının amaçlandığı belirtilmektedir<sup>8</sup>. Bu çerçevede bireysel başvuruların yapılmaya başlandığı 2012 yılından bugüne başvuru sayısı giderek artmaktadır. Başvuru sayısının artışında pek çok etken sıralanabilmekle birlikte bu yolun anlamı, mahiyeti ve kapsamının tam olarak anlaşılabilmesi da artışa yol açan önemli bir unsur olarak göze çarpmaktadır. Nitekim başvurucuların temyiz denetimi yapılmasını ister şekilde yaptığı çok sayıda başvuru Anayasa Mahkemesince "kanun yolu şikâyeti" olarak görülerek açıkça dayanaktan yoksun bulunmaktadır<sup>9</sup>. Buna karşın ironik bir biçimde gerek doktrinde gerekse yargı uygulamasında bireysel başvuru kararlarıyla temyiz denetimi yapıldığı yönünde kimi

<sup>4</sup> *Al-Dulimi ve Montana Management Inc/İsviçre*, B. No: 5809/08, 21/6/2016, § 145.

<sup>5</sup> AİHM Eski Başkanı Luzius Wildhaber'in konuşmasına atıfla bkz. Bakırcı, H. (2018). s. 1.

<sup>6</sup> 28/2/2022 tarihi itibarıyla AİHM önünde incelenmekte olan başvuru sayısı 72.550'dir. Bu istatistikler için bkz. [https://echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_month\\_2022\\_BIL.PDF](https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2022_BIL.PDF) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

<sup>7</sup> Bu istatistikler için bkz. [https://echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2021\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2021_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

<sup>8</sup> Anayasa koyucununun gerekçesi aynen şöyledir: "... bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığı 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 ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir (Kanun teklifi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=82348&pkanunnumarasi=5982> (Erişim Tarihi: 21/4/2022)).

<sup>9</sup> Mahkemenin karara bağladığı başvuruların yüzde 86'sı kabul edilemezlikle sonuçlanmıştır. [https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb\\_2022-1\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb_2022-1_tr.pdf) (Erişim Tarihi: 21/4/2022).

eleştirilerin de getirildiği görülebilmektedir. Bu sebeple, önemi dikkate alınarak *dördüncü derece olmama doktrini* olarak nitelendirebileceğimiz kavram üzerine bir çalışma yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu kavram genel olarak "*dördüncü derece doktrini*" şeklinde kabul edilmişse<sup>10</sup> de kanaatimizce bireysel başvuru kapsamında dördüncü derece incelemesi yapılmamasını ifade eden bu kavramı "*dördüncü derece olmama doktrini*" şeklinde adlandırmak daha uygun olacağından bu terminoloji tercih edilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde Almanya ve İspanya örnekleri esas alınarak karşılaştırmalı hukukta bu doktrinin gelişimi ve temelleri ele alınmıştır. Ülkemizde bireysel başvuru sistemi kabul edilirken özellikle bu ülkelerdeki uygulamaların emsal alınması nedeniyle bu ülkeler tercih edilmiştir. İkinci bölümde ise doktrinin Avrupa Konseyi sisteminde ortaya çıkışı ve uygulanış biçimi tartışılmıştır. Üçüncü bölümde de kuralın Türk Anayasa Mahkemesi yönünden bireysel başvuru kapsamındaki etki ve yansımaları açıklanmıştır. Nihayet çalışmanın sonuç bölümünde varılan sonuçlar izah edilmiştir.

## **I. BAZI KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÖRNEKLERİYLE DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMA DOKTRİNİNİN GELİŞİMİ VE TEMELLERİ**

### **A. FEDERAL ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMASI**

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi daha ilk kararlarından itibaren anayasa şikâyeti anlamında yargısal yetkisinin sınırlarını ortaya koymuştur. Bu bağlamda, ilk defa *Elfes* kararı<sup>11</sup> ile birlikte "*Heck Formülü*" adı verilen bir usulü uygulamıştır. Karara konu olayda, Almanya'nın siyasal tarafsızlığını savunan ve silahsızlanma propagandası yapan bir siyasetçi ve yazar olan Hristiyan Demokrat Parti üyesi *Elfes*'in pasaportunun yenilenmesi talebi idare tarafından 1953 yılında Pasaport Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca reddedilmiştir. *Elfes*'in Viyana'da katıldığı bir kongrede Almanya'nın birleşmesi için bir deklarasyon

---

<sup>10</sup> Bu kullanım için bkz. Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. ve Buckley, C. (2018). Law of the European Convention on Human Rights, Oxford: Oxford University Press, s. 18.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesinin eski bir üyesi olan Karl Heck'in adını taşıyan ve diğer yargı organlarının kararlarıyla ilgili anayasa şikâyeti kapsamındaki yetkisinin sınırlarını belirten bu formülün uygulanmasına ilişkin olarak bkz. FAYM, 1 BvR 253/56, 16/1/1957 (Kunig, P. ve Sözüer, A. (Der.) 2020. Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 29 vd.).

okuması ve daha sonra çeşitli şehirlerde benzer etkinliklere katılarak millî güvenliği ve ülkenin önemli çıkarlarını tehdit etmesi bu işlemin gerekçesi olarak gösterilmiştir. Mahkeme, anayasa şikâyetine konu bir mahkeme kararını bütün kapsamıyla değil yalnızca spesifik olarak anayasa hukuku bağlamında bir ihlalin olup olmadığıyla sınırlı olarak denetleyeceğini açıklamıştır. Buna göre bu ilke doğrultusunda ilgili idari veya yargısal kararlardaki bütün değerlendirmelerin anayasa hukuku açısından doğru olup olmadığının tartışılmasına da gerek olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme bu ilkeler ışığında olayı incelediğinde “denetimine çizdiği sınırlar dahilinde” Federal İdare Mahkemesinin kendi tespit ettiği yorum ilkeleri ile çelişki içinde olmadığı gibi ihlal edildiği iddia edilen diğer anayasa hükümlerini de ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

*Heck formülü* daha sonra yine temel kararlardan biri olan *Patent* kararında<sup>12</sup> da uygulanmıştır. Mülkiyet hakkı ile ilgili bu başvuruda mahkemelerin kanun hükümlerinin yorumlanması ve uygulamasında, özellikle de genel hükümler yönünden, anayasal ölçü normlarını dikkate almaları gerektiği vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre bir mahkeme bu ölçü normlarını hesaba katmadığı takdirde bir devlet erki olarak anayasa normlarını ihlal etmiş olur. Bu sebeple böyle bir yargısal karar Anayasa Mahkemesince yapılan bir anayasa şikâyeti üzerine ortadan kaldırılmalıdır. Mahkeme bununla birlikte yargı kararlarının sırf hatalı olduğu gerekçesiyle anayasa şikâyeti bağlamında sınırsız bir biçimde denetlenmesinin kendi görevi ve bu şikâyet usulünün anlamı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Yargılama usulü, olay ve olguların tespiti ile değerlendirilmesi, ilgili kuralların yorumu ve uygulanmasının genel yetkili mahkemelerin görevinde olduğu ve Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi sadece mahkemelerce spesifik bir anayasal hak ihlal edilirse anayasa şikâyeti üzerine müdahale edebilecektir.

Anayasa Mahkemesi genel mahkemelerce verilen bir kararın objektif olarak hatalı olmasının anayasa hukukunu ihlal ettiği anlamına gelmediğini, ihlal olabilmesi için kararın doğrudan doğruya temel haklara aykırı olması gerektiği yönündeki ilkesini yinelemiştir. Mahkeme; müdahale sınırlarının her durumda genel olarak açıkça çizilemeyeceğini, hâkime somut olayın özel koşullarını dikkate alabileceği belirli bir takdir

---

<sup>12</sup> FAYM, 1 BvR 37/63, 10/6/1964.

alanı bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bundan sonra şu önemli tespiti yapmıştır: “bir temel hakkın anlamı ve özellikle bu hakkın koruma alanının kapsamı ile somut olayda maddi anlamının ağırlığı konusunda ilkesel olarak yanlış bir görüşe dayanan bir yorum hatası görülebilir olmadıkça, mahkemelerce genel hukuk kurallarına göre verilen kararların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemez.” Bu bağlamda, genel hukuk kurallarının mahkemelerce uygulanarak bir sonuca varılması hâlinde, söz konusu kararın hakkaniyeti hususunda şüphe olsa bile bir anayasaya aykırılık olmayacağı belirtilmiştir<sup>13</sup>. Diğer bir deyişle yargı kararının Anayasa ile güvence altına alınmış bir temel hakka aykırı olması belirleyici görülmüştür. Buna göre bir mahkeme kararı ancak Anayasa ile belirlenen sınırları ihlal ettiği takdirde anayasa şikâyetine konu olabilir. Özetle Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre bir mahkeme kararı temel haklarla korunan güvenceleri daralttığı ölçüde anayasal denetim de o oranda ayrıntılı ve etraflı olmak zorundadır<sup>14</sup>.

Mahkeme yukarıda değinilen içtihadının ardından doktrinde bilinen adıyla *Schumann* formülünü uygulamıştır<sup>15</sup>. Bu formüle göre anayasa şikâyetine konu olan mahkeme kararları kanun normu gibi ele alınmalı ve norm denetimi çerçevesinde kanunların anayasaya uygunluğu nasıl denetleniyor ise mahkeme kararları da böyle denetlenmelidir<sup>16</sup>. Diğer bir deyişle, eğer bir mahkemenin kararı kanun normu gibi ele alınarak denetim yapıldığında Anayasa’ya uygunsuzsa bu karar da Anayasa’ya uygundur; aksi takdirde ise karar Anayasa’yı ihlal etmektedir<sup>17</sup>.

Diğer taraftan, bir temel hak ve özgürlüğü doğrudan ilgilendiren başvurulardaki yorum ve uygulama sorunları bu şekilde çözülebilmekle birlikte herhangi bir hukuk kuralının olağan mahkemelerce açıkça keyfî bir biçimde yorumlanmasının da anayasa şikâyetine konu olabileceği kabul edilmiştir<sup>18</sup>. Bu gibi yargı kararlarının Anayasa’da öngörülen

---

<sup>13</sup> Gören, Z. (1997). “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *Anayasa Yargısı*, C. 11, s. 124.

<sup>14</sup> a.g.e. s. 124.

<sup>15</sup> Reiner, A. (2006). “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Kararları ve Olağan Mahkemeler için Bağlayıcı Etkisi”, *Anayasa Mahkemesi ile Olağan Mahkemeler Arasındaki İlişkiler Sempozyumu*, Venedik Komisyonu, s. 4 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2006\)047-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2006)047-e), (Erişim Tarihi: 22/4/2022).

<sup>16</sup> FAYM, 1 BvR 848/08, 10/04/2008.

<sup>17</sup> Reiner, A. (2006). s. 4.

<sup>18</sup> Mellinghof, R. (2009). “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı*, C. 26, s. 40.



keyfîlik yasağına aykırı olduğu, mahkemelerin yaptıkları bariz takdir hatalarının anayasa şikâyeti kapsamında zorunlu olarak giderilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>19</sup>. Hukuki hiçbir dayanağı olmayan veya maddi vakıa ile ilgisiz bir yorum veya uygulama hatasının mahkeme eliyle de olsa bireylere dayatılmasının hukuk devletinde kabul edilemeyeceği açıklanmıştır<sup>20</sup>.

Bu kapsamda son olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararında keyfîlik ölçütü yönünden ihlal sonucuna varılan bir anayasa şikâyetine değinmek gerekir<sup>21</sup>. Başvurucu bir Afgan vatandaşıdır. Federal Göçmenlik ve Mültecilik Ofisi başvurusunun sığınma talebini reddetmiştir. Başvurucu bu işleme karşı idare mahkemesinde dava açmıştır. Başvurucu önyargılı olduğu gerekçesiyle hâkimin reddini talep etmiştir. Buna gerekçe olarak ise bu hâkimin 2019 tarihli Almanya Ulusal Demokratik Partisinin açtığı bir davada “İşgali Durdurun: Göçmenlik Öldürür, Direniş Şimdi” sloganının yer aldığı bir seçim posterinin kaldırılması için davada verdiği hüküm gösterilmiştir. Kararın gerekçesinin aşırı sağcıların yaklaşımını doğruladığı, islamofobik bir nitelik taşıdığı ve göçmen karşıtı sosyal iklimi güçlendirdiği ifade edilmiştir. Kararda yer alan “federal bölgenin dışarıdan işgali” ve “istilacı giriş” şeklindeki ifadelere atıfta bulunan başvuru, davasının bu hâkim tarafından incelendiği için reddedileceğinden korkmuştur. İdare mahkemesi başvurusunun bu talebini reddetmiştir.

Başvurucu Alman Anayasası’nın 101/1-2. cümlesinin ihlal edildiğinden yakınmıştır. Anılan cümle şu şekildedir: “Hiç kimse, yasayla tabii olduğu yargıçtan başka bir yargıç önüne çıkarılamaz.” Federal Alman Anayasa Mahkemesi idare mahkemesinin başvurusunun hâkimin reddine yönelik talebini reddetmesinin keyfî olduğu gerekçesiyle Anayasa’yı ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre ikincilik ilkesi böyle bir anayasa şikâyetinin incelenmesini engellemektedir. Başvurusunun davanın sonucunu de beklemesine gerek olmadığı açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi her hatalı kararın anayasa şikâyetine konu olamayacağını, aksi takdirde olağan hukukun uygulanmasının anayasal seviyeye yükseltilmiş olacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre anayasaya aykırılık eşiği, yalnızca söz konusu olağan hukukun hatalı yorumlanması ve

<sup>19</sup> a.g.e. s. 40.

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

<sup>21</sup> FAYM, 2 BvR 890/20, 1/7/2021.

uygulanmasının keyfi olması durumunda aşılabilir. Mahkeme keyfiliği “Anayasa’ya egemen olan ilkelerin makul bir şekilde değerlendirilmesi gerekliliğine aykırı olarak artık anlaşılabilir ve açıkça savunulamaz bir şekilde yorumlama ve uygulama” veya “ilgili Anayasa hükmünün anlam ve kapsamını temelden hatalı değerlendirme” olarak tanımlamıştır. Bu çerçevede yapılan değerlendirmede Anayasa’nın 101/1-2. cümlesinin ancak ilgili keyfi kararın belirleyici olması veya kararın bu maddenin anlam ve kapsamı ile ilgili temel bir yanlış anlamaya dayanması hâlinde ihlal edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, yapılan değerlendirme sonucunda şikâyete konu kararın keyfi olduğu kanaatine vararak Anayasa’yı ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

## **B. İSPANYA ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMASI**

*Amparo* adıyla bilinen İspanya’daki anayasa şikâyeti yolu ile yasama ve yürütme erkinin işlemlerinin yanında yargı organlarının kararlarına karşı da başvuruda bulunulabilmektedir. Buna göre yargısal makamların kararları veya ihmalleri de *amparo* kapsamındaki bir hak ya da özgürlüğe doğrudan ve güncel olarak müdahale edildiği takdirde bireysel başvuruya konu olabilmektedir<sup>22</sup>.

İspanya Anayasa Mahkemesi *amparo* kapsamında yargı yetkisini tartıştığı bir terör suçundan verilen mahkûmiyet kararına ilişkin bir kararında<sup>23</sup>, mahkûmiyet ile ilgili değerlendirme yapma görevinin olağan mahkemelere ait bir görev olduğunu ve bu alandaki anayasal denetimin mahkûmiyet kararı verilmesine neden olan argümanların incelenmesini mümkün kılan gerekçeli karar gerekliliği ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme kararları belirli bir sağlamlık standardı testine tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre yargısal kararların keyfi olmaması veya bariz bir hata içermemesi gerekmektedir. Mahkeme bu testin gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

*“Kanun hükümlerinin anayasal sistemimize yabancı değerleri harekete geçiren değerleri hatırlatan metodolojik yaklaşımla uygulanmasının, ilgili kanun hükmünün rasyonel amacına taban tabana zıt sonuçlara yol açacağı ve bu da taraflar için öngörülemeyen sonuçlar doğuracağı için anayasal açıdan reddedilmesi gerektiği dikkate alınmalıdır.”*

---

<sup>22</sup> Arnwine, S. E. (2003). “İspanya’da Bireysel Başvuru”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, s. 254.

<sup>23</sup> İAYM, 199/2013, 5/12/2013.



Mahkeme söz konusu başvuru yönünden Yargıtay tarafından verilen kararın doğru argümanlar içerdiğini, herhangi bir şekilde mantıksız, keyfî veya açıkça hatalı olarak kabul edilemeyeceğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

İspanya'nın Guatemala Büyükelçiliğinde 1980 yılında 37 kişinin ölümüyle sonuçlanan bir olaya ilişkin olarak İspanya ceza mahkemelerinin yer bakımından yargılama yetkisinin tartışıldığı başka bir kararında<sup>24</sup> Mahkeme bu defa ihlal sonucuna varmıştır. Mahkeme, hukuk kurallarının uygulanmasının genel olarak olağan mahkemelerin görevi olduğunu yinelemiştir. Bununla birlikte, mahkemelerin etkili yargısal korumasından yararlanma hakkının nihai garantörü olarak Anayasa Mahkemesinin, bir yargı kararına temel oluşturan veya esasa ilişkin bir karar verilmesini engelleyen gerekçe ve argümanları incelemekle görevli olduğu açıklanmıştır. Mahkeme bunun hâkimlerin ve mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlama işlevinin yerini almak olmadığını, ilgili gerekçelerin anayasal olarak haklı olup olmadığını belirlemek için yapıldığını belirtmiştir. Mahkemeye göre sadece eksik gerekçe değil keyfî, temelsiz veya anayasal olarak ilgili olan ya da temel hakların herhangi bir kısıtlamasının doğasında bulunan ölçülülük şartını karşılamayan açık bir hatasının sonucu olabilecek bir yorum veya uygulama da *amparo* kapsamında düzeltilbilir.

Başka bir kararda<sup>25</sup> ilgili mahkeme kararının gerekçesinin *keyfi olmadığı*, mantıksal tutarlılık bakımından *mantıksız olmadığı*, uygulanan kuralın anlamının dışında yorumlanmadığı, *açık bir hata içermediği* belirtilmiştir. Kararın sonuç kısmında da hukuk kurallarının yorumunun keyfî olmadığı, açıkça mantıksız olmadığı ve açık bir hata içermediği yinelenmiştir.

Son olarak, İspanya eski Anayasa Mahkemesi Başkanı Baamonde'nin konuşmasından bir bölüme önemi sebebiyle yer verilebilir<sup>26</sup>:

*"Aslına bakılacak olursa, bu çatışma, Anayasa yargısının en temel önermesinin göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır. Anayasa yargısının temelindeki önerme şu şekildedir: 'Anayasa'nın nihai yorumu ve kanunların Anayasa'ya aykırılığı konusunda nihai karar Anayasa*

<sup>24</sup> İAYM, 237/2005, 26/9/2005.

<sup>25</sup> İAYM, 1640/2020, 17/2/2021.

<sup>26</sup> Baamonde, M. E. C. (2009), "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, C. 26, s. 105.

*Mahkemesi'ne aittir'. Kelsen'in başlangıçtaki düşüncesinin aksine, günümüzdeki Avrupa sistemi ve bu sistem içinde yer alan İspanyol Anayasa yargısı sistemi yargıyı Anayasa'nın yorumlanmasıyla yetkili Anayasa yargısı ve kanunların yorumlanmasıyla yetkili olağan yargı şeklinde iki ayrı yapı olarak ele almamaktadır. Bizim sistemimizde, her iki yargı düzeni birbiriyle bağlantılıdır ve bir bütünlük içindedir. Olağan yargı yerleri, kanunları yorumlarken bir anlamda Anayasa'yı uygulamaktadır; Anayasa Mahkemesi de kanunların Anayasa'ya uygunluğu yorumunu belirlemektedir. Bir başka deyişle, gerek Anayasa'nın yorumu, gerekse kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi konusunda Anayasa Mahkemesi yalnız değildir; olağan mahkemeler de yetkilidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tek yorumcu değil, nihai (en üst) yorumcu olarak görülmelidir. En azından, İspanya'da Anayasa ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşuna İlişkin Organik Kanun'la kurulan sistem bunu gerektirmektedir."*

## **II. AİHM KARARLARINDA DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMA DOKTRİNİ**

### **A. SÖZLEŞME'NİN HAZIRLIK ÇALIŞMALARI**

Dördüncü derece olmama doktrini, yargı kararlarının AİHM tarafından nasıl denetleneceği meselesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında da tartışılmıştır<sup>27</sup>.

7 Eylül 1949 tarihinde yapılan toplantıda söz alan Fransız heyetinden Teitgen, oluşturulan mahkemenin Sözleşme'de güvence altına alınan temel haklarla ilgili kararları denetleyeceğini belirtmiştir. Teitgen ayrıca bir yargı kararının ancak bir "*adalet saçmalığı/komedisi*" olması veya temel hakları göz ardı etmesi durumunda bireysel başvuru konusu olabileceğini ifade etmiştir<sup>28</sup>.

8 Eylül 1949 tarihli toplantıda ise Türk heyeti adına söz alan Düşünsel, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce verilen kararların temyiz mahkemelerinin denetiminden geçtikten sonra Avrupa Mahkemesinin denetimine tabi olup olmadığını sormuştur. Düşünsel, mahkemelerin tamamen bağımsız olduğu, siyasi bir güçle bağlantısının olmadığı

---

<sup>27</sup> Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları için bkz. [https://www.echr.coe.int/documents/library\\_travPrep\\_table\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/library_travPrep_table_eng.pdf); Ayrıca bkz. [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTavaux-ART45+49-CDH\(70\)32-BIL2888561.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTavaux-ART45+49-CDH(70)32-BIL2888561.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

<sup>28</sup> Teitgen'in kullandığı tabirler "*travesty of justice*" ve "*parody of justice*" dir.

durumlarda hukuk kurallarının uygulanmasının Avrupa Mahkemesi önünde denetim konusu olmamasını savunmuştur. Fransa heyeti adına söz alan Teitgen, soruyu şöyle özetlemiştir: “*Bir devletin olağan mahkemelerinin temyiz denetimine tabi kararları uluslararası güvence organı önüne götürülebilir mi?*” Teitgen’e sorunun cevabı açıktır. Bir yargısal karar ancak Sözleşme ile öngörülen haklar ve güvenceler ihlal edildiği takdirde bu kolektif koruma mekanizması önüne götürülebilir. Eğer Türk yüksek mahkemesi veya Fransız Yargıtayının herhangi bir kararına karşı sırf hâkim tarafından hukukun veya olguların yanlış uygulandığı gerekçesiyle yapılan bir şikâyet ise kabul edilemez bulunacaktır. Eğer hüküm düzgün bir şekilde oluşturulmuş bir mahkeme tarafından tesis edilmiş ve kişiler ülkelerinde sağlanan normal hukuk yollarını kullanabilmişlerse uluslararası organ bu gibi başvuruları kabul etmeyecektir. Bununla birlikte, temel güvencelere aykırı kararlar verilmesi ve kanunların geriye dönük olarak uygulanması gibi özetle Sözleşme’de yer alan hakların ihlal edilmesi hâlinde ise şikâyetlerin kabul edileceği açıklanmıştır.

Düşünsel cevap olarak bağımsız yasal otoritenin son sözü söylediği hâllerde ayrı bir başvuru yolunun olmaması gerektiğini öne sürmüştür. Düşünsel’e göre eğer mahkemeler adalet anlayışına aykırı oluşturulmuşsa başvuru yolu mümkün olmalıdır. Düşünsel ayrıca her bir ülkenin mahkemeleri ile bir uluslararası mahkeme arasında karışıklık yaratılmaması gerektiğini savunmuştur. Bu bağlamda her ülkenin mahkemelerinin kararlarına saygı gösterilmesi hususunda anlaşıldığı ifade edildiğini belirten Düşünsel, aksi takdirde mahkeme kararlarına karşı aynı anda hem temyiz mercii önünde hem de uluslararası mahkeme önünde başvuru yapılacağını belirtmiştir.

Birleşik Krallık adına söz alan Sir Maxwell-Fyfe, oluşturulan mahkemenin bir temyiz mercii olmadığını açık bir biçimde belirttikten sonra uygulanan hukukun keyfî olduğu, kabul edilen temel hak ve hürriyetlere aykırı olduğu, ulusal mahkemenin tatmin edici bir hüküm vermekten alıkonulduğu durumlarda başvuru yapılabileceğini açıklamıştır. Bu çerçevede, keyfî ve demokratik olmayan kanunların mahkemelerce uygulanması durumunda başvuru yapılabileceği ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Diğer taraftan çalışmalar sırasında Sözleşme’nin 50. maddesinde yer alması öngörülen bir madde şu şekilde formüle edilmiştir: “*Eğer Mahkeme, Yüksek Sözleşmecii Tarafın bir yasal*

## **B. DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMA DOKTRİNİNİN AİHM İÇTİHADINDA TEMELLERİ**

"Dördüncü derece" kavramı Sözleşme'de açık bir biçimde ifade edilmemiştir. Bu kavramı Konsey organları kullanmamaktadır. AİHM dördüncü derece olmama doktrinini daha ilk kararlarından itibaren uygulamaya başlamıştır. Nitekim Komisyonun daha dokuzuncu kararında AİHM yargı kararına karşı yapılan bir başvuruda genel bir formülle Sözleşme ile korunan herhangi bir hakkın ihlal edilmediğini belirtmiştir<sup>30</sup>. 1967 tarihli Belçika Dil Davasında önce Komisyon sonra da Mahkeme, görevinin ikincil niteliğini açıkça zikretmiş, kamu makamlarının hangi tedbirlerin uygulanması gerektiği yönünde takdir yetkisinin bulunduğunu belirttikten sonra Sözleşme kapsamındaki denetimin Sözleşme'ye uygunluk ile sınırlı olduğunu açıklamıştır<sup>31</sup>. *Schenk/İsviçre*<sup>32</sup> başvurusunda Mahkeme, görevinin Sözleşme'nin 19. maddesine göre taraf devletlerce Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere müdahale edilmediği sürece özellikle bir davada ulusal mahkemelerce olguların belirlenmesi ve hukuk kurallarının yorumlanmasında yapılan hatalar ile ilgili bir görevinin olmadığını açıklamıştır. Mahkeme bu başvuruları Sözleşme'nin kabul edilebilirlik koşullarının düzenlendiği 35. maddesi kapsamında açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemez bulmaktadır.

Dahlberg'e göre dördüncü derece olmaktan kaçınmanın iki gerekçesi bulunmaktadır<sup>33</sup>. İlk olarak kaynakların etkin bir biçimde kullanılması zorunluluğuna vurgu yapılmıştır. Diğer bir deyişle uluslararası bir

---

*makamı veya başka bir makamınca alınan bir karar veya tedbirin tamamen veya kısmen mevcut Sözleşmeden doğan yükümlülükler ile çeliştiğini tespit ederse..."* Bununla birlikte Teitgen, Mahkemenin birincil görevlerinin yargısal kararların kontrolü olacağını sanıldığını, ancak bunu oybirliğiyle reddettiklerini, kendi ülkelerinde asıl korktukları şeyin yargısal hatalar olmadığını belirtmiştir. Bu gibi hataların her ülkede olabileceğini, hâkimlerin yanılmaz olmadıklarını ve yargısal hataların istisnai nitelikte olduğunu ifade eden Teitgen, bu yüzden Avrupalıları kendi mahkemelerinin yargısal hatalarından korumayı amaçlamadıklarını, savunma hakkı ve usuli güvenceleri sağlamayı istediklerini, çünkü bu güvencelerin esas itibarıyla bireysel özgürlüklerin ve hakların açık ifadeleri olduklarını belirtmiştir. Bakanlar Komitesinin söz konusu önerisi dolayısıyla kabul edilmemiştir.

<sup>30</sup> *X/Almanya*, B. No: 9/55, 23/9/1955.

<sup>31</sup> *Belçika Eğitiminde Dillerin Kullanımı Davası*, [GK], B. No: 1474/62..., 9/2/1967.

<sup>32</sup> *Schenk/İsviçre*, B. No: 10862/84, 12/7/1988.

<sup>33</sup> Dahlberg, M. (2014), "'It is not its task to act as a Court of fourth instance': the case of the ECtHR", *European Journal of Legal Studies*, C. 7, S. 2, s. 95-96.

mahkemenin böyle bir kanun yolu denetimi yapabilmesi pratik olarak da mümkün değildir. İkincisi ise Strazburg mahkemesinin ulusal mercilerin yerine geçerek karar vermelerinin meşruiyet sorununa yol açacağı belirtilmiştir. AİHM Başkanı Spano bu gerekçelere, doktrinin ulusal yargı mercileri ile Mahkeme arasındaki yetki dağıtımının doğal sonucu olduğuna, bu mercilerin iç hukuku uygulama konusunda daha avantajlı olduğuna ve doktrini sadece keyfî veya açıkça mantıksız kararlar ile sınırlamanın ulusal düzeyde bir hukuk kültürü oluşmasına katkıda bulunduğunu da ilave etmiştir<sup>34</sup>.

### C. DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMANIN SINIRLARI

#### 1. Sözleşme'nin Yorumlanmasının Dördüncü Derece İncelemesi Olmaması ve Keyfilik Ölçütünün Uygulanması

AİHM'nin öteden beri kararlarında yer alan<sup>35</sup> ve nihayet Sözleşme'ye ek 15 No.lu Protokol<sup>36</sup> ile de açıkça kabul edilen ikincilik ilkesine göre temel hak ve hürriyetleri koruma görevi kural olarak ilk elden ulusal makamlara ait bir görevdir. Mahkemeye başvuru mekanizması ikincil bir nitelik taşımakta olduğundan ancak bu görevin ulusal makamlarca yerine getirilememesi hâlinde söz konusu mekanizma devreye girmektedir. AİHM ayrıca Sözleşme'nin "*teorik veya hayali haklardan ziyade, pratik ve etkili hakların güvence altına alınmasını*" amaçladığını belirterek<sup>37</sup> Sözleşme'deki güvence ve sınırlama ölçütlerini nihai olarak denetlemekle yükümlü olduğunu açıklamıştır. Mahkeme Başkanı Spano, AİHM'nin Sözleşme'de yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin ilkeleri zaten ortaya koyduğunu, bundan sonra sistemin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi için süreç temelli bir incelemeye geçilmesi gerektiğini önermiştir<sup>38</sup>. Spano'ya göre ikincilik ilkesine uygun olarak Mahkeme sadece ulusal mahkemelerin Sözleşme ilkelerini uygulayıp uygulamadığını denetlemekle sınırlı bir

<sup>34</sup> Spano, R. (2019). "Arbitrary or manifestly unreasonable": The arbitrariness exception to the fourth instance doctrine under Article 6 of the European Convention on Human Rights, içinde Lemmens, K., Parmentier, S. ve Neyntjens, L., *Human Rights with a Human Touch: Liber amicorum Paul Lemmens*, Cambridge: Intersentia Ltd., s. 523 vd.

<sup>35</sup> *Kudla/Polonya*, B. No: 30210/96, 26/10/2000, § 152.

<sup>36</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_15\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf), Açıklama raporu için ayrıca bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_15\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 26/4/2022).

<sup>37</sup> Bkz. *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 9/10/1979, § 24.

<sup>38</sup> Spano, R. (2018). "The Future of the European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. 18, S. 3, s. 475 vd.

inceleme yapmalı, daha ileri bir değerlendirmeye gitmemelidir<sup>39</sup>. Spano bu yöntemin yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı gibi mutlak hakların usulî yükümlülükleri yönünden de uygulanabileceğini öne sürmüştür<sup>40</sup>.

AIHM sınırlanabilir hak ve özgürlükler yönünden Sözleşme kapsamındaki denetimini her hakkın ilgili olduğu maddede güvence ölçütleri çerçevesinde hukukilik, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük/adil denge ölçütlerine göre yapmaktadır<sup>41</sup>. Bu testlerden özellikle müdahalenin hukuki dayanağının olup olmadığı meselesi ulusal yargı yerleri ile en fazla gerginliğe yol açabilecek hususlardan biridir. Zira hukuk kurallarının yorumu meselesi en çok bu ölçüt yönünden sorunlar çıkarmaktadır. AIHM'ye göre müdahalenin hukukiliği ilk ve en önemli ölçüttür<sup>42</sup>. Mahkeme, müdahalenin hukuki dayanağının iç hukukta mevcut olmasının yeterli olmadığını, buna ek olarak söz konusu hukuki dayanağın belirli bir kalitesinin olması gerektiğini, bu anlamda hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu ve keyfiliğe karşı yeterli güvenceler sağlaması gerektiğini belirtmiştir<sup>43</sup>. AIHM şekli anlamda kanun aramamakla birlikte<sup>44</sup> hukuki dayanağın erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olması gerektiği vurgulamaktadır<sup>45</sup>. Bu çerçevede örneğin yargı kararları arasında içtihat farklılığının bulunması öngörülebilirlik yönünden hukukilik ölçütünü zedeleyebilmektedir<sup>46</sup>. Görüldüğü üzere AIHM, Sözleşme'de yer alan hukukilik ölçütünün karşılanıp karşılanmadığını söz konusu belirli unsurları dikkate alarak değerlendirmektedir. Bu ve diğer ölçütlerin gereklilikleri

---

<sup>39</sup> a.g.e. s. 475 vd. Bu yöntemin ifade hürriyeti ile ilgili bir başvuruda uygulandığı karar için bkz. AIHM, *Amaghlobeli ve diğerleri/Gürcistan*, B. No: 41192/11, 20/5/2021: "*Mahkeme'ye göre ulusal mahkemelerce mesele dikkatle ve AIHM'nin içtihadına uygun olarak incelenmiş olup kararlarında da yeterli gerekçeler bulunmaktadır. Bu sebeple Mahkeme, ulusal mahkemelerin değerlendirmesini değiştirebilmek için güçlü bir neden görmediğini açıklamıştır.*". Kararın geniş analizi için bkz. Duman, Ö. (2021). "Amaghlobeli ve Diğerleri / Gürcistan Kararı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında 'Sorumlu Gazetecilik' Kavramı", *Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı İnsan Hakları Dergisi*, S. 8, s. 20-29.

<sup>40</sup> Spano, R. (2018). s. 484.

<sup>41</sup> Sözleşme kapsamındaki denetimin ayrıntıları bu çalışmanın boyutunu aştığından ilgili temel hak ve özgürlüklerin denetimi ile ilgili rehberler için bkz. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c> (Erişim Tarihi: 19/4/2022).

<sup>42</sup> *Kurban/Türkiye*, B. No: 75414/10, 24/11/2020, § 76.

<sup>43</sup> *Yel ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 28241/18, 13/7/2021, § 89.

<sup>44</sup> *Špaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti*, B. No: 26449/95, 9/11/1999, § 40-61.

<sup>45</sup> *Hentrich/Fransa*, B. No: 13616/88, 22/9/1994, § 42.

<sup>46</sup> *Molla Salı/Yunanistan* [BD], B. No: 20452/14, 19/12/2018, § 153.

doğrudan Sözleşme'den kaynaklanmakta olup bunların karşılanıp karşılanmadığı meselesi ise bir dördüncü derece mercii incelemesi olarak görülmektedir. Yine sınırlanabilir haklar yönünden ilgili Sözleşme maddesindeki güvenceler çerçevesinde yapılan denetim de AİHM'nin Sözleşme'nin yorumu ve uygulanması alanındaki görevi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>47</sup>.

AİHM kararlarında hukuk kurallarının yorumlanması veya delillerin değerlendirilmesinin -kural olarak- ulusal mahkemelere ait bir görev olduğu belirtilmektedir<sup>48</sup>. Bunun tek istisnası ise bu kuralların yorumlanmasında ve delillerin değerlendirilmesinde *keyfi* veya *açıkça mantıksız kararlar* verilmesidir<sup>49</sup>. Mahkeme bu incelemeyi özellikle hukuk kurallarının yorumu bakımından Sözleşme'nin ilgili maddelerinde yer alan "*hukukilik*" veya "*hukuka uygunluk*" ölçütleri çerçevesinde yapmaktadır.

Bu bağlamda, başvuru derneğın Merkezi Seçim Komisyonundan bilgi edinme talebinin reddine dair Sözleşme'nin 10. maddesi ile ilgili *Hukukun Üstünlüğü ve Demokrasi Merkezi/Ukrayna*<sup>50</sup> kararında hukukilik ölçütü bağlamında değerlendirme yapılırken Mahkemenin iç hukuka uygunluğu denetleme yetkisinin sınırlı olduğu, ulusal mahkemelerin iç hukuku yorumlama ve uygulamakla görevli oldukları vurgulanmıştır. Ulusal mahkemelerin yorumlarının keyfî veya açıkça mantıksız olmadıkları sürece, AİHM'nin rolünün ilgili yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını değerlendirme ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. AİHM bu başvuruda mahkemelerin farklı menfaatleri dengelemeye ilişkin yorumlarını demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü yönünden incelemeyi tercih etmiş ve ihlal sonucuna ulaşmıştır. Mülkiyet hakkına ilişkin *Aliyeva ve Diğerleri/Azərbaycan*<sup>51</sup> kararına konu olayda ise kamulaştırılan bir taşınmaz için yerleşik içtihadı rağmen ek yasal tazminat ödenmemesine ilişkin bu başvuruda AİHM, içtihat farklılığının yanı sıra yargı kararları keyfî olduğu için müdahalenin hukukilik ölçütünü karşılamadığına karar vermiştir.

<sup>47</sup> *Al-Dulimi ve Montana Management Inc./İsviçre*, § 145.

<sup>48</sup> *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 83.

<sup>49</sup> *Anheuser-Busch Inc./Portekiz*, § 83.

<sup>50</sup> *Hukukun Üstünlüğü ve Demokrasi Merkezi/Ukrayna*, B. No: 10090/16, 26/3/2020.

<sup>51</sup> *Aliyeva ve Diğerleri/Azərbaycan*, B. No: 66249/16, 66271/16, 75978/16, 77309/16, 77691/16, 10387/17, 52821/17, 21/9/2021.



Spano, keyfilik ölçütünü doktrinin bir istisnası olarak tanımlamış, "keyfi" ve "açıkça mantıksız" unsurlarının Mahkemenin formülasyonuna göre "veya" bağlacı kullanıldığı için kümülatif olarak değerlendirilmediğine vurgu yapmıştır<sup>52</sup>. Spano'ya göre iki unsur arasında semantik anlamda farklılıklar vardır. "Keyfiliğin" her zaman olmasa da öznel olduğunu belirten Spano, karar verme sürecinde karar verenin kötü bir niyetle veya açık kurallara aykırı olarak keyfi karar verdiğini, bu yüzden hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir. "Açıkça mantıksızlık" kavramının ise sonucun kendisi, kapsamı ve doğası ile ilgili olduğu izah edilmiştir. Özetle iç hukukun keyfi yorumunun hiçbir zaman mantıklı kabul edilemeyeceği, bunun aksine açıkça mantıksız bir sonucun ise tanımı gereği keyfi bir karar verme sürecinden kaynaklanmayabileceği ifade edilmiştir<sup>53</sup>.

## **2. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Yaklaşım ve "Adaletin Hiç Sayılması" Ölçütü**

### **a. Temel Kural: Adil Yargılanma Hakkının Bir Sonuç Güvencesi İçermediği**

AİHM içtihadına göre adil yargılanma hakkı bir sonuç güvencesi içermeyip bu sebeple salt ilgili yargı kararının hukuka aykırı olması bir ihlale de yol açmamaktadır. AİHM maddi haklarda yaptığı incelemelerde olduğu gibi maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasının kural olarak ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini belirtmektedir. AİHM'in bu yorumu Sözleşme'nin hazırlık aşamasında yapılan tartışmalar ışığında değerlendirildiğinde Sözleşme'nin amacına da uygun düşmektedir.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek önemli kararlardan biri olan *Garcia Ruiz/İspanya*<sup>54</sup> kararına konu olayda başvuru bir arazinin satın alınmasıyla ilgili çekişmesiz bir işte M.'ye hukuki danışmanlık yaptığını ve M.'nin başvurusunun avantajlı bulunduğu araziye yapılan ihalede satın aldığını belirtmiştir. Başvurucunun danışmanlık ücretini alabilmek için açtığı dava ise reddedilmiştir. Mahkeme başvurusunun gösterdiği tanığa itibar etmemiş ve bir yargısal faaliyette bulunulmadığı için avukatlık

---

<sup>52</sup> Spano, R. (2019). s. 529-530.

<sup>53</sup> a.g.e. s. 530.

<sup>54</sup> *Garcia Ruiz/İspanya* [BD], B. No: 30544/96, 21/10/1999.



ücreti talep edemeyeceğine karar vermiştir. Başvurucunun istinaf talebi ve *amparo* başvurusu da reddedilmiştir. Başvurucu, iddialarına istinaf mahkemesince bir cevap verilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür. AİHM gerekçeli karar hakkına ilişkin ilkelerini sıraladıktan sonra başvurucunun şikâyetinin yerel mahkemeler önündeki yargılamanın sonucu ve delillerin değerlendirmesi ile ilgili olduğunu belirterek görevinin Sözleşme'ye taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülükler uylmasını sağlamak olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme özellikle Sözleşme'de korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece ulusal mahkemelerin olguların değerlendirilmesi veya hukuk kurallarının uygulanması ile ilgili iddia edilen hatalarıyla ilgilenmenin görevi olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre Sözleşme'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına alırken delillerin kabul edilebilirliği veya değerlendirilmesi gerektiği hususlarında herhangi bir kural koymamaktadır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

*Perez/Fransa*<sup>55</sup> kararına konu olayda ise başvuru 31 Temmuz 1995 tarihinde iki çocuğu tarafından saldırıya uğradığı gerekçesiyle jandarma görevlilerine şikâyette bulunmuştur. Sorğu hâkimi bir suç işlendiğine dair yeterli kanıt olmadığı gerekçesiyle kovuşturma yapılmamasına karar vermiştir. AİHM, Sözleşme'nin 6/1. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, yargılamanın taraflarının davalarıyla ilgili her türlü iddia ve savunmalarını sunabilme hakkını içerdiğini belirtmiştir. AİHM'ye göre Sözleşme'nin amacı hakları teorik veya hayali bir biçimde değil pratik ve etkili bir biçimde korumaktır. Bu hakkın, ancak iddia ve savunmaların gerçekten "*dinlenmesi*" yani yargılamayı yapan mahkeme tarafından usulüne uygun olarak değerlendirilmesi hâlinde etkili olarak görülebileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle Sözleşme'nin 6. maddesi, mahkemeleri, taraflarca sunulan iddia, savunma ve kanıtları -ilgili olup olmadığına dair değerlendirme yetkisine hâle getirmeksizin- uygun bir şekilde inceleme görevi yüklemektedir. Ayrıca bu madde, mahkemelere her argüman için ayrıntılı bir cevap verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılacaksa da kararlarını gerekçelendirme zorunluluğu da getirmektedir. Son olarak Mahkemenin, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe bir ulusal mahkemenin hukuk kurallarının yorumlanması veya delillerin değerlendirmesinde hata yaptığı yönündeki

<sup>55</sup> *Perez/Fransa* [BD], B. No: 47287/99, 12/2/2004.

iddiaları inceleme gibi bir görevinin olmadığı açıklanmıştır. Mahkeme bu ilkeler ışığında bakıldığında Sözleşme'nin 6/1. maddesine yönelik bir ihlal bulunmadığını zira başvurunun dayandığı iç hukuktaki ilgili hükümlerin somut olayda açıkça uygulanamaz olduğunu belirtmiştir. AİHM sonuç olarak temyiz kararında da yeterli gerekçe olduğunu tespit ederek Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

## **b. İstisna: Adaleti Hiç Sayacak Ölçüde Keyfî Kararların Sözleşme Denetimi Kapsamında Olduğu**

### *i. Adaletin Hiç Sayılması Ölçütünün Temeli*

Adil yargılanma hakkı ile ilgili temel kararlardan biri olan *Golder/Birleşik Krallık* kararında bu hakkın kapsamı ile ilgili önemli gerekçelere yer verilmiştir. Mahkeme, AİHS hükümlerini Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre yorumlayacağını açıklamıştır. Viyana Sözleşmesi'nde genel yorum kuralları 31. maddede düzenlenmiştir. AİHM Viyana Sözleşmesi'nin 31/c maddesine göre taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir herhangi bir ilgili uluslararası hukuk kuralının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. AİHM'ye göre bu kurallar arasında çağdaş milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri de yer almaktadır. Ayrıca Avrupa Konseyi Danışma Meclisi Hukuk Komitesinin 1950 yılında Mahkemenin görevlerini yerine getirirken mutlaka bu ilkeleri uygulaması gerektiğini öngördüğü ve bu nedenle ayrıca bir madde eklemenin de gereksiz olduğunu değerlendirdiği vurgulanmıştır. AİHM bir davanın hâkim önüne götürülebilmesinin evrensel olarak tanınmış bir ilke olduğunu ve uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak da *adaletin hiçe sayılmasının* yasaklandığını belirtmiştir. Mahkemeye göre Sözleşme'nin 6. maddesi bu ilkeler ışığında okunmalıdır. AİHM bu kararda mahkemeye erişim hakkı yönünden yaptığı değerlendirmede hükümlü olan başvurunun infaz koruma görevlisince kendisine iftira atıldığı iddiasıyla hukuk davası açabilmek için avukatla görüşebilmesinin engellenmesi nedeniyle ihlal sonucuna ulaşmıştır. Bu karar, "*adaletin hiçe sayılması*" kavramının kullanıldığı ilk kararlardan biri olması sebebiyle de dikkati çekmektedir.

### *ii. İhlal Kararları*

*Golder/Birleşik Krallık* kararından bu yana uygulanması gereken genel bir hukuk ilkesi olarak adaletin hiçe sayılmasının yasaklandığını kabul eden AİHM, oldukça istisnai durumlarda, ilk bakışta adil yargılanma

hakkı kapsamındaki bir güvenceyle bağlantılı olmasa bile bu kapsamda ulusal mahkemeler tarafından yapılan hataların aşırı keyfî (*grossly arbitrary*) ve adaleti hiçe sayacak (*denial of justice*) nitelikte olması durumunda adil yargılanma hakkı kapsamında inceleme yapmakta, bu kapsamdaki şikâyetleri dördüncü derece şikâyeti olarak görmemektedir. AİHM'in keyfilik ölçütü çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlaline karar verdiği sayısı son derece azdır. Çalışmanın bu bölümünde bu sebeple az sayıdaki bu kararlara kısaca yer verilecektir.

*Dulaurans/Fransa*<sup>56</sup> kararına konu olayda başvuru bir emlak komisyoncusu ile yaptığı Sözleşme'ye rağmen mülkleri için daha iyi bir fiyattan alıcı bularak satışı gerçekleştirmiştir. Başvurucu aleyhine açılan tazminat davasını ilk derece mahkemesi kabul etmiş, mahkeme başvurusunun 2 Ocak 1970 tarihli Kanun hükümlerine dayalı savunması yönünden herhangi bir gerekçe göstermemiştir. İstinaf talebi reddedilen başvuru temyiz talebinde de bulunmuştur. Fransız Yargıtayı, başvurusunun B.N. ile yapılan sözleşmenin 1970 tarihli Kanun kapsamında kaldığı yönündeki savunmasını ilk defa temyiz aşamasında dile getirdiğini belirtmiştir. AİHM önceki kararlarında olduğu gibi Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakkın, mahkemece tarafların iddia ve savunmalarının gerçekten "dinlendiği" yani davanın özenle incelendiği takdirde etkili korunduğunun kabul edileceğini belirtmiştir. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 6. maddesi, mahkemelere tarafların iddia ve savunmaları ile delillerini -ilgili olduğu müddetçe- etkili bir biçimde inceleme görevi yüklemektedir. AİHM bu sebeple söz konusu koşulun mevcut davada karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmekle görevli olduğunu açıklamıştır. AİHM sonuç olarak Yargıtayın başvurusunun savunmasını ilk defa temyiz önünde dile getirdiği için kabul edilemez olduğuna dair değerlendirmesinin bariz bir takdir hatası olduğu sonucuna varmıştır. AİHM'ye göre Yargıtay başvurusunun Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki adil yargılanma hakkını sağlayamamıştır.

*Khamidov/Rusya*<sup>57</sup> kararına konu olayda 1996 yılı sonlarında -Hükûmetin iddiasına göre 1998 yılı başlarında- başvuru ve ailesi Çeçenistan'da meydana gelen olaylar yüzünden bir köyde bulunan taşınmazlarını terk etmek zorunda kalmış, bu taşınmaza ve üzerindeki

<sup>56</sup> *Dulaurans/Fransa*, B. No: 34553/97, 21/3/2000.

<sup>57</sup> *Khamidov/Rusya*, B. No: 72118/01, 15/11/2007.

yapılara kolluk görevlilerince el atılarak işgal edilmiştir. Başvurucu; askeri makamlar, çeşitli düzeydeki savcılıklar ve diğer icra birimleri ile bölgesel ve federal idari makamlar nezdinde çeşitli başvurularda bulunarak polis birimlerinin tahliyesini talep etmiştir. Çoğunlukla bu taleplere şikâyetlerin başka birimlere aktarıldığı yönünde resmî cevaplar verilmiştir. Başvurucunun tahliye istemiyle açtığı dava ise lehine sonuçlanmış ancak icra memurunun kararı uygulama girişimi polis birimlerince reddedilmiştir. Rusya Parlamentosunda oluşturulan Çeçen Cumhuriyetinde İnsan Haklarının Korunması ile ilgili özel komisyon, İçişleri Bakanlığına polis birimlerinin başvurucunun mülkünü hukuksuz olarak işgal ettiği ve yargı kararına uymadığını bildirmiştir. Nihayet 27 Haziran 2001 tarihinde İçişleri Bakanlığı, Başkanlık Ofisine kararın 14 Şubat 2001 tarihli yargı kararının uygulandığını bildirmiştir. Başvurucu, kendisi ve kardeşi adına Rusya İçişleri Bakanlığı aleyhine tazminat davası açmıştır. Davayı reddeden ilk derece mahkemesi, başvurucunun sunduğu fotoğrafların kendi evleri veya sınai tesislerine ait olduğunu gösteremediğini, İçişleri Bakanlığının kusuruyla mülkün zarar gördüğünün başkaca bir delille de ispat edilemediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre başvuru sahiplerinin mülklerinin İçişleri Bakanlığınca işgal edildiği iddiası asılsızdır. Başvurucu karara karşı yaptığı istinaf talebi de reddedilmiştir.

AİHM başvuru sahiplerinin tapu kaydı ve mülkünün işgal edildiğine dair çok sayıda delili yargılama sırasında sunmuş olduğuna dikkati çekmiş, dava sırasında davalı tarafın ise bu delillere karşı veya bunları çürütmek için ya da başvuru sahiplerinin iddialarının doğruluğunun sorgulanması için herhangi bir savunma yapmadığını tespit etmiştir. AİHM resmî makamlarca imzalanmış, mühürlü bazı belgelerin ilk derece mahkemesince kabul edilmemesinin sürpriz bir sonuç olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ulusal yargı makamlarının delilleri değerlendirerek kabul edilebilir bulma bakımından ayrıcalıklı bir konumu olduğu kabul edilse dahi Sözleşme'nin 6/1. maddesinde belirtilen "*mahkeme*"nin taraflarca ileri sürülen delilleri, argümanları ve iddiaları düzgün bir biçimde özenle inceleme yükümlülüğü olduğuna vurgu yapmıştır. Bu bağlamda yaptığı değerlendirmede resmî makamlarca verilen rapor ve belgelerin dahi dikkate alınmaması anlaşılabilir bulunmuştur. AİHM zaten bir yargı kararıyla mülkün haksız yere işgal edildiğinin belirlenmiş olduğuna dikkati çekmiş, polis birimlerinin mülke zarar verdiğinin bu

kararla ortaya çıktığını belirtmiştir. Mahkemeye göre ulusal mahkemeler şaşkıncı bir şekilde davanın kanıtlanmamış olduğu sonucuna varmışlardır. Mahkeme varılan bu şaşkıncı sonucun aksi yöndeki bol miktardaki delille ve her şeyden önce ilgili yargı kararında yapılan tespitlerle veya resmî makamların süreç içerisindeki cevaplarıyla nasıl uzlaştırılabileceğini de anlayamadığını ifade etmiştir. AİHM'ye göre, bu sonucun mantıksızlığı ilk bakışta o kadar çarpıcı ve aşıkardır ki ulusal mahkemelerin başvuruya konu kararları büyük ölçüde keyfî olarak değerlendirilebilir. Nitekim davanın koşulları içinde bu sonuca varılması suretiyle yerel mahkemelerin aslında başvurucu için aşırı ve ulaşılamaz bir kanıt standardı belirledikleri ve öyle ki başvurucunun iddiasının her halükârda en ufak bir başarı ihtimaline bile sahip olmadığını açıklanmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

*Andelković/Sırbistan*<sup>58</sup> kararına konu olayda başvurucu, işvereni olan Z. Şirketine karşı 2002 ve 2003 yıllarına ait tatil ücreti ile toplu sözleşmeye göre ödenecek asgari ücret ve aldığı maaş arasındaki farkın ödenmesi talebiyle dava açmıştır. Belediye Mahkemesi başvurucunun lehine karar vermiştir. Mahkeme, şirketin ana şirketin mali sorunları sebebiyle hiçbir çalışanına tatil ücretlerini ödemediğini tespit etmiştir. Mahkeme başvurucunun İş Kanunu hükümlerine göre tatil ücretini hak ettiğini belirtmiştir. Ancak Zajecar Bölge Mahkemesi tatil ücreti ile yargılama masrafları yönünden hükmü bozmuştur. Mahkeme şirketin hiçbir çalışanına ödeme yapmadığını vurgulamış ve "başvurucunun talebinin kabul edilmesinin, aynı işverenden tatil ücreti almayan diğer çalışanlara göre ayrıcalıklı bir muamele yapılması" anlamına geleceğini belirtmiştir.

AİHM ulusal mahkemelerce iç hukukun yorumlanmasının bariz keyfî durumlar hariç sorgulanmayacağını vurgulamıştır. Mahkeme bu bariz keyfî durumları şu şekilde sıralamıştır:

- Ulusal mahkemelerin belirli bir davada ilgili hukuku açıkça hatalı uygulaması,
- Hukukun mahkemelerce keyfî sonuçlara ulaşacak ya da adaleti hiçe sayacak şekilde uygulanması.

AİHM, Bölge Mahkemesinin yürürlükteki İş Kanunu hükümlerini göz

<sup>58</sup> *Andelković/Sırbistan*, B. No: 1401/08, 9/4/2003.

ardı ederken başvuruçunun talebini yukarıdaki gerekçeyle reddetmesinin yasal dayanağının olmadığı gibi herhangi bir makul yargısal takdir yetkisinin ötesinde soyut bir argümana dayandığını belirtmiştir. Ayrıca söz konusu kararda davadaki olgular, uygulanan hukuk ve yargılamanın sonucu arasındaki bağlantının da bütünüyle bulunmadığı açıklanmıştır. Mahkeme bu tür bir keyfi mahkeme kararının başvuruçunun davasında adaletin hiçe sayılması anlamına geldiğini tespit etmiş ve bu kararın kesin olduğunu da vurgulamıştır. AİHM bu koşullar altında Bölge Mahkemesinin başvuruçunun davasında adil bir yargılama yapmadığı için Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM *Bochan/Ukrayna* (no. 2)<sup>59</sup> kararında bir taşınmaz uyuşmazlığı ile ilgili olarak daha önce 3 Mayıs 2007 tarihinde verdiği Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine dair kararın uygulanmamasını keyfîlik ölçütü yönünden adil yargılanma hakkı kapsamında tartışmıştır. AİHM'in verdiği ihlal kararı üzerine temyiz mercii başvuruçunun yeniden yargılama yapılması talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre AİHM salt makul sürede yargılanma hakkının ihlali sebebiyle 2.000 Avro manevi tazminat vermiş, ulusal mahkemelerin kararlarının hukuka uygun olduğuna ve haklı bir sebebe dayandığına kanaat getirmiştir. AİHM Yüksek Mahkemenin 14 Mart 2008 tarihli kararında, ihlal kararındaki tespitleri ağır bir şekilde saptırdığını vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme bilhassa AİHM'nin, başvuruçunun davasında ulusal mahkeme kararlarının hukuka uygun ve sağlam dayanaklara sahip olduğu sonucuna ulaştığını ve başvuruçunun lehine sadece "*makul süre*" güvencesinin ihlali nedeniyle adil tazminata hükmettiğini aktarmıştır. Oysa bu ifadeler apaçık bir şekilde doğru değildir. AİHM, Yüksek Mahkemenin yürüttüğü muhakemenin salt bir kanun metninin farklı biçimde okunmasından ibaret olmadığını, bu muhakemenin ancak "*ağır derecede keyfi*" veya iç hukukta mevcut olan temyiz-tipi usul çerçevesinde ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesinin incelenmesi çabasını boşa çıkarmaya yol açacak şekilde "*adaleti hiçe sayma*" olarak yorumlanabileceğini belirtmiştir. AİHM sonuç olarak Yüksek Mahkemenin 14 Mart 2008 tarihli kararındaki kusurun niteliği ile bu kusurun yol açtığı etkilere ilişkin tespitleri ışığında, başvuruya konu yargılamanın Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamındaki "*adil yargılanma*" koşulunu yerine getirmediği kanaatine vararak bu hükmün ihlal edildiğine karar vermiştir.

---

<sup>59</sup> *Bochan/Ukrayna* (no. 2), B. No: 22251/08, 5/2/2015.



AİHM aynı yaklaşımını *Serrano Contreras/İspanya (no.2)*<sup>60</sup> kararında da sürdürmüştür. Mahkeme AİHM 20 Mart 2012 tarihli kararında, başvurucuyu bizatihi duruşmada dinlemeksizin temyiz mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararındaki olgulara dayalı olarak mahkûmiyet verdiği gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiğini hatırlatmıştır. İlk kararın 39-42. paragrafları arasında Yüksek Mahkeme önündeki davaya bir bütün olarak atıf yapılmış ve mahkûmiyet hükümleri yönünden bir ayırım ise yapılmamıştır. Hatta kararın 36. ve 37. paragraflarında özellikle dolandırıcılık ve ticari belgede sahtecilik suçlarına da işaret edilmiştir. Bu paragraflardaki açıklamaların AİHM'nin ihlal kararının kapsamı yönünden hiçbir şüphe olmadığını gösterdiği ifade edilmiştir. AİHM bu sebeple temyiz mahkemesinin, AİHM tarafından Sözleşme'nin 6/2 maddesinin ihlaline dair verilen kararının sadece resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin olduğu yönündeki yorumunun ilk ihlal kararındaki tespitlere aykırı olduğunu açıklamıştır. Sonuç olarak Yüksek Mahkemenin AİHM'nin 20 Mart 2012 tarihli ihlal kararının kapsamı ve anlamı ile yorumunun ulusal makamların takdir yetkisini aştığı ve AİHM'nin ihlal kararındaki sonuçları saptırdığı, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi sürecinin Sözleşme'nin 6/1 maddesinde güvence altına alınan adil yargılamanın gerekliliklerini karşılayamadığı belirtilmiştir.

Son olarak bu başlık altında *Carmel Saliba/Malta*<sup>61</sup> kararına da değinmek gerekir. Bu başvuruya konu olayda bir hırsızlık olayı ile ilgili olarak açılan hukuk davasında salt başvurucunun daha önce olayın yaşandığı konutta çalışmış olmasına dayanılarak tazminata hükmedilmiştir. Doğrudan delil değerlendirmesi ile ilgili bu başvuruyu inceleyen AİHM, istisnai olarak birkaç başvuruda adil yargılanma hakkı kapsamında bu gibi başvuruların ele alındığını hatırlatmıştır. AİHM'ye göre mevcut davada ilk derece mahkemesince şaşırtıcı bir şekilde Bay Z.'nin çelişkili ifadelerine dayanılarak sonuca varılmış ve bu beyanların doğruluğu konusunda şüphe uyandıran diğer tanık ifadeleri dikkate alınmamıştır. AİHM, aradan beş yıl geçtikten sonra mağdur tarafından yapılan kimlik tespitinin şüpheli gözüktüğünü, mağdurun başvurucu ile kardeşini dahi ayıramadığını, mahkemenin önündeki tek nesnel delilin başvurucunun eve erişiminin olduğunu, bu delilin ise ilgili ihtimaller karşısında

<sup>60</sup> *Serrano Contreras/İspanya (no. 2)*, B. No: 2236/19, 26/10/2021.

<sup>61</sup> *Carmel Saliba/Malta*, B. No: 24221/13, 29/11/2016.

yeterli olamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme hukuk davası olsa bile sorumluluk belirlenirken ceza davalarında da geçerli olan Sözleşme'nin 6/2. maddesindeki bazı güvencelerin uygulanması gerektiğini açıklamıştır. AİHM tarafların iddia ve savunma ve kanıtlarının uygun ve özenli bir şekilde incelenerek kararların dayandırıldığı gerekçelerin yeterli olmasının Sözleşme'nin 6/1. maddesinin medeni hak ve yükümlülükleri kapsamındaki güvencelerinden olduğunu belirtmiştir. AİHM istinaf mahkemesinin de salt ilk derece mahkemesinin kararına atıfla yetinmeyi tercih ettiğini, mağdurun ifadelerindeki çelişkiler ile güvenilirliği yönünden herhangi bir açıklama yapılmadığını açıklamıştır. Mahkeme çapraz sorgu yapılmaması yönünden de sorunlar bulunduğunu sıraladıktan sonra yargılama sırasındaki bu eksiklikler sebebiyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

### *iii. Türkiye ile İlgili Kararlar*

AİHM'nin adil yargılanma hakkı kapsamında keyfilik ölçütünü değerlendirdiği Türkiye ile ilgili kararları da bulunmaktadır. *Tel/Türkiye*<sup>62</sup> kararına konu olayda bir araştırma görevlisinin akademik yetersizliği sebebiyle görevine son verilmiştir. Ancak başvuru ve bazı akademisyenlerin şikâyeti üzerine üniversite rektörünün geriye dönük olarak sahte değerlendirme raporları düzenlediği tespit edilerek rektör görevden alınmış ve görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm da olmuştur. AİHM başvuruya konu davada mahkemenin sadece eski rektör İ.H.D.'nin kaleme aldığı 2000 yılının son değerlendirme raporunu dikkate aldığına dikkati çekmiştir. Buna göre karar düzeltme aşamasında niçin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54/1. maddesinin (d) bendindeki "hileli", dolayısıyla yasa dışı belgelere dayanılarak verilen kararların yeniden görülmesini sağlayan hükmünün uygulanmadığının anlaşılamadığı belirtilmiştir. AİHM'ye göre Danıştay, başvuru sonucunu sonuç olarak araştırma görevlisi sıfatını kaybetmesine neden olan hiyerarşik üstü tarafından yapılan kötüye kullanmanın sonucunu zımni olarak kabul etmiştir. AİHM başvuru sonucunun reddedilmesinin en azından bariz bir takdir hatasından kaynaklandığı ve bu sebeple Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

---

<sup>62</sup> *Tel/Türkiye*, B. No: 36785/03, 17/10/2017.



*Ballıktaş Bingöllü/Türkiye*<sup>63</sup> kararına konu olayda ise Devlet Güvenlik Mahkemesince yasa dışı örgüt üyeliğinden 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılan başvurucu ömür boyu kamu hizmetinden çalışmaktan da men edilmiştir. TCK'da yapılan değişiklik sonrası yapılan uyarılama ile başvurucu hakkında yeniden müddetname düzenlenmiş, başvurucu bihakkın tahliye tarihi dikkate alınarak sınavını kazandığı araştırma görevlisi kadrosuna atanamamıştır. AİHM bu kararda bir ulusal mahkeme kararının, hiçbir gerekçe ortaya konulmadığı veya belirtilen gerekçelerin adaleti hiçe sayma ile sonuçlanacak şekilde açık bir olgusal veya hukuki hataya dayanmadığı müddetçe yargılamaların adilliğine hanel getirecek ölçüde keyfi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, ulusal mahkemelerin değerlendirmesinin “*bariz bir takdir hatası*” veya ilgili koşulların “*ağır bir şekilde yanlış yorumlanması*” ya da kanıtlanmış olgular, uygulanabilir hukuk ve davanın sonucu arasında bağlantı kurulmaması anlamına gelmediği kanaatine ulaşmıştır. Başvurucunun kendi talebiyle erken tahliye edilmesine karar verildiği, daha da önemlisi, yeni TCK'nın uygulanması nedeniyle, kamu hizmetinde görev alma hakkına yönelik kalıcı bir kısıtlamanın yalnızca cezasının infazı sırasında geçerli olan bir kısıtlamaya dönüştürüldüğünü belirten AİHM, başvurucunun Sözleşme'nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılandığı sonucuna varmıştır.

### III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMA DOKTRİNİ

#### A. ANAYASA'DA YER ALAN GÜVENCELERİN VE SINIRLAMA ÖLÇÜTLERİNİN UYGULANMASININ DÖRDÜNCÜ DERECE İNCELEMESİ OLMAMASI

Anayasa'nın 148/1. maddesi ile bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Buna göre Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları incelemek ve karara bağlamak durumundadır. Anayasa Mahkemesi, bu incelemeyi ise temel

<sup>63</sup> *Ballıktaş Bingöllü/Türkiye*, B. No: 76730/12, 22/6/2021.

hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere göre yapar.

6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin yetkisinin sınırı belirlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi "*bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği*" ve "*bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı*"nın belirlenmesi" ile sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bireysel başvuruda incelenemez. Bu kural, Anayasa ve Kanun kuralları ile bireysel başvuru kapsamı dışındaki hukuka aykırılık iddialarının bireysel başvuru yolunda incelenmesi yasağı getirmiştir.

Kanun yolu denetimiyle bireysel başvuru incelemesi arasındaki farkın ne olduğu sorusu meselenin çözümü için kilit önemdedir. Anayasa Mahkemesi bu sorunun cevabını yakın tarihli çok sayıda kararıyla ortaya koymuştur. Mahkemeye göre kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarla ilgili getirilen yasak alanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelerle ilgili olduğu düşünülemez<sup>64</sup>.

Mahkemeye göre temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olmadıkça hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesi olağan mahkemelere aittir. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa'daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci Anayasa Mahkemesidir<sup>65</sup>. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir incelemenin *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi* veya *yerindelik denetimi* olarak nitelendirilemeyeceğini tespit etmiştir<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 53.

<sup>65</sup> Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, §§ 74-76; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, § 47; Ahmet Sağlam, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42; Sabahat Beşik ve diğerleri [GK], B. No: 2014/3738, 21/12/2017, § 23

<sup>66</sup> Şahin Alpay (2), § 53; Ferhat Kara [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020, § 148; M.B. [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020, § 82; Nurettin Deniz, B. No: 2018/17707, 21/7/2020, § 63.

Aksinin kabulü durumunda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevinin işlevsiz hâle geleceği, bunun da Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa değişikliğinin gerekçesinde açıkça ifade edilen bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak öngörülmüş olması gerçeğiyle bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvenceler kapsamında inceleme yapılmasının kanun yolu denetimi olarak değerlendirilmesinin, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları inceleme ve karara bağlama görevinin yerine getirilememesi sonucunu doğuracağı açıklanmıştır<sup>67</sup>.

Diğer taraftan, bir Anayasa hükmünün genel mahkemelerce doğrudan uygulanması ve yorumlanması hâlinde Anayasa Mahkemesinin bu yorumu denetleme yetkisinin genişlemesi doğaldır. Genel mahkemelerin anayasal dahi olsa hukuk kurallarını yorumlama konusunda belirli bir takdir yetkisi olsa da nihayetinde Anayasa Mahkemesinin bu anayasal kuralların yeknesak bir biçimde uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlama görevi bulunmaktadır. Nitekim seçimden önce "*Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında*" suç işlediği gerekçesiyle bir milletvekilinin Anayasa'nın 83/2. maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağı yönündeki yargı kararı üzerine yapılan bir başvuruda<sup>68</sup> Mahkeme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında ilgili anayasal kuralların yorumu meselesi üzerinde durmuştur. Bu başvuru, ilgili anayasal kuralların hem Yargıtay hem de Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmış olması sebebiyle ayrıca dikkat çekicidir. Anayasa Mahkemesi gerek yasama dokunulmazlığını koruma altına alan Anayasa'nın 83. maddesi ve gerekse temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan Anayasa'nın 14. maddesi ancak demokrasinin korunması bağlamında ve hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebileceğine işaret ederek mahkemelerin söz konusu anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamadıklarını değerlendirmiştir. Mahkeme onları böyle bir yorum yapmaya sevk edecek esasa ve usule ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin de bulunmadığına işaret ederek ihlal sonucuna varmıştır.

---

<sup>67</sup> Şahin Alpay (2), § 54.

<sup>68</sup> Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021.

## **B. HUKUK KURALLARININ YORUMU VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ KAPSAMINDA "AÇIKÇA KEYFİLİK VEYA BARİZ TAKDİR HATASI" ÖLÇÜTÜ**

Anayasa Mahkemesi yukarıda da değinildiği üzere görevinin bireysel başvurunun ikincilliği gereği sınırlı olup açık bir keyfilik olmadığı veya bariz bir takdir hatası içermediği sürece hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi bakımından derece mahkemelerinin takdir yetkisine müdahalesinin söz konusu olamayacağını çok sayıda kararında belirtmektedir<sup>69</sup>. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarını yorumlamak veya başvuruçunun buna ilişkin iddia ve delillerini değerlendirmek gibi bir görevi bulunmamaktadır<sup>70</sup>.

Mahkeme örneğin bir alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğratıldığı yönündeki başvuruda munzam zarara ilişkin hukuk kurallarını yorumlamak veya başvuruçunun buna ilişkin iddia ve delillerini değerlendirmek gibi bir görevinin bulunmadığını hatırlatmıştır<sup>71</sup>. Mahkeme bununla birlikte mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen koşulları taşıyıp taşımadığını inceleyeceğini, buna göre müdahalenin kanuna dayalı olup meşru bir amacı içermesi yanında ayrıca ölçülü de olması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi başvuruçunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvuruçuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklendiği kanaatine varmış, bu tespiti rağmen derece mahkemelerinin başvuruçunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuruçuyu aleyhine bozulduğunu değerlendirmiştir<sup>72</sup>. Dolayısıyla Mahkeme, hukuk kurallarının yorumunun söz konusu temel hakka yapılan müdahaleye etkilerini anayasal güvenceler ölçüsünde tartışarak ihlal sonucuna ulaşmıştır.

---

<sup>69</sup> Ceza mahkemelerinin kararlarına yönelik hususlarda konunun tartışıldığı çalışma için bkz. Yıldırım, A. (2018). "Ceza Mahkemesi Kararlarına Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda 'Kanun Yollarında Gözetilen Hususlarda' Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Var mı?", *Yargıtay Dergisi*, C. 45, S. 3, ss. 847-892.

<sup>70</sup> ANO *İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/2267, 21/12/2017, § 64.

<sup>71</sup> ANO *İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 64.

<sup>72</sup> ANO *İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 81.

Anayasa Mahkemesi Mehmet Apaydın başvurusunda yine benzer değerlendirmelerde bulunmuştur<sup>73</sup>. Emniyet Müdürlüğüne çeşitli gerekçelerle yakalanan araçların başvurucaunun işlettiği otoparkta muhafaza edilmesine rağmen yediyeminlik ücretinin ödenmediği bu başvuruda ilk derece mahkemesi, eBK 463 vd. maddelerini dayanak göstererek davanın reddine karar vermişlerdir. Mahkemenin yorumuna göre durumun özelliklerine göre ücret alınması gerekmemektedir. Anayasa Mahkemesi kanunilik ölçütü yönünden yaptığı tartışmada derece mahkemelerinin kararlarında olaydaki durumun, ücret istenmemesini neden haklı gösterdiğinin açıklanmadığına ve ayrıca saklama sözleşmesine ilişkin hükümler yanında otopark işletenler bakımından değerlendirilmesi gereken başka kanun hükümlerinin de mevcut olduğuna dikkati çekmiştir. Mahkeme bununla birlikte bireysel başvuru kapsamında hukuk kurallarının yorumlanması ile ilgili görevi yalnızca açık keyfîlik veya bariz takdir hatası içeren kararlar ile sınırlı olduğunu hatırlatmıştır. Buna göre Mahkemenin hukuk kurallarının nasıl yorumlandığından ziyade söz konusu yorumun mülkiyet hakkı yönünden sonuçlarını değerlendirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple olayda derece mahkemelerinin söz konusu kurallara ilişkin yorumlarının mülkiyet hakkına etkileri ölçülülük bağlamında değerlendirilerek varılacağı açıklanmıştır<sup>74</sup>.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük yönünden yaptığı değerlendirmede Anayasa'nın 11. maddesine atıfta bulunmuştur. Bu hükme göre Anayasa hükümleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Mahkeme bu sebeple, kamu gücü kullanan makamların her türlü iş ve işlemlerinde öncelikle Anayasa hükümlerini gözetmelerinin zorunlu olduğuna vurgu yapmıştır. Bu bağlamda bireysel başvurunun ikincilliği ilkesinin Anayasa Mahkemesinin ilk elden yani doğrudan inceleme yapmamasını ifade ettiği gibi idari ve yargısal makamların da önlerindeki meseleleri ve uyuşmazlıkları öncelikle Anayasa'ya uygun biçimde sonuca bağlamaları yönünde birincil derecede sorumlu olduklarını gösterdiğine dikkat çekilmiştir<sup>75</sup>.

Mahkeme özellikle temel kanunlarda öngörülen dürüstlük ve iyi niyet kuralları, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel ilkeler

---

<sup>73</sup> Mehmet Apaydın, B. No: 2015/13099, 8/1/2020.

<sup>74</sup> Mehmet Apaydın, § 39.

<sup>75</sup> Mehmet Apaydın, § 46.

ile bazı hâllerde olayın özelliklerine ve durumun gereklerine göre hâkime takdir yetkisi tanınmasının, uyuşmazlıkların çözümünde Anayasa'ya uygun yorum imkânı tanıyan etkili hukuksal korumanın bir gereği olarak görülmesi gerektiğini açıklamıştır. Mahkemeye göre bu sebeple ister özel kişiler arası isterse de taraflardan birinin kamu gücü olduğu uyuşmazlıklar olsun her durumda hâkimin hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun bir biçimde yorumlaması ve yargı yetkisinin kullanımı çerçevesinde özellikle Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasını gözetmesi beklenmektedir<sup>76</sup>.

Anayasa Mahkemesi somut olayda idarenin talebi üzerine söz konusu araçları otoparkında muhafaza etmesinin başvuru yönünden önemli bir külfete yol açtığını, başvuru yönünden böylelikle belirli bir süre boyunca ticari faaliyeti kapsamındaki otoparkından -en azından kısmen- dilediği gibi yararlanamadığını tespit etmiştir. Mahkeme, başvuruda olağan mahkemelerin tazminat talebinin reddine ilişkin yorumlarının mülkiyet hakkının korunmasının gerekliliklerine uygun düşmediği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesinin herhangi bir maddi hak veya özgürlük yönünden olağan mahkemelerin yorumlarını açıkça keyfî gördüğü veya bariz takdir hatası içerdiğini tespit ettiği karar sayısı son derece azdır. Bu bağlamda, baro levhasına yazılmaya ilişkin kararın kamu görevinden çıkarılma sebebiyle mahkemece iptal edilmesine ilişkin *Tamer Mahmutoğlu* kararı örnek gösterilebilir<sup>77</sup>. Başvuruya konu olayda başvuru bir olağanüstü hâl kararnamesiyle kamu görevinden çıkarıldıktan sonra talebi üzerine baro levhasına yazılmıştır. Ancak Adalet Bakanlığınca açılan dava sonucu idare mahkemesi, 679 sayılı KHK'nın 1. maddesine göre kamu görevinden çıkarılanların bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecekleri gerekçesiyle davayı kabul ederek işlemleri iptal etmiştir. Mahkeme özel hayata saygı hakkı yönünden yaptığı değerlendirmede müdahalenin Anayasa'nın öngördüğü güvencelere uygun kabul edilebilmesinin ilk ve temel koşulunun kanuni dayanak ölçütünün sağlanması olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme somut olayda başvuru yönünden idari, ticari veya sınıai bir sözleşme kapsamında kamu hizmetinde çalıştırılma durumunun söz konusu olmadığına ve serbest avukatlığın da bir istihdam ilişkisine dayanmadığına işaret

---

<sup>76</sup> Mehmet Apaydın, § 46.

<sup>77</sup> *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020.

ederek bu faaliyeti kamu hizmetinde istihdam etme olarak kabul eden olağan mahkemelerin anılan düzenlemeyi makul olmayacak bir biçimde genişletici ve öngörülemez bir yoruma tabi tuttuğunu belirtmiştir. Mahkeme bu sebeple müdahalenin kanuni dayanağının olmadığı sonucuna varmıştır<sup>78</sup>.

### C. ADİL YARGILANMA HAKKI YÖNÜNDEN “USUL GÜVENCELERİNİ ANLAMSIZLAŞTIRMA” FORMÜLÜ

Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının sağladığı usul güvenceleri yönünden de “açıkça keyflik veya bariz takdir hatası” ölçütünü uygulamaktadır. Temyiz talebinin süre aşımı gerekçesiyle reddedildiği *Sınırlı Sorumlu Yeni Mavi Ay Konut Yapı Kooperatifi*<sup>79</sup> başvurusunda mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahale kanunilik ölçütü yönünden tartışılmıştır. Mahkeme, derece mahkemelerince müdahaleye imkân tanıyan kanun hükümlerinin yorumu ve bu hükümlerin olaya uygulanması bariz takdir hatası ya da açık keyflik içermediği sürece bu alanda bir inceleme yapılmasının bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmadığını vurgulamış ancak derece mahkemelerinin müdahaleye imkân tanıyan kanun hükmünü açık bir biçimde hatalı yorumladıkları ve uyguladıklarının tespiti hâlinde müdahalenin kanunilik temelinden yoksun olduğu sonucuna ulaşabileceğini açıklamıştır. Mahkeme somut başvuruda temyiz süresinin davayı temsile yetkili olmayan avukata yapılan tebliğ tarihinin esas alınması suretiyle başlatılmasının ve Dairenin başvuruçunun temyiz talebini süresinde olmadığı gerekçesiyle reddetmesinin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>80</sup>. Yine *Abdullah Karataş* başvurusunda da mahkemenin reddettiği davada nispi karar ve ilam harcına hükmetmesinin, kanunun açık hükmüne aykırılık taşıması nedeniyle bariz hata içerdiği gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>81</sup>.

Anayasa Mahkemesi böyle bir usul güvencesinin söz konusu olmadığı bazı istisnai sayılabilecek kararlarında da “bariz takdir hatası” veya “açıkça keyflik” sebebiyle ihlal kararları vermiştir.

<sup>78</sup> Tamer Mahmutoğlu, §§ 109-118.

<sup>79</sup> *Sınırlı Sorumlu Yeni Mavi Ay Konut Yapı Kooperatifi*, B. No: 2018/8474, 12/1/2022.

<sup>80</sup> *Sınırlı Sorumlu Yeni Mavi Ay Konut Yapı Kooperatifi*, §§ 51-55.

<sup>81</sup> *Abdullah Karataş*, B. No: 2019/4150, 3/2/2022. Dava açma süresinin son günün pazar gününe rastladığı, başvuruçunun davasını resmî tatili takip eden ilk iş günü olan 2/7/2018 tarihinde açtığı hâlde dava reddedildiği için kanunilik ölçütü yönünden ihlal sonucuna varılan başvuru için bkz. *Cemil Hırca*, B. No: 2019/8549, 23/11/2021.



*Kenan Özteriş*<sup>82</sup> kararında, Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) yorumunun 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil ettiğini belirterek olayda başvuru hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü bulunduğu ve bu hükme verilecek olağan anlam belli olduğu hâlde AYİM İkinci Dairesinin açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yaptığı ve böylece kararın öngörülemeyen nitelikte olup bariz takdir hatası içerdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. *Mehmet Geçgel*<sup>83</sup> kararında, başvuru hakkında hükmedilen cezanın 4616 sayılı Kanun kapsamında ertelenmiş olması nedeniyle hakkında ceza hukuku ilkelerine göre mahkûmiyet hükmü bulunmamasına rağmen idare mahkemesinin ortada gerçek bir mahkûmiyet varmış gibi değerlendirme yaparak başvuru hakkının tazminat talebini reddettiği kararının bariz takdir hatası içerdiği kanaatine ulaşmış ve başvuru hakkının uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi son dönemde ise adil yargılanma hakkı bağlamında keyfilik ölçütünü "*usul güvencelerini anlamsızlaştırma*" şeklinde adlandırabileceğimiz bir formülle incelemektedir. İlk defa *M.B.*<sup>84</sup> başvurusunda uygulanan bu formüle göre adil yargılanma hakkı, hukuk kuralının davanın başvuru lehine sonuçlanmasını temin eden yorumunun esas alınmasını güvence altına almamaktadır. Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının yorumlanması veya delillerin değerlendirilmesi olağan mahkemelerin takdirindedir. Ancak Anayasa Mahkemesi çok istisnai durumlarda maddî temel hak ve özgürlüklerden biri ile doğrudan ilgili olmayan bir şikâyeti kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin yasak kapsamına girmeden inceleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre açık bir keyfilik nedeniyle yargılanmanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği bu gibi istisnai hâllerde, aslında yargılanmanın sonucuna ilişkin olan bu durumun bizatihi kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur<sup>85</sup>. Sonuç olarak Anayasa

---

<sup>82</sup> *Kenan Özteriş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013.

<sup>83</sup> *Mehmet Geçgel*, B. No: 2014/4187, 18/4/2019.

<sup>84</sup> Bkz. *M.B.* [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020.

<sup>85</sup> *M.B.*, § 83.



Mahkemesi derece mahkemelerinin delillerle ilgili değerlendirmelerine ancak açık bir keyfilik ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama varsa müdahale edebilmektedir.

Mahkeme Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğinin yorumlanmasında Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gerekleri gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>86</sup>. Buna göre başvuru hukuk kurallarıyla ilgili uyuşmazlıklarda uygulanan hukuk kurallarının açıkça keyfî veya hakkın tesliminden kaçınacak (adaleti hiçe sayacak) biçimde yorumlanması usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getireceğinden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilebileceği açıklanmıştır. Zira bu hâlde, derece mahkemesinin yorumunun başvuru tarafından öngörülmesi mümkün olmayıp hukuk kurallarının öngörülemez biçimde yorumlanması hukuk devleti ilkesini örselemektedir. Mahkemeye göre özellikle hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümlerin geniş yorumuna tabi tutulması keyfiliğe ve bireylerin kendilerini hukuk karşısında güvensiz hissetmelerine yol açar<sup>87</sup>.

Mahkeme; yukarıda değinilen *Tamer Mahmutoğlu* kararıyla benzer biçimde yine baro levhasına yazılma işlemiyle ilgili söz konusu *M.B.* başvurusunda başvuru hukuk kurallarıyla ilgili mesleğe kabul edilme şartlarını taşımadığı yolunda ulaşılan kanaatin, kanun hükmünün öngörülebilir olmayan genişletici yorumuna dayandığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre bu yorum başvuru hukuk kurallarıyla ilgili olarak açılan davada usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirmiş ve başvuru hukuk kurallarıyla ilgili karar verilmesinde belirleyici olmuştur. Anayasa Mahkemesi sonuç olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>88</sup>.

Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımını *Murat Beydili*<sup>89</sup> başvurusunda da devam ettirmiştir. Başvuru konusu uyuşmazlıkta Hendek olayları sırasında uygulanan sokağa çıkma yasakları sebebiyle uğranılan zararın tazminine ilişkin davada idare mahkemesi, başvuru hukuk kurallarıyla ilgili manevî zararın toplumun diğer bireylerinin uğradığı zararlardan

---

<sup>86</sup> *M.B.*, § 84.

<sup>87</sup> *M.B.*, § 86.

<sup>88</sup> *M.B.*, §§ 89-106.

<sup>89</sup> *Murat Beydili* [GK], B. No: 2019/14642, 17/6/2021.

ayrılabilir ve olağan dışı özellikli bir yönünün olmadığını belirtmiştir. Buna göre mahkeme, başvurusunun manevi zarara uğradığını kabul etmekle birlikte bu zararın sosyal risk ilkesi gereğince devletçe karşılanmasının koşullarının oluşmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme devletin anayasal ödevleri kapsamında sözü edilen bölgelerde yaşayanların can ve mal güvenliklerinin emniyetini sağlamak için aldığı tedbirler başvurusunun manevi zararlarını azaltan veya en azından zararlarının artmasını önleyen etmenler olarak görülebilirse de bu tür tedbirlerin alınmasının başvurusunun uğradığı zararı özel ve olağan dışı olmaktan çıkardığının kabulünün oldukça güç olduğunu belirtmiştir<sup>90</sup>. Hendek olaylarından tüm toplumun belli ölçüde etkilendiği görüşünde haklılık payı bulunduğu altını çizen Anayasa Mahkemesi, toplumun diğer bireylerinin yaşadığı ortamdan ve evinden ayrılmak zorunda kalan, bu sebeple de yoğun stres, kaygı ve ıstırap durumuyla karşılaşan başvuru ile aynı ölçüde zarara uğradığının, dolayısıyla başvurusunun uğradığı zararın özel ve olağan dışı olmadığını söylenmesinin makul ve kabul edilebilir bir yorum olmadığını ifade etmiştir<sup>91</sup>. Mahkeme sonuç olarak derece mahkemelerinin başvurusunun uğradığı zararın özel ve olağan dışı olmadığını yorumunun bariz takdir hatasına dayalı olduğunu değerlendirmiş ve bu yorumun usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirerek başvurucuyu manevi tazminat hakkından mahrum bıraktığı için adil yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>92</sup>.

Son olarak bu kapsamda *Erhas Demir Çelik Oto Yedek Parçaları İthalat ve Ticaret Ltd. Şti.*<sup>93</sup> başvurusuna değinmek gerekir. Başvuru konusu olayda asliye hukuk mahkemesince belediyenin 26/1/2007 ve 30/1/2007 tarihli fesih bildirimlerinin geçersiz olduğu ve belediye ile başvuru arasında başlangıç tarihi 1/3/1992 olan kira sözleşmesinin 1/3/2007 tarihinde sona ermediği nihai bir kararla tespit edilmiştir. Bununla birlikte, kaymakamlıkça tahliye ettirilen kiralananın teslim edilmemesi üzerine başvurusunun sözleşme hükümlerinin ihlali gerekçesiyle açtığı tazminat ve müdahalenin önlenmesi davasında ise idare mahkemesi sözleşmenin 1/3/2007 tarihi itibarıyla sona erdiğini kabul

---

<sup>90</sup> Murat Beydili, § 71.

<sup>91</sup> Murat Beydili, § 72.

<sup>92</sup> Murat Beydili, § 73.

<sup>93</sup> *Erhas Demir Çelik Oto Yedek Parçaları İthalat ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2018/21083, 14/9/2021.

etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kurallarını yorumlamak derece mahkemelerinin görevinde olmakla birlikte bu durum, aynı taraflar arasında yargı kararıyla kesinleşen bir vakianın görmezden gelinmesini gerektirmez. Mahkeme, taraflar arasında kesinleşen yargı kararlarına saygı duyma yükümlülüğünün mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlama yetkisinin sınırını oluşturduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple belediye ile başvuru arasında kesinleşmiş vakiya dönüşen “Belediyenin fesih bildiriminin geçersiz olduğu ve kira sözleşmesinin 1/3/2007 tarihinde sona ermediği” olgusunun bireysel başvuru konusu yargılamada dikkate alınmaması yargı kararlarının bağlayıcılığı ve hukuk güvenliği ilkelerini zedelemenin yanında başvuru medeni hakkıyla ilgili olarak açılan davada usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirdiği sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi, idare mahkemesinin bu tutumunun yargı kararına saygı göstermekten uzak olduğunu ve bariz takdir hatası teşkil ettiğini kabul etmiş, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

#### D. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Adil yargılanma hakkı gerek Anayasa Mahkemesinin gerekse de AİHM'nin kararlarında açıklıkla ifade edildiği üzere -kural olarak- yargılamanın sonucu ile ilgili bir güvence sağlamamaktadır. Nitekim doktrinde bazı yazarlar bu hakkın adının dahi yanlış tercüme edildiğini, İngilizcedeki “right to a fair trial” ifadesinin karşılığı olarak “adil yargılanma hakkı” yerine “dürüst yargılanma hakkı” terminolojisini tercih etmişlerdir<sup>94</sup>. Adil yargılanma hakkı esas itibarıyla olağan mahkemelerin doğru veya yanlış bir karara ulaşmış olduklarını değil başvuruculara tarafı olduğu davada belirli usulî güvenceler sağlamayı güvence altına almaktadır. AİHM bu güvencelerin bazılarını doğrudan Sözleşme maddesinden bazılarını ise yorum yoluyla türetmiştir. Anayasa'nın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesine 2001 değişikliği ile “adil yargılanma

<sup>94</sup> İki terimin birlikte kullanıldığı çalışmalar için bkz. Tanrıver, S. (2004). “Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53; Tezcan, D. (2003). *Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdarî Uyuşmazlıkların Konumu*, Yıldızhan Yayla'ya Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, s. 469-484. Almanca'dan yapılan çeviride dürüst yargılanma hakkının tercih edildiği çalışma başlığı için bkz. Schroeder, F. (1996). “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”, Şahin, C. (Çev.), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1-2, ss. 269-283; Tek başına kullanım için bkz. Şen, E. ve Şen İ., “İHAM Kararında Dürüst Yargılanma Hakkının Medeni Hak ve Yükümlülüklerle Tatbiki”, <https://sen.av.tr/tr/makale/iham-kararinda-durust-yargılanma-hakkinin-medeni-hak-ve-y%C3%BCk%BCk%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCklere-tatbiki> (Erişim Tarihi: 19/4/2022).

*hakki"* ibaresi eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, *"Bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dâhil edilmektedir."* ifadesi yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi de bu sebeple adil yargılanma hakkının güvencelerini belirlerken uluslararası sözleşmeleri ve hâliyle AİHM'nin Sözleşme'yi yorumlama biçimini dikkate almaktadır. Bu bağlamda salt medeni hak ve yükümlülükler yönünden mahkemeye erişim hakkı; kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı; silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi, duruşmada hazır bulunma hakkı; duruşmanın kamuya açık olması, gerekçeli karar hakkı; makul sürede yargılanma hakkı gibi çok sayıda usulî güvencenin varlığı söz konusudur. Suç isnadı boyutuyla susma ve kendini suçlamama hakkı; hukuka aykırı delillerin kullanılmaması, isnadın bildirilmesi; savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylığın sağlanması; avukatla temsil hakkı, tanık sorgulama hakkı; ücretsiz tercüman hakkı gibi başka güvenceler de mevcuttur. Bütün bu usulî güvencelerin sağlanmasının ve denetiminin başlıca amacı bireyleri keyfi yargılamalardan korumaktır. Ancak bütün bu usul güvencelerinin sağlandığı bir yargılamada verilen kararın keyfi olması söz konusu amacın gerçekleşmesini önlemekte, sağlanan usul güvencelerini boşa çıkarmaktadır. Diğer bir deyişle başvuruya konu yargısal karar, AİHM'nin terminolojisiyle *"adaleti hiçe sayacak ölçüde"* ise veya Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle *"usul güvencelerini anlamsız hâle getiriyorsa"* bireysel başvuruya konu olabilmektedir.

Bu çerçevede bakıldığında Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre aslında yargılamanın sonucuna ilişkin olan bir durumun bizatihi kendisinin usule ilişkin bir güvenceye dönüştüğü kabul edilebilecek bazı örnekler şu şekilde sıralanabilir:

- i. Somut olayda uygulanan veya uygulanması gereken hukuk kurallarının kabul edilebilir herhangi bir yorumuna dayanılmaması,
- ii. Delil ile bu delilin ispat aracı olarak kullanıldığı vakıta arasında kurulan bağın kabul edilebilir bir muhakemeye dayanmaması veya açıkça mantık dışı bir çıkarıma dayanması,
- iii. Açıkça yanlış olan olguların hükme esas alınması,

- iv. Somut olayın açıkça belirli olan koşullarının gözetilmemesi,
- v. Belirli bir hususu ispat ettiğinde kuşku bulunmayan bir delilin açıkça keyfi olarak dikkate alınmaması,
- vi. Maddi olayın tespitinde aksi ispat edilemeyecek ve savunma yapmayı anlamsız kılacak varsayımlara dayanılması.

## SONUÇ

Dördüncü derece olmama doktrini, lafzında geçen olumsuz ifadeden de anlaşılacağı üzere anayasa mahkemelerinin ve AİHM'nin bireysel başvuru kapsamında görev ve yetki alanlarının kapsamını belirleme çabasından doğmuştur.

Nihai yargı kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabildiğinden bu durum ister istemez olağan yargı yerleri ile bu başvuruları inceleyen anayasa mahkemeleri ve AİHM arasında bir gerilime yol açabilmektedir. Elbette ki hukuk kurallarını yorumlama ve delilleri değerlendirme yetkisi olağan mahkemelere verilmiş bir görev ve yetkidir. Zaten alanında uzman bu mahkemeler, ilgili kuralları yorumlama ve delilleri değerlendirme konusunda anayasa mahkemeleri ile AİHM'den daha elverişli de bir konumdadır. Ancak özellikle bireysel başvuru kapsamında Anayasa ve Sözleşme'de yer alan hükümleri uygulama ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin güvence ölçütlerini yorumlayıp uygulama yetkisi de anayasa mahkemelerinin ve Sözleşme özelinde AİHM'nin görev ve yetki alanındadır. Diğer bir deyişle önemle vurgulamak gerekir ki Anayasa ve Sözleşme'nin yorumlanmasında anayasa mahkemeleri ve AİHM'nin bir tekeli olmamakla birlikte son kerte de nihai yorum yetkisi bu mercilere aittir. Anayasal denetim yetkisi ve Sözleşme kapsamındaki denetim bu yönüyle dördüncü derece anlamına gelecek bir hiyerarşik denetim olmadığı gibi bütünüyle temel hak ve hürriyetleri koruma amacıyla kabul edilmiş bir iş bölümü ilişkisine dayanmaktadır.

Bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin güvence ve ölçütlerin uygulanması bir dördüncü derece mercii incelemesi olmayıp Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'nin bireysel başvuru kapsamındaki asli görevidir. Ancak bu mahkemelerin söz konusu görevi ikincil bir nitelik taşımaktadır. Temel hak ve hürriyetleri korumak ve bu çerçevede Anayasa ile Sözleşme hükümlerini uygulamak ise birincil olarak (ilk elden) idari ve yargısal

makamlara düşen bir görevdir. Mahkemelerce bu görev başarısız olduğu takdirde Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'nin ikincil görevi devreye girmektedir.

Dördüncü derece olmama doktrininin diğer bir sınırı ise açıkça keyfî veya bariz takdir hatası içeren yargı kararlarına yönelik bireysel başvurulardır. Özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar, bireysel başvuru kapsamında incelenemez. Bununla birlikte, bu çalışmamızda incelenen Almanya, İspanya, AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi uygulamalarının tamamında keyfî olduğu tespit edilen yargısal kararların bireysel başvuru denetimine tabi olduğu kabul edilmiştir. Keyfî yargısal kararlar verilmesi karşılaştırmalı hukuk örneklerinde anayasal düzen ile bağdaştırılmamış, AİHM de Sözleşme sisteminde bunun kabul edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.

Keyfilikten ne anlaşılacağı bu mahkemelerce çeşitli formüllerle ifade edilmiştir. Bu ölçütün tanımı ve mahiyeti gereği ancak istisnai hâllerde uygulanabildiği de özellikle vurgulanmalıdır. Nitekim AİHM açısından bir sonuç güvencesi olarak görülmeyen adil yargılanma hakkı yönünden "adaletin hiçe sayılması" gibi oldukça yüksek bir seviyede ancak ihlal sonucuna varılabildiği dikkati çekmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi de adil yargılanma hakkı yönünden benzer bir yüksek seviyeyi kabul etmiş, adaleti hiçe sayacak denli keyfî bir yargısal kararın adil yargılanma hakkının sağladığı usul güvencelerini anlamsız hâle getirdiği için ihlale yol açtığını kabul etmiştir. Dolayısıyla, bu çalışmada incelenen bireysel başvuru sistemlerinin tamamında dördüncü derece olmama doktrininin, bazı farklılıklara rağmen, büyük ölçüde benzer biçimde uygulandığı söylenebilir.

Sonuç olarak bizzat Anayasa koyucu -Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere- bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesine temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin anayasal güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını denetlemek görevini vermiştir. Anayasa koyucu Mahkemeye "bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir"<sup>95</sup>. Bu denetimin etkinliği ise

---

<sup>95</sup> Kanun teklî için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlar-no=82348&pkanunnumarasi=5982> (Erişim Tarihi: 21/4/2022).

yargı kararları yönünden genel mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi arasında karşılıklı iyi işleyen bir iş bölümü ilişkisine bağlıdır. Ülkemizde görece yeni bir kurum sayılabilecek bireysel başvurunun amacının ve kapsamının anlaşılabilir olarak bu iş bölümünün etkin ve verimli bir biçimde uygulanması temel hak ve hürriyetlerin en üst düzeyde korunmasını sağlayacaktır.



## KAYNAKÇA

- ARNWINE, Selin Esen (2003). "İspanya'da Bireysel Başvuru", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, ss. 249-271.
- BAAMONDE, Maria Emilia Casas (2009), "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, C. 26, ss. 101-110.
- BAKIRCI, Hasan (2018). "Case Management: European Court of Human Rights (ECtHR)", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Modül: *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, [https://opil.ouplaw.com/browse?access=all&ct=d11f54ab-124c-4ae6-a6c9-fdfd9b8f0ee9&level=all&pageSize=20&sort=title&sb\\_0=43d6d9dc-b960-436d-995c-b25c0e63f9a0](https://opil.ouplaw.com/browse?access=all&ct=d11f54ab-124c-4ae6-a6c9-fdfd9b8f0ee9&level=all&pageSize=20&sort=title&sb_0=43d6d9dc-b960-436d-995c-b25c0e63f9a0) (Erişim Tarihi: 21/4/2022).
- DAHLBERG, Maija (2014), "*It is not its task to act as a Court of fourth instance: the case of the ECtHR*", *European Journal of Legal Studies*, C.7, S.2, ss. 84-118.
- DUMAN, Özgür (2021). "Amaglobeli ve Diğerleri / Gürcistan Kararı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında 'Sorumlu Gazetecilik' Kavramı", *Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı İnsan Hakları Dergisi*, S. 8, ss.20-29.
- GÖREN, Zafer (1997). "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", *Anayasa Yargısı*, C. 11, ss. 97-134.
- HARRIS, David, O'Boyle, Michael, Bates, Edve Buckley, Carla (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- HELPER, Laurence R. (2008). "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1, ss. 125-159.
- MELLINGHOF, Rudolf (2009). "Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti", *Anayasa Yargısı*, C. 26, ss. 31-44.
- REİNER, Arnold (2006). "Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Kararları ve Olağan Mahkemeler için Bağlayıcı Etkisi", *Anayasa Mahkemesi ile Olağan Mahkemeler Arasındaki İlişkiler Sempozyumu*, Venedik Komisyonu, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2006\)047-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2006)047-e) (Erişim Tarihi: 22/4/2022).



SPANO, Robert (2019). "Arbitrary or manifestly unreasonable": The arbitrariness exception to the fourth instance doctrine under Article 6 of the European Convention on Human Rights, içinde Lemmens, K., Parmentier, S. ve Neyntjens, L., Human Rights with a Human Touch: Liber amicorum Paul Lemmens, Cambridge: Intersentia Ltd.

SPANO, Robert (2018). "The Future of The European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. 18, ss. 473-494.

SCHROEDER, Friedrich-Christian (1996). "Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi", Şahin, C. (Çev.), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), C. 5, S. 1-2, ss. 269-283.

ŞEN, Ersan ve ŞEN İrem, "İHAM Kararında Dürüst Yargılanma Hakkının Medeni Hak ve Yükümlülükler Tatbiki", <https://sen.av.tr/tr/makale/iham-kararinda-durust-yargılanma-hakkinin-medeni-hak-ve-y%C3%BCK%C3%BCml%C3%BCI%C3%BCKlere-tatbiki> (Erişim Tarihi: 19/4/2022).

TANRIVER, Süha (2004). "Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, ss. 191-215.

TEZCAN, Durmuş (2003). "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdarî Uyuşmazlıkların Konumu", *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, ss. 469-484.

YILDIRIM, Akif (2018). "Ceza Mahkemesi Kararlarına Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda 'Kanun Yollarında Gözetilen Hususlarda' Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Var mı?", *Yargıtay Dergisi*, C. 45, S. 3, ss. 847-892.

### **Elektronik Kaynaklar**

Sözleşme Metni, [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

İstatistikler, [https://echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_month\\_2022\\_BIL.PDF](https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2022_BIL.PDF) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

İstatistikler, [https://echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2021\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2021_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

Sözleşme Hazırlık Çalışmaları, [https://www.echr.coe.int/documents/library\\_travPrep\\_table\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/library_travPrep_table_eng.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

Sözleşme Hazırlık Çalışmaları, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART45+49-CDH\(70\)32-BIL2888561.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART45+49-CDH(70)32-BIL2888561.pdf) (Erişim Tarihi: 24/3/2022).

İçtihat Analiz Rehberleri, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c> (Erişim Tarihi: 19/4/2022).

### ***Türk Anayasa Mahkemesi Kararları***

*Abdullah Karataş*, B. No: 2019/4150, 3/2/2022.

*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2012.

*ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/2267, 21/12/2017.

*Cemil Hırca*, B. No: 2019/8549, 23/11/2021.

*Erhas Demir Çelik Oto Yedek Parçaları İthalat ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2018/21083, 14/9/2021.

*Ferhat Kara* [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020.

*Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017.

*Kenan Özteriş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013.

*M.B.* [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020.

*Mehmet Apaydın*, B. No: 2015/13099, 8/1/2020.

*Mehmet Geçgel*, B. No: 2014/4187, 18/4/2019.

*Murat Beydili* [GK], B. No: 2019/14642, 17/6/2021.

*Nurettin Deniz*, B. No: 2018/17707, 21/7/2020.

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

*Sabahat Beşik ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/3738, 21/12/2017.

*Sınırlı Sorumlu Yeni Mavi Ay Konut Yapı Kooperatifi*, B. No: 2018/8474, 12/1/2022.

*Şahin Alpay* (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018.

*Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020.

*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019.

### ***Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları***

FAYM, 1 BvR 253/56, 16/1/1957.

FAYM, 1 BvR 37/63, 10/6/1964.

FAYM, 1 BvR 848/08, 10/4/2008.

FAYM, 2 BvR 890/20, 1/7/2021.

### ***İspanya Anayasa Mahkemesi Kararları***

İAYM, 199/2013, 5/12/2013.

İAYM, 237/2005, 26/9/2005.

İAYM, 1640/2020, 17/2/2021.

### ***Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları***

*Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 9/10/1979.

*Al-Dulimi ve Montana Management Inc/İsviçre*, B. No: 5809/08, 21/6/2016.

*Aliyeva ve Diğerleri/Azərbaycan*, B. No: 66249/16..., 21/9/2021.

*Amaghlobeli ve diğerleri/Gürcistan*, B. No: 41192/11, 20/5/2021.

*Anđelković/Sırbistan*, B. No: 1401/08, 9/4/2003.

*Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007.

*Ballıktaş Bingöllü/Türkiye*, B. No: 76730/12, 22/6/2021.

*Belçika Eğitiminde Dillerin Kullanımı Davası* [GK], B. No: 1474/62..., 9/2/1967.

*Bochan/Ukrayna* (no. 2), B. No: 22251/08, 5/2/2015.

*Carmel Saliba/Malta*, B. No: 24221/13, 29/11/2016.

*Dulaurans/Fransa*, B. No: 34553/97, 21/3/2000.

*Garcia Ruiz/İspanya* [BD], B. No: 30544/96, 21/10/1999.

*Golder/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 4451/70, 21/2/1975.

*Hentrich/Fransa*, B. No: 13616/88, 22/9/1994.

*Hukukun Üstünlüğü ve Demokrasi Merkezi/Ukrayna*, B. No: 10090/16,  
26/3/2020.

*Khamidov/Rusya*, B. No: 72118/01, 15/11/2007.

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

*Kurban/Türkiye*, B. No: 75414/10, 24/11/2020.

*Molla Sali/Yunanistan* [BD], B. No: 20452/14, 19/12/2018.

*Perez/Fransa* [BD], B. No: 47287/99, 12/2/2004.

*Schenk/İsviçre*, B. No: 10862/84, 12/7/1988.

*Serrano Contreras/İspanya* (no. 2), B. No: 2236/19, 26/10/2021.

*Špaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti*, B. No: 26449/95, 9/11/1999.

*Tel/Türkiye*, B. No: 36785/03, 17/10/2017.

*X/Almanya*, B. No: 9/55, 23/9/1955.

*Yel ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 28241/18, 13/7/2021.



## İSPANYA ANAYASA MAHKEMESİNE AMPARO BAŞVURUSUNDA ÖZEL ANAYASAL ÖNEM KRİTERİ\*

*The Special Constitutional Relevance Criterion in the Amparo Appeal to the  
Spanish Constitutional Court*

**Zelal Pelin DOĞAN\*\***

### ÖZ

Bu çalışma, İspanya’da anayasa şikâyeti usulünde bir kabul edilebilirlik koşulu olan özel anayasal önem kriterinin İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl uygulandığı konusunda bir inceleme sunmaktadır. Bu amaçla öncelikle İspanya’da amparo başvurusu yolunun genel özellikleri ve başvuru sayısının artması sebebiyle ortaya çıkan iş yükü sorunu ve çözüm önerileri incelenmektedir. İş yükü sorununu çözmek amacıyla 6/2007 sayılı Organik Kanun ile Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun’da değişiklik yapılarak amparo başvurularının taşınması gereken kabul edilebilirlik koşullarında değişiklik yapılmış ve özel anayasal önem kriteri getirilmiştir. Bununla birlikte STC 155/2009 sayılı karar ile bu kriterin uygulanabileceği yedi varsayımsal durum belirlenmiştir. Bu çalışmanın ikinci bölümünde özel anayasal önem kriterinin genel özellikleri bu karar ışığında incelenmekte ve kriterin uygulamasının kapsamı ortaya koyulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca kriterin uygulamasına ilişkin güncel eğilimler ve uygulamaya bağlı sonuçlar da incelenmektedir. İspanya Anayasa Mahkemesinin özel anayasal önem kriterine ilişkin yorumu, amparo başvurusunun genel özellikleri ile ele alınmış ve böyle bir kritere yönelik ihtiyacı ortaya çıkaran iş yükü sorunu, istatistiki veriler ve reform çalışmaları çerçevesinde tartışılmıştır.

\* Bu makale, 2021 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında yazar tarafından savunulan “Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü” başlıklı tez çalışmasından yararlanılarak derlenmiş ve hazırlanmıştır.

\*\* Avukat, İstanbul 1 No’lu Barosu; Madrid Carlos III Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, zelalpd@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1742-7903.

**Anahtar Kelimeler:** İspanya Anayasa Mahkemesi, amparo, anayasa şikâyeti, kabul edilebilirlik kriterleri, özel anayasal önem.

## ABSTRACT

This study aims to provide insights into how the Spanish Constitutional Court applies the special constitutional relevance criterion as an admissibility criterion in the constitutional complaint procedure in Spain. For this purpose, the general characteristics of the amparo appeal procedure in Spain, the workload problem arising from the increasing number of applications and the suggestions to solve this problem are primarily examined. To solve the workload problem, the Organic Law on the Constitutional Court was amended by the Organic Law No. 6/2007, modifying the admissibility criteria that must be met when lodging an amparo appeal, and the special constitutional relevance criterion was introduced. In addition, by the decision STC 155/2009, seven hypothetical situations in which this criterion can be applied have been determined. In the second part of this study, the general features of the special constitutional relevance criterion are examined in the light of this decision and the scope of the application of the criterion is tried to be explained. Furthermore, current trends and results related to the application of the criterion are also examined. The interpretation of the Spanish Constitutional Court on the criterion of special constitutional relevance is discussed with the general characteristics of the amparo appeal, and the workload problem that reveals the need for such a criterion is discussed within the framework of statistical data and reform plans.

**Keywords:** The Spanish Constitutional Court, amparo, constitutional complaint, admissibility criteria, special constitutional relevance.

## GİRİŞ

İspanyol hukukçu Aragón Reyes bütün anayasa şikâyeti sürecinin çok problemlili olduğunu söylemektedir. Elias Canetti'nin bir aforizmasına referans vererek önemli olan her şeyin her zaman sorunlu olduğunu belirtir. Anayasa şikâyeti de işte böyle bir çerçevede çok önemlidir ve belki de bu nedenle kendi içinde problemler taşımaktadır. Aragón Reyes anayasa şikâyetinin taşıdığı bu problemlerin, bu hukuk yolunun önemli olmasının yanında kötü yapılandırılmasından kaynaklandığını ifade eder. Anayasa şikâyeti yolunun öneminden kaynaklanan sorunlar zaman içinde çözülebilecek nitelikte olsa da kötü yapılandırılmasından kaynaklanan sorunların hızla çözülmesi gereklidir<sup>1</sup>. Onun görüşüne göre anayasa mahkemelerinin önemi nedeniyle, eğer bir gün anayasa şikâyetine ilişkin bir reform ihtiyacı duyulursa ve bir reform yapılırsa ne bu hukuk yolu ortadan kaldırılmalı ne de şimdiye kadar anayasa şikâyeti ile korunan haklar koruma kapsamından çıkarılmalı, aksine bu koruma genişletilmelidir<sup>2</sup>. Anayasa şikâyetinde yaşanan problemlerin en kronik olanı ise iş yüküdür.

Anayasa şikâyetinin ortaya çıkardığı iş yükü problemi bir yandan temel hak ihlallerinin giderilmesi için gereken acil kararların verilmesinde aşırı bir gecikmeye neden olmakta, bir yandan da anayasa yargısında diğer işlevlerin yerine getirilmesinde bir ihmal ve daha büyük bir gecikme yaratmaktadır. Bu durum anayasanın olduğu kadar anayasa mahkemesinin de prestijine zarar vermektedir. Nitekim bir mahkemeden yapabileceklerinden fazlasını beklemek de olanaksızdır. Tam da bu sebeple anayasa şikâyetinin temel hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda bireye etkili bir giderim yolu sunmak olan subjektif işlevini anayasayı yorumlamak ve içtihat oluşturmak olan objektif işlevinin yararına olacak şekilde azaltmak gerekmektedir<sup>3</sup>. İş yükü problemine çözüm olarak anayasa şikâyetine konu yapılabilecek hakların sınırlandırılması pratik bir çözüm değilken anayasa mahkemelerinin yetkilerinin kısıtlanması da mümkün fakat sınırlı bir çözüm sunmaktadır. İç hukuku güçlendirmek ve mahkemelerin kapasite artırımı makul olsa da yeterli olmayabilir. Böyle bir durumda Aragón Reyes'e göre en makul ve gerçekleştirilebilir çözüm,

---

<sup>1</sup> Aragón Reyes, M. (2003). "Problemas del Recurso de Amparo", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, S. 8, s. 54.

<sup>2</sup> a.g.e. s. 56.

<sup>3</sup> a.g.e. s. 61.



anayasa şikâyetinde yeni kabul edilebilirlik kriterleri belirlemektir<sup>4</sup>. Aragón Reyes'in anayasa şikâyetinde ortaya çıkan problemlere ilişkin önerdiği bu yaklaşım İspanya'da hayata geçirilmiştir.

Bir anayasa şikâyeti mekanizmasına duyulan ihtiyacın önemi, onu temel hak ve özgürlüklerin korunması sistemi içerisinde aldığı yer itibarıyla ciddi sorunlarla da karşı karşıya bırakmıştır. İspanya'da uzun bir süredir uygulanmakta olan *amparo* yolu da yaşanan sosyal, ekonomik ve hukuki değişikliklere uyarlanma ihtiyacından kurtulamamıştır. İnsan hakları ihlallerinin artması, bu mekanizmaların kullanılmasına ilişkin farkındalığın gelişmesi ve bir iç hukuk yolu olarak uluslararası yargı makamları karşısında tüketilme zorunluluğu *amparo* başvurusu sayısında birikmeye ve bu durum da İspanya Anayasa Mahkemesinde ("Anayasa Mahkemesi" veya "Mahkeme") yapısal bir krize yol açmıştır. *Amparo* başvurusu sayısındaki artış karşısında en pratik çözüm, teşkilat yapısından ziyade kabul edilebilirlik koşullarında yapılacak değişikliklerle yeni bir filtreleme mekanizması geliştirilerek iş yükünü hafifletmeye çalışmak olmuştur. Bu amaçla 2007 yılında getirilen kabul edilebilirlik kriterine göre başvuruların esasının incelenebilmesi için özel anayasal önem taşıması gerekmektedir. Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde, İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan *amparo* başvurusunun genel özellikleri ile Mahkemenin iş yükü sorunu ve bu sorunu çözmeye yönelik olarak sunulan reform önerileri incelenmiş; ikinci bölümünde, *amparo* başvurusu usulünde bir kabul edilebilirlik koşulu olan özel anayasal önem kriterinin kapsamı, uygulaması açıklanmış; bu kriterin kullanımına yönelik İspanya Anayasa Mahkemesinin güncel eğilimleri incelenmiştir.

## I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI SİSTEMİNDE İSPANYOL AMPARO BAŞVURUSU

1978 tarihli İspanya Anayasası ("Anayasa"); Almanya, Avusturya, Türkiye, İtalya, Portekiz gibi Avrupa ülkelerine benzer şekilde İspanya Anayasa Mahkemesini tesis etmektedir<sup>5</sup>. Franco rejimi İspanya'nın 1917 Ekim Devrimi'nden sonra Avrupa'da ortaya çıkan demokratik ve sosyal anayasacılık hareketlerine katılmasını geciktirse de 1978 Anayasası

---

<sup>4</sup> a.g.e. ss. 60-72.

<sup>5</sup> García Pelayo, M. (1989). "Estado legal y estado constitucional de derecho en el Tribunal Constitucional Español", *ILANUD*, C. 9-10, S. 23-24, s. 20.

özerk bölgelerden oluşan yönetim biçimi, dört farklı ana diliyle yenilikçi özelliğinin yanında Anayasa'da tanınan temel hak ve özgürlükler açısından da geniş bir korumaya yer vermektedir<sup>6</sup>. Anayasa'da tanınan bu temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen anayasal güvencelerden birisi de *amparo*<sup>7</sup> başvurusudur<sup>8</sup>. Bu *amparo* başvurusunun amacı, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine karşı anayasal bir koruma sağlamaktır<sup>9</sup>.

## A. AMPARO BAŞVURUSUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

1978 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen "Dördüncü Kısım"ın 53. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Her vatandaş, normlar hiyerarşisi ve usul ekonomisi ilkelerine dayalı bir usul ile mahkemeler önünde ve gerektiği takdirde, amparo başvurusu yoluyla Anayasa Mahkemesi önünde 14. madde ve İkinci Kısım Birinci Bölümde tanınan temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını talep edebilir. Bu başvuru yolu 30. maddede tanınan vicdani ret hakkı için de geçerlidir<sup>10</sup>."

Anayasa'nın yorumlanması ve anayasaya uygunluğun denetlenmesi, İspanya'da Anayasa Mahkemesi ve genel mahkemeler arasında paylaştırılmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın tek yorumcusu olmasa da en yüksek yorumcusudur<sup>11</sup>. Pérez Tremps,

<sup>6</sup> Suanes-Carpegna, J. V. (2003). "La Constitución de 1978 en la historia constitucional española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, C. 23, S. 69, s. 61.

<sup>7</sup> Amparo sözcüğü "koruma" anlamına gelmektedir. İspanyol anayasa doktrininde *recurso de amparo* yani "koruma başvurusu" olarak kullanılmaktadır. Benzer sistem ve süreçlere Latin Amerika ülkelerinin birçoğunda rastlamak mümkündür. İspanya ve Latin Amerika ülkelerinin büyük bölümünde kullanılan amparo başvurusu temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin olağan kanun yollarıyla giderilemediği durumlarda başvuru ikinci ve olağanüstü nitelikte bir hukuk yoludur. Ferrer Mac Gregor, E. (2006). "El Amparo iberoamericano", *Estudios constitucionales*, C. 4, S. 2, s. 49; İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 4; Girleşteanu, G. (2011). "The Amparo Proceedings – The Instrument for The Protection of Fundamental Rights and Freedoms-(I)", *Rom. J. Comp. L.*, S. 54, s. 56; Gongora Pimentel, G. D. (2009). "Amparo Ne İçindir?", *Anayasa Yargısı*, C. 29, s. 166; Esen Arnwine, S. (2009). Anayasa Şikâyeti, içinde Kirca, Ç., Yongalık, A. (Der.), *Ankara Hukuk Toplantıları Anayasa Şikâyeti* (ss. 35–39). Ankara: Ankara Üniversitesi Yay., s. 39; Aragón Reyes, M. (1987). "El Recurso de Amparo", *Anales de estudios económicos y empresariales*, S. 2, s. 247–250.

<sup>8</sup> İkinci Cumhuriyet döneminde İspanya'da, Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisi ve *amparo* başvurusu yolu, 1931 tarihli İkinci İspanya Cumhuriyeti Anayasası'nda mevcut olsa da 1937'de başlayan Franco diktatörlüğü ile ortadan kalkmış ve fakat 1978 yılında yeniden kabul edilmiştir. Pérez Tremps, P. (2015). *El Recurso de Amparo*, Valencia: Tirant lo Blanch, ss. 24–25.

<sup>9</sup> Cuenca, C. (2005). *La crisis del Recurso de Amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Universidad de Alcalá. s. 23.

<sup>10</sup> Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

<sup>11</sup> Sala Sánchez, P. (2012). "Temel Hakların Yargısal Korunmasında İspanyol Sistemi: İspanya

İspanya'da anayasa şikâyetinin yani *amparo* başvurusunun beş temel özelliği olduğunu belirtmektedir<sup>12</sup>. Öncelikle *amparo* başvurusu yargısal bir süreçtir. Fakat temel hakları koruma misyonu Anayasa Mahkemesini diğer yargı makamlarından farklı bir şekilde özerk kılmaktadır ve bu anlamda Mahkeme bir derece mahkemesi<sup>13</sup>, yasaya uygunluk incelemesi yapan bir üst derece mahkemesi<sup>14</sup> veya temyiz makamı<sup>15</sup> olarak görülemez. Buna bağlı bir sonuç olarak *amparo* başvurusunun ikinci özelliği olağanüstü bir yol olmasıdır. Bu olağanüstü nitelik, onun yalnızca temel hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda kullanılacak bir yargı yolu olmasından kaynaklanmaktadır<sup>16</sup>. *Amparo* başvurusunun bu iki niteliğine bağlı olan üçüncü özelliği, ikincil bir yol olmasıdır<sup>17</sup>. Dördüncü olarak *amparo* yolu esnek bir hukuk yoludur. Bu başvuru yolu kullanılırken gözetilmesi gereken şekli kuralların yorumlanması, hakların özüne zarar vermeden ve hukuki kesinlik ilkesi ihlal edilmeden uygulanmalıdır. Esneklik *amparo* yolunun dengeleyici bir unsuru olarak görülmektedir<sup>18</sup>. Son olarak *amparo* yolu nihai bir yoldur<sup>19</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin olağan mahkemeler tarafından korunması yetersiz kaldığında anayasal *amparo* yolu ikincil ve nihai bir yol olarak kullanılabilir olacaktır. Bu durum, bir temyiz merci olmasa da kararı iptal etme ve hükümsüz kılma yetkisine sahip olduğu için Mahkemenin uygulamada özel bir temyiz merciine dönüştüğü şeklinde de yorumlanmıştır<sup>20</sup>.

İspanya Anayasası'nın 53/2. maddesi ve Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun'un<sup>21</sup> 41/1. maddesine göre, Anayasa'nın 14.

Anayasa Mahkemesinin Kararları", *Anayasa Yargısı*, C. 29, s. 229.

<sup>12</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 26–32. Ayrıca bkz. Carrasco Durán, M. (2001). "El concepto constitucional de Recurso de Amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del Recurso de Amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 63.

<sup>13</sup> ATC 106/1980, de 26 de noviembre, FJ 4.

<sup>14</sup> STC 11/1982, de 29 de marzo, FJ 4.

<sup>15</sup> STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 7.

<sup>16</sup> STC 6/1998, de 13 de enero, FJ 4.

<sup>17</sup> Ayrıca bkz.: STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1; STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2.

<sup>18</sup> STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 4.

<sup>19</sup> STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 1.

<sup>20</sup> Comella, V. F. (2013). *The Constitution of Spain*, Oregon: Hart Publishing, s. 226.

<sup>21</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. İspanya'da bir organik kanun herhangi bir genel nitelikteki kanundan farklıdır. Organik kanunlar temel haklar ve kamu özgürlüklerine ilişkin veya genel seçim rejimi, Özerk Bölge Tüzükleri veya Anayasa'da öngörülen diğer konularda düzenlenir. Organik kanunların aksine, genel nitelikteki kanunlar, organik kanunlara ayrılmayan tüm

ila 29. maddelerinde tanınan hak ve özgürlükler, anayasal korumaya tabidir. Aynı koruma, Anayasa'nın 30. maddesinde tanınan vicdani ret hakkı için de geçerlidir. Dolayısıyla hangi hakların *amparo* başvurusu konusu olacağı Anayasa'da açıkça tanımlanmıştır ve bu koruma bütün temel hak ve özgürlükler için değil yalnızca Anayasa'da sayılanlar için geçerlidir<sup>22</sup>. Fakat bu diğer hakların hiçbir şekilde *amparo* başvurusuna konu olamayacağı anlamına gelmez<sup>23</sup>. Örneğin mülkiyet hakkı böyle bir haktır. *Amparo* başvurusu yoluyla bu hakkın ihlal edildiği doğrudan ileri sürülemez de etkili başvuru hakkı, ayrımcılık yasağı gibi temel hak ve özgürlükler bağlamında mülkiyet hakkına ilişkin mesele Anayasa Mahkemesi önüne taşınabilmektedir<sup>24</sup>. Anayasa'da sınırlı biçimde sayılmış olmasına karşın, Mahkeme bu konuda genişletici yorumlar yapmaktadır<sup>25</sup>.

*Amparo* başvurusuna konu edilebilen haklar arasında kanun karşısında eşitlik hakkı (mad. 14); yaşam hakkı ile işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmadan maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı (mad. 15); din, düşünce ve vicdan özgürlüğü (mad. 16); kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (mad. 17); onur, özel hayat ve aile hayatının, kişisel varlığın korunması hakkı (mad. 18/1); konut dokunulmazlığı hakkı (mad. 18/2); iletişimin gizliliği hakkı (mad. 18/3); haberleşme özgürlüğü (mad. 18/4); ikamet ve dolaşım özgürlüğü (mad. 19); ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü, akademik özgürlük (mad. 20); toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı (mad. 21); dernek kurma hakkı (mad. 22); kamu hizmetine katılma hakkı (mad. 23/1); kamu hizmetine sunulan tesis ve hizmetlere eşit erişim hakkı (mad. 23/2); savunma ve usule ilişkin güvencelerin sağlandığı etkili bir hukuk yolu hakkı (mad. 24/1 ve mad. 2); suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (mad. 25/1); eğitim hakkı ve öğrenim ve akademik özerklik özgürlüğü (mad. 27); sendika özgürlüğü (mad. 28/1); grev hakkı (mad. 28/2); dilekçe hakkı (mad. 29); vicdani ret hakkı (mad. 30/2) yer almaktadır.

---

konuları kapsayan kanunlardır.

<sup>22</sup> Casas Baamonde, M. E. (2009). "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, C. 26, s. 101.

<sup>23</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 53.

<sup>24</sup> STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4.

<sup>25</sup> Esen Arnwine, S. (2003). "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, s. 253.

Organik Kanun'un 41/2. maddesine göre Anayasa Mahkemesine yapılan *amparo* başvurusu, kamu güçlerinin tasarrufları, eylemleri, işlemleri, kararları ve ihmallerinden kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerin ihlaline karşı yapılabilir. Bu kamu gücünün sahibi devletin ve özerk bölgelerin yetkilileri olabileceği gibi bu kamu gücünü kullanan diğer yerel, tüzel ve kurumsal nitelikteki kamu kuruluşları da olabilmektedir<sup>26</sup>. Bireylerin yasaya karşı doğrudan Anayasa Mahkemesine *amparo* başvurusu yapması mümkün değilse de Organik Kanun'un 42. maddesine göre parlamentonun veya organlarının ve özerk toplulukların yasama meclislerinin veya organlarının yasa niteliği taşımayan kararlarına karşı *amparo* yolu açıktır. Bu kararlara karşı herhangi bir hukuk yolu tüketilmeksizin kararın kesinleşmesini izleyen üç ay içerisinde *amparo* yoluna başvurulabilmektedir<sup>27</sup>. Yasama organının yasa niteliği taşıyan eylem ve işlemlerine karşı anayasaya aykırılık incelemesi söz konusudur. Her ne kadar *amparo* başvurusu yasa niteliğindeki eylemlere ve kararlara karşı yapılamıyorsa da bu eylemlerin ve işlemlerin uygulanması sonucu meydana gelecek ihlallerin Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu olabileceği de unutulmamalıdır<sup>28</sup>.

Yürütme organının işlemleri, eylemleri veya eylemsizliği durumunda da *amparo* başvurusu söz konusu olmaktadır. Organik Kanun'un 43. maddesine göre devlet veya onun yetkilileri veya görevlilerinin, özerk toplulukların yürütme organlarının veya onun yetkilileri veya görevlilerinin işlem, karar, eylem ve eylemsizliğinden kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerin ihlaline karşı *amparo* yoluna başvurulabilmektedir. Yürütme organından kaynaklanan bu işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi önünde *amparo* yoluna başvurabilmek için olağan hukuk yolları tüketilmiş olmalıdır. Başvuru kesin mahkeme kararının tebliğinden itibaren yirmi gün içerisinde yapılmalıdır<sup>29</sup>. Yürütme organının eylem ve işlemleri esnek yorumlanmaktadır. Örneğin kamu gücünü kullanan idari kurumlar meslek kuruluşları, üniversiteler veya sosyal sigortalar kurumu olabilmektedir<sup>30</sup>. Dolayısıyla idari kurumlar tabiri çok geniş yorumlanmıştır. Yürütme organının eylem ve

---

<sup>26</sup> Pérez Tremps, P. (2015). ss. 89–90, 95.

<sup>27</sup> a.g.e. ss. 100–101.

<sup>28</sup> STC 65/1983, de 21 de julio, FJ 2.

<sup>29</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 116–118.

<sup>30</sup> STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 3.

işlemlerinin tahlili yani kamu gücü kavramını yorumlamadaki esneklik, neyin bir kamu gücünün eylem veya işlemi olup olmadığını belirlemede sorunlar da ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi böyle durumlarda bir eylemin kamu gücünden kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlemek için devletin egemenlik gücünün uygulanmasından yola çıkmaktadır<sup>31</sup>. Bununla birlikte, kralın eylem ve işlemlerine karşı *amparo* başvurusu yapılamasa da krallık sarayı organlarının eylem ve işlemlerine karşı başvuru yolu mevcuttur<sup>32</sup>.

Organik Kanun'un 44. maddesine göre yasama organının bir karar, eylem veya ihmalinden kaynaklanan doğrudan ve güncel ihlallere karşı da *amparo* yoluna başvurulabilmektedir. Yine tüm olağan hukuk yolları tüketilmiş olmalı ve başvuru kesin kararın ilgisine tebliğinden sonra otuz gün içerisinde yapılmalıdır<sup>33</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin dolaylı yatay etkisinden ve devletin pozitif yükümlülüklerinden kaynaklanan birey kaynaklı ihlaller de *amparo* başvurusunun konusu olabilmektedir. Bu, özellikle yargı kararlarına karşı yapılan *amparo* başvurularında sıkça karşılaşılan bir durum olmuştur<sup>34</sup>. Öte yandan doğrudan üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallere karşı *amparo* başvurusu yapılamamaktadır. İspanya'da bir de seçim *amparosundan* bahsetmek gerekirse bu başvuru yolu seçimler sırasında veya seçimlere ilişkin olarak ortaya çıkan kamu görevlerine gelme hakkı, siyasi katılım hakkı gibi siyasi hak ve özgürlükler bağlamında gündeme gelmektedir. *Amparo* başvurusunun bir başka çeşidi olduğu da söylenebilir.

Meşru bir menfaati zarar gören herkes, Anayasa'da belirtilen haklarının ihlaline karşı *amparo* yoluna başvurabilmektedir. Buradaki meşru menfaat kavramı ile hem güncel olarak hem de gelecekte potansiyel olarak mahrum kalınacak olumlu etkiden veya muzdarip olunacak olumsuz etkiden kaynaklanan menfaat kastedilmektedir<sup>35</sup>. Organik Kanun'un 53. maddesinde "her vatandaş" *amparo* yoluna başvurabilir denmektedir. Buna karşın Anayasa'nın 162. maddesinin

---

<sup>31</sup> STC 35/1983, de 11 de mayo, FJ 3.

<sup>32</sup> STC 112/1984, de 28 de noviembre, FJ 2.

<sup>33</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 128.

<sup>34</sup> Casas Baamonde, M. E. (2009). s. 104.

<sup>35</sup> STC 119/2008, de 13 de octubre, FJ 5.

1. fıkrası *amparo* başvurusu yapabilecek kişileri sıralarken (b) bendinde meşru bir menfaati olan her gerçek ve tüzel kişi diyerek bu konuya bir açıklama getirmiştir<sup>36</sup>. Dolayısıyla “her vatandaş” kavramı “herkes” olarak anlaşılmalıdır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, bu kavram karışıklığının kapsamını açık bir şekilde ortaya koymamıştır. Fakat uygulamada hem *amparo* başvurusunu yapan kişiler hem de Anayasa Mahkemesinin olaylara yaklaşımı bu kavramın geniş yorumlandığını göstermektedir. Hatta Anayasa Mahkemesi birçok davada vatandaş kavramını birey veya kişi anlamına gelecek şekilde yorumlamıştır<sup>37</sup>. Kamu tüzel kişileri için ise bu hak istisnai olarak kullanılmaktadır<sup>38</sup>. Dolayısıyla İspanya Anayasası gerçek, özel ve kamu tüzel kişileriyle birlikte kendilerine tanınan haklar dahilinde yabancıları, hatta yasadışı yollardan İspanya’ya girmiş olan yabancıları dahi *amparo* başvurusu hakkına sahip görmektedir<sup>39</sup>. Ayrıca Kamu Denetçisi (*el defensor del pueblo*) ve Savcılık (*el ministerio fiscal*) makamları da başvuru sahibi olabilmektedir. Bu yetki, kanun tarafından korunan meşru menfaatin ve vatandaşların haklarının savunulmasında, bu makamların sahip olduğu adaleti sağlama fonksiyonundan kaynaklanmaktadır<sup>40</sup>.

İspanya’da *amparo* başvurusu, yukarıda belirtilen özellikleriyle temel hak ve özgürlükler için öngörülmuş anayasal bir koruma mekanizmasıdır. Bir diğer yandan *amparo* yolu, anayasanın yorumlanması yoluyla davanın kişisel koşullarını aşarak ve meseleyi nesnel bir boyuta ulaştırarak somut olayın ötesindeki temel sorunu ortaya çıkaran bir mekanizmadır<sup>41</sup>. Dolayısıyla *amparo* başvurusunun hem temel hak ve özgürlükleri korumak hem de anayasayı yorumlamak şeklinde iki işlevi olduğu söylenebilir. Nitekim bu ikili işlev temel hak ve özgürlüklerin ikili doğasından ileri gelmektedir<sup>42</sup>. *Amparo* başvurusu yoluyla korunan temel hak ve özgürlüklerin subjektif ve objektif olmak üzere iki boyutu vardır. Temel hak ve özgürlüklerin bir yandan, bireyi hukuki yollarla kamu otoritelerine karşı koruma işlevi gören subjektif boyutu; diğer yandan, adaletin veya hakkaniyetin parametreleri olarak işlev gördüğünden veya

---

<sup>36</sup> Pérez Tremps, P. (2015). ss. 169–173.

<sup>37</sup> a.g.e. s. 179.

<sup>38</sup> Casas Baamonde, M. E. (2009). s. 102.

<sup>39</sup> İnceoğlu, S. (2017). s. 149.

<sup>40</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 199.

<sup>41</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 33.

<sup>42</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.



başka bir deyişle siyasi düzenin ve toplumsal barışın temeli olduğundan veya temeli olarak hizmet etmesi gerektiğinden bir meşrulaştırma işlevi gören objektif boyutu bulunur<sup>43</sup>. Her iki boyutun temel hakkın bir parçası olduğunu ve bu nedenle tamamen farklılaştırılmış veya dışlayıcı boyutlar olarak ele alınamayacağını belirtmek gerekir<sup>44</sup>. Aynı durum *amparo* başvurusunun her iki işlevi için de geçerlidir.

*Amparo* başvurusunun anayasanın yorumlanmasına ilişkin işlevi özellikle Mahkemenin başvuru yoğunluğu sebebiyle yaşadığı yapısal krize yönelik yapılan 2007 yılındaki reformla daha da önem kazanmıştır. Fakat özel anayasal önem kriterinin getirilmesi *amparo* başvurusunun temel hak ve özgürlükleri koruma işlevinden ileri gelen subjektif boyutunun terk edildiği, onun bir koruma mekanizması değil de anayasal yorumlama aracına dönüştüğü anlamına da gelmemelidir. Bununla birlikte yasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin korunması sistemini pekiştiren bu değişikliği, *amparo* başvurusunun temelde anayasayı yorumlama ve nesnel işlevini yerine getirme aracı olarak hareket etmesi gerektiğine dayandırmıştır<sup>45</sup>. İspanyol *amparo* başvurusunun işlevlerindeki bu değişiklik, İspanya Anayasa Mahkemesinin uzun süreli faaliyeti sonucunda karşı karşıya kaldığı çeşitli iş yükü sorununa yönelik hem bir çözüm önerisi olmuş hem de bu önerilerin reformlar aracılığıyla hayata geçirilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

## **B. İSPANYA ANAYASA MAHKEMESİNİN İŞ YÜKÜ SORUNU VE 2007 REFORMU**

1978 İspanya Anayasası ve *amparo* başvurusu yolunun temel hak ve özgürlükleri korumadaki işlevlerinin önemi tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin kararları ve istikrarlı içtihadı ile yürüttüğü yoğun ve kapsamlı çalışma bunun en büyük kanıtıdır. Bu uzun süreli faaliyeti Mahkemeyi iş yükünden muzdarip bir hâle getirmiştir. Bu iş yükünün kabul edilebilirlik aşamasında yoğunlaşması ve Mahkemeye yapılan başvuru ile Mahkeme tarafından sonuçlandırılan başvuru sayısı arasındaki büyük fark, Mahkemenin yaşadığı çöküşü ortaya çıkarmıştır<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Diez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra: Civitas, ss. 36–38; Naranjo Román, R. (2020). *El Recurso de Amparo: la especial transcendencia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, s. 89.

<sup>44</sup> Diez-Picazo, L. M. (2013). s. 63.

<sup>45</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 37.

<sup>46</sup> Garro Vargas, A. (2006). "El Debate sobre la reforma del recurso de amparo en España.



Buna karşı, her ne kadar başarısız da olsa, *amparo* başvurusu yolunu Almanya modeline yaklaştırmak<sup>47</sup> ve iş yükü problemini çözmek amacıyla 1988 yılında *amparo* başvurularının kabul prosedürünün yeniden düzenlenmesi girişimlerinde bulunulmuştur<sup>48</sup>. İş yükü problemini çözmek için yapılan en güçlü reform ve alınan en somut önlemler ise 2007 yılında gerçekleştirilmiştir. İçeriği ve kapsamı itibarıyla bu reform daha sınırlı ve kısmi değişiklikler içeren öncekilerden çok daha iddialı görülmüştür<sup>49</sup>. Bu reform temel olarak *amparo* başvurularının kabul edilebilirlik incelemelerinin esnetilmesi, karar verme süreçlerinin kolaylaştırılması ve derece mahkemeleri önündeki yargılama süreçlerinin güçlendirilmesi amaçlarını taşımaktadır<sup>50</sup>.

Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun, 24 Mayıs 2007 tarihli ve 6/2007 sayılı Organik Kanun ile değiştirilerek iş yükü sorununu çözmek amacıyla *amparo* başvurusunun taşınması gereken yeni bir kabul edilebilirlik kriteri getirilmiştir. Aragón Reyes'e göre tüm bu sorunun birincil nedeni bir çığ gibi sayıları hızla artan *amparo* başvurularıdır. Başvuru sayısındaki bu artış yalnızca bir iş yükü problemi yaratmakla kalmamış, Mahkemenin başvuruları inceleme ve karara bağlama süresinde de önemli gecikmelere sebep olmuştur<sup>51</sup>. Bu yoğunluk, raportörlerin ve yargıçların zamanlarının üçte ikisinden fazlasını *amparo* başvurularına ayırmalarına neden olmuştur. Buna karşın harcanan zamanın ve gösterilen çabanın çoğu kabul edilemezlik kararlarıyla sonuçlanan başvurulara yönelik olmuştur ve bu süre, Mahkemenin esastan inceleyeceği başvurulara ve bu başvuruların müzakeresine ayrılan süreden çok daha fazladır. Bu durumun, İspanya Anayasa Mahkemesini *de facto* bir "amparo mahkemesi" hâline getirdiği ifade edilmiştir<sup>52</sup>. *Amparo* başvurularının Mahkemenin neredeyse tüm

---

Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 76, s. 96.

<sup>47</sup> Cabañas García, J. C. (2010). "El recurso de amparo que queremos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 88, s. 72.

<sup>48</sup> Ortega Gutiérrez, D. (2010). "La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio", *Teoría y Realidad Constitucional*, S. 25, s. 501.

<sup>49</sup> Fernández Farreres, G. (2007). "La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 81, s. 12.

<sup>50</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 26.

<sup>51</sup> Borrajo Iniesta, I. (2008). "Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes", *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, S. 3, s. 179.

<sup>52</sup> Aragón Reyes, M. (2009). "La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional",

zamanını ve maddi kaynaklarını işgal edecek kadar arttığı belirtilmiştir<sup>53</sup>. Nitekim 1997 yılından itibaren İspanya Anayasa Mahkemesi önündeki *amparo* başvuru sayısı toplam dosya sayısına oranı ortalama olarak %98'dir.

Reform planlarının hayata geçirildiği 2007 yılına kadar Anayasa Mahkemesine yapılan *amparo* başvurusu sayısı %20'lere varan bir artış göstermiştir. 1997 yılında 5391, 1998 yılında 5441, 1999 yılında 5582, 2000 yılında 6762, 2001 yılında 6786, 2002 yılında 7285, 2003 yılında 7721, 2004 yılında 7814, 2005 yılında 9476, 2006 yılında 11471 *amparo* başvurusu yapılmıştır<sup>54</sup>. Bu durum yalnızca *amparo* başvurularının sonuçlandırılmasında değil, diğer anayasal süreçlerde de giderek büyüyen bir gecikmeye yol açmıştır. Nitekim reform öncesi bir *amparo* başvurusunun kabul edilebilirlik incelemesinin yapılmasının bir yılı aştığı, ki birçoğunun anayasal içeriğe sahip olmadığı için reddedildiği, bununla birlikte, esasa ilişkin bir karar verilmesinin en az üç yılı bulduğu ve Genel Kurul önündeki başvuruların sonuçlanmasının ise ortalama altı ila yedi yıl sürdüğü gözlemlenmiştir<sup>55</sup>.

Anayasa yargısına ilişkin bu istatistiki veriler, Mahkemeden beklenenlerle Mahkemenin yapabilecekleri arasındaki giderek artan orantısızlığı da göstermektedir. Bu durum, bir yandan Anayasa Mahkemesinin giderek artan iş yükü sorunu karşısında etkili bir koruma sağlayamaması riskini oluşturmakta bir diğer yandan da Mahkemenin işlevleri arasında bir dengesizliğin ortaya çıkmasına yol açmaktadır<sup>56</sup>. Buna karşın bir yıl içinde Mahkemeye yapılan başvuru sayısı ile Mahkeme tarafından sonuçlandırılan başvuru sayısı arasındaki fark neredeyse yok denecek kadar azdır. Yine 1997-2006 yılları arasında sonuçlandırılan başvuru sayısı yapılan başvuruların sayısının ortalama olarak %84,43'üne denk gelmektedir. Hatta bazı yıllarda bu farkın tamamen kapandığı dahi görülebilmekteyse de 2000 yılından 2007 reformuna kadar giderek arttığı, Mahkemenin yapılan *amparo* başvurularının 2005 yılında %64,14'ünü 2006 yılında ise %72,95'ini sonuçlandırabildiği gözlenmektedir<sup>57</sup>.

---

*Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 85, s. 13.

<sup>53</sup> Exposición de motivos II. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 125, de 25 de mayo de 2007, páginas 22541 a 22547 (7 págs.).

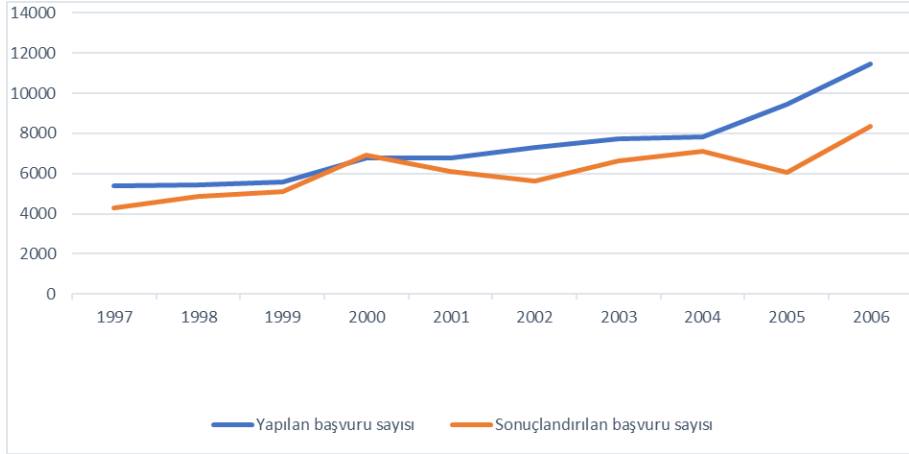
<sup>54</sup> Tablo 1.

<sup>55</sup> Fernández Farreres, G. (2007). s. 17.

<sup>56</sup> Casas Baamonde, M. E. (2009). s. 107.

<sup>57</sup> Tablo 1.

**Grafik 1:** 1997-2006 yılları arasında İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan ve Mahkeme tarafından sonuçlandırılan *amparo* başvurusu sayısının birbirine oranı



Kaynak: İspanya Anayasa Mahkemesi İstatistikleri (Tablo 1)

Organik Kanun'da yapılan değişikliklerin gerekçesinde, çok sayıda *amparo* başvurusunun, Anayasa Mahkemesinin diğer yetkilerine zarar verecek şekilde temel hakların güvence altına alınması işlevinde bir genişlemeye yol açtığı belirtilmektedir. Bu nedenle yapılan reformlar, bu kurum için anayasal olarak öngörülen hedeflere ulaşmak konusunda daha etkili ve verimli yeni bir yapılanma sağlamayı amaçlamıştır<sup>58</sup>. Anayasa Mahkemesinin ve temel hak ve özgürlüklerin korunması sisteminin karşı karşıya kaldığı bu durum o zamana kadar benimsenen sistemi terk etmeye direnenleri bile bu korumanın verimliliğini ve etkililiğini sağlayacak uygun bir model arayışına zorlamıştır<sup>59</sup>.

*Amparo* başvurusu ile sağlanan koruma sisteminin devamlılığını ve etkililiğini artırma önerileri çok çeşitlidir; bazıları sistemin yapısına, bazıları da usulüne ilişkindir<sup>60</sup>. Espinosa Díaz bu önerileri iki başlıkta incelemektedir. Bu önerilerin bir kısmı öğreti tarafından bir kısmı da Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur. Öğreti tarafından

<sup>58</sup> Exposición de motivos III. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>59</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 24.

<sup>60</sup> Hernández Ramos, M. (2009). *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid: Reus, ss. 25–51.

yapılan öneriler arasında Anayasa Mahkemesi teşkilatında değişiklikler yapmak, genel mahkemeler tarafından sağlanan korumayı güçlendirmek, bazı hakları *amparo* koruması kapsamında çıkartmak, başvuru usulünü Anglo-Amerikan modeli *writ of certiorari* gibi tasarlamak ve Mahkemeye yapılan *amparo* başvurularını azaltmaya yönelik önlemler almak olmuştur<sup>61</sup>. *Amparo* başvurularını azaltmaya yönelik öneriler arasında başvurucu olabilecek kişilere, başvuru konusu yapılabilecek vakıalara yönelik sınırlamalar getirmek ve başvuru yapılmasını caydırıcı önlemler almak da vardır<sup>62</sup>. Garro Vargas'ın *ad extra* olarak kategorilendirdiği<sup>63</sup> bu öneriler arasında Fernández Farreres'in, İspanya Yüksek Mahkemesinde özel veya *ad hoc* bir daire kurularak "yargısal *amparo* başvurusu" yolu tesis edilmesine yönelik bir önerisi de bulunmaktadır<sup>64</sup>.

Anayasa Mahkemesinin önerileri başvuruların kabul edilebilirliğine yönelik değişikliklerden oluşmaktadır<sup>65</sup>. Anayasa yargısına yönelik *ad intra* değişiklik önerileri lojistik, içtihat ve normatif alanlara ilişkin önerilerdir<sup>66</sup>. Bu önerilerden biri, Anayasa Mahkemesine yapılan *amparo* başvurusunu hukuka aykırılığı inceleyen son kanun yolu olmaktan çıkarıp temel hakların korunmasında olağanüstü bir hukuk yolu hâline getirmektir. Bu önerinin, her ne kadar çeşitli kararlarında Anayasa Mahkemesi ikincil niteliğini hatırlatsa da, *amparo* başvurusunun bir temyiz yolu olarak kullanılmasından kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bünyesinde daha fazla Daire oluşturulması da düşünülmüş, Mahkemede çalışan hukukçu sayısının artırılması önerilmiştir. Hatta *amparo* başvurusunu ortadan kaldırmanın daha radikal bir çözüm olduğu söylenmiş ve buna ilişkin olarak da Fransa, İngiltere gibi anayasa şikâyetinin olmadığı ülkeler örnek gösterilmiştir. Bununla birlikte *writ of certiorari*<sup>67</sup> gibi bir anayasa şikâyeti sistemini benimseme

<sup>61</sup> Espinosa Díaz, A. (2010). "El recurso de amparo: Problemas antes, y después, de la reforma", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, S. 4, ss. 4–8.

<sup>62</sup> a.g.e. ss. 8–11.

<sup>63</sup> Garro Vargas, A. (2006). s. 100.

<sup>64</sup> Fernández Farreres, G. (2005). *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Madrid: Fundación Alternativas, ss. 36–37.

<sup>65</sup> Espinosa Díaz, A. (2010). s. 11.

<sup>66</sup> Garro Vargas, A. (2006). s. 101.

<sup>67</sup> Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kuralları'nın (*Rules of the Supreme Court of the United States*) 10. maddesine göre *writ of certiorari* incelemesi bir dava hakkı değildir, belli zorunlu koşulların varlığı hâlinde söz konusu olmaktadır ve bu koşulların varlığı Yüksek Mahkemenin takdirine bağlıdır. Bkz. Ahumada Ruiz, M. (1994). "El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 41, ss. 89–136. Adliye Yasası (*Judiciary Act*) ile

fikri itirazlarla karşılanmıştır. Bu usulün Kıta Avrupası geleneğine yabancı olması, kabul edilebilirlik koşullarını değiştirerek iş yükünü azaltmaya yönelik önerileri, Almanya'daki yasal reformları<sup>68</sup> örnek alma fikrine daha da yakınlaştırmıştır<sup>69</sup>. Öğretide başvuruçunun, şikâyetinin anayasa içtihadı bakımından önemini veya kabul edilemezlikten kaynaklanabilecek ciddi sonuçlarını açıklamakla yükümlü tutulacağı "pozitif" bir kabul koşulu önerisinin bu sürecin yükünü azaltabileceği, çünkü diğerlerinin yanı sıra, bir kabul edilebilirlik kararının pratik olarak gerekçeli bir yanıt gerektirmediği belirtilmiştir<sup>70</sup>.

Çok sayıda parlamento görüşmesinden sonra, yasa koyucu *amparo* başvurusunun kabul edilebilirliğini zorlaştırmayı ve başvurunun taşınması gereken şartları daha katı hâle getirmeyi seçmiştir. 24 Mayıs tarihli 6/2007 sayılı Organik Kanun ile 3 Ekim tarihli 2/1979 sayılı Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun'da altıncı kez değişiklik yapılmış ve yapılan bu değişiklik ile *amparo* başvurularının kabul edilebilmesi için özel anayasal önem taşınması şartı öngörülmüştür. Aragón Reyes'e göre böyle bir değişiklik Mahkemenin iş yükü sorununu tamamen çözmesine de *amparo* yolunu güçlendirecektir.

Bu kriterin kabul edilmesiyle kabul edilebilirlik incelemesinde özel anayasal öneme dayalı olarak kabul edilemez bulunan başvuruların sayısı da yıldan yıla artmıştır. 2006 yılında sonuçlandırılan başvuruların %88'i kabul edilemez bulunurken 2007 yılında bu oran %96'ya, 2008 yılında %97'ye kadar çıkmıştır; bu sayı 2014 yılında %96, 2015 ve 2018 yılları arasında %92, 2019 ve 2020 yıllarında %95 oranında seyretmektedir.

---

1891 yılında oluşturulan *certiorari* yoluna ilişkin olarak 1925 yılında yapılan değişikliklerin temel amaçlarından biri, dava yükünün azaltılmasını sağlamak olmuştur. Bu iş yükünü daha da azaltmak için 1988'deki reformla uzun bir süre mevcut olan zorunlu temyiz incelemesi kaldırılarak Yüksek Mahkemeye ulaşan dava sayısı önemli ölçüde azaltılmıştır.

<sup>68</sup> 1956'da Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu (*BVerfGG*)'nda yapılmaya başlanan değişiklikler 1993 yılına kadar sürmüştür. 1993 yılında yapılan değişikliklerle bugün geçerli olan sisteme göre, *BVerfGG*'nin 93a maddesi uyarınca anayasa şikâyetleri, Mahkemenin önemli takdir yetkisine sahip olduğu açık bir kabul kararı gerektirir. Eğer şikâyet konusu temel anayasal öneme sahipse veya başvuruçunun anayasal haklarının icrası için gerekliyse ve reddedildiği takdirde ağır bir zarara maruz kalınması durumu söz konusuysa şikâyetin kabul edilebilir bulunması gerekmektedir. Bkz. Hernández Ramos, M. (2010). "El Tribunal Constitucional Federal alemán aún en la encrucijada balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 88, ss. 83–130.

<sup>69</sup> Rodríguez Álvarez, J. L. (1994). "Seleccionar lo importante: la reciente reforma de trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 41, s. 147.

<sup>70</sup> Aragón Reyes, M. (2003). ss. 69–72.

Özel anayasal önem koşuluna dayalı olarak verilen kabul edilemezlik kararlarının sayısının toplam kabul edilemezlik kararı sayısına oranı yaklaşık olarak 2014 yılında %36, 2015 yılında %37, 2016 yılında %42, 2017 yılında %77, 2018 yılında %72, 2019 yılında %71 ve 2020 yılında %73'ü bulmuştur<sup>71</sup>.

Özel anayasal önem kriterinin getirilmesi Mahkemenin kendisi tarafından önerilmiş<sup>72</sup> ve Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun'da değişiklik öngören 6/2007 sayılı Organik Kanun mecliste bir yıldan fazla bir süre müzakere edildikten sonra 2007 yılında kabul edilerek yasalaşmıştır. Yürürlüğe girmesinden bu yana, meşru menfaati zedelenen başvuruçunun, Mahkemenin şikâyetlerini esastan incelemesi için bir temel hak veya özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmesi artık yeterli değildir; aynı zamanda, konunun özel anayasal önem taşıdığını da kanıtlaması gerekmektedir. Bunun takdiri Anayasa Mahkemesindedir. Aslında 2007'deki reform öncesinde de başvuru konusu bir meselenin anayasal inceleme için yetersizliğine, anayasal içerikten yoksunluk<sup>73</sup> sebebiyle verilen kabul edilemezlik kararlarında ele alınan gerekçelere ek veya bu gerekçeleri tamamlayıcı bir argüman olarak yer verilmiştir<sup>74</sup>.

Mahkeme önüne gelen bir *amparo* başvurusunun özel anayasal önem taşıyıp taşımadığına karar verirken incelemesi sonucu vereceği kararın Anayasa'nın yorumlanması, uygulanması veya genel etkililiği ve temel hakların içeriği ve kapsamının belirlenmesi için yapacağı katkıyı göz önüne almaktadır. Böylece daha önce subjektif bir mekanizma olarak da değerlendirilen *amparo* başvurusu daha objektif bir boyut kazanmıştır<sup>75</sup>. Anayasa Mahkemesi de bir kararında açıkça, Organik Kanun ile yapılan değişikliğin *amparo* başvurusunun başvuruçusu için taşıdığı kişisel önemi ortadan kaldırarak *amparo* yolunu nesnel bir boyuta taşıdığını belirtmiştir<sup>76</sup>. Bu durum Arroyo Jiménez tarafından *amparo* başvurusunun "nesnelleştirilmesi" şeklinde açıklanmaktadır<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> Tablo 2.

<sup>72</sup> González Beilfuss, M. (2016). "La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 107, s. 337.

<sup>73</sup> Matia Portilla, F. J. (2009). "La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 86, s. 348.

<sup>74</sup> ATC 248/1994, de 19 de septiembre, FJ 3.

<sup>75</sup> İnceoğlu, S. (2017). s. 89.

<sup>76</sup> ATC 29/2011, de 17 de marzo, FJ 2.

<sup>77</sup> Arroyo Jiménez, L. (2017). "Especial trascendencia constitucional del Recurso de Amparo", *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, S. 68, s. 37.

Bu kriterin kabulüyle birlikte *amparo* başvurusunda nesnel yaklaşımın tercih edildiği açıktır, hatta öyle ki bu değişiklik başvurusunun ağır ve giderilemez bir zarara uğrayabileceği durumlara bir istisna getiren Almanya'daki reformdan bile daha ileri gitmekte, *amparo* başvurusunu Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin geniş bir takdir payını öngören *certiorari* usulüne daha da yaklaştırmaktadır<sup>78</sup>. Elbette bu koruma devam ettiği sürece, herkesin temel haklarının korunması talebiyle Mahkemeye gidebileceği düşünüldüğünde, Mahkemenin söz konusu korumayı sunma kabiliyetinin ortadan kalktığı söylenemeyecektir. Fakat buradaki temel özellik, örneğin Türkiye'deki bireysel başvuru usulünde bir kabul edilebilirlik koşulu olarak uygulanan anayasal ve kişisel önem kriterinden farklı olarak herhangi bir subjektif unsura yer verilmemiş olmasıdır. *Amparo* başvurusu, amacı temel hakları korumak olan öznel işlevini tamamen reddetmese de bu korumanın yapısını saptıran nesnel bir değişikliği beraberinde getirmiştir. Bir *amparo* başvurusu yolunun varlığının, ihlal edilen hakkın korunmasını sağlayacağı açıktır. Fakat söz konusu koruma, reform ile birlikte, hakka yönelik öznel zararın temel nesnel bir gereklilik taşıdığı durumlarda sağlanacaktır<sup>79</sup>.

6/2007 sayılı Organik Kanun hemen yürürlüğe girmesine rağmen *amparo* başvurularının kabul edilebilir bulunabilmesi için taşıması gereken özel anayasal önem koşuluna ilişkin içtihadın oluşmaya başlaması neredeyse bir yılı bulmuştur. Nitekim reformla birlikte getirilen, kabul edilemezlik kararlarının hangi şartı taşımadığının kararda belirtileceğine ilişkin yükümlülük Mahkemeyi kabul edilebilirlik incelemesi için bekleyen *amparo* başvuruları için uzun bir vakit ayırmak zorunda bırakmıştır<sup>80</sup>. Beklenenden daha uzun süren bir ara dönemde yeni kabul edilebilirlik usulünün *de facto* olarak uygulanmaması, tüm bu süre boyunca bu usulün içeriğine ilişkin içtihadi kriterlere sahip olmayan ve bu sebeple başvurularını gerektiği şekilde hazırlayamayan avukatların eleştirilerine yol açmıştır<sup>81</sup>. Reformun ilk yıllarında Mahkeme, *amparo* başvurusunun özel anayasal öneminin gerekçelendirilmesi zorunluluğuna büyük önem vermiştir. Reforma ve kriterin uygulamasına ilişkin belirsizlikler sonucu da *amparo* başvurularının usuli incelemesinde

---

<sup>78</sup> Aragón Reyes, M. (2009). s. 19; Espinosa Díaz, A. (2010). s. 12.

<sup>79</sup> Aragón Reyes, M. (2009). s. 30.

<sup>80</sup> González Beilfuss, M. (2016). s. 343.

<sup>81</sup> a.g.e. s. 344.



özel anayasal önemin gerekçelendirilmemiş olması sebebiyle birçok *amparo* başvurusu kabul edilemezlik kararı ile sonuçlanmıştır. Bu uygulama, Yargıç Gay Montalvo'nun ATC 289/2008<sup>82</sup> sayılı kararla ifade ettiği karşı görüşünde de açıkça ortaya çıkan Anayasa Mahkemesinin kendi içinde birtakım gerginliklere yol açmıştır<sup>83</sup>. Bir sonraki bölümde tasarı ve kabul sürecinde birçok tartışma ve eleştiriye yol açan 2007 reformu ile getirilen özel anayasal önem kriterinin kapsamı ve bu kriterin uygulanmasına ilişkin İspanya Anayasa Mahkemesinin güncel eğilimleri ele alınmıştır.

## **II. KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERİ OLARAK ÖZEL ANAYASAL ÖNEM**

İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan bir *amparo* başvurusu ilk olarak Mahkemenin Yazı İşleri bölümüne gitmektedir. Burada başvurunun taşınması gereken usule ilişkin gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığına dair bir ilk inceleme yapılmaktadır. Organik Kanun'un 49. maddesine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir *amparo* başvurusunda ihlal iddiasını destekleyen somut olgular açık ve net bir şekilde ortaya konulmalı, ihlal edildiği iddia edilen anayasal hak belirtilmeli ve korunması veya eski hâle getirilmesi talep edilen hak veya özgürlük ihlali kesin olarak açıklanmalı, başvuruçunun sonuç ve talepleri muhakkak yazılmalıdır. Bununla birlikte her koşulda, başvuruçunun başvurusunun neden özel anayasal önem taşıdığını gerekçelendirmelidir. Başvuru vekil ile yapılmışsa vekâletname ilişkisini gösteren bir belge ile başvuruya dayanak kararın bir kopyası ve bununla birlikte ihlal iddiasına dayanak ek belgeler de eklenmelidir. Bu şartlardan herhangi birine uyulmaması hâlinde eksikliklerin on gün içerisinde giderilmesi istenir, giderilmediği takdirde de *amparo* başvurusu kabul edilemez bulunarak reddedilir.

Bir *amparo* başvurusunda şikâyetin taşıdığı özel anayasal önemin gerekçelendirilmesi yükümlülüğü bu kriterin, esasa ilişkin bir kabul edilebilirlik koşulu olmasının yanında usule ilişkin de bir koşul olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla bu kriter usule ve esasa ilişkin olmak üzere iki boyutlu bir niteliğe sahiptir. Başvurunun taşıdığı özel anayasal önemin gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği idari incelemede de göz

---

<sup>82</sup> ATC 289/2008, de 21 de julio.

<sup>83</sup> González Beilfuss, M. (2016). s. 345. Ayrıca bkz. Balaguer Callejón, F., Cámara Villar, G. y Medina Rey, L. F. (2008). *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos.



önüne alındığından, başvuru yapılırken muhakkak olarak başvurunun neden özel anayasal önemi haiz olduğu açıklanmalıdır. Bu anlamda söz konusu kriterin İspanyol anayasa yargısında bir idari ret sebebi olarak da görülebileceği söylenebilir. Bununla birlikte Mahkemenin özel anayasal önemin olmadığı yönündeki takdiri, kabul aşamasında ve esas aşamasında olmak üzere ikiye ayrılır. Öncelikle kabul edilebilirlik aşamasında başvuru, özel anayasal önemi haiz olmaması sebebiyle bir ret kararı ile sonuçlanabilecektir. Ayrıca başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin böyle bir eksiklik, incelemenin esas aşamasına geçilmiş olsa da ya resen ya da taraflardan herhangi birinin itirazı ile yeniden gözden geçirilebilmektedir. Başvurunun kabul edilemezlik kararına karşı ancak savcı tarafından üç gün içinde itiraz edilebilir. İtiraz sonucu verilen karar kesindir. Bütün kabul edilemezlik kriterlerinin yanında özel anayasal önem kriterinin kendine özgü özellikleri ile uygulandığı belli durumlar bulunmaktadır.

#### A. ÖZEL ANAYASAL ÖNEM KRİTERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Başvurunun özel anayasal önemi haiz olduğunu kanıtlamak başvuru sahibinin yükümlülüğüdür<sup>84</sup>. Anayasa Mahkemesinin bir başvurunun özel anayasal önemi haiz olduğunu *ex officio* takdir etme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>85</sup>. Mahkeme, bir *amparo* başvurusunda özel anayasal önemin mevcut olduğunun başvuru tarafından açıklanmasını beklemektedir<sup>86</sup>. Bu kriterin bir davada karşılandığına ilişkin açıklama her ne kadar özel bir şekle bağlı olmasa da yalnızca belli birtakım atıflarla yapılan gerekçelendirme, bu açıklamanın gereği gibi yapıldığı anlamına gelmemektedir<sup>87</sup>. Nitekim özel anayasal önemin varlığı bir ihlalin veya zararın varlığıyla aynı şey değildir. Mahkeme, bunun bir temel hakkın ihlalinin varlığı hakkındaki gerekçelendirmeden başka bir şey olduğunu vurgulamaktadır<sup>88</sup>. Bu sebeple gerekçelendirme farklı olmalı, açık ve net bir biçimde yapılmalıdır. Mahkeme söz konusu özel anayasal önemi, başvurunun genel argümantasyonundan çıkarmayı reddetmektedir. Her ne kadar katı bir şekilde uygulanmasa da pratik açıdan Mahkeme, her anayasal *amparo* talebinin, başvuruya ilişkin ihlal iddialarından farklı ve ayrı terimlerle ifade edilerek anayasal önemine

---

<sup>84</sup> ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2.

<sup>85</sup> STC 176/2012, de 15 de octubre, FJ 4.

<sup>86</sup> STC 116/2013, de 20 de mayo, FJ 3.

<sup>87</sup> STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 2.

<sup>88</sup> STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2.

atıfta bulunan argümanları içeren özel ve farklılaştırılmış bir bölüm içermesini talep etmektedir. Çünkü bir ihlalin varlığı o başvurunun otomatik olarak özel anayasal önemi haiz olduğunu göstermemektedir<sup>89</sup>. Pérez Tremps, Anayasa Mahkemesinin başvurunun özel anayasal önemine ilişkin incelemesini, başvurunun önemli bir başka boyutu olan bir ihlalin varlığından ayırarak yapmasının bu kriterin kapsamını olumsuz anlamda kısıtladığını söylemektedir<sup>90</sup>.

Özel anayasal önem, başvurunun bir niteliğidir ve bu sebeple her bir ihlal iddiasına ilişkin olarak ayrı ayrı değerlendirilmeden bir bütün olarak dikkate alınır<sup>91</sup>. Bu kriter şekle bağlı veya dokümansal bir koşul olmadığından başvurunun özel anayasal öneminin açıklanmadığı durumlarda, bazı usuli eksikliklerin varlığı hâlinde Anayasa Mahkemesi tarafından bu eksikliklerin giderilmesi için tanınan imkândan faydalanılamamaktadır. Bu hususa ilişkin bir açıklamanın olmayışı veya bu açıklamanın yetersizliği düzeltilemez<sup>92</sup>. Yani özel anayasal önem, başvurunun asli ve esasa ilişkin bir unsuru olarak görüldüğünden giderilebilir bir eksiklik olarak kabul edilmemektedir<sup>93</sup>.

Özel anayasal önem kavramının belirsizliği ve bir başvuruda ne şekilde karşılanacağına dair açık bir içtihadın olmaması başlangıçta ciddi şüpheler uyandırarak çeşitli eleştirilere sebep olmuştur. Pérez Tremps, İspanyol hukuk sisteminde, kökleşmiş başkaca benzer bir kavram olmadığı göz önüne alındığında, özel anayasal önem kavramının son derece belirsiz olduğunu ifade etmiştir<sup>94</sup>. Bu anlamda, eski Yargıç Eugenio Gay Montalvo bir muhalefet görüşünde, özel anayasal önemin gerekliliğinin belirsizliğini ve bunu açıklığa kavuşturma ihtiyacını vurgularken kriterin sınır bozucu bir biçimciliğe döndüğünü de belirtmiştir<sup>95</sup>. Ortega Gutiérrez bu kavramın belirsiz olarak görülebileceğini ancak uygulama ile belirlenebilir olabileceğini

---

<sup>89</sup> Pérez Tremps, P. (2015). ss. 269–273.

<sup>90</sup> a.g.e. s. 293.

<sup>91</sup> STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 4.

<sup>92</sup> Fernandez Antelo, L. (2013). “Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Kriterleri: (Anayasal Önem Kriteri Ağırlıklı Bir İnceleme)”, *Anayasa Yargısı*, C. 30, s. 130.

<sup>93</sup> STC 128/2014, de 21 de julio, FJ 2.

<sup>94</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 290.

<sup>95</sup> ATC 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2.

ifade etmiştir<sup>96</sup>. Bu süreçte yargıç, kaçınılmaz olarak takdir yetkisinin uygulanmasını içeren bir yol belirleyecektir<sup>97</sup>.

Anayasa Mahkemesi gerçekleştirilen reformdan sonra, anayasal koruma altındaki temel bir hakkın veya özgürlüğün salt ihlalini, *amparo* başvurusunun kabul edilmesi için artık tek başına yeterli görmemektedir, *amparo* başvurusunun özel anayasal önemi de haiz olması gerekmektedir. *Amparo* başvurusunda bulunan başvuru, şikâyetinin özel anayasal önem taşıdığını yeterince açıklamakla yükümlü olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi her davada bu özel anayasal önemin mevcut olup olmadığını kendisi değerlendirmektedir. Özel anayasal önemin varlığı, şikâyetin anayasanın yorumlanması, uygulanması ve etkililiği ile temel hak ve özgürlüklerin içeriğinin ve kapsamının belirlenmesine yapacağı katkıya göre takdir edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de hem özel anayasal önem ölçütü kavramının hem de var olup olmadığının takdiri için belirlenen kriterlerin dikkate değer ölçüdeki açık ve belirsiz niteliğinin kendisine geniş bir takdir marjı tanıdığını belirtmektedir. Bu sebeple Mahkeme, bu ölçüt bakımından yapacağı inceleme için referans alınabilecek yedi varsayımsal durum belirlemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin bu ölçüt açısından yapılacak inceleme sonucunda vereceği kabul edilebilirlik kararı, Mahkemenin başvurusunun esası hakkında yapacağı incelemeyi sınırlamamaktadır.

## **B. KRİTERİN KAPSAMI, İŞ YÜKÜ SORUNU KARŞISINDAKİ ETKİLİLİĞİ VE UYGULAMASINA İLİŞKİN GÜNCEL EĞİLİMLER**

Reformun ardından özel anayasal önem kavramının kapsamının belirlenmesi, Anayasa Mahkemesinin reformdan yaklaşık iki yıl sonra 2009 yılında verdiği bir kararla olmuştur. Fakat 2008 ve 2009 yıllarında özel anayasal öneme referans verilen kararlar da mevcuttur. Özel anayasal önem kriteri ilk olarak 23 Mart 2009 tarihli bir başvuruda uygulanmışsa da<sup>98</sup>, en açık biçimiyle, Anayasa Mahkemesinin 25 Haziran 2009 tarihli bir kararında ele alınmıştır. Bu kararı verene kadar bu koşulun uygulanmasında Mahkeme belirli esneklikler de göstermiştir.

---

<sup>96</sup> Ortega Gutiérrez, D. (2010). s. 497.

<sup>97</sup> García de Enterría, E. (1996). "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, S. 89, s. 12.

<sup>98</sup> STC 70/2009, de 23 de marzo.

Anayasa Mahkemesi bir ceza davasındaki ihlal iddialarına ilişkin olan bu başvuruda, özel anayasal önem ölçütünün kapsamı ve takdiri için yasada öngörülen kriterlere detaylı açıklamalar getirmiştir. Mahkemenin bu kriterin uygulanabileceği durumları belirlemesindeki temel sebep, *amparo* başvurusuna ilişkin 2007 yılındaki reformdan bu yana geçen süre dikkate alındığında, ölçütün yorumlanmasının geliştirilmesi gerektiği düşüncesidir. Özel anayasal önem kavramının muğlak ve yoruma açık olması, öncelikli olarak bu konuda bir dizi kriter oluşturarak kavramın kapsamını ve sınırlarını belirleme ihtiyacını doğurmuştur. Bu anlamda, bir *amparo* başvurusu, bu kararda sayılan yedi tür durumda, sahip olduğu özel anayasal önem nedeniyle esasa ilişkin bir karar verilmesini gerektirmektedir. Buna göre,

a. Anayasa Mahkemesi *amparo* başvurusuna konu edilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sorunu veya özelliği ortaya koyan başvuruya ilişkin bir içtihat oluşturamamışsa,

b. Başvuruda Anayasa Mahkemesine içtihadını açıklığa kavuşturma veya değiştirme fırsatı veren veya yeni toplumsal olguların veya bir temel hakkın içeriğini düzenleyen normatif değişikliklerin veya İspanya Anayasası'nın 10.2 maddesinde belirtilen uluslararası şartlar ve sözleşmeleri yorumlamakla görevli koruma organlarının içtihadında bir değişiklik ortaya çıkmışsa,

c. Başvuruya konu bir temel hakkın ihlali yasadan veya genel nitelikteki başka bir hükümden kaynaklanıyorsa,

d. Bir temel hakkın ihlali, Anayasa Mahkemesinin temel hakka zarar verdiği kanaat getirdiği ve Anayasa'ya göre başka bir yorum yapılmasını gerekli gördüğü yerleşik içtihadından kaynaklanıyorsa,

e. Başvuruda öne sürülen temel hakka ilişkin Anayasa Mahkemesinin içtihadı derece mahkemeleri tarafından yinelenen bir şekilde ve genel olarak uygulanmamışsa veya anayasal içtihadı farklı yorumlayan ya da bazı durumlarda uygulayıp diğerlerinde görmezden gelen temel haklara ilişkin çelişkili yargı kararları mevcutsa,

f. Bir yargı organı Anayasa Mahkemesi içtihadına uyma yükümlülüğünü açıkça reddediyorsa,

g. *Amparo* başvurusu yoluyla ortaya çıkan mesele, önceki varsayımlardan herhangi birine dahil edilmeden, ilgili ve genel, sosyal

veya ekonomik etkiye ilişkin yasal bir sorunu gündeme getirirse veya özellikle, münhasıran olmasa bile, belirli seçim veya parlamento başvurularında olduğu gibi genel politik sonuçları mevcutsa özel anayasal önem söz konusudur<sup>99</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir *amparo* başvurusunu özel anayasal önemi sebebiyle kabul edilebilir bulmanın mümkün olduğu yedi durum belirlemiştir. *Amparo* korumasının dinamik doğası ve anayasal menfaati gündeme getiren yeni sorunların ortaya çıkabileceği gözetildiğinde, tüketici biçimde sayılmayan bu yedi varsayımsal duruma yenilerinin dâhil edilme olasılığı bulunmaktadır<sup>100</sup>. Kabul edilen tüm *amparo* başvurularının özel anayasal önem taşıdığı açıktır ancak hangi somut olayın hangi sebeple bu kategorilere sokulduğunun açıkça ifade edildiği başvurular olsa da tam olarak net olmadığı başvurular da bulunmaktadır. Bu nedenle, özel anayasal öneme sahip başvuruların içeriğini açıklığa kavuşturmak ve sağlamlaştırmak için en azından hangi varsayıma dayanılarak gerekçelendirildiğinden bahsetmek yerinde olacaktır.

### **1. Kriterin Uygulamasında STC 155/2009 Sayılı Karar ile Belirlenen Yedi Varsayımsal Durum**

#### **a) Anayasal İçtihadın Olmaması**

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir şikâyet, daha önce incelenmemiş ve şikâyete ilişkin konuda bir içtihat oluşturulmamışsa veya konunun içeriği, üzerinde yeterince çalışılmamış sorunları gündeme getiriyorsa anayasal önemi haiz olduğu kabul edilir. Mahkeme bu gibi durumlarda değerlendirmesini, bir sorun veya içtihadı yeni bir boyut kazandıracak bir durum olduğunu söylemekle ve en fazla bu yeniliğin ne olduğunu belirtmekle sınırlamaktadır<sup>101</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, özel anayasal önemin olup olmadığını incelediği ilk davalardan biri, bir öğretmenin mahremiyet hakkının ihlaline ilişkin şikâyeti olmuştur. Çalıştığı okul idaresi, öğretmen olan başvurucuyu psikolojik tıbbi raporlarını kullanarak kalıcı sakatlık nedeniyle emekli olmaya zorlamıştır. İdarenin söz konusu raporları nasıl elde ettiği bilinmese de başvurucunun izni olmadan elde edildiği

<sup>99</sup> STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.

<sup>100</sup> STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 1.

<sup>101</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 297.

tespit edilmiştir. Hukuki kesinlik ilkesine ilişkin olduğu tespit edilen şikâyetin daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmemiş bir mesele olduğu belirtilmiş ve özel anayasal öneminin bulunmadığına ilişkin itiraz reddedilmiştir<sup>102</sup>. Yine bir başka davada ise mülkiyet hakkına ilişkin bir yargılamada faks yoluyla yapılan tebligatın kendisi tarafından teslim alınmadığını iddia eden başvuruçunun şikâyeti kabul edilebilir bulunmuştur. Buna gerekçe olarak Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında, olağan yargı yetkisi kapsamında, faksla gerçekleştirilen tebligat işlemlerinin karşılaması gereken koşullara ilişkin yeterli ve esaslı tespitlerin bulunmaması, böylece bunların etkili bir hukuk yolu hakkıyla uyumlu olmaması ve söz konusu davanın da bu sorunları açıklığa kavuşturma fırsatı vermesi gösterilmiştir<sup>103</sup>.

Bir ceza yargılaması kapsamında hapis cezasına çarptırılan yabancıların aynı zamanda sınır dışı edilmesine karar verilmesi de bu anlamda incelenmesi gereken bir mesele olarak görülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu tarz "çifte ceza" konusunda karar vermesi gerektiğini, nitekim özellikle İspanya'daki kalabalık yabancı nüfusun bir sonucu olarak bahsedilen sorunun mahkemeler önünde sık sık tekrarlanabileceğini göz önünde bulundurmuştur<sup>104</sup>. Benzer şekilde bankacılık kuruluşlarının müşterilerinin kişisel verilerini rızaları olmadan tüketici derneklerine vermeleri<sup>105</sup>, başvuruçunun rızası ve yetkisi olmadan polislin telefon rehberindeki kişilerin listesine erişimi<sup>106</sup>, adaylıktan daha önce istifa eden kişinin belediye başkanı olarak seçilmesi<sup>107</sup>, başvuru hakkında icra takibine ilişkin tebligatların güncel ikametgâh adreslerine yapılmaması<sup>108</sup>, başvuruçunun çalıştığı şirkette kullandığı elektronik postaların içeriğinin denetlenmesi sonucu işten çıkarılması<sup>109</sup> gibi konular da bu kapsamda kabul edilebilir bulunmuştur<sup>110</sup>.

---

<sup>102</sup> STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1.

<sup>103</sup> STC 58/2010, de 4 de octubre, FJ 3; Mülkiyetle ilişkin uyumsuzluklarla ilgili olarak ayrıca bkz. STC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; STC 79/2013, de 8 de abril, FJ 2.

<sup>104</sup> ATC 185/2011, de 21 de diciembre, FJ 1.

<sup>105</sup> ATC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 4.

<sup>106</sup> STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 2.

<sup>107</sup> STC 147/2013, de 6 de agosto, FJ 2.

<sup>108</sup> STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 2.

<sup>109</sup> STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 2.

<sup>110</sup> Benzer yönde kararlar için ayrıca bkz. STC 47/2014, de 7 de abril, FJ 2; STC 130/2014, de 21 de julio, FJ 2; STC 160/2014, de 6 de octubre, FJ 2; ATC 44/2015, de 25 de febrero, FJ 1.

Anayasal içtihadın olmadığı veya eksik olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi, savcılık itirazı üzerine şikâyeti özel anayasal önem kriteri açısından incelemiş ve sorunun ne olduğunu tespit ederek bu konuda bir boşluk olduğunu, dolayısıyla da şikâyeti incelemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi önüne gelen şikâyetlerde belli bir konu bütünlüğü bulunmamaktadır, odaklanılan temel mesele söz konusu şikâyetin daha önce incelenip incelenmediği veya bu incelemenin yeterli olup olmadığıdır. Davanın ekonomik bir mahiyeti olsa dahi anayasal içtihadın yokluğu meseleyi incelenebilir kılabilir<sup>111</sup>.

İspanya Anayasa Mahkemesinin istatistiklerine göre<sup>112</sup>, bu varsayım, yani *amparo* başvurusu ile gündeme gelen mesele ile ilgili bir anayasal içtihadın olmaması uygulamada en çok başvuru alan varsayımdır<sup>113</sup>. Yaklaşık 42 yıldır faaliyet gösteren bir Mahkemenin hemen hemen her alanda içtihat oluşturma fırsatına sahip olmasına rağmen anayasal içtihadında hâlâ boşluklar olduğu kanaati dikkat çekicidir. Esasında Mahkeme önüne gelmiş bir meselede temel bir hak veya onun bir yönü hakkında bir içtihat olmaması şart değildir, başvurunun yeni spesifik bir sorunu gündeme getirmesi yeterlidir<sup>114</sup>. Mahkeme, anayasal içtihadın olup olmadığını, başvurunun kabul edildiği veya sonuçlandırıldığı değil yapıldığı zamana göre değerlendirmektedir<sup>115</sup>.

#### b) Anayasal İchtihadın Netleştirilmesi veya Değiştirilmesinin Gerekmesi

Anayasal içtihadın netleştirilmesine veya değiştirilmesine yönelik ihtiyaç genellikle yeni toplumsal koşulların ortaya çıkmasından, uluslararası denetim mekanizmalarının içtihatlarının değişmesinden veya bir temel hakkın içeriğini değiştiren hukuki yeniliklerden kaynaklanabilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu tür değişiklik ve yeniliklere ilişkin olan başvuruların özel anayasal önemi haiz olduğu sonucuna varması, bu toplumsal, politik ve hukuki değişiklikler tarafından motive edilen durumları iç hukuka uyarlama amacının sonucudur. Bu durum aslında uluslararası prensipleri kendi içtihadına yansıtmakla yükümlü olan Anayasa Mahkemesinin önüne gelen şikâyette

<sup>111</sup> STC 56/2013, de 11 de marzo, FJ 1.

<sup>112</sup> Tablo 3.

<sup>113</sup> Mahkemenin son yıllarda bu varsayıma dayalı olarak verdiği bazı kabul edilebilirlik kararları için bkz.: STC 99/2021, de 10 de mayo; STC 46/2020, de 15 de junio; STC 1/2019, de 14 de enero; STC 58/2018, de 4 de junio; STC 60/2017, de 22 de mayo; STC 107/2016, de 7 de junio.

<sup>114</sup> STC 115/2013, de 9 de mayo; STC 29/2014, de 24 de febrero; STC 170/2013, de 7 de octubre.

<sup>115</sup> STC 56/2013, de 11 de marzo.



*motu proprio* bir inceleme yapıp yapmayacağı yönünden de bir şüphe oluşturur<sup>116</sup>. Zira daha önce de belirtildiği gibi bir şikâyetin özel anayasal önemi haiz olduğuna ilişkin resen bir inceleme yapılmamaktadır. Fakat Mahkemenin önüne gelen şikâyette söz konusu kriteri esnek olarak yorumlama imkânı olduğunu da unutmamak gerekir.

Bir diğer yandan ekonomik kriz, işsizlik, terörizm gibi hakları ve bu hakların içeriğini etkileyen toplumsal değişiklikler çok çeşitli olduğundan hangilerinin özel anayasal öneme sahip olduğunu belirlemek de güçtür. Bu durum anayasa yargıcına geniş bir takdir marjı bırakarak kaçınılmaz olarak öngörülebilirlik ilkesine ilişkin bir yoksunluğu da beraberinde getirir<sup>117</sup>. Son olarak uluslararası arenada temel hak ve özgürlüklerin içeriğini değiştiren içtihadın iç hukuka uyarlanması meselesinde hangi mekanizmaların dikkate alınacağı konusunda Anayasa'nın 10/2. maddesi referans olabilir. Bunların başında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın geldiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi, ölçütün uygulanabileceği durumları belirlediği ilk davada anayasal içtihadı netleştirme gerekliliğinin başvurunun özel anayasal öneminin mevcut olduğunu gösterdiğine kanaat getirmiştir. Mahkeme önüne gelen bu davada, *amparo* başvurusunda bulunan kişi, yargı makamları tarafından basit nitelikli hırsızlık sebebiyle önce günlüğü 6 avrodan kırk beş günlük para cezası ile cezalandırılmıştır. Fakat temyiz incelemesinde mahkûmiyet hükmü ağırlaştırılarak başvurucağının sekiz gün ev hapsi ile cezalandırılmasına ve yargılama giderlerini ödemesine karar verilmiştir. Başvurucu hem temyiz incelemesi sonucunda kendisine verilen ilk cezadan daha ağır ve farklı nitelikte bir ceza verilmesinin hem de hakkında verilen cezanın gerekçelendirilmemiş olmasının etkili başvuru hakkını ve gerekçeli karar hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek anayasal *amparo* başvurusunda bulunmuştur. Mahkemenin bu davada özel anayasal önemin mevcut olduğuna kanaat getirmesinin sebebi, söz konusu davanın, savcının suçlaması ve mahkeme tarafından verilecek mahkûmiyet kararı arasındaki uygunluğa ilişkin anayasal doktrini netleştirmeye ve hatta ana hatlarını çizmeye olanak tanınmasıdır<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Örneğin İspanya Anayasa Mahkemesi, bir başvuruda şikâyetin özel anayasal öneminin yeterince gerekçelendirilmediğini kabul etse de başvuruyu incelemeye karar vermiştir. STC 58/2014, de 5 de mayo, FJ 2.

<sup>117</sup> Esquivel Alonso, Y. (2013). "El requisito de la especial transcendencia constitucional: 'Decidir no decidir'", *Estudios de Deusto*, C. 61, S. 2, s. 188.

<sup>118</sup> STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.



Anayasa Mahkemesinin içtihadının netleştirilmesi gerektiğine ilişkin tespitlerden bir diğeri, başvuruçunun otoyolda aracına bir hayvanın çarpması sonucu uğradığı zararın karşılanması talebine ilişkin şikâyetinde gündeme gelmiştir. Esasında şikâyet idari kısa yargılama sürecindeki vekâlet ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Başvuruçunun avukatı duruşmaya katılmak üzere bir başka avukatı yetkilendirmiştir. Fakat idari yargı makamları bu avukatın vekâletname veya yetki belgesi olmadan duruşmaya katıldığını tespit etmiş ve başvuruçunun davasını takip etmediğine kanaat getirerek davayı düşürmüş, yargılama masraflarının ödenmesine karar vermiştir. Başvuruçunun temel argümanı, kanunların bir avukatın mahkeme önünde temsil görevini yerine getirebilmesi veya başka bir avukat yerine duruşmada hazır bulunabilmesi için vekâletname gibi herhangi bir belge sunmasını gerektirmemesidir. Anayasa Mahkemesi bu başvurunun daha önce karara bağladığı benzer konulardaki başvurulardan farklı yönleri olduğunu ve bu anlamda avukatın temsilîyet ilişkisine dair içtihadını daha da netleştirilmesi ve açıklığa kavuşturması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim kararda da referans verildiği üzere AİHM'in İspanya'ya karşı incelediği *Saez Maeso*<sup>119</sup> davasında, başvurudaki gibi idari yargılama davasının esasına girilmeden reddedilmesine imkân veren usule ilişkin şartların ölçüsüz bir şekilde yorumlanmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini tespit etmesi Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadını açıklığa kavuşturmasını gerektirmiştir<sup>120</sup>. Bir temel hakkın içeriğine etki eden hukuk normunun yorumu meselesi başka başvurularda da<sup>121</sup>, örneğin seçimlere ilişkin *amparo* başvurularıyla gündeme gelebilmekte ve davanın özel anayasal önemi ülkedeki toplumsal dinamiklerin değişen yapısından kaynaklanabilmektir<sup>122</sup>.

Bununla birlikte örneğin bir şirketin ücret politikasından kaynaklanan maaş farklılıklarının, iş ilişkileri alanındaki eşitlik hakkının<sup>123</sup>; bir ceza mahkemesinin fikri mülkiyet suçu nedeniyle verdiği hapis cezasının

<sup>119</sup> Bu davada AİHM, başvuruçunun üniversite diplomasının verilmesine ilişkin idari bir yargılamada derece mahkemeleri önündeki davasının önce usulü gereklilikleri taşıdığı kabul edilip yaklaşık 5 yıl sonra usulü bir koşulu yerine getirmede gerekçesiyle reddedilmesinin yargı makamlarının söz konusu kriterleri geniş ve orantısız yorumlamasından kaynaklandığını söylemiştir. *Saez Maeso/İspanya*, B. No: 77837/01, 09/11/2004, § 30.

<sup>120</sup> STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2.

<sup>121</sup> STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2.

<sup>122</sup> STC 61/2011, de 5 de mayo, FJ 2; FJ 12.

<sup>123</sup> STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2.

infaz edilmediği takdirde başvuruçunun sınır dışı edilmesinin, lehe yorum ve elverişlilik açısından kişi hürriyeti hakkının<sup>124</sup>; deneme süresindeki hamile işçinin iş akdinin feshedilmesinin, hamile işçilerin ayrımcılığa uğramaması hakkının<sup>125</sup>; kamuyu ilgilendiren bir konuda yazılan bir makaledeki ifadeler sebebiyle cezalandırılmanın, çatışan haklar bağlamında ifade özgürlüğü ile kişinin onurunun korunması hakkının<sup>126</sup>; yanlış park sebebiyle trafik kurallarına aykırılıktan verilen idari para cezasının, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin<sup>127</sup> içeriği ve kapsamı ile ilgili anayasal doktrini tamamlama ve netleştirme imkânı verdiği kanaat getirilmiştir.

Anayasal içtihadın netleştirilmesinin veya değiştirilmesinin gerektiğine kanaat getirilen durumlar, bir şikâyetin özel anayasal önem taşıdığına ilişkin olarak Mahkeme tarafından sıklıkla takdir edilen ikinci varsayımdır<sup>128</sup>. Çoğu durumda anayasal önem, her şeyden önce, anayasal içtihadı değiştirmekten ziyade açıklığa kavuşturma ihtiyacına dayanmaktadır<sup>129</sup>. Bu ihtiyacın özellikle AİHM başta olmak üzere uluslararası insan hakları yargısında verilen kararlar sonucu duyulduğu söylenebilir.

#### c) Bir Temel Hakkın İhlalinin Genel Bir Hukuk Kuralından Kaynaklanması

Bir temel hakkın yasadan veya genel düzenleyici başka bir kural tarafından ihlali durumunda özel anayasal önemin varlığı söz konusu olmaktadır. Bu konuda hükmün niteliğine ilişkin bir sınırlamaya gidilmemesi her türlü hukuk kuralından kaynaklanan ihlallerin *amparo* başvurusuna konu olabileceği şeklinde yorumlanabilir<sup>130</sup>.

Seçim kanunlarından ve düzenlemelerinden kaynaklanan ihlaller bu varsayımda yoğunluktadır. Örneğin seçim kurulunun adaylık kurallarına ilişkin bir şikâyette Mahkeme, bir temel hakkın genel nitelikteki bir norm sebebiyle ihlal edildiğini belirterek özel anayasal önemin

---

<sup>124</sup> STC 68/2011, de 16 de mayo, FJ 2.

<sup>125</sup> STC 173/2013, de 10 de octubre, FJ 2.

<sup>126</sup> STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2.

<sup>127</sup> STC 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2.

<sup>128</sup> Mahkemenin son yıllarda bu varsayıma dayalı olarak verdiği bazı kabul edilebilirlik kararları için bkz. STC 68/2020, de 29 de junio; STC 85/2020, de 20 de julio; STC 88/2020, de 20 de julio; STC 47/2019, de 8 de abril; STC 59/2018, de 4 de junio.

<sup>129</sup> González Beilfuss, M. (2016). s. 356.

<sup>130</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 298.

varlığını belirtmiştir<sup>131</sup>. Elbette bu uygulama yalnızca seçim kurulu gibi idari kurumların genel kurallarıyla sınırlı değildir. Özellikle kanun karşısında eşitlik ilkesi bakımından da çeşitli konularda başvurular söz konusu olmuştur. Örneğin sosyal güvenlik uyumsuzluğuna ilişkin bir şikâyette, ayrımcılık yasağının ihlali incelenmiştir. Yarı zamanlı bir işçi olan başvurucu, on beş yıllık asgari prim süresini karşılamadığı için reddedilen emeklilik aylığını talep etmiştir. Başvurucu, Genel Sosyal Güvenlik Kanunu'nda öngörülen emeklilik aylığını almak için prim süresinin hesaplanmasında, tam zamanlı çalışanlara göre yarı zamanlı çalışanlara karşı ayrımcılık yapıldığını ve eşitlik hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu davada şikâyetin özel anayasal öneminin, temel hakkın ihlalinin sosyal güvenlik priminin hesaplanmasına ilişkin bir kanun hükmünden kaynaklanmasından ileri geldiğini belirtmiştir<sup>132</sup>. Bir başka davada ise haklarında açılan bir icra takibinde ücretsiz adli yardımdan faydalanmak isteyen başvurucuların bu talebinin aile gelirinin belli bir miktarın altında olmasını gerektiren kanun hükmü sebebiyle karşılanmamasının özel anayasal önemi haiz olduğuna kanaat getirilmiştir<sup>133</sup>.

Görüldüğü üzere ihlal iddialarının kanun veya genel nitelikteki normların öngördüğü kısıtlamalardan kaynaklandığı durumlarda özel anayasal önemin varlığı kabul edilmiştir. Yalnız bu durum bir yasanın anayasaya aykırı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır; nitekim bu durum, bir anayasaya aykırılık incelemesine konu olacaktır ki bu da *amparo* başvurusunun konusu değildir.

#### d) Bir Temel Hakkın İhlalinin Yerleşik Bir İçtihadattan Kaynaklanması

Bir temel hakkın ihlalinin Anayasa Mahkemesinin temel hakka zarar verdiğine kanaat getirdiği ve Anayasa'ya göre başka bir yorum yapılmasını gerekli gördüğü yerleşik içtihadından kaynaklandığı durumlarda özel anayasal önemin varlığı kabul edilir. Anayasal içtihadın olmadığı veya temel hakların korunmasında yetersiz veya eksik görüldüğü durumlarda yasanın içtihadı yorumunun gözden geçirilmesi amaçlanmaktadır. Temel hak ihlalinin Anayasa Mahkemesinin başka

<sup>131</sup> STC 165/2011, de 1 de noviembre, FJ 2. Seçim amparosu için ayrıca bkz. STC 162/2011, de 2 de noviembre, FJ 2; STC 163/2011, de 2 de noviembre, FJ 2; STC 170/2011, de 3 de noviembre, FJ 2.

<sup>132</sup> STC 116/2013, de 20 de mayo, FJ 3.

<sup>133</sup> STC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2.

bir yorumda bulunmayı gerekli gördüğü hatalı bir anayasal yorumdan kaynaklandığı bu durumlar, yargı organları tarafından yapılan anayasal içtihadı aykırı ve yinelenen ihlallerden farklı olarak algılanmalıdır.

Bir temel hakkın ihlalinin yerleşik bir içtihattan kaynaklandığı durumlardan birinde şikâyet ifade özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı bağlamında gündeme gelmiştir. Cadiz'deki Ceza İnfaz Kurumunda mahkûm olan başvuru, infaz hâkimine hitaben yazdığı ve ceza infaz kurumunda olup bitenlerden şikâyetçi olduğu mektubunu kapalı bir zarf içinde teslim ettiği hâlde içeriğinin daha sonra görevliler tarafından öğrenilmesi üzerine, mektuptaki bazı ifadeleri sebebiyle cezalandırılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre başvurunun özel anayasal önemi, söz konusu ihlalin, ceza infaz merkezlerindeki mahkûmların haberleşmesinin gizliliğine ilişkin anayasa doktrininin uygulanabilirliği meselesinden kaynaklanmıştır<sup>134</sup>. Nitekim aynı ihlaller Aragon ile Castilla ve León bölgelerinde de meydana gelmiştir<sup>135</sup>. Bu anlamda söz konusu davada İspanya'nın diğer bölgelerindeki uygulamayı da etkileyecek başka bir içtihadı yorum yapılması gereği duyulmuştur.

Bir temel hakkın ihlalinin yerleşik bir içtihattan kaynaklanması o anayasal içtihadın eksik kaldığı veya benzer uyumsuzluklara uygulanacak şekilde etki alanının genişletilmesinin gerektiği durumlarda da söz konusu olmaktadır. İspanya Anayasa Mahkemesi istatistikleri bu varsayımın uygulamasının diğerlerine oranla oldukça az olduğunu göstermektedir.

#### e) Anayasal İchtihadın Yinelenen Bir Şekilde Uygulanmaması

Genel olarak ve tekrarlanan bir şekilde, yargı makamları tarafından Anayasa Mahkemesi içtihatlarının uygulanmaması, farklı şekilde yorumlanması, aynı koşullara sahip davalarda farklı şekilde uygulanması durumlarında özel anayasal önemin varlığı kabul edilmektedir. Bu durumun münferit olmaması tekrarlanması da beklenmektedir. Elbette bunun iki, üç veya on kez tekrarlanıp tekrarlanmadığını teyit edecek merci, anayasa yargısının kendisi olacaktır<sup>136</sup>. Aslında bu durum bir diğer yandan Anayasa'nın en yüksek yorumcusu olan Anayasa Mahkemesinin kararlarının uygulanmaması dolayısıyla Anayasa'nın da açık bir ihlali anlamına gelse de anayasal içtihadı uygulanmasının açıkça

---

<sup>134</sup> ATC 165/2011, de 27 de febrero, FJ 2.

<sup>135</sup> STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; STC 15/2011, de 28 de febrero, FJ 3.

<sup>136</sup> Esquivel Alonso, Y. (2013). s. 192.

reddedilmesinden farklıdır çünkü bu ikinci durumda kasti bir davranış söz konusu olmaktadır.

Yinelenen bir şekilde anayasal içtihadı uyulmaması durumu çeşitli şekillerde ortaya çıkmıştır. Örneğin hapisane hücresinde yapılan aramanın biçiminin mahkûmun mahremiyet hakkını ihlal etmesi<sup>137</sup>, hapisane yönetimine ilişkin şikâyetlerini infaz hâkimine bildiren mahkûmun mektubunun görevliler tarafından açılmasının haberleşmenin gizliliği hakkını ihlal etmesi<sup>138</sup>, gözaltına alınan başvuruçunun *habeas corpus* talebinin reddedilmesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmesi<sup>139</sup> bu yinelenen ihlallere örnek davalar olmuştur. Bu gibi durumlarda yinelenen ihlalin spesifik ve münferit bir konuda değil de aslında Anayasa Mahkemesi önüne sıklıkla gelen konularda olduğu görülmektedir.

Her uygulama farklılığı, anayasal içtihadın uygulanmaması sebebiyle önemli olduğu anlamına gelmemektedir. Söz konusu farklılığın önemi başvurunun kişisel mahiyetini aşacak şekilde anayasal bir mesele ortaya koymalıdır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadının uygulanmaması veya farklı şekillerde uygulanması bir şikâyetin özel anayasal önemi haiz olması bakımından belirleyicidir.

#### f) Anayasal İctihada Uyulmasının Açıkça Reddedilmesi

Yargı organlarının Anayasa Mahkemesi kararlarına uymaması, tekrarlanan bir şekilde yargı makamları tarafından veya temel haklara aykırı yargı kararlarıyla Anayasa Mahkemesi içtihatlarının uygulanmaması, farklı şekilde yorumlanması, aynı koşullara sahip davalarda farklı şekilde uygulanması durumuna benzerdir. Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmasının açıkça reddedildiği bu durum bir "hukuki isyan" olarak tanımlanmaktadır<sup>140</sup>.

Birçok durumda Anayasa Mahkemesinin kararlarının yinelenen bir biçimde uygulanmaması, yargı makamlarının o içtihadı uyma görevini açıkça reddettiği anlamına da gelmektedir. Nitekim yukarıda da bahsedilen hapisane hücresinde yapılan aramanın biçiminin mahkûmun mahremiyet hakkının ihlaline ilişkin olduğu şikâyette,

---

<sup>137</sup> STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 6.

<sup>138</sup> STC 107/2012, de 21 de mayo, FJ 2.

<sup>139</sup> STC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; STC 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2.

<sup>140</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 300.

uymama eyleminin birçok kez tekrarlanması sonucu Anayasa Mahkemesi içtihadına uyma görevinin açıkça reddedildiği sonucuna varılmıştır<sup>141</sup>. Bununla birlikte anayasal içtihadı uymama durumu yalnızca kararı uygulama anlamında değil, bu kararı gerekçelendirme yükümlülüğü bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Zira bu başvurunun özel anayasal önemi, mahkûma verilen ceza karşısında yargı organları tarafından verilen kararların basmakalıp niteliği ile başvuru temel hak ve özgürlüklerinin ihlallerini bu yargı organları önünde dile getirmiş olmasına rağmen kararlarda bunlarla ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmamasından da kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak gerek gerekçelendirme yükümlülüğüne uyulmayan gerekse anayasal içtihadı ihlal etme niyetini ortaya koyan bir meseleye ilişkin *amparo* başvurusu kabul edilemez bulunamayacaktır<sup>142</sup>.

Esasında yargı organlarının anayasal içtihadı uymayı ve onu uygulamayı açıkça reddetmesi Anayasa'ya saygıyı da zedeleyen bir durumdur. Bir yargı organının Anayasa Mahkemesi kararlarına uymaması, hukuk sistemine ve anayasayı yorumlayıcı organın işlevine saygı göstermemesi hukuk güvenliği ilkesini de sarsmaktadır. Bir başka davada 1998'de işlenen bir vergi suçundan 2004 yılında mahkûm olan başvuru sahibinin özel anayasal önemi, Anayasa Mahkemesinin zaman aşımının hesaplanmasına ilişkin açık bir kararının varlığından haberdar olmalarına rağmen yargı organlarının bilinçli olarak bu içtihadı uygulamamaya karar vermelerinden kaynaklanmıştır<sup>143</sup>. Yargı organlarının Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulamadaki isteksizliğini açıkça belirtmesi, ihlalin kasıtlı niteliğini ortaya koymaktadır<sup>144</sup>. Anayasa Mahkemesi, içtihadının uygulanmamasını onun hatalı yorumlanmasından ve uygulanmasından tamamen farklı olarak görmekte ve bu bilinçli hareketi bir direniş eylemi olarak yorumlamaktadır<sup>145</sup>. Bu varsayım, bir başvurunun özel anayasal öneme sahip olduğunun en fazla takdir edildiği üçüncü durumdur<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 6.

<sup>142</sup> STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 8.

<sup>143</sup> STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3.

<sup>144</sup> STC 115/2015, de 8 de junio, FJ 2.

<sup>145</sup> ATC 26/2012, de 31 de enero, FJ 3.

<sup>146</sup> Tablo 3. Mahkemenin son yıllarda bu varsayıma dayalı olarak verdiği bazı kabul edilebilirlik kararları için bkz. STC 93/2018, de 17 de septiembre; STC 60/2017, de 22 de mayo.

g) Şikâyetin Sosyal, Ekonomik veya Politik Sonuçları Olması

Başvuruda ileri sürülen ihlale ilişkin meselenin, ilgili ve genel, sosyal veya ekonomik etkiye ilişkin yasal bir sorunu gündeme getirmesi veya genel politik sonuçları olması durumunda özel anayasal önemin varlığı kabul edilir. Bu durumun anayasal sistemin kökünde yer alan demokratik kurumların oluşumu, işleyişi ve yapısını etkilediği ölçüde seçim ve parlamento konularını ve bununla birlikte özel ağırlığı olan temel hak ihlallerini içerdiği söylenebilir<sup>147</sup>. Şikâyetin ilgili bir hukuki soruyu gündeme getirmesi, genel bir sosyal etkisinin olması ya da ortaya çıkan çatışmanın genel ekonomik etkilerinin veya genel siyasi sonuçlarının olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, her durumda, ilgili bir hukuki mesele ile neyin anlaşıldığını ve meselenin genel, sosyal veya ekonomik etkisini tahlil etmelidir. Dolayısıyla burada da anayasa yargıcının takdir yetkisi ve olayı yorumlaması belirleyici olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin önüne birçok kez gelen seçim *amparosuna* ilişkin meselelerin, ortaya çıkardığı politik sonuçlar bakımından kabul edilebilir bulunduğu, dolayısıyla özel anayasal önemi haiz olduğu değerlendirilmiştir. Örneğin bir davada, siyasi bir partinin adaylarının parçası olduğu seçim koalisyonundan ayrıldığını ispatlamamaları sebebiyle adaylıklarının ilan edilmemesine ilişkin şikâyet, politik sonuçları göz önüne alınarak incelenmiştir. Anayasa Mahkemesine göre söz konusu davanın vatandaşların kamu temsilcilerinin seçilmesi yoluyla demokrasiye katılımının Anayasa'nın uygulanmasındaki önemi söz konusu meselenin politik etkilerini göstermektedir<sup>148</sup>. Bununla birlikte bir meselenin sosyal ve ekonomik etkileri ise başka bir davada, mesleğin icrası açısından kaydolunması gereken meslek örgütü ve uzmanlık alanı bağlamında gündeme gelmiştir. Başvuru konusu olan akademik derecelere ilişkin meselede özel anayasa önem konunun Avrupa'daki yüksek öğrenim alanını da etkileyecek nihai etkiye sahip olmasından kaynaklanmıştır<sup>149</sup>.

Şikâyetin sosyal, ekonomik veya politik sonuçları olmasına dayalı olarak varlığına kanaat getirilen özel anayasal önemin içeriği tamamen nesnel bir karaktere sahip değildir. Bireyleri ciddi bir biçimde etkileyen

---

<sup>147</sup> Pérez Tremps, P. (2015). s. 300.

<sup>148</sup> STC 60/2011, de 5 de mayo, FJ 2. Siyasi temsil hakkının politik sonuçları sebebiyle özel anayasal önemi bulunan bir başka şikâyet için bkz.: STC 191/2013, de 18 noviembre, FJ 2.

<sup>149</sup> STC 183/2011, de 2 de noviembre, FJ 1-2.



bir başvurunun özellikle bu durum altında kabul edilme olasılığı yüksektir. Bu noktada belirleyici olan durum, birey özelinde meydana gelen bir mağduriyetin kendisinden başka birçok kişiyi etkileyecek sonuçlarının olmasıdır. Bununla birlikte bu yedi durumun tüketici bir biçimde sayılmadığı da tekrar hatırlanmalıdır. Kişinin ciddi bir zarara uğramış olması da ileride bu listeye eklenebilir.

Sonuç olarak, anayasal önemin açık bir şekilde var olduğu başvuruların kabul edilebilir olacağı ifade edilmelidir. Gerçekten de öyle meseleler vardır ki Anayasa Mahkemesi demokratik sistemlerin temel yapıtaşı olan haklara ilişkin şikâyetlerde bu katı nesnellığı tolere edebilmektedir. Nitekim bir başvuruda rızası olmaksızın bir psikiyatri hastanesine kaldırılan, dolayısıyla hürriyeti kısıtlanan başvuru kişinin hürriyeti ve güvenliği hakkı çerçevesinde avukat yardımı sağlanması, hâkim kararı alınması, haklarının hatırlatılması gibi usule ilişkin güvencelerden mahrum bırakılması şikâyet konusu olmuştur. Aslında bu gibi durumlar tam da temel hak ve özgürlüklerin nesnel boyutunu yani kamusal yarara olan katkısını göstermektedir. Hürriyetten yoksun bırakma gibi tedbirler özellikle savunmasız bir gruba yönelik olarak gerçekleştirildiğinde ise bu durum meseleye yadsınamaz toplumsal bir önem vermektedir<sup>150</sup>. Dolayısıyla her ne kadar özel anayasal önem kriteri ile *amparo* başvurusunun nesnel boyutuna odaklansa da İspanya Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin nesnel boyutunu da dikkate alarak yaptığı inceleme, anayasa şikâyetinin subjektif işlevinin tamamen olmasa da bir dereceye kadar uyguladığını göstermektedir<sup>151</sup>.

## **2. Uygulamaya Bağlı Sonuçlar ve İspanya Anayasa Mahkemesinin Güncel Eğilimleri**

İspanya Anayasa Mahkemesinin ve *amparo* başvuru yolunun 42 yıllık faaliyet süresi boyunca birçok kez reform ihtiyacı duyulmuş, bu ihtiyaca yönelik en etkili yanıt 2007 reformu ile verilmiştir. Yaklaşık 13 yıldır uygulanan özel anayasal önem kriterinin Mahkemenin iş yükü üzerinde hem nicel hem de nitel bir etkisi olduğu tartışmasızdır. Esasında reformla birlikte İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan *amparo* başvurularının

---

<sup>150</sup> STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 2.

<sup>151</sup> Ayrıca bkz. STC 89/2011, de 6 de junio; STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 2; STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 2; ATC 65/2018, de 18 de junio; STC 31/2019, de 28 de febrero; STC 41/2019, de 27 de marzo; STC 42/2019, de 27 de marzo; STC 48/2020, de 15 de junio; STC 71/2020, de 29 de junio.



sayısında fark edilir bir düşüş yaşansa da bu düşüşün Mahkemenin yaşadığı çöküşü durduracak kadar hatırı sayılır ölçüde olup olmadığı tartışmalıdır. Hatırlanacağı üzere, Mahkeme özel anayasal önem kriterini 2009 yılında uygulamaya başlamıştı. Bu uygulamanın 2010 yılından itibaren Mahkemeye yapılan başvuru sayısı üzerinde önemli bir etkisi olduğu tespiti gerçekçi olmayabilir. 2010 yılında 8947 *amparo* başvurusu yapılmış, 2020 yılında bu sayı 6515'e kadar düşmüştür. Bu 10 yıllık süre içerisinde, düzenli bir şekilde olmasa da, Mahkemenin aldığı *amparo* başvurusu sayısında %27,18 oranında bir düşüş söz konusudur. Fakat dikkat edilirse bu yıllar arasındaki ortalama başvuru sayısının reform öncesi 2000-2004 yılları arasındaki ortalama başvuru sayısı ile neredeyse aynı olduğu, Mahkemenin yaşadığı krizin 2005-2010 yılları arasında ciddi boyutlara ulaştığı görülebilir. Bu istatistikler Cabañas García'nın görüşüne göre reformun etkili olmadığını göstermektedir, nitekim başvuruların hacminde önemli bir azalma olmadığı sürece, *amparo* başvurularının kabul edilebilirlik kriterlerini değiştirmekle amaçlanan caydırıcı etkiyi yarattığı söylenemeyecektir<sup>152</sup>.

Esasında özellikle 2005-2010 yılları arasında Mahkemenin yaşadığı krizi tetikleyen olgunun, kabul edilebilirliği hakkında karar verilmesi için bekleyen başvuruların yaratmış olduğu birikme olduğu söylenebilir. Aşağıdaki grafikte görüleceği üzere Mahkemenin her yıl aldığı sayıda başvuruyu sonuçlandıramamasının yaratmış olduğu iş yükü, reformdan önce çok önemli ölçüde büyümüştür. Bu anlamda özel anayasal önem kriterinin yapılan *amparo* başvurusu sayısında önemli bir düşüşe yol açmasa da sonuçlandırılan başvuru sayısında hatırı sayılır bir etki yarattığı söylenebilir. Bu etki özellikle 2009 yılında gerçekten çok dikkat çekicidir; bu, o yıl için %145,41 bir oranla yapılan başvurular ile karara bağlanan başvurular arasındaki farkın azalmasını mümkün kılmıştır. González Beilfuss'a göre reformun en net görülebilecek pratik etkisi 2007 ve sonrasında sonuçlandırılan başvuru sayısında yaşanan artışta ortaya çıkmaktadır. Böylelikle, reformun en önemli sonucu, kabul edilmeyi bekleyen başvuru sayısını azaltmak olmuştur<sup>153</sup>. 2007-2010 yılları arasında Mahkemenin önemli sayıda başvuruyu sonuçlandığı görülmektedir. Fakat buna rağmen sonuçlandırılan başvuru sayısının kabul edilemezlik kararları sayısına oranında ciddi bir değişiklik olmaması söz konusu

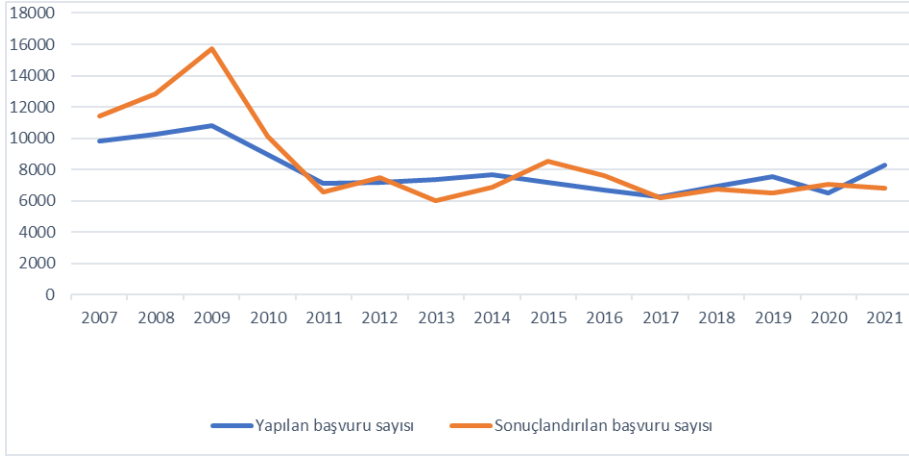
---

<sup>152</sup> Cabañas García, J. C. (2010). s. 80.

<sup>153</sup> González Beilfuss, M. (2016). s. 341.

kriter ile sağlanmak istenen amaca ulaşamadığı ve bu sebeple reformun etkili olmadığı fikrini güçlendirmektedir.

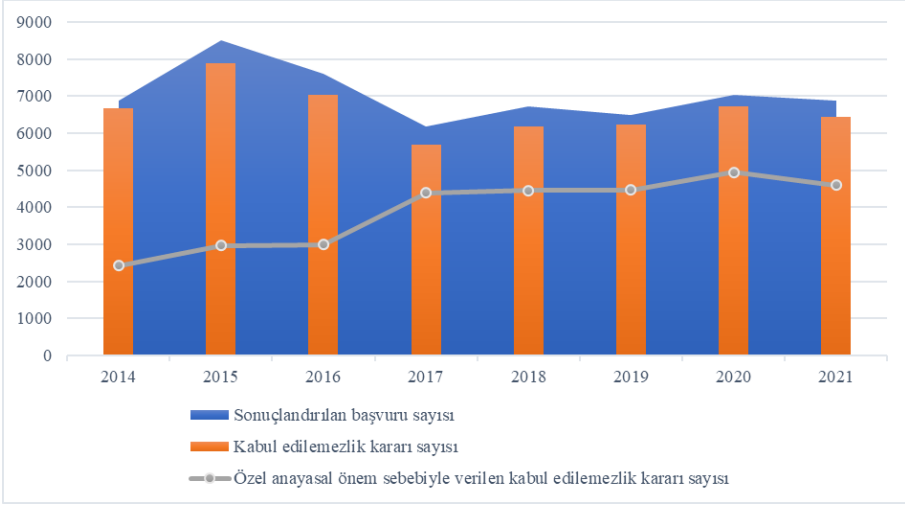
**Grafik 2:** 2007-2021 yılları arasında İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan ve Mahkeme tarafından sonuçlandırılan *amparo* başvurusu sayısının birbirine oranı



Kaynak: İspanya Anayasa Mahkemesi İstatistikleri (Tablo 1)

Kriter her yıl İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan *amparo* başvurusu sayısında ciddi bir değişiklik meydana getirmese de sonuçlandırılan *amparo* başvurularının sayısında artış gözlemlenmektedir. Bunun yalnızca özel anayasal önem kriterinden kaynaklanmadığı, Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun'un 50.3 maddesine göre kabul edilemezlik kararlarında yalnızca sebebin belirtilmiş olmasının yeterli görüleceğine ilişkin düzenlemenin de etkili olduğunu belirtmek gerekir. Reform ile kabul edilebilirlik usulünde yapılan değişikliğin asıl amacının esas olarak incelenecek başvuru sayısını azaltmak olduğu göz önüne alındığında söz konusu kriterin en etkili sonucu kabul edilemezlik kararlarına ilişkin sayıda vermesi beklenmektedir. Fakat daha önce belirtildiği gibi bu sayıda önemli bir değişiklik olmamıştır. Buna karşın kabul edilemezlik kararları içerisinde özel anayasal önem sebebiyle reddedilen başvuruların oranı önemli ölçüde yüksektir ve bu oran yıldan yıla artmaktadır.

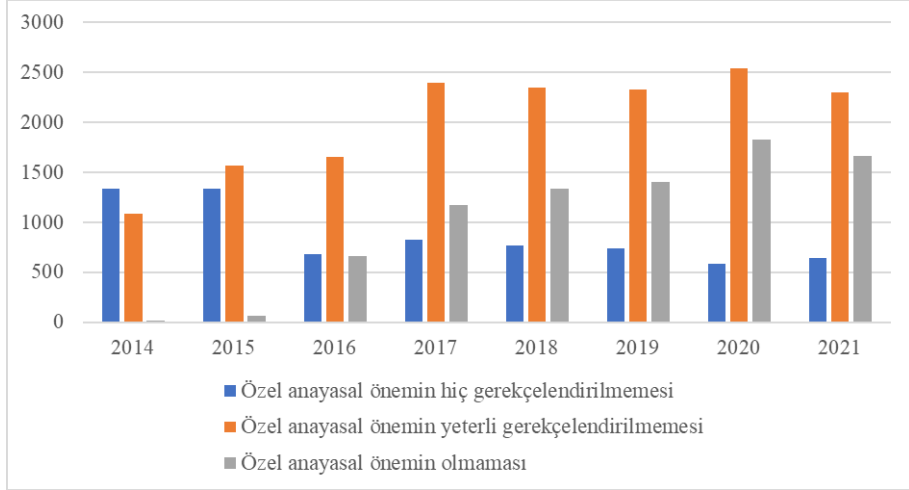
**Grafik 3:** Özel anayasal önem sebebiyle verilen kabul edilemezlik kararları sayısının kabul edilemezlik kararları sayısı ve sonuçlandırılan başvuru sayısına oranı



Kaynak: İspanya Anayasa Mahkemesi İstatistikleri (Tablo 1, Tablo 2)

Özel anayasal önem kriteri, İspanya Anayasa Mahkemesinin karşılaştığı iş yükü sorununun başarılı bir şekilde üstesinden gelme potansiyelinden çok daha fazla soru ve kaygı ortaya çıkarmaktadır. Kriterin uygulamasının niteliksel sonuçları yukarıda bahsedilen niceliksel sonuçlarına göre daha fazla tartışmaya yol açmıştır. Çünkü bu kriterin usule ve esasa ilişkin olmak üzere iki boyutu vardır. Mahkemenin özel anayasal önemin hiç gerekçelendirilmemiş olmasına ilişkin yaptığı inceleme tamamen şeklidir. Buna karşın özel anayasal önemin yeterince gerekçelendirilmediği veya başvurunun özel anayasal önemi haiz olmadığına ilişkin inceleme Mahkemenin takdirindedir. Dolayısıyla bu kriterin kapsamını ve Mahkemenin kriteri uygulamadaki eğilimini ortaya koymak için bu son iki alt kriterin nasıl yorumlandığına bakmak gerekmektedir. Kritere yönelik hukuki belirsizlik eleştirilerinin temeli de bu takdir yetkisinin genişliğinden kaynaklanmaktadır.

**Grafik 4:** İAYM'nin 2014-2020 yılları arasında üç farklı kategoride özel anayasal önem sebebiyle verdiği kabul edilemezlik kararlarının sayısının birbirine oranı



Kaynak: İspanya Anayasa Mahkemesi İstatistikleri (Tablo 2)

Gonzales Beilfuss'a göre başvuruçunun şikâyetinin özel anayasal önemini gerekçeleştirme zorunluluğuna ilişkin içtihat, reform yürürlüğe girdiğinden bu yana önemli bir değişikliğe uğramamıştır, ancak içeriği ve uygulandığı titizlik, bazen önemli bir hukuki belirsizlik yaratacak şekilde değişmiştir<sup>154</sup>. Bu kriterin uygulanmaya başlandığı ilk yıllarda Mahkeme, özel anayasal önemin gerekçelendirilmesi yükümlülüğünü şekli bir yorumla uygulamıştır. Daha doğrusu zamanını esastan incelenmesi gereken başvurulara ayırmak isteyen Mahkeme bu kriterin usule ilişkin boyutunun karşılanıp karşılanmadığının belirlenmesine ağırlık vermiştir. Bu inceleme gerekli açıklamanın başvuru tarafından yapıp yapılmadığı, basitçe başvuru evrakında ilgili bölümün doldurulup doldurulmadığı şeklindeydi. Fakat bu ilk incelemede dahi Mahkeme tarafından bir talebin özel anayasal önem gerekçelendirmesini değerlendirmek için farklı kriterler kullanılmıştır. Bu kapsamda farklı kriterlerin uygulanması, hukuki belirsizlik sorunlarına yol açmıştır<sup>155</sup>. Buna karşın Mahkemenin son eğilimlerine

<sup>154</sup> a.g.e. s. 350.

<sup>155</sup> a.g.e. s. 351.

göre, bahsedilen yükümlülüğün gevşetilmesi söz konusu olmasa bile, artık başvuruda özellikle özel anayasal önem ifadesini kullanmanın veya gerekçelendirmeye ayrı bir bölüm ayırmanın gerekli olmadığı kabul edilmektedir<sup>156</sup>, kriterin bu şekli unsuru ile ilgili olarak "makul bir tartışma çabasının" bulunması yeterli görülmektedir<sup>157</sup>. Özel anayasal önem kriterinin şekli boyutundaki bu gevşeme, kriterin ilk yıllardaki hukuki belirlilik sorunlarını ortadan kaldırmamıştır, içeriği belirsiz ve çoğu durumda tartışmalı bir yeterlilik incelemesi olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte Mahkemeyi özel anayasal önem gerekçesinin yetersiz olduğu başvuruları kabul etmeye sevk ettiği de söylenmektedir<sup>158</sup>. Anayasa Mahkemesi ayrıca, bir davanın özel anayasal önemini gerekçelendirme yükümlülüğünün, temel hakkın ihlalinin yasal bir hükümden kaynaklandığı davalarda<sup>159</sup> ve aynı zamanda meclis veya seçim amaçlı *amparo* başvurularında göreceli olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme, yalnızca özel anayasal önemi yeterli gerekçelendirme yükümlülüğünün farklı seviyelerde dikkate alınacağına altını çizmekle kalmamış, aynı zamanda oluşabilecek zararın ve özel anayasal önem kriterinin maddi boyutunun uygulamada belirleyici bir ağırlığa sahip olduğunu belirtmiştir. Bir diğer yandan Mahkemenin, özel anayasal önemin yeterince gerekçelendirilmediğine dair basit bir argümanla rahatsız edici veya tartışmalı *amparo* başvurularını kabul etmek istemediği yorumları da yapılmıştır<sup>160</sup>.

Özel anayasal önem kriterinin esasa ilişkin boyutunun usule ilişkin boyutundan daha fazla inceleme gerektirdiği açıktır. Mahkemenin özel anayasal önemin varlığına kanaat getirdiği kararları seyrek olma eğilimindedir ve genel olarak STC 155/2009 sayılı kararla belirlenen varsayımlardan bir veya birkaçına atıfta bulunmakla sınırlıdır. Açıkça kabul edildiği gibi, söz konusu kavramın açık, esnek ve belirsiz bir doğası olmasına rağmen, Mahkeme genel olarak ne bahsi geçen önemin varlığını ne de dayandığı hukuki temeli ayrıntılı olarak gerekçelendirmek

<sup>156</sup> STC 176/2012, de 15 de octubre; STC 118/2014, de 8 de julio.

<sup>157</sup> STC 89/2014, de 9 de junio, STC 88/2015, de 11 de mayo.

<sup>158</sup> González Beilfuss, M. (2016). s. 352.

<sup>159</sup> STC 118/2014, de 8 de julio.

<sup>160</sup> Urías Martínez, J. (2014). Seleccionar lo (menos) importante, içinde Morales Arroyo, J. M. (Der.), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España* (ss. 73–94), Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, s. 87.

zorunda hissetmiştir<sup>161</sup>. Bununla birlikte özel anayasal önemin varlığına kanaat getirilen durumların özellikle anayasal içtihadın olmamasından ve anayasal içtihadın netleştirilmesine veya değiştirilmesine yönelik bir ihtiyaç duyulmasından kaynaklandığı görülmektedir. Bu durum da esasında kriterin belirsiz doğasını daha da karmaşıklaştırmakta ve hâlihazırda taşıdığı hukuki belirlilik sorununu tetiklemektedir. AİHM, *Arribas Antón* kararında söz konusu kriteri değerlendirirken bu sorunu tam da bu yönüyle ele almaktadır.

*Arribas Antón* kararında başvuru, çalıştığı psikiyatri merkezinin müdürü tarafından kendisine uygulanan disiplin cezasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla başlattığı uzun ve çekişmeli bir idari yargılamanın sonunda davasını İspanya Anayasa Mahkemesine taşımış ve Mahkeme 13 Eylül 2010'da *amparo* başvurusunu özel anayasal önemin gerekçelendirilmiş olması şartına uyulmadığı için kabul edilemez bulmuştur. Başvurucunun AİHM önündeki temel argümanı söz konusu kriterin aşırı derecede şekilci olması sebebiyle mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir<sup>162</sup>. AİHM'in bu kararda dikkat çektiği iki temel nokta vardır. Öncelikli olarak rolünün, hukuk yollarına erişimle ilgili düzenlemeler açısından en uygun politikayı belirlemek için yetkili ulusal makamların yerini almak değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi perspektifinden, bu ulusal makamlar tarafından verilen kararları değerlendirmek olduğunu hatırlatmaktadır; zira AİHM'in yetkisi *in abstracto* hiçbir kanunun Sözleşme'ye uygunluğunu takdir etmek değildir<sup>163</sup>. Buna karşın bir müdahalenin varlığı hâlinde şikâyet Anayasa Mahkemesi tarafından özel anayasal önem sebebiyle kabul edilemez bulunmuş olsa dahi AİHM bu başvuruyu kabul edilebilir bulabilir, esastan inceleyebilir ve Sözleşme'ye aykırı olup olmadığını değerlendirebilir<sup>164</sup>. AİHM *amparo* başvurusu için öngörülen kabul edilebilirlik koşullarının, sıradan bir temyiz mekanizması için öngörülenden daha katı olabileceği kanaatini

---

<sup>161</sup> González Beilfuss, M. (2016). s. 354.

<sup>162</sup> *Arribas Anton/İspanya*, B. No. 16563/11, 20/01/2015 § 24.

<sup>163</sup> *Arribas Anton/İspanya*, § 51.

<sup>164</sup> Amparo başvurusunun İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından özel anayasal önem taşımadığı için kabul edilemez bulunmasına rağmen, konunun esastan incelendiği AİHM kararlarına örnek olarak bkz. *Del Rio Pradal/İspanya* [GC], B. No. 42750/09, 21/10/2013; *Varela Geis/İspanya*, B. No. 61005/09, 03/05/2013; *Manzanas Martin/İspanya*, B. No. 17966/10, 04/03/2012; *R.M.S./İspanya*, B. No. 28775/12, 18/06/2013.

ifade etse de<sup>165</sup> *amparo* başvurusunda bulunulması için uyulması gereken formaliteler ve sürelerle ilişkin düzenlemelerin, özellikle hukuki belirlilik ilkesi ile uyumlu olması gerektiğini belirtmiştir<sup>166</sup>. Kısaca, *Arribas Antón* kararının AİHM tarafından İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan ve özel anayasal önem kriterinin devam eden uygulamasına yönelik iki önemli sonuca varılabilir. İlk olarak Anayasa Mahkemesi, özel anayasal önem kriterinin içeriğini ve kapsamını tanımlamalıdır. İkinci olarak “adaletin düzgün işleyişini” (*une bonne administration de la justice*) garanti altına almak için, kabul edilebilir bulunan başvurularda özel anayasal önem kriterinin nasıl uygulandığını açıkça belirtmelidir. Nitekim bir Anayasa Mahkemesinin aldığı kararlar ilgililerine güven vermelidir<sup>167</sup>.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun’da 2007 yılında yapılan değişiklik ile özel anayasal önem kriterine yer verilmesi, kabul edildiği günden bu yana *amparo* başvurusuna ilişkin en önemli değişikliklerden birini oluşturmuştur. Zira bu değişiklik *amparo* yolunun subjektif işlevinin her zaman yerine getirilmesi zorunlu bir amaç veya hedef olmadığı fikrini yansıtmaktadır. Yani İspanya Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlerin ihlali durumu mevcut olsa dahi subjektif işlevini kullanarak her birey nezdinde bir tespit ve giderim sağlamayacaktır. Bu durum *amparo* yolunun asıl amacının objektif işlevini yerine getirmek olup olmadığı konusunda tartışma ortaya çıkarsa da mevcut uygulamada bu işlevin tercih edildiği görülmektedir. Nitekim uygulamada subjektif işlevin tamamıyla göz ardı edildiği söylenemese de kavramsal olarak dahi objektif işlevine ağırlık verildiği anlaşılmaktadır. Özel anayasal önem kriteri göstermektedir ki İspanya Anayasa Mahkemesi, subjektif işleviyle yerine getirdiği yükümlülüğünü ikincillik ilkesi gereği derece mahkemelerine devretmeye çalışırken; objektif işlevini öne çıkararak bireyi etkileyen eylem ve işlemlerin sonuçlarının ötesinde anayasanın yorumcusu olarak hareket etmeyi tercih etmektedir.

Özel anayasal önem kriteri, esası incelenecek başvuru sayısının ve böylece iş yükünün azaltılması ve İspanyol anayasa yargısının

<sup>165</sup> *Arribas Anton/İspanya*, § 42.

<sup>166</sup> *Arribas Anton/İspanya*, § 46.

<sup>167</sup> Hernández Ramos, M. (2016). “Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo. El caso *Arribas Antón vs. España del TEDH*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 108, s. 320.

başvuruları esastan inceleme ve sonuçlandırma sürelerinin iyileştirilmesi amacıyla tesis edilen bir kabul edilebilirlik kriteridir. Bu kriter İspanya Anayasa Mahkemesinin 42 yıllık anayasa şikâyeti sisteminde 13 yıldır uygulanmaktadır. Mahkemenin iş yükünü oluşturan farklı dinamikler söz konusudur. Bunların en başında *amparo* başvurusunda bulunabilecek kişi kategorisinin genişliği göze çarpmaktadır. Bunun yanında İspanya'nın özerk topluluklardan oluşan yönetim biçimi ve temel hakların korunması sistemi *amparo* başvurusunun tabi olduğu ikincilliğin derecesini de düşürmektedir. *Amparo* yolunun bu nitelikleriyle birlikte kriterin amaçlanan verimi sağlayıp sağlayamadığı tartışılabilir fakat zamanla kabul edilemez bulunan başvuru sayısında bir artış yaşandığı ve özellikle özel anayasal önem kriterinin bu kararların arasındaki yerinin giderek önem kazandığı açıktır. Öyle ki kabul edilemez bulunan başvurular arasından özel anayasal önemi haiz olmadığına karar verilen başvuruların sayısı bugün neredeyse %70 civarındadır. Bu durum kriterin her geçen gün daha fazla sayıda başvuruda uygulanma potansiyelinin de olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte her ne kadar yedi varsayımsal durum belirlenmişse de kriterin doğası gereği, her somut olayın kendi koşullarına göre bu uygulamanın kapsamının da değiştiği anlaşılmaktadır.

İspanya Anayasa Mahkemesinin özel anayasal önem kriteri Amerika Birleşik Devletleri, Almanya gibi diğer ülkelerdeki anayasa şikâyeti uygulamaları örnek alınarak tesis edilmiştir ve Türkiye gibi birçok ülke için de örnek oluşturmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru usulünde de mevcut olan anayasal ve kişisel önem kriteri aynı amaçla belirlenmiştir. Fakat kriter Türkiye'de bireysel başvuru yoğunluğunun yaratmış olduğu iş yükü sebebiyle getirilen bir kabul edilebilirlik koşulu olarak ortaya çıkmamış; diğer ülkelerdeki uygulamalar ve reformlar göz önüne alınarak geleceğe yönelik bir öngörü bireysel başvuru usulünün kabulü ile hayata geçirilmek istenmiştir. Her hâlükârda böyle bir kabul edilebilirlik kriterinin belirlenmesi, anayasa şikâyeti usulünü işleten yargı mekanizmalarının rolünün ne olduğu sorusuyla doğrudan bağlantılıdır ve kriterin uygulandığı mahkeme ve başvuruların artması İspanya ve diğer birçok ülkede anayasa mahkemelerinin objektif işlevinin artırılması trendinin giderek yükseleceğini de göstermektedir.



## EKLER

Tablo 1: İspanya Anayasa Mahkemesinin İş Yükü<sup>168</sup>

Yıl	Toplam Dosya Sayısı	Amparo Başvurusu Sayısı		Sonuçlandırılan Amparo Başvurusu Sayısı		Kabul Edilemezlik Kararı Sayısı	
		Sayı	Toplam Dosya Sayısına Oranı	Sayı	Amparo Başvurusu Sayısına Oranı	Sayı	Sonuçlandırılan Amparo Başvurusu Sayısına Oranı
1997	5538	5391	97,35%	4301	79,78%	3621	84,19%
1998	5537	5441	98,27%	4885	89,78%	4556	93,27%
1999	5652	5582	98,76%	5090	91,19%	4628	90,92%
2000	6901	6762	97,99%	6913	102,23%	6057	87,62%
2001	6934	6786	97,87%	6106	89,98%	5241	85,83%
2002	7456	7285	97,71%	5611	77,02%	4900	87,33%
2003	7878	7721	98,01%	6658	86,23%	5428	81,53%
2004	7951	7814	98,28%	7109	90,98%	6431	90,46%
2005	9708	9476	97,61%	6078	64,14%	5396	88,78%
2006	11741	11471	97,70%	8368	72,95%	7443	88,95%
2007	10013	9840	98,27%	11393	115,78%	10970	96,29%
2008	10410	10279	98,74%	12833	124,85%	12474	97,20%
2009	10848	10792	99,48%	15693	145,41%	13042	83,11%
2010	9041	8947	98,96%	10110	113,00%	8992	88,94%
2011	7192	7098	98,69%	6584	92,76%	5924	89,98%
2012	7294	7205	98,78%	7515	104,30%	7296	97,09%
2013	7573	7376	97,40%	6012	81,51%	5347	88,94%
2014	7878	7663	97,27%	6882	89,81%	6662	96,80%
2015	7368	7203	97,76%	8513	118,19%	7880	92,56%
2016	6774	6685	98,69%	7596	113,63%	7030	92,55%
2017	6381	6286	98,51%	6186	98,41%	5699	92,13%
2018	6977	6918	99,15%	6721	97,15%	6173	91,85%
2019	7621	7554	99,12%	6494	85,97%	6224	95,84%
2020	6570	6515	99,16%	7036	108,00%	6710	95,37%
2021	8370	8294	99,09%	7026	84,71%	6439	91,64%
Toplam	195289	192384	98,79%	187690	91,43%	170563	91,24%

<sup>168</sup> Tablo şu kitaptan alınmıştır: Doğan, Z. P. (2021). Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü, İstanbul: On İki Levha Yay. s. 340.

**Tablo 2: Özel Anayasal Önem Kabul Edilemezlik Kararlarının Türe Göre Dağılımı<sup>169</sup>**

Yıl	Kabul Edilemezlik Kararı Sayısı	Özel Anayasal Önem Kararı Sayısı				
		Toplam Sayı	Özel Anayasal Önemin Hiç Gerekçelendirilmemesi	Özel Anayasal Önemin Yeterli Gerekçelendirilmemesi	Özel Anayasal Önemin Olmaması	Kabul Edilemezlik Kararı Sayısına Oranı
2014	6662	2430	1331	1082	17	36,48%
2015	7880	2965	1334	1569	62	37,63%
2016	7030	2995	677	1656	662	42,60%
2017	5699	4392	823	2396	1173	77,07%
2018	6173	4454	765	2350	1339	72,15%
2019	6224	4469	741	2328	1400	71,80%
2020	6710	4946	588	2534	1824	73,71%
2021	6439	4602	644	2299	1659	71,47%
Toplam	57817	31253	6903	16214	8136	60,36%

<sup>169</sup> Tablo şu kitaptan alınmıştır: Doğan, Z. P. (2021). s. 340–341; Tribunal Constitucional de España (2022), Avance estadístico 2021, [https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2021\\_Estadistica\\_Anuar\\_V3.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2021_Estadistica_Anuar_V3.pdf) (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

**Tablo 3:** Özel Anayasal Önem Kabul Edilebilirlik Kararlarının Türe Göre Dağılımı<sup>170</sup>

Yıl	Kabul Edilebilirlik Kararı Sayısı	Özel Anayasal Önem Kararı Sayısı						
		a	b	c	d	e	f	g
2015	87	20	24	1	-	11	-	5
2016	67	12	20	8	3	1	9	6
2017	71	27	21	4	1	8	4	2
2018	115	53	38	3	-	4	7	3
2019	174	43	21	20	-	2	7	19
2020	180	44	41	9	-	4	21	13
2021	133	25	14	15	-	1	21	6
Toplam	827	244	179	60	4	31	69	54

<sup>170</sup> Tribunal Constitucional de España (2022), Avance estadístico 2021, [https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2021\\_Estadistica\\_Anuual\\_V3.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2021_Estadistica_Anuual_V3.pdf) (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2021), Memoria 2020, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2020.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2020), Memoria 2019 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2019.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2019), Memoria 2018 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2018), Memoria 2017 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2017.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2017), Memoria 2016 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria-2016.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2016), Memoria 2015 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria-2015.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022); Tribunal Constitucional de España (2015), Memoria 2014 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria%202014.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

## KAYNAKÇA

- AHUMADA RUIZ, Marian (1994). "El 'certiorari'. El ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 41, ss. 89–136.
- ARAGÓN REYES, Manuel (1987). "El Recurso de Amparo", *Anales de estudios económicos y empresariales*, S. 2, ss. 247–260.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2003). "Problemas del recurso de amparo", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, S. 8, ss. 53–74.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2009). "La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 85, ss. 11–43.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2017). "Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo", *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, S. 68, ss. 36–43.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, CÁMARA VILLAR, Gregorio; MEDINA REY, Luis Felipe (2008). *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio (2008). "Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes", *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, S. 3, ss. 158–204.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos (2010). "El Recurso de amparo que queremos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 88, ss. 39–81.
- CARRASCO DURÁN, Manuel (2001). "El concepto constitucional de recurso de amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, C. 21, S. 63, ss. 79–127.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia (2009). "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, C. 26, ss. 101–120.
- COMELLA, Luciano Francisco (2013). *The Constitution of Spain*, Oregon: Hart Publishing.
- CUENCA, Carmona (2005). *La crisis del recurso de amparo. La protección de los Derechos Fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Universidad de Alcalá.

- DÍEZ PICAZO, Luis María (2013). *Sistema De Derechos Fundamentales*, Navarra: Civitas.
- DOĞAN, Zelal Pelin (2021). *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ESEN ARNWINE, Selin (2003). “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, ss. 249–271.
- ESEN ARNWINE, Selin (2009). Anayasa Şikâyeti, içinde KIRCA, Çiğdem, YONGALIK, Aynur (Der.), *Ankara Hukuk Toplantıları Anayasa Şikâyeti* (ss. 35–39). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- ESPINOSA DÍAZ, Ana (2010). “El recurso de amparo: Problemas antes, y después, de la reforma”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, S. 4, ss. 1–21.
- ESQUIVEL ALONSO, Yessica (2013). “El requisito de la especial transcendencia constitucional: ‘Decidir no decidir’”, *Estudios de Deusto*, C. 61, S. 2, ss. 173–200.
- FERNANDEZ ANTELO, Luis (2013). “Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Kriterleri: Anayasal Önem Kriteri Ağırlıklı Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı*, C. 30, ss. 127–137.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2005). *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Madrid: Fundación Alternativas,
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2007). “La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 81, ss. 11–62.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2006). “El amparo iberoamericano”, *Estudios Constitucionales*, C. 4., S. 2., ss. 39–65.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1996). “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, S. 89, ss. 69–89.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1989). “Estado legal y estado constitucional de derecho en el Tribunal Constitucional Español”, *ILANUD*, C. 9-10, S. 23-24, ss. 7–33.
- GARRO VARGAS, Anamari (2006). “El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España: análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 76, s. 95–142.

- GIRLEŞTEANU, George (2011). “The Amparo Proceedings – The Instrument for The Protection of Fundamental Rights and Freedoms-(I)”. *Rom. J. Comp. L.*, S. 54, ss. 54–79.
- GONGORA PIMENTEL, Genaro David (2009). “Amparo Ne İçindir?”, *Anayasa Yargısı*, C. 29, ss. 161–182.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2016). “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 107, ss. 333–367.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario (2009). *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid: Reus.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario (2010). “El Tribunal Constitucional Federal alemán aún en la encrucijada balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 88, ss. 83–130.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario (2016). “Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo. El caso Arribas Antón vs. España del TEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 108, ss. 307–335.
- İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2009). “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 86, ss. 343–368.
- NARANJO ROMÁN, Rosario (2020). *El recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David (2010). “La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio”, *Teoría y Realidad Constitucional*, S. 25, ss. 497–513.
- PÉREZ TREMPES, Pablo (2015). *El Recurso de Amparo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Luis (1994). “Seleccionar lo importante: la reciente reforma de trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, S. 41, ss. 139–148.

SALA SÁNCHEZ, Pascual (2012). “Temel Hakların Yargısal Korunmasında İspanyol Sistemi: İspanya Anayasa Mahkemesi'nin Kararları”, *Anayasa Yargısı*, C. 29, ss. 227–245.

SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela (2003). “La Constitución de 1978 en la historia Constitucional Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, C. 23, S. 69, ss. 31–67.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín (2014). Seleccionar lo (menos) importante, içinde MORALES ARROYO, Jose Maria (Der.), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España* (ss. 73–94). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979.

Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 125, de 25 de mayo de 2007.

### **İnternet Kaynakları**

Tribunal Constitucional de España (2022), Avance estadístico 2021, [https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2021\\_Estadistica\\_Anual\\_V3.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2021_Estadistica_Anual_V3.pdf) (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2021), Memoria 2020, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2020.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2020), Memoria 2019 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2019.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2019), Memoria 2018 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2018), Memoria 2017 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2017.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2017), Memoria 2016 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria-2016.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2016), Memoria 2015 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria-2015.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

Tribunal Constitucional de España (2015), Memoria 2014 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria%202014.pdf> (Erişim Tarihi: 08/03/2022).

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

*Saez Maeso/İspanya*, B. No: 77837/01, 09/11/2004.

*Manzanas Martin/İspanya*, B. No. 17966/10, 04/03/2012.

*Varela Geis/İspanya*, B. No. 61005/09, 03/05/2013.

*R.M.S. /İspanya*, B. No. 28775/12, 18/06/2013.

*Del Rio Prada/İspanya* [GC], B. No. 42750/09, 21/10/2013.

*Arribas Antón/İspanya*, B. No: 16563/11, 20/01/2015.

### **İspanya Anayasa Mahkemesi Kararları**

ATC 106/1980, de 26 de noviembre.

STC 2/1981, de 30 de enero.

STC 25/1981, de 14 de julio.

STC 31/1981, de 28 de julio.

STC 11/1982, de 29 de marzo.

STC 35/1983, de 11 de mayo.

STC 65/1983, de 21 de julio.

STC 23/1984, de 20 de febrero.

STC 112/1984, de 28 de noviembre.

STC 67/1988, de 18 de abril.

STC 6/1998, de 13 de enero.

STC 227/1999, de 13 de diciembre.

STC 175/2000, de 26 de junio.

ATC 188/2008, de 21 de julio.

ATC 289/2008, de 22 de septiembre.

STC 119/2008 de, 13 de octubre.



STC 70/2009, de 23 de marzo.  
STC 155/2009, de 25 de junio.  
STC 58/2010, de 4 de octubre.  
ATC 165/2011, de 27 de febrero.  
STC 15/2011, de 28 de febrero.  
STC 17/2011, de 28 de febrero.  
ATC 29/2011, de 17 de marzo.  
STC 36/2011, de 28 de marzo.  
STC 59/2011, de 3 de mayo.  
STC 60/2011, de 5 de mayo.  
STC 61/2011, de 5 de mayo.  
STC 88/2015, de 11 de mayo.  
STC 68/2011, de 16 de mayo.  
STC 69/2011, de 16 de mayo.  
STC 89/2011, de 6 de junio.  
STC 133/2011, de 18 de julio.  
STC 162/2011, de 2 de noviembre.  
STC 183/2011, de 2 de noviembre.  
STC 165/2011, de 3 de noviembre.  
STC 170/2011, de 3 de noviembre.  
STC 191/2011, de 12 de diciembre.  
ATC 185/2011, de 21 de diciembre.  
ATC 26/2012, de 31 de enero.  
ATC 96/2012, de 7 de mayo.  
STC 107/2012, de 21 de mayo.  
STC 141/2012, de 2 de julio.  
STC 176/2012, de 15 de octubre.  
STC 192/2012, de 29 de octubre.  
STC 2/2013, de 14 de enero.  
STC 27/2013, de 11 de febrero.  
STC 44/2013, de 25 de febrero.  
STC 56/2013, de 11 de marzo.  
STC 79/2013, de 8 de abril.  
STC 88/2013, de 11 de abril.  
STC 115/2013, de 9 de mayo.  
STC 116/2013, de 20 de mayo.  
STC 122/2013, de 20 de mayo.  
STC 147/2013, de 6 de agosto.  
STC 170/2013, de 7 de octubre.

STC 173/2013, de 10 de octubre.  
STC 191/2013, de 18 noviembre.  
STC 216/2013, de 19 de diciembre.  
STC 21/2014, de 10 de febrero.  
STC 29/2014, de 24 de febrero.  
STC 47/2014, de 7 de abril.  
STC 58/2014, de 5 de mayo.  
STC 89/2014, de 9 de junio.  
STC 118/2014, de 8 de julio.  
STC 128/2014, de 21 de julio.  
STC 130/2014, de 21 de julio.  
STC 160/2014, de 6 de octubre.  
STC 21/2015, de 16 de febrero.  
ATC 44/2015, de 25 de febrero.  
STC 42/2015, de 2 de marzo.  
STC 115/2015, de 8 de junio.  
STC 107/2016, de 7 de junio.  
STC 60/2017, de 22 de mayo.  
STC 58/2018, de 4 de junio.  
STC 59/2018, de 4 de junio.  
ATC 65/2018, de 18 de junio.  
STC 93/2018, de 17 de septiembre.  
STC 1/2019, de 14 de enero.  
STC 31/2019, de 28 de febrero.  
STC 41/2019, de 27 de marzo.  
STC 42/2019, de 27 de marzo.  
STC 47/2019, de 8 de abril.  
STC 46/2020, de 15 de junio.  
STC 48/2020, de 15 de junio.  
STC 71/2020, de 29 de junio.  
STC 68/2020, de 29 de junio.  
STC 85/2020, de 20 de julio.  
STC 88/2020, de 20 de julio.  
STC 99/2021, de 10 de mayo.



## A REAL CHALLENGE FOR LIBERAL DEMOCRACIES: “FAKE NEWS” OR DOMESTIC REGULATIONS TO COUNTER FAKE NEWS?

*Liberal Demokrasiler İçin Esas Sorun: “Sahte Haber” mi Yoksa Sahte Haberle  
Mücadeleye Yönelik Ulusal Düzenlemeler mi?*

**Derya ATAKUL\***

### ABSTRACT

This article aims to identify the greater threat to liberal democracies: “fake news” or domestic regulations intended to combat “fake news”. First, it assesses the impact of fake news on elections by analysing the 2016 US Presidential election in which the world faced the modern version of fake news for the first time and the 2019 EU Parliament election in which a non-regulatory initiative was launched to challenge fake news. Then, it evaluates the impact of regulations on free speech by reviewing liberal democracies’ pioneering regulatory frameworks intended to combat fake news: French Law no. 2018-1202, Germany’s *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, and UK’s Online Harms White Paper. It argues that, while damage to the functioning of democracy caused by fake news during election periods has not been as great as was feared, since fake news has several, highly politicised meanings, legal frameworks tend to over-regulate, which may violate the freedom of expression according to the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR). The article concludes that enhancing media literacy and non-regulatory efforts globally would contribute much more to prevent the impacts of fake news and to protect freedom of expression than legislative frameworks could, and that adopting regulatory frameworks to tackle the online dissemination of fake news should be reconsidered.

**Keywords:** Fake news, disinformation, freedom of speech, media literacy, non-regulatory efforts.

\* Anayasa Mahkemesi Raportörü, derya.atakul@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0003-2815-4135.

## ÖZ

Bu makalede, “sahte haber”in mi yoksa sahte haberle mücadeleye yönelik ulusal düzenlemelerin mi liberal demokrasiler için daha büyük bir tehdit oluşturduğu incelenmektedir. Makalede öncelikle sahte haberin seçimler üzerindeki etkisi ele alınmakta, bu kapsamda dijital platformlardan yayılan sahte haberle seçimin yönlendirildiği iddialarının gölgesinde yapılan 2016 ABD Başkanlık seçimi ve sahte haber tehdidinin farkındalığı ile önleyici tedbirlerin alındığı 2019 AB Parlamentosu seçimi değerlendirilmektedir. Ardından, liberal demokrasilerin sahte haberle mücadeleye yönelik ulusal düzenlemelerinin ifade özgürlüğü üzerindeki etkisi irdelenmekte, yasama faaliyetlerine öncülük eden Almanya, Fransa ve Birleşik Krallık’ın bu alandaki kanunları incelenmektedir. Makalede, seçim dönemlerinde sahte haberin demokrasinin işleyişine verdiği zararın korkulduğu kadar büyük olmamasına rağmen sahte haberin çeşitli anlamlar içeren ve önemli ölçüde politize edilmiş bir kavram olduğu da dikkate alınarak ulusal kanunların çevrim içi ifadeyi aşırı düzenleme eğiliminde olduğu ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına göre de ifade özgürlüğüne yönelik ihlallere yol açabileceği savunulmaktadır. Makalede, medya okuryazarlığının ve küresel düzeydeki iş birliklerinin artırılmasının sahte haberin olumsuz etkilerini önlemeye ve ifade özgürlüğünü korumaya ulusal düzenlemelerin yapabileceğinden çok daha fazla katkıda bulunacağı ve sahte haberin çevrim içi ortamda yayılmasıyla mücadelede yasama yoluna başvurmanın devletler tarafından yeniden gözden geçirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Sahte haber, dezenformasyon, sosyal medya, ifade özgürlüğü, medya okuryazarlığı.

## INTRODUCTION

The long-standing phenomenon of “fake news<sup>1</sup>” gained prominence after BuzzFeed revealed commercial fabrication on Facebook of news stories about the 2016 US Presidential election. Shortly before the election, the BuzzFeed’s author Craig Silverman and his colleague Lawrence Alexander identified more than a hundred fake news websites, which were pulling in huge numbers on Facebook, being run from a small town of Macedonia to make money via social media advertising<sup>2</sup>. Subsequently, it was alleged that Russia sought to sway votes in several other countries as well as the USA by taking advantage of the speed and convenience brought by advanced Information and Communication Technology (ICT) in the dissemination of information which has sparked worldwide concerns about the threat to democracy<sup>3</sup>. As a result, recent years have seen the adoption of new regulatory frameworks to counter fake news spreading via online platforms in many countries, even the more liberal ones. For instance, France adopted Law no. 2018-1202 on the fight against the manipulation of information in 2018<sup>4</sup>, which allows for foreign government-controlled radio and television networks that broadcast disinformation to be curtailed or temporarily suspended ahead of vital elections. It imposes important requirements for transparency on online platform providers as well<sup>5</sup>. Germany’s *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Network Law Enforcement Act, hereafter *NetzDG*), which targets hate speech in particular but also fake news, was enacted in 2017<sup>6</sup>. The UK Government published its *Online Harms White*

---

<sup>1</sup> Fake news, which simply means fabricating deceptive information to manipulate public opinion, is generally accepted as being at least as old as written media. See Marsden, C., Meyer, T. and Brown I. (2020). “Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation?”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 36, p. 2.

<sup>2</sup> Silverman, C. and Alexander, L. (3 November 2016). “How Teens In The Balkans Are Duping Trump Supporters With Fake News”, *BuzzFeed News*, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/how-macedonia-became-a-global-hub-for-pro-trump-misinfo> (Accessed 31 May 2021).

<sup>3</sup> Miere, J. L. (5 September 2017). “Russia Election Hacking: Countries Where the Kremlin Has Allegedly Sought to Sway Votes”, *Newsweek*, <https://www.newsweek.com/russia-election-hacking-france-us-606314> (Accessed 4 June 2021). The report claims Russia interfered with elections in the USA, the UK, Germany, France and the Ukraine, among others.

<sup>4</sup> Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information [Law No. 2018-1202 of 22 December 2018 concerning the Fight against Information Manipulation].

<sup>5</sup> Craufurd Smith, R. (2019). “Fake News, French Law and Democratic Legitimacy: Lessons for the United Kingdom?”, *Journal of Media Law*, Vol. 11, No: 1, p. 52-53.

<sup>6</sup> *NetzDG – Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken [Network Law Enforcement Act] 2017.*

*Paper* in 2019, which sets out its purpose as being to establish a regulatory framework for minimising the spread of "online harm" on social media, including disinformation<sup>7</sup>.

The contemporary importance of the issue has also motivated scholars and a very active research community. So far, the literature on this topic – in whichever context it is considered – mainly focuses on the detrimental effects of fake news in liberal democracies<sup>8</sup>, but rarely considers the destructive impact of regulation on free speech<sup>9</sup>. However, the trend of proposing or passing laws to regulate fake news tends to create an environment that constrains the freedom of expression, which is the backbone of liberal democracies. This article, therefore, set out to critically analyse the effect of regulations aimed at curbing fake news on the free speech and will help to address the research gap.

What exactly constitutes fake news is ambiguous, and there is no single, agreed-upon definition<sup>10</sup>. It is shown by the fact that some regulatory frameworks function only during a pre-election period, while others apply more (or all) of the time. Besides, different motivations drive fake news – economic, political – affecting different actors<sup>11</sup>. The term has been further blurred by the expressions of populist politicians who employ it to describe any information provided by outlets that do not endorse their partisan positions<sup>12</sup>. So, the starting point of this article is to review the various understandings of fake news to better analyse their effects on legislative process. Better knowledge is also required

---

<sup>7</sup> *Online Harms White Paper*, <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper> (Accessed 5 June 2021).

<sup>8</sup> See Kraski, R. (2017). "Combating Fake News in Social Media: US and German Legal Approaches", *St. John's Law Review*, Vol. 91, No: 4, p. 923; Marsden, C., Meyer, T. and Brown I. (2020); Craufurd Smith, R. (2019); Podger, A. (2019). "Fake News: Could Self-Regulation of Media Help to Protect the Public? The Experience of the Australian Press Council", *Public Integrity*, Vol. 21, No: 1, p. 1; See also Hansen, I. and Darren J. L. (2019), "Doxing Democracy: Influencing Elections via Cyber Voter Interference", *Contemporary Politics*, Vol. 25, No: 2, p. 150.

<sup>9</sup> See Katsirea, I. (2018). "'Fake News': Reconsidering the Value of Untruthful Expression in the Face of Regulatory Uncertainty", *Journal of Media Law*, Vol. 10, No: 2, p. 159; Calvert, C. and others (2018). "Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect between Theory and Doctrine", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 86, No: 1, p. 99.

<sup>10</sup> Calvert, C. and others (2018). p. 102.

<sup>11</sup> Morgan, S. (2018). "Fake News, Disinformation, Manipulation and Online Tactics to Undermine Democracy", *Journal of Cyber Policy*, Vol. 3, No: 1, p. 40.

<sup>12</sup> Molina, M. D. and others (2019). "'Fake News' Is Not Simply False Information: A Concept Explication and Taxonomy of Online Content", *American Behavioral Scientist*, Vol. 65, No: 2, p. 182.

to accurately evaluate the damage wreaked by fabricated news on democracy. The second section questions the impact of fake news on the 2016 US Presidential election (it was alleged to have directed voter preferences by manipulating public opinion) and the 2019 election to the EU Parliament (which took place against a background of various non-regulatory measures against fake news). Examining the facts and figures in each case will enable us to compare “to regulate” with “not to regulate”. For analysing the impact of regulations on free speech, the third section reviews the pioneering regulatory frameworks of liberal democracies: Germany’s *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, French Law no. 2018-1202, and UK’s Online Harms White Paper. Finally, based on recently adopted regulations, the last section discusses possible responses of the European Court of Human Rights (ECtHR) to interferences with Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>13</sup>. Summing up, the article concludes that due to the ambiguous and blurry nature of this phenomenon, domestic regulations to counter fake news have tended to curtail freedom of speech and suggests that the spread of fake news should be tackled by promoting media literacy and non-regulatory efforts globally rather than introducing legal frameworks that target “fake news”.

## I. VARIOUS UNDERSTANDINGS OF “FAKE NEWS”

The concept of fake news has gained considerable attention worldwide, evolving historically from satire into a widely debated internet phenomenon<sup>14</sup>. While scholars first used the term to describe information that embraced traditional news formats for satirical comment, more recently, it has been used mainly to identify stories in the style of traditional news intended to deliberately misinform<sup>15</sup>, spread and empowered through the internet. Widely accessible, inexpensive, and

---

<sup>13</sup> The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended).

<sup>14</sup> Tandoc, E. C., Lim, Z. W. and Ling, R. (2018). “Defining ‘Fake News’: A Typology of Scholarly Definitions”, *Digital Journalism*, Vol. 6, No: 2, p. 138; Wardle, C. and Derakhshan, H. (2017). “Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making”, Council of Europe, DGI(2017)09 16, <https://rm.coe.int/Report-D/09000016807bf5f6> (Accessed 31 May 2021); Humprecht, E. (2019). “Where ‘Fake News’ Flourishes: A Comparison across Four Western Democracies”, *Information, Communication & Society*, Vol. 22, No: 13, p. 1974.

<sup>15</sup> Waisbord, S. (2018). “Truth Is What Happens to News”, *Journalism Studies*, Vol. 19, No: 3, p. 1866.



advanced editing and publishing technology has made the production and distribution of fake news easier than ever for anyone. Moreover, social media platforms have facilitated the speed of dissemination by transforming information consumption from the private to the public sphere<sup>16</sup>. Craig Silverman, who tracked the roots of many hoax stories, described "fake news" as "completely false information that was created and spread for profit"<sup>17</sup>. Recently, massive quantities of fabricated content have been distributed online, specifically on social media, during elections held in several countries<sup>18</sup>. Some prominent examples from the 2016 US Presidential election are stories such as "Pope backs Trump", "FBI agent suspected in Hillary email leaks found dead" and "Hillary sold weapons to ISIS", all of which went viral on Facebook<sup>19</sup>. These fabricated stories originated either on websites that deliberately publish deceptive articles and try to conceal their nature by resembling mainstream media outlets in appearance, content and even name (e.g. denverguardian.com), on partisan news websites producing a combination of highly biased news and disinformation, or on satirical websites generating content that can be misunderstood for factual news<sup>20</sup>. Links to these stories were then shared through social media platforms by social bots, either to increase page-views (i.e. profit) or to influence voters' decisions, and finally social media algorithms seeking to strengthen "confirmation bias" – "filter-bubbles" and "echo chambers"<sup>21</sup> – further helped to disseminate fake news<sup>22</sup>.

By virtue of its notorious popularity, fake news was named "word of the year" by the Macquarie Dictionary in 2016 and Collins' Dictionary in 2017<sup>23</sup>; it has been meticulously investigated by scholars as well.

---

<sup>16</sup> Wardle, C. and Derakhshan, H. (2017). p. 11–12.

<sup>17</sup> "I Helped Popularize The Term 'Fake News' And Now I Cringe Whenever I Hear It" (31 December 2017). *BuzzFeed News*, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/i-helped-popularize-the-term-fake-news-and-now-i-crige> (Accessed 21 June 2021).

<sup>18</sup> Waisbord, S. (2018). p. 1866.

<sup>19</sup> Hansen, I. and Darren J. L. (2019). p. 158.

<sup>20</sup> Humprecht, E. (2019). p. 1974; Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). "Social Media and Fake News in the 2016 Election", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, No: 2, p. 213–214.

<sup>21</sup> Filter bubbles and echo chambers are products of artificial intelligence seeking to surround users with like-minded people and information that fits their existing beliefs.

<sup>22</sup> Molina, M. D. and others (2019). p. 12.

<sup>23</sup> Macquarie Dictionary, <https://www.macquariedictionary.com.au/resources/view/word/of/the/year/2016> (Accessed 20 June 2021); Collins 2017 Word of the Year Shortlist - New on the Blog - Word Lover's Blog - Collins Dictionary, <https://www.collinsdictionary.com/word-lovers-blog/new/collins-2017-word-of-the-year-shortlist,396,HCb.html> (Accessed 20 June 2021).



However, the complexity and scale of information distortion in the digital realm challenges the drawing of a line between forms of inaccurate information, and thereby determining exactly what news is “fake”. In fact, there is little consensus on definitions. In their 2018 study, Tandoc and others examined how fake news was defined in 34 academic articles produced between 2003 and 2017, and found the term applied to news parody, political satire, manipulation, news propaganda, fabrication and advertising<sup>24</sup>.

The debate begins with whether satirical material can be fake news. Some scholars argue that satire should not be considered as such since it is unlikely to be mistaken as factual, and is not generated to inform people<sup>25</sup>. Others argue that it should not be excluded because, even though satire is legal speech, it is possible to take it for the truth<sup>26</sup>. Another controversy stems from the presence of “intention” when creating fake news. While some scholars argue that its creator must intend deception if a story is to be deemed “fake news<sup>27</sup>”, others claim that even if the misleading content is unintentionally created, it is still an example of inaccurate information<sup>28</sup>. The first of these standpoints defines fake news as news stories that could mislead audiences and are intentionally and verifiably false<sup>29</sup>. This definition admits satirical content as well as fabricated stories, but excludes conspiracy theories, rumours and unintentional misreporting that is misleading, but not necessarily false, and treats misreporting in mainstream media as outside the scope of “fake news”, while the second standpoint does not. But in our digitalised world should the mainstream media be regarded as generating fake news? Well, at least politically it seems so: when, on 11 January 2017 in a press conference Jim Acosta from CNN raised his hand to ask a question – the day after CNN and BuzzFeed News had reported on the existence of the Steele dossier – Trump denounced him with the words “I’m not going to give you a question, you are fake news.” He called BuzzFeed a “failing pile of garbage”, as well. Thus, he redefined the term to mean

---

<sup>24</sup> See Tandoc, E. C., Lim, Z. W. and Ling, R. (2018).

<sup>25</sup> Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 214.

<sup>26</sup> O Klein, D. and Wueller, J. R. (2018). “Fake News: A Legal Perspective”, *Australasian Policing*, Vol. 20, No: 2, p. 6.

<sup>27</sup> Ibid; Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 213–214.

<sup>28</sup> Benkler, Y., Faris, R. and Roberts, H. (2018). *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, New York: Oxford University Press, p. 360.

<sup>29</sup> Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 213.

news reports he did not like<sup>30</sup>. His tactic to try to nullify disliked news reports has been recognised and adopted eagerly by political movements across the world<sup>31</sup>.

While the fake news experienced in 2016 and beyond tried to intentionally deceive people by imitating real news but did not attack journalism, using the term to discredit the press has added an additional tool to use against democracy. Katsirea refers to this tool a "weapon against traditional media<sup>32</sup>". Indeed, "fake news" is now a phrase employed by many populist leaders around the world to legitimise censorship of the media. More recently, Trump directed similar tactics against social media companies (SMCs) as he might have realised the potential power of social media platforms in forming and disseminating public opinion during the 2020 US Presidential election. After Twitter tagged one of his tweets with a fact-checking warning and evaluated it as "false information", Trump accused SMCs of interfering in the upcoming election and threatened to regulate them strongly, or even close down platforms that do not fulfil standards for ideological balance<sup>33</sup>.

Owing to all these complexities, some scholars suggest that "disinformation" should be used instead of "fake news", to eliminate improper uses<sup>34</sup>. The Council of Europe (CoE), in its comprehensive report on information disorder, also preferred "disinformation", regarding "fake news" as inadequate to describe the complex nature of

---

<sup>30</sup> See Silverman, C. (2017).

<sup>31</sup> For political movements that have denounced news reports as fake news see Friedman, U. (23 December 2017). "The Real-World Consequences of 'Fake News'", *The Atlantic*, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/12/trump-world-fake-news/548888/> (Accessed 25 June 2021).

<sup>32</sup> Katsirea, I. (2018). p. 162.

<sup>33</sup> See Bennett, J. T. (27 May 2020). "Trump Accuses Twitter of Interfering in Election after Fact-Checking His Tweets for First Time", *The Independent*, <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/twitter-donald-trump-fact-check-warning-label-tweets-mail-in-voting-murder-a9533871.html> (Accessed 1 July 2021); McCarthy, T. (27 May 2020). "Trump Threatens Social Media after Twitter Puts Warning on His False Claims", *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/may/27/trump-twitter-social-media-threat-conservatives> (Accessed 1 July 2021).

<sup>34</sup> See Wardle, C. (16 February 2017). "Fake News. It's Complicated", *First Draft*, <https://firstdraftnews.org/443/latest/fake-news-complicated/> (Accessed 26 June 2021); Jaurisch, J. and others (15 November 2019). "Tackling Disinformation: Going Beyond Content Moderation", *Institut Montaigne Blog*, <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/tackling-disinformation-going-beyond-content-moderation> (Accessed 6 June 2021); See also Bradshaw, S. and Howard, P. N. (2018). "The Global Organization of Social Media Disinformation Campaigns", *Journal of International Affairs*, Vol. 71, No: 1, p. 23.

information pollution, and because “fake news” has become a tool for politicians around the world to tarnish unwelcome coverage by news organisations<sup>35</sup>.

However, regardless of how it is conceptualised, to distinguish “fake news” from both other forms of inaccurate information and truthful news would be an essential starting point, to acquire a reasonable definition of the term. Which of the following constitutes fake news? The story published on a satirical website concerning Pope Francis’s endorsement of Trump’s Presidential candidacy, which went viral after sharing on Facebook? A significantly misleading headline as in the the *Sun*’s headline “Queen backs Brexit”, which suggested that Elizabeth II had breached her constitutional obligation to stay neutral in political matters, although the text explained that Queen had commented on the EU at a lunch at Windsor Castle in 2011 but stated no position on Brexit? An intentionally fabricated story that was disseminated from a now-defunct website with the headline “FBI agent suspected in Hillary email leaks found dead in apparent murder-suicide<sup>36</sup>”?

Since “fake news” is one but not the only form of information disorder in our digitally connected world, it is important to develop categories that differentiate various types of content such as fabricated stories produced intentionally “in the guise of news”; unintentional errors contained in news releases; deceptive, but not blatantly untrue news stories; false statements not “in the guise of news”; and conspiracy theories whose accuracy is hard to prove but believed true by their creators<sup>37</sup>. This article could build on this categorisation to answer the question in the previous paragraph.

Claire Wardle identifies seven genres of inaccurate information that span the wide variety of problematic online content, ranging from the mildest – satire and parody – to fully-fledged fabricated content. Her classification is based on the strength of the intention to deceive. Under this classification, “satire or parody” does not intend to cause harm but could fool the reader; “misleading content” is the misleading use of information to frame an issue or individual; “impostor content”

---

<sup>35</sup> Wardle, C. and Derakhshan, H. (2017). p. 5.

<sup>36</sup> Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 213–214.

<sup>37</sup> Ibid. p. 214.

impersonates sources not responsible for the content; "fabricated content" is totally false information intended to deceive and do harm; "false connection" occurs if headlines, visuals or captions do not endorse the content; "false context" is as it sounds; and, finally, "manipulated content" exists when information or imagery is manipulated to deceive<sup>38</sup>. Relying on Wardle's study, CoE introduced a conceptual framework for examining information disorder and identified three types – mis-, dis- and malinformation – that categorise the disorder according to its factual content (if any) and intent to cause harm. As explained in the accompanying CoE report, "disinformation" is *when false information is knowingly shared to cause harm* and different from the other two types since "misinformation" is *when false information is shared, but no harm is meant* and "malinformation" is *when genuine information is shared to cause harm, often by moving information designed to stay private into the public sphere*<sup>39</sup>.

As becomes visible from the discussion so far, although fake news is an old phenomenon the online version that emerged in 2016 has brought complexities to the term. Various actors, interests and motives come together to create, produce and distribute fake news via online platforms, and multifaceted and rigorous assessment is required to interpret this sophisticated network of relationships. The arguments presented in this section demonstrate that "fake news" is an immature concept, around which heated debates continue to swirl. While Wardle's classification of inaccurate information and CoE's categories of information disorder built on it, contribute notably towards a reasonable definition of the term, building consensus around an ideal definition seems unlikely, at least in the near future, because of the term's political involvement. As the article will discuss in Section 3, the ambiguity of the term also shows itself in how domestic regulations try to handle the issue. However, before analysing those regulations, for a reasonable comparison between "to regulate" and "not to regulate" the article will first try to establish the damage to democracy caused by fake news through two instances.

## **II. IMPACT OF FAKE NEWS ON TWO PROMINENT ELECTIONS**

In this section, the article provides data from previous studies that will help to comment on the extent of damage to the functioning of

---

<sup>38</sup> See Wardle, C. (2017).

<sup>39</sup> Wardle, C. and Derakhshan, H. (2017). p. 5.

democracy caused by fake news during the 2016 US Presidential election and the 2019 EU Parliament election. The 2016 US Presidential election may have been the first time the world faced the modern version of fake news, and indeed, there is enough data and social network analysis on which to base comments. Conversely, the 2019 EU Parliamentary election was well-prepared for the possible threats of fabricated news in the wake of BuzzFeed's revelations of commercial exploitation of fake news on Facebook and allegations of Russian interference in elections in several countries, including the USA, the UK, Germany and France, which led the EU to take some non-regulatory steps to discourage similar incidents. The article will discuss in subsection 2.2 whether these steps were adequate to counter fake news.

### A. 2016 US PRESIDENTIAL ELECTION

Many politicians in liberal democracies believe that fake news could distort the functioning of democracy, that the vast numbers of people who rely on social media for their news could be deceived, particularly at election time<sup>40</sup>. Behind this view is some research carried out following the 2016 election. Craig Silverman illustrated that, during the last three months of the Presidential campaign, some fake election news on Facebook generated broader public attention than the top stories from established news organisations such as the Huffington Post or *The New York Times*<sup>41</sup>. Furthermore, according to a survey conducted by Pew Research Center among a national sample of 1,002 adults living in the continental United States, 64% of US adults agree that "fake news" creates much doubt about the basic truths of contemporary issues and events<sup>42</sup>. In their study "Social Media and Fake News in the 2016 Election", Hunt Allcott and Matthew Gentzkow illustrated that on Facebook, 115 fabricated pro-Trump stories had been shared a total of 30

---

<sup>40</sup> Reuters (18 November 2016). "Barack Obama: Fake News Is a Threat to Democracy – Video", *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/media/video/2016/nov/18/barack-obama-fake-news-is-a-threat-to-democracy-video> (Accessed 10 July 2021); Der Spiegel (13 December 2016). "Fake News: CDU-Politiker fordern Strafverschärfung" *Der Spiegel – Politik*, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/fake-news-unionspolitiker-wollen-strafverschaeerfung-bei-gefaelschten-nachrichten-a-1125611.html> (Accessed 10 July 2021).

<sup>41</sup> Silverman, C. (16 November 2016). "This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook", *BuzzFeed News*, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook> (Accessed 10 July 2021).

<sup>42</sup> Barthel, M., Mitchell, A. and Holcomb, J. (2016). "Many Americans Believe Fake News Is Sowing Confusion", Pew Research Center, p. 1.

million times, and 41 fabricated pro-Clinton stories shared a total of 7.6 million times before the election. Moreover, 159 million visits were made during the election month to a series of fake news pages (0.64 per US adult)<sup>43</sup>. Such data has prompted concerns about increasing partisanship and the widespread use of social media, specifically fears that filter bubbles and echo chambers could exacerbate disinformation<sup>44</sup>.

Social media platforms are built on profit-maximising architecture in which content is targeted by applying machine-learning tools to users' profiles to maximise users' interaction with social media and thus advertising revenues<sup>45</sup>. However, as a consequence, this mechanism has segregated users into diverse groups based on characteristics, for instance their religious or political affiliation. This in turn has proliferated filter bubbles and echo chambers which offer safe havens for sharing ideas and beliefs with others without substantial confrontation or division by enabling people to interact with others who share similar world views<sup>46</sup>. Since agents who produce fake news target groups that they think are more likely to be receptive to the story, it is probable the story will be shared by the initial recipient. According to Miriam Metzger and the others, it is a strong possibility that people trust information coming from somebody they know, even though its authenticity might be doubtful<sup>47</sup>. Thus, once fake news is injected into an interest group, it disseminates quickly and easily without meeting many challenges<sup>48</sup>.

In contrast, studies aiming to assess the impact of filter bubbles and echo chambers in shaping voters' preferences suggest that moral panic over the fake news threat disseminating in the social media may be exaggerated for several reasons. First, it is likely that people who are engaged in politics online will double-check dubious content they find on the Web or social media, meaning that these people search online for confirmation or refutation, allowing filter bubbles to pop and echo

---

<sup>43</sup> Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 212.

<sup>44</sup> Guess, A. M., Nyhan, B. and Reifler, J. (2020). "Exposure to Untrustworthy Websites in the 2016 US Election", *Nature Human Behaviour*, Vol. 4, No: 5, p. 472.

<sup>45</sup> Pariser, E. (2012). *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, London: Penguin Books, p. 35.

<sup>46</sup> Flaxman, S., Goel, S. and Rao, J. M. (2016). "Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption", *Public Opinion Quarterly*, Vol. 80, No: S1, p. 299.

<sup>47</sup> Metzger, M. J., Flanagin, A. J. and Medders, R. B. (2010). "Social and Heuristic Approaches to Credibility Evaluation Online", *Journal of Communication*, Vol. 60, No: 3, p. 414-415.

<sup>48</sup> Wardle, C. and Derakhshan, H. (2017). p. 51.



chambers to split<sup>49</sup>. Besides, Allcott and Gentzkow demonstrated that although social media was a significant source of political information, it was not the dominant one. Television maintained its supremacy over social media in shaping public opinion in the 2016 election. Their study also showed that the impact of exposure to fake news in social media did not last long since less than 20% of respondents recalled “fake news<sup>50</sup>”. Moreover, the consumers of untrustworthy content, such as fake news and conspiracy theories, are usually a small number of people with extreme political views. Indeed, a considerable body of scientific study suggests a limited consumption of fake news, mainly among extremists<sup>51</sup>. Andrew M. Guess and others reported in their study “Exposure to untrustworthy websites in the 2016 US election” that 62% of the visits to untrustworthy websites came from the 20% of Americans with the most conservative information diets<sup>52</sup>. More specifically, Allcott and Gentzkow illustrated less than 10% of the US adult population had believed fake news during the 2016 election<sup>53</sup>. These percentages may still seem high, but given that the abuse of online platforms for disseminating fake news was first revealed in the 2016 election, this rate might be expected to fall in more recent elections as media literacy has improved and politicians and social activists have forced social media providers to take more responsibility in tackling disinformation online since then.

Media literacy offers consumers a set of skills, including critical thinking and active inquiry, to respond to material that appears before them in the digital texts they read, the television shows they watch and their social media feeds<sup>54</sup>. Like fake news, media literacy is not a new concept either. Nevertheless, since online platforms have boosted

---

<sup>49</sup> Dutton, W. H. (2017). “Fake News, Echo Chambers and Filter Bubbles Are an Exaggerated Threat. Here’s Why”, *World Economic Forum*, <https://www.weforum.org/agenda/2017/05/fake-news-echo-chambers-and-filter-bubbles-are-an-exaggerated-threat-heres-why/> (Accessed 13 July 2021).

<sup>50</sup> Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 223.

<sup>51</sup> See Quattrocchi, W. (14 January 2016). “How Does Misinformation Spread Online?”, *World Economic Forum*, <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/q-a-walter-quattrocchi-digital-wildfires/> (Accessed 13 July 2021); Krasodonski-Jones, A. (2017). “Talking To Ourselves? Political Debate Online and the Echo Chamber Effect”, *Demos*, p. 8, <https://demos.co.uk/project/talking-to-ourselves/> (Accessed 13 July 2021); Guess, A. M., Nyhan, B. and Reifler, J. (2020). p. 7.

<sup>52</sup> Guess, A. M., Nyhan, B. and Reifler, J. (2020). p. 11.

<sup>53</sup> Allcott, H. and Gentzkow, M. (2017). p. 226.

<sup>54</sup> Cherner, T. S. and Curry, K. (2019). “Preparing Pre-Service Teachers to Teach Media Literacy: A Response to ‘Fake News’”, *Journal of Media Literacy Education*, Vol. 11, No: 1, p. 1.

the dissemination of disinformation, efforts to educate people to build media- (especially social media-) consciousness have become a priority agenda for the twenty-first century. In this respect, teaching how social algorithms generate echo chambers and filter bubbles ought to reduce the number of social media users falling for fake news by increasing awareness.

Moreover, in the wake of the 2016 election, social media platforms have launched various initiatives to alleviate the reactions to their past inactivity and to avoid regulations that might place uncomfortable obligations on them<sup>55</sup>. Since then, they have provided a variety of user tools to weaken the intensity of echo chambers and filter bubbles. For instance, Facebook has developed a "related-articles" feature that shows diverse perspectives on a story<sup>56</sup>. The platform also put into service the "Perspectives" tool during elections in the UK and France, which enabled users to compare parties' or candidates' positions by clicking on an article related to the elections<sup>57</sup>. Furthermore, social media platforms have cooperated with fact-checking organisations to provide warnings about content that is deemed suspicious and have also reduced the financial incentives to generate "fake news" content<sup>58</sup>. Last but not least, some news outlets from mainstream media have added new features to their online outlets to direct people to alternative perspectives: the *Wall Street Journal* established "Blue Feed, Red Feed" to exhibit "how reality may differ for different Facebook users<sup>59</sup>"; BuzzFeed created "Outside Your Bubble" to gather views from across the Web and to convert them into a neutral form<sup>60</sup>; the *Guardian* developed "Burst Your Bubble" to

---

<sup>55</sup> Katsirea, I. (2018). p. 160.

<sup>56</sup> Constine, J. (25 April 2017). "Facebook Shows Related Articles and Fact Checkers before You Open Links", *TechCrunch*, [https://techcrunch.com/2017/04/25/facebook-shows-related-articles-and-fact-checkers-before-you-openlinks/?guccounter=1&guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce\\_referrer\\_sig=AQAAALpQ7pmWzXAJXgY35t4Tc3X-Id-jQX2wajnbjMsY3uLTbt2-CPwIVFA5WI9TiwTuIzkQpEMeRlyhRf3x1a03gCw\\_0b652XGnS-DpwDYVBYF3h2ESrJfS6ZHRPr9UW9pD0ArnKx8dwhdHbBT-f2gIN6o2G8eqiwPu9ktAY-tNELyyGvk](https://techcrunch.com/2017/04/25/facebook-shows-related-articles-and-fact-checkers-before-you-openlinks/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAALpQ7pmWzXAJXgY35t4Tc3X-Id-jQX2wajnbjMsY3uLTbt2-CPwIVFA5WI9TiwTuIzkQpEMeRlyhRf3x1a03gCw_0b652XGnS-DpwDYVBYF3h2ESrJfS6ZHRPr9UW9pD0ArnKx8dwhdHbBT-f2gIN6o2G8eqiwPu9ktAY-tNELyyGvk) (Accessed 18 July 2021).

<sup>57</sup> McGregor, J. (31 May 2017). "Facebook Wades Into Another Election", *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2017/05/31/facebook-wades-into-another-election/> (Accessed 18 July 2021).

<sup>58</sup> Katsirea, I. (2018). p. 160.

<sup>59</sup> Keegan, J. (last updated 19 August 2019). "Blue Feed, Red Feed", *Wall Street Journal*, <https://graphics.wsj.com/blue-feed-red-feed/> (Accessed 18 July 2021).

<sup>60</sup> Smith, B. (17 February 2017). "Helping You See Outside Your Bubble", *BuzzFeed*, <https://www.buzzfeed.com/bensmith/helping-you-see-outside-your-bubble> (Accessed 18 July 2021).



provide their liberal audience conservative articles that they think worth reading<sup>61</sup>.

The article will assess whether all these efforts have been effective in tackling fake news, after reviewing data for the 2019 EU Parliament election, in the following subsection.

## **B. 2019 EU PARLIAMENT ELECTION**

The allegations about Russian interference in prominent elections across the world through disseminating fake news led the EU to take action to reduce the impact of fake news on voter preferences ahead of the 2019 election for the EU Parliament. In contrast to the USA, the EU was not caught off guard in its 2019 election; it had launched a non-regulatory initiative to challenge online disinformation and had taken a series of steps to avoid the recurrence of previous incidents during the 2019 election. In April 2018, the “Communication on tackling online disinformation: a European approach” was issued to outline self-regulatory tools for SMCs to fight online disinformation, including tools to promote quality journalism, support for an independent network of fact-checkers and a Code of Practice that will apply across the EU covering online disinformation.<sup>62</sup> In October 2018, Facebook, Twitter, Google, Mozilla, trade associations representing the advertising industry and advertisers, and a trade association representing online platforms signed the Code of Practice, which puts forward self-regulating standards that signatories agree to be bound by<sup>63</sup>. Following the Code of Practice, Facebook, Twitter and Google reported actions to enhance monitoring of ad placements, to tackle fake accounts and use of malware (notably, bots), and to ensure transparency of political and issue-based advertising on a monthly basis from January to May 2019 when the election was held. The European Commission published the first of these monthly reports<sup>64</sup>, then in October 2019 the annual self-assessment

---

<sup>61</sup> “Burst Your Bubble: The Guardian’s Weekly Guide to Conservative Articles Worth Reading to Expand Your Thinking”, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/us-news/series/burst-your-bubble> (Accessed 18 July 2021).

<sup>62</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2018 [COM(2018) 236 final].

<sup>63</sup> “Code of Practice on Disinformation | Shaping Europe’s Digital Future”, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation> (Accessed 15 July 2021).

<sup>64</sup> For monthly reports see *ibid*.

reports of all the signatories to the Code of Practice on Disinformation with its own assessments<sup>65</sup>. According to the Commission, even though further steps are still essential, signatories demonstrated extensive effort to demonstrate their commitment to the Code. The Commission also claimed comprehensive progress in tackling disinformation online, compared to the pre-Code period<sup>66</sup>.

The assessments of the Commission were confirmed by scholars. In "The Limited Reach of Fake News on Twitter during 2019 European Elections" that was published six months after the election, Matteo Cinelli and others analysed information consumption on Twitter during the electoral campaign by investigating the communication patterns of mainstream media, politicians, people from showbiz, fake news resources and many others. The researchers studied more than 400,000 tweets posted by 863 accounts and found their interaction mostly confined within the same class and that political discussion hardly ever crossed national frontiers, which obviously refutes potential claims of foreign electoral interference. Furthermore, they did not report any evidence of an organised network of accounts to spread disinformation. Instead, other actors tend to disregard sources of disinformation, and therefore play a generally positive role in online political debate<sup>67</sup>. Cinelli and others concluded that Twitter's policies to combat the dissemination of disinformation, i.e. prohibiting or removing fraudulent accounts, had been effective and could assist in maintaining Twittersphere credibility<sup>68</sup>.

To recall, the data in subsection 2.1 indicates that, once placed on social media platforms, fake news disseminated dramatically in the 2016 US Presidential election and large numbers of people were exposed to it. For the 2019 EU Parliament election, however, the analysis by Cinelli and others suggests that the efforts of the EU and signatories to the Code

---

<sup>65</sup> For the annual reports of signatories see "Annual Self-Assessment Reports of Signatories to the Code of Practice on Disinformation 2019", *Shaping Europe's digital future – European Commission*, 29 October 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019> (Accessed 16 July 2021).

<sup>66</sup> "Last Intermediate Results of the EU Code of Practice against Disinformation", *Shaping Europe's digital future – European Commission*, 14 June 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/last-intermediate-results-eu-code-practice-against-disinformation> (Accessed 16 July 2021).

<sup>67</sup> Cinelli, M. and others (2020). "The Limited Reach of Fake News on Twitter during 2019 European Elections", *PLOS ONE*, Vol. 15, No: 6, p. 1.

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 10.

of Practice on Disinformation were effective, since no major incident has been reported so far.

It is apparent that many attempts have been made via provider initiatives and self-regulation to protect users from fake news and its impact on voter preferences. Needless to say, if all online actors were to join in, these efforts could develop further and fewer people would be misled. However, despite all the awareness created, those who are inclined to believe fabricated news might do so, not because these efforts are inadequate, but because these individuals have particular behavioural patterns, such as preferring the opinions of their own peer group, instead of seeking truth independently. Nevertheless, it is risky to completely ignore the possibility that regular exposure to fabricated stories could have a negative effect on political attitudes, perhaps through intensified cynicism and alienation, particularly if not subdued partially by consuming reliable news<sup>69</sup>. Especially during election periods, the risk posed to social integrity by polarisation must not be underestimated. Moreover, even if fake news has little or no impact on election results, the growing dissemination of fake news might aggravate social complications in the long term. It often takes money and time to refute fabricated stories, as well<sup>70</sup>. So, can regulatory frameworks to oppose fake news help to eliminate these issues or do they cause more serious problems, such as stifling free speech? In the next section, the article will look for an answer to this question.

### III. LEGISLATIVE FRAMEWORKS TO COUNTER FAKE NEWS IN THREE LIBERAL DEMOCRACIES

In recent years, the spreading of misleading and false information via social media, particularly during the run-up to elections, has become a concern in Europe and some countries have adopted laws to fight it. Germany was the first, enacting the NetzDG in 2017. France adopted Law no. 2018-1202 in 2018 and the UK put forward proposals via the *Online Harms White Paper* in 2019. These developments indicate the rising importance given to the topic by liberal democracies, as well as

---

<sup>69</sup> Balmas, M. (2014). "When Fake News Becomes Real: Combined Exposure to Multiple News Sources and Political Attitudes of Inefficacy, Alienation, and Cynicism", *Communication Research*, Vol. 41, No: 3, p. 430.

<sup>70</sup> Katsirea, I. (2018). p. 170.

courses of action that other states might pursue<sup>71</sup>. The following analysis will help us understand the orientation of three key leading legislative frameworks aiming to tackle fake news and assess how effective they are at minimising the propagation of fake news through social media.

### A. FRANCE

France, like the USA, faced a surge of fake stories, a widening of caustic debate among web users, a torrent of cyber threats and "junk email" during the final days of the 2017 Presidential election campaign<sup>72</sup>. As in the US election, behind the disinformation were more general political motives as well as a wish to interfere in the election; and, of course, profit<sup>73</sup>. In March 2017, incumbent President François Hollande accused Russia of attempting to manipulate public opinion and vigorously led a fight against cyber attacks on the election<sup>74</sup>. Although the fake stories targeted Emmanuel Macron's campaign, he managed to win the election<sup>75</sup>, and in no time Law no. 2018-1202 on the "fight against the manipulation of information" was adopted despite strong criticism from scholars, media watchdogs and journalists.

In fact, unlike Germany and England, France already had substantial civil and criminal provisions in force to prevent false information from being published: the Press Law of 1881<sup>76</sup> includes a provision that makes the printing, disseminating or reproducing of "false news" or "articles fabricated, falsified or falsely attributed to others" in bad faith, to disrupt public peace, subject to a fine of up to €45,000, or €135,000 if it aims to harm army morale or war effort (Article 27). These provisions were extended to online communications by Article 6 of the Law of 21 June 2004<sup>77</sup>. The French Electoral Code also contains specific measures regarding disinformation: Article L.97 contains the offence of using

---

<sup>71</sup> "A Study on the Regulation of 'Fake News' in the European Union", Maastricht Centre for European Law, 2018, Master Working Paper 2018/8, p. 19.

<sup>72</sup> Hansen, I. and Darren, J. L. (2019). p. 161.

<sup>73</sup> Scott, M. (4 May 2017). "In French Elections, Alt-Right Messages and Memes Don't Translate", *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2017/05/04/technology/french-elections-alt-right-fake-news-le-pen-macron.html> (Accessed 28 July 2021).

<sup>74</sup> Cohen-Grillet, P. (17 March 2017). "French Election Faces High Cyber Threat", *EUobserver*, <https://euobserver.com/eu-election/137285> (Accessed 28 July 2021); Hansen, I. and Darren J. L. (2019). p. 161.

<sup>75</sup> Craufurd Smith, R. (2019). p. 73.

<sup>76</sup> Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [Law of 29 July 1881 on freedom of the press].

<sup>77</sup> Craufurd Smith, R. (2019). p. 55.

“false news, calumnies, or other fraudulent means” to manipulate voting or cause voters to refrain from voting. Anyone found guilty can be sentenced to one year in prison or €15,000 in fines<sup>78</sup>. Moreover, in the six months prior to an election, Article L.52-1 bans advertisements for electoral propaganda purposes in the press and through all means of audiovisual communication<sup>79</sup>. Despite such extensive regulation, the existing provisions were deemed unfit to address the propagation of fake news by digital tools, in particular through social media platforms and mass media-driven by foreign countries<sup>80</sup>. Since the creators of the false information are usually not identifiable in social networks, a new regulation is needed, which will concentrate on the hosts rather than the creators of the material<sup>81</sup>.

The new law passed in November 2018<sup>82</sup>. It uses the term “false information”, which deals solely with the falsity of the information, its material content<sup>83</sup>. Employing this term thus allowed the French parliament to deal separately with direct and hidden intentions, taking into account the context and the person or organisation against whom the law is directed<sup>84</sup>. The law enables judges, within 48 hours, to halt the dissemination of false information during election campaigns if it is manifestly incorrect, being propagated intentionally on a large scale and may constitute a breach of the peace or affect the result of the election (Article 1). The law stipulates that fair, clear and transparent information must be given to social media users on how their personal data is used (Article 1). It introduces a “duty of cooperation” – similar to the EU’s code of conduct – for digital platforms, forcing them to implement measures to counter false information and make public the measures taken (Article 11). During election campaigns, digital platforms must report who has sponsored content, providing the sponsor’s name and the amount paid. Platforms achieving hits per day that exceed a defined

---

<sup>78</sup> Code Electoral [Electoral Code] – Article L.97.

<sup>79</sup> Code Electoral [Electoral Code] – Article L.52-1.

<sup>80</sup> “Against Information Manipulation”, Gouvernement.fr, updated to 3 July 2020, <https://www.gouvernement.fr/en/against-information-manipulation> (Accessed 29 July 2021).

<sup>81</sup> Craufurd Smith, R. (2019). p. 55–56.

<sup>82</sup> Loi n° 2018-1202.

<sup>83</sup> Unlike “disinformation”, which refers to the dissemination of false information with the intention of causing public harm or making profit. “Disinformation” does not appear in the law.

<sup>84</sup> Craufurd Smith, R. (2019). p. 57–58.

threshold must publish their algorithms and have a legal representative in France<sup>85</sup>. Lastly, the law authorises the national broadcasting body to suspend television channels controlled by or under the influence of a foreign state where they *deliberately disseminate false information which might impact the credibility of the vote* (Article 10). Those who breach the law can be sentenced to one year in prison or €75,000 in fines (Article 1).

The law was severely criticised for failing to provide a precise and technical definition of "false information", so increasing legal uncertainty that could lead to arbitrary implementation. The law was also opposed for giving judges power to determine whether content is capable of disrupting an election that has not yet taken place and for not requiring a sufficient lapse of time before this power could be exercised. Last but not least, it was complained about the provisions to take off the air a media service that is owned or controlled by a foreign state<sup>86</sup>. How the law will be applied during an election has not been tested since it was adopted<sup>87</sup>. However, given that laws existed to cover manipulation of information, one might think that the field has become over-regulated with the latest law, and might not offer reasonable breathing-space for anti-government views.

## B. GERMANY

The German internet law, NetzDG, was enacted in 2017 to address the perception that SMCs had been ineffective and slow to counteract catastrophic amounts of hate crime, fake news and online abuse<sup>88</sup>. The law aims to place a legal obligation on SMCs to take prompt action to remove illegal content from the internet<sup>89</sup>. It provides social media

---

<sup>85</sup> Jones, K. (6 November 2019). "Online Disinformation and Political Discourse: Applying a Human Rights Framework", *Chatham House Report 24*, <https://www.chathamhouse.org/publication/online-disinformation-and-political-discourse-applying-human-rights-framework> (Accessed 5 July 2021).

<sup>86</sup> Maastricht Centre for European Law (2018). p. 21–22.

<sup>87</sup> There has been no major election since the law was adopted; local elections that took place in March 2020 under pandemic conditions do not provide a data set sufficiently reliable to review the implementation of the law.

<sup>88</sup> Echikson, W. and Knodt, O. (2018). "Germany's NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate", *Social Science Research Network*, SSRN Scholarly Paper ID 3300636 1, <https://papers.ssrn.com/abstract=3300636> (Accessed 22 July 2021).

<sup>89</sup> Claussen, V. (24 October 2018). "Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the Context of European Legislation", *MediaLaws – Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, p. 117, <http://www.medialaws.eu/rivista/fighting-hate-speech-and-fake-news-the-network-enforcement-act-netzdg-in-germany-in-the-context-of-european-legislation/> (Accessed 22 July 2021).

users or German authorities an opportunity to report content that they consider to be unlawful and require it to be taken down or blocked from the social media site<sup>90</sup>.

The law applies only to SMCs that have at least two million registered users (Article 1); obliges them to take down content violating specific provisions of the German Criminal Code<sup>91</sup>, within 24 hours if the content is “clearly illegal”, or 7 days if the illegality of the content is not immediately obvious (Article 3); and provides German users with an accessible and efficient notice and take-down procedure (Article 3). In addition, to promote transparency, the law obliges SMCs to report every six months on take-downs and user complaints, and sets a complaints procedure in place where users can report content that has not been removed (Article 2); and envisages heavy fines, of up to €50 million, on SMCs failing to delete illegal content rapidly (Article 4).

Scholars have found the law constitutionally alarming and warned authorities about over-blocking, and content being taken down “in case of doubt”. As every single user of a social network can report the others’ content as illegal, this could result in over-reporting, denunciation and restrict the freedom of speech<sup>92</sup>. Indeed, the law seems problematic, since it constrains freedom of expression in many ways. The NetzDG treats the obligation of SMCs to take down material ahead of protecting free speech; it does not emphasise the significance of freedom of speech, and no penalty can be levied on SMCs for over-moderation. It should also be noted that SMCs handle the complaints, and each independently decides whether the content is illegal, as it is not required to consult any judicial body over the decision. Although SMCs are obliged to train their employees in the processing of complaints, it is unclear how far such preparation could qualify employees to take legal decisions. Since complaints and the documentation requirements must be processed quickly, it is questionable whether the decisions are always accurate<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Kasakowskij, T. and others (2020). “Network Enforcement as Denunciation Endorsement? A Critical Study on Legal Enforcement in Social Media”, *Telematics and Informatics*, Vol. 46, p. 3.

<sup>91</sup> According to Article 1 of the NetzDG, illegal content is content covered by subsection 1, which cites §§86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in conjunction with 184d, 185 to 187, 201a, 241 and 269 of the Criminal Code, and which is not justified. Among the offences that resemble the dissemination of fake news are intentional defamation (Art. 187), treasonous forgery (Art. 100a) and forgery of data (Art. 269).

<sup>92</sup> Kasakowskij, T. and others (2020). p. 1.

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 3.



Such accuracy is made less likely because the NetzDG does not define the term "fake news"<sup>94</sup>. Besides, when considering the discussion in Section 1 of how controversial the term is, deciding what amounts to fake news and verifying the authenticity of statements is clearly difficult even when guidance is provided<sup>95</sup>. Even if the content is correctly determined to be "fake news", this does not mean that it can be considered illegal in every case. A fabricated article may be untruthful, but not unlawful<sup>96</sup>. NetzDG regulates what is considered to be "illegal content" under the criminal law<sup>97</sup>, so that fabricated news that does not breach one of the German Criminal Code provisions to which the NetzDG refers cannot be identified as illegal and should not be subject to the NetzDG.

At this point, while it is quite difficult to make sense of all these issues, even for experts, it is open to question how successful social media workers might be. Since SMCs are not obliged to present reports that detail the type of content that has been taken down, it is not possible to assess how the law in practice will affect different types of speech<sup>98</sup>. Naturally this also applies to total removals by all SMCs; thus, how far NetzDG will constrain fake news remains uncertain. Hence it does not seem feasible to assess the law's success in preventing fake news in an equation with so many unknowns, at least in the short term. On the other hand, there are already some signs that over-blocking is occurring: German courts have ruled that Facebook took down material unjustifiably in some cases<sup>99</sup>.

### C. UK

The UK is currently considering regulatory measures to counter the dissemination of malicious material online, including disinformation. The Government released a White Paper in April 2019<sup>100</sup>, which recommends obliging technology companies to sign up to a set of Codes of Practice that essentially will regulate content on their websites. The

---

<sup>94</sup> Katsirea, I. (2018). p. 180.

<sup>95</sup> Santuraki, S. U. (2019). "Trends in the Regulation of Hate Speech and Fake News: A Threat to Free Speech?", *Hasanuddin Law Review*, Vol. 5, No: 2, p. 152.

<sup>96</sup> Katsirea, I. (2018). p. 180.

<sup>97</sup> Kasakowskij, T. and others (2020). p. 3.

<sup>98</sup> O'Regan, C. (2018). "Hate Speech Online: An (Intractable) Contemporary Challenge?", *Current Legal Problems*, Vol. 71, No: 1, p. 427.

<sup>99</sup> LG Berlin, 31 O 21/18, 23/3/2018; LG Hamburg 324 O 51/18, 30/4/2018.

<sup>100</sup> *Online Harms White Paper*.



Codes of Practice also place on technology companies responsibilities to control the content on their platforms that go far beyond typical “notice and take down” obligations. They are expected to take proactive measures to prevent content from being posted and, before anyone has notified it, to employ automated tools such as content recognition algorithms and automated filtering technologies to identify dubious material. New statutory duty of care will be placed on companies, which will be supervised by a new, independent, regulatory body that will be entitled to fine and impose sanctions on senior executives. It will also have the authority both to disrupt business activities of non-compliant companies through placing obligations on ancillary services such as payment providers and search engines, and to order the blocking of Internet Service Providers (ISP)<sup>101</sup>.

Unlike NetzDG, the White Paper covers a wide range of companies that offer a wide range of services and platforms, and a breadth of online harms ranging from illegal content and activity to behaviours that are unacceptable but not necessarily illegal such as posting terrorist content or violent content, hate crime, pornography, child sexual exploitation, intimidation, disinformation, “trolling” and excessive screen time<sup>102</sup>. Such extensive scope, both of content type and of measures against online harms, along with the blurriness of what the regulator is going to be asked to enforce, triggers concerns about freedom of expression<sup>103</sup>. Too broad a definition of online harms can create serious problems, and make the law vulnerable to abuses, especially when applied against unwelcome political debate, rather than fake news. To protect itself from such criticisms the UK Government, in line with recommendations in an Interim Report that a Committee of the Department for Digital, Culture, Media and Sport (DCMS) published in July 2018<sup>104</sup>, preferred to use “disinformation” rather than “fake news”, on the grounds that the term “fake news” tends to overly broad regulation and can fail to adequately identify what is problematic about particular content<sup>105</sup>. The Report

---

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Theil, S. (2019). “The Online Harms White Paper: Comparing the UK and German Approaches to Regulation” *Journal of Media Law*, Vol. 11, No: 1, p. 43.

<sup>104</sup> *Disinformation and “Fake News”*: Interim Report, Digital, Culture, Media and Sport Committee – House of Commons, 2018, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/363/36302.htm> (Accessed 25 July 2021).

<sup>105</sup> *Disinformation and “Fake News”*: Final Report, House of Commons Digital, Culture, Media

described disinformation as *the deliberate creation and sharing of false and/or manipulated information that is intended to deceive and mislead audiences, either for the purposes of causing harm, or for political, personal or financial gain*<sup>106</sup>. Unlike German practice, drawing a frame around what the law will regard as disinformation should help the companies that will be responsible for policing online platforms.

The White Paper includes safeguards such as transparency, complaints procedures and accountability as well<sup>107</sup>. In the Initial consultation response to the *Online Harms White Paper*, the Secretaries of State for the DCMS and the Home Office also assured us that the legislation would contain safeguards to protect users' freedom of expression online by setting clear responsibilities for both the new regulator and site operators<sup>108</sup>. But can these safeguards be sufficient on their own to protect freedom of expression? For several reasons, perhaps not. First, the safeguards might not be sufficient in themselves, or implemented effectively, since the extensive scope of the online harms to be covered could well make the regulator's job impossible. Second, the technical measures that technology firms are supposed to use to trap disinformation have shortcomings which cast doubt on the safeguards' potential effectiveness. Companies are expected to use artificial intelligence that filters information at superhuman speeds, detects and blocks content that is considered objectionable by societal standards or illegal under law, and use it to delete content<sup>109</sup>. However, algorithmic tools employed for filtering content are highly limited in what they can do and are not yet mature enough to distinguish between legal and illegal content. They have difficulties in addressing a wide variety of contextual, cultural and linguistic particularities<sup>110</sup>. To illustrate, these tools do not

---

and Sport Committee, 2019, HC 1791 7, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf> (Accessed 25 July 2021).

<sup>106</sup> *Disinformation and "Fake News": Interim Report* (2018).

<sup>107</sup> *Online Harms White Paper*.

<sup>108</sup> "Online Harms White Paper – Initial Consultation Response", GOV.UK, 12 February 2020, <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/public-feedback/online-harms-white-paper-initial-consultation-response> (Accessed 24 July 2021).

<sup>109</sup> "Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression", UN General Assembly, 2018, A/HRC/38/35 12, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/096/72/PDF/G1809672.pdf?OpenElement> (Accessed 27 July 2021).

<sup>110</sup> "Report on the Implementation of the Action Plan Against Disinformation", European Commission, 2019, JOIN(2019) 12 final 18, [https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/joint\\_report\\_on\\_disinformation.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/joint_report_on_disinformation.pdf) (Accessed 5 July 2021).

have the understanding to differentiate satire, parody, jokes and irony. Since content's illegality frequently depends on its context, automating the process makes legal assessment quite challenging. Besides, the legal assessment relies on the information having some factual basis, so extrinsic information must be investigated to reach a reliable decision.

In the light of these objections, it seems likely that proactive measures would have serious consequences for freedom of speech. When considering the heavy sanctions that could be imposed for non-compliance, companies will tend to block questionable content to avoid being fined. For this reason, the UK proposal seems likely to promote an aggressive deletion strategy, resulting in over-blocking. The same goes for its German counterpart since non-compliance with the NetzDG may also mean a heavy fine. However, because the British version proposes to require technology companies to take proactive measures going beyond "notice and take down" obligations, more content is likely to be targeted. The French law seems moderate compared to the British proposal and German law because its provisions only apply during election periods. However, its effects on freedom of expression might be just as detrimental as those of the others since it has significant potential to silence political debate when the heat is on. In summary, all three domestic regulations appear to have serious free speech issues. So, in the section below, the article will address what the ECtHR's possible responses might be to potential issues that might arise from implementing these laws.

#### **IV. IS FAKE NEWS PROTECTED UNDER ARTICLE 10 OF THE ECHR?**

As protected by Article 10 of the ECHR, freedom of expression constitutes a fundamental basis for a democratic society for three reasons. First, freedom of expression is seen as vital to the proper functioning of the democratic process, enabling the public to learn about government actions and public policies and participate in public debate without fear of punishment. Second, it promotes self-improvement and autonomy, letting people discover how best to direct their lives and express their individuality. Third, it allows for rigorous testing of theories and "factual" statements, contributing to the development of science and human well-being<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Harris, D. J. and others (2018). *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, New York: Oxford University Press, p. 613-614.

In principle, the protection granted by Article 10 applies to any speech, regardless of its content, propagated by any person, group or type of media and the ECtHR is reluctant to make exceptions from the protection of freedom of expression that apply to categories<sup>112</sup>. Such an exception arises under the doctrine of "abuse of law" in Article 17, in which the ECHR is invoked to justify suppressing basic democratic principles and the enjoyment by others of their rights<sup>113</sup>. The ECtHR ruled in *Chauvy and others v France* that there is a "category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision was removed from the protection of Article 10 by Article 17"<sup>114</sup>. The Court has shown zero tolerance for denial or trivialisation of the Holocaust<sup>115</sup>. The only "clearly established historical fact" it has so far accepted is the Holocaust, and it noted in *Perinçek v Switzerland* that Article 17 ECHR should only be employed in "exceptional" circumstances<sup>116</sup>. The Court has avoided taking a role in arbitrating the underlying historical issue, which was part of the ongoing public debate, by stating "historical research is by definition subject to controversy and dispute and does not really lend itself to definitive conclusions or the assertion of objective and absolute truths"<sup>117</sup>. Accordingly, it decided that refusing to characterise the massacres committed against the Armenians in 1915 as genocide was a political speech made in the public interest and found that the criminal prosecution of Perinçek in Switzerland was in breach of Article 10<sup>118</sup>. Although fake news is usually about current events rather than historical facts, the reasoning that the ECtHR drew here shows that in general, the Court is reluctant to serve as the arbiter of facts<sup>119</sup>.

Moreover, the Court's assessments indicate that in political speech or issues of public interest Article 10(2) leaves little room for restrictions on freedom of expression. When an individual participates in a public

---

<sup>112</sup> Ibid. p. 613.

<sup>113</sup> "Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights – Prohibition of Abuse of Rights" 6, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_17\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf) (Accessed: 5 July 2021).

<sup>114</sup> *Chauvy and others/France*, 64915/01, 29/6/2004, § 69; *Lehideux and Isorni/France*, 55/1997/839/1045, 23/9/1998, §§ 47, 55; *Monnat/Switzerland*, 73604/01, 21/9/2006, § 57.

<sup>115</sup> Benedek, W. and Kettemann, M. C. (2013). *Freedom of Expression and the Internet*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, p. 85.

<sup>116</sup> *Perinçek/Switzerland*, 27510/08, 15/10/2015, § 114.

<sup>117</sup> Ibid. § 117.

<sup>118</sup> Ibid. § 167.

<sup>119</sup> Katsirea, I. (2018). p. 178.

discussion on a matter of general interest, the Court permits a degree of exaggeration<sup>120</sup>, even provocation or somewhat immoderate comments to be made within certain limits concerning – *inter alia* – respect for the rights of others<sup>121</sup>. In *Brzeziński v Poland*<sup>122</sup>, the ECtHR held that the Polish authorities had curtailed the freedom of expression of Zenon Brzeziński, a candidate running for local elections, when he was held responsible for propagating false information in an election booklet he produced. The Court found the tone of that booklet, which discussed poor local water and sewage systems and criticised corrupt relations between local authorities and a water company, within the limits of admissible exaggeration or provocation. In its view, the booklet fell into the context of a discussion on matters that were prominent for the local community. While the “false information” in this case was disseminated through hand-to-hand distribution rather than via social media, the case is significant since it reflects the perspective of the ECtHR on untruthful speech, particularly the claims about rival candidates that are usually made during elections. From this point of view, the Court could not affirm the national courts’ requirement that Brzeziński proves the accuracy of his claims<sup>123</sup>. This case also reveals that rules like the one in the Polish electoral law that gave judges 24 hours to assess whether “untrue information” had been published and to issue an order prohibiting the distribution of it, were found problematic by the ECtHR, which considers it infeasible to decide whether a political statement is false in such a short period. As a matter of fact, the ECtHR stated that the national courts had been unable to establish the grounds on which they found the applicant’s statements “fake”, “malicious”, and “exceed[ing] the permissible forms of electoral propaganda<sup>124</sup>.”

Furthermore, the Court also includes satire and criticism under the protection of Article 10, since these are elements of tolerance, pluralism and broad-mindedness without which there is no “democratic society<sup>125</sup>.” For this reason, it becomes even more difficult to envisage the ECtHR

---

<sup>120</sup> *Renaud/France*, 13290/07, 25/2/2010, § 38.

<sup>121</sup> *Willem/France*, 10883/05, 16/7/2009, § 33.

<sup>122</sup> *Brzeziński/Pologne*, 47542/07, 25/7/2019.

<sup>123</sup> Press Release Issued by the Registrar of the ECtHR – Judgment *Brzezinski v. Poland - Violation of Freedom of Expression in an Election Context*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6468351-8521719> (Accessed 5 July 2021).

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Handyside/UK* [Plenary], 5493/72, 7/12/1976, § 49.

endorsing domestic regulations by State parties that envisage broad restrictions on information disorder. While it is clear that “fake news” is much more concentrated in election periods, it is circulated at other times. Fake stories cover a plethora of subjects ranging from harmless to profoundly dangerous: from dubious and vivid “true crime” articles to stories of racial unrest in the midst of Black Lives Matter protests; from fake announcements of political concerts to allegations of clandestine murders – often by or of celebrities – in the headlines, for extra viral boosting<sup>126</sup>. Obviously, the ECtHR does not protect all types of speech to the same extent. So, not all such stories could qualify as political expression and take advantage of its high degree of protection. In the *Raëlien Suisse* case, the ECtHR considered the information on a poster campaign, aimed at attracting people to the cause of the Raëlien Movement, an association that believes life on Earth was created by extraterrestrials. It classified this as “quasi-commercial” and extended to national authorities a wide margin of appreciation to restrict such speech<sup>127</sup>. Yet in *Hertel v Switzerland* the Court ruled that banning the dissemination of scientific opinions that microwave ovens present carcinogenic risk infringed Article 10 and did not find the debated claims purely commercial since they touched on the discussion of public health<sup>128</sup>. On the basis of the last two judgments, one can infer the following about the ECtHR’s point of view on fake news sites: although the margin of appreciation afforded to national authorities might be wider for fabricated websites established for profit, the ECtHR also evaluates whether there is a pressing social need to curtail their activities.

Finally, the ECtHR may also find the domestic regulations targeting fake news problematic: in the first place, under the “rule of law test” when considering whether the law provides adequate safeguards against arbitrary interference with the freedom of expression and whether its provisions are sufficiently precise; before coming to the “democratic necessity test” in which it assesses whether there is a pressing social need to restrict free speech<sup>129</sup>. All in all, the case law discussed above reveals

---

<sup>126</sup> Ball, J. (2017). *Post-Truth: How Bullshit Conquered the World*, London: Biteback Publishing.

<sup>127</sup> *Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland* [GC], 16354/06, 13/7/2012, § 62.

<sup>128</sup> *Hertel/ Switzerland*, 59/1997/843/1049, 25/8/1998, § 47.

<sup>129</sup> Greer, S. (1997). “The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Publishing, Human Rights Files No. 15, p. 8–9, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-15\(1997\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-15(1997).pdf) (Accessed 11 August 2021).



that State parties should carefully consider the effects of their steps on freedom of expression while setting strategies in the fight against fake news, and should promote non-regulatory tools to help minimise the impact of filter bubbles and echo chambers that facilitate fake news and to improve media literacy, to educate the community to identify fakes.

## **CONCLUSION**

The purpose of the article was to identify whether “fake news” or domestic regulations intended to combat “fake news” pose a more significant threat to freedom of expression. It shows that, although fake news has a long history, its nature is hard to define owing to the multifaceted conceptualisations associated with it and the sophisticated network of relationships in our digitally connected world. The academic community has attributed various meanings to the term, which embrace fully fabricated stories at one pole and satire at the other. Moreover, the term has also been used politically by world leaders to devalue unwelcomed reports by mainstream media. Since agreeing upon a global definition of the term seems impossible, at least in the short run, it is quite possible that legislative frameworks would lead to over-regulation, to the detriment of free speech. However, the ingenious dissemination of fake news from social media platforms forces policymakers to act. This article has found by analysing the 2016 US Presidential election and the 2019 election to the EU Parliament that damage to the functioning of democracy caused by fake news during election periods has not been as great as was feared and could be reduced by promoting media literacy, and by joint, non-regulatory efforts by legislators, social media platforms and ancillary services, such as the EU attempted in the 2019 election.

The article also examined pioneering legislative frameworks introduced or proposed by three liberal democracies – France, Germany and the UK – and confirmed that the ambiguity of the term fake news shows itself in how the domestic regulations conceptualise the term and set the scope, method and obligations of the legislation. However, although these initiatives address the issue from different perspectives, the French law (by giving the government opportunity to control the media) and the German and British laws (by imposing duties on technology companies they are not equipped to handle and envisaging severe sanctions in the event of failure, which would tend to encourage

over-blocking) would seriously violate the freedom of expression. Moreover, the case law of the ECtHR suggests that the Court would rule in favour of freedom of expression when assessing cases that might arise from the implementation of these laws. The Court is reluctant to serve as an arbiter of the facts, and provides substantial protection to political speech and to matters of the general interest; it even assesses whether a pressing social need might justify commercially motivated speech. Besides, the ambiguity of the term fake news may cause domestic regulations designed to counter it to be inconsistent and unclear, which would certainly create a significant issue in the "rule of law" test.

Taken together, these findings suggest that enhancing media literacy and non-regulatory efforts globally would contribute much more than introducing legislative frameworks, to prevent the impacts of fake news and to protect freedom of expression. The insights gained from this article may help us reconsider the eagerness to adopt legal frameworks to fight the dissemination of fake news online. However, its findings are limited since the exact impact of fake news on voter preferences in both the elections studied are not known, and the domestic legislation discussed here has not been fully implemented yet. Consequently, further studies need to be carried out with future data sets to validate the article's findings. There is, therefore, a definite need for further academic research to track the nature of the challenge that fake news presents to liberal democracies.



## BIBLIOGRAPHY

- ALLCOTT, Hunt and GENTZKOW, Matthew (2017). "Social Media and Fake News in the 2016 Election", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, No: 2, pp. 211-360.
- BALL, James (2017). *Post-Truth: How Bullshit Conquered the World*, London: Biteback Publishing.
- BALMAS, Meital (2014). "When Fake News Becomes Real: Combined Exposure to Multiple News Sources and Political Attitudes of Inefficacy, Alienation, and Cynicism", *Communication Research*, Vol. 41, No: 3, pp. 430-454.
- BARTHEL, Michael, MITCHELL, Amy and HOLCOMB Jesse (2016). "Many Americans Believe Fake News Is Sowing Confusion", Pew Research Center.
- BENEDEK, Wolfgang and KETTEMANN, Matthias C. (2013). *Freedom of Expression and the Internet*, Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- BENKLER, Yochai, FARIS, Robert and ROBERTS, Hal (2018). *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, New York: Oxford University Press.
- BENNETT, John T. (27 May 2020). "Trump Accuses Twitter of Interfering in Election after Fact-Checking His Tweets for First Time", *The Independent* <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/twitter-donald-trump-fact-check-warning-label-tweets-mail-in-voting-murder-a9533871.html> (Accessed 1 July 2021).
- BRADSHAW, Samantha and HOWARD, Philip N. (2018). "The Global Organization of Social Media Disinformation Campaigns", *Journal of International Affairs*, Vol. 71, No: 1 pp. 23-32.
- CALVERT, Clay, MCNEFF, Stephanie, VINING, Austin and ZARATE, Sebastian (2018). "Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect between Theory and Doctrine", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 86, No: 1, pp. 99-138.
- CHERNER, Todd S. and CURRY, Kristal (2019). "Preparing Pre-Service Teachers to Teach Media Literacy: A Response to 'Fake News'", *Journal of Media Literacy Education*, Vol. 11, No: 1, pp. 1-31.

- CINELLI, Matteo, CRESCI Stefano, GALEAZZI, Alessandro, QUATTROCIOCCHI, Walter and TESCONI, Maurizio. "The limited reach of fake news on Twitter during 2019 European elections." *PloS one* 15, no. 6 (2020): e0234689. and others (2020). "The Limited Reach of Fake News on Twitter during 2019 European Elections", *PLOS ONE*, Vol. 15, No: 6, pp. 1-13.
- CLAUSSEN, Victor (24 October 2018). "Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the Context of European Legislation", *MediaLaws – Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, 117, <http://www.medialaws.eu/rivista/fighting-hate-speech-and-fake-news-the-network-enforcement-act-netzdg-in-germany-in-the-context-of-european-legislation/> (Accessed 22 July 2021).
- Code Electoral [Electoral Code], 28 October 1964.
- COHEN-GRILLET, Philippe (17 March 2017). "French Election Faces High Cyber Threat", *EUobserver*, <https://euobserver.com/eu-election/137285> (Accessed 28 July 2021).
- CONSTINE, Josh (25 April 2017). "Facebook Shows Related Articles and Fact Checkers before You Open Links", *TechCrunch*, [https://techcrunch.com/2017/04/25/facebook-shows-related-articles-and-fact-checkers-before-you-open-links/?guccounter=1&guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce\\_referrer\\_sig=AQAAALpQ7pmWzXAjXgY3St4Tc3X-IdjQX2wajnbJMsY3uLTbt2-CPw1VFA5W19TiwTuIzkQpEMeRlyhRf3x1a03gCw\\_0b652XGnSDpwDYVBYF3h2ESrJfS6ZHRPr9UW9pD0ArnKx8dwhdHbBT-f2gIN6o2G8eqiwPu9ktAYtNELyyGvk](https://techcrunch.com/2017/04/25/facebook-shows-related-articles-and-fact-checkers-before-you-open-links/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAALpQ7pmWzXAjXgY3St4Tc3X-IdjQX2wajnbJMsY3uLTbt2-CPw1VFA5W19TiwTuIzkQpEMeRlyhRf3x1a03gCw_0b652XGnSDpwDYVBYF3h2ESrJfS6ZHRPr9UW9pD0ArnKx8dwhdHbBT-f2gIN6o2G8eqiwPu9ktAYtNELyyGvk) (Accessed 18 July 2021).
- CRAUFURD SMITH, Rachel (2019). "Fake News, French Law and Democratic Legitimacy: Lessons for the United Kingdom?", *Journal of Media Law*, Vol. 11, Iss. 1, pp. 52-81.
- DUTTON, William H. (2017). "Fake News, Echo Chambers and Filter Bubbles Are an Exaggerated Threat. Here's Why", *World Economic Forum*, <https://www.weforum.org/agenda/2017/05/fake-news-echo-chambers-and-filter-bubbles-are-an-exaggerated-threat-heres-why/> (Accessed 13 July 2021).
- ECHIKSON, William and KNODT, Olivia (2018). "Germany's NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate", *Social Science Research Network*, SSRN Scholarly Paper ID 3300636 1, <https://papers.ssrn.com/abstract=3300636> (Accessed 22 July 2021).

- FLAXMAN, Seth, GOEL, Sharad and RAO, Justin M. (2016). "Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption", *Public Opinion Quarterly*, Vol. 80, No: S1, pp. 298-320.
- FRIEDMAN, Uri (23 December 2017). "The Real-World Consequences of 'Fake News'", *The Atlantic*, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/12/trump-world-fake-news/548888/> (Accessed 25 June 2021).
- GREER, Steven (1997). "The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights", *Council of Europe Publishing, Human Rights Files No. 15*, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-15\(1997\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-15(1997).pdf) (Accessed 11 August 2021).
- GUESS, Andrew M., NYHAN, Brendan and REIFLER, Jason (2020). "Exposure to Untrustworthy Websites in the 2016 US Election", *Nature Human Behaviour*, Vol. 4, No: 5, pp. 472-480.
- HANSEN, Isabella and LIM, Darren J. (2019). "Doxing Democracy: Influencing Elections via Cyber Voter Interference", *Contemporary Politics*, Vol. 25, No: 2, pp. 150-171.
- HARRIS, David John and others (2018). *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, New York: Oxford University Press.
- HUMPRECHT, Edda (2019). "Where 'Fake News' Flourishes: A Comparison across Four Western Democracies", *Information, Communication & Society*, Vol. 22, No: 13, pp. 1973-1988.
- JAURSCH, Julian, LENOIR, Theophile, SCHAFER, Bret and SOULA Etienne (15 November 2019). "Tackling Disinformation: Going Beyond Content Moderation", Institut Montaigne Blog, <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/tackling-disinformation-going-beyond-content-moderation> (Accessed 6 June 2021).
- JONES, Kate (6 November 2019). "Online Disinformation and Political Discourse: Applying a Human Rights Framework", *Chatham House Report*, <https://www.chathamhouse.org/publication/online-disinformation-and-political-discourse-applying-human-rights-framework> (Accessed 5 July 2021).
- KASAKOWSKIJ, Thomas, FURST, Julia, FISCHER, Jan and FIETKIEWICZ, Kaja J. (2020). "Network Enforcement as Denunciation Endorsement? A Critical Study on Legal Enforcement in Social Media", *Telematics and Informatics*, Vol. 46, No: 101317.

- KATSIREA, Irina (2018). "‘Fake News’: Reconsidering the Value of Untruthful Expression in the Face of Regulatory Uncertainty", *Journal of Media Law*, Vol. 10, No: 2, pp. 159-188.
- KEEGAN, Jon (last updated 19 August 2019). "Blue Feed, Red Feed", *Wall Street Journal* <https://graphics.wsj.com/blue-feed-red-feed/> (Accessed 18 July 2021).
- KLEIN, David O. and WUELLER, Joshua R. (2018). "Fake News: A Legal Perspective", *Australasian Policing*, Vol. 20, No: 2, pp. 1-13.
- KRASKI, Ryan (2017). "Combating Fake News in Social Media: US and German Legal Approaches", *St. John's Law Review*, Vol. 91, No: 4, pp. 923-956.
- KRASODOMSKI-JONES, Alex (2017). "Talking To Ourselves? Political Debate Online and the Echo Chamber Effect", *Demos*, <https://demos.co.uk/project/talking-to-ourselves/> (Accessed 13 July 2021).
- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [Law of 29 July 1881 on freedom of the press].
- Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information [Law No. 2018-1202 of 22 December 2018 concerning the Fight against Information Manipulation].
- MARSDEN, Chris, MEYER, Trisha and BROWN Ian (2020). "Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation?", *Computer Law & Security Review*, Vol. 36, No: 105373.
- MCCARTHY, Tom (27 May 2020). "Trump Threatens Social Media after Twitter Puts Warning on His False Claims", *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/may/27/trump-twitter-social-media-threat-conservatives> (Accessed 1 July 2021).
- McGREGOR, Jay (31 May 2017). "Facebook Wades into Another Election", *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2017/05/31/facebook-wades-into-another-election/> (Accessed 18 July 2021).
- METZGER, Miriam J., FLANAGIN, Andrew J. and MEDDERS, Ryan B. (2010). "Social and Heuristic Approaches to Credibility Evaluation Online", *Journal of Communication*, Vol. 60, No: 3, pp. 413-439.
- MIERE Jason Le (5 September 2017). "Russia Election Hacking: Countries Where the Kremlin Has Allegedly Sought to Sway Votes", *Newsweek*, <https://www.newsweek.com/russia-election-hacking-france-us-606314> (Accessed 4 June 2021).

- MOLINA, Marina D., SUNDAR S. Shyam, LE Thai, LEE Dongwon (2019). "Fake News' Is Not Simply False Information: A Concept Explication and Taxonomy of Online Content", *American Behavioral Scientist*, Vol. 65, No: 2, pp. 180-212.
- MORGAN, Susan (2018). "Fake News, Disinformation, Manipulation and Online Tactics to Undermine Democracy", *Journal of Cyber Policy*, Vol. 3, No: 1, pp. 39-43.
- NetzDG – Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken [Network Law Enforcement Act] 2017.
- O'REGAN, Catherine (2018). "Hate Speech Online: An (Intractable) Contemporary Challenge?", *Current Legal Problems*, Vol. 71, No: 1, pp. 403-427.
- PARISER, Eli (2012). *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, London: Penguin Books.
- PODGER, Andrew (2019). "Fake News: Could Self-Regulation of Media Help to Protect the Public? The Experience of the Australian Press Council", *Public Integrity*, Vol. 21, No: 1, pp. 1-5.
- QUATTROCIOCCHI, Walter (14 January 2016). "How Does Misinformation Spread Online?" *World Economic Forum*, <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/q-a-walter-quattrociochi-digital-wildfires/> (Accessed 13 July 2021).
- SANTURAKI, Suleiman Usman (2019). "Trends in the Regulation of Hate Speech and Fake News: A Threat to Free Speech?", *Hasanuddin Law Review*, Vol. 5, No: 2, pp. 140-158.
- SCOTT, Mark (4 May 2017). "In French Elections, Alt-Right Messages and Memes Don't Translate", *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2017/05/04/technology/french-elections-alt-right-fake-news-le-pen-macron.html> (Accessed 28 July 2021).
- SILVERMAN, Craig (16 November 2016). "This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook", *BuzzFeed News*, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook> (Accessed 10 July 2021).

- SILVERMAN, Craig and ALEXANDER, Lawrence (3 November 2016). "How Teens In The Balkans Are Duping Trump Supporters With Fake News", *BuzzFeed News*, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/how-macedonia-became-a-global-hub-for-pro-trump-misinfo> (Accessed 31 May 2021).
- SMITH, Ben (17 February 2017). "Helping You See Outside Your Bubble", *BuzzFeed*, <https://www.buzzfeed.com/bensmith/helping-you-see-outside-your-bubble> (Accessed 18 July 2021).
- TANDOC, Edson C., LIM, Zheng Wei and LING, Richard (2018). "Defining 'Fake News': A Typology of Scholarly Definitions", *Digital Journalism*, Vol. 6, No: 2, pp. 137-153.
- THEIL, Stefan (2019). "The Online Harms White Paper: Comparing the UK and German Approaches to Regulation", *Journal of Media Law*, Vol. 11, No: 1, pp. 41-51.
- WAISBORD, Silvio (2018). "Truth Is What Happens to News", *Journalism Studies*, Vol. 19, No: 3, pp. 1866-1878.
- WARDLE, Claire (16 February 2017). "Fake News. It's Complicated", *First Draft*, <https://firstdraftnews.org:443/latest/fake-news-complicated/> (Accessed 26 June 2021).
- WARDLE, Claire, and DERAKHSHAN, Hossein (2017). "Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making", *Council of Europe*, DGI(2017)09 16, <https://rm.coe.int/Report-D/09000016807bf5f6> (Accessed 31 May 2021).
- "A Study on the Regulation of 'Fake News' in the European Union", *Maastricht Centre for European Law*, 2018, Master Working Paper 2018/8.
- "Against Information Manipulation", *Gouvernement.fr*, updated to 3 July 2020, <https://www.gouvernement.fr/en/against-information-manipulation> (Accessed 29 July 2021).
- "Annual Self-Assessment Reports of Signatories to the Code of Practice on Disinformation 2019", *Shaping Europe's digital future – European Commission*, 29 October 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019> (Accessed 16 July 2021).
- "Burst Your Bubble: *The Guardian's* Weekly Guide to Conservative Articles Worth Reading to Expand Your Thinking", <https://www.theguardian.com/us-news/series/burst-your-bubble> (Accessed 18 July 2021).

“Code of Practice on Disinformation | Shaping Europe’s Digital Future”, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation> (Accessed 15 July 2021).

“Collins 2017 Word of the Year Shortlist - New on the Blog - Word Lover’s Blog - Collins Dictionary”, <https://www.collinsdictionary.com/word-lovers-blog/new/collins-2017-word-of-the-year-shortlist,396,HCB.html> (Accessed 20 June 2021).

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2018 [COM(2018) 236 final].

“Fake News: CDU-Politiker fordern Strafverschärfung – *Der Spiegel* – Politik”, 13 December 2016, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/fake-news-unionspolitiker-wollen-strafverschaeerfung-bei-gefaelschten-nachrichten-a-1125611.html> (Accessed 10 July 2021).

*Disinformation and “Fake News”*: Final Report, House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee, 2019, HC 1791 7, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf> (Accessed 25 July 2021).

*Disinformation and “Fake News”*: Interim Report, Digital, Culture, Media and Sport Committee – House of Commons, 2018, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/36302.htm> (Accessed 25 July 2021).

“Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights – Prohibition of Abuse of Rights”, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_17\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf) (Accessed 5 July 2021).

“I Helped Popularize The Term ‘Fake News’ And Now I Cringe Whenever I Hear It”, *BuzzFeed News*, 31 December 2017, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/i-helped-popularize-the-term-fake-news-and-now-i-criinge> (Accessed 21 June 2021).

“Last Intermediate Results of the EU Code of Practice against Disinformation”, *Shaping Europe’s digital future – European Commission*, 14 June 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/last-intermediate-results-eu-code-practice-against-disinformation> (Accessed 16 July 2021).

Macquarie Dictionary, <https://www.macquariedictionary.com.au/resources/view/word/of/the/year/2016> (Accessed 20 June 2021).



*Online Harms White Paper*, <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper> (Accessed 5 June 2021).

"Online Harms White Paper – Initial Consultation Response", GOV.UK, 12 February 2020, <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/public-feedback/online-harms-white-paper-initial-consultation-response> (Accessed 24 July 2021).

"Press Release Issued by the Registrar of the ECtHR – Judgment *Brzezinski v. Poland - Violation of Freedom of Expression in an Election Context*", <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6468351-8521719> (Accessed 5 July 2021).

"Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression", UN General Assembly, 2018, A/HRC/38/35 12, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/096/72/PDF/G1809672.pdf?OpenElement> (Accessed 27 July 2021).

"Report on the Implementation of the Action Plan Against Disinformation", *European Commission*, 2019, JOIN(2019) 12 final 18, [https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/joint\\_report\\_on\\_disinformation.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/joint_report_on_disinformation.pdf) (Accessed 5 July 2021).

Reuters (18 November 2016). "Barack Obama: Fake News Is a Threat to Democracy – Video", *The Guardian*, 18 November 2016, <https://www.theguardian.com/media/video/2016/nov/18/barack-obama-fake-news-is-a-threat-to-democracy-video> (Accessed 10 July 2021).

### **The European Court of Human Rights Judgments**

*Brzeziński/Pologne*, 47542/07, 25/7/2019.

*Chauvy and others/France*, 64915/01, 29/6/2004.

*Handyside/UK* [Plenary], 5493/72, 7/12/1976.

*Hertel/Switzerland*, 59/1997/843/1049, 25/8/1998.

*Lehideux and Isorni/France*, 55/1997/839/1045, 23/9/1998.

*Monnat/Switzerland*, 73604/01, 21/9/2006.

*Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland* [GC], 16354/06, 13/7/2012.

*Perinçek/Switzerland*, 27510/08, 15/10/2015.

*Renaud/France*, 13290/07, 25/2/2010.

*Willem/France*, 10883/05, 16/7/2009.

### **Germany Court Decisions**

LG Berlin 31 O 21/18, 23/3/2018.

LG Hamburg 324 O 51/18, 30/4/2018.





“Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında  
Anayasa'nın Yorumlanması”  
Konulu Sempozyum Bildirileri

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİNİN  
60. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ**

**25 Nisan Pazartesi, 14.00**

**Açış Konuşması**

**Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan**

**“Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa’nın Yorumlanması”  
Konulu Sempozyum**

- 15.00-15.30**      **Selamlama Konuşmaları**  
**Imani Daud Aboud**  
Afrika İnsan ve Toplum Hakları Mahkemesi Başkanı  
**Omar Belhadj**  
Cezayir Anayasa Mahkemesi Başkanı  
**Farhad Abdullayev**  
Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Başkanı  
**Hasan Foez Siddique**  
Bangladeş Yüksek Mahkemesi Başkanı  
**Mirza-Ulugbek Abdusalomov**  
Özbekistan Anayasa Mahkemesi Başkanı

***I. Oturum***

***Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesinde Yorumun Etkisi***

- 15.30**              **Oturum Başkanı: Mehmet Akarca,**  
Yargıtay Başkanı
- 15.30-15.45**      **Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez**  
Anayasa Mahkemesi Üyesi  
**“Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında  
Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu”**
- 15.45-16.00**      **Prof. Dr. Bertil Emrah Oder**  
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı  
**“Anayasa Yargısında Yorum ve Yargısal Politika:  
Müdahalecilik, Uyum ve Stratejiler”**

- 16.00-16.15 **Doç. Dr. Oya Boyar**  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku  
Anabilim Dalı  
“Anayasal Yorumun Özelliği: Anayasal Yorum ve Yasal  
Yorum Benzerliği ve Farklılığı Üzerine Karşılaştırmalı Bir  
Değerlendirme”
- 16.15-16.30 **Dr. Öğr. Üyesi Ömer Gedik**  
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku  
Anabilim Dalı  
“Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararlarının Yorum  
Yöntemleri Açısından İncelenmesi”
- 16.30-17.00 **Soru & Cevap**

26 Nisan Salı

*II. Oturum*

*Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Yorumlanmasında Uluslararası İnsan  
Hakları Hukukunun Etkisi*

- 11.00 **Oturum Başkanı: Zeki Yiğit**  
Danıştay Başkanı
- 11.00-11.15 **Gianni Buquicchio**  
Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu Özel Temsilcisi  
“Demokrasiyi, İnsan Haklarının Korunmasını ve  
Hukukun Üstünlüğünü Geliştirme Aracı Olarak  
Karşılaştırmalı Anayasal Yorum”
- 11.15-11.30 **Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu**  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
“Anayasa’nın 90. Maddesinin Yargılama Hukukunda  
Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme”
- 11.30-11.45 **Özgür Duman**  
Anayasa Mahkemesi Bölümler Başraportörü  
“Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk Penceresinden  
Dördüncü Derece Olmama Doktrini ve Yansımaları”

11.45-12.15 Soru & Cevap

12.30-13.30 Ara

### *III. Oturum*

#### *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasanın Yorumlanması*

13.30 Oturum Başkanı: Prof. Dr. Zühtü Arslan  
Anayasa Mahkemesi Başkanı

13.30-13.40 Doç. Dr. Saadet Yüksel  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi  
“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Hakların  
Yorumu: Kurumsal ve Kuramsal Açılımlar”

13.40-13.50 Zlatko Knežević  
Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Üyesi  
“Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında  
Anayasanın Yorumlanması – Bosna Hersek Anayasa  
Mahkemesi”

13.50-14.00 Prof. Dr. Enny Nurbaningsih  
Endonezya Anayasa Mahkemesi Üyesi  
“Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında  
Endonezya Anayasa Mahkemesi’nin Anayasal Yorumu”

14.00-14.10 Jongseok Lee  
Kore Anayasa Mahkemesi Üyesi  
“Kore Cumhuriyeti Anayasa Yargısında Anayasal Yorum:  
Anayasa Mahkemesi Davalarında Emsal Kararlar”

14.10-14.40 Soru & Cevap

14.40-14.50 Kapanış Konuşması  
Kadir Özkaya  
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

**ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI ZÜHTÜ ARSLAN'IN  
ANAYASA MAHKEMESİNİN 60. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ  
AÇIŞ KONUŞMASI**

**Sayın Cumhurbaşkanım,**

**Değerli Konuklar,**

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 60. yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz törene hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularıyla, saygıyla selamlıyorum.

Dünyanın dört bir yanından gelen bölgesel insan hakları mahkemelerinin başkan ve üyeleri, uluslararası kuruluşların temsilcileri ve 26 ülkeden anayasa mahkemesi başkan ve üyeleri bugün aramızda bulunmaktadır. Kendilerini ülkemizde ağırlamaktan dolayı büyük bir mutluluk duyduğumuzu ifade etmek isterim.

Bilindiği üzere dünyanın her yerinde mahkemelerin temel görevi adaleti sağlamaktır. Bu hayati bir görevdir zira bireysel, toplumsal ve siyasal hayatın dengesini sağlayan bizatihi adalettir. Bu nedenle de tarih boyunca hemen her toplumda adalet toplumun örgütlü hâli olan devletin bir yandan varlık sebebi diğer yandan da varlığını devam ettirmesinin temel şartı olarak görülmüştür.

Başta Fatih Sultan Mehmet olmak üzere Osmanlı devlet adamlarını da etkilemiş olan Abdurrahman Câmî, *Baharistan* adlı eserinde adaletin bu işlevini veciz bir şekilde ifade etmiştir. Câmî'ye göre yöneticilerin varlığındaki hikmet ve ülkeyi korumada belirleyici olan değer adalettir<sup>1</sup>.

Bununla birlikte adalet gerçekleştirilmesi kolay olmayan bir erdemdir. Tam da bu nedenle en üstün erdem olan adalet, bir retorik değil pratik meselesidir. Başka bir ifadeyle adaletin konuşulmasından ziyade uygulanması ve uygulandığının da görülmesi gerekir. Adaletin tecelli ettiğinin görülmesi, devlete özellikle de adalet dağıtmakla görevli olan yargıya inancı ve güveni tahkim edecektir.

Eylem olarak adalet bir hakkın tespiti ve teslimidir. Bu da adaletin güçle olan yakın ilişkisini gündeme getirir. Adaletin tecellisi gücü, gücün

<sup>1</sup> Molla Câmî, *Baharistan*, 2. Baskı, Adnan Karaismailoğlu (Çev.), Ankara: Akçağ Yayınları, 2018, ss. 47, 48.

meşruiyeti adaleti gerektirir. Ünlü düşünür Pascal, *güçsüz adaletin acziyete, adaletsiz gücün ise zorbalığa* yol açacağını söyler. Bu nedenle adalet ve güç buluşturulmalı, bunun için ya adil olan güçlü ya da güçlü olan adil kılınmalıdır<sup>2</sup>.

Güçlü olanı adil kılmanın yolu hiç kuşkusuz hukuktan geçmektedir. Aslında hukukun temel işlevi, iktidarı sınırlamak suretiyle gücü adaletle buluşturmaktır. Bu sebeple gücü sadece *adaletin vasıtası* olarak niteleyen merhum Aliya İzzetbegoviç'in ifadesiyle "*İktidarın herhangi bir sınırlamasının başladığı zamanda ve yerde hukuk başlar*<sup>3</sup>."

Anayasa yargısının arkasında da gücün hukuk ve adaletle buluşturulması düşüncesi yatmaktadır. Siyasal iktidarı anayasanın çizdiği sınırlar içinde tutarak temel hak ve özgürlükleri koruma kaygısı, geçen yüzyılda anayasa yargısının kurumsallaşması sonucunu doğurmuştur. Özellikle iki büyük savaş sırasında yaşanan katliamlara ve sistematik hak ihlallerine yönelik tepki ulusal düzeyde anayasa mahkemelerini, uluslararası düzeyde ise insan hakları mahkemelerini ortaya çıkarmıştır.

Ne var ki insan maalesef çabuk unutan bir varlıktır. Yaşanan onca savaş, katliam ve sistematik hak ihlallerinden sonra aynı akıl ve vicdan tutulmasına tekrar tekrar tanıklık etmek büyük bir trajedi olsa gerektir.

Diğer yandan hiçbir kurumun varlığı tek başına kendisinden beklenen fonksiyonu garanti edemez. Bu manada anayasa mahkemelerinin varlığı da temel hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli değildir. Etkili ve işlevsel bir anayasa yargısı, kurumsal perspektiften bakarak biri *haricî* diğeri *dâhilî* diyebileceğimiz iki temel şartın gerçekleşmesine bağlıdır.

Haricî şart anayasal sisteme *kuvvetler ayrılığı* ilkesinin hâkim olmasıdır. Bu ilke gücün farklı ellerde toplanmaması durumunda hak ve özgürlükleri korumanın imkânsız olacağı fikrine dayanmaktadır. Nitekim Babanzâde İsmail Hakkı, kuvvetler ayrılığının neredeyse "*elfaz-ı küfür*" olarak algılandığı bir dönemde yazdığı bir kitapta bütün kuvvetlerin tek elde toplanmasının kaçınılmaz olarak keyfî yönetime yol açacağını ifade etmiştir<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Pascal, Blaise, *Pensees*, J. Wamngton, London: Everyman's Library, 1960, 192 [411-298], s. 53.

<sup>3</sup> İzzetbegoviç, Aliya, *Doğu Batı Arasında İslam*, 3. Baskı, S. Şaban (Çev.), İstanbul: Klasik Yayınları, 2015, s. 299.

<sup>4</sup> Babanzâde, İ. Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye* (1913), F. Balcioğlu ve A. B. Balcioğlu (Haz.), Ankara: Erguvanî Yayınevi, 2014, s. 334.

Bu sebeple uzun ve acı tecrübelerden sonra kuvvetler ayrılığı ilkesi modern anayasaların olmazsa olmaz unsuru hâline gelmiştir. Böylece demokratik anayasalar yasama, yürütme ve yargı erklerinin denge ve denetlemenin ötesine geçerek birbirlerinin yetki alanına müdahale etmemesini sağlamaya yönelik düzenlemelere yer vermiştir.

Kuvvetler ayrılığının etkili şekilde uygulanması, genelde yargının özelde anayasa yargısının bağımsızlığı bakımından zorunludur. Hangi hükûmet sistemi benimsenirse benimsensin rejimleri demokratik hukuk devleti kılan şartların başında, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı gelmektedir. Yargı bağımsızlığının temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesinin ön şartı olduğu da artık hepimizin malumudur.

Etkili bir anayasa yargısının dâhilî şartı ise anayasa mahkemelerinin *hak eksenli* paradigmayı benimsemeleridir. Hak eksenli paradigmadaki “*hak*” kelimesinin tıpkı İngilizce’deki “*right*” kelimesi gibi çift anlamlı olduğunu belirtmek gerekir. Bilindiği gibi “*hak*” bir yandan “*adalet*”, diğer yandan da “*sahip olunan şey*” anlamında kullanılmaktadır. Bu bağlamda hak eksenli paradigma kelimesinin iki anlamıyla da *hakkın* tespiti ve teslimini gerektirmektedir.

Başka bir ifadeyle bu paradigma anayasal adaleti sağlayarak temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan bir yargısal yaklaşımı icbar etmektedir. Bu da her şeyden önce, bir yorum topluluğunu oluşturan anayasa yargıçlarının hak eksenli yaklaşımı içselleştirmelerine bağlıdır. Unutmamak gerekir ki adalet ancak onu uygulayacak kişilerin adil olmasıyla sağlanabilir.

Ne var ki adil olmak kolay değildir. Tam da bu nedenle adaleti “*ender rastlanan erdem*” olarak gören Alman filozof Nietzsche, “*saygımızı adil olan kişiden daha fazla hak eden kimsenin bulunmadığını*” çünkü onda tüm erdemlerin birleşeceğini söyler. Nietzsche’ye göre bu erdemlere ve yargılama yetkisine sahip “*adil kişinin eli, teraziyi tutarken titremez artık*”.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Konuşmamın bundan sonraki kısmında buraya kadar yapılan kavramsal açıklamalar ışığında Türk Anayasa Mahkemesinin 60 yılını kısaca değerlendirmek istiyorum. Bireysel başvurunun uygulamaya geçtiği 23 Eylül 2012 gününü anayasal milat olarak kabul edersek

<sup>5</sup> Nietzsche, Friedrich, *Tarihin Yaşam İçin Yararı ve Sakıncası*, 6. Basım, Tüzel, M. (Çev.), İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2021, ss. 42, 43.



Mahkemenin tarihini ilk 50 yıl ve son 10 yıl olarak iki döneme ayırmak mümkündür.

Esasen anayasa yargısı tarihini bu şekilde ikiye ayırmak ve ikinci dönemi hak eksenli paradigmanın hâkim olduğu dönem olarak nitelemek bireysel başvuruyu ihdas eden anayasa koyucunun iradesiyle de uyumludur. Anayasa değişikliğinin gerekçesinde ve teklife ilişkin Anayasa Komisyonu Raporu'nda bireysel başvurunun Türk anayasa yargısında bir dönüm noktası olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Anayasayı değiştiren irade değişiklik gerekçesinde bireysel başvuruyu "*Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu*"nu yükleyecek bir kurum olarak değerlendirmiştir. Anayasa Komisyonu Raporu'nda da "*bugüne kadar Devletçi anlayışla, Devleti ve sistemi koruyan*" bir organ olarak algılanan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla birlikte "*artık özgürlükçü kararlar veren özgürlükleri güvenceye alan*" bir mahkeme olarak algılanacağı belirtilmiştir.

Anayasa koyucu tarafından öngörüldüğü gibi bireysel başvuruyla birlikte Anayasa Mahkemesi belirgin şekilde bir paradigma değişimi yaşamış, hak eksenli bir yaklaşımla temel hak ve özgürlükleri koruyan ve geliştiren bir misyon yüklenmiştir. Nitekim Mahkememiz, bazı kararlarında hak eksenli yaklaşımın anayasa yargısına hâkim olması gerektiğini ve anayasal hükümlerin ancak bu yaklaşımla yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebileceklerini açıkça vurgulamıştır<sup>6</sup>.

Bunun yanında Anayasa Mahkemesi hak eksenli yaklaşımın bir yansıması olarak devletin temel görevinin temel hak ve özgürlükleri korumak olduğunu birçok kararında ifade etmiştir. Mahkemeye göre "*Demokrasilerde devlete düşen görev, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır*"<sup>7</sup>.

Diğer yandan Mahkememiz, temel hak ve özgürlükleri korumaya çalışırken güvenliği bir kenara bırakmamaktadır. Mahkeme bazı istisnaları olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin mutlak olmadığını; Anayasa'da öngörüldüğü üzere kamu yararı, kamu düzeni ve güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebeplerle sınırlandırılabilirliğini de belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi bilhassa kamu güvenliği ile

---

<sup>6</sup> Bkz. *Ali Kuş* [GK], B. No: 2017/27822, 10/2/2022, § 50.

<sup>7</sup> AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/3/2017, § 17.

özgürlükler arasında hassas bir dengeleme yapmakta, Mevlâna Celâleddin Rûmî'nin asırlar önce ifade ettiği gibi adaletin tecellisi için *her şeyi yerli yerine koymaya* gayret göstermektedir<sup>8</sup>.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Bundan tam yedi yıl önce, sizlerin de teşrif ettiği 53. kuruluş yıl dönümü töreninde, yine bu salonda yaptığım ilk konuşmada Anayasa Mahkemesinin paradigmadeki değişimi sürecinin henüz başında bulunduğunu, alınacak çok mesafe olduğunu, bu değişimin tamamlanması ve istikrarlı bir hâle getirilmesi gerektiğini ifade etmiştim. Bu beyan aynı zamanda başkan olarak sorumluluk üstlendiğimiz dönemin de istikametini yansıtmaktaydı.

Geldiğimiz aşamada bireysel başvuruyla başlayan paradigma değişiminin norm denetimini de içine alacak şekilde önemli ölçüde gerçekleştiğini memnuniyetle ifade etmek isterim. Anayasa Mahkemesi hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda hak eksenli yaklaşımla Türk hukuk pratiğine yön verecek nitelikte kararlar almıştır ve almaya devam etmektedir. Bu kararlar bir yandan hukuk düzeninin Anayasa ile uyumlu hâle gelmesini sağlamış diğer yandan da temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişleterek standartları yükseltmiştir.

Mahkemenin benimsediği hak eksenli paradigma Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlükler lehine yorumlanması sonucunu doğurmuştur. Bunun uygulamaya iki şekilde yansıdığını söyleyebiliriz. Birincisi yeni paradigmanın hâkim olmasıyla birlikte kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, laiklik ve demokratik devlet gibi devletin yapısına ve işleyişine ilişkin anayasal ilkeler özgürlükçü bir yaklaşımla ele alınmıştır.

İkinci olarak da temel hak ve özgürlüklere dair anayasal hükümler bu hak ve özgürlüklerin güvence alanını genişletici şekilde yorumlanmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi anayasal ilke ve kuralları hak eksenli bir yaklaşımla yorumlarken meşruiyetini sorgulatacak nitelikte bir yargısal aktivizmden ve jüristokratik davranışlardan da özenle kaçınmıştır.

Bu aşamada hak eksenli paradigmanın anayasal ilkeler ve hükümlerin yorumlanmasına yönelik yansımalarını bazı kararlar üzerinden somutlaştırmanın faydalı olacağını düşünüyorum.

<sup>8</sup> Mevlânâ Celâleddin-i Rûmî, *Mesnevî-i Ma'nevî C. II*, Örs, D. Ve Kırılancı, H. (Çev.), 3. Basım, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2015, VI/2597, s. 866.

Türk anayasa yargısındaki paradigma dönüşümünün laiklik ilkesinin özgürlükçü yorumuyla başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun başlamasından sadece üç gün önce, 20 Eylül 2012 tarihinde verdiği bir kararda, o döneme kadar yargısal paradigmaya hâkim olan ve daha ziyade yasakları meşrulaştırıcı bir işlev gören katı pozitivist laiklik anlayışını terk etmiş; bunun yerine din ve vicdan özgürlüğünü güvenceye alan esnek ve özgürlükçü laiklik yorumunu benimsemiştir.

Mahkeme bu kararında laiklik ilkesinin dini bireyin iç dünyasına hapsedmediğini, din ve inancın toplumsal görünürlüğüne imkân tanıdığını ve bunu güvenceye aldığını belirtmiştir. Mahkemeye göre *“Laik bir siyasi sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır... Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir hukuksal ve siyasi düzeni tesis etmektir.”*

Anayasa Mahkemesi laikliğin hak eksenli yorumuyla *“Kur’an-ı Kerim”* ve *“Hz. Peygamberimizin Hayatı”* derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını Anayasa’ya uygun bulmuştur. Mahkeme aynı yaklaşımla kişilere seçenek sunan il ve ilçe müftülüklerine evlendirme yetkisi verilmesine ilişkin kuralın da laikliğe aykırı olmadığını, aksine evlenmenin dinî töreninin yapılmasını kolaylaştırmak suretiyle bireylerin din ve vicdan özgürlüğünü koruyucu bir işlev gördüğünü vurgulamıştır<sup>9</sup>.

Özgürlükçü laiklik yorumunun belki de en bariz yansıması başörtüsüne yönelik yasakların hak ihlali teşkil ettiğine dair bireysel başvuru kararlarında görülebilir. Mahkememizin hak eksenli laiklik yorumuna göre kişilerin dinî inançları gereği taktıkları başörtüsü, Anayasa’nın 24. maddesinde korunan din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi altındadır. Bu kapsamda duruşma salonundan başörtülü olduğu için çıkarılan avukatın başvurusunda din özgürlüğünün ve ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmiştir<sup>11</sup>.

Aynı şekilde başörtüsü yasağı nedeniyle üniversiteden ilişkisi kesilen öğrencinin almış olduğu bursları iade etmek zorunda kalması da din

---

<sup>9</sup> AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 13.

<sup>10</sup> AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 26.

<sup>11</sup> *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

özgürlüğü ve eğitim hakkının ihlali olarak görülmüştür. Her iki kararda da Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini, başörtüsünü yasaklayan herhangi bir kanun hükmü olmadığını, ayrıca Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önceki kararlarının yasaklamalara *kanuni* dayanak olamayacağını belirterek ihlal sonucuna ulaşmıştır<sup>12</sup>.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, devletin bir azınlık cemaatinin dinî liderini seçme konusunda kendi içinde yaşadığı anlaşmazlıklara zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olmaksızın müdahale etmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda yapılan bireysel başvuruda dinî cemaat içinde bir grubun seçim talebinin idare tarafından reddedilmesi başvuruçuların din özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>13</sup>.

Kısacası Anayasa Mahkemesi, hak eksenli yaklaşımla laikliği belli bir inancı veya onun pratiğini yasaklayan uygulamaları dakişileribunazorlayan müdahaleleri de aynı ölçüde dışlayan, ayrıca kişilerin engellemelere maruz kalmadan dinî inançlarının gereklerine göre yaşayabilmelerini güvence altına alan bir anayasal ilke olarak yorumlamıştır. Bunun sonucu olarak da daha önce temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın gerekçesi olarak kullanılan laiklik ilkesi yeni dönemde bunların güvencesi olarak yorumlanıp uygulanmıştır.

Benzer bir durum *demokratik devlet* ilkesi için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi gerek Anayasa'nın 2. maddesinde korunan demokratik devlet ilkesini gerekse 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak yer alan "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramını hak eksenli şekilde yorumlamaktadır. Mahkemeye göre demokrasi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini en geniş şekilde güvence altına alan bir hukuksal ve siyasal düzeni gerektirmektedir.

Demokratik hukuk düzeninde özgürlük esas, sınırlama istisnadır. Anayasa Mahkemesinin bilhassa ifade özgürlüğü bağlamında sıklıkla vurguladığı gibi "*Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı; anayasal bir özgürlük üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendini göstermesini gerektirmektedir*"<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Tuğba Arslan, § 98; Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, § 103.

<sup>13</sup> Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

<sup>14</sup> Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68.

## Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi, anayasal ilkeleri özgürlükçü yorumlamanın yanında temel haklara ilişkin anayasal hükümleri de bunların koruma alanını genişletecek şekilde yorumlama yoluna gitmiştir. Söz gelimi Anayasa'nın 38. maddesinde lehe olan ceza hükümlerinin geçmişe yürütülmesi gerektiğine dair açık bir düzenlemeye yer verilmediği hâlde hak eksenli bir yorumla lehe düzenlemelerin geçmişe yürütülmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>15</sup>.

Benzer şekilde Anayasa'da aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama (*ne bis in idem*) ilkesi açıkça düzenlenmediği hâlde Mahkememiz bu ilkeyi Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmüş ve buna ilişkin uyulması gereken anayasal ilkeleri belirlemiştir<sup>16</sup>. Yine bu kapsamda Anayasa Mahkemesi yakın tarihli kararlarında Anayasa'nın 70. maddesinde öngörülen kamu hizmetine girme hakkının sadece göreve alınma sırasında değil, kamu hizmetinde bulunma ve ayrılma sırasında da geçerli olduğuna hükmetmiştir<sup>17</sup>.

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi; söz gelimi ifade ve basın özgürlüklerinin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının, grev hakkı, sendika kurma ile toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme haklarının etkili bir şekilde korunmasını sağlayan, gerçek olmayan değer üzerinden kamulaştırma yapılmasını ve kamulaştırmaz el atmaları engelleyen, çevrenin ve kültür varlıklarının korunması yönündeki devletin pozitif yükümlülükleri ile bağdaşmayan kuralların hukuk dünyasından ayıklanmasını sağlayan çok önemli kararlar vermiştir.

Hiç kuşkusuz son on yılda yaşanan paradigmatik dönüşümü yansıtan kararların tamamına değinmek bu konuşmanın sınırlarını aşacaktır. Bu nedenle sabrınızı zorlamadan sadece ifade etmek isterim ki bu dönemin içtihat birikimi kapsamında geliştirilen anayasal ilkelerin temas etmediği herhangi bir toplum kesimi ve hukuki bir mesele neredeyse kalmamıştır.

Gerçekten de Mahkememiz kadın ve çocuklardan ebeveynlere, gazeteciler ve siyasetçilerden sanatçılara, çalışanlar, emekliler ve iş insanlarından sendikacılara, hükümlüler ve göçmenlerden dinî azınlıklara

---

<sup>15</sup> AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, §§ 13-20; AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/01/2021, §§ 20-25.

<sup>16</sup> Ünal Gökpinar [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 50; AYM, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021.

<sup>17</sup> AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021; AYM, E.2020/77, K.2021/93, 16/12/2021.

kadar hemen her toplumsal kesimin anayasal hak ve özgürlüklerini koruyan kararlara imza atmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararların bir kısmında ülkemizin sosyal, ekonomik ve siyasal durumu ile güvenliği bakımından önemli sonuçlar doğuran olaylar ve davaları da ele almış, bu kapsamda yapılan bireysel başvuruları ve tedbir taleplerini karara bağlamıştır.

Kısacası yukarıda bir kısmını zikrettiğim kararlarla Anayasa Mahkemesi, bu dönemde anayasa koyucunun hedeflediği şekilde hak eksenli paradigmayı benimseyerek özgürlükçü perspektifle hareket eden bir mahkemeye dönüşmüştür.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Türk Anayasa Mahkemesinin hak eksenli paradigmayı hayata geçirmesi bir iyi uygulama örneği ve başarı hikâyesidir. Üstelik bu değişimin ülkemizin son on yılında yaşadığı olağanüstü şartlar ve zorluklara rağmen gerçekleştiği dikkate alındığında söz konusu başarının boyutları daha iyi anlaşılabilir.

Bu bağlamda 15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında yaşanan olağanüstü hâl (OHAL) şartlarını bilhassa zikretmek gerekir. Mahkememiz bir yandan alınan tedbirlere ilişkin olarak sayısı 100 bini aşan bireysel başvuru yüküyle diğer yandan da etkileri devam etmekte olan oldukça çetrefil hukuki meselelerle başa çıkabilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu dönemde temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin anayasal denetimine ilişkin temel ilkeleri belirlemiş ve FETÖ/PDY yapılanmasını ayrıntılı olarak incelemiştir. Bu temel ilke ve esaslar çerçevesinde tutuklamalar, pasaport iptalleri, *ByLock* programı verilerinin delil olarak kullanılması ve kamu görevinden çıkarmalar gibi OHAL döneminde alınan birçok tedbirle ilgili kararlar verilmiştir.

Olağanüstü dönemin ortaya çıkardığı hukuki sorunlara 2017 Anayasa değişiklikleriyle başlayan yeni anayasal kurumların yorumu ve uygulanmasına ilişkin zorluklar da eklenebilir. Anayasa Mahkemesi özellikle anayasa yargısı pratiğimizde daha önce örneği olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi konusunda Anayasa'nın karmaşık sayılabilecek hükümlerini sistematik bir bütünlük içinde yorumlamak suretiyle temel ilke ve esasları belirlemiş, açılan davaların bir kısmını karara bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi tüm bunları yaparken dünyadaki gelişmeleri de yakından takip etmiş, uluslararası alanda diğer anayasa mahkemeleri ve bölgesel insan hakları mahkemeleriyle bilgi ve tecrübe paylaşımını sürdürmüş, düzenlenen muhtelif toplantılarda hak eksenli yaklaşımı anlatma fırsatı bulmuştur. Bu kapsamda anayasa yargısı alanında Mahkememizin girişimiyle başlayan iki uluslararası oluşumdan kısaca bahsetmek istiyorum.

Birincisi, zatalinizin de katılımı ve desteğiyle 14 Aralık 2018 tarihinde İstanbul Dolmabahçe’de yapılan toplantıyla başlayan süreç, geçen yıl eylül ayında Endonezya’da yayımlanan “*Bandung Deklarasyonu*”yla sonuçlanmış, böylece İslam Ülkeleri Anayasa Yargısı Konferansı kurulmuştur. Bu teşkilatın ilk kongresi 2022 yılının sonunda İstanbul’da yapılacak ve böylece süreç başladığı yerde tamamlanmış olacaktır.

İkinci girişimin sonuçlanması için yılın sonunu beklememize gerek kalmayacaktır. Türk Devletleri Teşkilatına üye ve gözlemci devletlerin katılabileceği Türk Devletleri Teşkilatı Üyeleri Anayasa Yargısı Konferansının (TÜRK-AY) kuruluşuna dair deklarasyonu 27 Nisan 2022 günü Dolmabahçe’de görüşeceğiz. Bu iki uluslararası oluşumun şimdiden hayırlı olmasını ve anayasa yargısı alanındaki iş birliği ve dayanışmamıza önemli katkılar sunmasını temenni ediyorum.

Anayasa Mahkemesi, oldukça sancılı bir süreçte tüm zorluklara ve olumsuzluklara rağmen kendisinden beklenen işlevi başarılı bir şekilde yerine getirmiştir. Eminim ileride Türk anayasa yargısının bu dönemine dair yapılacak objektif çalışmalar bunu teslim edecektir. Bu vesileyle bu süreçte fedakârca çalışarak Mahkememize katkı yapan, bahsedilen başarı öyküsünün mimarları olan başkanvekillerimiz, üyelerimiz ve raportörlerimiz başta olmak üzere tüm mensuplarımıza teşekkür ediyorum.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Bilindiği üzere değişimi gerçekleştirmek kadar hatta ondan daha önemli olanı değişimin sürdürülmesidir. Anayasa Mahkemesi bu iradeye ve birikime sahiptir. Bunun yanında anayasa yargısı alanındaki akademik birikimden yararlanmak ve bir anlamda teori ve pratiği buluşturmak amacıyla Mahkememiz bünyesinde 2018 yılında Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezinin (AYAM) kurulduğunu belirtmek isterim. AYAM’ın bugünkü sempozyum gibi düzenlediği bilimsel toplantılar ve



yaptığı yayınlar yoluyla Mahkememizin hukuk dünyasıyla etkileşimine ve hak eksenli içtihadın geliştirilmesine önemli katkılar sağladığına ve sağlamaya devam edeceğine inanıyorum.

Bununla birlikte, diğer alanlarda olduğu gibi adaletin tesisi ve temel hakların korunması da yasama, yürütme ve yargı organları arasında Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında belirtilen *iş bölümü ve iş birliğini* gerektirmektedir.

Bu iş birliğinin bilhassa bireysel başvurudaki iş yüküyle başa çıkma konusunda gerekli olduğunu belirtmek zorundayım. Gerçekten de her fırsatta dikkat çekmeye çalışıyorum. Mahkememiz maalesef 60 yıllık tarihinin en yoğun iş yüküyle karşı karşıyadır. Anayasa Mahkemesinin önünde norm denetiminden bireysel başvuruya, Yüce Divan yargılamalarından siyasi parti kapatma davalarına kadar hemen her görev alanıyla ilgili çok sayıda derdest dosya bulunmaktadır.

Özellikle bireysel başvuru sayısı inanılmaz bir hızla artmaktadır. Şu anda önümüzde 95 bin civarında başvuru bulunmaktadır. Mahkememiz bireysel başvurunun kabul edildiği diğer ülkelerdeki anayasa mahkemeleriyle hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle karşılaştırılmayacak kadar ağır bir iş yüküyle başa çıkmaya çalışmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda kurduğu sistemi daha etkili hâle getirmek için sürekli yeni tedbirler almakta ve yoğun bir gayretle başvuruları karara bağlamaktadır. Nitekim 2012 yılından bu yana yapılan başvuruların yaklaşık yüzde 80'i hakkında karar verilmiş, özellikle son iki yılda yıllık bazda 45 bin başvuru sonuçlandırılmıştır<sup>18</sup>.

Her vesileyle ifade ettiğimiz gibi bu ağır iş yükünü azaltmanın en etkili yolu, ihlallerin kaynağına müdahale etmektir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesince ihlale neden olduğu tespit edilen kanun hükümleri, idari veya yargısal kararlar ortadan kaldırılmalıdır. Bu sayede aynı veya benzer konularda yapılabilecek yeni bireysel başvurular ve ihlaller önlenebilecektir. Ülkemiz hukuk sistemi bakımından çok önemli bir kazanım olan bireysel başvurunun etkili ve başarılı bir hak arama yolu olarak gelecek nesillere aktarılması tüm kamu kurumlarının, gerçek ve tüzel kişilerin, kısacası hepimizin gayretlerine bağlıdır.

Sonuç olarak temel hak ve özgürlüklerin korunması konusundaki *iş bölümü ve iş birliği*, gücün adaletle birleştiği, hukukun üstünlüğünün

---

<sup>18</sup> İstatistikler için bkz. [https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb\\_2022-1\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb_2022-1_tr.pdf).



sağlandığı, insanların huzur, mutluluk ve refah içinde yaşadığı, insan-toplum-devlet ilişkilerinin sağlıklı ve dengeli bir şekilde kurulduğu demokratik bir siyasal düzenin tahkimine katkı yapacaktır. Bu yöndeki iş birliği aynı zamanda bizi Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün işaret ettiği ve Anayasa'da ifadesini bulan muasır medeniyet düzeyini aşma hedefine daha da yaklaştıracaktır.

**Sayın Cumhurbaşkanım,**

**Değerli Konuklar,**

Konuşmama son vermeden önce emeklilerimizden geçtiğimiz dönem içinde vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

60. kuruluş yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz "*Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasanın Yorumlanması*" konulu sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Başta oturumları yönetecek olan Yargıtay ve Danıştay Başkanlarımız olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcımıza, hocalarımıza, tüm konuşmacılara ve sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçen herkese katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Son olarak biraz sonra açılışını yapacağımız "*Anayasa Tarihi Galerisi*"nin Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını diliyorum. Buradaki amacımız Sened-i İttifak'tan bugüne anayasacılık tarihimizi ve anayasa yargısındaki gelişmeleri dönüm noktaları itibarıyla tanıtmaktır. Galeri'deki bilgi ve belgelerin bilhassa yurt dışından gelen misafirlerimiz ve üniversite öğrencilerimiz bakımından ilgi çekici ve faydalı olacağını umuyorum. Bu vesileyle yoğun bir hazırlık sürecinde emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle, törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyetle huzurlu günler diliyorum.

## TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASA'NIN YORUMLANMASI

**Imani D. ABOUD\***

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan,

Anayasa Mahkemesi Sayın Üyeleri,

Değerli Katılımcılar ve Protokol Temsilcileri,

Kilimanjaro Dağı'ndan ve daha da önemlisi Afrika'nın yargı başkenti, Tanzania'daki Arusha şehrinden selamlar getirdim sizlere. Hem kendi adıma hem de Afrika İnsan ve Toplum Hakları Mahkemesi (Afrika Mahkemesi) adına bu önemli etkinliğe bizleri davet ettiğiniz için çok teşekkür ederim. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu kutluyoruz ve bu sayede bir kez daha adaletin toplum için ne kadar önemli olduğunu görüyoruz. Dünyanın dört bir yanından yargı mensuplarının bir arada toplanması da yargı alanında diyaloga duyulan ihtiyacı göstermektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, yargısal diyalog geleneği tesis etti. Birkaç yıl önce selefimin de benzer diyalogun bir parçası olduğunu anımsatmak isterim.

Değerli Meslektaşlarım ve Katılımcılar,

Yargısal diyalog, hukuk ve adaletin küreselleşmesi için temel faktördür. Hukuk dili ortaktır. Bilhassa da anayasal demokrasilerde insan haklarının ve anayasacılığın evrenselliğine ilişkin ortak bir mutabakat söz konusudur. Bugün burada düzenlenen etkinlik, aynı zamanda Afrika Mahkemesinin de gözettiği bu değerlere ilişkin bir kutlamadır. Bildiğiniz üzere Afrika Mahkemesi 1998 yılında kuruldu ve kurulduğu tarihten bu yana Afrika Birliğinin tek yargısal kurumu olarak faaliyet göstermektedir. Afrika Mahkemesinin anayasal değerlerin yanı sıra temel hak ve özgürlükleri koruma görev ve yetkisi, Afrika Birliği Kuruluş Yasası'nın 3 (g) ve (h) madde hükümlerinde Afrika devletlerinin

---

\* Afrika İnsan ve Toplum Hakları Mahkemesi Başkanı.

açık şekilde dile getirdikleri yükümlülükten kaynaklanmaktadır. Afrika için bölgesel bir entegrasyon planı olarak kabul edilebilecek olan Afrika Birliği 2063 sayılı gündeminin 3 No.lu hedefinde de aynı değerler güvence altına alınmaktadır.

Bölgesel entegrasyon kapsamındaki bu genel nitelikli güvenceler, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ile Afrika Demokrasi, Seçimler ve Yönetişim Şartı kapsamında daha özel taahhütler olarak düzenlenmiştir. Afrika İnsan Hakları Şartı, kendisine özgü özellikleri sayesinde tarihî nitelikli uluslararası belge olarak kabul görmektedir. Bu belgede hem evrensel düzeyde hem de Afrika özelinde temel hak ve özgürlüklere geniş şekilde yer verilmektedir. Afrika İnsan Hakları Şartı'nda öncelikli olarak tüm bireylere yönelik olarak insan hakları ele alınmaktadır. İkinci olarak ise halklara ve gruplara tanınan haklar düzenlenmekte, son olarak ise toplum ve aileye karşı görev ve yükümlülüklerimize yer verilmektedir. Ulusal düzeyde geniş bir kabul gördüğü için bu belge anayasal değerleri düzenleyen bölgesel bir metin olarak da kabul edilebilir. Neredeyse tüm Afrika anayasa metinlerinin giriş kısmında veya sonraki hükümlerinde Afrika İnsan Hakları Şartı'na açık şekilde atıf yapılmaktadır. Bu şekilde kabul görmesi, ilgili davalı devletin ulusal görüş birliğinin sağlanması ilkesini benimsediği, böylece anayasanın ülkedeki siyasi gruplar arasında fikir birliği sağlanmadan değiştirilemeyeceğini kabul ettiği anlamına gelmekte olup davaların karara bağlanması açısından önem arz etmektedir.

Değerli Meslektaşlarım ve Katılımcılar,

İnsan hakları ile anayasacılığa ilişkin pek çok değer arasında bir etkileşim ve bağ olduğunu kabul eden Afrika Birliği, en azından normatif bakış açısından bölgesel bir anayasa olarak nitelendirilebilecek başka bir düzenlemeyi da yürürlüğe koymuştur. Bu düzenlemenin adı Afrika Demokrasi, Seçimler ve Yönetişim Şartı'dır. Afrika'nın Demokrasi Şartı'nda, Afrika Birliğine üye devletlerin hukukun üstünlüğü, demokrasi, yargı bağımsızlığı ve iyi yönetim gibi ilkelere ilişkin verdiği taahhütler yer almaktadır. Protokolü'nün 3. maddesi kapsamında kendisine tanınan geniş yargı yetkisi kapsamında Afrika Mahkemesi, devletlerin Afrika Demokrasi Şartı'nda buldukları taahhütlerin insan haklarıyla bağlantılı olduğu dikkate alındığında Demokrasi Şartı'nın insan hakları belgesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle

demokrasiye, hukukun üstünlüğü ve diğer anayasacılık değerlerine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere temel hak ve özgürlükler bakımından koruma sağladığı için Afrika Mahkemesinin Afrika'da bölgesel düzeyde bir anayasa mahkemesi rolü üstlendiği yorumları söz konusudur.

İzninizle geçtiğimiz son on beş yılda Afrika'da temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda Afrika Mahkemesinin sağladığı katkıya ilişkin birkaç örnek paylaşmak istiyorum: Afrika Mahkemesinin aralarında adil yargılanma hakkı, seçimlere katılma hakkı gibi siyasal katılım hakları ile seçim kurumlarının işleyişlerine ilişkin çeşitli konu ve haklara ilişkin davaları karara bağladığını önemle belirtmek isterim. Afrika Mahkemesinin idam cezasının zorunlu uygulanması bağlamında yaşam hakkı, vatandaşlık hakkı, ifade özgürlüğü, miras ve çocuk yaşta evlilik gibi kadına ilişkin haklara ilişkin meselelerde içtihadı bulunmaktadır. Geliştirdiği içtihadıyla Afrika Mahkemesi, kural ve normları yorumlarken devletlere tanınan takdir marjını göz ardı etmeyerek ve dava özelindeki bağlamdan uzaklaşmayarak gelişime açık, amaca yönelik ve özgürlükçü bir anlayış benimsemektedir.

Bu örnekleri şöyle sıralayabiliriz: Mahkeme, ulusal mahkemelerin ilgili dava konusu meseleleri bildiği veya bilmesi gerektiğinin açık olduğu ancak ulusal yargılama sürecinde bu meselelerin ele alınmadığı hususların kabul edilebilir olduğuna karar vermekte ve bu meseleleri incelemektedir. Bir başka örnek ise idam cezasının zorunlu uygulamasının ceza kanunundan çıkarılması gerektiğine zira bu tür hükümlerin her olayda sanığa özgü koşulları dikkate alacak ve değerlendirecek olan yargıcın takdir yetkisini kullanmasına engel teşkil ettiği için adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bir başka amaca yönelik ancak bağlam özelinde yaptığı yorum ise yalnızca zorunlu koşullarda belirli tazmin türlerine hükmetmesi veya başvuranın oldukça katı bir yasal hüküm uygulamasından muaf tutarken meşru beklenti varlığını kabul etmesidir. Afrika Mahkemesinin uluslararası düzeyde insan hakları normlarının yorumlanması konusunda yaptığı katkıları Mahkememiz web sayfasında erişime açık olan "Afrika Mahkemesi İctihat Derlemeleri" isimli yayınlarımızdan daha ayrıntılı şekilde inceleyebilirsiniz.

Değerli Meslektaşlarım ve Katılımcılar,

Konuşmamı sonlandırırken bugün burada anayasa hukuku ve anayasacılık bağlamında temel hak ve özgürlükleri ele aldığımız,

kutladığımız bu organizasyonun ev sahibi Sayın Zühtü Arslan'a ve ekibine teşekkürlerimi sunuyorum. Yargısal diyalogu güçlendirdikleri için tebriklerimi iletiyorum. Bu bağlamda adalet için küresel iş birliği taahhüdümüz çerçevesinde her iki yılda bir "Afrika Kıtası Yargı Diyalogu" etkinliğinin düzenlendiğini ve son etkinliğin ise geçtiğimiz kasım ayında Tanzanya, Dar es Salaam'da gerçekleştirildiğini belirtmek isterim. Afrika Mahkemesi adına Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile bugün burada bulunan yüksek yargı kurumlarının bir sonraki "Afrika Yargı Diyalogu" etkinliğine katılımlarından memnuniyet duyacağımızı dile getirmek isterim.

Nazik davetiniz ve beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

## INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN PROTECTING FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

**Imani D. ABOUD\***

Your Excellency Professor Zühtü Arslan, President of the  
Constitutional Court of Turkey,

Your Excellencies, Chief Justices and Presidents,

Honourable Judges of the Constitutional Court,

Distinguished Guests and Dignitaries,

All protocol observed,

I bring to you warm greetings from Mount Kilimanjaro, and more precisely from the judicial capital of Africa, I named the city of Arusha in Tanzania. I express my personal gratitude and that of the entire African Court on Human and People's Rights (the African Court) for being associated to this important event. Celebrating the life of an institution such as a constitutional court illustrates the imperative to recognize the importance of justice in society. And doing so by bringing judicial minds from around the world further stresses the need for judicial dialogue. I find it relevant to note that the Constitutional Court of Turkey has developed a tradition of judicial dialogue. I recall that my predecessor was already part of a similar engagement a couple of years back.

Distinguished Colleagues and Guests,

Judicial dialogue has become a main feature of the globalization of law and justice. The language of law is intersectional and transversal. There is indeed a global agreement towards universalism of human rights and constitutionalism, especially in constitutional democracies. Today's event is also a celebration of such values to which the African Court fully adheres. As you are aware, the African Court was established in 1998 and has been operating as the only judicial institution of the African Union. The African Court's mandate to safeguarding fundamental rights, and freedom as

---

\* President of the African Court on Human and Peoples' Rights.

well as values of constitutionalism is derived from the very commitment expressed by African States under Articles 3(g) and (h) of the Constitutive Act of the African Union. Aspiration No 3 of Agenda 2063 of the African Union, which can be considered as a coordinated regional integration plan for Africa similarly constitutes a pledge to the same values.

These general pledges under the umbrella of regional integration are translated into more specific commitment under the African Charter on Human and Peoples' Rights and the African Charter on Democracy, Elections and Governance. Africa's human rights Charter is rightly considered to be an historical international instrument due to its unique features. The Charter speaks largely to fundamental rights and freedoms in both a universal and African ways. Firstly, it provides for all generations of human rights as interdependent, and correlated; secondly, it uniquely provides for peoples' and groups' rights; finally, it establishes the principle of duties to the community, to family, and society. Africa's human rights Charter can be seen as a regional text of constitutional value because of its large national recognition. Almost all African constitutions acknowledge the Charter either in the preamble or through an express or whole say inclusion in substantive provisions. This recognition has come to the fore in adjudicating cases for instance in situations where the Respondent State before the African Court had recognized the principle of national consensus as of such fundamental importance that the constitution may not be amended without an agreement across political groups in the country.

Distinguished Colleagues and Guests,

In its recognition of the inherent link between human rights and many components of constitutionalism, the African Union adopted another instrument that may actually be considered as a regional constitution at least from a normative standpoint. This instrument is the African Charter on Democracy, Elections and Governance. Africa's Democracy Charter indeed includes pledges by Member States of the African Union to principles such as the rule of law, democracy, independence of the judiciary and good governance. In light of its broad material jurisdiction under Article 3 of its Protocol, the African Court has determined that Africa's Democracy Charter is a human rights instruments in the sense that fundamental rights can be derived from the pledges that States made in the Democracy Charter. Some commentators have therefore suggested that the African Court plays the role of a regional constitutional court in

Africa in respect of the protection it has afforded to fundamental rights and freedoms including those related to democracy, the rule of law, and other components of constitutionalism.

Now, permit me to share with you a few illustrations of how the African Court has contributed to safeguarding fundamental rights and freedom in Africa in the past 15 years. It is important to first mention that the African Court has adjudicated matters involving various issues and rights including fair trial rights, the right to political participation such as participation in elections, and the operation of electoral bodies. The case-law of the Court also includes matters pertaining to the right to life in connection to the mandatory imposition of the death penalty, the right to nationality, freedom of expression, as well as women's rights namely inheritance and child marriage. Through its case-law, the African Court has consistently endeavored to embrace an interpretation of norms that is progressive, purposive and liberal while being contextualized and bearing in mind a margin of appreciation of States.

These features are illustrated as follows. For instance, the Court has used the theory of bundle of rights to admit matters on issues that had not been explicitly examined in national proceedings where it is evident that domestic courts were or ought to have been aware of the said issues. Another example involves instances where the Court found that the mandatory imposition of the death penalty should be removed from the penal code of a country because such provisions breach fair hearing by taking away from the judicial officer the discretion to consider circumstances that are specific to the accused person. Such other purposive but contextualized interpretation involve affording certain types of reparations only in compelling circumstances, or using legitimate expectation to exempt the applicant from abiding by a too strict legal provision. In order to have a more comprehensive grasp of the Court's contribution to the interpretation of international human rights norms, I invite you to consult various volumes of the African Court Law Report which are available on the Court's website.

Distinguished Colleagues and Guests,

As I conclude my remarks, permit me to congratulate our dear host, Honourable President Arslan and his team for convening this event to celebrate fundamental rights and freedoms through the prism of constitutional law, and constitutionalism. Congratulations indeed for



furthering judicial dialogue. In this vein, I would like to add that the share commitment to global cooperation for justice has inspired the holding, every two years, of the African Continental Judicial Dialogue whose last edition was organized last November in Dar es Salaam, Tanzania. The African Court will be very please to have the Constitutional Court of Turkey and indeed some of the apex judicial institutions here present attend the next edition of the African Judicial Dialogue.

Thank you again for inviting the African Court, and for your kind attention.

## 2020 ANAYASASI IŞIĞINDA CEZAYİR ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASA'NIN YORUMLANMASINDAKİ ROLÜ

Omar BELHADJ\*

Sayın Başkan,

Hanımfendiler ve Beyefendiler,

Değerli Konuklar,

Sözlerime başlarken öncelikli olarak nazik daveti için Sayın Başkan'a teşekkür eder ve bu sayede yüce Türk Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen etkinliklere katılma ve bu mübarek Ramazan ayında ikinci ülkem olan Türkiye'yi ziyaret etme fırsatı sunduğu için şükranlarımı sunarım. Bu vesileyle Yüce Allah'tan hepimizin orucunu kabul etmesini ve iki kardeş ülke olan Türkiye ve Cezayir'e refah ve esenlik vermesini niyaz ediyorum.

Henüz altı ay önce kurulmuş olan Cezayir Anayasa Mahkemesinin ilk başkanı sıfatıyla Türk Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümü etkinliğine katılım sağlamam, Cumhurbaşkanı'mız Sayın Abdelmadjid TEBBOUNE'nin başlattığı ve seçildiği tarih olan 12 Aralık 2019 tarihi itibarıyla yürütülmekte olan kapsamlı siyasi reformlar açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Bu reformlar kapsamında 1 Kasım 2020 tarihindeki halk oylaması ile anayasa değişikliği yapılmış ve parlamento seçimlerinin ardından anayasa değişikliği ile şekillenmiş olan yeni hükümet kurulmuştur. Daha sonra Halk Meclisinin yeniden oluşturulması için yerel seçimler ve milletvekili ara seçimleri düzenlenmiştir.

Bu seçimlerin yapıldığı dönemde yeni anayasal kurumlar tahsis edilmiştir. Bu kurumların en başında Cezayir Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Sayın Cumhurbaşkanı'mızın oluşturduğu reform paketinde Anayasa Mahkemesine büyük önem atfedilmekte olup bu önem, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve ülkede demokratik düzen ile güçler ayrılığı ve dengesinin sağlanmasını amaçlayan, hukukun üstünlüğü

---

\* Cezayir Anayasa Mahkemesi Başkanı.

ilkesini benimseyen yeni Cezayir'i şekillendirme amacıyla yapılan anayasa değişikliği ile ortaya konmuştur.

Anayasa Mahkemesi, Cezayir'de yeni anayasa ile öngörülen kurumsal oluşumda önemli bir yere sahiptir. Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve yetkileri konusunda yenilikçi anayasal gelişmeler söz konusu olmuştur.

Anayasa Mahkememiz toplam on iki üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerden dördü -Anayasa Mahkemesi başkanı da dâhil olmak üzere- Sayın Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. İki üye, Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından seçilir ve yargı kanadını temsil eder. Diğer altı üye ise ülkemizdeki çeşitli üniversitelerde alanında uzman akademisyenlerden seçilmektedir. Bu durumda, Cezayir Anayasa Mahkemesinin üçte ikisi seçimle göreve gelmektedir.

Cezayir Anayasa Mahkemesi geniş ve önemli yetkiler ile donatılmıştır. Anayasa yargısına özgü yetkilerin (anayasal denetim, kanunların, sözleşmelerin, yönetmeliklerin ve Meclis içtüzüklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, kanun ve yönetmeliklere ilişkin yapılan somut norm denetimi, seçimlere ilişkin itirazların karara bağlanması vb.) yanı sıra Anayasa Mahkemesine kanunların ve yönetmeliklerin sözleşmelere uygunluğunu denetleme, kurumların işleyişlerini ve kamu makamlarının faaliyetlerini düzenleme, anayasal erkler arasında ortaya çıkabilecek ihtilafları çözüme kavuşturma ve ayrıca Anayasa hükümlerini yorumlama yetkileri verilmiştir.

Hanımfendiler ve Beyfendiler,

Bu köklü kurumun kuruluşu vesilesiyle düzenlenen etkinliklerde bugün burada sizlerle bir arada olmam Cezayir ve Türk Anayasa Mahkemeleri arasındaki iş birliğinin ve dostluğun devam ederek güçlenmesi yönündeki niyetimizin ve inancımızın bir göstergesidir. Türk Anayasa Mahkemesi ile Cezayir Anayasa Konseyi arasında daha önce ikili iş birliği anlaşması yapılmıştır. Bu anlaşma kapsamında her iki kurum arasında yetki alanlarındaki konularda fikir ve tecrübe alışverişi yapılmaktadır. Bu bağlamda yakın geçmişte kurulan ve İslam İş Birliği Teşkilatına üye devletlerin Anayasa Mahkemeleri ve Konseylerinin bir araya geldiği bu yeni platformda anayasa yargısı alanındaki ortak girişimleri ve gayretleri geliştirmeyi hedefliyoruz.

Bugünkü konferansın konusu olan "Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa'nın Yorumlanması", anayasa yargısına verilmiş

olan en önemli yetkiler arasında olup çok önem arz etmektedir. Anayasa hükümlerine ilişkin yapılacak yorumun anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ile anayasal erkler arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarla ilgili olması hâlinde anayasa yargısı yoluyla bulunulacak müdahalenin kapsamının ortaya konması önemlidir.

2020 yılında yapılan değişiklik öncesinde Cezayir Anayasası ile Anayasa Konseyine anayasayı yorumlama konusunda açık bir yetki tanınmıyordu. Bu durum da Anayasa Konseyinin otuz yıl boyunca anayasanın yorumlanması konusunda kısıtlı hareket alanı olduğu ortadadır. Ancak Anayasa Konseyinin -bilhassa anayasa yargısı müdahalesinin gerekli olduğu hassas siyasi süreçlerden geçerken- anayasa hükümlerini yorumlaması gerektiği bazı durumlar söz konusu olmuştur.

1 Kasım 2020 tarihinde kabul edilen ve Cezayir’de Anayasa Mahkemesinin kurulduğu Anayasa ile Anayasa’yı yorumlama görevi ve yetkisi münhasıran Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa’da açıkça cumhurbaşkanı, Ulusal Konsey başkanı, Meclis başkanı ile başbakanın Anayasa Mahkemesinden ilgili anayasa hükmünün yorumlanmasını talep edebileceği öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu yetkiyi kabul etmesinin ve uygulamasının erkler arasındaki güçler ayrılığı ve dengesi ilkesinin işlevini yerine getirmesinde önemli bir rol oynayacağı aşikârdır. Böylece erkler arasındaki yetkilere ilişkin anlaşmazlıklar önlenecek ve anayasal kurumlar arasındaki istikrar sürdürülecektir. Ayrıca anayasanın uygulanmasını sağlamak ve kurumların işleyişi ile kamu makamlarının faaliyetlerini düzenlemekle görevli olan Anayasa Mahkemesinin bu görev ve yetkiyi üstlenmesi ile anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin korunması bağlamındaki rolü güçlenecektir.

Son olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı ile siz değerli Üyelerini Yüce Mahkemenizin 60. kuruluş yıl dönümü vesilesiyle tekrar tebrik etmek istiyorum. Üstlendiğiniz anayasal görev ve yetkileri başarıyla gerçekleştirmenizi temenni ediyorum. Bugünü, ülkelerimizin iki kurumu arasındaki iş birliğinin gelişmesi, iki ülke ve vatandaşları arasındaki dostluğun ve ortak değerlerin sürdürülmesi için bir fırsat olarak görüyorum.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Allah’ın selamı, rahmeti, bereketi üzerinize olsun.



**ROLE OF THE ALGERIAN CONSTITUTIONAL COURT IN  
INTERPRETING THE CONSTITUTION IN THE LIGHT OF THE  
CONSTITUTION OF 2020**

**Omar BELHADJ\***

Mr. President,

Ladies and Gentlemen,

Honorable Audience,

Let me first begin, Mr. President, by thanking you very much for your kind invitation and the honor made to me to attend the festivities commemorating the 60<sup>th</sup> Anniversary of the creation of your august Constitutional Court, and giving me the opportunity to visit Turkey, my dear second country, in this holy month of Ramadhan. I seize this opportunity to express my warm congratulations for the coming of the sacred month, praying to Allah The Almighty to accept from us fasting and night prayers and return it to our brotherly countries with blessing, security, stability and well-being.

My participation today in the celebration of the 60<sup>th</sup> Anniversary of the creation of the Turkish Constitutional Court, as the first President of the young Algerian Constitutional Court, that has been established only six months ago, is considered as an important milestone in the deep political reforms initiated by the President of the Republic, Mr. Abdelmadjid TEBBOUNE, since his election in 12 December 2019. It started with the constitutional revision, by way of popular referendum, in the 1<sup>st</sup> of November 2020, the organization of advanced legislative elections, the formation of a Government reflecting the new trend consecrated by the constitutional revision, then the organization of local elections to renew communal and wilaya People's Assemblies and the mid-term elections of the Council of the Nation's members.

---

\* President of the Algerian Constitutional Court.

The concretization of these elections coincided with the installation of new constitutional institutions, primarily the Constitution Court to which, the President of the Republic attaches great importance in his reform project, reflected by the amendment of the Constitution in order to build New Algeria that embodies the State of law, based on protecting rights and freedoms, the enshrinement of a democratic order in our country, and the separation and balance between powers.

The Constitutional Court takes a prominent place in the institutional building established in the new Constitution in Algeria, its importance lies in the constitutional innovative developments in terms of both composition and competences.

It is composed of twelve (12) members: four (04) members are appointed by the President of the Republic, including the president of the Constitutional Court, two (02) members represent the judiciary, elected by their pairs from the Supreme Court and the Council of State, and six (06) members are elected by specialized professors at the Algerian Universities, which shows that two-thirds (2/3) of the Constitutional Court's members are elected.

In terms of competences, the Algerian constituent tasked the Constitutional Court with large and important competences. In addition to the classic competences of the constitutional justice, such as (constitutional monitoring, and ruling on the conformity of laws, conventions, regulations and the rules of procedures of each Chamber of Parliament, a posteriori monitoring of laws and regulations through the mechanism of the exception of unconstitutionality, as well as adjudication of electoral disputes), it becomes competent to examine the compliance of laws and regulations with conventions, to regulate the functioning of institutions and the activity of public authorities, and settling disputes that may occur between constitutional powers, further to its competence in interpreting the Constitution provisions.

Ladies and Gentlemen,

My presence in your midst today and my sharing with you the festivities commemorating the establishment of this long-standing institution is a token of our huge desire and great hope to strengthening and fostering cooperation relationships and brotherhood between the Algerian and the

Turkish Constitutional Courts, by promoting the cooperation agreement that ties the Turkish Constitutional Court with the Algerian Constitutional Council, to a twinning linking our both institutions for cooperation and exchange in all fields of their competences, and fostering joint growing endeavors between the two parties which gave birth to a new space of constitutional justice which brought together Constitutional Courts and Councils of the countries of the Organization Islamic Cooperation, a space we seek to develop and promote through our common contribution, like we have contributed in its creation in the near past.

Undoubtedly, the theme of our conference, "Interpretation of Constitution in the protection of fundamental rights and freedoms" falls within the most important competences conferred upon the constitutional judge, which is of paramount importance. It raises curiosity to dwell on through consideration and study, especially with regard to defining the scope of the constitutional justice intervention, when the interpretation of the Constitution's provisions is related to fundamental rights and freedoms guaranteed by the Constitution and the differences that may occur between constitutional powers.

Before its amendment in 2020, the Constitution in Algeria did not provide express authority to the Constitutional Council to interpret Constitution by separate proceeding, which significantly explains the paucity of its interventions to interpret the Constitution during thirty years. However, the experience of the Constitutional Council has not been without some initiatives to interpret the Constitution provisions, particularly during sensitive political periods, which required the intervention of the constitutional justice.

1st November 2020 Constitution, by virtue of which the Constitutional Court in Algeria has been established, came to provide explicitly its competence in interpreting the Constitution dispositions as the sole entitled to do so. It expressly provided that the President of the Republic, the President of the Council of the Nation, the President of the People's National Assembly, the Prime Minister or Head of Government may notify the Constitutional Court for an interpretation of a constitutional provision(s).

There is no doubt that the Constitutional Court's approval and exercise of this competence will play an important role in the consecration of



the principle of separation and balance between powers, to working towards institutions smooth functioning and preventing disagreement over its competences, which will reinforce the stability of the country's constitutional institutions. Moreover, the Constitutional Court's exercise of this competence will strengthen its role in protecting rights and freedoms laid down in the Constitution, as an independent institution tasked with ensuring the respect of the Constitution and regulating the institutions' functioning and the activity of public authorities.

Finally, I reiterate to you, Mr. President, Ladies and Gentlemen members of the Constitutional Court of the brotherly Republic of Turkey, my sincere congratulations for the commemoration of the 60<sup>th</sup> Anniversary of your august Court, wishing you every success in your constitutional missions, and looking forward that my presence, among you today, be a platform for developing the relationships between our two institutions, to live up to the bonds of brotherhood, values and common feelings between our two countries and people.

Thank you for your attention,

God (Allah)'s peace and blessings be upon you.

## TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASA'NIN YORUMLANMASI

Hasan Foez SIDDIQUE\*

Dünyanın dört bir yanından katılım sağlayan siz saygıdeğer yargıçlar, hukukçular ve değerli akademisyenler ile burada bir arada olmaktan büyük memnuniyet duyuyorum. Konuşmamın başında öncelikli olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen “Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa'nın Yorumlanması” konulu sempozyuma şahsımı davet eden Sayın Zühtü Arslan'a teşekkürlerimi sunmak isterim.

Hanımfendiler ve Beyefendiler,

Her bireyin haysiyetinin korunması için insan hakları ile temel özgürlüklerin tam ve sağlıklı şekilde uygulanması gerekir. Her birey, doğası gereği onur sahibidir. İnsan haysiyeti, bireyin sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu bir değerdir. Her devlet, amaca yönelik hareket eder ve bu bağlamda vatandaşlarının huzurunu sağlamaya gayret gösterir. Bireylerin temel haklarını kullanamadığı durumlarda yaşam katlanılmaz ve anlamsız bir hâl alır.

Yargı ise yargısal denetim ve yargısal aktivizm yoluyla vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdür. Ancak demokrasi, makullük, toplumsal adalet ve benzeri değerlerin insan haklarıyla ilgili olan hâkim ilkeler olduğunu da unutmamalıyız ve tüm bu ilkelerin gereği, yargının gerekli olan durum ve hâllerde anayasayı yorumlama görevini yerine getirerek gerçekleştirilebilecektir.

Değerli Konuklar,

Bangladeş Anayasası, toplumsal adalet ve insan haysiyeti kavramlarının birlikte gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Anayasa'mız, genel kapsamlı olması ve yorumlanırken yargıçların sağduyulu hareket etmeleri ile işlevini gerektiği şekilde yerine getirmektedir. Bu vesileyle

---

\* Bangladeş Yüksek Mahkemesi Başkanı.

Yüksek Mahkememizin bireylerin temel haklarının korunmasında büyük bir rol üstlendiği önemli bir karardan bahsetmek isterim.

1997 yılında *Dr Mohiuddin Farooque/Bangladeş* davasında Yüksek Mahkeme, önüne taşınabilecek meselelerin kapsamını tüm bireyleri kapsayacak ve anayasal düzeni koruyacak şekilde genişletmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, şu hususu dile getirmiştir:

*“Mağdur olan kişi kavramı, sadece zarar gören kişinin kendisi anlamına gelmeyip aynı zamanda hükümet veya yerel makamların anayasal veya yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyerek neden olduğu kusurlu eylemi nedeniyle mağdur olan kişiler için üzüntü ve elem duyan diğer kişileri de kapsamaktadır.”*

Böylece kamu yararını gözeten yurtsever bir kişi, hukukun üstünlüğü konusunda bir meseleyi Yüksek Mahkeme önüne taşıyabilecek veya marjinal olarak nitelendirilen veya dışlanan gruplara mensup kişiler de dâhil olmak üzere bireylerin temel haklarının korunması ve uygulanması talebiyle Yüksek Mahkemeye başvuruda bulunabilecektir.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, Bangladeş Anayasası'nı “yaşayan bir Anayasa” olmasını sağlamak amacıyla toplumun değişen koşulları ve gereksinimlerini karşılayacak şekilde yorumlamaktadır. Yüksek Mahkeme, Bangladeş Anayasası'nın kabulünden itibaren anayasacılık ilkesini benimseyerek ve temel hakları koruyarak görevlerini yerine getirmektedir.

Saygıdeğer Katılımcılar,

Bu sempozyumun uluslararası düzeyde yargıçlar, hukukçular ve akademisyenler arasında kurulacak diyalogun devam ettirilmesi için bir platform işlevi göreceğine inanıyorum. Sempozyum kapsamında bulunacağımız müzakerelerin ufkumuzu genişleteceği ve daha esnek düşünebilmemize imkân sağlayacağı kanaatindeyim. Dünyanın çeşitli yerlerinden katılım sağlayan meslektaşlarımız arasındaki bu etkileşimin adaletin tecellisini sağlama konusundaki taahhüdümüz bağlamında hepimiz adına yeni bir dostluk tesis edeceğine canı gönülden inanıyorum.

Konuşmamı bu sözlerle noktalamak istiyorum.

Kuracağımız dostluğun uzun soluklu olmasını temenni ederim. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. Hepinize sağlık ve esenlikler dilerim.

## INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

Hasan Foez SIDDIQUE\*

It gives me immense pleasure to be here amidst Honourable Judges, eminent legal luminaries and distinguished scholars from around the globe. At the very outset, I would like to express my humble gratitude to Prof. Dr. Zühtü Arslan for inviting me to attend this symposium on “Interpretation of the Constitution in the Protection of Fundamental Rights and Freedoms”, held on the occasion of the 60<sup>th</sup> Anniversary of the Constitutional Court of Turkey.

Ladies and Gentlemen,

The inherent dignity of every human being can be realized through the full and meaningful implementation of human rights and fundamental freedoms. Every human being has dignity by virtue of his existence. Every State is goal-oriented and claims to strive for securing the welfare of its people. If individuals are unable to exercise their fundamental rights, life would be unbearable and meaningless.

The Judiciary is mandated to protect the rights and liberties of the citizens through judicial review and judicial activism. Nevertheless, we must realize that democracy, reasonableness, social justice etc. are overhanging principles which provide linking factor for principle of fundamental rights. And that can be done when the Judiciary takes the burden of interpreting the Constitution, if and when requires.

Distinguished Guests,

Constitution of Bangladesh embodies aspiration of social justice brotherhood and human dignity. Our constitution works because of its generalities, and because of the good sense of the judges when interpreting it. On this auspicious occasion, I feel the urge to mention one important decision, where our Supreme Court courageously played significant role in protecting citizens’ fundamental rights.

---

\* Chief Justice of Bangladesh Supreme Court.

In 1997, in the case of *Dr Mohiuddin Farooque vs Bangladesh*, the Supreme Court expanded the scope of bringing justice within the reach of the common people as well as to preserve constitutional order. The Court said:

“the expression “person aggrieved” means not only a person who is personally aggrieved *but also one whose heart bleeds for his less fortunate fellow beings* for a wrong done by the government or a local authority in not fulfilling its constitutional or legal obligations.”

Thereby, any public-spirited person is allowed to move the Supreme Court to vindicate a cause of the rule of law or to enforce the fundamental rights of any person including any marginalized or excluded group.

The Supreme Court of Bangladesh interpret and construe the Constitution to meet the needs of changing conditions of our society, so as to make it a “living Constitution”. Since the commencement of the Constitution of Bangladesh, the Supreme Court has been performing its functions as the flag-bearer of constitutionalism and watchful protector of fundamental rights.

Distinguished Participants,

This symposium, I hope, will provide a platform for a dialogue among Judges, legal scholars and jurists around the world. Above all, new thoughts and ideas will be evolved. The discussions will open our mind and bring flexibility in our thinking. I strongly believe that the interactions among our colleagues from various parts of the world will foster new friendships on the commitment to ensure justice for all.

With these few words, I conclude here.

May the friendship be long-lasting.

Thank you very much for bearing with me.

Allah Hafeez.

## TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASA'NIN YORUMLANMASI

**Dr. Farhad ABDULLAYEV\***

Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 60. yıl dönümü vesilesiyle, kıymetli meslektaşlarımı ve değerli arkadaşlarımı Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına yürekten kutluyor, en içten duygularıyla selamlıyorum.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi heyeti, kardeş ülkemizin Anayasa Mahkemesinin 60. yıl dönümü kutlamalarına katılmaktan son derece memnuniyet duyar. Sayın Zühtü Arslan başkanlığındaki Anayasa Mahkemesine beni bu etkinliğe daveti için teşekkürlerimi sunarım. Bu ülkenin insanlarının yürekten tavırlarını gördükçe, kendimi vatanımda gibi hissediyorum. Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın İlham Aliyev ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın değerli katkılarıyla, ülkelerimiz arasındaki iş birliği her alanda gelişmeye devam etmektedir.

Bu yıl, Türkiye ile diplomatik ilişkilerimizin 30. yılını kutladık. Bu dost ve kardeş ülkeler 30 yıldır hem iyi hem kötü günde omuz omuza olmuştur. Kahraman Azerbaycan ordusunun topraklarımızı işgalden kurtardığı 44 günlük Vatan Savaşı'nda Türkiye bir kez daha bu duyguyu bize yaşatmıştır. Bugün Türkiye Cumhuriyeti'nin jeopolitik gücü ve ekonomik gelişimi sayesinde uluslararası arenadaki otoritesinin arttığını vurgulamak sevindirici ve gurur vericidir.

Türkiye'nin bütün alanlardaki gelişimini hukuk alanında ve demokratik bir toplumun güçlenmesi bağlamında da gözlemliyoruz. Bu anlamda, Türk Anayasa Mahkemesinin rolü son derece önemlidir.

Türk Anayasa Mahkemesi 60 yılı aşkın süredir bu ülkenin halkının menfaatleri ile Anayasası ve kanunları için çalışmaktadır. Dünyanın en tecrübeli anayasal denetim organlarından biri olan Türk Anayasa Mahkemesi, kendisine verilen yasal yetkiler çerçevesinde Anayasa'nın üstünlüğünü gözeterek temel hak ve özgürlükleri korumaktadır.

\* Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı.

Değerli meslektaşlarım,

Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen sempozyumun konusu oldukça önemli olup güncel meselelere değinmektedir. Anayasa Mahkemesi, kendi resmî yorumuyla normun anlamını netleştirerek madde ve hükümlerdeki belirsizlikleri gidermektedir. Normlar, yorum yoluyla anayasa bakımından incelenmektedir. Anayasa Mahkememiz bu incelemeyle, kanun koyucunun iradesini ortaya koymaya ve ilgili normun amaçlarını tespit etmeye çalışmaktadır. Anayasa Mahkemesi, normun uygulanmasının hangi durumlarda anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğini belirlemektedir.

Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da kararlarında, anayasa yargısının en önemli kurumlarından biri olan resmî yorumlama yoluna başvurarak, hukuk normlarına yeni bir soluk getirmektedir.

Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi, hukuk normunun anayasaya uygunluğunun teyidi için yapılan araştırmalar bağlamında, resmî olarak yaptığı yorumlama yöntemiyle norma yeniden hayat verir ve ilgili normu yok olmaktan kurtarır. Sonuç olarak boşluğun önlenmesi mümkündür ve bu şekilde Mahkeme, yorum yoluyla yeni anlam kazanan normu uygulayabilmektedir.

Buradan hareketle, sempozyuma katılan devletlerin uygulamalarını ve yorumlamaya ilişkin mevcut sorunları anayasa yargısının gelişimi bağlamında tartışmak önemlidir.

Kıymetli dostlarım,

Hukuk sisteminin en önemli ve temel kurumlarından biri olan Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 60. yıl dönümünü bir kez daha yürekten kutluyor, bundan sonraki çalışmalarınızda başarılar diliyorum. Son olarak, uzun bir aradan sonra hepimizi bizzat görmekten mutluluk duyduğumu belirtmek isterim.

Azerbaycan'daki dostlarınızın selamlarını ve iyi dileklerini her birinize iletiyor, hepimize sağlık, barış ve refah diliyorum.

İlginiz için çok teşekkür ederim.

## INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

**Dr. Farhad ABDULLAYEV\***

On behalf of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, I cordially congratulate the distinguished colleagues and dear friends on the occasion of the 60th Anniversary of the setting up of the Turkish Constitutional Court and extend our most sincere greetings.

The delegation of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan is extremely delighted to participate in the celebration of the 60th Anniversary of the Constitutional Court of the brother country. I would like personally thank the Turkish Constitutional Court, headed by Mr. Zühtü Arslan, for inviting me to this event. Here I see native persons, a heartfelt attitude and I feel like in my Homeland. The cooperation between our countries in all areas is developing through the valuable contributions of the President of the Republic of Azerbaijan Mr. İlham Aliyev and the President of the Republic of Turkey Mr. Recep Tayyip Erdoğan.

This year we have celebrated the 30th Anniversary of the establishment of diplomatic relations with Turkey. For the past thirty years, friendly and fraternal countries have stood shoulder to shoulder in both joyful and sad days. Turkey once again has demonstrated this feeling during the 44-day Patriotic War when the heroic Azerbaijani army liberated our lands from occupation. It is gratifying and proud to emphasize that today the authority of the Republic of Turkey in the international arena is growing due to its geopolitical power and economic development.

Turkey's development in all fields is also observed in the field of law and the strengthening of a democratic society. In this sense, the role of the Constitutional Court of Turkey is highly important.

Over the period of 60 years the Constitutional Court of Turkey has been working for the benefit of the people, for the laws and Constitution of this country. The Turkish Constitutional Court being one of the most

---

\* Chairman of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan.



experienced constitutional review bodies in the world, protects the fundamental rights and freedoms, ensuring the supremacy of Constitution within the competences assigned to it by legislation.

Dear Colleagues,

The topic of the International Symposium dedicated to the Anniversary of the establishment of the Constitutional Court of Turkey is very important and touches on the actual aspects. Through official interpretation, the Constitutional Court clarifies the meaning of the norm, eliminates the uncertainty within the terms and provisions. By means of interpretation, the norms are analysed from the point of view of Constitution. In the course of this analysis, our Constitutional Court seeks to reveal the intentions of the legislator and to determine the purposes of this norm. The Constitutional Court indicates in which cases the application of the norm will not cause the contradiction to Constitution.

The Plenum of the Constitutional Court of Azerbaijan in its decisions also gives new life to the norms of law, using the official interpretation as one of the most important institutions of constitutional justice.

In some cases, on the basis of inquiries in order to verify the compliance of the legal norm to Constitution, through official interpretation, the Constitutional Court gives to the norm a new life and saves it from elimination.

And as a result, it is possible to avoid a vacuum, and thus the Court can apply the norm interpreted within the new meaning.

From this point of view, it is important to discuss the practice of the states participating in symposium and the existing problems of official interpretation in the context of the development of constitutional justice.

Distinguished Friends,

Once again, I cordially congratulate you on the 60th Anniversary of the establishment of the Turkish Constitutional Court, one of the most important and fundamental institutions of the legal system, and wish you success in your future endeavours. Finally, I would like to underline that I am glad to see all of you in person after a long time.

I convey to each of you my best wishes from your friends in Azerbaijan, I wish all of you health, peace and prosperity.

Thank you very much for your attention.

## TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASA'NIN YORUMLANMASI

Mirza-Ulugbek ABDUSALOMOV\*

Selamünaleyküm,

Hürmetli Başkanım Sayın Meslektaşlarım,

Hanımfendiler, Beyefendiler,

Öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanı Zühtü Arslan Ekselanslarına bugünkü uluslararası konferansa Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Delegasyonunu davet ettikleri için en içten şükranlarımı sunmak istiyorum. Bu vesile ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin tüm yargıçlarını, raportörlerini Anayasa Mahkemesi ile iş birliği yapan akademisyenler ve uzmanları Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 60. yıl dönümü nedeniyle kutluyorum. Kendilerine insan hakları ve özgürlüklerini koruma gibi mesuliyetli ve onurlu faaliyetlerinde sonsuz başarılar diliyorum.

Özbekistan ile Türkiye münasebetleri, kapsamlı stratejik iş birliğine dayanıyor ve son yıllarda bütün alanlarda yüksek düzeyli başarılı gelişmeler yaşanıyor. Parlamentolar, bakanlıklar ve kurumlar arası yoğun çalışmalar ve iş birliği gitgide artıyor. Burada tabi ki devlet başkanlarımızın himayesindeki güvene dayalı dostça ve kardeşçe olan iş birliğinin özellikle önem arz ediyor olduğunu vurgulamak gerekiyor. Ülkelerimiz arasında ekonomik, siyasi, sosyal münasebetlerin yanı sıra hukuk alanında da ikili ilişkiler başlatılmış olup karşılıklı tecrübe alışverişi gerçekleştirilmektedir.

Özbekistan Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemeleri arasındaki iş birliği 1998 yılında başlatılmıştır. Hâlihazırda mahkemelerimiz arasında bilgi alışverişi, yazışmalar mevcut olup sürekli ziyaret teatisi yapılmaktadır.

2017 yılında Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 25. yıl dönümü nedeniyle Taşkent'te düzenlenen uluslararası konferansta sayın Zühtü Arslan Ekselansları, Türkiye Delegasyon Başkanı olarak teşrif

\* Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı.

etmişler ve orada çok güzel bir konuşma yapmışlardı. Öte yandan 2018 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kuruluşunun 56. yıl dönümü nedeniyle organize edilen uluslararası sempozyuma Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Delegasyonu da iştirak etmişti. Ayrıca 2021 yılında Kasım ayında Türkiye Cumhuriyeti Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı ve Anayasa Mahkemesi üyesi Celal Mümtaz Akıncı Beyefendi de Taşkent'te verimli görüşmeler yapmış ve temaslarda bulunmuştu. Mahkemelerimiz arasındaki bu iş birliği, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği kapsamında da gelişiyor. Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi tarafından her yıl düzenlenen yaz okuluna tecrübe ve bilgi alışverişi maksadıyla bizim de yargıçlarımız katılıyor, mesleki gelişimden geçiyor; bunun için biz Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanlığına içten şükranlarımızı sunuyoruz.

Türkiye'deki meslektaşlarımızı, Anayasa Mahkemesinin 60. yıl dönümü nedeniyle Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına bir kez daha kutluyorum. İki ülke Anayasa mahkemeleri arasındaki iş birliğinin bundan böyle daha çok gelişmesini diliyorum. Ayrıca bugün şunu vurgulamak istiyorum: Sempozyum, İslam dünyasının en yüce, en mukaddes ramazan günlerine denk gelmiştir. Saygıyla, iftiharla, gururla söylemek gerekiyor; Kadir Gecesi'ni idrak etmek üzereyiz. Ramazan Bayramı'nı idrak edeceğiz; böylesi yüce günler dolayısıyla hepinizi içtenlikle tebrik ediyorum.

## INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

**Mirza-Ulugbek ABDUSALOMOV\***

Distinguished Colleagues,

Esteemed Ladies and Gentlemen,

First of all, I would like to express my gratitude towards Mr. Zühtü Arslan, President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, for inviting the Delegation of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan to this international conference.

I would like to take this opportunity to congratulate all justices and rapporteur-judges of the Turkish Constitutional Court, as well as the academics and experts working in cooperation with the Turkish Constitutional Court on the 60<sup>th</sup> anniversary of the Turkish Constitutional Court. I wish them continued success in fulfilling their dignified mission of protecting human rights and freedoms.

The relationship between Uzbekistan and Turkey is based on a comprehensive strategic cooperation, and during the recent years, there have been high-level and successful developments and improvements in almost all fields and ever-increasing collaboration and cooperation between the Parliaments, ministries and various institutions of these two countries. I would like to attach particular importance to the amicable and fraternal relationship that is based on mutual respect and trust between the Presidents of these two States. Along with the economic, political and social relations between our countries, bilateral relations have been maintained also in the field of law where there has been an exchange of knowledge and experience.

The cooperation between the Republic of Uzbekistan and Republic of Turkey dates back to 1998. The Constitutional Courts of these countries have been exchanging views and ideas, and letters, as well as paying reciprocal visits on a regular basis.

---

\* Chairman of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan.

Attending the international conference held in Tashkent in 2017 on the occasion of the 25<sup>th</sup> Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan in his capacity as the Head of the Delegation of the Turkish Constitutional Court, Mr. Zühtü Arslan delivered a paramount speech during the conference. Besides, the Delegation of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan also attended the international symposium organised in 2018 on the occasion of the 56<sup>th</sup> Anniversary of the Turkish Constitutional Court. Mr. Celal Mümtaz Akıncı, President of the Court of Jurisdictional Disputes and Justice of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, also paid a visit to Tashkent in November 2021. This cooperation between our courts is also in progress under the umbrella of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (“AACC”). The Uzbek judges attend the summer school events organised every year by the Turkish Constitutional Court under the AACC for exchange of experience and knowledge, thus undergoing a professional development. Therefore, let me express my sincere gratitude to the Turkish Constitutional Court.

I would like to once again congratulate my Turkish colleagues on the 60<sup>th</sup> Anniversary of the Turkish Constitutional Court. I wish continued and further cooperation between the constitutional courts of these countries. Let me also stress that the symposium held today falls on the sacred month of Ramadan. We will also observe the *Laylat al-Qadr* and the Ramadan Feast in the forthcoming days. I wish Allah’s peace and blessings be upon you.

# *Birinci Oturum*

**“Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesinde  
Yorumun Etkisi”**

**Oturum Başkanı**

**Mehmet Akarca**  
Yargıtay Başkanı

**Konuşmacılar**

**Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez**  
Anayasa Mahkemesi Üyesi

**Prof. Dr. Bertil Emrah Oder**  
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

**Doç. Dr. Oya Boyar**  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

**Dr. Öğr. Üyesi Ömer Gedik**  
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı



**Birinci Oturum**  
**Yargıtay Başkanı Mehmet AKARCA**

Anayasa Mahkememizin Kıymetli Başkan ve Üyeleri,

Yurt Dışından Gelen Çok Kıymetli Yüksek Mahkeme Başkan ve Üyeleri,

Değerli Katılımcılar, Değerli Meslektaşlarım,

Hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Anayasa Mahkememizin 60. kuruluş yıl dönümü sempozyumu dolayısı ile sizlerle bir arada bulunmaktan büyük bir onur ve memnuniyet duyduğumu ifade etmek istiyorum. Bu sempozyum vesilesi ile 26 ülkeden ve daha birçok uluslararası kuruluşlardan katılan değerli konuklarımızı Türkiye’de ağırlamaktan ve görmekten kıvançlıyız. Daha iyi bir adalet sistemine ilişkin evrensel ideallerimizi gerçekleştirmek amacıyla ilerlediğimiz bu yolda bizleri yalnız bırakmayan, yurt dışından gelen çok kıymetli meslektaşlarımıza teşekkür ediyorum. İnsan haklarının en önemli teminatlarından biri olan Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümünü içtenlikle kutluyorum.

Anayasa Mahkemesi kurulduğundan beri büyük bir özveriyle yürüttüğü çalışmalarla hukuk sistemimizin gelişmesine çok önemli katkılar sağlamıştır. Bu vesileyle Anayasa Mahkememizin Değerli Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın şahsında tüm Anayasa Mahkemesi camiasının bu özel gününü tebrik ediyor, başarılı çalışmalarının devamını diliyorum. Anayasacılık fikri temelde devlet yetkisinin kullanılmasının kurallara bağlı olmasını ifade eder. Anayasacılık siyasal gücü kontrol edenler tarafından bu kurallara uyulmasını, takdir yetkilerinin keyfî olarak kullanılmasının engellenmesini ve bireysel özgürlüklerin korunmasını gerektirir. Günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanmasına ilişkin sorunların yanı sıra medya baskı grupları veya çıkar çevreleri yargı yetkisine müdahalede bulunmak istemekte ve yargı otoritesini zayıflatabilecek faaliyetler içine girebilmektedir. Yargı otoritesinin zayıflaması adil yargılanma hakkı, lekelenmeme hakkı, masumiyet karinesi, soruşturmanın gizliliği gibi belli başlı hukuki güvencelerin de aynı ölçüde zayıflaması sonucunu doğurur. Bu konuda bilinçli ve uyanık



olmak gerekir. Hiç şüphe yok ki demokratik bir toplumda yargı kararları da eleştirilebilir ancak yargı kararların uygulanmaması hukuk devleti ilkesine, demokrasiye ve bir bütün olarak da adalet sistemimize zarar verir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yargı otoritesinin korunmasına büyük önem vermekte ve bu konuyu adil yargılama hakkının bir gereği olarak değerlendirmektedir. Hukukçular olarak bu konular üzerinde daha çok çalışmamız gerektiğini düşünüyorum. Diğer hukuk kuralları gibi temel hak ve özgürlüklerin kapsamına ilişkin hukuk normlarının da yorumlanmasına ihtiyaç vardır. Hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması için yorumun keyfî olmaması gerekir. Bir hukuk kuralının anlamı hâkimden hâkime, mahkemeden mahkemeye göre değişirse hukuki güvenlik ilkesinin zedeleneceği açıktır. İşte bu nedenle hukuk eğitimiyle hukukçulara kazandırılmak istenen temel becerilerden biri de hukuk metinlerinin belli ilke ve kurallara göre yorumlanmasıdır.

2012 yılında bireysel başvuru sisteminin ülkemizde yürürlüğe girmesiyle birlikte anayasal hükümlerin yorumu büyük önem kazanmıştır. Hukuki genel yorum ilkelerini bilmek önemli olmakla birlikte temel hak ve özgürlükler bağlamında yapılacak yorumların oldukça farklı ve bazı hâllerde karmaşık yönleri bulunmaktadır. İnsan haklarının dinamik yapısı ve Anayasa'mızın 90. maddesinin son fıkrası kapsamında temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların bağlayıcılığı gibi faktörler klasik yorum kurallarının ötesinde bir yorum ve anlayış tarzını gerekli kılmaktadır. Bu oturumda "Temel Hak ve Özgürlükler Kapsamının Belirlenmesinde Yorumun Etkisi" başlığı altında oldukça güncel ve önemli konuları değerlendirme fırsatı bulacağız. Zamanın ilerlemiş olmasını da göz önüne alarak ve hoşgörülerine sığınarak değerli konuşmacılarımıza onar dakika süre vereceğim. Sonra da soru-cevap kısmına geçeceğiz. Son derece birikimli ve alanında yetkin birbirinden değerli konuşmacılarımız ve hocalarımız bu bilgi ve deneyimlerini bizlerle şimdi paylaşacaklar. Ben ilk sözü Prof. Dr. Şevki Hakyemez Hocamıza veriyorum. Buyurun sayın Hakyemez.



## ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ KARARLARINDA HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KAPSAMINI GENİŞLETEN YORUMU

**Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ\***

Anayasa yargısı denetimine yer veren bir ülkede temel hak ve özgürlükler Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği denetim sayesinde etkili bir hukuksal korumadan faydalanır. Bu yönü ile Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin en önemli koruyucularından biri konumunda yer almaktadır.

Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa kıtasında yoğun biçimde anayasa mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır. Bu ülkelerde benimsenen “merkezi anayasa yargısı modeli”nin temel aktörü olan anayasa mahkemesi, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken esasında anayasada güvence altına alınan hakları koruma noktasında da çok önemli bir görev ifa etmektedir.

Bununla birlikte klasik anayasa yargısı görevi yanında Federal Almanya, İspanya, Hırvatistan gibi birçok Avrupa ülkesindeki anayasa mahkemelerine bir diğer önemli görev olarak bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi verilmiştir. Bu yeni görevle birlikte anayasa mahkemeleri daha bariz biçimde birer insan hakları mahkemesi konumuna gelmiş durumdadır.

Yaşanan bu gelişim süreci ülkemizde de benzer biçimde kendisini göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin kuruluşuna kaynaklık teşkil eden 1961 Anayasası’ndan bireysel başvurunun kabul edildiği 2010 yılı Anayasa değişikliklerine kadar olan yaklaşık yarım asırlık dönemde Mahkeme sadece kanunların anayasaya uygunluğu denetimi görevini ifa ederken bu değişiklikler sonrası bireysel başvuru incelemelerini de kabul etmeye başlamış ve hatta bu yeni görev Mahkemeyi diğer göreve nazaran çok daha fazla meşgul eder hâle gelmiştir.

\* Anayasa Mahkemesi Üyesi.

Her iki görevin ifası sürecinde de Anayasa Mahkemesinin denetimde ölçüt aldığı metin anayasadır. Bu yönü ile bakıldığında Anayasa Mahkemesinin anayasayı yorumlaması daha da önemli hâle gelmektedir. Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde ve gerekse bireysel başvuru incelemelerinde ölçüt aldığı anayasa metnindeki soyut nitelikteki ilke ve kuralları anlamlandırarak önündeki uyuşmazlığa uyarlamakta ve bu şekilde karar vermektedir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu iki önemli görevini yerine getirme sürecinde Anayasa hükümlerini nasıl yorumladığı ve Anayasa'da düzenlenen temel hakları hangi kapsamda kabul ettiği fevkalade önemli olmaktadır. İşte burada Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı yorumlaması konusu karşımıza çıkmaktadır. Anayasal ilke ve kuralların anlamı ve kapsamı her zaman çok açık olmadığı gibi gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimlerinde anayasa kuralları aynı zamanda yorumlanmayı gerektirmektedir. Bu nedenle kuralların anlamı ve kapsamı ile ilgili Anayasa Mahkemesinin yorumu çok daha önemli hâle gelmektedir. Bu durum, temel hak ve özgürlükler konusu ile bunlarla ilgili anayasal ilke ve kurallar söz konusu olduğunda konumuz bağlamında çok daha can alıcı bir hâl almaktadır.

Öte yandan vurgulamak gerekir ki anayasalar eski tarihli metinler olabilir ve bunların güncellenerek günün şartlarına uygun kapsamının ortaya konulması önemli bir ihtiyaç olarak kendisini gösterebilmektedir.

Kuşkusuz anayasa hükümlerini sadece Anayasa Mahkemesi değil diğer aktörler de yorumlayabilir ve hatta yorumlamalıdır da. Bu bağlamda söz gelimi hukuk doktrininin yorumu fevkalade önemli olup yenilikçi ve geliştirici niteliğiyle hukukun gelişimine önemli katkılar sunabilmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin yorumunun diğer yorumlardan önemli bir farkı bulunmaktadır. O da hukuk düzeni içerisinde Mahkemenin konumu, sahip olduğu görev ve yetkilerinden hareketle anayasa kurallarını yorumlarken yasama, yürütme, yargı, idare makamları ile gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı kararlar vermesinden kaynaklanmaktadır.

Bu yönü ile Anayasa Mahkemesinin yorumu diğer yorumlardan farklı olup bağlayıcı etki doğuran bir niteliğe sahiptir. Hatta bu boyutuyla anayasayı bağlayıcı biçimde yorumlama tekelinin hukuk düzeni içerisinde sadece anayasa mahkemesine ait olduğu söylenebilir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Benzer biçimde bkz. Christian HILLGRUBER (2014). "Anayasanın Yorumlanması", Yüksel Metin (Çev.), içinde *Anayasa Teorisi*, O. Depenheuer, C. Grabenwarter (Der.), İstanbul:

Ülkenin hukuk düzeninde böylesine güçlü bir yetkiye sahip olduğu içindir ki Anayasa Mahkemesi bu yorumu belli usuller dâhilinde, kendisine tanınan anayasal yetkilerden hareketle ve hukuki yorum yöntemlerine riayet ederek yapmak durumundadır. Anayasa Mahkemesinin mevcut siyasi sistem içerisinde bir yargı kurumu olması ve görev ve yetkileri ile ilgili kapsam ve sınırın anayasa ile belirlenmiş olması zorunlu olarak bu biçimdeki bir sınırlamayı ortaya çıkarmaktadır.

Anayasa Mahkemesi anayasal ilke ve kuralları ve dolayısıyla konumuz bağlamında temel hak ve özgürlükler ile ilgili anayasa hükümlerini geleneksel yorum yöntemleri olarak ifade edilebilecek olan lafzi, sistematik, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemlerine<sup>2</sup> riayet ederek ve bu yöntemleri tutarlı biçimde uygulayarak yorumlamaktadır.

Esasında kuruluşundan bu yana Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi görevini yerine getirirken sürekli biçimde yorum yapmaktadır. Gerek norm denetimi gerekse bireysel başvuru ile ilgili kararlarda Anayasa Mahkemesi Anayasa metnindeki devlet organları ve temel hak ve özgürlükler konularıyla ilgili hükümlerin anlam ve kapsamını da ortaya koymakta ve bunları dava konusu uyuşmazlığa uyarlayarak karar vermektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerle ilgili anayasa hükümlerini hem norm denetimi hem de bireysel başvuru incelemeleri ile ilgili yaptığı incelemelerde ele alıp yorumlamaktadır. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ile ilgili kararlarında temel hak ve özgürlüklerle ilgili anayasa kurallarını yorumlaması hususuyla ilgili bir inceleme yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi siyasi parti özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, özel hayatın korunması gibi haklarla ilgili kimi kanun hükümlerini denetlerken Anayasal ilke ve kuralları günün ihtiyaçlarını da dikkate

---

Lale Yay., ss. 530, 546. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa hükümlerinin nihai ve bağlayıcı olarak yorumlanması yetkisinin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, Ş 81.

<sup>2</sup> Bu dört yorum yöntemi hakkında bkz. Yüksel METİN (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yay., ss. 15-25, 38-57; Bertil Emrah ODER (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yay., s. 33-120; Nihan YANCI ÖZALP (2018). *Türkiye'de Aktivism ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 102-113.

olarak yorumlamakta ve bu hakları koruyan kararlar vermektedir. Ancak bu tebliğde bu konularla ilgili içtihadı değinilmeyecektir<sup>3</sup>.

Bu tebliğin konusu temel hak ve özgürlüklerle ilgili anayasa kurallarından hareketle o hak ve özgürlüklerin kapsamını genişleten ve anayasal düzeyde yeni haklar ortaya koyan Anayasa Mahkemesinin yorumudur. Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana farklı zamanlarda norm denetimi görevini yerine getirirken bu bağlamda yorumlar yaparak kararlar veriyor olsa da bu çalışmada son dört yılda Mahkemenin hak ve özgürlüklerin kapsamını genişleten yorumu ile ilgili sadece dört kararı ele alınacaktır. Bu sayede aynı zamanda Mahkemenin bu kararlarda kapsamını genişlettiği hak ve özgürlüklerle ilgili olarak o hakkın norm alanını ne şekilde belirlediği de ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### **1. Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı**

Anayasa Mahkemesi “hükmün denetlenmesini talep etme hakkı” ifadesini ilk olarak 2018 yılı sonlarında verdiği bir kararda kullanmıştır. Mahkeme bu hakkı Anayasa’nın 36. maddesindeki hak arama hürriyetinden çıkarırken, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan yargı mercileri önündeki hak arama hürriyetinin hakların korunmasını amaç edinen vazgeçilmez meşru yöntemlerin başında gelmekte olduğuna değinmiş ve hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde, adalet ve hukuk devleti gibi temel anayasal ilkelerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>4</sup>.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi hükmün denetlenmesini talep etme hakkını 36. maddedeki adil yargılanma hakkından çıkarmamaktadır. Mahkemeye göre Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kanunun açıkça hatalı veya keyfî uygulanmasına ilişkin istisnalar dışında, yargılama sonucunda verilen hükmün adil olup olmadığı veya hukuki açıdan isabetli olup olmadığı hususlarını

---

<sup>3</sup> Doktrinde Turhan yaptığı bir değerlendirmede Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan 2010 yılına kadar yoğun biçimde eleştirilerin odağında yer almasına sebebiyet veren yaklaşımını terk edip gerçek işlevine uygun karar vermesi noktasındaki çözüm yolunu ifade eden anahtar şu şekilde sunmaktadır: “Anayasa Mahkemesinin elinde güçlü bir silah vardır. Bu silah Anayasasının yorumlanmasıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi özgürlükleri temel olarak Anayasayı okuyabilirse, demokrasi üzerinde bir vesayet makamı değil, demokrasiyi güçlendiren bir kurum olacaktır. Kuşkusuz Anayasasının özgürlükçü yorumunun yapılabilmesi ise liberal bir ortamın varlığına bağlıdır.” Mehmet TÜRHAN (2007). “Anayasasının Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, s. 385.

<sup>4</sup> Bkz. E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 7-8.

içermemektedir. Zira adil yargılanma hakkının davanın taraflarına sağladığı tüm usul güvencelerine uyulmuş olsa bile yargılama sonucunda verilen hükmün hatalı olması ve hâkimin gerek maddi vakıaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında yanılığa düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Bundan dolayıdır ki hak arama hürriyetinden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu gereklilik de Anayasanın 36. maddesinde özel olarak düzenlenen hak arama hürriyetinin kapsamı ve mahiyetinden kaynaklanmaktadır<sup>5</sup>.

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının 36. maddedeki adil yargılanma hakkından kaynaklanmadığına işaret ettikten sonra Anayasa Mahkemesi hak arama hürriyeti ile bağlantılı biçimde bu hakkın diğer anayasal dayanaklarına da değinmiştir. Bu bağlamda Anayasa'da Yargıtay ve Danıştayın düzenlendiği 154. ve 155. madde hükümlerinden yola çıkarak, anayasa koyucunun bu kurallarla Yargıtay ve Danıştayın varlığını anayasal güvence altına aldığına ve anılan yüksek mahkemeleri kural olarak ilk derece adli ve idari yargı mercilerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak görevlendirdiğine vurgu yaptıktan sonra Anayasa Mahkemesi kararında bu maddelerde adli ve idari yargı mahkemelerince verilen hükümlerin denetlenmesi görevinin anılan yüksek mahkemelere verilmemesi hâlinde de bu görevin başka yargı mercilerine bırakılması gerektiğinin öngörülmesiyle anayasa koyucunun ilk derece mahkemesince verilen karar ve hükümlerin kural olarak bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi gerekliliğini kabul ettiği sonucuna ulaşmıştır<sup>6</sup>. Buradan hareketle de 36., 154. ve 155. maddelerin birlikte değerlendirilmesiyle mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında güvenceye kavuşturulduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>7</sup>.

Anayasa Mahkemesi hükmün denetlenmesini talep hakkını Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti kapsamında kabul ederken kararında uluslararası insan hakları sözleşmelerine de yer

---

<sup>5</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 8.

<sup>6</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 9.

<sup>7</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 10.

vermiştir. Bu bağlamda Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde ve yine Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasında cezai konularda hükmün denetlenmesinin bir hak olarak tanındığının altını çizmiştir<sup>8</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu hakkı uluslararası sözleşmelerdekinden farklı ve daha geniş bir kapsamla tüm uyumsuzluklar için kabul ettiğini vurgulamak gerekir. Zira kararda bu hakkın Anayasa'nın 36., 154. ve 155. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden hareketle kabulü esasında Anayasa Mahkemesince hükmün denetlenmesini talep etme hakkının hukuk, ceza ve idari uyumsuzlukların tümü için geçerli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>9</sup>. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ceza hukuku alanındaki kapsam ve sınırıyla diğer alanlardaki kapsam ve sınırının aynı olmayacağını da belirtilmesi gerektiğine vurgu yaparak, bu yönüyle anılan hakkın bireyin temel hak ve özgürlüklerine daha ağır müdahalelerin söz konusu olduğu ceza hukuku alanında daha geniş bir uygulama alanı bulurken diğer alanlarda daha esnek uygulanabileceğini belirtmektedir<sup>10</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına

---

<sup>8</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 11.

<sup>9</sup> Öte yandan cezai uyumsuzluklardaki hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bağlamında Anayasa Mahkemesinin şu yorumu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7. No.lu Protokol'deki kapsamdan daha geniş bir kapsamda bu hakkın kabul edildiğini de ifade etmektedir: "Öte yandan Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında beraat kararına karşı yapılan başvuru sonrasında verilen mahkûmiyet hükümleri yönünden hükmün denetlenmesini talep etme hakkına istisna tanınabileceği belirtilmiş ise de beraat kararı sonrasında verilen mahkûmiyet kararının kişiler yönünden ciddi sonuçlarının olabileceği açıktır. Bu nedenle ilk defa verilen mahkûmiyet kararının denetimsiz kalması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkını işlevsiz hâle getirebilecektir. Bu bakımdan anılan mahkûmiyet hükümlerinin Anayasa açısından hükmün denetlenmesini talep etme hakkının bir istisnası olarak görülmesi mümkün değildir." Bkz. E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 14. Böylece Anayasa Mahkemesi bu boyutu ile de hükmün denetlenmesini talep hakkı ile ilgili standardı ek 7. No.lu Protokol'ün üzerine çıkarmıştır. Nitekim doktrinde Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kapsamını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7. No.lu Protokol'deki kapsamdan daha geniş yorumlamasının bu haktan daha fazla istifade edilmesine imkân tanınması nedeniyle kişi hak ve hürriyetleri açısından büyük önemi haiz olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. F. Ebru GÜNDÜZ ve Hakan GÜNDÜZ (2022). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 49, s. 18, 25-26

<sup>10</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 18.



almaktadır<sup>11</sup>. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin kararında Anayasa'nın 36. maddesinin mahkeme tarafından verilen hükmün üst mahkeme tarafından denetlenmesi üzerine aynı yönde verilen hükmün de bir kez daha denetlenmesini talep etme hakkı tanınmasını zorunlu kılmadığı ancak Anayasa'da bu şekilde bir zorunluluğun bulunmamasının kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak üst yargı merciinin verdiği kararın daha üst bir yargı mercii tarafından denetlenmesi yönünde düzenleme yapmasına engel olmadığı ifade edilmektedir<sup>12</sup>.

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kapsamının nasıl olması gerektiği konusunda ise Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğuna ve bu hakka ilişkin kanuni düzenlemelerde, bu denetimin sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı hususuyla mı sınırlı olacağı yoksa bunun yanında maddi olguların değerlendirilmesini de mi kapsayacağı hususunun bu takdir yetkisi kapsamında görülmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre mahkeme hükmünün denetiminin maddi olguların değerlendirilmesini de kapsamaması gerektiğine dair bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla denetimi yapacak yargı merciinin hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir denetim yapma yetkisi ile donatılması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sağlanmasına ilişkin anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli görülebilir<sup>13</sup>. Öte yandan Anayasa Mahkemesince hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mahiyeti dikkate alındığında bu hakkın mutlak bir hak olarak kabulü mümkün olmadığından kanun koyucu tarafından bazı sınırlamalara tabi tutulabileceğine, ancak bu sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uygun yapılması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>14</sup>.

Anayasa Mahkemesi; hükmün denetlenmesini talep etme hakkını Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğünden türettiği kararı, asliye ceza mahkemesince sanık hakkında verilen beraat kararına karşı Cumhuriyet savcısı tarafından istinaf yoluna başvurulmasıyla, hükmedilen mahkûmiyet kararının sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine itiraz konusu 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi

---

<sup>11</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 12.

<sup>12</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 13.

<sup>13</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 16.

<sup>14</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 17.



Kanunu'nun 286. maddesinin 20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değişiklik yapılan (2) numaralı fıkrasının 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itiraz başvurusu ile ilgili Anayasa'ya uygunluk denetimi incelemesinde ele almıştır.

İptali talep edilen (d) bendinin de aralarında bulunduğu 5271 sayılı Kanun'un 286. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ilâ (i) bentlerinde bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin temyiz edilemez nitelikteki kararları belirlenmiştir. Dava konusu (d) bendi ise *"İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları"* şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi, davaların makul süre içinde ve daha az masrafla sonuçlanmasının sağlanması amacıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılmasının anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığını ve davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşılabilmesi bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığını söyleyemeyeceğini belirttiikten sonra<sup>15</sup> yine de kuralın hükmün denetlenmesini talep etme hakkına orantısız bir müdahalede bulunduğunu ifade ederek iptaline karar vermiştir. Mahkemeye göre iptali talep edilen kanun hükmüyle bölge adliye mahkemesinin sadece hükmün denetlenmesini talep etme hakkını sınırlamayan ilk derece mahkemesinin beraat kararının onanmasına ilişkin kararlarına değil ilk derece mahkemesinin beraat kararının bozularak ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlarına karşı da temyiz yolu kapatılmaktadır. Bunun içindir ki ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanmasına ilişkin kararlar ile beraat kararının bozulması üzerine ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlar arasında ayırım yapılmaksızın bölge adliye mahkemesinin kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü kararına karşı temyiz yolunun kapalı olmasını öngören kuralın bütünüyle iptali gerekmektedir<sup>16</sup>.

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile ilgili bu ilk karardan sonra yapılan başvurularda da Anayasa Mahkemesi bu hak kapsamında

---

<sup>15</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 30-31.

<sup>16</sup> E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 34.

denetim yapmayı sürdürmüştür. Bu bağlamda Mahkeme, itiraz yolu ile yapılan bir başka başvuruda 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 8. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında yapı denetim şirketleri hakkında verilen idari para cezalarına karşı on beş gün içinde yetkili idare mahkemelerine itiraz edilebileceği öngörüldükten sonra itiraz üzerine verilen mahkeme kararlarının kesin olduğunu hükme bağlayan cümlenin iptaline karar vermiştir<sup>17</sup>. Anayasa Mahkemesi, Kanun'da idari para cezalarının iptali taleplerine ilişkin idare mahkemesi kararlarına karşı kanun yolunun kapalı tutulması suretiyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşılabilmesi bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığı tespitini yaptıktan sonra, bu amaçla da olsa bu denli yüksek idari para cezalarını konu alan hükümlerin denetime tabi kılınmamasının kişiye aşırı bir külfet yükleyeceğinin açık olduğuna, söz konusu hükümlerin denetime kapalı tutulmasıyla kişiye yüklenen külfetin yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklı kılınmayacağına ve dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirildiğine işaret ederek kuralı Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir<sup>18</sup>.

## 2. Lehe Olan Kanun Hükmünün Geçmişe Uygulanması İlkesi

Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ile ilgili temel esaslar düzenlenirken açıkça *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"* şeklindeki bir güvenceye yer verilmiştir. Bu güvencenin gereği olarak suçun işlendiği tarihten daha sonra yürürlüğe giren bir kanunla daha ağır bir ceza belirlenmesi durumunda bu yeni ceza kuralının geçmişe yürümemesi gerekmektedir. Esasında Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasındaki yukarıda yer verilen kural aleyhe olan ceza hükmünün geçmişe uygulanma yasağının anayasal dayanağı olarak görülmektedir.

Bununla birlikte suç tarihinden sonra yürürlüğe giren bir kanunla suç için suçun işlendiği tarihte geçerli olan cezadan daha hafif bir ceza

<sup>17</sup> Bkz. AYM, E.2020/21, K.2020/53, 01/10/2020.

<sup>18</sup> AYM, E.2020/21, K.2020/53, 01/10/2020, §§ 34, 38.

da getirilebilir. Bu durumda yeni ceza kanunu hükmünün geçmişe uygulanması bahse konu fiil için daha hafif bir ceza öngörülmüş olması veya fiilin tamamen suç olmaktan çıkarılmış olması nedeniyle gündeme gelmelidir.

Nitekim bu konuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Zaman bakımından uygulama*" kenar başlıklı 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bu imkânı sağlayan açık bir hükme şu şekilde yer verilmektedir: "*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*"

Her ne kadar bu konu Türk Ceza Kanunu'nda öngörülmüş ise de Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin esaslarda bu husus açıkça düzenlenmiş değildir. Anayasa Mahkemesi 2019 yılında verdiği kararıyla lehe olan ceza kanunu hükmünün geçmişe uygulanmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşarak lehe ceza kanunu hükmünün geçmişe uygulanmasını anayasal bir ilke olarak kabul etmiştir<sup>19</sup>.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak suç sayılan fiiller için uygulanacak cezaların nitelik ve nicelik olarak toplumun ihtiyaçlarına göre zamanla değişebilmekte olduğuna ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunla bir suç için daha hafif bir ceza öngörülebileceği gibi daha ağır bir ceza da belirlenebileceğine işaret ederek hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak bu amaçla Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" hükmüyle aleyhe olan yeni kanunun geçmişe uygulanmasının yasaklandığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyici nitelikteki olan bu kural kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan "*aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı*" olarak ifade edilmektedir ve bu yasak kişi özgürlüğü lehine kabul edilmiş bir güvence niteliğindedir<sup>20</sup>.

Kararda suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda ise gündeme gelen diğer bir alt ilke olan *lehe*

---

<sup>19</sup> Bkz. AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019.

<sup>20</sup> E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, § 16.

kanunun uygulanması ilkesine de geçilmiş ve konumuzla ilgili esaslı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu aşamada Anayasa Mahkemesi, ilk olarak aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmediğine, ayrıca aynı maddede suç için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kuralın da bulunmadığına dikkatleri çekmiştir<sup>21</sup>. Ardından ise lehe olan ceza kanunu hükmünün geçmişe uygulanmasının gerekliliği ile ilgili şu değerlendirmeleri yaparak böyle bir durumda lehe kanunun geçmişe uygulanmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşmıştır:

*“Fiilin işlenmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar geçen ceza muhakemesi sürecinde bir suç için fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan ve daha sonra yürürlüğe giren kanun olmak üzere uygulanması mümkün birden fazla kanun hükmü söz konusu olabilmektedir. Suç nedeniyle başta hürriyeti bağlayıcı cezalar olmak üzere uygulanan çeşitli ceza ve güvenlik tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğundan, Anayasa cezayı ağırlaştırır kanunun yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara uygulanmasını açık biçimde yasaklamıştır. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin bir sonucu olan bu yasak, aynı zamanda suçun işlendiği tarihteki kanuna göre lehe olan sonraki kanunun uygulanmasını da gerekli kılmaktadır. Zira işlendiği tarihte suç sayılan bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya ilga edilen kanuna nazaran anılan suç fiiline daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda mülga kanunun aleyhe hükümlerinin uygulanmaya devam edileceğinin kabul edilmesi, suçların ve cezaların ancak kanunla belirleneceğini emreden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında bireylerin objektif olarak beklemeyecekleri dolayısıyla öngöremeyecekleri bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır. Bunun ceza hukuku alanında kişilerin hukuki güvenliklerini anayasal güvenceye bağlamayı amaç edinen suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.*

*Öte yandan lehe ceza kanununun geçmişe uygulanması hukuk devletiyle bağlantılı olarak adalet ve hakkaniyet ilkelerinin de bir gereğidir. Gelişen sosyal düzen ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında artık*

---

<sup>21</sup> E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, § 17.

*suç oluşturmadığı kabul edilen veya daha hafif ceza öngörülen bir fiilin yalnızca daha önce işlenmiş olması nedeniyle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır<sup>22</sup>.”*

Kararda, uluslararası hukukta lehe kanun uygulamasının suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir unsuru olarak görüldüğü konusunda tereddüt bulunmadığı ifade edilerek uluslararası insan hakları sözleşmesi ve uluslararası içtihadı da güçlendirici biçimde yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesinin birinci paragrafında “*Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır.*” denilmek suretiyle bu ilkenin açıkça düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir<sup>23</sup>. Aynı açıklıkta Sözleşme’de yer almamasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içerikte olan Sözleşme’nin 7. maddesinin birinci paragrafına ilişkin içtihadında lehe kanunun uygulanması ilkesinin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı dâhil bütün temel insan hakları metinlerinde tanındığını, artık Avrupa ve uluslararası ceza hukukunun temel bir ilkesi olduğunu, yargılama yapan mahkemenin suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı olarak belirlediği cezayı vermesinin 7. maddenin temel bir unsuru olan hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olduğunu ifade etmiştir. Kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ayrıca suç işleyene sadece suç işlediği tarihte öngörüldüğü gerekçesi ile daha ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehe olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise hâkimin sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirten değerlendirmesine de (*Scoppola/İtalya*(no. 2) [BD], B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109) yer verilmiştir<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, §§ 18-19.

<sup>23</sup> E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, § 21.

<sup>24</sup> E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, § 22.

Bu değerlendirmelere yer veren kararıyla Anayasa Mahkemesi suç ve cezaların kanuniliği bağlamında özellikle cezalandırmanın temel haklara etkisi ile ilgili önemli bir hususa yönelik lehe kanunun geçmişe uygulanması ilkesini anayasal düzeyde bir ilke olarak ortaya koymuştur. Böylelikle aynı zamanda suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin kapsamı ve uygulanması ile ilgili olarak uluslararası insan hakları hukuku ile daha uyumlu bir anayasal çerçeveye ulaşma noktasında önemli bir adım atılmıştır. Buraya Anayasa Mahkemesinin ilkeyi kabulünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımına benzer biçimde içtihatla gerçekleştiği göze çarpmaktadır.

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden türettiği lehe kanunun geçmişe uygulanması ilkesini uygulayarak itiraz yolu ile önüne gelen kuralı iptal etmiştir. Dava konusu kuralın yer aldığı 20/10/2016 tarihli ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, 1447 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. 6750 sayılı Kanunun itiraza konu geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası *"Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmaz"* şeklinde geçiş hükümleri öngörmekteydi. Konumuzla bağlantılı temel sorun ise mülga Kanun'un 12. maddesinde belirtilen fiiller için bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası öngörmüş iken bunun karşılığı olarak 6750 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yer alan suçları işleyenlere, güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezasının uygulanmasının öngörülmesiydi. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede kuralın hukuk ve ceza normu ayırımı yapmaksızın 6750 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla görülmekte olan davalara 6750 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmamasını öngörmesi nedeniyle ceza hükümlerinin uygulanması bakımından farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olduğu ve bu çerçevede kuralın 6750 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenen ve ceza davası açılmış bir suç yönünden bu Kanun'un ceza hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmakta olduğuna işaret etmiştir. Buradan hareketle de mülga Kanun döneminde işlenmiş ve anılan Kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olanın tespitine ve sonraki Kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkân vermemesi durumunun suçta ve cezada

kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilerek kural iptal edilmiştir<sup>25</sup>.

Bu karardan sonra da Anayasa Mahkemesi suçta ve cezada kanunilikle ilgili Anayasa'nın 38. maddesinden türetmiş olduğu bu ilkeyi kararlarında kullanmıştır. Bu bağlamda 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinin "1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz." şeklindeki bölümü lehe olan kanunun geçmişe uygulanması ilkesinden hareketle iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre dava konusu kural belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmekle birlikte 5271 sayılı Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararına hükmedildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla dava konusu kural ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarihten sonra kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarla sınırlı olarak uygulanmasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir<sup>26</sup>.

### **3. Aynı Fiilden Dolayı Birden Fazla Yargılanmama veya Cezalandırılmama (ne bis in idem) İlkesi.**

Aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama (ne bis in idem) ilkesi Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin temel ilkeleri arasında yer aldığını kabul ettiği bu ilkeyi, Ünal Gökpınar kararında hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi konusundaki kendi içtihadından hareketle ve bazı uluslararası hukuk metinlerine referansla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmüştür (Ünal Gökpınar [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 50).

Anayasa Mahkemesine göre kişilerin haklarında yürütülen ve kesinleşen bir ceza yargılaması sürecinin ardından tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına alan bu ilke ile adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuki güvenliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Nitekim Avrupa

---

<sup>25</sup> AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, §§ 25-26.

<sup>26</sup> AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/06/2020, § 27.



İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No.lu Protokol'de ayrı bir hak olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında bu ilkenin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı özel bir güvence olduğu vurgulanmıştır. Bazı uluslararası sözleşmelerde de aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi açık bir biçimde adil yargılanma hakkının bir güvencesi olarak kabul edilmiştir (Ünal Gökpınar, § 49).

Anayasa Mahkemesi ilkeye ilişkin esasları ise norm denetimi dolayısıyla verdiği bir kararda belirlemiştir. Bu kararda uluslararası belgeleri de dikkate alarak aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesini Anayasa Mahkemesi *“Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz”* şeklinde tarif etmiştir<sup>27</sup>. Ardından yaptığı tarife göre bu ilkeye aykırılık sonucuna varılabilmesi için gerçekleşmesi gereken koşulları ise şu şekilde sıralamıştır:

- “Ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin olması.
- Bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması.
- Tekrar (yeniden) “ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi.
- Farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile ilişkin olması.
- İlkenin istisnalarından birinin olmaması.

Anayasa Mahkemesi kararında bu koşulların ne anlama geldiği de açıklanmıştır. Mahkemeye göre birinci ve üçüncü koşul bakımından “ceza” ile ilgili yargılama süreçlerinin her durumda teknik olarak ceza yargılaması hukuku anlamında bir süreç olarak öngörülmüş olması şart olmayıp bu kavram anayasal anlamda özerk bir yoruma tabidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında da zaten Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerini yorumlayarak “ceza” kavramının idari vergi cezalarını da kapsadığını belirtmiştir (Bkz. AYM, E.2019/16, K. 2019/15, 14/3/2019, § 13; Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7/7/2015; Ünal Gökpınar, §§ 54-56)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Bkz. AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 27.

<sup>28</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 28.



Anayasa Mahkemesi ikinci koşul bakımından *mahkûmiyet* ya da *beraat* hükmünden ne anlaşılması gerektiğini de özerk olarak yorumlamış ve bu ifadelerin “ceza” yaptırımına bağlanmış olan bir eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz yönde verilmiş kesin/kesinleşmiş bir karar anlamına geldiğini ortaya koymuştur. Mahkemenin bu özerk yorumuna göre “ceza” olarak nitelendirilen bir yaptırma ilişkin yargılamada delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu işlediği ya da işlemediği yönünden değerlendirme içeren bir kararın aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi anlamında mahkûmiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu bağlamda isnadın esası incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen söz gelimi zaman aşımı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar, söz konusu ilke kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemez. Anayasa Mahkemesine göre buradaki *kesin olma/kesinleşme* kavramından anlaşılması gereken de ilgili kararın kanun yolu öngörülmemesi nedeniyle verildiği anda kesin olması veya olağan kanun yolları tüketilerek ya da bunlara başvuru için öngörülmüş sürelerde başvuru yapılmayarak kesinleşmiş olmasıdır<sup>29</sup>.

Üçüncü koşul bakımından *iki kere (kez)* cezalandırma ve *tekrar (yeniden)* cezalandırmanın birbirinden farklı olduğuna da kararda işaret edilmektedir. *Ne bis in idem* ilkesi bir kişiye aynı fiilden dolayı iki kere ceza verilmemesini değil kişinin aynı fiilden dolayı tekrar (yeniden) yargılanmamasını ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmamasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla kişinin aynı fiilden dolayı aynı yargılama süreci içinde birden fazla yaptırma maruz kalması tek başına bu ilkeyi zedelemeyebilir. Zira bu durumda ortada “ceza” ile ilgili birden fazla süreç bulunmamaktadır<sup>30</sup>.

Anayasa Mahkemesi dördüncü koşul bakımından aranması gerekenin *aynı suç* değil *aynı fiil* olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi *Ünal Gökpinar* kararında suçun unsurları arasındaki farklılıkların incelenmesine gerek görülmediğine ve süreçlere kaynaklık eden fiilin/olgunun aynılığının dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir (*Ünal Gökpinar*, § 56). Suç ve kabahatlerin aynı fiille işlenip

---

<sup>29</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 29.

<sup>30</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 30.

işlenmediğinin tespiti için fiile ilişkin zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın sağlanması gerekmektedir. Aynı fiilden söz edilebilmesi için birden fazla takibat ya da cezaya kaynaklık eden olguların *bire bir aynı veya maddi olarak (büyük ölçüde) aynı* olgular olması ve aynı zamanda ve mekânda gerçekleşmesi gerekmektedir. Tek bir fiilin cezaya ilişkin iki farklı düzenlemede aynı biçimde ele alınması durumunda *birebir aynı* olma hâlinde, düzenlemelerde bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu farklılıkların önemsiz olması hâlinde *maddi olarak (büyük ölçüde) aynı* olma hâlinde söz edilebilecektir (benzer yöndeki kararlar için bkz. AİHM, *Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No: 14939/03, 10/02/2009, §§ 78-84, 97; *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 108)<sup>31</sup>.

Yukarıda açıklanan dört koşulun birlikte gerçekleşmesi hâlinde Anayasa Mahkemesine göre ilkeye aykırılık oluşmaktadır. Ancak uluslararası hukukta ilkeye istisna teşkil edebilecek bazı özel durumlar öngörülmüştür ki bunlar Anayasa'nın anılan ilke bağlamında yorumunda da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer verilen, Türk hukukunda kanunlarda kabul edilen *yeni delil ortaya çıkması ve davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun* varlığı ilk iki istisnai durum olarak değerlendirilebilir. Bunun yanında üçüncü istisnai durum ise AİHM içtihatları ile geliştirilen (şeklen birden fazla olsalar bile) cezaya ilişkin süreçlerin *bir bütünüün parçaları olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesidir* (AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 130)<sup>32</sup>.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, uygulamada asıl sorunlu noktalardan biri olan üçüncü istisnai duruma ilişkin olarak (özellikle aynı fiile ilişkin farklı hukuk disiplinleri kapsamında yürütülen cezaya ilişkin süreçler bağlamında) -AİHM içtihadında ortaya konulara benzer şekilde (*A ve B/Norveç*, §§ 132, 134)- şu kriterlerin dikkate alınması gerektiğini detaylı biçimde ortaya koymuştur:

- Birden fazla sürecin hukuka aykırı aynı fiilin farklı yönlerini ele almak üzere birbirini tamamlayıcı farklı amaçlar takip edip etmediği;
- Aynı fiile ilişkin birden fazla sürecin yürütülebileceğinin öngörülebilir olup olmadığı,

<sup>31</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 31.

<sup>32</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 32.

- Birden fazla süreç arasında mümkün olduğunca delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli etkileşim sağlanıp sağlanmadığı,
- Kişilerin, haklarında yürütülen birden fazla süreç sonunda tek bir süreç yürütülmüş olsaydı karşılaşacakları külfete göre aşırı bir külfet yüklenmesini önlemek için ilk olarak kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın sonradan kesinleşende dikkate alınıp alınmadığı,
- Yukarıda unsurlarına yer verilen maddi yönden bağlantının sağlanması hâlinde her iki sürecin *zaman yönünden de bağlantılı* olup olmadığı ve dolayısıyla bir sürecin diğer sürecin tamamlanmasından sonra makul bir süre içerisinde sonlandırılıp sonlandırılmadığının değerlendirilmesi gerekir<sup>33</sup>.

*Ne bis in idem* ilkesinin kapsamı ile ilgili bu temel esasları belirledikten sonra Anayasa Mahkemesi bu esasları kararında iptali talep edilen kurallara uygulayarak bir kanun hükmünün iptaline, dört hükmün de iptal isteminin reddine hükmetmiştir. Böylece Mahkeme bu ilkenin nasıl uygulanması gerektiğini de gösteren önemli bir karar vermiştir<sup>34</sup>.

İptal talebini reddettiği maddelerle ilgili bir örnek vermek gerekirse Mahkeme 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 340. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki "*Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez./ Bu Kanunla vergi cezasıyla cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz.*" hükümlerinin iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi dava konusu kurallarda yer alan her iki yaptırımın da (kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri için vergi idaresince uygulanan

---

<sup>33</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 33.

<sup>34</sup> Doktrinde vergi hukuku ile ilgili konularda *ne bis in idem* ilkesi bağlamında vergi suçlarının ve kabahatlerinin ne şekilde yargılanacağı ve cezalandırılacağı hususunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadının da dikkate alınarak belirlenmesinin önemli ve gerekli olduğuna işaret edildiği göz önünde tutulduğunda (örnek olarak bkz. Ayşe Nil TOSUN (2017). "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, ss. 95-104; Ahmet TUTAR (2021). "Ne Bis İn İdem İlkesinin Yargı Kararları Işığında Türk Vergi Hukukuna Uyumu", *Danıştay Dergisi*, S. 153, ss. 214-217. Anayasa Mahkemesinin bu kararıyla belirlediği kapsam ve ilkelerin konuya önemli katkılar sağlayacağı ifade edilmelidir.

idari para cezaları) cezai nitelikte olduğunu tespit ettikten sonra 213 sayılı Kanun'da, çift defter kullanma fiilinde olduğu gibi kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri bakımından zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın sağlandığı dolayısıyla kaçakçılık suçu ile vergi kabahatlerinin aynı fiille işlenebildiği bazı hâllerin düzenlendiğini belirterek şu gerekçeyle kurallarda *ne bis in idem* ilkesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir:

*“İtiraz konusu kurallarla esas olarak kaçakçılık suçu nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmanın vergi kabahatleri için idari para cezası ile cezalandırılmaya engel olmayacağı, bu cezaların içtima hükümlerine göre birleştirilmeyeceği hüküm altına alınmakta dolayısıyla aynı fiil için birden fazla cezanın uygulanması ve cezaların birleştirilmemesi hususları düzenlenmektedir. ‘Aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama’ ilkesi belirli şartların sağlanması hâlinde ikili bir yargılama/cezalandırma sürecini, dolayısıyla birden fazla cezanın uygulanmasını dışlamamaktadır. Süreçlerin bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması hâlinde birden fazla cezanın uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Buna göre, cezalandırmaya ilişkin süreçlerin bağlantılı yürütülmesini dışlamayıp sadece birden fazla cezanın uygulanmasını ve bunların birleştirilmesine izin verilmemesini öngören kuralların aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır”<sup>35</sup>.*

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin “Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.” şeklindeki son fıkrasının iptaline karar vermiştir. Mahkeme burada *ne bis in idem* ilkesine aykırılık bağlamında değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesine göre aynı fiille işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine yönelik yürütülen yargılama/cezalandırma süreçlerinde, herhangi birinin diğerinden önce kesinleştiği ve birlikte başlayan ve başlangıçta bir süre paralel devam eden süreçlerin sonrasında zamansal bakımdan tamamen bağlantısız bir biçimde yürütülmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında itiraz konusu kural ile yargılama/cezalandırma süreçlerinde verilen kararların

<sup>35</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, §§ 56-58.

karşılıklı olarak karar verici birimleri bağlamayacağı hüküm altına alınmakla bu bağlantı eksikliği daha da pekiştirilmekte ve hatta bunun da ötesinde kuralın gerek idare ve gerekse yargı organlarınca bu eksikliğin giderilmesini ve süreçlerin bir bütünü parçası olacak biçimde bağlantılı olarak yürütülmesini sağlamaya imkân tanımadığı görülmektedir<sup>36</sup>.

Aynı kuralın iptali ile ilgili bir diğer husus olarak gerekçede usul güvencelerine ilişkin yeterli bağlantının sağlanmasından sonra bağlantılı olarak işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine konu fiilleri farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı organ, makam ve mercilerin kararlarının her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği ileri sürülemeyeceği gibi bunların hiçbir koşulda birbirini bağlamaması gerektiği şeklinde bir sonuca varılmasının da mümkün olmadığına ve dolayısıyla bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında bağlantı kurulmasına engel olan kuralın adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelere aykırılık oluşturabileceğine işaret edilmiştir<sup>37</sup>.

#### **4. Kamu Hizmetine Girme Hakkı**

“Kamu hizmetlerine girme hakkı” ana başlığı altında “hizmete girme” başlığı taşıyan Anayasa’nın 70. maddesinde her Türkün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu ve hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Kuralın ifade edilmiş biçiminden Anayasa’nın sanki sadece kamu hizmetine “girme” ile ilgili boyutu güvence altına alan biçimde bu hakkı düzenlediği anlamı çıkabilmektedir. Bu durumda ise kamu hizmetinde bulunma ve kamu hizmetinden çıkarılma ile ilgili hâllerde Anayasa’nın 70. maddesinin bir güvence teşkil etmesi söz konusu olmayacaktır.

Bu minvalde Anayasa Mahkemesi 2021 yılı sonlarında verdiği bir kararda kamu hizmetine girme hakkının anayasal çerçevesi ve kapsamı ile ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur<sup>38</sup>. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, 10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 44. maddesiyle 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na eklenen ek 30. maddedeki

---

<sup>36</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 83.

<sup>37</sup> E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 88.

<sup>38</sup> Bkz.: AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021.

Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı kapsamında 33. maddenin (a) fıkrası uyarınca araştırma görevlisi kadrosuna atanmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte araştırma görevlisi kadrosunda bulunanların statülerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın 50. maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen statüye dönüştürülmüş sayılacağı ve bu şekilde statüleri değiştirilen araştırma görevlilerinden 33. maddenin (a) fıkrasına göre yeniden ataması yapılmayanların mecburi hizmet yükümlülüklerinin kaldırılmasını öngören hükmün Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında ilk olarak Anayasa'nın 70. maddesinin birinci fıkrasının lafzına bakıldığında maddede düzenlenen hakkın sadece kamu hizmetlerine giriş aşaması ile sınırlı biçimde algılanabileceğine işaret ettikten sonra kamu hizmetine girme hakkının kapsamının tespit edilebilmesi için fıkranın sadece lafzına bakılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bu açıdan fıkranın yorumunda metnin tümünün, fıkranın yer aldığı kısım ve bölümlerin, Anayasa'nın diğer hükümleriyle ilişkisinin, hükmün amacının ve ayrıca tarihsel süreç içerisinde daha önceki anayasalarda hakkın düzenleniş biçiminin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

Bu bağlamda kamu hizmetlerine girme hakkı 1924 Anayasası'nın 92. maddesinde "*Hukuku siyasiyeyi haiz her Türk ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını haizdir*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hakka 1961 Anayasası'nda "*IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı*" üst başlığı altında 58. maddede yer verilmiştir. Maddede "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir./ Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve madde gerekçesinde "*Eski Anayasamızın 92 nci maddesinde de ilân edilmiş olan kamu hizmetlerin[e] alınma hakkı, yani Anayasalarda da olduğu gibi, tasarıda yer almıştır. 2 nci fıkra hükmü, 12 nci maddedeki eşitlik esasının zaruri neticesidir.*" denilmek suretiyle "*istihdam olunma*" kavramının "*hizmete alınma*" anlamında kullanıldığı ifade edilmiştir. Kamu hizmetlerine girme hakkı 1982 Anayasa'nın 70. maddesinde de 1961 Anayasası'ndaki aynı sistematikte ve aynı içerikle düzenlenmiş olup aradaki tek fark 1961 Anayasası'nın 58. maddesinin ikinci fıkrasında "*ödevin gerektirdiği nitelikler*" ibaresine yer verilmişken 1982 Anayasası'nın 70. maddesinin

---

<sup>39</sup> E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, § 42.



ikinci fıkrasında “görevin gerektirdiği nitelikler” ibaresine yer verilmiş olmasıdır<sup>40</sup>.

Anayasa Mahkemesi daha sonra 1982 Anayasası'nın yine “Kamu hizmetlerine girme hakkı” üst başlığı altında yer alan “Mal bildirimini” başlıklı 71. maddesindeki “Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir...” hükmünden hareketle Anayasa koyucunun kamu hizmetlerine girme hakkı kapsamındaki bir husus olarak gördüğü mal bildirimini kamu hizmetine “giriş” yanında kamu hizmetinde “bulunma” sırasında da zorunlu kıldığına açık olduğuna işaret ederek bu düzenlemenin de kamu hizmetinde bulunmanın/kalmanın kamu hizmetlerine girme hakkı kapsamında olduğunu teyit ettiğine vurgu yapmaktadır<sup>41</sup>.

Kamu hizmetine girme hakkının kapsamını ortaya koyan bu kararda Anayasa Mahkemesi aynı zamanda uluslararası insan hakları sözleşmelerinde kamu hizmeti ile ilgili hükümlere de bakmıştır. Kararda, bazı uluslararası sözleşmelerde de kamu hizmetlerine girme hakkına yer verildiğinin görüldüğü, Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde hazırlanan sözleşmelerden İnsan Hakları Evrensel Beyanname (1948), Kadınların Siyasi Haklarına Dair Sözleşme (1953), Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1965) ve Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (1965) kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik hükümlere yer verilmiş olduğu ve bu sözleşmelerden Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin -kamu hizmetlerine girme hakkını da içeren- 25. maddesini yorumlayan Genel Yorum'da (Genel Yorum No 25: Kamusal İşlere Katılım Hakkı ve Kamu Hizmetine Girme Hakkı (mad. 25): 12/07/96. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7) “Genel anlamda eşit olarak kamu hizmetine girme hakkının güvence altına alınabilmesi için, kamu hizmetine girme, terfi, askıya alma ve işten çıkarılma kriterleri ve usullerinin tarafsız ve makul olması gereklidir.” denilmek suretiyle kamu hizmetlerine girme hakkının kamu hizmetlerinde bulunma/kalmayı da kapsadığı açıkça ifade edilmiş ve buradan hareketle şu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır:

*“Görüldüğü üzere BM sözleşmelerinde kamu hizmetlerine girme hakkı, seçme ve seçilme hakkı ile birlikte vatandaşların ülkelerinin kamusal*

---

<sup>40</sup> Bkz.: E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, §§ 43-45.

<sup>41</sup> E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, § 46.

*işlerinin yürütülmesine katılma hakkını ifade eden siyasi haklar (katılma hakları) arasında sayılmıştır. Vatandaşların ülkelerinin kamusal işlerinin yürütülmesine katılma hakkı kapsamında bir siyasi hak olarak tanınmış olan kamu hizmetlerine girme hakkının kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılımı içermemesi düşünülemez. Bu hakkın niteliği (doğası) gereğidir. Kamu hizmetlerine girme hakkının sadece girişi kapsadığı, kalmayı kapsamadığı şeklinde yorumlanması anılan hakkı bir katılma hakkı olan siyasi hak olmaktan çıkarır. Zira sadece girişi güvence altına alan, kalmayı garanti altına almayan bir hakkın kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılmayı temin etmesi mümkün değildir. Katılma ise -en azından belli bir süre- devamlılığı, hâliyle de o statüde bulunmayı gerektirmektedir<sup>42</sup>."*

Bu açıklamaların ardından kararda Anayasa'nın 70. maddesiyle güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkının tarihsel süreç içerisinde 1924 ve 1961 Anayasalarında düzenleniş şekli ile sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde kamu hizmetinde bulunmayı da kapsadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>43</sup>.

Böylece Anayasa Mahkemesi hizmete girme hakkını artık sadece Anayasa'nın 70. maddesindeki lafzı ile kamu hizmetine girme boyutu ile değil, hizmete bulunma ve hizmetten çıkarılma sürecindeki kapsamı ile birlikte kabul ederek bu aşamalara ilişkin de anayasal güvencelerin bu hak kapsamında olduğunu ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi daha sonraki kararlarında da bu yaklaşımla hareket ederek Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmayı sürdürmüştür. 31/1/2018 tarihli ve 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 8. maddesinin meslekten çıkarma cezasını gerektiren fiillerin düzenlendiği (6) numaralı fıkrasının (aa) bendinde yer alan "Yetkili olmadığı halde hukuka aykırı olarak elektronik ortamda veya bilgisayar loglarında kişisel verilerle ilgili sorgulama yapmak" bendindeki "sorgulama yapmak" ibaresinin iptali istemin reddettiği kararda da aynı şekilde Anayasa'nın 70. maddesinin sadece kamu hizmetlerine girmeyi değil kamu hizmetlerinde bulunmayı/kalmayı da güvence altına aldığını ve dolayısıyla kişinin kamu hizmetinden çıkarılması sonucunu doğuran düzenlemelerin

---

<sup>42</sup> E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, § 48.

<sup>43</sup> E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, § 49.



de Anayasa'nın 70. maddesi kapsamında görülmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>44</sup>.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesine 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında verilen bireysel başvuruları inceleme görevi ile birlikte Mahkemenin temel hakların koruyucusu olma işlevinin daha belirgin bir hâl almış olduğu anlaşılmaktadır<sup>45</sup>.

Bu bağlamda gerek bireysel başvuru kararlarında ortaya konulan özgürlükçü yaklaşım ve gerekse norm denetiminde temel hak ve özgürlüklerle ilgili anayasal güvenceleri uygulamaya yansıtan kararlar bunun görünümü olarak kabul edilmelidir. Bu yönü ile bakıldığında Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin en önemli güvencesi olma konumunda bulunduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir yandan norm denetimi ve bireysel başvuru ile ilgili kararlarında Anayasa'yı yorumlayarak Anayasa'ya aykırı düzenlemeleri iptal ve anayasal hakları zedelenenlere yönelik ihlal kararları verirken öte yandan bu tebliğde incelenen dört önemli kararda olduğu gibi anayasal ilke ve kuralların içinde yeni haklar ve ilkeler ortaya çıkararak bunlara anayasal düzeyde bir konum sağlamaktadır.

Bu tebliğ konu kararlardan yola çıkıldığında Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim yaparken sadece denetime tabi tuttuğu kuralları temel hak ve özgürlükler lehine yorumlamakla yetinmediği, aynı zamanda denetlediği normlara uyguladığı Anayasa hükümlerini de özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlayarak bu Anayasa hükümlerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin norm alanını, standardını ve kapasitesini arttırdığı da fark edilmektedir.

Bu yönü ile bakıldığında Anayasa Mahkemesi anayasa hükümlerini özgürlükçü demokrasilerdeki standarda ulaştırmayı hedefleyen dinamik bir içtihat sergileyerek önemli bir görev ifa etmektedir. Mahkemenin yorum yolu ile temel hakların ve anayasal bazı ilkelerin norm alanını

---

<sup>44</sup> Bkz. AYM, E.2020/77, K.2021/93, 16/12/2021, § 13.

<sup>45</sup> Nitekim henüz bireysel başvurunun yeni kabul edildiği dönemde bile Anayasa Mahkemesinin anayasa hükümlerini daha özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlamaya yöneldiği ifade edilmeye başlanmıştır. Serap YAZICI (2015). "Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", *Haşim Kılıç'a Armağan C. I*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., s. 412.

belirleme ve genişletme şeklindeki yaklaşımı, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi eliyle Anayasa hükümlerinin çağın gereklerine uygun bir insan hakları standardını ortaya koymasına imkân sağlamaktadır.

Nitekim bu dört karar ile temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı ülkelerde benimsenen standartlara ulaşma adına Anayasa metninde yer verilmemiş bu hakların Anayasa hükümlerinin yorumundan hareketle anayasal ilke veya hak olarak kabul edilmesi bu gelişimin bir sonucu olarak görülmelidir<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Bu tebliğde ele alınan dört karardan ilk üçünde Anayasa Mahkemesinin yaptığı şey kimi anayasal ilke ve kavramlardan anayasal değerde bazı ilke ve haklar çıkarmak iken kamu hizmeti konusundaki kararın bu bakımdan daha farklı olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kamu hizmetine girme hakkı ile ilgili kararda Anayasa Mahkemesi bu hakkın kapsamını, nasıl anlaşılması gerektiğini ve hangi boyutlarıyla anayasal düzeyde bir koruma sağladığını ortaya koymaktadır. Bu yönü ile bakıldığında burada Anayasa Mahkemesinin yaptığı esasında anlamını tam olarak ortaya çıkarma şeklindeki bir “somutlaştırma” olarak görülebilir. Somutlaştırma konusunda geniş bilgi için bkz. Metin, Y. (2008). s. 207-208.





## ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGISAL POLİTİKA: MÜDAHALECİLİK, UYUM VE STRATEJİLER

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER\*

### GİRİŞ

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar, sizleri saygıyla selamlıyorum. Anayasa Mahkememize bu önemli toplantıyı düzenlediği ve nazik davetleri için teşekkürlerimi sunuyorum. Öncelikle Anayasa Mahkememizin 60. kuruluş yılı, doğum günü kutlu olsun. 60 yıllık geçmişiyle Anayasa Mahkemesi, karşılaştırmalı örnekler arasında artık kurumsal pekişmesini tamamlamış anayasal bir yargı yeridir. Hukuk devleti çalışmalarında genel olarak kurumsallaşmanın gelişimi; özellikle kurum konsolidasyonu konusunda yıllanma süreçlerine işaret edilir. Kurumların kuruluşundan itibaren yaşanan ve biriktirilen deneyimler yalnızca ilgili kurumsal hukukun yerine getirilmesine dayalı mekanik bir işleyişi ifade etmez. Anayasal hükümler ve onları uygulayan diğer mevzuata dayalı kurumsal hukuk, kurumsallaşmanın yalnızca ilk adımını atar ve biçimsel çerçevesini çizer. Ancak kurumsallaşmayı yaratan, kurumsal hukukun kurucu ve biçimsel öğeleri yanında; daha çok onları yorumlayan uygulamalar, anlayışlar, tutumlar ve giderek kurumsal davranışlardır. Kurumsal-tarihsel bu durum yargının kurumsallaşması için de geçerlidir. Mahkemeler; kazanımları, birikimleri ya da değişen-değişmeyen yaklaşımları anlamında kurumsal-tarihsel belleklere sahiptir.

### *I. Anayasa Mahkemesinin Tarihsel Eşiği: 40 Yıl ve 60 Yıl*

Öte yandan kamusal bazı görevlere atama ve seçimlerde olduğu gibi kurumsallaşmada da 40 yıllık süreçler; kurumsal bir olgunlaşma eşiği, kurumsallaşmanın seyrini gözlemleyebileceğimiz dönüm noktasıdır. Anayasa Mahkemesi, 40 yaş eşiğini 2002 yılında aşmıştı. 2022 yılında ise hem kuruluşunun 60. yılını hem de 1982 Anayasası çerçevesinde 40. yılını dolduruyor. Bu nedenle bir yandan 40 yaşın çok daha üstünde, 60 yaşında ve olgunluk evresinde bir mahkemeye odaklanıyoruz. Bu 60

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

yılın arkasında, Cumhuriyet modernleşmesinin ilk yıllarındaki akademik tartışmalardan Yargıç Refik Gür'ün anayasa yargısının önünü açmaya çalışan çabalarına uzanan bir dizi uğraş ve düşünsel birikim de bulunuyor. Diğer yandan 1982 Anayasası ile birlikte oluşan yargı kurumsallaşması ve tarihi içinde Anayasa Mahkemesi 40 yıllık eşikte duruyor.

Söz konusu tarihsel eşik(ler) ve özellikle 40 yıllık deneyim, Türkiye'de askerî rejimler, askerî rejimden çıkış, demokratikleşme, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği ile ilişkilerin güçlenmesi, demokratik gerileme ve benzer bir dizi evreyi içerdi. Bu 40 yıllık dönem, Anayasa Mahkemesinin oluşturduğu içtihadî hukukun serpilmesi ve onun uluslararası insan hakları hukuku ile etkileşimi bakımından önem taşıdı. Bu süreç, anayasa yargısı öğretisinin gelişimi açısından da bir büyüme evresine karşılık geldi. 2010 sonrası Anayasa Mahkemesinin yapısının ve yargı yollarındaki değişimin (özellikle bireysel başvuru) etkilerini; özellikle bunların değişen siyasal bağlamlarda ne tür yargısal yorum ve yargısal politikaları ortaya çıkardığını ise ilerleyen dönemlerde daha net biçimde görebileceğiz. İşte tam da bu noktada, Anayasa Mahkemesinin son yıllarda daha da belirginleşen yargısal politikaları üzerine düşünmemizi, bunları irdelememizi anlamlı görüyorum. Tebliğimde, bu konuda mevcut duruma ilişkin bir çerçeve çizmeye çalışacağım.

## *II. Yargısal Yorum ve Yargısal Politikada Tercihler*

Öncelikle çıkış noktalarımı vurgulayayım: (1) Karşılaştırmalı ölçekte demokratik ve demokratik olmayan rejimlerde anayasa mahkemelerinin izlediği yargısal yorum ve yargısal politika ile onlara bağlı olan akademik tartışmalar, Türkiye için de ışık tutucudur. Bunların bir kısmı anayasal sistemlerin, siyasal-kültürel bağlamların ve yargıyla ilgili özel koşulların sonucu olarak devletlere ya da bölgelere özgü olabilir. Ancak önemli kısmı Türkiye için de geçerli bulgular içermektedir. (2) Ayrıca Türkiye örneği, yargıya ilişkin genel ya da ana akım kavramsal/kuramsal tartışmalara katkı sunabilecek niteliktedir. Bu noktalardan hareketle, karşılaştırmalı olarak geçerli sayılabilecek ve Türkiye'de anayasa yargısının yorum ve politikasını biçimlendiren özel tercihler mevcut durumda üç temel kümede toplanabilir. Bu kümeler yargısal müdahalecilik, uyum ve stratejiler olarak belirmektedir.

### *(1) Müdahaleci Yargısal Politika*

Bu üç kümeden ilki, anayasa yargısının "siyasal iktidarın politika tercihlerine yönelik müdahaleci tutumu" dur. Türkiye'de özellikle 2000'li

yılların başından itibaren artan biçimde siyasal boyutu ile anayasa mahkemesi tartışılırken yargısal aktivizmin, yargıçlar hükümetinin, jüristokrasinin ve yargının belirli bir iktidarı elinde tutan siyasal gücün hegemonyasını sürdürme aracı olduğunun; hegemonik koruma tezinin öne çıktığını görüyoruz. Buradaki tartışmanın büyük çapta siyasetin yargısallaşması ve buna bağlı yargısal aşırılıklar üzerinden ilerlediğini saptayabiliriz.

Yargısal müdahaleciliğe ilişkin örneklerde, normativitenin koşullarının zorlandığı örnekler bulunmaktadır. Bazı örneklerde ise Anayasa Mahkemesi tümüyle yönemsiz biçimde ilerlemiş değildir. Burada, amaçsal yorumun öncelikli olarak veya daha önce emsali bulunmayan vakalarda kullanıldığını ya da hukuk yaratmanın *intra legem* türlerinin öne çıktığını söylemek mümkündür. Ancak yine de yöneme dayalı yaklaşımın bağlama uygun olup olmadığı ve hukuksal rasyonalitenin gereklerine uyulup uyulmadığı tartışma konusu olmuştur. Tartışmanın odağında, anayasa yargısının sınırları bulunmaktadır. Bu sorunsalın kökleri yetmişli yıllarda Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimdeki geniş ve müdahaleci yargı politikasına değin uzanır. Ardından 80'lerin sonunda ve 90'lardaki dinsel amaçla örtünmeye dair kararlara ilişkin olarak yine benzer tartışmanın izlerini görebiliriz. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermesi yetkisini kendisinde gören, özelleştirmeleri siyasal nitelikli gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulan ya da siyasal parti kapatma davalarında barışçıl örgütlenme hakkını değil ideolojik yorumları önceliklendiren içtihatları da aynı yöndeki tartışmaları tetiklemiştir. Ancak bunların hiçbiri, "367 kararı" olarak bilinen ve Cumhurbaşkanı seçiminde toplantı ve karar yeter sayılarının yorumuna ilişkin siyasal ve yargısal tartışmanın yarattığı "geri tepki"yi doğurmadı. Diğer hukuksal ve siyasal tartışma doğuran kararlarında Anayasa Mahkemesi yalnızca eleştiri odağı iken 367 kararı, siyasal iktidarın 2007 Anayasa değişikliği hamlesi ile doğrudan siyasal tepki verilen ve seçmen nezdinde karşılık bulan bir anayasa politikası değişikliğine yol açtı: "halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı". Başka bir anlatımla toplantı karar sayısına bağlı eşğin anayasal yorumu, Türkiye'de hükümet sistemi tartışmalarını ve Cumhurbaşkanı'nın sistem içindeki yerini biçimlendirdi. Halkoyu ile bu konuda yapısal bir değişim sürecinin önünü açtı. Bu konunun ayrıntılarına bu tebliğde yer verilmeyecektir. Ancak 367 kararı, yargısal müdahaleciliğin seçmen desteği yüksek siyasal iktidarlar karşısındaki sınırlarını da göstermiştir.

## (2) Yargısal Uyum Politikası

Anayasa Mahkemesinin ikinci kümedeki yargısal yorum ve yargısal politika tercihi siyasal iktidarların politika tercihleriyle uyumlu, pasif ya da destekleyici davranıştır. Burada, karşılaştırmalı akademik çalışmalarda kimi zaman yargısal sessizleşme kimi zaman siyasal iktidarlarla açık ya da örtülü uyum olarak gözlemlenen durumu Türkiye için de saptayabiliriz. Bu iki tür (açık ya da örtülü uyum) yargısal davranış daha çok yargıçların ideolojik karar alma biçimleri ile bağlantılı bir dizi çalışmaya konu olmuş ve olmaya da devam ediyor. Yargısal sessizleşme ve uyumda normatif analiz ve kanıtlama, siyasal analiz karşısında çoğunlukla etkisini yitirir. Öte yandan yargısal müdahalecilik ile yargısal sessizleşme veya yargısal uyum birbirinin karşıtı durumları temsil etmekle birlikte aynı noktada kesişirler. Hem yargısal aktivizm hem de yargısal uyum veya sessizleşmede mahkemelerin hukuksal belirsizlik ya da aşırı siyasallaşma nedeniyle ya anayasal normativiteden yola çıkmadığını veya çıkamadığını ya da anayasal normativiteyi salt biçimsel ve hukuken hatalı biçimde kullandıklarını gözlemleriz. Döngüsel yorum (*petitio principii*), amaçsal indirgeme, hatalı normatif altlamalar, kanunilik ilkesinin aşırı kullanımı, amaçsal yorumdan uzaklaşma gibi unsurlarla kurumsal-tarihsel tercihlerden sapılır. Yargısal yorum yöntemleri ve hukuksal yorumun maksimleri, yargısal sessizleşme ya da uyumun araçlarına dönüşür ya da amaçlarına uygun düşmeyecek, biçimde veya yanlış şekilde kullanılır.

## (3) Yargısal Stratejiler

Yargısal yorum ve yargısal politika ile etkileşim içindeki en son küme ise yargısal stratejilerdir. Siyasal ve toplumsal önemi fazla, siyasal etkiye açık olan ya da kökleşmiş birtakım ön yargılarla bağlantısı olan ya da kutuplaşmış konularda uygulanan bazı yargısal stratejilere karşılaştırmalı yargısal davranış çalışmalarında son yıllarda daha fazla tanıklık ediyoruz. Burada yerleşik demokrasiler dâhil olmak üzere demokratik gerilemenin ya da demokratik geriye kayışın baskın bir unsur olarak karşımıza çıkışı ve kurumsal dengelerin bozulmasının yargıya etkisi, anayasa yargısına karşı olumsuz tutumun popülist iktidarların yükselişiyle daha belirgin bir hâle gelmesi, siyasetin yetersizlikleri nedeniyle yargısal kararların daha fazla siyasal tartışma odağına dönüşmesi gibi etkenler önem taşımaktadır. Demokrasilerin kalitesindeki gerileme ve yargının kamusal tartışmanın odak noktasına dönüşmesi karşısında, toplumsal ya da siyasal bağlam ve onun yarattığı gerilimlere mahkemelerin bazen klasik yorum

yöntemlerini kullanarak bazen bu yorum yöntemler dışında yargısal politikalar geliştirerek cevap verdiklerini söylemek yanlış olmaz. Söz konusu stratejilerin de dört biçimde ortaya çıktığı söylenebilir.

#### *a. Yargısal Güçlenme*

Bunlardan birincisi, Türkiye bakımından özellikle bireysel başvuru ile birlikte belirginleşen bir stratejidir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular ile daha yoğun ve daha sık şekilde siyasal ve toplumsal önemi fazla olan konulara yanıt verir hâle gelmiştir. Bu durum, Mahkemeyi kamuoyu nezdinde çözüm odaklı bir makama dönüştürmektedir. Ayrıca Mahkemenin hem toplumla hem de bireyle olan bağına güçlendirmektedir. Mahkeme hak temelli ve haktan yana tutum aldığı yargısal yorumlar aracılığıyla ve bunu bir yargısal politikaya dönüştürerek kendine duyulan güveni pekiştirmektedir. Bunun, Mahkeme açısından bir tür “yargısal güçlenme stratejisi” olduğu söylenebilir.

Yargısal güçlenme ve popülerlik, demokratik ve kurumsal dengenin zorlandığı siyasal açıdan hassas ve kutuplaşmış konular ya da dönemlerde mahkemelerin kabul görmesini ve saygınlığını beraberinde getirmeyebilir. Yakın tarihte Anayasa Mahkemesi, yargısal otoritesinin diğer mahkemeler tarafından tanınmadığı, “ters tepme” olarak adlandırılabilir durumlar yaşamıştır. Kamuoyunun gündeminde öne çıkan siyasal öneme sahip bazı gazetecilik davalarında (Şahin Alpay ve Mehmet Altan hakkındaki bireysel başvuru içtihatları) yerel mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin kararlarına direnmesi olarak karşılaştığımız olgu, yargısal güçlenmeye bir karşı koyuş niteliğindedir.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi yargısal güçlenme stratejisinin bir parçası olarak hem bireysel başvuru içtihadında hem de norm denetimine ilişkin içtihadında giderek daha belirgin bir şekilde demokratik toplum düzeninin gereklerine odaklanmaktadır. Bireysel başvuru yolundaki gelişmeler norm denetimi bakımından da etkili olmaktadır. Bu etki, Anayasa Mahkemesinin demokrasiyle olan ilişkisini -özellikle hak eksenli yorum yoluyla- güçlendirecek bir potansiyele sahiptir. Norm denetiminde, sözcüleri, şehirler arası kara yollarında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlememesini öngören kanun hükmünü demokratik toplum düzeni gerekleri bakımından irdeleyen anayasal içtihat söz konusu potansiyelin bir örneğidir. Böylece Anayasa Mahkemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusundaki hak temelli bireysel başvuru içtihatlarını norm denetimine de kurumsal bir tercih olarak yansıtabilmiştir.



Öte yandan Mahkeme, gazetecilerden toplumsal cinsiyet temelli şiddete uzanan ve çok geniş kesimi kucaklayan içtihatları ile yalnızca popüler bir aktör değildir. Aynı zamanda haksızlıkları giderme ve toplumsal güven açısından da potansiyelini ortaya koymaktadır. Söz konusu potansiyelin kaynağı ise yargısal güçlenme stratejisidir. Ancak yargısal güçlenme stratejisi, Mahkeme açısından mutlak ve tutarlı bir ölüntü oluşturmamaktadır. Mahkemenin göreceli bir yargısal güçlenmeyi tercih ettiği söylenebilir. Bu durum, Mahkemenin uyguladığı diğer stratejilerle bağlantılıdır.

### ***b. Yargısal Seçicilik***

Yargısal güçlenmeyi zayıflatan ve göreceli hâle getiren temel strateji, yargısal seçiciliktir. Anayasa Mahkemesi, siyasal açıdan hassas konularda yargısal seçiciliği uygulamaktadır. Yargısal seçicilik, anayasal denetim ya da hak odaklı müdahalecilik durum ve zamana göre kullanıldığında ortaya çıkar. Mahkeme, yargısal seçiciliği kimi zaman hak temelli davranarak (örneğin Barış İçin Akademisyenler konusunda *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* kararı, B. No: 2018/17635, 26/7/2019) kimi zamansa benzer ve karşılaştırmalı örnekler bakımından farklı yargısal yorumları benimseyerek uygulamaktadır.

### ***c. Yargısal Gündemin Yönetimi***

Siyasal açıdan hassas konular ve mega politika davalarında ötelemeler ve yargısal gündemi belirleme stratejisi de diğer bir strateji olarak öne çıkmaktadır. Bazı davaları bekletmek, gündemi oluşturmada öncelik vermek ya da vermemek, özellikle Türkiye açısından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önemli bir etken olduğu için zaman zaman onun yorum ve adımlarını kestirerek ilerlemek bu stratejinin bir parçası olarak görülebilir. Burada Mahkeme siyasal gündemin etkileri ve kamuoyu tartışması karşısında ödünleşmeden yanadır. Fakat yargının yönetim araçları (gündem ya da takvim planlaması vb.) ile süreci belirlemeye çalışmaktadır. Anayasal sistemin gerekleri ve Avrupa Konseyi değerlerini koruyan ve sürdüren bir kurum olmayı yargı yönetimine ilişkin politikası aracılığı ile seçici ve stratejik olarak sağlamaya çalışmaktadır.

### ***d. Yargısal Kararda Oy Dengeleri***

Son olarak gündelik siyasette öne çıkan ve siyasal açıdan hassas konularda özellikle birbirine yakın oy çokluğu ile karar alma ve bazen başkanın oyunun belirleyici olduğu kararlarla karşılaşmamız ve özellikle

karşı oyların artan önemine değinilebilir. Bu örnekler, kimi zaman Anayasa Mahkemesinin yargısal güçlenmesi stratejisine destek olmakta, kimi zaman yargısal uyumla sonuçlanmaktadır.

### *Sonuç*

Anayasa hukuku, siyasal iktidarın sınırlanmasını anayasacılığın özü sayar. Anayasacılığın siyasal ve toplumsal mücadelesi güçlü olanları hukuk aracılığıyla adil olmaya çağırarak ve bunun kayıtlarını, koşullarını koymaktır. Burada, aynı derece önemli olan ve üzerinde daha az durulan bir husus daha var. O da anayasacılık için, siyasal gücün keyfî kullanılmasında adil olanları, adil olma yükümlülüğü taşıyanları ve bunun içinde özellikle anayasa mahkemelerini güçlendirmektir. Anayasa mahkemelerinin hak odaklı anayasal yorumlarıyla uyguladıkları yargısal güçlenme stratejileri bu yönüyle anayasacılığa hizmet ederler. Siyasal güç sahipleri de dahil olmak üzere herkes için kamusal yarar üretirler. Siyasal güce yönelik çağrılardan ve tartışmalardan daha etkili ve olumlu sonuçlar doğurur. Türkiye’de anayasacılığın canlanması için Anayasa Mahkemesinin yargısal yorum ve yargısal politikasını istisnasız biçimde yargısal güçlenme stratejisine dayandırması bu açıdan elzemdir.

Anayasa Mahkememizin 60. yılını tekrar kutluyorum.





## ANAYASAL YORUMLA YASAL YORUM ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*An Assessment on the Similarities and Differences between Constitutional and  
Statutory Interpretation*

Doç. Dr. Oya BOYAR\*

### ÖZ

Bu incelemede anayasal yorum/yasal yorum arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulmasının temel haklar ya da anayasal haklar açısından ne tür sonuçlar doğurabileceği veya bu farklılıkların temel haklarla ilgisi ele alınmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle yorum ve anayasa kavramlarının tanımından yola çıkılarak iki yorum tipi arasında niteliksel ve niceliksel bir fark olup olmadığı incelenmiştir. Birinci bölümdeki inceleme anayasal yorumun kendi yetkisini yorumlayan her organ için bir zorunluluk olduğunu ve çoğunlukla yasal yorumla eş zamanlı olarak gerçekleştiğini ileri sürmektedir. Bu bölümde ayrıca anayasal yorum ve demokrasi ilişkisi ele alınmaktadır. İkinci olarak anayasal yorumun farklı hukuk geçerlilik sistemlerine göre yasal yorumdan ayrılan özelliklerinin olup olmadığı Amerika Birleşik Devletleri örneğinden yola çıkılarak incelenmeye çalışılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri örneği anayasal yoruma etki eden tarihsel ve yapısal faktörlerin ortaya konulması açısından önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasal yorum, yasal yorum, demokrasi, anayasa, anayasal haklar.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, oboyar@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9731-3174.

## **ABSTRACT**

This paper investigates the question of similarities and differences between constitutional and statutory interpretation on the account of their impact on constitutional rights and the relevance of those differences to fundamental rights. Accordingly, first, the question of a distinction between the two types of interpretation, i.e. qualitative and quantitative differences, is addressed on the ground of the definition of the concepts of interpretation and constitution. The review in the first section argues that constitutional interpretation is a requirement for any authority that interprets its mandate, and often occurs simultaneously with statutory interpretation. This section also deals with the relationship between constitutional interpretation and democracy. Secondly, the paper attempts to explore whether constitutional interpretation has features that differ from statutory interpretation according to different legal validity systems, based on the experience of United States of America. The example of the United States of America is significant in terms of revealing the historical and structural factors that affect the constitutional interpretation.

**Keywords:** Constitutional interpretation, statutory interpretation, democracy, constitution, constitutional rights.

## GİRİŞ

“Yorum, antikitenin ve modern zamanların bize bolca bahşettiği büyük modellerin incelenmesiyle öğrenilen bir sanattır. Bu sanatın teorisi konusunda ise o kadar zengin değiliz. Ancak teorinin (isterse en mükemmeli olsun) değeri konusunda da kendimizi kandırmamak gerekir. Yorum sanatı diğer bütün sanatlarda olduğu gibi kurallarla öğretilmez. Ancak büyük ustaların eserlerini okuyarak, onların üstünlüğünün gizemine vakıf olur, bilimin gerektirdiği melekeleri kullanır ve çalışmalarımızı yönlendirmeyi öğreniriz. Ancak deneyimle öğrenilen pratik tavsiyeler verebilir, hatalı yollara işaret edebiliriz. Bu da yorum teorisini diğer sanatlarınkine indirger<sup>1</sup>.”

Anayasal yorum–yasal yorum arasındaki ilişkiler<sup>2</sup> ele alınmadan önce bu incelemede kullanılan bazı kavramlarla ilgili ön açıklama yapmak uygun olabilir. Öncelikle *anayasal yorum/anayasanın yorumu* ve *yasal yorum/yasanın yorumu* ifadelerini birbirinin yerine geçecek şekilde kullanıyoruz. İkinci olarak karşılaştırmalı örneklerin değerlendirilmesinde içsel<sup>3</sup> ve dışsal<sup>4</sup> bakış açılarını birleştiren bir yöntemin esas alınması gerektiğini düşünüyoruz. Başka bir deyişle seçilen karşılaştırma verileri bir yandan Legrand’ın deyişiyle<sup>5</sup> hukuki “zihniyeti” anlamaya hizmet etmeli ancak diğer yandan da Pfersmann’ın önerdiği gibi<sup>6</sup> bütün hukuk sistemlerinde

<sup>1</sup> Savigny, F. C. (1850). *Traité de droit romain*, Tome I, Guenoux C. (Çev.). Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, s. 204. Çevirinin alındığı makale için bkz. Boyar, O. (2020). “Bir Anlama İmkânı Olarak Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 28, ss. 213-253.

<sup>2</sup> Bu ilişkilerim detaylı incelemesi için bkz. Boyar, O. (2021). *Anayasal Yorum Giriş*, İstanbul: On İki Levha Yay.

<sup>3</sup> “Karşılaştırmalı hukukta, farklı düşünce yapılarının oluşturduğu anlam araştırılmaktadır. Legrand’ın deyişiyle ‘zihniyet’ bir hukuk sistemindeki kuralları ve hukuk metinlerini birbiriyle uyumlaştırarak onlara bir anlam verir. Hukukların karşılaştırılması, düşünce yapılarının çoğulculuğunun incelenmesidir. Ya da Constantinesco’nun deyişiyle farklı bir hukuki görüş açısının, farklı düşünce formunun ve farklı değerler kademelenmesinin incelenmesidir. Hukukları karşılaştırmayı fikir yapılarının karşılaştırılması olarak kavradığımızda, o fikri duruma geçmek gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, karşılaştırmacı mümkün olduğunca inceleme konusu hukuk sistemini oluşturan bireylerin bakış açısı doğrultusunda ilerleyen içsel bir perspektif uyarınca, başka bir deyişle hukuk kurallarının katılımcıları için teşkil ettiği normatif boyutu dikkate alarak inceleme yapılmalıdır. Bu içsel perspektif uyarınca karşılaştırmacının a priori bir hukuk tanımı ortaya koymaktan ziyade, her hukuk sisteminin kendi kendisini tanımlamasına izin vermesi gerekmektedir.”, Boyar, O. (2020). s. 232 (referanslar ihmal edilmiştir).

<sup>4</sup> Dışsal bakış açısı ise hukuk sistemlerinin çeşitliliği içinde ulusal hukukların belli kavramlar özelinde objektif olarak tasnif edilmesini gerektirmektedir, bkz. a.g.e. s. 234 (referans ihmal edilmiştir).

<sup>5</sup> Glanert, S. (2012). “Method?” içinde Monateri, P G. (Der.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, s. 73.

<sup>6</sup> Pfersmann, O. (2001). « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale du droit comparé*, S. 2, s. 283, [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2001\\_num\\_53\\_2\\_17976](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976) (Erişim Tarihi: 2/12/2018).

karşılığı olan üst kavramlar temelinde sınıflandırılabilirdir.

Bu bildirinin temel sorusu şudur: Anayasal yorum–yasal yorum arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması, temel haklar ya da anayasal haklar açısından ne tür sonuçlar doğurabilir? Ya da daha doğru bir ifadeyle, anılan farklılık ya da benzerliklerin temel haklarla ilgisi nedir?

Bu soruya iki yönlü cevap verebilmek mümkündür. Öncelikle anayasal yorumla yasal yorum arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların büyük oranda yorum ve anayasa kavramlarını tanımlayış şeklimize bağlı olarak değiştiğini belirtmek gerekir (I).

İkinci olarak anayasal yorumun farklı hukuk geçerlilik sistemlerine göre yasal yorumdan ayrılan özelliklerinin olup olmadığını Amerika Birleşik Devletleri örneğinden yola çıkarak inceleyebiliriz (II).

## I. KURAMSAL KARŞILAŞTIRMA

Yorum ve anayasa kavramlarının tanımlanışından yola çıkılarak anayasal yorumla yasal yorumu karşılaştırmak ve anayasal yorumun kendine özgü bir özelliği olup olmadığını sorgulamak mümkündür.

### A. YORUM KAVRAMININ KARŞILAŞTIRMAYA ETKİSİ

Yorum kavramının farklı tanımlanış biçimleri<sup>7</sup> daha önce incelenmişti<sup>8</sup>. Buna göre yorum terimini üç ayrı şekilde tanımlamak mümkündür.

<sup>7</sup> Troper, M. (1977). "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", içinde *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris: Éditions Cujas, ss. 133-151; Kerchove, M., Ost, F. (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: PUF; Nerhot, P. (1990). "L'Interprétation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative", *Revue de Synthèse*, C. 111, ss. 299-329; Troper, M. (1994) *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris: PUF; Gözler, K. (1998). "Realist Anayasa Teorisi ve Mekanik Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, C. 15, ss. 207-242; Ost. (2001). "Retour sur l'interprétation" içinde *Aux confins du droit*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, ss. 111-133, (Erişim Tarihi: 20/12/2020); Troper, M. (2011). *Le Droit et la nécessité*, Paris: PUF; Pfersmann, O., Timsit, G. (2001). *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris: Publication de la Sorbonne; Pfersmann. (2002). "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation", *Revue française du droit constitutionnel*, C. 50, S. 2, ss. 279-334; Troper, M. (2002). "Réplique à Otto Pfersmann", C. 50, S. 2, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 335-353; Pfersmann, O. (2002). "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie" C. 52, S. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 759-788; Pfersmann, O. (2002). "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation", C. 52, S. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 789-836; Troper, M. (2005). "L'interprétation constitutionnelle" içinde Ferdinand Mélin-Soucramanien (Der.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss.13-21; Pfersmann, O. (2005). "Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution" içinde Ferdinand Mélin-Soucramanien (Ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss. 33-60.

<sup>8</sup> Boyar, O. (2021). s. 32-33.

Öncelikle “yorum” terimini bir normun içerdiği anlamlarının keşfedilmesi, bulunması ya da açıklanması olarak ele almak mümkündür; bu şekilde düşünüldüğünde yorum bir bilme işlemidir<sup>9</sup>. Yorumu bir bilme işlemi olarak ele aldığımızda anayasa metninde yorum öncesinde bir normun bulunduğunu, yorum esnasında da metinde mevcut olan anlamın açığa çıkarıldığını düşünürüz. Savigny tarafından sistemleştirilen dörtlü yorum unsurları (gramatik unsur/mantık unsuru<sup>10</sup>/tarihsel unsur/sistematik unsur) metinde yer alan bu anlamı bulmaya yönelmiştir.

İkinci olarak yorum terimi, hukuk metninde yer alan ifadelerin anlamının belirlenmesi olarak görülüp irade işlemi şeklinde değerlendirilmektedir<sup>11</sup>. Troper ve genel olarak realistlere atfedilebilecek bu görüş, yorumdan önce bir normun var olduğu fikrini reddetmektedir.

Üçüncü olarak yorum “otantik yorumcunun yorum çerçevesinde bulunan farklı anlamlar içerisinde seçim yaptığı, ancak yorum çerçevesinin bilme işlemi vasıtasıyla belirlendiği bir irade işlemi” olarak tanımlanabilir<sup>12</sup>. Bu son tanım Kelsen’in ve Hart’ın hukuk normuna yaklaşım biçimini ortaya koymakta ve yorumun hem bir bilme hem de irade işlemi olduğu fikrine dayanmaktadır.

Şayet yorum bir bilme işlemi olarak ele alınırsa anayasal yorumla yasal yorum arasındaki farkın söz konusu normların içeriğinden yola çıkarak ayırt edilebileceği ifade edilmiştir (1)<sup>13</sup>. Buna karşılık yorum bir irade işlemi olarak tanımlanırsa anayasanın yorumunun yorumcuların sayısı ve yorumcular arasındaki ilişkiye göre farklılık gösterdiği belirtilmektedir (2)<sup>14</sup>.

## 1. İçerik Açısından

Anayasal yorumla yasal yorumun içerik açısından farklılaştığını söyleyen yazarlar farklı argümanlardan hareket edebilirler. Luciani bu argümanları şu şekilde saymaktadır<sup>15</sup>:

<sup>9</sup> Pfersmann, O. (2005). s. 37.

<sup>10</sup> Savigny’deki “mantık unsurunun” yerini Jhering etkisiyle amaçsal unsurun alması konusunda bkz. Boyar. (2021). s. 9.

<sup>11</sup> Troper, M. (2011). *Le droit et la nécessité*, Paris: PUF, s. 155.

<sup>12</sup> Guastini 2004’ten aktaran a.g.e.

<sup>13</sup> Troper, M. (2005). s. 13.

<sup>14</sup> a.g.e. s. 15 vd.

<sup>15</sup> Luciani, M. (2018). « Les fondements théoriques de l’interprétation des normes par le juge constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle (Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie)*, C. 33-2017, s. 497 vd.



- Belirsizlik ya da genellik argümanı: Bu görüş, anayasanın yasalara göre çok daha genel hükümler içerdiği ve bu nedenle yorumlanışının da yasalara göre farklı teknikler gerektirdiği düşüncesi üzerine kuruludur. Ancak yine çok genel nitelikteki yasaların mevcudiyeti karşısında bu argümanın ayırt edici olmaktan uzak olduğu da belirtilmektedir<sup>16</sup>. Bununla birlikte “belirsizlik” ya da “genellik” argümanlarının bir de birazdan anılacak “değer” argümanı ile desteklendiğinde anayasal yorumun tanımlayıcısı hâline geleceği söylenebilir<sup>17</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesinin *McCulloch–Maryland* kararında John Marshall’ın “...anayasayı yorumladığımızı asla unutmamalıyız<sup>18</sup>.” ifadesini kullanmadan önce anayasayla yasa arasındaki detay düzeyinin farklılığından bahsettiği de anımsanabilir.
- Siyasal içerik argümanı: Anayasal yorumun siyasi tercihlerle daha fazla ilgili olduğunu söyleyen görüşler bulunmaktadır<sup>19</sup>. Aslında her yasa, şu ya da bu şekilde bir siyasi tercihin ürünüdür. Dolayısıyla bu görüş belki de anayasal yorum/yasal yorum farklılığını açıklamak üzere kullanılan en zayıf argümanlardan birisini içermektedir.
- Değer argümanı: Bu görüş uyarınca, devlet şeklinde teşkilatlanmış toplumun aksiyolojik düzenini yasalar değil anayasa göstermektedir. Dolayısıyla anayasanın yorumu, yasaların yorumundan farklıdır<sup>20</sup>. Anayasada “eşitlik”, “insan onuru”, “sosyal adalet” gibi kavramlar bulunmaktadır. Bunlar değer yüklü kavramlardır.

Yorumun metindeki anlamını bilme olarak ele alan yazarlardan bazıları ise Savigny’nin dört yorum unsurunun anayasal yoruma da esas olduğunu ama anayasal yorumun “anayasanın üstünlüğü”, “anayasal yorum sonucunda verilen kararların siyasi sonuçları olması” ve yine “anayasa hükümlerinin genelliği” nedeniyle ek bazı teknikleri gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> a.g.e. s. 497 ve Troper. (2005). s. 14.

<sup>17</sup> Pfersmann, O. (2005). s. 34-35.

<sup>18</sup> *McCulloch v. Maryland* 17 US 316 (1819), 6.3.1819, <https://www.archives.gov/milestone-documents/mcculloch-v-maryland> (Erişim Tarihi: 4/4/2022).

<sup>19</sup> Luciani, M. (2018). s. 498.

<sup>20</sup> a.g.e. s. 498.

<sup>21</sup> Delpérée F. (2018). “Les méthodes et techniques de l’interprétation des normes par le juge constitutionnel”, *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, s. 504 vd. [https://www.persee.fr/doc/aijc\\_0995-3817\\_2018\\_num\\_33\\_2017\\_2595](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2595) (Erişim Tarihi: 29.04.2019). Ayrıca bkz. Delpérée, F. (1978). “La Constitution et son interprétation”, içinde

## 2. Yorumcu Açısından

Yorumu irade işlemi olarak tanımlayan yazarlar, anayasal yorumun yorumcuları itibarıyla yasal yorumdan farklılaştığını ifade etmektedirler. Bu doğrultuda anayasanın yorumcusu sadece anayasa mahkemesi değil aynı zamanda anayasanın yetki verdiği durumlarda yasama organı ve yürütme organıdır<sup>22</sup>. Aynı görüş doğrultusunda anayasal yorumla yasal yorum ikisinin de kaldırılabilir olması açısından birbirine benzemektedir: Bu anlayışa göre nasıl ki olağan mahkemelerin yapmış olduğu yasa yorumları, yasa koyucu tarafından kaldırılabiliriyorsa anayasal yorum da kurucu iktidar tarafından kaldırılabilir<sup>23</sup>. Yorumcular arası hiyerarşik unsur her iki yorum tipinde de vardır. Ancak anayasal yorumda anayasal organların birbirleriyle ilişkileri karşılıklıdır. Örneğin cumhurbaşkanının parlamento seçimlerini yenileme yetkisi ya da ilgili anayasalarda sayılan normları referanduma sunma yetkisi anayasal yorum gerektiren karar-normlarla kullanılır. Yasama organı yürütmenin cezai sorumluluğunu gerektiren şartların oluşup oluşmadığını anayasal yorum gerektiren bir karar-normla tespit eder. İşte Troper bu şekilde bir karşılıklı ilişkinin yasal yorumda bulunmadığını söylemektedir.

İradecilere göre anayasal yorumun asıl özelliği, anayasanın ne olduğunu söyleyerek anayasayla diğer hukuk normları arasındaki hiyerarşiyi belirlemesidir<sup>24</sup>. Fransa'da Anayasa Konseyinin 1971 tarihinde vermiş olduğu ve Anayasa'nın "Başlangıç" bölümü ile orada referans yapılan tüm Kanunları anayasallık bloku içinde yorumladığı karar<sup>25</sup>, Amerikan Yüksek Mahkemesinin Amerikan modeli anayasa yargısının esaslarını ortaya koyduğu ve yazılı anayasayla *common law*'u birlikte yorumladığı Marbury-Madison kararı<sup>26</sup> Troper tarafından bu tezi kanıtlamak için örnek verilen kararlardır<sup>27</sup>.

Yorum kavramına bu şekilde yaklaşan hukukçuların, anayasanın yorumcularının sayısının çokluğu ve bunların arasındaki ilişkiye dair

---

Michel Van de Kerchove (Der.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, ss. 187-210, <https://books.openedition.org/pusl/8906> (Erişim Tarihi: 7/4/2022).

<sup>22</sup> Troper, M. (2005). s. 16 vd.

<sup>23</sup> a.g.e. s. 19-20.

<sup>24</sup> a.g.e. s. 23 vd.

<sup>25</sup> Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm> (Erişim Tarihi: 5/4/2022).

<sup>26</sup> *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, 5 US 137 (1803), 24.02.1803.

<sup>27</sup> Troper, M. (2005). ss. 22-23.

saptamaları kuşkusuz çok önemlidir. Ancak bu yaklaşımın asıl önemli sonucu, anayasanın yorum yoluyla tanımlanması sonucuna varmasıdır. Bu durumda şu soru akla geliyor: Hareket edilen anayasa anlayışı, yapılacak yorumu da belirlemez mi?

## B. ANAYASA KAVRAMININ KARŞILAŞTIRMAYA ETKİSİ

Anayasal yorumun niteliği, hareket edilen anayasa kavramından ve içinde bulunulan hukuk geçerlilik sisteminden bağımsız olarak belirlenemeyeceğine göre ikinci olarak “anayasa” ifadesinden ne anlaşıldığını ortaya koymak gerekmektedir. Anayasayı içeriğine göre tanımladığımızda iki yorum arasındaki farklılık niteliksel farklılık hâlini alabilir (1). Buna karşılık anayasayı hukuk sistemi içerisindeki yeri ve işlevi doğrultusunda tanımladığımızda iki yorum arasındaki fark daha çok bir nicelik farkı hâline gelir (2).

### 1. Niteliksel Farklılık Tezi

Anayasa bir yandan devlet organlarının kuruluş, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen, diğer yandan temel hakları koruyan bir norm türü olarak ele alındığında onun yorumunun da yasanın yorumundan farklı olduğunu ileri sürmek mümkündür.

Anayasayı Dworkin gibi temel siyasi ahlak ilkelerini düzenleyen ve bu itibarla da özsel olarak değerli bir metin olarak gördüğümüzü varsayalım. Anayasa söz konusu olduğunda hukuki bütünlük fikri, “ahlaki bir okuma” (*moral reading*) yapmayı gerektirmektedir<sup>28</sup>. Bu açıdan yasaların anayasaya

<sup>28</sup> Dworkin, R. (1996, repr. 2005). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, s. 2: “Bu kitabın bir bütün olarak geniş ve genel bir amacı vardır. Bu kitap, benim ahlaki okuma olarak adlandırdığım biçimde, siyasi anayasayı okuma ve uygulamanın özel bir yolunu göstermektedir. Çoğu anayasa, tıpkı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Birinci Değişikliği'ndeki Kongre'nin 'ifade özgürlüğünü' ihlal eden yasa yapamayacağı hükmünde olduğu gibi, devlete karşı olan bireysel hakları oldukça geniş ve soyut bir dille beyan etmiştir. Ahlaki okuma, -yargıçlar, avukatlar, vatandaşlar- olarak hepimizin, bu soyut hükümleri, siyasi dürüstlük ve adalete ilişkin ahlaki ilkeleri göz önünde bulunduran bir anlayışla yorumlamamızı ve uygulamamızı önermektedir. Örneğin Birinci Değişiklik, 'devletin, vatandaşların söylediklerini ya da yayımladıklarını sansür etmesi yanlıştır' şeklindeki ahlaki ilkeyi tanımakta ve bunu Amerikan hukukunun bir parçası haline getirmektedir. Birinci Değişiklik'in pornografiyi yasaklayan yasaya izin verip vermediği gibi yeni bir anayasal uyumsuzluk ortaya çıktığında bu konu üzerine düşünen insanların, soyut bir ahlaki ilkenin en iyi nasıl anlaşılacağı konusunda karar vermeleri gerekmektedir. [Yorumcular] sansürü yasaklayan ahlaki ilkenin doğru fikrinin, Amerikan hukukuna dâhil edildiği şekliyle pornografi örneğini kapsayıp kapsamadığı konusunda karar vereceklerdir. Ahlaki okuma, siyasi ahlaki anayasa hukukunun kalbine koymaktadır”, çeviri için bkz. Boyar, O. (2021). s. 37-38. Ancak bu ahlaki okuma, yargıçları aynı zamanda siyaset felsefecisi olmaya ittiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Eisgruber, C L. (2006). “Should Constitutional Judges Be Philosophers?”, içinde Herskovitz, S. (Der.), *Exploring Law's Empire*, Oxford: OUP, ss. 5-22.

uygunluğunu denetlerken “en iyi demokrasi” anlayışından hareket edilmelidir: En iyi demokrasi anlayışı da çoğunluk kuralının adil olması üzerine kuruludur<sup>29</sup>. Bu teori uyarınca artık ahlak ilkesi hâline gelmiş anayasal “ilkelerin” metinde bulunan en doğru yorumunu aradığımızdan anayasanın konusunu yasalarinkinden farklı düşünüyoruz demektir<sup>30</sup>.

Anayasayı Mortati ya da Schmitt gibi, anayasa öncesi siyasi ve ahlaki değerler doğrultusunda tanımlıyorsak anayasanın yine bu değerler doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir<sup>31</sup>. Bu anlayış doğrultusunda anayasa metni, anayasayı tek başına tanımlamamaktadır. Bu durumda anayasanın yorumuyla yasanın yorumu arasındaki farklılık anayasa öncesi değerlere yapılan referansın neden olduğu ek belirsizlik dolayısıyla da ortaya çıkabilir<sup>32</sup>. Bu anayasa öncesi “değerler” Schmitt örneğinde olduğu gibi olağanüstü olanı olağan hâle getirebilir, yasayı anayasa ile bir tutabilir ya da anayasayı üstün kılabilir, anayasanın nihai yorumcusunun kim olduğunu da belirsiz hâle getirebilir<sup>33</sup>. Bu yaklaşımın pratik sonucu kurucu iktidarın hukuk dışılığını<sup>34</sup>, sistem içerisinde hatırlatması ve bunu sürekli hâle getirmesidir.

Ancak buradaki temel problem ise kanımızca şu noktada çıkmaktadır: Anayasal yorum, değer yüklü bazı genel ifadelerin yorumcu tarafından ele alınmasını gerektirmektedir. Bu esnada özsel değer veya anayasa öncesi siyasi ilkeler tezini savunan bir yorumcu, anayasayı anlamlandırırken tek başına olduğunu düşünebilir. Kendi yorumunun “doğru” olduğunu ve diğer yorumların yanlış olduğunu düşünebilir. Oysa anayasal yorumun özelliği kaçınılmaz çeşitliliğidir. Mesele ise bu çeşitlilik içinde birliği görmek ve çatışan yorumlar arasında en uzlaşmacı olanı seçmektir. O yüzden belki de yorumlar hakkında “doğru” ya da “yanlış” belirlemesi yapmaya izin veren görüşler yerine, onları geçerli ya da geçersiz yapan görüşlere değinmeliyiz. Bu da bizi niceliksel farklılık tezine götürüyor.

<sup>29</sup> Breyer S. (2006). “Introduction: The International Constitutional Judge”, içinde Hershovitz, S. (Der.), *Exploring Law’s Empire*, Oxford: Oxford University Press, s. 1.

<sup>30</sup> Boyar, O. (2021). s. 64.

<sup>31</sup> Laffaille, F. (2012). « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati - La « zone grise » du droit constitutionnel » *Jus Politicum* Sy. 7, s. 2, [http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7\\_Laffaille\\_PDF.pdf](http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Laffaille_PDF.pdf) (Erişim Tarihi: 2/10/2021).

<sup>32</sup> Boyar, O. (2021). s. 64.

<sup>33</sup> a.g.e. s. 65.

<sup>34</sup> Burada sadece asli kurucu iktidardan bahsedilmektedir.

## 2. Niceliksel Farklılık Tezi

Anayasayı Kelsen gibi norm üretme normu olarak tanımladığınızda ve hukuk dinamiğini normlar hiyerarşisinin her aşamasında norm uygulanması/norm üretilmesi olarak düşündüğünüzde anayasa, dışarıda aranıp bulunması gereken özsel bir değere sahip olarak değil diğer hukuk normlarının oluşum şeklini belirlemesi itibarıyla başka bir deyişle öngördüğü usuller itibarıyla önem kazanır<sup>35</sup>.

*“Kelsen’e göre yargıç bir yargılama esnasında iki tür yorum gerçekleştirmektedir: bunlardan ilki üst düzeyde yer alan normların bilinerek uygulanmasına ilişkin yapılan yorumdur<sup>36</sup> (...). İkincisi, bilinen üst düzey normların gösterdiği “yorum çerçevesi” içerisinde yer alan anlamlardan birisinin seçilmesi anlamında iradi bir faaliyet olarak yorumdur<sup>37</sup> (...)”<sup>38</sup>.*

*“Anayasal yorum, anayasa normlarının ya da anayasaya uygunluğu denetlenen yasal “normların ifade ettiği sözceler bütünüünün anlamının belirlenmesi”<sup>39</sup> ise, yasal yorum, yasa da yer alan sözcelerin anlamlarının belirlenmesidir. Böyle değerlendirildiğinde ikisi arasındaki temel fark, referans alınacak normların sayısının artıp azalmasında kendisini göstermekte ve bu da metot değişimini gerektirecek bir fark oluşturmamaktadır. Bu durumda anayasayı yorumlayan yargıcın takdir yetkisinin yasayı yorumlayan yargıcın takdir yetkisine göre (...) daha geniş olduğundan bahsedilebilir, ancak anayasanın yorumuyla yasanın yorumu arasında niteliksel bir farklılık ortaya çıkmamaktadır<sup>40,41</sup>.”*

Bu kuram aynı zamanda anayasal yorumla yasal yorumun eş zamanlılığını öngörür. Gerçekten de anayasayı son anılan şekilde dinamik yapıda birbirine geçerlilik ilişkisiyle bağlı olan normlardan oluşan hukuk geçerlilik sisteminin en üst düzeydeki pozitif normu olarak tanımladığımızda anayasal yorum, yasaların uygulanması/yorumlanması

<sup>35</sup> a.g.e.

<sup>36</sup> Kelsen, H. (1928). “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du droit public*, ss. 198 vd (197-257). Türkçe çevirisi için bkz. Kelsen, H. (2015). “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)” C. 64, S. 3, Yasin Sönmez (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 855-914.

<sup>37</sup> a.g.e.

<sup>38</sup> Boyar, O. (2021). s. 49.

<sup>39</sup> Pfersmann, O. (2005). s. 37.

<sup>40</sup> Kelsen, H. (2002). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Bonnie Litschewski Paulson, B L. – Paulson, S. (Çev.). Oxford: Clarendon Press, s. 83.

<sup>41</sup> Boyar, O. (2021). s. 65.

sürecinin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuk düzeni içerisinde anayasa kendisinden altta yer alan normların üretim usulünü belirlediğinden yasaların uygulanması/yorumlanması süreci aynı zamanda anayasanın gösterdiği norm üretim esaslarının uygulanması/yorumlanması faaliyetine dönüşür. Bu sistem içerisinde anayasal yorum ve yasal yorum zorunlu olarak eş zamanlıdır ancak aralarında Kelsen'in söylediği gibi niteliksel değil niceliksel bir fark vardır.

Kelsen'in demokrasi anlayışı da çoğunluk kuralının belli bir şekilde yorumuna dayanır: Çoğunluk kuralı, çoğunluk görüşüne katılmayanların anayasal haklarını dikkate aldığı sürece demokratiktir<sup>42</sup>. Bu demokrasi anlayışı, hukuk düzeninin dinamik yapısına ilişkin argümanlarla birleşince karşımıza şu tablo çıkıyor: Norm koyan tüm organlar, anayasanın öngördüğü esaslar dâhilinde, anayasada öngörülen norm üretim usulüne riayet ederek kararlarını vermelidir. Yargı kararları da yargıçların önlerindeki uyumsuzluklar hakkında üretilen normlar olduğuna göre onların da Anayasa'nın norm üretimi için gösterdiği sınırlara dikkat ederek karar vermeleri gerekir. Bu durumda her yasal yorum bir şekilde yargıcın kendi yetkisinin anayasal yorumu hâline dönüşmektedir.

\*

\*\*

Yukarıdaki belirlemeleri 1982 Anayasası'na uyguladığımızda şu gözlemlerde bulunabiliriz:

Yargıtay ve Danıştayın temyiz mahkemesi olduğu yargı kollarında yapılan yasal yorum belli düzeyde bir anayasal yorumu da içermektedir. Bu yargı kollarındaki yargıçlar yetkilerini anayasadan almakta ve anayasanın gösterdiği esaslar dâhilinde karar-normlar üretmektedirler<sup>43</sup>. Dolayısıyla bu yargı kollarında çalışan her düzeydeki yargıcın vermiş olduğu karar, anayasanın bütününün değil ancak kendi norm koyma yetkisinin anayasal yorumudur. Kendi yetkisi de karara bağlayacağı somut dava özelinde somut duruma özgü bir norm koyma yetkisi olduğuna göre Anayasa'da

<sup>42</sup> Kelsen'de çoğunluk kuralı bir yandan çoğunluğun karar alabilmesini, diğer yandan da çoğunluk görüşüne katılmayanların anayasal haklarının anayasa yargısı yoluyla korunmasını içerir ve iki yönlü çalışır, bkz. Kelsen, H. (2004), *La démocratie : Sa nature - Sa valeur*, Eisenmann, C. (Çev.). Paris: Dalloz, 2. Bası, s. 63 vd. Türkçeye iki defa çevrilmiştir: Kelsen, H. (1938). *Demokrasi Mahiyeti-Kıymeti*, Menemencioğlu E. (Çev.). İstanbul: İstanbul Devlet Basımevi; Kelsen, H. (2019), *Demokrasi Doğası-Değeri*, Uysal Y. (Çev.). Ankara: Dost Kitabevi Yay.

<sup>43</sup> Bu yaklaşımın özel hukuk alanında uygulanmasına dair bir inceleme yapmıştık, bkz. Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, özellikle s. 74 vd.

norm koyma yetkisine yönelik getirilen sınırlandırmalar her düzeydeki yargıç için geçerlidir.

Bu doğrultuda yargıç kararını Anayasa'nın 138. ve devamı hükümlerine binaen verirken aynı zamanda norm koyduğu için temel haklar alanında yasa koyucunun tabi olduğu sınırlara tabidir. O sınırların bir bölümü Anayasa'nın 13. maddesinde gösterilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan ölçütlerin en kapsayıcı olanlarından biri kuşkusuz verilen kararın rasyonelliğinin test edildiği ölçülülük ilkesidir<sup>44</sup>. Anayasa'nın 10. maddesi tüm devlet organlarının kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket edeceğini söylemektedir. Anayasa'nın 11. maddesi ise yargıca davasında uygulayacağı normları Anayasa'yla çelişmeyecek şekilde anlamlandırma yükümlülüğünü yüklemektedir. Başka bir deyişle normlar hiyerarşisi kuramı her düzeydeki yargıca, anayasal hakları dikkate alma, ölçülü olma, eşit davranma ve hukuk düzeninin tutarlı olmasını sağlayacak biçimde anayasanın üstünlüğü ilkesine riayet etme zorunluluğu yüklemektedir<sup>45</sup>. Farklı bir ifadeyle her yasal yorum, belli bir düzeyde anayasal yorumu da içerir. Ancak Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu anayasal yorum, tüm mahkemeleri bağlamaktadır (Any, mad. 153). Normlar hiyerarşisi kuramının gerçek anlamı budur.

Anayasa yetki normlarını da içerdiğinden zorunlu olarak daha genel ifadelerle kaleme alınır. Kuşkusuz genel ifadelerle kaleme alınmış yasal normlar da vardır. Ancak yasama organı temel haklar alanında norm koyarken anasadaki hak ve özgürlükleri somutlaştırmakta ve toplum içinde kullanılabilir hâle getirmektedir<sup>46</sup>. Bu anlamda yasa temel haklar alanında zorunlu olarak bir anayasa somutlaştırmasını içerir. Kaldı ki normlar hiyerarşisi uyarınca da yasa anayasaya göre daha somuttur. Dolayısıyla anayasanın yorumcusu, yasanın yorumcusundan daha geniş bir alanda hareket etmektedir. Ayrıca anayasanın yorumcusunun yorumladığı normun yazarı da bulunmamaktadır<sup>47</sup>. Carpentier bu sözlerle, yasayı yapan organın kim olduğunun anayasa tarafından

---

<sup>44</sup> Bu ilke 13. maddede yer alan pek çok ilkeyi, ya ön şart olarak (nedene bağıllık ilkesi gibi) ya da konu itibarıyla (hakkın özüne dokunma yasağı ve liberal haklara ilişkin değerlendirmelerde demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk gibi) ilkeleri kapsamaktadır.

<sup>45</sup> Bobbio benzer sonuçlara iyi bir yargıcın davranış ilkelerinden yola çıkarak varmıştır, bkz. Bobbio, N. (1971). "Le Bon Législateur", *Logique et Analyse*, C. 14, S. 53-54, s. 244.

<sup>46</sup> 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 16. maddesini hatırlayalım: "Hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının belirlenmediği toplumlarda anayasa da yoktur" (vurgu yazara ait).

<sup>47</sup> Carpentier, M. (2020). "L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique?", s. 7 [http://publications.ut-capitole.fr/42453/1/Carpentier\\_42453.pdf](http://publications.ut-capitole.fr/42453/1/Carpentier_42453.pdf) (Erişim Tarihi: 4/4/2022).



belli edilmiş olduğunu oysa anayasanın yapılması (asli kurucu iktidar) için bu şekilde yetkilendirilmiş bir organ olmadığını, dolayısıyla bu düzenlemeleri kaleme alanların niyetini -ya da niyet olarak gösterilen hususları diyelim- tespit etmek gerektiğinde yasal yorum açısından yasama meclisi çalışmaları doğrultusunda inceleme yapılabileceğini, buna karşılık anayasanın yorumlanmasında bu şekilde bir niyet araştırmasının uygun olmayabileceğini ifade ediyor<sup>48</sup>. Aynı doğrultuda Yann Aguila'ya atıfla, anayasa söz konusu olduğunda araştırılması gereken tek niyetin, kurucu iktidarın kaynağı olarak ulusun niyeti olduğunu söylüyor<sup>49</sup>.

Aslında Aguila'nın açtığı bu kapı, ulus iradesini ve bu anlamda demokrasiyi nasıl ele aldığımızı bağlı olarak iki şekilde yorumlanabilir. Bir yandan tıpkı realistlerin söylediği gibi anayasanın yetkiyi yorumcularına verdiği ve yetkili yorumcunun ürettiği yorumun geçerli olduğu anlamına gelebilir. Diğer yandan yeni sorular sordurabilir: Anayasanın yorumcusu ulus adına her şekilde karar verebilir mi? Anayasa yargıcının açısından yukarıda tüm yargıçlar için sayılan anayasal hakları dikkate alma, ölçülü olma, eşit davranma ve hukuk düzeninin tutarlı olmasını sağlayacak biçimde anayasanın üstünlüğü ilkesine riayet etme zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı ilkeler norm koyan diğer anayasal organlar için de geçerlidir<sup>50</sup>.

Yukarıdaki saptamalar, yazılı anayasa sistemini kabul eden ülkeler için şu ya da bu şekilde geçerli olabilir. Ancak farklı hukuk geçerlilik sistemlerinin anayasal yorum konusunda kendilerine özgü yönleri de bulunabilir.

## II. BİR YORUM FARKLILAŞMASI ÖRNEĞİ

Bu bölüme kadar yapılan incelemede yazılı anayasayı kabul eden ve Avrupa modelinde anayasa mahkemesi oluşturmuş olan sistemleri dikkate aldık. Bunun temel nedeni kendimizin de böyle bir hukuk sistemi içerisinde bulunması idi.

Buna karşılık yorum ve özellikle anayasanın yorumu konusunda çalışan bir kimsenin ister istemez Amerika Birleşik Devletleri örneğini de incelemesi gerekmektedir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, anayasal

<sup>48</sup> a.g.e. ss. 7-8.

<sup>49</sup> a.g.e.

<sup>50</sup> Bobbio da yargıcın davranış ilkelerini iyi yasa koyucunun davranış ilkelerinden çıkarmıştı. Ancak Bobbio'nun iyi yasa koyucunun ve iyi yargıcın özellikleri arasında saydığı ancak bizim bu incelemede anmadığımız bir ilke daha var. O da "tekrara düşmeme" ilkesidir. Bu ilke uyarınca iyi yasa koyucu ve iyi bir yargıç "söylemesi gerekeni söyler, ne bir eksik ne de fazla", bkz. Bobbio, N. (1971). ss. 244-245.



yorum tartışmalarının bu ülkede Avrupa'ya nazaran daha önce başlamış olmasıdır. İkinci olarak ABD örneği, anayasal yorumla yasal yorumun niteliksel olarak farklılaştığı bir örnek olması itibarıyla, bu farklılıkları inceleyen bir kişi tarafından mutlaka ele alınmalıdır. Aslında içinde bulunduğumuz hukuk sistemi ve anayasa yargısı modeli bu hukuk sisteminden ileri ölçüde farklılaşmıştır. Ancak hermenötik ya da kabaca tarihsel model, bu farklılıklardan yola çıkarak kendi hukuk sistemimizi daha iyi anlamaya hizmet edebilir<sup>51</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde "orijinalizm" ya da "yaşayan anayasa" şeklindeki yorum yaklaşımlarının anayasanın yorumu konusunda ortaya çıkmış olması tesadüf değildir. Aslında kurucu iktidarın niyetine uygunluktan (*intentionalism*), anayasa metninin yazıldığı dönemin diline uygun bir metinselciliğe (*textualism*) uzanan değişik formlarıyla orijinalizm, anayasal yorumun doğasına -ya da ne olduğuna- ilişkin bir belirleme yapmamaktadır<sup>52</sup>.

Bu ülkenin Anayasa'sı hem çok eski hem de çok çerçeve bir metindir. ABD'de anayasanın anlamlandırılması konusunda bu kadar tartışılmasında bu iki faktörün etkisi olabilir<sup>53</sup>. Greenawalt bu iki özelliğe bir de Anayasa'nın katılığını da eklemektedir<sup>54</sup>. Buradaki hermenötik soru ise şudur: ABD Anayasası 18. yüzyılda kabul edildiği dönemdeki "amaç" ya da "dil" doğrultusunda mı anlamlandırılacak? Dolayısıyla kolonilerin oluşturmuş olduğu anayasal konsensüs bu şekilde mi korunacak? Yoksa iki yüzyıl öncesinin terim ve amaçlarıyla bugünün ihtiyaçlarını bağdaştırmak mı gerekir? ABD'de anayasanın yorumlanmasının bu iki görüşün "kırılğan bir sentezini" oluşturduğu iddia edilmiştir<sup>55</sup>.

ABD'de özellikle federal düzeyde anayasal yorumun yasal yorumdan farklılaştığı ifade edilmekte, bunun nedeni de federal anayasanın oldukça katı olmasına bağlanmaktadır<sup>56</sup>. Farklılaşmanın Amerikan Yüksek Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetiminde verdiği kararlarda emsal karar teşkil eden içtihadını kaldırma konusunda daha cesur

---

<sup>51</sup> Boyar, O. (2020). s. 230.

<sup>52</sup> Carpentier, M. (2020). s. 7.

<sup>53</sup> Troper, M. (2005). s. 21.

<sup>54</sup> Greenawalt, K. (2004). "Constitutional and Statutory Interpretation" içinde Jules Coleman, Scott J. Shapiro (Der.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, ss. 289-290.

<sup>55</sup> Ackerman, B. (2007). *The Faillure of the Founding Fathers - Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge : Harvard University Press, s. 6.

<sup>56</sup> Troper, (2005). s. 21.

olabilmesi, buna karşılık yasal yorumda emsal kararlara sıkı biçimde riayet etmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Buna karşılık anayasaları daha kolay değiştirilebilen federe devletler, kararları kurucu iktidar tarafından rahatlıkla aşılabileceği için emsal kararlara riayet etmektedirler<sup>58</sup>. Yüksek Mahkemenin Marbury-Madison kararı da aslında Federal Anayasa'nın katılığını ve bu katılığın nedenini vurgulamaktadır:

*“Buradaki sorun, anayasaya aykırı olan bir işlemin, ülkenin hukuku haline gelip gelemeyeceğidir. (...) Burada karar vermek için sadece uzun süredir uygulanan ve yerleşmiş olan ilkeleri gözönünde bulundurmak gereklidir. Halkın gelecekteki yönetimler için kendi mutluluğunu sağlayacak ilkeleri kurma orijinal hakkına sahip olması, tüm Amerikan dokusunun üzerine inşa edeceği temeli oluşturur. Bu şekilde kabul edilen ilkeler temel addedilir. Bu ilkelerin doğduğu irade yüce olduğundan ve nadiren ortaya çıktığından, söz konusu ilkeler kalıcı olarak düzenlenmiştir<sup>59</sup>.”*

Ancak bu saptamalar Amerikan Yüksek Mahkemesinin emsal kararlara uymadığı anlamına gelmemektedir<sup>60</sup>. Sadece yasal yoruma göre daha esnek bir uygulamanın olduğu söylenebilir. Nitekim son dönem Federal Yüksek Mahkemesinin, insan onuru ve bireysel özerklik üzerine en önemli içtihatlarından biri olan *Roe-Wade*<sup>61</sup> kararından da dönebileceği tartışılmaktadır<sup>62</sup>.

ABD'de Federal Anayasa'nın çerçeve bir metin olması itibarıyla da yazılı anayasa yanında bir de yazılı olmayan anayasanın var olduğu ileri sürülmektedir. Belz bu konuda şu saptamayı yapıyor:

*“Her ne kadar yazılı anayasa yazılı olmayan İngiliz anayasasına tepki olarak ortaya çıkmışsa da yazılı olmayan anayasanın yazılı temel hukuka<sup>63</sup> zorunlu olarak aykırı olmadığı yönünde bir anlayış vardır. Yazılı anayasanın yasalar, kararnameler (executive orders), yargı*

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

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

<sup>59</sup> U.S. Reports Volume 5 (1 Cranch) (1801-1803) 175 (vurgular yazara ait). Çeviri için bkz. Boyar, O. (2021). ss. 95-96.

<sup>60</sup> Rosenfeld, M. (2004). “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts”, *I-CON*, C. 2, S. 4, ss. 636-637.

<sup>61</sup> *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), 22.01.1973.

<sup>62</sup> Gersen, J. S. (2022). “If *Roe v. Wade* is overturned, What's Next?”, *The New Yorker*, 17.04.2022, <https://www.newyorker.com/magazine/2022/04/25/if-roe-v-wade-is-overturned-whats-next> (Erişim Tarihi: 20/4/2022).

<sup>63</sup> Burada kastedilen Anglo-Sakson sistemindeki “fundamental law’dur.

kararlarıyla yapılandırılması yazılı anayasanın anlamını oluşturur. Bu yapı, birleştirilmiş olmadığı için “yazılı olmayan” ancak uygulamada olan temel hukuk olarak düşünülebilir. Bu yapı ve yorumlar çeşitlendikçe başlangıçtaki metinle bağımlılık azalır ve bir noktada yeni bir biçimde isimlendirilir. Yazılı anayasanın karşı-anlamıyla yazılı olmayan anayasa olarak adlandırılır ve böylece yargı kararlarıyla gelişmiş İngiliz anayasal tarihine benzer bir gelişim göstermiş olur<sup>64</sup>.”

Bu yazılı olmayan anayasa, ABD’nin *common law* kökenlerinden doğmakta ve Schweber tarafından ifade edildiği şekliyle belli eyaletlerde diğerlerine göre daha güçlü bulunmaktadır<sup>65</sup>. Bu durum eyalet farkının da yoruma etkisi olduğunu gösteriyor. Daha doğru bir ifadeyle ABD’de yargıç, kendi yetkisini federal devlet-federe devlet arasındaki yetki paylaşımı açısından da yorumlamaktadır.

\*

\*\*

ABD’deki anayasal yorum/yasal yorum farklılığının incelenmesi şu hususları ortaya koymaktadır:

Anayasal yorumu etkileyen pek çok faktör vardır. Devlet biçimi, içinde bulunulan hukuk sistemi, benimsenen anayasa yargısı modeli, anayasaların katılığı, detaylı olup olmaması, yapılış koşulları ve eski ya da yeni olmaları anayasaların yorumunu etkilemektedir.

*Common law* sistemi, yargıç yarattığı bir hukuku öngörmesine rağmen emsal karar uygulamasının olması anayasal yorumla yasal yorumu birbirine yaklaştırmaktadır. Ancak Troper, Yüksek Mahkemenin anayasal yorum söz konusu olduğunda emsal kararlardan ayrılabilmediğini söylüyordu. Troper’in bu açıdan verdiği örnekse *Planned Parenthood* kararıydı<sup>66</sup>. Görüldüğü gibi anayasal yorum tartışmaları, Dworkin’in “hard cases” olarak isimlendirdiği<sup>67</sup>, “üzerinde uzlaşmaya varılmamış”

---

<sup>64</sup> Belz, H. (1998). “Written constitutionalism as the American Project”, *A Living Constitution or Fundamental Law - American Constitutionalism in Historical Perspective*, Rowman & Littlefield, § 20, <https://constitution.org/1-Constitution/cmt/belz/lcfl.htm> (Erişim Tarihi: 4/2/2020). Çeviri için bkz. Boyar, O. (2021). s. 93.

<sup>65</sup> Schweber, H. (2018). “Constitutional Judgement”, içinde Orren, K. - Compton J W (Ed.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 340. Schweber bunun nedenini kölelik geçmişine bağlıyor. Boyar, *Anayasal Yorumla Giriş*, s. 61.

<sup>66</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert P. Casey*, 505 US 833, 29.06.1992.

<sup>67</sup> Dworkin, R. (1975). “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, C. 8, S. 6, ss. 1057-1109.

konularda ortaya çıkıyor. Bugün de *Roe* kararının bütünüyle aşıp aşılmayacağı tartışılıyor. Detaylı düzenlemeler içermeyen çerçeve bir anayasayı kabul etmiş sistemde, içtihadi olarak anayasaya uygunluk denetimi gelişmiş olsa bile mahkeme çoğunluğunun değişimine göre emsal kararlar vesilesiyle tanınmış haklar da ortadan kalkabiliyor. “Judicial activism”(yargısal aktivizm) eleştirisi de hatırlanacağı üzere *Griswold v. Connecticut* kararının verilmesi üzerine çıkmıştı<sup>68</sup>.

Bu örnekler bize “Anayasal Yorum” başlığı altında tartışılan konuların aslında metoda ilişkin olmadığını, anayasanın ne olduğu konusunda bir ayrışmaya dayandığını anlatıyor. Bu ayrışma özgürlük-demokrasi-anayasa ilişkisinin nasıl kurulduğuna ilişkin olarak ortaya çıkıyor. Özgürlüğü insanların başka insanlarla beraber kendi kararları doğrultusunda yaşamaları olarak tanımlıyorsak anayasal haklar söz konusu olduğunda bir toplum içerisinde ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarını dikkate alarak ve onları dikkate aldığımızı da göstererek karar vermeye çalışabiliriz. Bu durumda çoğunluk kuralı adil de olur. Anayasal hakların ne olduğu ve nasıl korunması gerektiğine dair diğer yorumları yok saymak ise çoğunluk kuralının demokratik olmayan ve aynı zamanda anayasaya aykırı olan bir yorumu olur.

Özgürlük-demokrasi-anayasa üçlüsünü birbirine bağlayan başlıca kurum olan Anayasa Mahkemesinin 60. yılı kutlu olsun.

---

<sup>68</sup> Vroom, C. (2018). “Etats-Unis”, *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, ss. 265-305 vd. [https://www.persee.fr/doc/aijc\\_0995-3817\\_2018\\_num\\_33\\_2017\\_2584](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2584) (Erişim Tarihi: 7/3/2022).

## KAYNAKÇA

- ACKERMAN, Bruce (2007). *The Faillure of the Founding Fathers - Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge : Harvard University Press.
- BELZ, Herman (1998). "Written constitutionalism as the American Project", *A Living Constitution or Fundamental Law - American Constitutionalism in Historical Perspective*, Lanham: Rowman & Littlefield, <https://constitution.org/1-Constitution/cmt/belz/lcfl.htm> (Erişim Tarihi: 4/2/2020).
- BOBBIO, Norberto (1971). "Le Bon Législateur", *Logique et Analyse*, C. 14, S. 53-54, ss. 243-249.
- BOYAR, Oya (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BOYAR, Oya (2020). "Bir Anlama İmkânı Olarak Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 28, ss. 213-253.
- BOYAR, Oya (2021). *Anayasal Yorumla Giriş*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BREYER, Stephen (2006). "Introduction: The International Constitutional Judge", içinde Hershovitz, S. (Der.), *Exploring Law's Empire*, Oxford: Oxford University Press, ss. 1-4.
- CARPENTIER, Mathieu (2020). "L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique?", s. 7, [http://publications.ut-capitole.fr/42453/1/Carpentier\\_42453.pdf](http://publications.ut-capitole.fr/42453/1/Carpentier_42453.pdf) (Erişim Tarihi: 4/4/2022).
- DELPÉRÉE, Francis (1978). "La Constitution et son interprétation", içinde Michel Van de Kerchove (Ed), *L'interprétation en droit*, Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, ss. 187-210, <https://books.openedition.org/pusl/8906> (Erişim Tarihi: 7/4/2022).
- DELPÉRÉE, Francis (2018). "Les méthodes et techniques de l'interprétation des normes par le juge constitutionnel", *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, ss. 502-509, [https://www.persee.fr/doc/aijc\\_0995-3817\\_2018\\_num\\_33\\_2017\\_2595](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2595) (Erişim Tarihi: 29/4/2019).
- DWORKIN, Ronald (1975). "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 8, n. 6, ss. 1057-1109.
- DWORKIN, Ronald (1996, repr. 2005). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

- EISGRUBER, Christopher L. (2006). "Should Constitutional Judges Be Philosophers?", içinde Hershovitz, S. (Der.), *Exploring Law's Empire*, Oxford: Oxford University Press, ss. 5-22.
- GERSEN, Jeannie Suk. "If Roe v. Wade is overturned, What's Next?", *The New Yorker*, 17.04.2022, <https://www.newyorker.com/magazine/2022/04/25/if-roe-v-wade-is-overturned-whats-next> (Erişim Tarihi: 20/4/2022).
- GLANERT, Simone (2012). "Method?", *Methods of Comparative Law*, Pier Giuseppe Monateri (Ed), Cheltenham, UK: Edward Elgar, ss. 61-81.
- GÖZLER, Kemal (1998). "Realist Anayasa Teorisi ve Mekanik Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, C. 15, ss. 207-242.
- GREENAWALT, Kent (2004). "Constitutional and Statutory Interpretation" içinde Coleman, Jules – Shapiro, Scott J. (Ed), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, ss. 269-310.
- KELSEN, Hans (1928). "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *Revue du droit public*, ss. 197-257.
- KELSEN, Hans (1938). *Demokrasi Mahiyeti-Kıymeti*, Menemencioglu E. (Çev.). İstanbul: İstanbul Devlet Basımevi.
- KELSEN, Hans (2002). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Bonnie Litschewski Paulson, B L. – Paulson, S. (Çev.). Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, Hans (2004). *La démocratie : Sa nature - Sa valeur*, Eisenmann, C. (Çev.), 2. Bası, Paris: Dalloz.
- KELSEN, Hans (2015). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)" C. 64, S. 3, Yasin Sönmez (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 855-914.
- KELSEN, Hans (2019), *Demokrasi Doğası-Değeri*, Uysal Y. (Çev.). Ankara: Dost Kitabevi Yay.
- KERCHOVE, Michel v d. - OST, François (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: PUF.
- LAFFAILLE, Franck (2012). « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati - La « zone grise » du droit constitutionnel » *Jus Politicum* n. 7, s. 2, [http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7\\_Laffaille\\_PDF.pdf](http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Laffaille_PDF.pdf) (Erişim Tarihi: 2/10/2021).

- LUCIANI, Massimo (2018). « Les fondements théoriques de l'interprétation des normes par le juge constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle (Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie)*, C. 33-2017, ss. 495-501.
- NERHOT, Patrick (1990). "L'Interprétation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative", *Revue de Synthèse*, Vol. 111, ss. 299-329.
- OST, François. (2001). "Retour sur l'interprétation" içinde *Aux confins du droit*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, ss. 111-133, <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:91627> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- PFERSMANN, Otto, TIMSIT, Gérard (2001). *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris: Publication de la Sorbonne.
- PFERSMANN, Otto (2001). « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale du droit comparé*, n. 2, s. 275-288, [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2001\\_num\\_53\\_2\\_17976](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976) (Erişim Tarihi: 2/12/2018).
- PFERSMANN, Otto (2002). "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation" (2002) *Revue française du droit constitutionnel*, Vol. 50, n. 2, ss. 279-334.
- PFERSMANN, Otto (2002). "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation", Vol. 52, n. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 789-836.
- PFERSMANN, Otto (2002). "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie" Vol. 52, n. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 759-788.
- PFERSMANN, Otto (2005). "Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaitre. L'interprétation de la Constitution" içinde Ferdinand Mélin-Soucramanien (Ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss. 33-60.
- ROSENFELD, Michel (2004). "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts", *I-CON*, C. 2, S. 4, ss. 633-668.
- SAVIGNY, F Carl (1850). *Traité de droit romain*, Tome I, Guenoux C. (Çev.). Paris: Librairie de Firmin Didot Frères.
- SCHWEBER, Howard (2018). "Constitutional Judgement", içinde Orren, K. - Compton J W (Der.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 331-359.

- TROPER, Michel (1977). "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", içinde *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris: Éditions Cujas, ss. 133-151.
- TROPER, Michel (1994) *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris: PUF.
- TROPER, Michel (2002). "Réplique à Otto Pfersmann", Vol. 50, n. 2, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 335-353.
- TROPER, Michel (2005). "L'interprétation constitutionnelle" içinde Ferdinand Mélin-Soucramanien (Der.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss. 13-21.
- TROPER, Michel (2011). *Le Droit et la nécessité*, Paris: PUF.
- VROOM, Cynthia (2018). "Etats-Unis", *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, ss. 265-305 vd. [https://www.persee.fr/doc/aijc\\_0995-3817\\_2018\\_num\\_33\\_2017\\_2584](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2584) (Erişim Tarihi: 7/3/2022).







## NORM DENETİMİ BAKIMINDAN OTORİTE ÖZGÜRLÜK SARMALINDAKİ TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YORUM YÖNTEMLERİNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK\*

### GİRİŞ

Anayasa yargısı, Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın denetim anlayışıyla ve içtihat yoluyla başlamıştır. Bu başlangıca anayasa yargısının ilk evresi denilebilir. İkinci evre, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Kıta Avrupası'nda otoriter rejimlerden kurtulan devletlerin anayasalarında anayasa mahkemesine yer vermelerine denk gelmektedir. İkinci evrede Avusturya, İtalya, Almanya anayasa mahkemelerini kurmuşlardır. Bu devletlerin ardından Fransa, 1958 Anayasası'yla Fransız Anayasa Konseyini kurmuştur. Fransız Anayasa Konseyi siyasi yönü ağır basan bir yapı olarak kurulmuştur ve başlangıçta onu bir yargı organı olarak değerlendirmek oldukça güçtür. Türk Anayasa Mahkemesi de bu devletlerin ardı sıra anayasa yargısının oluşum evresinin ikinci döneminde kurulmuştur. Siyasi niteliğinden dolayı Fransız Anayasa Konseyi bir tarafa bırakılırsa Türk Anayasa Mahkemesi dünyadaki dördüncü anayasa mahkemesidir. 1962 yılından bu yana görev üstlenen Mahkeme, bu yönüyle dünyadaki en tecrübeli anayasa mahkemelerinin başında gelmektedir.

Mahkeme, 1961 ve 1982 Anayasası dönemleri olmak üzere iki anayasal dönemde çalışmalarını sürdürmüştür. 2010 Anayasa değişikliğine kadar yetki ve görevler bakımından her iki dönemde de önemli farklılıklar bulunmamaktadır. Ancak Mahkemenin kuruluş şeması (üyelerin Mahkemeye atanma şekilleri) ve her iki Anayasa'nın farklı hak ve özgürlükler rejimi kısmen de olsa bazı kararlarda Mahkemenin yaklaşımını ayırtmıştır.

2010 Anayasa değişikliği Türk Anayasa Mahkemesini üçüncü bir döneme kavuşturmuştur. Bireysel başvuru mekanizması Anayasa Mahkemesini dönüştürmüştür. 2010 Anayasa değişikliğiyle birlikte

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, omgedik@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8296-6639.

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisine giren dava türleri “norm temelli denetim” ve “olay temelli denetim” şeklinde ikiye ayrılarak tasnif edilebilir<sup>1</sup>. Kanunların doğrudan Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi norm temelli denetimi oluştururken somut olayların Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi olay temelli denetimdir. Dolayısıyla norm temelli denetime “iptal ve itiraz davaları”, olay temelli denetime ise “siyasi parti kapatma davası”, “dokunulmazlığın kaldırması ve milletvekilliğinin düşmesi durumlarında iptal davası”, “Yüce Divan yargılaması” ve “bireysel başvuru davası” girmektedir<sup>2</sup>.

Bu çalışmada temel amaç, Anayasa Mahkemesinin altmış yıllık norm temelli denetim içtihadını yorum yöntemleri çerçevesinde ana hatlarıyla ele almaktır. İlk önce Anayasa Mahkemesinin yaklaşımından hareketle Mahkemenin dönüşümü incelenecek, daha sonra yorumun sınırlarına ilişkin Anayasa Mahkemesinin tavrı ele alınacak, son olarak Anayasa Mahkemesinin klasik yorum yöntemlerine ilişkin tercihlerinde ortaya çıkan sorunlara ilişkin bazı gözlemlerden bahsedilecektir.

## I. ANAYASA MAHKEMESİNİN KOPUŞ VE SÜREKLİLİK İKİLEMİNDEKİ İKİ ANAYASALI SERÜVENİNİN HAK TEMELLİ ÜÇÜNCÜ DÖNEME EVRİLMESİ

Türk Anayasa Mahkemesi kurulduğu günden itibaren yargılama faaliyetini farklı iki anayasal dönemde sürdürmüştür. Asli kurucu iktidarın değil ama tali kurucu iktidarın dönüştürücü katkısıyla bir üçüncü dönemi de eklemek mümkün. 2010 ve 2017 Anayasa değişiklikleri Mahkemenin denetim alanını genişletmiş, yeni yetkiler tanımış ve Mahkemeyi demokratik meşruluk açısından yeniden yapılandırmıştır<sup>3</sup>.

1961 Anayasası’ndan 1982 Anayasası’na geçilen süreçte farklı anayasal tecrübeler, farklı anayasa yargısı yaklaşımını doğurmuştur. Zira her iki

---

<sup>1</sup> İncoğlu, S. (2013). “Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS’a Uyum İşığında Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, C. 30, S. 1, s. 83.

<sup>2</sup> Eren, A. (2016). “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, s. 243.

<sup>3</sup> 2010 Anayasa değişikliğiyle birlikte Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, görev ve yetkileri yeniden ele alınmıştır. Bu çerçevede üye sayısı 11’den 17’ye çıkarılıp üye sayısında nicelik olarak genişlemeye gidilmiştir. Bu üyelerin seçimine TBMM’nin de katılımı sağlanmıştır. Kuşkusuz bu durum Mahkemenin oluşum sürecindeki demokratik meşruiyetini artıran bir husustur. Mahkemeye mevcut görevlerinin yanında bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi de verilmiştir. 2017 değişiklikleriyle de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa’ya uygunluğunun yargısal denetimi görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Ayrıca Anayasa değişiklikleriyle Mahkemenin Yüce Divan yargılamasında yargılanacak kişiler bakımından yetkileri genişletilmiştir.

anayasa farklı kurucu iktidarlar tarafından kaleme alınmıştır<sup>4</sup>. Kuşkusuz kurulu bir iktidar olan Anayasa Mahkemesi yetki ve meşruiyetini 1982 Anayasası kurucu iktidarının iradesinden almaktadır. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni bir anayasal sistem, bu anayasanın oluşturduğu yeni organlar ve yeni hukuksal otoriteler kurulmuştur. Dolayısıyla 1982 Anayasası kurucu iktidarının iradesinin ötesinde herhangi bir yetki kullanımı "*anayasa dışı*" olarak nitelendirilir. Pozitif hukuksal bağlayıcılığı kalmayan 1961 Anayasası'ndan ve bu dönemde verilen Anayasa Mahkemesi kararlarından "*tarihsel analiz*" çerçevesinde yardımcı bir kaynak olarak yararlanılması mümkündür<sup>5</sup>. Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası'nın ilk uygulama yıllarında 1961 Anayasası ve bu dönemin hukuk uygulamaları için benzer yaklaşımda bulunmuştur.

Mahkeme, 1982 Anayasası uygulamasının erken döneminde verdiği bir kararında<sup>6</sup> "*...yeni bir Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra karara bağlanacak davalarda bu Anayasa hükümlerinin, Anayasaya aykırılık denetiminde ölçü olarak ele alınmaları, tüm hukuk kurallarının bu Anayasa hükümlerine uygun hale getirilmeleri gerektiğinde kuşku yoktur... Aksi halin kabulü, yürürlükte olmayan bir Anayasanın varlığını sürdürdüğü sonucunu doğurur ki, elbette bu sonuç, Anayasanın üstünlüğü ilkesine ve kamu düzeni düşüncesine aykırı düşer.*" ifadelerini kullanmaktadır. Benzer yaklaşım sonraki dönem kararlarına da yansımaktadır. Mahkemenin 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>7</sup>, 1961 Anayasası döneminde verilen kararların bağlayıcılığının olmadığı açıkça dile getirilmiştir: "*1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalara göre verilen kararlar, 'yokluk' ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz.*"

Kurucu iktidarın farklı oluşuna rağmen Anayasa Mahkemesi, kimi zaman, kararlarında her iki anayasal dönemde de benzer sorunlar karşısında benzer sonuçlara ulaşmıştır. Bu kararlarda 1961'den 1982 Anayasası'na bir süreklilik varmış gibi gözükse de derinlemesine incelendiğinde yaklaşım farkı göze çarpmaktadır. Örneğin Mahkeme,

---

<sup>4</sup> Gedik, Ö. (2013). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, s. 148.

<sup>5</sup> Can, O. (2007). "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", *AÜSBFD Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, C. 62, S. 3, s. 112.

<sup>6</sup> AYM, E.1981/13, K.1983/8, 28/4/1983.

<sup>7</sup> AYM, E. 2007/72, K. 2007/68, 5/7/2007.

hem 1961 Anayasası döneminde hem de 1982 Anayasası döneminde tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerini esas bakımından denetime tabi tutmuştur<sup>8</sup>. Şekli açıdan bakıldığında Mahkemenin içtihadını sürdürdüğü ve bir tutarlılık içinde hareket ettiği düşüncesi oluşabilir. Ancak kararların içeriği incelendiğinde 1961 Anayasası döneminde 1971 değişiklikleri sonrasında anayasa değişikliklerini esastan inceleyerek verdiği üç iptal kararında Mahkeme'nin, bu aktivist tutumunu temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla gerçekleştirdiği ileri sürülebilir. Dolayısıyla 1961 Anayasası döneminde özellikle 1971 değişiklikleri sonrasında anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin kendisinde var olduğu yönünde içtihat geliştirirken, gerekçeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Mahkemenin hak temelli yorum yöntemini kullandığı iddia edilebilir. Zira Mahkeme anayasa değişikliklerini anayasaya aykırı bularak iptal ederken yorumunda merkeze başta “demokratik hukuk devleti” ilkesini koyarak hareket etmiştir<sup>9</sup>. Ayrıca aynı kararlarda “insan haklarına dayanan devlet” ilkesini de önclemiştir<sup>10</sup>. 1982 Anayasası döneminde de<sup>11</sup> Anayasa

<sup>8</sup> Bu kararlarla ilgili ayrıntılı bir tartışma için bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2010). “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Aykırı İchtihadı”, *Liberal Düşünce*, C. 15, S. 57- 58, ss. 61-68.

<sup>9</sup> “Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da açıklandığı üzere hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Aslında yargı denetimi, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasa'ya uymayan bir yönetimi, bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir. İtiraz konusu kural, her türlü denetimi ve özellikle yargı denetimini ortadan kaldırmakta, hâkimleri hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır. Hâkimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikâyete uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hâkim, Yüksek Hâkimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hâkim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulmaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer.” Bkz. AYM, E.1976/43, K.1977/4, 27/01/1977.

<sup>10</sup> Yancı Özalp, N. (2018). *Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 123.

<sup>11</sup> AYM 1982 Anayasası döneminde 2008 yılına kadar vermiş olduğu üç kararında 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin lafzına sadık kalarak esas bakımından denetimden uzak durmuştur. 1987 yılında verilen ilk kararın gerekçesi oldukça sadedir. Mahkeme şekil ve esas bakımından denetimi çok kısaca açıklayarak 148. maddeye atfı yapmış esasa girmeden talebi reddetmiştir. “Esasla ilgili olarak yapılan uygunluk denetimi; bir kanunun, kanun hükmünde kararname ya da içtüzük kuralının, Anayasa ile çelişen bir yönü olup olmadığı araştırılmasıdır. Şekil bakımından denetim, bu tür mevzuâtın Anayasa ve içtüzükte öngörülmesi bulunan usul ve şekil kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadığı hususlarının denetimidir; Zira, herhangi bir hukuk kuralı ancak Anayasasının öngördüğü ya da Anayasaya uygun hukuk kurallarının müsaade ettiği usullere göre konulabilir. Biçim kuralı; bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütünüdür ifade eder. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasasının 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların

Mahkemesi tali kurucu iktidarın gerçekleştirdiği Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye devam etmiştir. 2008 ve 2010 yıllarında verdiği kararlarında “içerik denetimine girerek yetki alanını genişleten bir yargısal aktivizm” ortaya koymuştur<sup>12</sup>. Özellikle 2008’deki aktivizminin “ideoloji ekseni”<sup>13</sup> olduğu ve otoriter merkezli güvenlikçi bir yaklaşımı yansıttığı ifade edilebilir.

Anayasa Mahkemesinin iki Anayasa dönemindeki yaklaşım tarzındaki farklılık geçici maddelerin kalıcılaşması konusunda da karşımıza çıkmaktadır<sup>14</sup>. Geçici maddeler, devrim, darbe ve yeni bir devletin kurulması gibi siyasal rejimlerde ve hukuk düzenlerinde kopma olduğu geçiş dönemlerinde oluşabilecek hukuk boşluklarını engelleyerek bireylerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla öngörülür. Dolayısıyla bu hükümler hukuk devletinde, hukukun üstünlüğünün sağlanması için oldukça önemli fonksiyon icra eden araçlardır. Esasen geçici dönem bittiğinde bu hükümler sessiz bir biçimde hukuk düzeninden tasfiye olur. Siyasal ve hukuki kopmaların ürünü olan 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası’nın her ikisi de geçici maddeler öngörmüştür. Bu iki Anayasa’nın öngördüğü geçici maddelerin hukuk boşluğunu ortadan kaldırması beklenirken zaman içinde bu maddeler, hukuk sisteminde zafiyete neden olarak kalıcılaşmıştır. Bu kalıcılaşmanın kurucu iktidarın siyasete olan güvensizliğinin ve rejimi koruma adına geçici madde kavramını olumsuz yönde dönüştürmüş olmasının ve

---

*esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Bkz. AYM, E.1987/9, K.1987/15, 18/06/1987; Mahkeme 2007 yılında vermiş olduğu kararında da “Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.” ifadelerine yer vermiştir. Bu kararda da Mahkeme anayasanın lafzına sadık kalarak esas denetimi yapamayacağını ifade etmiş, yapacağı şekil denetiminin ise 148. maddedeki sınırlar çerçevesinde kalacağını altını çizmiştir. Bkz. AYM, E.2007/72, K.2007/68, 05/07/2007; Aynı şekilde 2007 yılının sonunda verdiği 3. kararında da Mahkeme iptale konu olan düzenlemenin Anayasa’nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülemeyeceği koşulları çerçevesinde incelenebileceğini belirterek iptal isteminin reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.*

<sup>12</sup> Yancı Özalp, N. (2018). s. 132.

<sup>13</sup> a.g.e. s. 133.

<sup>14</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 167.

parlamentoların kendi sorumluluklarını savsaklamalarının yanında<sup>15</sup>, özellikle 1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin inisiyatif almak istememesinden de kaynaklandığı ileri sürülebilir<sup>16</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminin son yıllarına doğru 1961 Anayasası'nın geçici 4. maddesinin deyimisel yorumunu aşmaya çabalamıştır. Mahkeme 1976 yılına kadar geçici 4. maddeyi deyimisel yorumdan hareket ederek sözel ifadesinin dışına çıkmadan yorumlamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, 27 Mayıs 1960 darbe tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulamayacağı yönünde kararlar vermiştir. Ancak 1976 tarihinde Mahkeme, ilgili yasanın Anayasa'nun ayrıntılarıyla düzenlediği hükümden önce yürürlüğe girdiğini vurgulayarak *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunları ortadan kaldırır) kuralını Anayasa'ya uyarlamış ve geçici 4. maddeyi aşmıştır<sup>17</sup>. Mahkeme, 1982 tarihinde verdiği bir kararında ise Anayasa'nun detaylı düzenlemesine aykırılık içeren Ceza Yasası hükmünün ihmal edilerek doğrudan Anayasa'nın uygulanmasına karar vermiştir. Bu davada Mahkeme, *ihmal* kuralını uygulamıştır. Bilindiği gibi anayasa yargısında ihmal usulü, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen davada uygulanması gereken kuralı iptal edemediğinden dolayı bu kuralı olaya uygulamayarak ihmal etmesi ve Anayasa'nın ilgili hükümlerini doğrudan uygulaması şeklinde ifade edilebilir<sup>18</sup>. Görüldüğü gibi Mahkeme olağanüstü ara dönemde (27 Mayıs 1960 tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar) çıkarılan kanunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık kararı vermemiş olmakla birlikte Anayasa'ya aykırılığı giderecek iki ayrı çözüm yolu bulmuştur: Biri "*Lex posterior derogat lex priori/sonraki kural öncekini ortadan kaldırır*" kuralı, diğeri de "*Anayasa'ya aykırılığı açık olan kanun hükmünün ihmal edilerek yerine anayasa kuralının doğrudan uygulanmasıdır.*"<sup>19</sup>

1982 Anayasası'nın kurucu iktidarı, geçici 15. madde vasıtasıyla, tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi ara dönemde (Millî Güvenlik

---

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında geçici maddeyi daraltmak inisiyatifini kullanmamış, 1980 darbesi döneminde çıkarılan kanunlarda yer alan Anayasa'ya aykırı hükümleri temizleme görevini parlamentoya bırakmıştır. Mahkemeye göre "*Anayasa, geçici 15. maddesi ile bir dönemin yasal işlemlerinin Anayasa'ya aykırılığı savında bulunulmasını uygun görmemiş, bir anlamda yasaklamıştır. Ancak bunların hukuk devleti ilkesine uygun biçimde yargı denetimine açılması, Anayasa'ya aykırılık savında bulunma ve inceleme yasağının kaldırılmasına bağlı olup bu da Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca doğrudan yasama organının görev ve yetkisi kapsamına girmektedir.*" Bkz. AYM, E.1991/31, K.1991/27, 12/9/1991.

<sup>16</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 156.

<sup>17</sup> AYM, E.1976/13, K.1976/31, 3/6/1976.

<sup>18</sup> AYM, E.1981/8, K.1982/3, 6/5/1982.

<sup>19</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 158.



Konseyi döneminde) çıkarılan kanunların denetlenmesini yasaklamıştı<sup>20</sup>. Anayasa Mahkemesi, ara dönemde kabul edilen kanunlarla ilgili olarak önüne gelen davalarda deyimisel yorumun sözel içeriğine sadık kalarak anayasaya aykırılık yönünde karar vermediği gibi geçici maddeleri aşacak 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarına da uzanmamıştır.

Bu iki örneğe de bakılarak Mahkemenin 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemi kıyaslandığında ikinci dönemde daha ideoloji eksenli güvenlikçi bir yaklaşım sergilediği ileri sürülebilir. Bunun sebebini yorum yöntemlerinde aramak yerine dış etkenlere bakmak gerekir. 1980 darbesinin etkisi, 1960 darbesine oranla çok daha uzun sürmüştür. Üstelik 1982 Anayasası özgürlük otorite dengesinde 1961 Anayasası'na nazaran otoriteden yana daha çok ağırlık koymuştur. Bununla birlikte 1982 Anayasası'nın ilk hâlinin kurduğu Anayasa Mahkemesinin oluşum şeması çoğulculuktan uzaktı. 11 üyenin tamamı devlet başkanı tarafından atanacak şekilde oluşturulmuştu. Bu çerçevede karşılaştırıldığında 1982 Anayasası'nın kurduğu anayasal sistemin güvenlik kaygıları öne çıkan otoriter bir eğilimi yansıttığı ve 1961 dönemi Anayasa Mahkemesinin oluşum aşamasındaki demokratik meşruluğunun çok daha yüksek olduğu söylenebilir. Bu hususların da kararlara yansıdığı iddia edilebilir.

Öte yandan hem Mahkemenin yapısında hem de hak ve özgürlükler rejiminde uzun yıllara yayılan hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları eksenli olumlu dönüşüm Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımıştır. Özbudun'un da işaret ettiği gibi Mahkemenin kararlarında *"ideolojik temelli yaklaşımdan hak temelli yaklaşıma doğru kayda değer bir evrim gözlemlenmektedir."* Örneğin Anayasa Mahkemesi, kendine özgü laiklik anlayışını (Özbudun'un deyimıyla *katı ve dışlayıcı laiklik*<sup>21</sup> anlayışını) özgürlükler doğrultusunda dönüştürmüş; 2009 yılından bu tarafa parti kapatma konusunda eyleme geçmemiş, HSYK kararında olduğu gibi yargı bağımsızlığına önemli ölçüde sahip çıkmış ve ölçülülük ilkesine daha düzenli bir şekilde başvurmuştur.<sup>22</sup>

Hak eksenli yaklaşımda 2010 Anayasa değişikliğinin etkisinin diğer değişikliklere nazaran daha önemli olduğu iddia edilebilir. Bu değişiklikler sonucunda bireysel başvuru pratiği, Mahkemeyi ulus ötesi insan hakları kurumlarını anlamaya zorlamış; böylece norm

<sup>20</sup> Aliefendioğlu, Y. (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yay., s. 341.

<sup>21</sup> "Dışlayıcı laiklik" kavramı için ayrıca bkz. Kuru, A. T. (2011). *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik ABD, Fransa ve Türkiye*, Çağdaş Babaoğlu, E. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.

<sup>22</sup> Özbudun, E. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Ankara: Yetkin Yay., s. 444.



temelli denetim sürecini de demokratik hukuk devleti ve insan hakları çizgisine doğru yaklaştırmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin oluşum şemasındaki demokratik meşruluğun artırılmasının da olumlu katkısından söz edilebilir. Zira 2004 yılındaki uluslararası insan hakları hukukunu iç hukuka açan anayasa değişikliğinin bu devinimi sağlamakta yetersiz kaldığı, Anayasa Mahkemesinin sonrasında verdiği tartışmalı kararlarından anlaşılmaktadır.

2010 Anayasa değişikliğinden sonra Mahkeme için yeni bir dönemin varlığından söz edilebilir. Anayasaya Mahkemesi bireysel başvuruları inceleme yetkisi kazanmış, ayrıca Mahkemenin yapısı oluşum aşamasındaki demokratik meşruluk açısından yeniden yapılandırılmıştır. Bireysel başvurunun devreye girmesiyle birlikte Türk Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlükleri tespit etme ve koruma misyonu yüklenmiştir. Mahkemenin yetki alanında ve oluşum şemasındaki bu olumlu genişleme kararlara da yansımıştır. Kararlar bir bütün olarak incelendiğinde bir kısım çekingin ve daraltıcı geriye dönüşlere rağmen, insan hakları lehine bir ivmenin yakalandığı ileri sürülebilir. Öyle ki Anayasa Mahkemesinin üçüncü döneminde insan haklarının ve çoğulcu demokrasi kurumlarının korunmasında önemli bir rol ifa ettiği ileri sürülebilir<sup>23</sup>.

Dikkat çekici bir nokta, itiraz yolunun olay temelli denetime yaklaşan işlevsel gelişimidir. Bizim ilerleyen başlıklarda “*kuralı daraltan örtülü iptal*” şeklinde isim önerisinde bulunduğumuz karar türünün yaygınlaşması, itiraz denetiminin bireysel başvuruya yaklaştığının bir göstergesidir.

## II. YORUMUN SINIRLARINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN TAVRI

### A. GENEL OLARAK

Anayasacılık hareketleri siyasal iktidarı sınırlandırmak ve bu sayede bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak olduğuna göre, anayasal normların amacı da iktidarı sınırlamak ve egemenlik yetkilerini paylaşmaktır<sup>24</sup>. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yorum yöntemlerini, yorum ilkelerini, mantık kurallarını ve argümantasyon araçlarını siyasal iktidarı sınırlandırmak ve kuvvetler ayrılığını pekiştirmek lehine kullanması varlığının ruhuna uygundur. Dolayısıyla mahkemenin her yorumunun politik sonuçlara yol açması doğaldır.

---

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

<sup>24</sup> Eren, A. (2016). s. 233.

Hukuk alanında yoruma, belli yöntem ve araçlar vasıtasıyla, bir hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarmak ve kuralda uygulamaya yönelik tereddütleri gidermek amacıyla başvurulur. Yorumu gerektiren, diğer bir ifadeyle kuralın uygulanmasında belirsizliğe yol açan üç kaynağın varlığından söz edilebilir: kuralı koyan iradedeki belirsizlik, kuralın somutlaştığı metnin anlamında belirsizlik, kuralın güvence altına aldığı hukuki değerdeki belirsizlik<sup>25</sup>. O zaman yorumun, belirsizliğin kaynağına göre kural koyucu iradeyi anlamlandırdığı tarihî yönü, metnin kendisinin netleştirilmesine yönelik dili anlama çabası ve korunan hukuki değer bu günkü karşılığının tespitinin yapılması şeklinde üç faaliyet alanı bulunmaktadır. Ayrıca yorum faaliyeti gerçekleştirilirken hukuk sisteminin ve bir hukuk alanının içerisinde ve kuralın bütünlüğünde tutarlılığa dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu dört boyutlu anlama ve anlam katma çabası, öğretilerde klasik yorum yöntemleri olarak belirtilmiştir: Tarihsel (genetik), deyimsel (lafzi, sözel, gramatik/gramatikal), sistematik ve amaçsal (gai, teleolojik) yorum yöntemleridir.

## **B. KLASİK YORUM YÖNTEMİ VE REALİST YORUM YÖNTEMİ SARKACINDA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ**

Yorumun sınırlarını belirlemek için yorum kavramını tanımlayacak ihtimalleri ortaya koymak gerekir. Troper'e göre yorum faaliyeti, ya bir şeyin anlamını belirtmek veya o şeyin anlamını belirlemekten oluşur. İlk tanım; anlamı bilmenin mümkün olduğu, yorumun bilginin bir işlevi olduğu, ikincisi ise iradenin bir işlevi olduğu varsayımına dayanır. Bu tanımların her biri farklı bir yaklaşıma karşılık gelmektedir<sup>26</sup>. Bu çerçevede yorumun sınırlarına ilişkin iki yaklaşımdan söz edilebilir: klasik yorum teorisi ve realist yorum teorisi.

Klasik yorum teorisine göre yorumcu, gerçekleştirdiği yorum faaliyetiyle yeni bir şey ortaya koymaz. Her hukuki duruma yönelik ve her hukuki sorunun çözümü için uygulanabilecek bir hukuk kuralı apaçık bir biçimde ortada vardır. Eğer kural yoksa hâkim, yorum yoluyla bu kuralı belirli hâle getirir<sup>27</sup>. Hâkim, yorum yaparken normun objektif nitelik taşıyan gerçek anlamını metne keyfi eklemeler yapmaksızın araştırıp ortaya çıkarır. Bu teoride normun sözleri açık değilse yorum yapılır<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> a.g.e. s. 255; Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yay., s. 5-7.

<sup>26</sup> Troper, M. (2006). "Une Théorie Réaliste de L'Interprétation", *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, V. 2, N. 8, s. 301.

<sup>27</sup> Gözler, K. (1998). "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, C. 15, s. 208.

<sup>28</sup> Eren, A. (2016). s. 254.

Realist yorum teorisinde ise gerçek anlamda kanun koyucu, metni inşa eden değil, onu yorumlayandır<sup>29</sup>. Bu yorum yaklaşımında kural, metnin kendisi değil onun anlamıdır. Dolayısıyla her hukuk kuralı uygulanmak istendiğinde yorum kaçınılmazdır. Yorum, birden fazla anlam taşıyan metnin içerdiği alternatif hükümler içinden tercih faaliyetidir. Hans Kelsen ve Michel Troper önde gelen realist yorum savunucularıdır<sup>30</sup>. Kelsen'e göre esasen Anayasa Mahkemeleri kanun koyucunun ihdas ettiği bir kanunu iptal etmek suretiyle negatif bir şekilde kural koymaktadır. Bu görüşten hareketle Kelsen, anayasa yargıcını negatif kanun koyucu olarak görür<sup>31</sup>.

Realist yorum teorisi, anayasa mahkemelerinin sadece hukuku söylemekle yetinmediğini, yasanın oylama anında değil fakat uygulanmasında “*genel iradenin ifadesi*”ne katkıda bulunan bir “*eş yasayıcı*” (olumlu yasayıcı-ön yasayıcı) rolünü üstlendiğini ileri sürmektedir<sup>32</sup>. Mathieu'ya göre anayasa yargıcı, bir kanunun geçersiz kılınmasının zaman içindeki etkilerine veya maddi kapsamına karar vererek, yönlendirmeleri (...*directives la manière...*) vasıtasıyla bir kanunun nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiğini belirleyerek veya kanun koyucunun müdahalesi için bir çerçeve oluşturarak yasama çalışmasının mükemmelleştirilmesine müdahale eder<sup>33</sup>.

Günümüzde karşılaştırmalı anayasa yargısı uygulamasında “*normun niteliğine, olayın özelliklerine ve yorumcunun yetkilerine*” bağlı olarak her iki yaklaşıma da başvurulduğu görülmektedir. Benzer biçimde Türk Anayasa Mahkemesi de kimi kararlarında klasik yorum teorisine uygun yorumlar yaparken, kimi kararlarında realist yorum yaklaşımından hareketle kendisini “*eş yasayıcı*” olarak görmektedir<sup>34</sup>.

İnsan haklarının gelişmeci özelliği hak ve özgürlükler rejimini sürekli dinamik tutmaktadır. Güncel hak kategorilerinin doğması insan haklarının bu özelliğinden kaynaklanmaktadır. 20. yüzyılın başında

---

<sup>29</sup> Gözler, K. (1998). s. 209.

<sup>30</sup> Eren, A. (2016). s. 254.

<sup>31</sup> Erdoğan, M. (2015). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, ss. 93-94.

<sup>32</sup> Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, s. 250.

<sup>33</sup> Mathieu, B. (2011). “Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif’ ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative”, içinde *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Brewer-Carias, A. R. (Der.), Cambridge University Press, 2011, p. 471.

<sup>34</sup> Eren, A. (2016). s. 255.

Jellinek'in yapmış olduğu tasnifte dayanışma hakları yer almamaktaydı. Tıpkı 1979 yılında Karel Vasak'ın yapmış olduğu tasnifte dördüncü kuşak hakların bulunmadığı gibi. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin en önemli koruyucusu olan anayasa mahkemelerinin dinamik yorum yöntemini benimsememeleri, insan haklarının gelişmeci özelliğiyle bağdaşmaz. Zira Arsel'in de dikkat çektiği gibi anayasa mahkemeleri, yalnızca yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir hakem pozisyonunda değildir. Mahkemeler aynı zamanda siyasal iktidarı değişime zorlayan ve ona hedefler koyan dinamik güç odaklarıdır<sup>35</sup>. Anayasa mahkemelerinin realist yorum yönteminden mülahem bu dinamik işlevi, Cox'a göre özellikle insan hakları konusunda öne çıkmaktadır. Öyle ki yüksek mahkemeler, temel hakların korunmasında pasif güvenceleri aşarak hükümetlerin anayasalarda yer alan ideallerin kitleler yararına somutlaştırılması yolunda da aktif çabalar göstermelerini teşvik etmelidir.<sup>36</sup>

## C. REALİST YORUM YAKLAŞIMINDAN HAREKETLE ANAYASA MAHKEMESİNİN YETKİLERİNİ GENİŞLETMESİ

### 1. Yürürlüğü Durdurma Kararları

Anayasa Mahkemesi, kuruluş kanununda herhangi bir açık hüküm bulunmamasına rağmen 1993 yılında yürürlüğü durdurma kararı vermiştir<sup>37</sup>. Bu kararı verirken Anayasa Mahkemesinin realist yorum yöntemini benimsediği çok açık bir biçimde anlaşılmaktadır: "...Anayasa Mahkemesi'nin uygulamayı durdurma yetkisi konusunda yazılı kurallarda

<sup>35</sup> Arsel, İ. (1970). *Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 3.

<sup>36</sup> Archibald Cox'dan aktaran Ünsal, A. (1980). *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara: AÜSBF Yayınları, s. 29.

<sup>37</sup> Yürürlüğü durdurma istemi, 1961 Anayasası döneminde ve 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin önüne toplamda üç kez gelmiştir. 1993 yılına kadar Mahkeme her üç kararında da yürürlüğünün durdurulmasını reddetmiştir. AYM bu kararlarında ağır sonuçlara yol açabilecek yürürlüğün durdurulması gibi bir yetkinin Mahkemeye açıkça Anayasa ile verilmesi gerektiğine, soruna bir yargılama usulü sorunu olarak bakmak gerekirse bu kez de yetkinin Mahkemenin kuruluş yasası ile tanınması gerektiği kanaatine varmıştır. Ayrıca Mahkeme yorum veya kıyaslama yoluyla dahi olsa kendisine böyle bir yetki tanıyamayacağı kanaatinde. Zira yürürlüğü durdurma kararı vermesi durumunda Mahkeme dolaylı yoldan da olsa görüşünü belirtmiş olacaktır. Görüldüğü gibi AYM, pozitivist bir tutum sergileyerek ne Anayasa'da ne de AYM Yasası'nda yürürlüğü durdurma yetkisine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını belirterek bu konuda yetkisiz olduğu kanaatine ulaşmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, 1993 yılında vermiş olduğu bir kararla önceki yıllardaki içtihadını değiştirmiştir. Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Y. (1997). s. 342; Gören, Z. (1995). "Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları", *Anayasa Yargısı*, C. 12, ss. 194-243; Güran, S. (1995). "Anayasa Mahkemesinin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması", *Anayasa Yargısı*, C. 12, s. 193-197; Ruhi, E. (2001). "Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", *EÜHFD*, C. V, S. 1-4, ss. 129-150; Gedik, Ö (2013). ss. 263-264.

bir boşluk olduğu açıktır. Yasalarda açık hükümler bulunmaması durumunda yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür... Anayasa Mahkemesi yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Anayasa'yı yorumlama işlevini anayasal yargı denetiminin isterlerine uygun olarak kullanıp uygulamayı durdurma kararı vermek yükümlülüğündedir<sup>38</sup>." Görüldüğü gibi Mahkeme, anayasa yargıcının hukuk oluşturma yetkisine sahip olduğunu açıkça ifade etmiş ve kanunlarla kendisine verilmemiş bir yetkiyi kullanmıştır. Mahkeme bu genişletici yorumu yaparken, hukukun ve yargı işlevinin yazılı kuralların sözüyle çatışması durumunda deyimisel yorum yapmak zorunda olmadığını<sup>39</sup>, "kuralların yorumu ile soruna, amaca en uygun çözümün bulunması gerek"tiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme realist yorum yaklaşımına amaçsal yorumun dönüştürücü etkisiyle ulaşmıştır. Hukuk devletini sağlama, anayasa yargısını etkili kılma, anayasaya aykırı kuralları olabildiğince çabuk ortadan kaldırma ve kamu yararını ve kamu düzenini kollama amaçları Anayasa Mahkemesi'nin tercihini şekillendirmiştir<sup>40</sup>.

## 2. Yorumlu Ret Kararları

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi realist yorum yönteminden hareketle ilgili yasal düzenlemelerde açıkça belirtilmediği hâlde içtihatlarıyla "yorumlu ret karar türü"nü oluşturmuştur. Öğretide "ara kararlar" (mutavassit karar/intermédiaire)<sup>41</sup> "yorumlayıcı karar" ve "anayasaya uygun yorum"<sup>42</sup> gibi çeşitli başlıklar altında incelenen yorumlu ret kararları, Anayasa Mahkemesinin iptali istenen normu "belirli bir yorum, yani belirli bir anlam ve içerik şartıyla Anayasaya uygun bulup iptal talebinin veya itirazın reddine karar verdiği kararlardır"<sup>43</sup>. Böylece Mahkeme, kurala ilişkin yaptığı yorumla kuralı iptal etmeyerek onun ayakta tutulmasını sağlar<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> AYM, E.1993/33, K.1993/40-2, 21/10/1993.

<sup>39</sup> "Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü gözardı edip, kendini yalnız yazılı kuralların sözüyle bağlı sayamaz."

<sup>40</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 265.

<sup>41</sup> Kaboğlu, İ. Ö. (2007). s. 141.

<sup>42</sup> Tanör B. ve Yüzbaşıoğlu N. (2009). Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul: Beta Yay., s. 522; Çağlar, B. (1985). "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı*, C. 2., s. 193-194.

<sup>43</sup> Döner, A. (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. II. (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yay., s. 222; Köküsarı, İ. (2009). *Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 190.

<sup>44</sup> Yelken, H. (2022). *Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Denetimi*, Ankara: Seçkin Yay., s. 267.

Anayasa Mahkemesi, yorumlu ret kararlarının örneklerini 1961 Anayasası'nın uygulandığı ilk yıllardan itibaren vermeye başlamıştır<sup>45</sup>. Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde birçok kararında bu karar türüne başvurmuş; 1982 Anayasası döneminde de bu içtihadını sürdürmüştür. 1984 yılında vermiş olduğu kararında Mahkeme amaçsal yorumdan hareket ederek normun nasıl yorumlanırsa Anayasa'ya aykırı olmayacağını gerekçesinde belirtmiştir<sup>46</sup>. Sonraki kararlarında da Mahkeme gerek Anayasa'da gerekse de usul yasalarında "yorumlu ret"e ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu yönde kararlar vermiştir. Mahkeme verdiği ilk yorumlu ret kararlarından itibaren açık bir biçimde bu karar türünden söz etmemiştir. Hatta ilk kararlarda bilinçli bir tercihin ötesinde amaçsal yorumun doğasından kaynaklanarak ortaya çıktığından ve sonrasında uygulama sonucunda kavramsal bir boyut kazandığından söz edilebilir. Anayasa Mahkemesinin benimsediği realist yorum tercihi, amaçsal yorum vasıtasıyla bu karar türünün doğumunu sağlamıştır.

### 3. OHAL KHK'larını Nitelendirme Yetkisini Kendinde Gördüğü Kararlar

Bir hukuk devletinde devletin olağan koşullar için düzenlediği hukuk kuralları olduğu gibi olağanüstü koşullarda uygulanacak hukuk kuralları da vardır. Olağan koşullar, hayatın normal akışının kesintisiz devam ettiği, siyasi ve hukuki yapılanmayı bozacak beşerî ve fiziki herhangi bir olumsuzluğun söz konusu olmadığı durumu ifade eder. Olağanüstü koşullar ise hayatın olağan akışını kesintiye uğratan savaş, büyük isyan ve terör kalkışmaları ve ağır ekonomik bunalımlar gibi beşerî ve tabii afet (deprem, sel) ve yangın gibi fiziki koşulların varlığı neticesinde bir devletin

<sup>45</sup> Mahkemenin 1962 yılında vermiş olduğu bir yorumlu ret kararına karşı yazılan bir muhalefet şerhi de kararın sonucuna değil gerekçesine yöneliktir. Üyeler Hakkı Ketenoğlu ve Muhittin Gürün "*Gereğe Muhalefet Şerhi*" adı altında karşı oy yazılarını kaleme almışlardır. Karara muhalefet şerhi koyan bir diğer üye Salim Başol da tıpkı diğer iki üye gibi çoğunluk kararının gerekçesine katılmadığını belirterek, çoğunluk kararına iştirak ettiğini vurgulamıştır. Bkz. AYM, E.1962/211, K.1962/121, 26/12/1962; Bu iki muhalefet şerhi de ortaya koymaktadır ki, Mahkeme üyeleri, Mahkemenin kuruluşundan itibaren yorumlu ret kararı şeklinde isimlendirilebilecek karar türünü olumlu veya olumsuz dikkate almaktadırlar. Bkz. Gedik, Ö. (2013). s. 272.

<sup>46</sup> "*Her ne kadar iflas kurallarının kanunun metnine sıkı surette bağlı olarak uygulanmasının kural olduğu ileri sürülmekte ve bu düşüncenin isabeti bir dereceye kadar yadsınmamakta ise de, metne sıkı surette bağlılığın bir kanunu bazen ruhundan uzaklaştırdığı da bir gerçektir. Kanunun ruhu gerçekleştirmek istediği gayesidir. Kanunun hayatiyeti ve günlük yaşamın gereklerine uyması o'nun objektif amacının iyi bir biçimde tahakkuk ettirilmesine bağlıdır. Bu bakımdan itiraz konusu 178. maddenin birinci fıkrası hükmü ticari ve hukuki ilişkilerde güven ve istikrarı bozacak bir biçimde yorumlanmamalıdır. Anılan fıkra hükmü, hukukumuzun temel ilkelerini belirleyen Medeni Kanun'un başlangıç kısmındaki genel esaslar ve özellikle 2. maddesi gözönünde tutularak uygulanmalıdır.*" AYM, E.1984/8, K.1984/10, 20/9/1984.



coğrafi, hukuki ve siyasi yapılanmasını tehdit eden istisnai durumlardır (*state of exception*). Bazen olağan koşulların hukuk kurallarıyla olağanüstü koşullarda ortaya çıkan sorunlarla baş etmek mümkün olmayabilir<sup>47</sup>. Zira bu koşullar “*hemen harekete geçmeyi gerektiren ve genellikle tehlikeyi içeren beklenmedik, ani, öngörülemeyen kriz hâlidir*”<sup>48</sup>. Anayasanın 119. maddesi, olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanı’nın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uyması gereken sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğini belirtmiştir.

1982 Anayasası’nın 148. maddesinin açık hükmüne göre “*olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*” Metnin 2017’deki değişiklikten önceki hâlinde bu fıkrada yer alan “*sıkıyönetim*” ibaresi madde metninden çıkarılmış; “*kanun hükmünde kararnamelerin*” ibareleri “*Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin*” şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla hüküm cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uygun hâle getirilmiştir.

Değişiklikten önce hükmün eski hâli üzerinden Mahkeme amaçsal yorum yapmış, içerikten hareketle OHAL KHK’larını nitelendirme yetkisini kendinde gördüğü kararlar vererek bazı OHAL KHK’larını denetlemiştir.

1991 yılına kadar Mahkeme Anayasa’nın 148. maddesinin bu açık hükmüne uyarak OHAL KHK’larını denetime tabi tutmamaktaydı. Ancak Mahkeme, 1991 yılından itibaren vermeye başladığı kararlarla bir ölçüde OHAL KHK’larını da hukuki denetim sınırları içine almaya çalışmış; düzenlemenin nitelenmesini tamamen yürütme organının inisiyatifine bırakmamıştır. Diğer bir ifadeyle normu yasama organının adlandırmasıyla yetinmemiş, normun içeriğine bakarak tanımlamanın doğruluğuna kendisi karar vermiştir. Bu gerekçelerle 10/1/1991 tarihinde verdiği ilk kararında Mahkeme, Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla önüne gelen metine verilen adla kendisinin bağlı olmadığını, OHAL KHK’sı adı altında yapılan düzenlemelerin gerçekten Anayasa’nın öngördüğü ve Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı bir OHAL KHK’sı niteliğinde olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte görmediği

---

<sup>47</sup> Kaboğlu, İ. Ö., (2015). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 10. Baskı, İstanbul: Legal, s. 272.

<sup>48</sup> Esen, S. (2008). *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 5.

düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu belirtmiştir<sup>49</sup>. Mahkeme bu ilk kararında olağanüstü yönetim usullerinin getiriliş amacından hareketle aykırılık iddiasına konu olan düzenlemeyi denetleyip denetleyemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme benzer gerekçelerle bu içtihadını sürdürmüştür.

Görüldüğü gibi Mahkeme bu kararında OHAL KHK'larının düzenleniş amacını sorgularken tarihsel yorum, OHAL KHK'larını tanımlarken deyimsel yorum, Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasını düzenleyen 15. madde ile olağanüstü hâl rejimlerinin düzenlendiği 121 ve 122. maddeleri birlikte değerlendirirken sistematik yorum<sup>50</sup> yapmıştır. Ayrıca Mahkeme, 148. maddenin lafzına bağlı kalmamış; kuralın anlamını sorgulayarak amaçsal yorum yapmıştır. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi klasik yorum yöntemlerini bir bütün olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla bir yorum yöntemini diğerine tercih edildiğini söylemek oldukça güçtür. Ancak kararın sonucuna etki eden yorum yönteminin amaçsal yorum olduğu ileri sürülebilir. Mahkeme kendisine açıkça verilmemiş yetkiyi anayasaya uygunluk denetiminin amacından hareket ederek kullanmış<sup>51</sup>, yasama ve yürütme organlarının nitelendirmede yanılığa düştükleri bir metnin denetim dışında bırakılmasını anayasa yargısının mantıksal amacına aykırı görmüştür<sup>52</sup>.

Mahkeme 2016 yılında katı deyimsel yorumla bu konuda içtihat değişikliğine gitmiştir. Diğer bir ifadeyle 12 Ekim 2016 tarihli ve E.2016/166, K.2016/159 sayılı kararıyla fikrini değiştirmiştir. 668 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sının iptali istemiyle açılan davayı reddetmiş, Kuruluş Kanunu'nda bu yönde yetki verilmediği gerekçesiyle ilk incelemede yetkisizlik kararı vermiştir. Mahkeme realist yorum yönteminden vazgeçerek 148. maddenin lafzına katı bir şekilde sadık kalmıştır.

<sup>49</sup> "Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 'olağanüstü hal KHK'si' adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir 'olağanüstü hal KHK'si' niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur." Bkz. AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/1/1991.

<sup>50</sup> Yancı Özalp, s. 138.

<sup>51</sup> "Anayasa denetiminin amacı, Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi için önüne getirilen metni nitelendirmesini zorunlu kılar; tersi durumda yasama veya yürütme organının nitelemede yanılığa düştükleri bir metnin denetim dışında kalması kabul edilmiş olur ki bu da Anayasa koyucununun Anayasa'ya uygunluk denetimi koymakla güttüğü amaca aykırı olur." Bkz. AYM, E.1991/6, K.1991/20, 3/7/1991.

<sup>52</sup> Yancı Özalp, s. 138.



#### 4. Kuralı Daraltan Örtülü İptal Kararları

Mahkemenin realist yorum yöntemine örnek olarak verilebilecek bir karar türü daha bulunmaktadır. Mahkemenin son yıllarda nispeten daha sıkça başvurduğu<sup>53</sup> normun yazılı metnini ortadan kaldırmayan ancak uygulama alanını iptal marifetiyle daraltan kararları bulunmaktadır. Öğretide çok fazla dile getirilmeyen “kuralı daraltan örtülü iptal” kararları incelenmeye muhtaçtır<sup>54</sup>. Bu karar türünde mahkeme yorum yoluyla uygulamayı yönlendirmektedir. “Şartlı iptal”, “görünüşte iptal” veya “belli konuyla sınırlı iptal” şeklinde de ifade edilebilecek bu iptal türünde Mahkeme, iptale veya itiraza konu olan kanun hükmünün uygulamasına istisna getirerek tam da negatif yasa koyucu pozisyonunu aşır eş yasa koyucu hâline gelmektedir<sup>55</sup>.

Anayasa Mahkemesi 2012 yılında, itiraza konu olan Türk Medeni Kanunu’nun 303. maddesinin dördüncü fıkrasının “çocuk” yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>56</sup>. İçeriği iptal edilen ama metnine dokunulmayan hüküm şu şekildedir. “Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kulan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir

<sup>53</sup> Tespit ettiğimize göre 1970’li yıllardan bu tarafa Mahkeme “kuralı daraltan örtülü iptal” kararı vermektedir. Bu karar türüne ilişkin ilk örnekler için bkz. AYM, E.1973/3, K.1973/37, 20/12/1973; AYM, E.1973/37, K.1975/22, 25/2/1975.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi son on yıldır “kuralı daraltan örtülü iptal” kararlarını görünür biçimde vermesine rağmen kamuoyunun gündemine gelmemiştir. Ancak 24/2/2022 tarihinde Mahkemenin vermiş olduğu iptal kararı bir anda dikkatleri bu karar türüne çekti. İlk defa Prof. Dr. Muhammet Özkes, Twitter hesabından bu karara ilişkin bir makale çalışması yaptığını duyurdu ve bu çalışmanın giriş ve sonuç kısmını yayımladı. Özkes kararı tutarsız, sınırları zorlayan ve tehlikeli bir karar olarak yorumladı (Kanaatimizce karar tutarlı, zira Mahkeme bu yönde uzun zamandır karar vermekteydi, anayasa yargısının çağdaş gelişmeleriyle uyumlu ve realist yorum yöntemi açısından umut verici bir karardır.) Daha sonra Dr. Öğr. Üyesi Volkan Aslan bir podcast (Lawpodcast / Gözümüz kulağımız anayasa’da) yayınladı. Aslan, bu podcastte kararı özetleyip Mahkeme’nin daha önce de bu yönde kararlar verdiğinin altını çizdi. Son olarak Prof. Dr. Kemal Gözler kendi internet sitesinden “Anayasa Mahkemesinin “... Yönünden İptal Kararları” Hakkında Bir Eleştiri (Anayasa Mahkemesinin 24 Şubat 2022 Tarih ve E.2021/34, K.2022/21 Sayılı Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davalarında İstinaf Sınırı Kararı Üzerine)” isimli bir makale yayımladı. Gözler, Mahkemeyi yasama yetkisini gasp ettiği gerekçesiyle eleştirmiştir.

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümünde Yüce Divan salonunda bu metnin orijinaline ilişkin yapmış olduğumuz sunumda “yorumlu iptal” şeklinde isim önerisinde de bulunmuştuk. Fakat yayın aşamasında tebliği gözden geçirirken karşılaştığım tepkiler üzerine “yorumlu iptali” kullanmamaya karar verdim. Zira yorumlu iptal, birçok kişide “yorumlu red”di çağırıyordu. Bu çağırışının “kuralı daraltan örtülü iptal”in tam olarak anlaşılması konusunda ön yargılı yaklaşılmasına yol açtığını gördüm. Kaldı ki “yorumlu ret” ile “yorumlu iptal” (kuralı daraltan örtülü iptal) arasında nitelik farkı da bulunmaktadır. “Yorumlu ret” hükmün gerekçe kısmına dayanır. Gerekçenin bağlayıcı olması tartışmalıdır. Oysa “kuralı daraltan örtülü iptal” kararları kararın sonuç kısmında yer alır ve bağlayıcılığı konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

<sup>56</sup> AYM, E.2011/116, K.2012/39, 15/03/2012.

ay içinde dava açılabilir.” Mahkeme bu hükmün çocuklara uygulandığında Anayasa’ya aykırı olacağına karar vermiş<sup>57</sup> ve bu çerçevede çocuklara uygulanmasını iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili olarak 2022 yılında bir başka karar daha vermiştir. Özel bir eğitim kurumunda öğretmen olarak görev yapan davacının öğretmenlik görevine son verilmesine ilişkin idari işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle, iptali için başvuruda bulunulmuştur. Mahkeme 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...veya haklarında bu suçlardan dolayı kovuşturma bulunmaması,...” ibaresini “personel” yönünden bazı suçlar için daraltmıştır. Mahkeme bu suçları da “dolandırıcılık” ve “sahtecilik” olarak belirlemiştir<sup>58</sup>.

Mahkemenin yakın zamanda vermiş olduğu başka bir kararında da itiraza konu olan kuralın uygulamasını daraltmaya ve kurala istisna getirmeye devam etmiştir. İtiraza konu olan kural, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının “Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.” şeklindeki birinci cümlesidir. Mahkeme bu cümleyi “kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar” yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir<sup>59</sup>.

Görüldüğü gibi Mahkeme hukuka aykırılığa sebep olan kusuru içinde barındıran kuralı hukuk âleminde kaldırmadan, hükmün uygulamasını daraltıp onun anlamını şekillendirerek hukuk boşluğu oluşmasının önüne geçmektedir. Mahkeme bir kısmı kusurlu olan kuralın tamamını iptal etmesi durumunda hukuk boşluğunun doğmasına yol açabilir. Elbette Mahkeme iptalin yürürlüğe girişini bir yıla kadar erteleyebilir. Yine de bu durumda parlamentonun ne zaman harekete geçeceği bilinmez. Her

<sup>57</sup> “İtiraz konusu kuralda, çocuğa dava açmak için tanınan bir yıllık sürenin haklı bir sebeple kullanılmaması durumunda bunun yerine bir aylık, çok smurlu bir ek süre öngörülmüştür. Hak düşürücü niteliğinden dolayı da çok smurlu olan bu sürenin geçmesinden sonra çocuk, babası ile arasında soy bağı kurma ve buna bağlı haklara sahip olma olanağını yitirecektir. Bu nedenle, çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ve hak arama özgürlüğünü smurlayan itiraz konusu kuralda öngörülen süre adil, ölçülü ve makul değildir.” AYM, E.2011/116, K.2012/39, 15/3/2012.

<sup>58</sup> “8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 4. maddesinin 9/5/2018 tarihli ve 7141 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasında yer alan “...veya haklarında bu suçlardan dolayı kovuşturma bulunmaması,...” ibaresinin, anılan fıkra da yer alan “...personelinde;...” ve “...dolandırıcılık, sahtecilik,...” ibareleri yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE 26/1/2022 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.” Bkz. AYM, E.2021/117, K.2022/10, 26/1/2022.

<sup>59</sup> AYM, E.2021/34, K.2022/21, 24/2/2022.

geçen gün hukuk devletinin aleyhine işleyecektir. İş yine Mahkemeye düşecektir. Elbette parlamentonun harekete geçmesini beklemek yerine Mahkeme “*ihmal yoluyla anayasaya aykırılık kararı verebilir.*” “*İhmal yoluyla anayasaya aykırılık*”, parlamentonun hareketsiz kalarak yapması gereken işlemi yapmamış veya yasama faaliyetini yerine getirmemiş olmasının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesidir. Almanya, Portekiz, Macaristan, Polonya ve İtalya Anayasa Mahkemelerinin uyguladığı bu karar türünü Türk Anayasa Mahkemesi benimsememiştir<sup>60</sup>. Mahkeme bu karar türünü benimsemiş olsaydı dahi hukuk boşluğunun kayda değer bir sürede ortaya çıkması söz konusu olabilir. Dolayısıyla Mahkemenin hukuk boşluğuna yol açacak metnin bütünü iptal etmek yerine “*kuralı daraltan örtülü iptal*” kararıyla hukuka aykırı uygulamanın önüne geçmesini olumlu karşılamak gerekir. Bu kararlarıyla Mahkeme tamamını değil sadece arızalı anlamlarını iptal ederek parlamentonun işlemini ayakta tutmaktadır.

Mahkeme “*kuralı daraltan örtülü iptal*” kararlarıyla Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.*” şeklindeki yasağı ihlal etmekte midir? Kanaatimizce Mahkeme yeni bir uygulamaya yol açmamakta, uygulama alanını daraltmaktadır. Yoktan bir hüküm tesis etme durumu söz konusu değildir. Zira Mahkeme kelimelerin diziliminden oluşan bir inşa sürecine girmemektedir. Kaldı ki evleviyet ilkesi de (*Argumentum A Fortiori*) Mahkemeye “*kuralı daraltan örtülü iptal*” kararı verme imkânı tanımaktadır.

Mahkemenin bu tarz iptalini “*kuralı daraltan örtülü iptal*” şeklinde isimlendirme cesaretini de büyük oranda evleviyet ilkesinden aldık. Evleviyet, çoğun içinde azın da yer aldığı veya bütün için doğru olan şeyin parçalar için de doğru olacağı düşüncesinden hareket eden mantık kuralıdır<sup>61</sup>. Burada karar verilmesi gereken, kuralın ne olduğudur. Kural, düzenlemenin kelimelerden oluşan yapısı mı yoksa onun anlamı mıdır? Kanaatimizce kural, düzenlemenin anlamıdır. Aksi hâlde son yüz yıldır<sup>62</sup>

<sup>60</sup> “*Esasen Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işliyebilir. Hüküm yokluğunun iptal konusu olabilmesi düşünülemez.*” Bkz. AYM, E.1963/174, K.1963/115, 20/5/1963.

<sup>61</sup> Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 178; Güriz, A. (20069). *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 103.

<sup>62</sup> Roma Hukukunda amaçsal yoruma hiç yer verilmediği, Savigny'nin deyimsel, mantıksal, tarihsel ve sistematik şeklinde unsur olarak sayılan yöntemler içinde de yer almamaktadır. Amaçsal yorumun 19. yüzyılda ilk defa Rudolph von Jhering'in *Law as a Means to an End*

insanoğlunun hukuki ve dinî metinlerde amaçsal yoruma neden ihtiyaç duyduğunu izah etmek mümkün olmaz. Evleviyet ilkesi gereğince çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olduğu (*qui potest plus, potest minus*) çok açıktır<sup>63</sup>. Dolayısıyla Mahkeme bir metni iptal edip hukuk âleminin dışına çıkarabiliyorsa o metni evleviyetle daraltıp hukuk âleminin içinde tutabilir. Çoğu yapan, daha azını da yapabilir. Kuşkusuz bu durum realist yorum yönteminin kuralı anlamanın ötesine taşıyıp anlam katma anlayışıyla da örtüşmektedir.

Mahkemenin “*kuralı daraltan örtülü iptal*” kararlarının iki dikkat çekici yönü bulunmaktadır. İlk olarak bireysel başvuru mekanizmasının devreye girmesinden sonra Mahkemenin bu yönde vermiş olduğu karar sayısı artmıştır. Bu kararlar son on yıl içinde yoğunlaşmakta ve daha görünür hâle gelmektedir. İkincisi, bu kararların Mahkemenin önüne daha çok “*itiraz denetimi*” şeklinde geliyor oluşudur. Mahkeme itiraz davalarında, somut bir olayda uygulanacak kanunun Anayasa’ya uygunluğunu denetlemektedir. Bu çerçeveden bakıldığında itiraz davaları olay temelli denetime yaklaşmakta, bireysel başvuru incelemesi ile örtüşmektedir. Ancak şu farkla ki itiraz davasında, kanun uygulanma aşamasında olayla bağlantılı incelenirken bireysel başvuruda uygulamalar üzerinden değerlendirme yapılmaktadır<sup>64</sup>.

“*Kuralı daraltan örtülü iptal*” kararları da uygulamalara yöneldiği için bu yönüyle bireysel başvuruya çok daha fazla yaklaşmaktadır. Bu yöndeki kararların son yıllarda artmış olmasının sebebinin bireysel başvuru pratiğinin olumlu etkisinde aramak gerektiği düşünülmektedir.

### III. ANAYASA MAHKEMESİNİN KLASİK YORUM YÖNTEMLERİNE İLİŞKİN TERCİHLERİNDE ORTAYA ÇIKAN SORUNLARA İLİŞKİN BAZI GÖZLEMLER

#### A. DEYİMSSEL YORUMA KATI SADAKAT NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

##### 1. Deyimsel Yorumun Normun Amacına Mesafe Koyan İşlevi

Yorumun ilk ve en temel adımı<sup>65</sup> olarak nitelendirebileceğimiz deyimsel yorum yöntemi, yasa koyucunun yasada belirttiği sözlerin açıklanmasına

kitabında kullanıldığı görülmektedir. Boyar, O. (2021). *Anayasal Yoruma Giriş*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 9.

<sup>63</sup> Gözler, K. (1998). s. 179.

<sup>64</sup> Eren, A. (2016). s. 243.

<sup>65</sup> Oder, B. E. (2010). s. 33.

yönelik bir faaliyeti ifade eder. Deyimsel yorum, Kıta Avrupası'nda özellikle 19. yüzyılda kodifikasyon hareketlerinin kazandırdığı ivmeyle öne çıkan bir yorum yöntemi idi. Zira kanunların devlet idaresinde yeni yeni hâkim olmaya başladığı bu dönemde, onların kusursuz ve boşluğa yer vermeyecek bir biçimde tüm sorunları çözdüğüne inanılmaktaydı. Deyimsel yorumun sınırları dışına, kanunun konuluş amacı kesinlikle açıksa çıkılabiliyordu<sup>66</sup>. Dolayısıyla deyimsel yorumun kanun devletinin başat yorum yöntemi olarak belirginleştiği iddia edilebilir.

Salt deyimsel yorum faaliyetinin yasanın konuluş amacından uzaklaşmaya yol açtığı ileri sürülebilir. Zira deyimsel yorumda yorumcu; yasa metninin sözcük anlamını, dil kullanımı ve gramatik kurallar ışığında keşfetmeye çalışır. Dolayısıyla normun amacıyla doğrudan ilgilenmez. Kuşkusuz her norm, sosyal bir ihtiyacın doğmasından ya da doğma ihtimalinden kaynaklı olarak ortaya çıkar ve bir amaç doğrultusunda üretilir. Sözcükler gramatik kurallar çerçevesinde bu amacın yazıya dökülmesinde aracılık ederler. Bu aracılık faaliyetinin araştırılması deyimsel yorumu ortaya koyar. Deyimsel yorum yönteminin yalnızca sözcüklerle bağlantı kurduğu göz önünde bulundurulursa yargıcın yaşamın akışına kayıtsız kalmasına yol açabileceği ifade edilmelidir<sup>67</sup>.

Kuralı anlamaya ve uygulamaya kelimeleri okuyarak başlarız. Böylece deyimsel yorum yöntemi diğer bütün yorum yöntemlerince de bir şekilde kullanılmaktadır. Ancak deyimsel yorumda temel yaklaşım noktası, normun sözlerinin dışına çıkılmamasının istenmesidir. Anayasa Mahkemesi de kimi kararlarında deyimsel yorumu merkeze alarak öne çıkarmıştır. Bunun sonucunda Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasının ilk halinin etkisiyle üzerine sinen güvenlikçi ve ideolojik dar kalıbı aşamamıştır. Mahkemeyi demokrasiden, hukuk devletinden ve insan haklarından uzaklaştıran bu dar kalıp, Anayasa'nın öngördüğü geçici maddelerin kalıcılılaşmasına sebebiyet vermiş ve Siyasi Partiler Kanunu'nun özgürlükçü yorumuna engel olmuştur. Oysa 20. yüzyıl, anayasa mahkemelerinin özgürleştirici ve güncelleştirici fonksiyonunun damga vurduğu bir dönem olmuştur. 20. yüzyılın son çeyreğinin Doğu Avrupa deneyimi, anayasa mahkemelerinin özgürleştirici fonksiyonunu göstermektedir. Macaristan Anayasa Mahkemesinin yorum yöntemi bu devletin anayasa değişikliğine gitmeden demokrasiye geçişine imkân tanımıştır. Batı Anayasa Mahkemeleri gerek norm temelli gerekse de

---

<sup>66</sup> a.g.e. ss. 33 – 34.

<sup>67</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 184.

olay temelli kararlarında insan haklarını ortak bir payda olarak ele almış ve yorum yoluyla ülke anayasalarını güncelleştirmiştir. İnsan hakları bakımından ortak bir Avrupa kamusal düzeninin oluştuğundan söz edilebilir. Kuşkusuz bunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin katkısı yadsınmaz.

Türk Anayasa Mahkemesinin içtihatları değerlendirildiğinde kimi kararlar bakımından kuralın anlamına mesafe koyan katı deyimsel yoruma sadakatin sorgulanması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>68</sup>. Özellikle geçici maddelerin kalıcılışmasında ve Siyasi Partiler Kanunu'nun özgürlükçü yorumunun engellenmesinde deyimsel yorum öne çıkarılmıştır.

## 2. Geçici Maddelerin Kalıcılışması

Mahkemenin diğer yöntemleri göz ardı ederek, salt deyimsel yoruma sıkı sıkıya bağlı kaldığı durumlarda, Anayasa Mahkemesinin katı pozitivist bir yaklaşım içine girdiği görülmektedir. Öyle ki Mahkemenin kimi davalarda mutlak anlamda deyimsel yorum yöntemini tercihi, alternatif çözümleri görmesini de engellemiştir. 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi deyimsel yorumu katı bir biçimde uygulayarak geçici 15. maddenin aşılmasını sağlamaktan ve açıkça Anayasa'ya aykırı yüzlerce yasanın yürürlükten kalkması konusunda inisiyatif almaktan kaçınmıştır. Deyimsel yorumun esnetilmesine yardımcı olacak diğer yorum yöntemlerine yaklaşılmamış, bu statik tavır, 1980-1983 arasındaki olağanüstü ara dönemin sonraki yıllara da yayılmasına yol açmıştır. Diğer bir ifadeyle darbe ikliminin atmosferi içinde çıkarılan Siyasi Partiler Kanunu, Milletvekili Seçim Kanunu, Dernekler Kanunu (eski 2908 sayılı Kanun), Sendikalar Kanunu (eski 2821 sayılı Kanun) gibi çok önemli yasal düzenlemelerin, 1980'li ve 90'lı yıllardaki güvenlikçi politikaların alt yapısının hazırlanmasına yol açmıştır. Görüldüğü gibi anayasal düzenin şekillenmesine neden olan yasaların büyük bölümü bu dönemde çıkarılmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin söze hapsettiği Anayasa'nın geçici 15. maddesinin "*olağanüstü bir anayasal düzen*"in oluşmasına yol açtığı iddia edilebilir. Oysa Anayasa Mahkemesi, deyimsel yorumun statik yaklaşımını sistematik yorumun yardımıyla aşarak amaçsal yorumun dinamizmine ulaşabilirdi. İtalyan ve Macaristan Anayasa Mahkemeleri "*demokratik olmayan ara döneme*" ilişkin hukuka aykırı mevzuatın ayıklanmasında önemli görev üstlenmiştir. Geniş anlamda sistematik yorum, karşılaştırmalı hukuk verilerinin kullanılmasını mümkün kıldığı

---

<sup>68</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 185.



için bu iki Mahkemenin yaklaşımı Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenebilirdi<sup>69</sup>. 1980 Darbesinin ürünü olarak anti-demokratik koşullarda hazırlanan 1982 Anayasası otoriteyi ve güvenlikçi yaklaşımları öne çıkararak, siyasal iktidar karşısında hukuk devletini ve temel hak ve özgürlükleri geri plana iten bir mantık üzerine kurulmuştu<sup>70</sup>.

Öte yandan 1987<sup>71</sup>, 1993, 1995 ve 1999 yıllarında temel hak ve özgürlüklerin alanının genişletilmesine yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır. Dar anlamda sistematik yorum anayasal normların bir bütün olarak da yorumlanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde anayasanın ruhunun temel hak ve özgürlükler eksenli dönüştüğünü göstermektedir. Mahkeme bu dönüşümü, çatışmayı giderici “önceki norm-sonraki norm” pratiğiyle veya *alttaki norm-üstteki norm* ilkesinden hareketle “ihmal” yolunu devreye sokarak sağlayabilirdi. Oysa mahkeme bu yolu tercih etmemiştir. Öyleyse Mahkeme, normun anlamına mesafe koyan deyimsel yorum yöntemine, normun anlamının oldukça açık olduğu ve başka makul alternatif yaklaşımların bulunmadığı durumlarda başvurmalı; diğer durumlarda ise bu yöntemle yorum faaliyetinin başlatıcısı olarak yardımcı bir rol biçilmelidir<sup>72</sup>.

Özellikle siyasi parti kapatma davalarında Geçici 15. madde çok sık bir biçimde gündeme gelmiş, Anayasa Mahkemesi bu hükmü deyimsel yorum marifetiyle katı bir biçimde uygulamıştır.

### 3. Siyasi Partiler Kanununun Özgürlükçü Yorumunun Engellenmesi

Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında kullandığı Siyasi Partiler Kanunu’nu temel hak lehine yorumlama eğilimine girmemiştir. Dolayısıyla deyimsel yoruma katı sadakat, Siyasi Partiler Kanunu’nun özgürlükçü yorumunu da engellemiştir. Anayasa Mahkemesi, 1980’li ve 1990’lı yıllarda Siyasi Partiler Kanunu’nun Anayasa’da yer alan parti kapatma nedenlerinin sınırını aşan ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan hükümlerini uygulayarak özgürlük yerine güvenlik kaygısıyla hareket etmiştir. Bu davalarda Anayasa Mahkemesi, kararlarını insan hakları düşüncesini merkeze alarak değil, ideolojik

---

<sup>69</sup> Kaboğlu, İ. Ö. (2007). s. 121, dpt. 106.

<sup>70</sup> Yokuş, S. (2020). “Özgürlükler Bağlamında 1982 Anayasası’nın Evrimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 37, S. 2, s. 3.

<sup>71</sup> 1987 Değişiklikleri temel hak ve özgürlükler rejimiyle doğrudan ilgili olmasa da siyasal alanın genişletilmesine yöneldiği için kayda değerdir.

<sup>72</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 328.

eksenli güvenlikçi paradigmayı devreye sokarak almıştır<sup>73</sup>. Oysa Anayasa Mahkemesi deyimisel yorumu aşır, özgürlükler lehine amaçsal yorum yapabilecek birtakım teknikler geliştirebilirdi. Nitekim Mahkeme, 1997 yılında vermiş olduğu Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılmasına ilişkin davada bu teknikleri yoğun bir biçimde kullanmış ve partinin kapatılmaması yönünde karar almıştır<sup>74</sup>. Bu kararda, Mahkeme üyeleri ortak bir gerekçe kaleme almamıştır. Karara katılan üyeler "ayrık gerekçe" yazmamış, karar gerekçesinin içerisinde üyelerin isimleri başlıklarda kullanılarak farklı yaklaşımlar gerekçelendirilmiştir.

Mahkeme bu kararda Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olan hükümlerini kullanmamak için şu yorum yöntemlerine başvurmuştur: Yekta Güngör Özden, Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu gerekçelerinde dar anlamda sistematik yoruma başvurarak Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini kullanmıştır. Güven Dinçer "ihmal" yoluyla anayasanın doğrudan uygulanması gerektiği fikrinden hareket etmiştir. Haşim Kılıç ve Sacit Adalı ise geniş anlamda sistematik yorum yöntemini kullanarak Siyasi Partiler Kanunu yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanabileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla bu iki üye de "uluslararası hukuka uygun yorum ilkesini" benimsemiştir. Bu gerekçelerden hareketle ilgili parti kapatılmamıştır. Mahkeme geçici 15. maddeyi böylece aşmış ve Anayasa'ya aykırı Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili maddelerini uygulamayacak formüller geliştirmiştir.

Demokratik Barış Hareketi Partisinin kapatılma isteminin sebebi, Diyanet İşleri Başkanlığının genel idari teşkilat dışına çıkarılmasını savunuyor oluşuydu. Oysa Anayasa Mahkemesi aynı gerekçeyle bu karardanyaklaşık dört yıl önce ÖZDEP' i kapatmıştı<sup>75</sup>. ÖZDEP' in oybirliğiyle kapatıldığı göz önünde bulundurulursa Anayasa Mahkemesinin içtihadında ciddi bir değişime gittiği söylenebilir<sup>76</sup>. Bu içtihat değişikliği Anayasa Mahkemesinin genel tutumunu yansıtmamaktaydı. Mahkeme hem bu karar öncesinde hem de sonrasında geçici 15. maddeden hareketle Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı hükümlerini uygulamaktan çekinmemiştir.

---

<sup>73</sup> Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yay., s. 242.

<sup>74</sup> AYM, E.1996/3, K.1997/3, 22/5/1997.

<sup>75</sup> AYM, E.1993/1, K.1993/2, 23/11/1993.

<sup>76</sup> Hakyemez, Y. Ş., "Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Barış Hareketi Partisi Kararı Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 34, S. 4, ss. 49-69.



## B. TARTIŞMALI ALANLARDA ANAYASA MAHKEMESİNİN TARİHSEL YORUMU TERCİHİ NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN KENDİNE ÖZGÜ LAİKLİK VE KENDİNE ÖZGÜ BÖLÜNMEZ BÜTÜNLÜK ANLAYIŞI<sup>77</sup>

### 1. Genel Olarak

Ülkemizdeki tartışmalı alanlarda Mahkemenin tarihi referanslara ağırlık verdiği görülmektedir. Mahkeme, özellikle devleti koruma adına güvenlikçi bir refleksle hareket ettiği davalarda tarihsel yorum yöntemini çok yoğun bir biçimde kullanmıştır. Oysa Esen, tarihsel yorum yönteminde yargıcın gerçeklerden koptuğunu, kendi kendine bir hayal cambazlığı içinde metnin yapılmasındaki genetik özellikleri araştırmaya gittiğini ve ona göre kurula anlam vermeye çalıştığını ileri sürmektedir. Neticede soyut bir davranışla mesele ele alınmaya çalışıldığından bu faaliyet hukuksal gerçeği kavramaya yeterli bir araştırma sağlamaz<sup>78</sup>.

Anayasa Mahkemesinin hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemindeki kararlarında tarihsel yorum, ideolojik kararları için altyapı hazırlamıştır. Dolayısıyla kimi davalarda bu yorum yöntemi, Anayasa Mahkemesinin özgürlükleri dar yorumlamasında Mahkeme için iyi bir gerekçe gibi görülmüştür<sup>79</sup>. Bu gerekçelerin de Anayasa Mahkemesinin tarihsel yorumuna referans sağladığı ileri sürülebilir. Nitekim hem 1961 Anayasasını hazırlayanlar hem de 1982 Anayasasını hazırlayanlar “ülkenin kendine has şartları” olduğu kanaatini taşımışlardır<sup>80</sup>. Temel haklar konusunda oldukça sınırlayıcı bir tavır alan Anayasa Mahkemesi, özellikle laiklik ve üniter devlet ilkelerinin korunması yönünde hareket etmiştir. Anayasa Mahkemesi “hak temeline dayanan” bir anlayışı benimsememiş, “ideoloji temeline dayanan” bir yaklaşım sergilemiştir<sup>81</sup>.

### 2. Anayasa Mahkemesinin Kendine Özgü Laiklik Anlayışı

Mahkeme, 1971 yılında Diyanet İşleri Başkanlığının hukuki statüsüyle ilgili vermiş olduğu bir kararında, hukuksal verilerden daha çok,

---

<sup>77</sup> Çalışma Anayasa Mahkemesinin norm denetimine özgülenmiştir. Oysa bu başlık altında siyasi parti kapatma davalarına da yer verilmiştir. Siyasi parti kapatma davaları bir norm denetimi değildir. Ancak Mahkemenin bazı meseleleri “kendine özgü” yorumlamasına örnek olarak siyasi parti kapatma kararlarını vermemek bir eksiklik olacaktır. Bu yüzden siyasi parti kapatma kararlarına kısaca da olsa değinildi.

<sup>78</sup> Esen, B. N. (1972). *Anayasa'nın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 9.

<sup>79</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 201.

<sup>80</sup> Arslan, Z. (2005). s. 260.

<sup>81</sup> Özbudun, E. (2021). s. 443; Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yay., ss. 441-443.

sosyolojik ve teolojik verileri tarihsel döngü içinde değerlendirmiş ve yorum yöntemini bu noktada ilerleterek karar vermiştir. Mahkemeye göre her ülkenin farklı koşulları laiklik ilkesinin farklı algılanmasına yol açabilir. Mahkeme, laikliğin ortaya çıktığı Batı toplumları ile ülkemiz arasında önemli fark olduğunu, İslam dininin hukuk oluşturma özelliği nedeniyle Hristiyanlıktan ayrıştığını ileri sürmektedir. Mahkeme, Batıyla karşılaştırılınca Hristiyanlıktaki bağımsız ve özerk kilise anlayışının çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede çok farklı sonuçlara neden olacağını düşünmektedir. Bu sebeple Mahkeme, Diyanet İşleri Başkanlığının varlığını Türkiye'deki laik düzenin devamı için zorunlu ve vazgeçilmez bir unsur olarak görmektedir<sup>82</sup>.

Mahkeme 1982 Anayasası döneminde de bu görüşünü sürdürmüştür. ÖZDEP'in kapatılmasına ilişkin davada Mahkeme "*Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer alması ve görevlilerinin memur sayılmasının, ülke koşullarıyla gereksinmelerinin doğurduğu bir zorunluluk sonucu olduğunda kuşku yoktur.*" görüşüne yer vererek ülkemize özgü koşullar gereğince Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içinden çıkarılması isteğinin laiklik ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini kendine özgü bir biçimde "*ülkenin kendine has şartları*"ndan hareket ederek yorumlamıştır.

Mahkemenin kendine özgü laiklik anlayışı, nüfus cüzdanlarında din hanesinin yer almasına ilişkin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davalarda da belirlemektedir. 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının nüfus cüzdanlarında arka yüzde din hanesi bulunmaktaydı. Bu bölüm, kişinin doğumu ile birlikte doldurulmakta; dolayısıyla kişi doğduğunda nüfus kâğıdını almak için nüfus müdürlüğüne başvurmuş olan ebeveyninin beyanına göre nüfus cüzdanındaki din hanesi belirlenmekteydi. Dinî kimliği belirlenmiş olan kişi, 18 yaşına gelip reşit olduğunda ise aynı Kanun'un 11. maddesi gereğince ancak yargı kararı ile nüfus cüzdanı üzerinde düzeltme veya değişiklik yapabilmekteydi. Bu madde, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası olmak üzere Anayasa Mahkemesinin önüne iki kere gelmiştir. Mahkeme, her iki kararında da bu hükmün Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken Nüfus Kanunu tasarisının 43. madde gerekçesine ve ayrıca Millet Meclisinde 43. maddeyle ilgili bir önerenin görüşülmesi

---

<sup>82</sup> AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.

sırasında Meclis başkanı ve Komisyon sözcüsü arasındaki bir diyaloga yer vererek kararını tarihî belgelerle güçlendirmeye çalışmıştır<sup>83</sup>.

Mahkemenin katı tarihselci yaklaşımı türbana ilişkin 1989 yılında vermiş olduğu ilk kararına da yansımıştır<sup>84</sup>. Mahkeme gerekçesinde “Dinler, doğaları gereği lâik değerlerdir. Ancak lâikliğe karşı olmaları da zorunlu değildir. Başka dinlere, dinsel inancı olmayanlara hoşgörüsü olanaklıdır ve İslâm dininde, özellikle Türklerin İslamiyet’i kabulünden sonra, bu soylu yaklaşımın tarihsel örnekleri çoktur.” ifadelerine yer verilerek yüzlerce yıl öncesindeki sosyolojik gelişmelere dayanmıştır. Bu gerekçeden hareketle “katı” laiklik yorumunu<sup>85</sup> şu ifadelerle sürdürmüştür: “Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır.”

Bütün bu kararların ortak noktası laiklik ilkesinin her ülkenin kendi iç dinamikleri göz önünde bulundurularak şekillenmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır. Mahkeme, bu anlayışına tarihsel ve sosyolojik verileri yoğun bir biçimde kullanarak ulaşmaktadır<sup>86</sup>.

Mahkeme son yıllarda vermiş olduğu kimi bireysel başvuru kararlarıyla kendine özgü laiklik anlayışını temel haklar lehine dönüştürme eğilimindedir. Burada tekrar bireysel başvuru mekanizmasının uluslararası insan hakları standartlarına yaklaşmakta üstlendiği önemli rolün altını çizmek gerekir. Kuşkusuz, Mahkemenin oluşum şemasındaki nispeten güçlendirilmiş demokratik meşruluğun katkısı da yadsınamaz. Anayasa Mahkemesinin kendi içtihatlarına yönelik dinamik yorum yaklaşımını yansıtan kararlardan biri olan *Tuğba Arslan* kararı<sup>87</sup> burada örnek olarak gösterilebilir. Bu kararında Mahkeme, Türban yasağına ilişkin daha önceki katı laiklik yorumunu güncellemiş ve din ve vicdan özgürlüğünden hareketle laiklik kavramını demokratik toplum lehinde yenilemiştir<sup>88</sup>.

### 3. Anayasa Mahkemesinin Kendine Özgü Bölünmez Bütünlük Anlayışı

Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin verdiği kararlarında, 1982 Anayasası’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında

---

<sup>83</sup> AYM, E.1979/9, K.1979/44, 27/11/1979; AYM, E.1995/17, K.1995/16, 21/6/1995.

<sup>84</sup> AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989.

<sup>85</sup> Arslan, Z. (2005). s. 245.

<sup>86</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 222.

<sup>87</sup> *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

<sup>88</sup> Eren, A. (2016). s. 276.

belirlenen yasaklardan “devletin bölünmezliği”, en çok uygulanan kriterlerden biri olmuştur. Dolayısıyla Mahkeme, “bölünmezlik kriterini” kapatma nedeni olarak kullanırken oldukça “hassas” davranmaktadır. Mahkeme bu yasağı geniş yorumlamış, devletin yapısı ve bazı toplumsal sorunlarla ilgili hemen hemen her türlü görüş ve önerileri yasak kapsamında değerlendirmiştir<sup>89</sup>. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken “bölünmez bütünlük” ifadesini yorumlarken hukuku aşan tarihsel, sosyolojik, lengüistik ve antropolojik değerlendirmelere de girmiştir<sup>90</sup>. Örneğin Sosyalist Parti kararında Mahkeme, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, Misak-ı Millî belgeleri ve İsmet İnönü’nün Lozan Barış Antlaşması görüşmelerindeki ifadeleriyle tanımlanmıştır<sup>91</sup>. HEP kararında da Mahkeme bu Partinin federatif yapıya ilişkin taleplerini Türkiye Cumhuriyeti’nin tarihsel niteliğine değinerek değerlendirmiştir<sup>92</sup>. Bu tarihsel yaklaşım “kendine özgü” vurgusuyla perçinlenmiştir: “Bölünmez bütünlük ilkesi, devletin bağımsızlığını, ülke ve ulus bütünlüğünün korunmasını da kapsar. Kuruluşundan beri tekil devlet olan Türkiye Cumhuriyeti’nin, bu tarihsel niteliği Anayasalara yansımış olup korunması konusunda güçlü yaptırımlar getirilmiştir. Özen ve duyarlıkla sürdürülen yapı, ulusun varlık nedeni olup başka ülkelerin koşulları ile bir tutulamaz.”

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasa’nın 3. maddesinin ilk fıkrasında yer alan bölünmez bütünlük ifadesinin üniter devleti yansıttığını düşünmüş ve üniter devlet dışında farklı devlet biçimlerini öneren siyasal partileri bu ilkeyi ihlal ettikleri gerekçesinden hareketle kapatmıştır. Bu hâliyle Anayasa Mahkemesi bölünmez bütünlük ifadesini demokratik ülkelerdeki örneklerden farklı bir şekilde ele almıştır. Kanaatimizce bölünmez bütünlük ifadesi tek başına üniter devleti anlatmak için yeterli değildir. Zira üniter olsun federal olsun hiçbir devlet bölünmek istemez. Anayasadaki bölünmez bütünlüğe getirilen ülke ve millet tamlamaları (“Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.”) devletin üç unsurundan coğrafya ve insan unsurunu karşılamakla birlikte son unsur olan hukuki ve siyasal yapılanmadan bahsetmemektedir. Üniter devletler dışındaki devlet modellerinde hukuki ve siyasal yapılanma dikey erkler ayrılığı şeklinde oluşmaktadır. Oysa üniter devletlerde yasama, yürütme ve yargı erklerinin merkezden yerele doğru dikey bir biçimde ayrışması söz konusu değildir.

<sup>89</sup> Arslan, Z. (2005). s. 242.

<sup>90</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 209.

<sup>91</sup> AYM, E.1991/2, K.1992/1, 10/07/1992.

<sup>92</sup> AYM, E.1992/1, K.1993/1, 14.07/1993.

Tek başına bölünmez bütünlük bir temennidir. Nitekim federal devlet olan Brezilya, Nijerya ve Hindistan anayasalarında da bölünmez bütünlük ve benzeri ifadeler bulunmaktadır<sup>93</sup>. Benzer ifadeler bölgesel devlet olan İtalya ve İspanya anayasalarında da bulunmaktadır<sup>94</sup>. Bu karşılaştırmalı örneklerde de görüldüğü gibi Anayasada sadece “bölünmez bütünlük” ifadesinin yer alması o ülkenin üniter devlet olduğunu göstermez. Oysa Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 3. maddesindeki bölünmez bütünlük ifadesinin üniter devleti işaret ettiği yönünde katı bir tarihsel yorum yöntemi geliştirmiştir<sup>95</sup>.

### C. GENİŞ ANLAMDA SİSTEMATİK YORUMDAN KAÇIŞ NETİCESİNDE ULUSLARARASI HUKUKTAN UZAKLAŞMA

Sistematik yorumun biri geniş diğeri dar iki anlamı bulunmaktadır. Geniş anlamda sistematik yorum, anlam kazandırılmak istenen hukuk kuralının metninin yorumcu tarafından, ait olduğu hukuk sisteminin genel felsefesine uygun bir şekilde yorumlanmasıdır<sup>96</sup>. Diğer bir ifadeyle hukuk sisteminin ruhunun metne yansıtılmasıdır. Anayasal normlar bakımından ise bir anayasa hükmünün yalnızca anayasanın sistematigiğine bağlı kalmadan, karşılaştırmalı hukukun verilerinden de yararlanarak anlamlandırılmasıdır<sup>97</sup>. Örneğin Birleşik Krallık Mahkemeleri, Commonwealth ülkelerinin kararlarının dikkate almasını, yabancı hukukların karşılaştırmalı yorumuna örnek kabul etmektedir<sup>98</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanının da karşılaştırmalı hukuk verilerini kullanmakta olduğu dikkat çekmektedir<sup>99</sup>. Özellikle Avrupa İnsan

<sup>93</sup> 1988 Federal Brezilya Anayasası madde 1: “Devletler ve Belediyeler ile Federal Bölgelerin ayrılmaz birliğinin oluşturduğu Federatif Brezilya Cumhuriyeti, demokratik bir hukuk devletidir”;1999 Nijerya Federal Cumhuriyeti Anayasası madde 2: “Nijerya, Nijerya Federal Cumhuriyeti adıyla tanınan, bölünmez ve ayrılmaz egemen tek devlettir”; 1950 Hindistan Anayasası’nın Başlangıç kısmı: “...Hindistan Devleti, insan onuru ile milletin teklifi ve bütünlüğünü güvenceleyerek, yurttaşların kardeşliğini teminat altına alır...”

<sup>94</sup> 1947 İtalya Cumhuriyeti Anayasası madde 5: “Tek ve bölünmez Cumhuriyet, yerel özerklikleri tanır ve güçlendirir; Devlete bağlı hizmetlerde idari ademi merkeziyeti tam olarak uygular; kendi mevzuat ilke ve yöntemlerini özerklik ve yerinden yönetimin gerekliliklerine uyumlu hale getirir.”, 1978 İspanya Anayasası madde 2: “Anayasa, İspanyol ulusunun ayrılmaz birliği ile ülkenin bütün İspanyolların ortak ve bölünmez yurdu olduğu ilkesine dayanır. Anayasa, ulusu oluşturan milliyetlerin ve bölgelerin özerklik hakları ile aralarındaki dayanışmayı tanır ve güvenceler.”

<sup>95</sup> Gedik, Ö. (2013). s. 226.

<sup>96</sup> Aktaş, S. (2011). “Hukukta Yorum Çabaları”, EÜHFD, C. XV, S. 3–4, s. 23.

<sup>97</sup> Boyar, O. (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, ss. 145-146.

<sup>98</sup> Wegerich, T. C. (1991). “Statutory Interpretation in Germany: The Continental Approach to Dealing with The Law”, *Holdsworth Law Review*, Vol. 15, s. 225.

<sup>99</sup> Metin, Y. (2008). “Anayasa’nın yorumlanmasında Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Yeri ve Önemi”, *Ergun Özbudun’a Armağan*, C. II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., s. 447.

Hakları Mahkemesinin kararları, Adalet Divanının kararlarında ilham verici bir işlev üstlenmiştir<sup>100</sup>. Dolayısıyla anayasal yorum bakımından Anayasa'daki bir kuralın metni yorumlanırken konuyu ele almış bütün uluslararası hukuk kaynaklarına referans yapılabilir. İnsan haklarına saygı, demokratik devlet ve hukuk devleti ilkeleri uluslararası hukuka uygun yorumun kaynağı olarak gösterilebilir<sup>101</sup>. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında Anayasa'nın yorumunda uluslararası belgelerin destek ölçü norm olarak kullanılabilmesini belirtmektedir. Buna göre *"Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa'nın 'Kanun önünde eşitlik' başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır... Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir"*<sup>102</sup>. Görüldüğü gibi Mahkeme uluslararası hukuk kurallarının destek ölçü norm olarak kullanılabilmesini düşünmektedir. Bu çerçevede Mahkeme zaman zaman uluslararası hukuktan yararlanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin kadın-erkek eşitliğine ilişkin içtihadında kimi zaman karşılaştırmalı hukuka ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur<sup>103</sup>. Benzer şekilde BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne de kararlarında yer vermiştir<sup>104</sup>. Bireysel başvuru incelemesi görevini üstlenmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukuka daha çok yer verdiği söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin norm denetimine ilişkin kararlarında hala uluslararası hukuka yeterince açık olduğu iddia edilemez. Örneğin BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece beş norm denetimi kararında gönderme yapılmıştır<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Değer, A. O. (2008). Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasında Yargı Yetkisinin Kullanılmasında İşbirliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, ss. 61-81.

<sup>101</sup> Eren, A. (2016). s. 287.

<sup>102</sup> Bkz. AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996.

<sup>103</sup> Oder, B. E. (2013). Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Toplantısı, İkinci Oturum, (Yayına Hazırlayan: Ozan Ergül), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., s. 398.

<sup>104</sup> AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021; AYM, E.2018/81, K.2021/45, 24/6/2021; AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020; AYM, E.2020/21, K.2020/53, 1/10/2020; AYM, E.2018/92, K.2019/67, 25/7/2019.

<sup>105</sup> AYM, E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011; AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998; AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998; AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996; (AYM, E.1990/30,



Yukarıda deyimisel yoruma katı sadakatin Siyasi Partiler Kanunu'nun özgürlükler lehine yorumlanmasında engel teşkil ettiğinden bahsedilmişti. Uluslararası hukuka başvuru, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin genişletici yorum yöntemini kullanması, parlamento tarafından bir türlü demokratikleştirilmeyen Siyasi Partiler Kanunu'nun hak temelli yorumunu mümkün kılabilirdi. Fakat Mahkeme bu yöntemi genel olarak tercih etmemiştir. Öte yandan azınlıkta da kalsa kimi kararlarında uluslararası hukuka Mahkemenin başvurduğu görülmüş ve bu sayede aleyhine dava açılan partinin kapatılmaması yönünde karar çıkmıştır. Demokratik Barış Hareketi Partisinin kapatılmasının reddine ilişkin kararda Haşim Kılıç ve Sacit Adalı, Anayasa'nın 90. maddesinden hareketle geçici 15. maddenin koruyuculuğundan dolayı aykırılığı iddia edilemeyen Siyasi Partiler Kanunu yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanabileceğini belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin siyasi partileri de kapsayan örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen 10 ve 11. maddelerinin barışçı yolları amaç edinenlerin şiddete başvurmadan her ortamda düşüncelerini örgütlü ya da örgütsüz ifade edebilmelerini belirttiğini vurgulamışlardır. Ancak bu görüşün ayrı bir başlık altında bu iki üye tarafından dile getirildiği ve gerekçenin bütününe ilişkin hâkim bir düşünce olmadığının altını çizmek gerekir.

Son yıllarda bireysel başvuru kararlarıyla birlikte Türk Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını iç hukuka aktarmakta oldukça başarılı olduğu gözlenmektedir<sup>106</sup>. Bu olumlu tecrübenin kuşkusuz norm denetimine de büyük katkısı olacaktır.

## SONUÇ

Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşu anayasa yargısının oluşum evresinin ikinci dönemine rastlamaktadır. Anayasa yargısının ilk evresi Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan yaygın denetimdir. İkinci evre İkinci Dünya Savaşı sonrasında Kıta Avrupası'nda Anayasa Mahkemelerinin doğuşuna denk gelmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, başlangıçtaki yapılanmasıyla siyasi niteliği ağır basan Fransız Anayasa Konseyi bir tarafa bırakılırsa, dünyadaki dördüncü anayasa mahkemesidir. Altmış yıllık birikim, Türk Anayasa Mahkemesini dünyanın en tecrübeli

---

K.1990/31, 29/11/1990, bu kararda mahkeme İsviçre, Alman ve Fransız Medeni Kanunlarına da göndermede bulunmuştur.) Karşılıy yazısında AYM, E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015; AYM, E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011; AYM, E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011; AYM, E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011; AYM, E.1997/61, K.1998/59, 29/9/1998; AYM, E.1997/27, K.1998/43, 30/6/1998.

<sup>106</sup> Eren, A. (2016). s. 232.

mahkemelerinden biri hâline getirmiştir. Mahkemenin 1961 ve 1982 Anayasası dönemleri olmak üzere iki anayasal dönemde faaliyette bulunmuş olmasına rağmen, 2010 Anayasa değişikliğini de hesaba katarak Türk Anayasa Mahkemesinin tarihini üç döneme ayırmak mümkündür. 1960 darbesinin 1980'dekine göre daha hızlı demokrasiye geçiş süreci ve 1961 Anayasası'nın kurduğu Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyetinin daha yüksek olması, insan hakları ve hukuk devleti arayışında ilk dönemi, ikinci dönemin bir adım ilerisine taşımıştır. 1982 Anayasası döneminde tali kurucu iktidar, Anayasa'nun ilk hâlindeki bütün olumsuzluklara rağmen özellikle hak ve özgürlükler rejimi bakımından çok önemli iyileştirmeler gerçekleştirmiştir. 1995, 2001 ve 2004 değişikliklerinin hak ve özgürlükler rejimini ileri boyutlara taşıdığı bir gerçektir. Ancak bu iyileştirmeler, Mahkemenin üçüncü evresinde yargı kararlarına yansımaya başlamıştır. 2010 yılında devreye giren bireysel başvuru mekanizması Mahkemeyi dönüştürmüş, Anayasa'daki olumlu değişikliklerin bireylerin hayatlarına yansımaları sağlamıştır. Denilebilir ki bireysel başvuru mekanizması soyut ilkelere dönüşen ve statik niteliğe sahip anayasa kurallarını dinamik hâle getirerek bireylerin yaşamının merkezine çekmiştir.

Altmış yıllık içtihadı göz önünde bulundurulursa Mahkeme, kimi kararlarında klasik yorum yaklaşımıyla hareket ederek kuralı anlamakla yetinmiş, kimi kararlarında ise realist yorum yaklaşımını kullanıp norma anlam vererek kendi yetkilerini genişletmiştir. Mahkeme kendi yetkilerini yürürlüğü durdurma kararlarında, yorumlu ret kararlarında, OHAL KHK'larını nitelendirme yetkisini kendinde gördüğü kararlarında ve kuralı daraltan örtülü iptal kararlarında cesur bir biçimde kullanmıştır. Özellikle genel olarak itiraz davalarında başvurduğu kuralı daraltan örtülü iptal kararları bireysel başvuru mekanizmasının kabulünden sonraki dönemde daha sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Anayasa mahkemelerinin varlık sebebine uygun bu kararlar, norm denetimini bireysel başvuruya yaklaştırmış; Mahkemeyi hak temelli çözüm arayışı çizgisine doğru çekmiştir.

Mahkeme kimi kararlarında ise klasik yorum yöntemlerini özgürlükleri ikinci plana alacak şekilde kullanmıştır. Deyimsel yorum yöntemi, tarihsel yorum yöntemi, sistematik yorum yöntemi ve amaçsal yorum yöntemi şeklinde dört başlık altında toplanması mümkün olan bu klasik yorum yöntemlerini Mahkeme; somut olayın özelliklerine göre kimi zaman



birlikte, kimi zamanda birine, diğerlerine nazaran daha fazla öncelik vererek kullanmıştır.

Mahkemenin diğer yöntemlerini geride bırakıp deyimsel yoruma sıkı sıkıya bağlı kaldığı kararlarda, kimi zaman Anayasa Mahkemesinin katı pozitivist bir yaklaşım içine girdiği görülmektedir. Bu tutum, Mahkemenin kimi kararlarında alternatif çözümleri görmesini de engellemiştir. Mahkemenin geçici 15. maddenin kalıcılığı konusundaki katı deyimsel yorumundan kaynaklanan içtihadı, 1980-1983 arasındaki olağanüstü dönemin sonraki yıllara da yayılmasına yol açmıştır.

Mahkeme 1990'lı yıllarda da tarihsel yorum yöntemini, diğer yorum yöntemlerinin yanında gerekçelerinin merkezine oturtmuştur. Mahkeme, özellikle laiklik ve bölünmez bütünlük gibi Türkiye'de uzlaşılması zor olan alanlara ilişkin davalarda tarihsel yorumla hareket etme eğilimini tercih etmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme tarihsel yorum yöntemini ülkede siyasal dalgalanmaların çoğaldığı dönemlerde genellikle güvenlikçi ideoloji eksenindeki mevcut durumu korumak amacıyla kullanmıştır. Bu eğilim, Mahkemenin kararlarını uluslararası hukukun özgürlükler lehine olan yaklaşımından uzaklaştırmış; Mahkemenin "*kendine özgü*" laiklik ve bölünmez bütünlük anlayışının doğmasına neden olmuştur.

Sistematik yorumun biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki ayrı boyutundan söz edilebilir. Yorumcu, yoruma konu olan anayasa hükmünü yalnızca o anayasanın sistematliğini dikkate alarak yorumluyorsa dar anlamda sistematik yorum söz konusudur. Öte yandan bir anayasa hükmünün yalnızca anayasanın sistematğine bağlı kalmadan, ilgili hukuk sistemi içinde, karşılaştırmalı hukukun verilerinden de yararlanarak anlamlandırılması geniş anlamda sistematik yorumu oluşturur. 1982 Anayasası'nın hak ve özgürlükler rejiminde çok kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu olumlu değişiklikler 2010 Anayasa değişikliğine kadar Mahkemenin yorum yöntemini gereği kadar etkileyememiştir. Mahkeme bireysel başvuru mekanizmasının devreye girmesiyle birlikte hak temelli yorumla karar vermeye başlamıştır. Bu durum bireysel başvurunun dönüştürücü gücü olarak değerlendirilebilir. Oysa Mahkeme daha öncesinde de sistematik yorum yöntemini kullanarak hem karşılaştırmalı hukuk verilerinden hareketle hem de 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikleri göz önünde bulundurarak kararlarını hak temelli dönüştürebilirdi.

## KAYNAKÇA

- AKTAŞ, Sururi (2011). "Hukukta Yorum Çabaları", *EÜHFD*, C. XV, S. 3-4, ss. 1-33.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARSEL, İlhan (1970). *Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- ARSLAN, Zühtü (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- BOYAR, Oya (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi.
- BOYAR, Oya (2021). *Anayasal Yoruma Giriş*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- CAN, Osman (2007). "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", *AÜSBFD Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, C. 62, S. 3, ss. 101-139.
- ÇAĞLAR, B. (1985). "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı*, C. 2., ss. 163 – 195.
- DÖNER, Ayhan (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. II. (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa, (2015). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- EREN, Abdurrahman (2016). "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, ss. 231-301.
- ESEN, Bülent Nuri (1972). *Anayasa'nın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- ESEN, Selin (2008). *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GEDİK, Ömer (2013). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi.
- GÖREN, Zafer (1995). "Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları", *Anayasa Yargısı*, C. 12, ss. 194-243.

- GÖZLER, Kemal (1998). "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, C. 15, ss. 207-243.
- GÖZLER, Kemal (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.
- GÜRAN, Sait (1995). "Anayasa Mahkemesinin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması", *Anayasa Yargısı*, C. 12, ss. 193-197.
- GÜRİZ, Adnan (2006). *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2010). "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Aykırı İctihadı", *Liberal Düşünce*, C. 15, S. 57-58, ss. 61-68.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2001) "Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Barış Hareketi Partisi Kararı Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 34, S. 4, ss. 49-69.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- İNCEOĞLU, Sibel (2013). "Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 30, S. 1, ss. 83-106.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2007). *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2007.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2015). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 10. Baskı, İstanbul: Legal Yayınevi.
- KÖKÜSARI, İsmail (2009). *Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KURU, Ahmet T. (2011). *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik ABD, Fransa ve Türkiye*, Eylem Çağdaş Babaoğlu (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- MATHIEU, Bertrand (2011). "Le Conseil constitutionnel 'législateur positif' ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative", içinde *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Allan R. Brewer-Carias (Der.), Cambridge University Press, ss. 471-496.
- METİN, Yüksel (2008). "Anayasa'nın Yorumlanmasında Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Yeri ve Önemi", *Ergun Özbudun'a Armağan*, C. II, Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.

- ODER, Bertil Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ODER, Bertil Emrah (2013). Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Toplantısı, İkinci Oturum, (Yayına Hazırlayan: Ozan Ergül), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 21. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- RUHİ, Emin (2001). "Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", *EÜHFD*, C.V, S.1-4, ss. 129-150.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2009). *Türk Anayasa Hukuku*, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- TROPER, Michel (2006). "Une Théorie Réaliste de L'Interprétation", *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, V. 2, N. 8, ss. 301-318.
- ÜNSAL, Artun (1980). *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara: AÜSBF Yayınları.
- WEGERICH, Thomas C. (1991). "Statutory Interpretation in Germany: The Continental Approach to Dealing with The Law", *Holdsworth Law Review*, Vol. 15.
- YANCIÖZALP, Nihan (2018). *Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YELKEN, Hamit (2022). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Denetimi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- YOKUŞ, Sevtap (2020). "Özgürlükler Bağlamında 1982 Anayasası'nın Evrimi", *Anayasa Yargısı*, C. 37, S. 2, ss. 1-30.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- AYM, E.1962/211, K.1962/121, 26/12/1962.
- AYM, E.1963/174, K.1963/115, 20/5/1963.
- AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.
- AYM, E.1973/3, K.1973/37, 20/12/1973.
- AYM, E.1973/37, K.1975/22, 25/2/1975.
- AYM, E.1976/13, K.1976/31, 3/6/1976.
- AYM, E.1979/9, K.1979/44, 27/11/1979.

- AYM, E.1981/8, K.1982/3, 6/5/1982.  
AYM, E.1981/13, K.1983/8, 28/4/1983.  
AYM, E.1984/8, K.1984/10, 20/9/1984.  
AYM, E.1987/9, K.1987/15, 18/6/1987.  
AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.  
AYM, E.1990/30, K.1990/31, 29/11/1990.  
AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/1/1991.  
AYM, E.1991/6, K.1991/20, 3/7/1991.  
AYM, E.1991/31, K.1991/27, 12/9/1991.  
AYM, E.1991/2, K.1992/1, 10/7/1992.  
AYM, E.1992/1, K.1993/1, 14/7/1993.  
AYM, E.1993/33, K.1993/40-2, 21/10/1993.  
AYM, E.1993/1, K.1993/2, 23/11/1993.  
AYM, E.1995/17, K.1995/16, 21/6/1995.  
AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996.  
AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996.  
AYM, E.1996/3, K.1997/3, 22/5/1997.  
AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998.  
AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998.  
AYM, E.1997/27, K.1998/43, 30/6/1998.  
AYM, E.1997/61, K.1998/59, 29/9/1998.  
AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.  
AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.  
AYM, E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011.  
AYM, E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011.  
AYM, E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011.  
AYM, E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011.  
AYM, E.2011/116, K.2012/39, 15/3/2012.  
AYM, E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015.  
AYM, E.2018/92, K.2019/67, 25/7/2019.  
AYM, E.2020/21, K. 2020/53, 1/10/2020.  
AYM, E.2017/21, K. 2020/77, 24/12/2020.  
AYM, E.2018/81, K.2021/45, 24/6/2021.  
AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021.  
AYM, E.2021/117, K.2022/10, 26/1/2022.  
AYM, E.2021/34, K.2022/21, 24/2/2022.  
*Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

## BİRİNCİ OTURUM: SORU-CEVAP

**- Hamit YELKEN (Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Başraportörü)**

Konuşmacılarımızın son derece verimli ve değerli sunumlarından çok istifade ettiğimi belirterek sorumu sormak istiyorum. Benim sorum Bertil ve Ömer hocalarıma. Malumunuz bu yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili öteden beri devam eden bir tartışma var. Acaba bunlar bağlayıcı mı diye. Anayasa Mahkemesinin özellikle son yıllarda hak eksenli yaklaşımını dikkate aldığımızda Mahkemenin bir kurala anayasaya uygun anlamı vermek suretiyle ret kararı verdiği kararlarındaki gerekçenin bağlayıcılığı hususunda ne söylersiniz? Bunlar bağlayıcı mıdır veya en azından mahkemelerin bunları dikkate alma zorunluluğu var mıdır?

**- Bertil Emrah ODER** Çok teşekkür ederim. Ben özellikle bu yorumlu iptal meselesine bu oturumda değinilmesinden ayrıca memnuniyet duyduğumu paylaşmak isterim. Çünkü bu içtihat çıktığından beri ben de üzerinde düşünüyorum ve özellikle Medeni Kanun'a ilişkin içtihatlarla ilgili paralellik kurmuştum. Hem yorumlu ret hem de yorumlu iptalde birincisinde aslında yasama organının yetkisine daha az müdahale eden bir tutum var. Tabii Türkiye'de yorumlu ret daha çok türbana ilişkin içtihat bakımından tartışıldığı için büyük bir siyasal tartışmaya dönüştü oysa Anayasa Mahkemesi o içtihattan önce de sonrasında da çeşitli yorumlu ret kararlarını kamuoyunun gündemine hiç gelmemiş daha teknik hukuki meselelerde de veriyordu. Yorumlu iptallerde de aynı şekilde yasama organının otoritesine daha fazla saygı duyan bir tutum olduğunu belirtmek gerekir. Yorumlu ret ve yorumlu iptal konusundaki tartışmalar karşılaştırmalı hukukta daha çok eşitlik ilkesine ilişkin, bu noktada birtakım uygulama güçlükleri de çıkıyor. Eşitlik ilkesine ilişkin uyumun sağlanmadığı durumlarda ya da genel olarak fiilî eşitliği bir norm çok nötr olmasına rağmen sağlayamıyorsa bu tarz yorumlu ret veya yorumlu iptal kararları karşımıza çıkıyor. Bu tarz kararlar bakımından

yorumlu ret özelinde Anayasa Mahkemesinin öngördüğü Anayasa odaklı yorum tek seçenek ise yani başka hiçbir şekilde Anayasa'ya uygun bir yorum seçeneği karşımıza çıkmıyorsa o zaman bağlayıcı olduğunu düşünmemiz gerekir. Aksi takdirde o kararın hiçbir etkisi kalmaz. Fakat bazen öyle durumlar olabilir ki Anayasa'ya uygun yorum seçenekleri birden fazla olabilir ve Anayasa Mahkemesi bir tanesini tercih etmiş olabilir. Bir başka yargı organı ya da örneğin yürütme farklı bir yorumu tercih etmiş olabilir. Bütün bunların da tartışılması demokratik toplum düzeninin bir gereğidir ve bunlar da yargısal uyumsuzluklara konu olursa anayasa yargısını çeşitlendirecek, zenginleştirecek bir olasılık, bir fırsat da karşımıza çıkabilir. Ama ben yorumlu iptal konusunda söylenenlere de tamamen burada katılıyorum. Burada tam tersine yasama organının yasa koyucunun iradesini güçlendiren bir yön olduğunu da tespit etmemiz gerekir. Karşılaştırmalı hukukta da benzer tartışmalar devam ediyor bunu da bilerek konuşmamız lazım.

- **Ömer GEDİK** Bertil hocam gayet makul bir şekilde konuyu özetledi. Birden fazla yoruma imkân tanıyorsa elbette bağlayıcı olmaz, ben öyle anladım. Bağlayıcı olmaz ama yasama organına bir direktif verdiğini de kabul etmemiz gerekiyor. Yani yasama organı Anayasa Mahkemesinin kararlarını, gerekçelerini takip etmeli ve Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara paralel konuda kanunlarda değişiklik yapmalı. Burada yeri gelmişken ihmal yoluyla Anayasa'ya aykırılık meselesine de vurgu yapmak gerekiyor. Türkiye'de yok ama Portekiz, Macaristan, Polonya, İtalya, Almanya gibi Avrupa ülkelerinde var olan bir müessese. Bu yorumlu iptal dediğim meselede Anayasa Mahkemesi ihmal yoluyla Anayasa'ya aykırılığı da deneyebilirdi. Parlamento'ya belki direktif olabilir –buna emir, talimat anlamında elbette değil o zaman tabii ki yargısal aktivizme kaçmış olma riski var– ama en azından nasıl yorumlanması gerektiği konusundaki eksiklerin tespiti yasadaki arızalı kısımların Parlamento tarafından dönüştürülmesi, giderilmesi için bu önemli. Benim kanaatime göre yorumlu reddin tek bir yoruma kapı aralıyorsa bağlayıcı olduğu ama birden çok yoruma kapı aralıyorsa elbette bağlayıcı olmadığı. Ama bu şansızlık hakikaten. Çünkü 1962'den beri aşağı yukarı Anayasa Mahkemesi benzer yönde karar veriyordu zaten.

**-Mehmet AKARCA** Ben Anayasa Mahkememizin 60. kuruluş yıl dönümünü tekrar yürekten kutluyorum. Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin en önemli teminatlarından biridir. Diğer yargı organları ile birlikte Anayasa Mahkememizin ortaya koyduğu bu özverili çalışmalar nedeniyle başta Sayın Başkan ve değerli üyeler olmak üzere tüm mahkeme çalışanlarına ve yüksek mahkeme camiasına en içten başarı ve iyi dileklerimi sunuyorum. Oturumu burada sona erdiriyoruz, hepinize saygılar sunuyorum.





# *İkinci Oturum*

**“Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Yorumlanmasında  
Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Etkisi”**

**Oturum Başkanı**

**Zeki Yiğit**

Danıştay Başkanı

**Konuşmacılar**

**Gianni Buquicchio**

Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu Özel Temsilcisi

**Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel  
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**Özgür Duman**

Anayasa Mahkemesi Bölümler Başraportörü



## İkinci Oturum

### Danıştay Başkanı Zeki YİĞİT

Sayın Anayasa Mahkemesinin Değerli Başkanı,

Değerli Misafirler, Kıymetli Katılımcılar,

Hepinize iyi günler diliyorum. Ülkemize değişik ülkelerden teşrif eden değerli misafirlerimize hoş geldiniz diyorum. Anayasa Mahkemesinin öncelikle 60. kuruluş yıl dönümünü kutluyorum. Değerli Başkanı ve kıymetli üyelerine başarılı çalışmalarının devamını diliyorum.

Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümü nedeniyle düzenlenen “Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa’nın Yorumlanması” temalı sempozyumun ikinci oturumuna başlıyoruz. İkinci oturumun konu başlığı “Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Yorumlanmasında Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Etkisi”. Bu başlık altında üç tebliğ sunulacak. Tebliğlerin sunum süresi önümüzdeki programa göre on beşer dakika olacak. Akabinde de otuz dakikalık bir soru-cevap faslımız olacak. Bu bölümde ilk sunumun konusu “Demokrasiyi, İnsan Haklarının Korunmasını ve Hukukun Üstünlüğünü Geliştirme Aracı Olarak Karşılaştırmalı Anayasal Yorum” başlıklı tebliğiyle Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu Özel Temsilcisi Gianni BUQUICCHIO yapacaktır. Buyurun.





## COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AS A MEANS TO PROMOTE DEMOCRACY, THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND THE RULE OF LAW

**Gianni BUQUICCHIO\***

Mr President of the Constitutional Court of Turkey,  
Presidents and Judges of Constitutional Courts,  
Ladies and Gentlemen,

I am pleased to be with you in Ankara and to meet with you in person. The long period of online meetings was a very difficult one. Meeting in person is essential for substantive discussions, not only during the official session of the conference, but also in between. Let me start by congratulating the Constitutional Court of Turkey on its 60<sup>th</sup> anniversary.

I would like to thank President Arslan and all the Members of the Constitutional Court for their important work in safeguarding the Constitution and its principles as well as our common values. You do so in a difficult environment, and it is remarkable that your Court continues adopting judgments that protect human rights. The introduction in 2012 of the individual application to the Constitutional Court of Turkey under Article 148 of the Turkish Constitution was a success and you uphold this important achievement.

In our session of the conference, we discuss the Effect of International Human Rights Law in the Interpretation of Constitutional Rights and Freedoms. This topic goes right to the heart of the individual complaint. Article 90 of the Turkish Constitution establishes a system of human rights protection that is very open to international treaties: “In case of a conflict between the laws and international agreements duly put into effect in the field of fundamental rights and freedoms due to different in provisions on the same matter, the provisions of the international agreements shall prevail.”

\* President Emeritus, Special Representative of the Venice Commission.

This means that human rights treaties prevail over ordinary Turkish national laws, but not over the Turkish Constitution. This provision of the Constitution is directly applicable and its hierarchy must be respected not only by judges and prosecutors but also by the police and any other state official. And it is your task, as Members of the Constitutional Court, to ensure respect for this hierarchy.

When we talk about international treaties in the field of fundamental rights and freedoms, alongside the International Covenant on Civil and Political Rights, it is of course the European Convention on Human Rights that is the most relevant treaty in this respect. And when we refer to the Convention, we mean the Convention as interpreted by the European Court of Human Rights. The Strasbourg Court gives life to the Articles of the Convention and decides authoritatively for all Parties to the Convention how the Articles of the Convention are to be interpreted.

When we talk about interpretation in the context of the European Convention on Human Rights, the principle of proportionality is of course also a formidable interpretation tool.

Before we come to proportionality, let me briefly touch upon other interpretation techniques and how they can relate to our topic, also in the light of Article 90 of the Turkish Constitution. In deciding on constitutional matters, notably in the framework of the constitutional complaint, you interpret several texts. Whatever the act is that caused the alleged human rights violation, as part of the decision on the individual application you also have to interpret various texts. You interpret the national law that is the basis for the act, you interpret the relevant Articles of the Turkish Constitution and – under Article 90 of the Turkish Constitution you do so by taking into account the European Convention on Human Rights.

In this exercise of interpreting texts, you will normally start with a literal interpretation; this first method, however, will, in many cases, not be sufficient to understand the full meaning and reach of a legal text. Often, in addition, the “historical interpretation” approach will be helpful. This method consists in exploring the manner in which an act was adopted, what the intentions of its authors were and, how the text fits into the constitutional framework and that of the other pre-existing legislation. A “systematic interpretation”, one taking into account the whole system of laws surrounding the one under consideration, will enrich the interpretative tools of the Court, and possibly enable it to have

recourse to an interpretation by analogy or to reason *a contrario*. Finally, a “teleological interpretation”, one which takes as a starting point the aim pursued by the legal act under analysis, will allow the Court to interpret it in the manner which best fulfils the original purpose of the normative text in the society.

All these techniques are at our disposal and the judge may apply them either alone or cumulatively, of course arguing why a specific technique is more appropriate than another in any given case. These techniques refer to the interpretation of *the text* but they do not yet relate to the result of the examination of *the case* by the constitutional judge.

There is another, finer tool, which has the advantage of avoiding the necessity of annulling a text which is found to be ambiguous, as unfortunately is often the case. Indeed, it may happen that the aforementioned techniques reveal that there is more than one possible interpretation, one being in conformity with the Constitution and the other not. In such cases, the constitutional judge may decide that the interpretation, which is in conformity with the constitution, must be applied by all state bodies. We can describe this method as the “power to ensure constitutionality through a specific interpretation”. In this concept, we see elements of the presumption of constitutionality and of the so-called “double construction rule”.

However, there can be serious drawbacks when the – correct constitutional – interpretation given by the Constitutional Court is not followed in practice by the other courts and State bodies. Conversely, and in order to overcome this problem, the Constitutional Court can invalidate a legal provision if it is consistently interpreted by the ordinary courts in an unconstitutional manner. This means that the legislator must adopt a new legal provision, which hopefully follows the correct constitutional interpretation and thus ends the previous unconstitutional interpretation of the law.

Mr President,

Let me come back to the technique widely used by the European Court of Human Rights and many other Constitutional Courts, notably the Federal Constitutional Court of Germany, which developed it. With a few exceptions - for instance torture which remains strictly prohibited in all cases - most human rights allow for some limitations. In the European Convention on Human Rights, references to these limitations are typically



found in the second paragraph of the relevant articles. Rights that may be limited are *inter alia* the right to liberty, fair trial, the freedom of expression, freedom of assembly and so on. However, to what extent may these rights be limited? Here, the principle of proportionality comes into play and provides important guidance.

Where the case concerns a negative obligation, the European Court of Human Rights usually assesses a series of questions to determine whether an interference in a right was justified under the Convention:

1. Is the interference in accordance with the law?
2. Was the interference in pursuit of a legitimate aim? and
3. Is it necessary in a democratic society?

Thus, these limitations must be made for legitimate reasons that do not constitute a disproportionate and unreasonable interference with the aim pursued, undermining the very substance of that right.

To take only a few examples, the right to freedom of assembly is not absolute; it may be subject to restrictions in accordance with paragraph 2 of Article 11 of the Convention. However, any interference with the exercise of that right must be necessary in a democratic society. An interference will constitute a breach of Article 11 unless it was “prescribed by law”, pursued one or more legitimate aims and was “necessary in a democratic society” for the achievement of those aims.

The proportionality test is also critical for the prohibition or dissolution of political parties, which is a very far-reaching measure that should be used with the utmost restraint. The European Court of Human rights takes into account whether there is a risk of democratic principles being undermined and whether this establishes a “pressing social need”. The Strasbourg Court takes into account the following points: (i) whether there was plausible evidence that the risk to democracy was sufficiently imminent; (ii) whether the party’s leaders’ acts and speeches taken into consideration in the case under review were imputable to the political party concerned; and (iii) whether the acts and speeches imputable to the political party formed a whole which gave a clear picture of a model of society conceived and advocated by the party which was incompatible with the concept of a “democratic society”.

Recently, in a number of European countries, we have encountered problems with a wide interpretation of emergency powers, in the context

of the Covid pandemic. Constitutional Courts and equivalent bodies all over the world had to rein in excessive interpretations of emergency powers of the executive powers. The States' margin of appreciation in times of emergency is indeed larger than during normal times. This was particularly true in the situation where information about the virus and the most efficient ways of combatting it was scarce or uncertain. However, a larger margin of appreciation cannot make judicial review meaningless and –as we have seen– the Constitutional Court took that control very seriously.

Mr President,

Let me conclude that constitutional interpretation is a wide field. Traditional techniques of interpretation apply alongside specific techniques required for determining the scope of possible limitations to human rights. In this respect, the principle of proportionality, which is indeed an interpretation technique has a central role to play.

It is up to the Members of the Constitutional Court of Turkey to choose in each case the appropriate techniques of interpretation and to interpret the applicable texts. Notably in the framework of deciding on individual applications, it is upon you to decide which limitations to human rights are acceptable. In this choice you are guided by the values of the Constitution, by the principles of democracy, the protection of human rights and the rule of law.

You have given an oath to defend the Constitution of the Republic of Turkey and fundamental rights and freedoms and to abide by the understanding of the law in accordance with the fundamental principles upon which the Constitution is based to the best of your conscience and without being prejudiced by any influence and concern whatsoever.

I trust you to honour this oath.

Thank you for your attention.





## ANAYASA'NIN 90. MADDESİNİN 5. FIKRASI VE TÜRK YARGI UYGULAMASINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU\*

### I. UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARIN ESAS ALINMASININ KOŞULLARI

1961 Anayasası'nın 65.maddesinin son fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz<sup>1</sup>." hükmü neredeyse aynı şekilde 1982 Anayasasına aktarılmıştır: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz<sup>2</sup>."

Görüldüğü üzere 1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri ve değeri konusunda iki kural koymuştur: (1) milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir, (2) bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Bu iki kuraldan hareketle söz konusu düzenlemenin iç hukuktaki yeri ve değeri siyasal, bilimsel ve yargısal çevrelerde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Söz konusu tartışmalarda uluslararası sözleşmeleri kanunlarla aynı seviyede sayan görüş, kanunların üstünde ancak anayasanın altında sayan görüş, insan haklarına ilişkin olanları anayasal statüde ve hatta anayasanın da üstünde sayan görüş olmak üzere üç farklı yaklaşım dikkat çekmiştir<sup>3</sup>. Milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 20.07.1960, Sayı: 10859.

<sup>2</sup> Hükmün ilk hali için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 20.10.1982, Sayı: 17844.

<sup>3</sup> Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Aybay, R. (1978). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku*, İnsan Hakları Armağanı, Ankara: Doğan Basımevi, ss. 116-134; Soysal, M. (1985). "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı*, C. 2, s. 15 vd.; Gözübüyük, A. Ş. (1987). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yılığ*, C. 9, ss. 3-40; Akıllıoğlu, T. (1989). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜSBFD*, C. 44, S. 3, s. 155, 173; Batum, S. (1993). *Avrupa*

yeri ve buna bağlı olarak çatışma hâlinde hangisinin içerdiği hükümlerin uygulanacağı ekseninde şekillenen ve bir uzlaşmaya varılmayan bu tartışmaları sona erdirmek amacıyla<sup>4</sup>, 7/5/2004 tarihinde kabul edilen 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesine aşağıdaki hüküm eklenmiştir<sup>5</sup>:

*"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."*

Anayasaya eklenen bu hüküm, milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusundaki tartışmaları sona erdirmemiştir. Tam tersine başlangıçta daha az taraftar bulan insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaları kanunların üstünde, anayasal statüde hatta anayasadan da üstte gören üçüncü görüşün güçlenmesine neden olmuştur<sup>6</sup>. Ancak bu yeni hüküm ikinci sorunu en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bakımından sona erdirmiştir. Anayasa'ya göre çatışma hâlinde kanun hükmü ihmal edilecek ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükmü uygulanacaktır.

---

*İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul; Pazarcı, H. (1994). *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 31 vd.; Yüzbaşıoğlu, N. (1994). "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. II, S. 1, ss. 26-38; Gözler, K. (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaya üstünlüğü Sorunu, içinde Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE (s. 25-46), Ankara; Tunç, H. (2000). "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 17, ss. 174-192; Gülmez, M. (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, ss. 147-161; Yokuş, S. (2017). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*, Ankara: Seçkin Yay., ss. 88-91; Acar, A. (2017). "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımnî İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 11, ss. 137-190.

<sup>4</sup> Madde gerekçesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir: "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir."

<sup>5</sup> Yürürlük maddesi dâhil toplam 11 maddeden oluşan anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun en az "kabul" oyu alan maddesidir. Oylamaya 482 üye katılmış 375 "kabul", 102 "ret", 1 "geçersiz", 4 "boş" oy kullanılmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5170.html> (Erişim Tarihi: 11/4/2022).

<sup>6</sup> Bkz. Acar, A. (2017). ss. 137-190.

2004 yılında Anayasa'ya eklenen bu hükmün uygulanabilmesi için andlaşmanın (1) temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması, (2) usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması ve (3) kanunlarla çatışması gerekmektedir.

Öncelikle *insan hakları* terimine 5 kez yer veren ve “insan haklarına saygılı” olmayı Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayan 1982 Anayasası'na eklenen bu hükümde *insan hakları* yerine *temel hak ve özgürlükler* teriminin kullanılması bir eksiklik olarak görülmüştür<sup>7</sup>. Nitekim doktrinde *insan haklarının*, devlet tarafından tanınmasa bile, onurlu bir yaşam sürdürmek için insanların sahip olması gerektiği düşünülen, hukuk ötesi, olması gerekeni ifade eden, ideal tüm hakları, *temel hak ve özgürlüklerin* ise insan hakların anayasada yer alan kısmını kapsadığı ileri sürülmüştür<sup>8</sup>. Aynı şekilde maddede *andlaşma* sözcüğüne yer verilmesi de eş anlamda kullanılan sözleşme, protokol, şart, pakt gibi farklı terimler dikkate alındığında sorunlu bir tercih gibi görülmektedir. Ancak uygulamada bu terim tercihinin özel bir anlam yüklenmemiş genel gerekçeyle<sup>9</sup> birlikte yorumlanan hüküm adı ne olursa olsun usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan haklarını kapsar şekilde anlaşılmıştır. Bu bağlamda başta Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde münhasıran insan haklarına ilişkin olarak kabul edilenler olmak üzere çok sayıda uluslararası sözleşme iç hukukun bir parçası hâline gelmiştir.

Değişikliğe ilişkin *Anayasa Komisyonu Raporundan* da anlaşılacağı üzere bazı üyelerce, sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, bu nedenle hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesine ihtiyaç duyulduğu, en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmaların bu kapsamda görüleceğine ilişkin bir belirleme yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiş ancak bu öneri kabul edilmemiştir<sup>10</sup>. Böylece somut olaya

<sup>7</sup> Gülmez, M. (2004). s. 153.

<sup>8</sup> Bkz. Kapani, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara: Yetkin Yay., ss. 13-14; Sunay, R. (2013). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Konya, Çizgi Yay., ss. 44-45; Uygun, O. (2014). *Devlet Teorisi*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 480-481; Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, I. Baskı, Bursa: Ekin Yay., ss. 83-92.

<sup>9</sup> “... diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standartlar ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”

<sup>10</sup> “Teklifin, çerçeve 7 nci maddesi; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı

uygulayacak normu belirlemek zorunda olan başta yargıçlar olmak üzere uygulamacılar hangi kaynaktan gelirse gelsin, adı ne olursa olsun usulüne göre yürürlüğe konulmuş çok sayıdaki insan haklarına ilişkin sözleşmede yer alan sayısız normu incelemek yükümlülüğü altına girmiştir. Uygulamacıların bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için gerek lisans gerek staj gerekse meslek içi eğitimde insan haklarına ilişkin sözleşmeler konusunda bilgi verilerek Anayasa hükmünün gerektirdiği altyapı oluşturulmalıdır. Ancak maalesef bu konuda ciddi eksikler söz konusudur. Nitekim uygulamada çatışma olmasına rağmen Anayasa hükmünün dikkate alınmaması, Anayasa hükmünün dikkate alındığı kararların büyük bir kısmının ise başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere bilinen birkaç sözleşmeye gönderme yapılması bu konudaki altyapı eksikliğini göstermektedir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanabilmesi için aranan ikinci koşul temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulmuş olmasıdır. Peki, uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi konusunda nasıl bir usul öngörülmüştür?

Gerek 1961 gerek 1982 Anayasası'nda milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. 1961 Anayasası döneminde kabul edilen 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun ile bu yetki, büyük oranda Bakanlar Kuruluna devredilmiştir<sup>11</sup>. Yapılan bu devrin ve diğer birçok maddenin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri süren dönemin İşçi Partisi, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi *oyçokluğu* ile

---

çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7 nci madde Teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, "andlaşmalar ile" ibaresi "andlaşmalarla" şeklinde düzeltilmiştir." Bazı Anayasa Komisyonu üyeleri "Teklifin 7 nci maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyumsuzluklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz" diyerek 7 nci maddedeki düzenlemeye karşı çıkmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim Tarihi: 17/4/2022).

<sup>11</sup> Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 11.06.1963, Sayı: 11425.

söz konusu maddelerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>12</sup>. Bu Kanunun adı, 2/7/2018 tarihli 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 181. maddesiyle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun şeklinde değiştirilmiş ve aynı Kararname ile birçok hükmü yürürlükten kaldırılmıştır<sup>13</sup>. Bu değişiklikten kısa bir süre sonra kabul edilen 15/7/2018 tarihli 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi ile bu yetki kanun değişikliğinde olduğu gibi Cumhurbaşkanı'na verilmiş<sup>14</sup> ve hazırlık çalışmaları, imza, onay, yayım gibi hususlarda hangi usul ve esaslara uyulacağı hükme bağlanmıştır<sup>15</sup>.

244 sayılı Kanun ve 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılan antlaşmalardan hangilerinin Meclisin onayına tabi olduğu, hangilerinin ise tabi olmadığı Anayasa'nın 90. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*

*Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.*

*Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*

---

<sup>12</sup> AYM, E.1963/311, K.1965/12, 4/3/1965.

<sup>13</sup> Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 09.07.2018, Sayı: 30473-3. Mükerrer.

<sup>14</sup> Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Cumhurbaşkanı kararı ile olur.

<sup>15</sup> Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 15.07.2018, Sayı: 30479.



*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.*

Görüldüğü üzere gerek 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, gerek 244 sayılı Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'da gerekse Anayasada milletlerarası bir andlaşmanın hangi usul ve esaslara göre yapılacağı, onaylanacağı yürürlüğe gireceği ve yürürlükten kaldırılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca uluslararası sözleşmelerde, sözleşmenin ne zaman ve nasıl yürürlüğe gireceği ve feshedileceği çoğu zaman açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle ilgili sözleşmede belirtilen usul ve esaslar da dikkate alınmalıdır.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanabilmesi için aranan son koşul usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesidir. Burada öncelikle üzerinde durulması gereken mesele madde metninde geçen *kanun* terimi ile neyin kastedildiğidir. Gerekçesiyle birlikte yorumlandığında maddede *kanun* terimi ile kastedilenin normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeyde yer alan tüm kurallar olduğu anlaşılır. Nitekim Anayasa'ya göre milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir ve madde gerekçesine göre de kanun ve kanunlar ile aynı düzeyde bulunan normlardan hangisine öncelik verileceğini konusundaki tereddütlerin giderilmesi için bu hükmün eklendiği ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Bu anlamda *kanun* hükmünün anayasayı da kapsayacak şekilde yorumlanması madde ile tutarlı bir yaklaşım değildir. Aynı şekilde tüzük ve yönetmelikleri kapsayacak şekilde bir yorumun yapılması da gerekli ve doğru değildir. Çünkü Anayasa'ya göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Kanunlar ise normlar hiyerarşisinde tüzük ve yönetmeliklerin üstündedir. Bu nedenle alt normun ihmal edilerek üst normun uygulanmasında bir engel yoktur. Normlar hiyerarşisindeki yeri tartışmalı olan cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yaşanacak çatışmada sorunun nasıl çözüleceği Anayasa'nın 104. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde, kanun hükümleri uygulanır." Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere

---

<sup>16</sup> Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim Tarihi: 17/4/2022).

ilişkin milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğuna göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile çatışma hâlinde milletlerarası andlaşma uygulanacaktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar ve onunla aynı düzeyde yer alan diğer hukuk kuralları arasında farklılık olması ile kastedilenin ne olduğu konusunda farklı yaklaşımlar olduğu söylenebilir. Bazılarına göre tıpkı kanunların çatışmasında olduğu gibi burada da açık bir biçimde görülen kısmi veya tam bir çatışma bulunmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde belirtilen hâller dışında bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına cevaz veren bir Ceza Muhakemesi Kanunu hükmünün varlığı, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi'nin kadın ve erkeklere eşit şartlarda seçme ve seçilme hakkı verilmesi gerektiğini hükme bağlayan maddesi ile bu konuda kadınlar için farklı koşullar öngören iç hukuk düzenlemeleri, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin erken yaşta "reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" hükmüne karşın ulusal hukukta reşit olmak için farklı bir yaşın esas alınması, mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan kişilere ücretsiz tercümanın yardımını adil yargılama kapsamında gören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile bu olanağı sağlamayan hatta yasaklayan ulusal hukuk normu, ifade hürriyetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen meşru amaçlar dışında bir amaçla sınırlandıran Türk Ceza Kanunu hükmü bu anlamda verilebilecek sayısız örnekten sadece birkaçıdır. Bu görüşün taraftarları maddenin uygulanabilmesi için burada belirtilen örneklerde olduğu gibi açık bir çatışmanın olması gerektiğini ifade etmektedir.

Diğer bakış açısına göre ise çatışma belirlenirken sadece pozitif metinlerin göz önüne alınarak lafzı yorum yapılması doğru değildir. Onlara göre uluslararası antlaşmaların birçoğu ayrıntıya girilmemiş genel kurallardan oluşmaktadır. Bu nedenle kanunlar ile insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin arasında bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanmamalıdır. Aksi bir yaklaşım insan haklarına ilişkin bir uyuşmazlığın uluslararası alanda kabul edilen standartlara göre çözülmesi ve böylece konunun uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin önüne geçilmesi amacıyla getirilen 90. maddenin bu hükmünün işlevsiz bırakılması anlamına gelecektir. Oysa bu kuralların içeriği yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanmaktadır. Dolayısıyla

çatışma olup olmadığı tespit edilirken sadece insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmenin lafzı değil aynı zamanda ilgili sözleşmenin koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları da göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>17</sup>.

## II. ANAYASA'NIN 90. MADDESİNE EKLENEN HÜKMÜN TÜRK YARGI KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükmün uygulanması konusunda Türk Yargısının kafasının hayli karışık olduğu ve birbirinden tamamen farklı üç uygulama geliştirdiği söylenebilir.

**I. Yüzlerce kararda karşımıza çıkan ilk uygulamada Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükme atıf yapılmakta ancak hangi iç hukuk kuralının hangi milletlerarası andlaşma hükmüyle çatıştığı veya neden çatıştığı belirtilmeden sorun kanuna göre çözülmektedir.** Ancak kanun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benzer konudaki kararları kopya edilerek yorumlanmaktadır. Bu gibi durumlarda yapılan atıf, kanunun ihmal edilerek uluslararası sözleşmeyi esas almaktan ziyade, mahkeme kararını haklılaştırma amacı gütmektedir. Bu tür kararlarda sıklıkla karşımıza çıkan "Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir." ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin "hakarete ilişkin tazminat davalarında" uygulaması bu yöndedir. Birbirinin kopyası niteliğinde olan birçok kararda (1) Anayasa'nın 90. maddesinin bu hükmüne atıf yapılmış, (2) milletlerarası andlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerektiği belirtilmiş, (3) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade hürriyetine ilişkin hükmüne yer verilmiş, (4)Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade hürriyetine ilişkin müdahaleleri denetlerken kullandığı üç aşamalı teste uygun olarak kararları sıralanmış ve (4) Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddelerini bu kararları dikkate alarak uygulamıştır:

*... somut dava bu ilkeler ile birlikte değerlendirildiğinde ve Dairemizde temyiz incelemesi yapılan dosyaların sayıları da gözönüne alındığında, davalının ödemeye mahkum edildiği tazminat miktarı bir miktar yüksek olduğundan, daha alt düzeyde tazminata hükümedilmek üzere Bölge Adliye Mahkemesi kararı kaldırılarak, İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.*

<sup>17</sup> Bkz. Gülmez, M. (2004). s.158.

**II. Çok daha istisnai durumlarda gördüğümüz bu uygulamada Mahkemeler, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükme atf yapmakta, daha sonra aynı konuda farklı hüküm içeren milletlerarası andlaşma hükmünü belirtmekte ve nihayet sorunu milletlerarası andlaşma hükmünü esas alarak çözmektedir.** Yargıtay 7. Ceza Dairesinin birbirinin kopyası "teşekkül halinde kaçakçılık suçu"na ilişkin birçok kararında (1) karar tarihinde yürürlükte olan kanun hükmü gösterilmiş, (2) aynı konuyu düzenleyen milletlerarası adlaşma hükmü ortaya konulmuş, (3) hükümlerin çatıştığı ifade edilerek Anayasa'nın ilgili maddesi gereğince kanunu ihmal ederek andlaşma hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir:

*Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun tanımlar başlıklı 2. maddesinin (c) fıkrası "Teşekkül: Kaçakçılık ile iştigal etmek amacıyla iki veya daha fazla kimsenin önceden anlaşarak birleşmelerini" ifade eder şeklinde tanımlamış olup...*

*4.2.2003 gün ve 25014 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4800 sayılı yasa ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak iç hukuk kuralı haline gelen Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2/a madde fıkrasında; "Örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir kuralı düzenlenmiş...*

*22.5.2004 gün ve 25469 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı yasa ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlede "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" hükmü getirilmiştir... Belirtilen yasal düzenlemeler karşısında şirket ortakları iki kişi olup, samıkların teşekkül halinde kaçakçılık suçunu işlemelerinin mümkün bulunmadığı anlaşıldığından...*

**III. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükmün Türk Yargı kararlarındaki bir diğer görünüm şekli şöyledir: Kararda Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükme atf yapılmakta ve hangi iç hukuk kuralının hangi milletlerarası andlaşma hükmüyle çatıştığı belirtilmekte, daha sonra milletlerarası andlaşma hükmünün denetleme organlarınca**

**nasıl anlaşıldığı ve kapsamına nelerin sokulduğu açıklanmakta ve nihayet sorun denetleme organının içtihatlarına göre çözülmektedir.** Başka bir ifadeyle usulüne göre alınmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası mahkeme kararlarıyla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyumsuzluklarda milletlerarası mahkeme kararları esas alınarak sorun çözülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "evli kadının bekarlık soyadını kullanmasına" ilişkin kararı bu anlamda verilebilecek çok sayıda örnekten bir tanesidir. Söz konusu kararda (1) Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükme atıf yapılmış, (2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Türk Medeni Kanunu'nun çeliştiği iddia edilen hükümleri belirtilmiş, (3) konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çok sayıda kararına atıf yapılmış ve (4) Mahkeme içtihatları ile çelişen Türk Medeni Kanunu'nun "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir." hükmünü içeren 187. maddesini ihmal ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetleme organının içtihadını uygulamıştır:

*1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü yer almaktadır. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyumsuzluklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. **Hal böyle olunca, uyumsuzluğa ilişkin yasa hükümleri ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna göre oluşan içtihatlar ile diğer uluslararası sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir...***

*Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme*

*uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbirleriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu gözardı ederek uluslararası antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.*

*AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.*

*Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır...*

*Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmak istemektedir. Kızlık soyisminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasa'nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir.*

*Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.*

İnsan haklarına daha geniş bir koruma sağladığı kuşkusuz olan bu yaklaşımın Anayasa'ya uygunluğu tartışmalıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına soyut bağlayıcılık yükleyen bu



yaklaşımın benimsenmesi Anayasa hükmünün “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklinde okunması fakat “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar veya bu andlaşmaların denetleme organlarının kararlarıyla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri veya denetleme organlarının kararları esas alınır.” şeklinde anlaşılması sonucunu doğurmaktadır. Bu ise olmayan hatta öngörülmeyen bir hükmün Anayasa'ya ilavesi anlamına gelmektedir. Ayrıcı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun denetleme organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarının objektif bir bağlayıcılığı olduğu iddiasında değildir. *Pilot karar* ve *yarı pilot karar* usulünün varlığı bunun ispatıdır. Nitekim bu usullerde çoğu zaman ihlal kaynağı olan sistemik sorun (ki bu çoğu zaman mevzuattan kaynaklanmaktadır) tespit edilmekte ve genellikle belirli bir süre verilerek devletten sorunun çözülmesi istenmektedir. Aksi bir yaklaşım bugüne kadar çok farklı konularda 180.000'den fazla karar veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini taraf devletler için yasa koyucu konumuna getirecektir. Ayrıca Sözleşme'nin canlı bir enstrüman olarak görülmesi ve bunun doğal sonucu olarak da dinamik yorum yöntemiyle içeriğinin ve kapsamının sürekli değişmesi, hukuka güven ilkesi açısından da sorun oluşturacaktır.

Sonolarak bu yaklaşımın tutarlı ve istikrarlı bir biçimde sürdürülebilmesi zordur. Uygulamada bazen kanun hükümlerinin ihmal edilerek Mahkeme kararlarının esas alınması bazen ise Mahkeme kararlarının ihmal edilerek kanunun esas alınması bu durumun açık göstergesidir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ile kanunların çatışması durumunda kararlar esas alınacaksa Türk Ceza Kanunu'nun “Cumhurbaşkanı'na hakaret” başlığını taşıyan 299. maddesi ve evlenen kadının soyadına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi uygulanmamalıdır. Oysa bu kararlara rağmen Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesine göre her yıl yüzlerce dava açılmaktadır. Aynı şekilde her yıl 500.000'den fazla evlilikte 250.000'den fazla kadın Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine göre soyadı almaktadır. Yargıtayın birçok kararında ifade edildiği gibi eğer bu hüküm “zımnî bir ilga” kuralıysa ve bu kuralın bir gereği olarak “sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümleri uygulanma kabiliyetini kaybediyorsa” bu durum nasıl izah edilecektir. Bu belirsizliğin ortadan

kaldırılarak hukuka güven ilkesinin tesisi ve söz konusu değişikliğin işlevini yerine getirebilmesi için yapılması gereken (1) Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükme sadece milletlerarası andlaşma ile kanun arasında açık bir çatışma bulunması durumunda atıf yapılması, (2) Mahkeme içtihatları ile kanunlar arasında çelişki bulunması durumunda ise bu hükme değil Anayasa'nın aynı maddesinin aynı fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." ifadesine atıf yapılması ve yürürlükteki hükümle milletlerarası andlaşma hükmünün uluslararası denetleme organlarının kararlarından da yararlanarak birlikte yorumlanması ve uygulanmasıdır.



## KAYNAKÇA

- ACAR, Ali (2017). "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zimni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S.11, ss. 137-190.
- AYBAY, Rona (1978). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku", *İnsan Hakları Armağanı*, Ankara: Doğan Basımevi, ss. 116-134.
- AKILLIOĞLU, Tekin (1989). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜSBFD*, C. 44, S. 3, ss. 155-173.
- BATUM, Süheyl (1993). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul.
- GÖZLER, Kemal (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaya Üstünlüğü Sorunu, içinde, *Türkiye'de İnsan Hakları* (ss. 25-46), Ankara: TODAİE.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref (1987). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9, ss. 3-40.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, I. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÜLMEZ, Mesut (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, ss. 147-161.
- KAPANİ, Münci (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara: Yetkin Yayınları.
- PAZARCI, Hüseyin (1994). *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- SOYSAL, Mümtaz (1986). "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı*, C. 2, ss. 7-18.
- TUNÇ, Hasan (2000). "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 17, ss. 174-192.
- SUNAY, Reyhan (2013). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Konya: Çizgi Yayınları.
- UYGUN, Oktay (2014). *Devlet Teorisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- YOKUŞ, Sevtap (2017). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1994). "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. II, S. 1, ss. 26-38.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE KARŞILAŞTIRMALI  
HUKUK PENCERESİNDEN “DÖRDÜNCÜ DERECE OLMAMA  
DOKTRİNİ” VE YANSIMALARI

*The Doctrine of “Not to Act as a Court of Fourth Instance” from the  
Perspective of European Court of Human Rights and Comparative Law and Its  
Repercussions*

Özgür DUMAN\*

---

\* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup sunum hakemli makaleler kısmında ss. 47-92 arasında yayımlanmıştır.



## 2. OTURUM: SORU-CEVAP

**-Khaled TALAHMAH (Filistin Yüksek Mahkemesi Üyesi)** Ben Filistin Yüksek Mahkemesinden katılıyorum, çok teşekkür ediyorum. Prof. Dr. Yaşar'a soru sormak istiyorum izniniz olursa. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ulusal mevzuatla, anayasayla ilişkisi nedir acaba nasıl yorumlanıyor? Teşekkür ederim.

**-Yaşar SALİHPAŞAOĞLU** Sayın başkanım tebliğlerimizi özetlerken aslında tebliğlerde bahsedilen şeyleri ifade etti, tebliğcilerin görüşü olduğunu söylemedi ama ben yine de bir düzeltme ihtiyacı hissediyorum. Ben uluslararası sözleşmelerin kanunların üstünde ya da anayasanın üstünde olduğunu düşünmüyorum. Uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Anayasa'nın hükmü çok açıktır, bizim pozitif hukuk sistemimizde olan durum budur. Olması gereken ne olur ayrı bir tartışma konusudur. Dolayısıyla mevcut durum budur. Türk hukuk sisteminde temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerle kanunlar arasında bir çatışma olması durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmenin uygulanacak olması hiyerarşik olarak onun yukarıda olduğu anlamına gelmez. Bu tıpkı eğer ki bir çatışma çözme ilkesi pozitif hukuk normunda düzenlenmediyse –nasıl ki *lex-superior, lex posterior, lex specialis* yani özel-genel kanun, önceki kanun-sonraki kanun gibi– bizzat Anayasa tarafından sorunun çözülmüş hâlidir. Çünkü aynı düzenleme Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında da var. Dolayısıyla eğer buradan hareketle bir normu yukarıya taşıyorsak o zaman kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki bu hiyerarşi tartışmasının da bir anlamı yok. Çünkü kanunlarla çatıştığında ortada kalıyor. Bir diğeri çelişme durumunda uluslararası sözleşmenin iç hukuk normunu ilga ettiğine dair yaygın bir anlayış var ki mahkeme kararlarında açıkça bu ifade ediliyor. O zaman sorulmaz mı madem ilga ediyor neden Medeni Kanun'un 187. maddesi hâlen yürürlükte, neden insanlar hâlen o maddeye göre soyadlarını alıyor? İlgadan biz ne anlıyoruz? Soyut normda somut olayda hangi soyut normun uygulanacağına dair sorunun cevaplandırılması bir ilga olarak nitelendirilemez. Yine bir diğere sorun mahkeme kararları. Uluslararası mahkeme kararlarının bu hiyerarşideki

yeri nedir? Mahkeme kararları bizim hukuk sistemimizde yardımcı kaynak niteliğindedir. Diyelim ki Sözleşme'nin herhangi bir hükmüyle iç hukuk normu çatışabilir, iç hukuk normu ihmal edilir, Sözleşme hükmü uygulanır. O Sözleşme hükmü uygulanırken mahkeme kararları yardımcı kaynak olarak değerlendirilebilir. Türkiye'deki hukuk sistemindeki hiyerarşi içerisinde yer alan sistem budur.

**-Ayhan KILIÇ (Anayasa Mahkemesi Raportörü)** Benim sorum sayın Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu'na olacak. Konuşmanızda dediniz ki uluslararası denetim organlarının kararları değil uluslararası sözleşmeler Anayasa'nın 90. maddesi anlamında kanunlarla eşit seviyededir. Peki uluslararası sözleşmeleri kim yorumlayacak? Özellikle bir denetim mekanizması öngören bir sözleşme sisteminde bu sözleşmeyi kim yorumlayacak ve kimin yorumunu esas alacağız? Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yorumunda AİHM'in yorumunu mu esas alacağız yoksa Türk ulusal mahkemelerinin yorumlarını mı esas alacağız? Bilindiği gibi sözleşmenin kendisi aslında çok bir anlam ifade etmez o ancak yorumla canlılık kazanır. Dolayısıyla burada yorum önemli hâle geliyor. AİHM'in yorumunun mu yoksa Türk mahkemelerin kendi yorumunun mu esas alınacağı önemli hâle geliyor. Türk mahkemeleri şu hakka sahip olacak mı? AİHM, sen Sözleşme'nin şu hükmünü yanlış yorumluyorsun, doğru yorum benim yorumumdur, dolayısıyla ben senin yorumunu esas almıyorum deme hakkına sahip olacak mıdır? Eğer bunu diyecekse bu biraz sözleşme sistemini anlamsız hâle getirmiyor mu?

**-Yaşar SALİHPAŞAOĞLU** Öncelikle olan ve olması gereken ayrımını ortaya koyalım. Bizim anayasal sistemimizde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bu sözleşmelerin nasıl yorumlanacağı meselesi kimin yorumlayacağı meselesi ortadadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumlayıcı organı AİHM'dir. AİHM'in yapmış olduğu bu yorum somut olay ekseninde somut başvuru ekseninde bağlayıcıdır. Ancak bu yoruma objektif bağlayıcılık tanımak yeni yorum koymak demektir. Bu anlamda bizim iç hukukumuzda eğer ki çatışma tespit edilirse AİHM'in kararlarına ve yorumuna atıfta bulunmak, onu esas almak herhangi bir sorun yaratmaz. Bu yardımcı kaynak olarak tıpkı Yargıtay kararına Anayasa Mahkemesi kararına kararımızı güçlendirmek ya da desteklemek amacıyla başvurduğumuz anlamına gelir. İkincisi, ulusal hukukumuz açısından bakarsanız peki burada ulusal makamlar mı, Anayasa Mahkemesi mi yoksa AİHM mi yorumlayacak sorusuna şu cevabı verebiliriz. Ulusal hukukumuz açısından bakarsanız

bu Türkiye’de bir sorun değildir çünkü Türkiye’deki bahsettiğim yüksek yargı kararlarının tamamı hatta Anayasa Mahkemesinin kararlarının neredeyse tamamı AİHM içtihadını takip etmektedir. Dolayısıyla o yorumla ilgili şu ana kadar öyle bir sorunla çok karşılaşmadık. Bizim yüksek yargımızın yaptığı bir yorumun hayır bu madde böyle yorumlanmaz böyle yorumlanır şeklinde -çok istisnai olabilir belki- yaygın bir pratikle karşılaşmadığımı söyleyebilirim. O anlamda AİHM’in kararları önemlidir, yorumu önemlidir ancak bu sadece çatışma durumunda kanun ihmal edildiği durumda önem arz eder.

**-Muharrem İlhan KOÇ (Anayasa Mahkemesi Raportörü)** Ayhan Bey’in sorusu üzerinden aslında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin, geniş katımlı AİHS gibi veya Birleşmiş Milletler sözleşmelerinin çok da doğrudan uygulanabilir metinler olmadığını görüyoruz. Çünkü sözleşme de anayasa metni gibi genel ilke ve amaçları ortaya kokuyor. Aslında sözleşme hükümleri ile kanun ve diğer normların bir çatışma hâinden değil bir aykırılık durumundan söz etmek bence daha doğru olabilir. Bu yönüyle Anayasa’nın 90. maddesinin hukuk sistemi ve katı anayasa tekniği bakımından isabetli olmadığı söylenebilir. Çünkü kanun koyucu uluslararası sözleşmeyi onayladığı anda bu bir kanun hükmü olmasına rağmen daha sonra çıkaracağı aksi yönlü bir kanunla bile bu uygulamayı değiştirme imkânına sahip değildir. Bu da bir anlamda kanun koyucu ve anayasa koyucu arasındaki ilişkiler bakımından sorunlu bir alan yaratmaktadır. Somut bir örnek üzerinden meseleyi belki aydınlayabiliriz. Mesela uluslararası sözleşmelerden çıkmaya ilişkin şu an güncel bir tartışma söz konusu, yürütmenin yetkisinde olduğu ve uygulanabildiği düşünülen bir meselede yasa koyuncunun böyle bir yetkiden mahrum olması kuvvetler ayrılığı bakımından çok isabetli görünmemektedir. Ayhan Bey’in sorusundan devamla aslında sizin de ifade ettiğiniz gibi AİHM kararlarının bireysel ve genel ve sonuçları bakımından iki unsur var. Bu yönüyle sözleşmenin genel uygulama gerektirdiğini, yani hukuk sistemindeki düzenlemeler ya da değiştirilmesi gereken meseleler bakımından doğrudan uygulanabilirlik bakımından elverişli olmadığını söyleyebiliriz. Soru olarak şunu sormak istiyorum. 90. maddeye ilişkin uygulama bakımından sözleşmelerden çıkmaya ilişkin yetkinin yürütme organında mı yoksa yasama organında mı olduğu konusunda hukuk sistemimiz bakımından bir sorun olduğunu düşünüyor musunuz?

**-Yaşar SALİHPAŞAOĞLU** Öncelikle şunu söyleyelim. Ne istediğimizle ne olduğu meselesini birbirine karıştırmayalım. Şunu diyebilirsiniz:

AİHS'i ben uygulamak istiyorum. Anayasa'nın 90. maddesinin ne söylediğini ben size söylüyorum. İkinci temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme deyince neden protokolleri ile birlikte toplasanız yirmi küsur maddeden oluşan bir sözleşme aklınıza geliyor. Birleşmiş Milletler nezdinde dokuz tane münhasıran insan hakları sözleşmesi var. Avrupa Konseyi nezdinde 6-7 tane münhasıran belki de daha fazla insan hakları sözleşmesi var. Onun dışında yüzlerce insan haklarına ilişkin sözleşme var. Bunların birçoğu doğrudan uygulanabilecek hükümler içermektedir. Kaldı ki AİHS deyince aklınıza sadece ifade hürriyeti gelmesin. 5. maddesi gibi özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilgili doğrudan uygulanabilecek bir sürü hüküm var. Adil yargılanmayla ilgili uygulanabilecek birçok hüküm var. Dolayısıyla AİHS açısından baktığımızda -onun bile doğrudan uygulanması mümkün değil- ama şunu arzu ediyoruz tüm hâliyle bunu uygulayalım derken peşinden mahkemenin bunu yorum şekliyle de dikkate alarak ifade hürriyeti ile ilgili çizdiği tüm standartları kanunlarla çatışma durumunda uygulayacağız diyorsanız o zaman size bir örnek verdim. Verdiğim örnek neydi? Cumhurbaşkanı hakaretle Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi çok sıklıkla tartışılan, AİHM önüne gelen, Anayasa Mahkemesinin önünde şu an duran belki de yüzlerce başvuru var. AİHM çok net bir şekilde bu mevzuatın yerleşik içtihatlarıyla örtüşmediğini, ifade hürriyeti ile örtüşmediğini söyledi. O zaman bu durumda şunu mu söyleyeceğiz? Söz konusu kararla artık Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi uygulanma kabiliyetini kaybetmiştir. Anayasa'nın 90. maddesine Türkiye'nin insan haklarını tek başına çözebilecek bir rol vermek doğru bir yaklaşım değildir. Bu maddeye verilen rol nedir? Çatışma durumunda eğer uygulanabilir nitelikteyse onu uygulamak. Bu kadar, bunun ötesinde tüm insan haklarının sorununu onun üzerinden çözmeye kalkmak gerçekten ciddi sorunlara yol açar. İşte az önce söylediğim gibi uygulayalım o zaman 299. maddeyi ne yapacağız. Aklımıza şu anda gelmeyen onlarca benzer örnek var. Dolayısıyla burada sorun şu, onun hâlen yardımcı kaynak olduğunu aklımızda tutmamız gerekiyor. Bir diğeri, sözleşmelerin yürürlüğe girmesi ile ilgili meseleden bahsettiniz. Anayasa'da bu konuda, yürürlüğe girmesi ve kaldırılması gibi bir hüküm olmadığını biliyoruz. Bu İstanbul Sözleşmesi ile ilgili, bundan geri çekilme ile ilgili Türkiye'de tartışıldı ki aynı zamanda yargıya da intikal etti. 1963 yılında kabul edilen 244 sayılı bir yasa var. Sözleşmelerden çekilmeye ilişkin yetkinin -Anayasa'da cumhurbaşkanına ait olması gereken bu yetki- 1963 yılındaki bu yasayla birlikte bakanlar kuruluna verildiğini görüyoruz. Daha sonra bunun kaldırıldığını ve onun yerine

9 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birlikte bu yetkinin tekrar Cumhurbaşkanına verildiğini ve bu eksende bir düzenleme yapıldığını biliyoruz. O düzenlemeye göre de sözleşmeden çekilme yetkisinin Cumhurbaşkanında olduğunu söylüyoruz. Cumhurbaşkanı bunu nasıl yapıyor, bir idari karar ile yapıyor, Cumhurbaşkanı kararı ile yapıyor. Dolayısıyla bu kararın denetlenmesi meselesi başka bir meseledir. Bunu pozitif hukuk açısından yaptığımızda, değerlendirmede söz konusu uygulamanın kararnameye uygun olup olmadığı denetlenecektir. Bu arada zaten söz konusu karar Danıştayın önünde. Burada bir aykırılık yok çünkü Sözleşme'den çekilme kararnameye uygun. Sonraki aşamada ne olacaktır. Kararnamenin anayasa aykırılığı ileri sürülecektir. Burada da sorunu çözecek olan makam Anayasa Mahkemesidir. Ben de konu Anayasa Mahkemesine intikal ettikten sonra nasıl bir karar çıkacağını merak ediyorum.

**-Akif YILDIRIM (Anayasa Mahkemesi Rapörtörü)** Özgür Bey sunumunda bariz takdir hatası ve açık keyfilğin yargılamanın sonucuna ilişkin yapılamayacak başvurular bakımından bir istisna teşkil ettiğini, sunumunun sonunda da adil yargılanma hakkının güvencelerinin tamamen anlamsız hâle gelmesi ile ilgili bir kararımızdan bahsetti. Daha önce bariz takdir hatası-açık keyfilik içtihadında temel hak ve hürriyetler ile ilgili bir güvence ile ilişki kurularak ancak bu sonuca varılabileceğine dair Anayasa Mahkemesinin yerleşik uygulaması vardı. Ancak sunumun sonunda adil yargılanma hakkı güvencelerinin tamamen anlamsız hâle gelmesi içtihadından bahsedildiği için acaba bu içtihat son sunumda belirtilen içtihatla birlikte düşünüldüğünde buraya mı evrildi? Yani yargılamanın sonucuna ilişkin bireysel başvurulardaki bariz takdir hatası-açık keyfilik içtihadı artık bundan sonra adil yargılanma hakkı güvencelerinin anlamsız hâle gelmesi durumunda herhangi bir temel hak ve hürriyetle bağlantı kurulmaksızın da uygulanabilir mi? Bu yapılabilirse bizatihi bunun kendisi bir güvenceye dönüşmüş olmaz mı? Teşekkür ediyorum.

**-Özgür DUMAN** Aslında tartıştığımız Türk Anayasa Mahkemesi dışındaki üç örnekte de aynı sonuca varılmış olması çok ilginç. Şimdi hangi sonuca varılıyor? Dördüncü derece olmamanın sınırlarını çizerken her üç mahkeme de ilk olarak şunu söylüyor. Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in Anayasa'da yer alan bir temel hak ve hürriyete bir müdahale söz konusu ise bu Anayasa'da ya da Sözleşme'de yer alan söz konusu temel hak ve hürriyete ilişkin müdahalelerde bu yorumu -yani derece



mahkemesi, olağan mahkemelerin yaptığı yorumu- denetleme yetkisi vardır diyor. İfade hürriyetine ilişkin bir müdahalede hukuk kurallarını yorumlama mahkemelerin görevidir ama o yorumunun etkilerini tartışmak sonuçta AİHM'e, Türkiye özelinde de -o yorumun etkilerinin temel hak ve hürriyetler açısından sonuçlarını tartışmak- Türk Anayasa Mahkemesine ait bir görev. Burada AİHM açısından şöyle bir yola gidildiğini görüyoruz. AİHM eskiden bu ilkelerini koyma aşamasında olduğu için bu ilkelere uygun olup olmadığını denetliyor. AİHM anayasa temelli bir incelemeye geçti, burada artık o ilkeleri olağan mahkemeler yani ulusal yargı mercilerinin uygulayıp uygulamadığı ile sınırlı bir değerlendirme yapacağım diyor. *Amoghlobeli ve Diğerleri/Gürcistan* kararı, ifade hürriyeti ile ilgili başvuruda bu yaklaşımı görebilirsiniz. Yani Sözleşme'deki testleri, ilkeleri, yorumları mahkemenin yorumlayıp yorumlamadığına bakarız diyor. Şimdi bu testin bir parçası da özellikle sınırlanabilir haklar yönünden hukukilik ölçütü incelemesinde karşımıza çıkıyor. Hukuk kurallarının yorumu mahkemelere ait fakat bu hukuk kurallarını yorumladığında eğer açık bir keyflik ya da bariz takdir hatası varsa, bu bir temel hak ve hürriyete ilişkin müdahale orda da karışmıyor aslında AİHM ve Anayasa Mahkemesi kanunilik ölçütü yönünden, ama o yorum açık bir keyflik veya bariz bir takdir hatası içerirse o yorumu da istisnai olarak inceleyeceğini söylüyor. Yoksa normalde Anayasa Mahkemesi açısından şekli anlamda kanuni bir dayanağı olup olmadığı, söz konusu kanunun belirli, erişilebilir ve öngörülebilir olup olmadığı ve o kanunun anayasadaki güvencelere uygun olup olmadığıyla sınırlı bir denetimden ibaret ama o yorum meselesi de bu istisnai durumda AİHM ve Anayasa Mahkemesinin alanına giriyor.

Nitekim AİHM *Aliyeva ve Diğerleri/Azərbaycan* kararında hukukilik ölçütü yönünden de ihlal bulmuştur. Sırf karar keyfi olduğu için. Şimdi bir diğer husus da şu, herhangi bir temel hak ve hürriyet, maddi temel hak ve hürriyetle ilgili olmayıp adil yargılanma hakkı kapsamında gelen başvurular var. Hepimiz biliyoruz ki adil yargılanma hakkı bir sonuç güvencesi içermiyor. Hatta bazı yazarlar öğretilerde bunun yanlış çevrildiğini, dürüst yargılanma hakkı olarak çevrilmesi gerektiğini de ileri sürüyor. Çünkü adil yargılanma hakkı belirli usuli güvenceler sağlamaktan ibaret bir hak. Ama az önce ifade ettiğim gibi hem İspanya Anayasa Mahkemesi hem Almanya Anayasa Mahkemesi hem AİHM hem de Türk Anayasa Mahkemesi farklı formüller uygulasa da aslında Mahkememizin söylediği gibi şu sonuca çıkıyor. Bu hak bir sürü usuli

güvence sağlıyor. Bunların amacı keyfî kararların ortaya çıkmaması. Yani siz diyorsunuz ki bütün yargılama boyunca şu tanık şu şeyi söylüyor işte benim olayla ilgimin olmadığını söylüyor veya işte şu hukuk kuralı açıkça serbest meslek istihdam etme kavramına girmiyor diye çok açıkça söylüyor. Bu tür durumlarda artık sağladığınız usuli güvenceleri anlamsız hâle getiren bir yorum varsa yani başvuru ne söylerse söylesin mahkeme o yorumlarla ilgilenmeyip tamamen öngörülemez sonuçlara varıyorsa o artık sağlanan usuli güvenceleri anlamsızlaştırıyor. Alman Anayasa Mahkemesi bunu hukuk devleti ile bağdaştırmıyor. Nitekim M.B. kararında Türk Anayasa Mahkemesi de aynı sonuca varıyor artık bu yorum hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmıyor diyor ve sağlanan usuli güvenceleri anlamsız hâle getirdiğini söylüyor. Dolayısıyla burada ilgi çekici olan aslında her örnekte aynı sonuca varılması. Ben Mahkemenin içtihadının bu yöne doğru evrildiği kanaatindeyim. Yani ilk içtihatlarında temel hak ve özgürlüklere müdahale ve açıkça keyfilik ya da bariz takdir hatası olması aranırken usul güvencelerinin anlamsızlaştığı durumda artık adil yargılanma hakkının güvenceleri anlamsız hâle geldiği için ihlal bulunduğunu söyleyebiliriz.

**-Zeki YİĞİT** Ben bu oturumda tebliğ sunan değerli katılımcılara ve soruları ile konuya katkı veren katılımcılara teşekkür ediyorum. Salonda bulunan tüm misafirlere de dikkatle ve özenle dinledikleri için ayrıca teşekkür ediyorum. Bu sempozyumun Türk anayasa hukukuna, anayasa yargısına ve tüm hukuk dünyamıza, camiamıza katkı sunması dileğiyle. Hepinize başarılı çalışmalar diliyorum.



# Üçüncü Oturum

“Karşılaştırmalı Hukukta Anayasanın Yorumlanması”

Oturum Başkanı

**Prof. Dr. Zühtü Arslan**  
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Konuşmacılar

**Doç. Dr. Saadet Yüksel**  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi

**Zlatko Knežević**  
Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Üyesi

**Prof. Dr. Enny Nurbaningsih**  
Endonezya Anayasa Mahkemesi Üyesi

**Jongseok Lee**  
Kore Anayasa Mahkemesi Üyesi



## Üçüncü Oturum

### Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü ARSLAN

Değerli Katılımcılar,

Hepinizi tekrar en içten duygularıyla saygıyla selamlıyorum.

Tabii sempozyumların son oturumu biraz daha zor olur. Artık hepimiz iki gün boyunca yorulmuş oluyoruz. Dolayısıyla katılımcılar olarak "bitse de gitsek" moduna giriyoruz. Ama çok önemli bir oturum bu. Karşılaştırmalı hukukta anayasanın yorumlanması meselesini ele alacağız.

Katılan ülkeler Kore Anayasa Mahkemesi, Endonezya Anayasa Mahkemesi, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi üyeleri bize kendi ülkelerinin tecrübelerini aktaracaklar. Anayasalarının nasıl yorumladıklarını aktaracaklar. Saadet Hanım da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi perspektifinden yorum meselesine eğilecek. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukukun verilerini değerlendirme fırsatımız olacak.

Ben çok fazla sözü uzatmadan hemen ilk konuşmacımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı Sayın Saadet Yüksel'e mikrofonu bırakmak istiyorum. Buyurun, süreniz on dakika.





## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASAL HAKLARIN YORUMU: KURUMSAL VE KURAMSAL AÇILIMLAR

Doç. Dr. Saadet YÜKSEL\*

Sayın Başkan, Saygıdeğer Üyeler, Değerli Katılımcılar,

Hepinizi saygı ve sevgi ile selamlıyorum. Anayasa Mahkemesi ev sahipliğinde düzenlenen bu anlamlı konferansa katılmak kariyerinin bir kısmını Türk anayasa hukuku ve karşılaştırmalı anayasa hukuku üzerine düşünmek ve yazmakla geçirmiş biri olarak benim için son derece anlamlı. Sayın Başkan Zühtü Arslan başta olmak üzere Anayasa Mahkemesinin değerli Üyelerine ve tüm çalışanlarına çok teşekkür ederim.

Anayasa Mahkemesine nice 60. yıl dönümleri kutlamayı temenni ederken Mahkemenin yaş ve birikiminin Avrupa'daki benzerleri arasında da öncülerden birini teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta biraz daha ileri giderek dün de ifade edildiği üzere Osmanlı-Türk anayasacılık geleneği ve birikimi de göz önüne alındığında aslında kanunların anayasal denetim fikrinin 1960'lı yıllarda yoktan türemediğini, erken Cumhuriyet döneminden beri siyasal ve hukuksal düzlemde bir Anayasa Mahkemesi kurulması düşüncesinin derinlikli olarak tartışıldığını gözlemlemek isabetli olabilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin 60. yılını kutlarken anayasal denetim fikrinin düşünsel bazda bu topraklarda yüz yaşını da aştığını hatırlatmak yanlış olmayacaktır. Tabii bu uzun hukuksal hafıza ve miras beraberinde anayasal yorumla ilgili birçok soru ve sorunu da getirmektedir. Bu konferans boyunca tartıştığımız anayasa yorumu ve insan hakları hukuku arasındaki bağlantıya ben de kendi mahkemem olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından farklı bir bakış açısı sunmayı umuyorum.

Katılımcılar arasında çeşitli yüksek mahkemelerin saygıdeğer başkanları, üyeleri var; yargıçlar, kıymetli akademisyenler bulunmakta. Umuyorum meslektaşlarımız da aynı fikirde olacaklardır. Dün de ifade edildiği üzere anayasa yorumu aslında derece mahkemesinden başlayarak

\* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi.



her hâkimin doğrudan veya dolaylı olarak katılımcısı olduğu çok aktörlü bir faaliyet olarak görülebilir. Özellikle Anglo-Sakson sisteminde “*extrajudicial constitutional interpretation*” olarak adlandırılan ve aslında anayasanın yargı dışı yorumuna işaret eden bu metot dikkate alındığında ortaya çoğul bir yapı çıkmaktadır. Tabii Strazburg Mahkemesinin anayasa yorumu da çok aktörlü çoğul yapının bir parçası olarak görülebilir. Bu noktada mahkemenin hukuksal ve yargısal yorumu kendisine rehber edindiği “*subsidiarity*” dediğimiz ikincilik ilkesinden bağımsız düşünülemez. Dolayısıyla Strazburg Mahkemesi nezdinde ikincilik ilkesinin gelişimini ve bugünkü uygulamasını aktarmanın faydalı olacağı kanısındayım.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin anayasa yorumunu yerel mahkemelerin anayasayı yorumlayışlarında ayıran pek çok yönü bulunmaktadır. Konuşmamın başlığından da anlayacağınız üzere bu yönlerden ilki aslında Strazburg Mahkemesinin kurumsal özelliğini ilgilendirmektedir. Nitekim mahkemenin üye devlet mahkemelerine nazaran sahip olduğu ve “*supranational*” olarak adlandırdığımız ulusüstü yönü kurumsal bir fark olmakla birlikte, aynı zamanda kuramsal planda da anayasa yorumuna yaklaşımını belirlemektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin üye devlet anayasalarının yorumuna yaklaşımını ikincilik ilkesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü Mahkemenin ikincilik ilkesinin gereği olarak bir temyiz mahkemesi olmayışı ve dolayısıyla üye devlet mahkemelerinin yapısından farklılık gösterişi şeklinde tezahür eden kurumsal konumlanışının aynı zamanda kuramsal bir sonucunun da olması kaçınılmaz. Peki prensip olarak nasıl bir kuramsal sonuçtan bahsediyoruz? Bir cümle ile özetlemek gerekirse söz konusu kuramsal sonuç kendini ‘esaslı bir sebep olmadıkça üye devlet mahkemelerin anayasaları yorumlayışı uygulamalarından ayrılmama’ şeklinde gösteriyor.

Doğal olarak Strazburg Mahkemesinin bu kuramsal neticeye bir günde varmış olması düşünülemez. Bu noktada Strazburg Mahkemesinin yargılaması bakımından zaman zaman mihenk taşı olarak da nitelendirilen ikincilik ilkesinin içtihadı bir yönünün olduğu; diğer bir deyişle Mahkemenin bugünkü ikincilik içtihadına evrimsel bir sürecin sonucunda geldiğini ifade etmek gerekir. Ben aslında bu evrimsel süreci üçe ayırarak izah etmeye çalışacağım, ancak öncesinde belki şunu söylemekte fayda olacaktır: İkincilik ilkesi pratik anlamda mahkemenin “*margin of appreciation*” olarak adlandırdığımız takdir marjı doktrini olarak kendini

göstermektedir. Buna göre Sözleşme hak ve özgürlüklerine müdahalenin gerekliliği ve ölçülülüğünü değerlendirmede millî makamlar mahkemeye göre daha avantajlı konumdadır ve fakat önemle vurgulanmalıdır ki Strazburg Mahkemesinin temel aldığı ikincillik ilkesi ve buna bağlı takdir marjı doktrini Sözleşme'nin esas yorumlayıcısı konumundaki ve kararları bağlayıcı olan Strazburg Mahkemesinin yargısal denetim yetkisinin özelliklerini azaltmamakta, belli ölçülerde davaya konu müdahalenin iç hukuka uygunluğunun incelenmesini engellemektedir. Çünkü evrimsel süreç bağlamında 2000'li yılların başındaki geleneksel yaklaşıma baktığımızda daha içerik odaklı, Sözleşme hak ve hürriyetlerinin somut olaylara uygulanmasında daha "in concreto" denetimi kabul eden bir anlayışın hakim olduğu görülmektedir. Aslında bu anlayış altında yerel makamların yargılama esnasında uyuşmazlığa konu olayla ilişkili bütün vakaları değerlendirip değerlendirmedikleri, Sözleşme prensiplerini doğru uygulayıp uygulamadıkları gibi hususlara bir yoğunlaşma olduğunu görüyoruz. 2010 sonrasında ise literatürde "procedural term" ya da "process-based review" diye belirttiğimiz yargısal süreç temelli denetim olarak adlandırılabilir bir denetime, bir anlayışa evrilişi görmek mümkün denebilir.

Bu yaklaşım Mahkemenin daha ziyade millî makamların Sözleşme'yi yorumlarken ve uygularken takip ettikleri usulleri ve süreçleri merkeze aldığı ve yargısal olarak denetlediği bir anlayışı içermektedir. Bir önceki oturumda da aslında Özgür Bey'in sunumunda kısaca değinilen husus buydu. Bu anılan evrimin 2010 Interlaken Konferansı'yla başlayan ve Sözleşmesisteminin reformuna odaklanan bir dizi konferansın gerçekleştiği dönemlerde başladığını gözlemlemek mümkündür. Devamında 2012 Brighton Konferansı ve 2015 Brüksel Deklarasyonu olmak üzere benzer şekilde Sözleşme hak ve hürriyetlerinin millî düzeyde uygulanması esasının vurgulandığı görülmektedir. Bu gelişmeler ışığında Sözleşme sisteminin temel prensiplerinden birini her zaman oluşturan ikincillik ilkesinin pratikte uygulanışı meselesinin daha fazla ön plana çıktığını görmek mümkün olmaktadır. Bir çoğunuzun da bileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Sayın R. Spano Sözleşme sisteminin içinden geçtiği bu dönemi 'ikincillik çağı' olarak nitelendirmektedir. Bu yargısal süreç temelli denetim "-process-based review-", özellikle millî mahkemelerin Sözleşme prensiplerini yorumlayıp uyguladıkları durumlarda gerekçelendirme süreçlerinin yargısal kalitesine özel önem atfetmektedir. İşte bu nedenle gerekçeli karar ve bu kararlardaki gerekçelerin niteliğinin daha fazla tartışıldığı görülmekte ve haklı

sebeplerin var olmadığı durumlarda aslında Strazburg mahkemesinin millî mahkemelerin görüşünü kendi görüşüyle ikame etmeye de çok yanaşmadığı söylenebilir. Birçok kararda dile getirildiği üzere kısa bir alıntı yapmak gerekirse yerel makamların Mahkemenin içtihadında yer alan kriterlere uygun olarak bir yasal tartıma gittiği durumlarda Mahkeme kendi görüşünü millî mahkemelerin görüşü yerine ikame etmek için güçlü sebeplerin varlığını aramaktadır.

Bu 2010 sonrası gördüğümüz yargısal süreç temelli denetim aslında yerel mahkemelerin gerekçelendirme süreçlerinin incelenmesini kapsamakla birlikte aslında onu da aşan bir içeriğe sahiptir. Mahkeme kimi zaman aslında bir olayın yasama organı tarafından da uygun bir şekilde ele alınıp alınmadığını da inceleyebilmektedir. Son zamanlarda mahkemenin bu içtihadının söz konusu evrimsel sürecin bir sonucu olarak durduğu, veya durağanlaştığını söylemek isabetli olmaz. Son süreçte daha fazla hukukun üstünlüğü (“*rule of law*”) bazlı denetime doğru bir evrimin olduğunu gözlemlemek yanlış olmayacaktır. Evrimsel süreçte üçüncü ayaktan aslında kastım budur. Hukukun üstünlüğü temelli denetim, yargısal süreç odaklı denetime nazaran daha fazla içeriğe hatta muhtemelen sonuca daha fazla dikkati çeken bir denetim türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Peki içtihadı bakıldığında bu tür denetim daha çok hangi kararlarda karşımıza çıkmaktadır? Üye devletlerin yargı sistemlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının detaylıca incelendiği kararlarda, yargı bağımsızlığı tarafsızlığı ile ilgili kararlarda ve yargı mensuplarının ifade hürriyetlerine müdahale teşkil eden olaylarda aslında hukukun üstünlüğü bazlı bu denetim anlayışının daha fazla ön plana çıktığını görebiliriz. En güncel olarak belki *Grzeđa/Polonya* kararında Büyük Daire’nin bu hukukun üstünlüğü temelli denetim modeline açıklık getirme imkânı bulduğu söylenebilir. Kararda önceki Büyük Daire kararlarına da atıf yapılarak yüksek mahkeme üyesini ilgilendiren bu davada kısaca mahkemeye erişimi dışlayan herhangi bir yargısal düzenlemenin Sözleşme’nin 6. maddesi bağlamında geçerli olabilmesi için hukukun üstünlüğü ile uyum içerisinde olması gerektiğine hükmedilmiştir. Aslında bu kararda hukukun üstünlüğünü bazlı denetim yerel düzeyde hem içeriğe dönük hem de bu yargısal süreç temelli denetimin bir parçası olarak -bir bakıma karşılıklı etkileşim hâlinde- uygulanmış bulundu.

Konuşmaya son vermeden önce mahkemenin ikincilik ilkesi bağlamında anayasa yorumunun üye devletlerin yorumlarıyla ne zaman bağdaştığını, ne zaman bu yorumlardan ayrıldığını belki Türkiye

üzerinden belirli örneklerle somutlaştırmak faydalı olabilir. Tabii yorum farklılıkları durağan ve değişmez değildir, başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin Strazburg Mahkemesi'ni yakından takip etmesi, Strazburg Mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin yaptığı hukuksal yorumları devamlı değerlendiriyor oluşu, bu iki Mahkeme arasında yorumsal bazda devingen ve değişken bir ilişkinin de olduğunu ortaya koymaktadır. Aslında buna belki yorumsal iletişim de denilebilir. Yorumsal mutabakatın olduğu belirli konulardan en çarpıcı, en bilinenlerden birine örnek verecek olursak konuyu daha çok 8. ve 10. madde bağlamında örneklendirebiliriz. Örneğin kişilik haklarına saldırıya ilişkin davalarda ilke olarak tüketilmesi gereken yolun tazminat davası olduğu kriteri bakımından Strazburg Mahkemesi Anayasa Mahkemesi içtihadına benzer bir uygulama göstermektedir. Yine mahkûmların mektuplarına benzer kişisel yazışmalara dair özel hayata müdahale teşkil eden olaylarda iki Mahkemenin, özellikle Anayasa Mahkemesinin içtihat değişimini dikkate aldığımızda benzer bir yaklaşım görülebilir.

Yine yorumsal iletişime örnek verilebilecek alanlardan Sözleşme'nin 5. Maddesi altında kişi özgürlüğü güvenliği hakkı ile ilgili davalarda çokça rastladığımız şekilde -örneğin- Anayasa Mahkemesinin başvuru lehine vermiş olduğu ihlal kararını gerekçe göstererek hukuki meselenin çözüme kavuşturulduğundan bahisle Strazburg Mahkemesi nezdinde başvurucağının mağdur sıfatını kaybettiğine hükmettiği de bilinmektedir. Bu tür davalarda bilindiği üzere aslında pratik bakımdan Anayasa Mahkemesinin hukuksal yorumunu ve bu yorumla meseleyi çözüme kavuşturmasını -artık Anayasa Mahkemesinin hukuksal yorumunu ayrıca değerlendirmeden- bir nevi kabul edilmiş bulunmaktadır. Tabii yorum uyumsuzluklarının olduğu hâlleri de zikretmek mümkündür. Yine en çarpıcı olanı, belki özellikle ifade hürriyeti ile ilgili davalarda hürriyeti bağlayıcı cezalara başvurulmuş ya da bir ceza davası açılmış olmasını Strazburg Mahkemesi Sözleşme bağlamında Anayasa Mahkemesinin birtakım kararlarından farklı olarak orantısız bulabilmektedir.

Bana ayrılan süreye sadık kalmayı göz önünde bulundurarak netice itibarıyla şunu söylemekte fayda görüyorum: İkincilik ilkesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumsal yaklaşımını belirlemekte ve her zaman onun bel kemiğini teşkil etmekle beraber, bu yaklaşımın yerel mahkemelerin kendi yorumları ve bu anlamda anayasa yorumlarıyla benzeşebileceği gibi gördüğümüz üzere farklılaşabilmesi de mümkündür. Ama bu aslında daha önce söylediğim çoğul yapının -yani yorum

faaliyetinin birbirinden farklı birden çok aktör tarafından yerine getiriliyor oluşunun- doğal sonucudur.

Ben sözlerimi burada noktalarken Anayasa Mahkemesinin 60. senesini tekrar tebrik ediyor, 60 senedir Anayasa'yı yorumlayan, kurumsal kapasitesi her geçen gün artan, dünyadaki yüksek mahkemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerle yargısal diyalog hâlinde bulunan Anayasa Mahkemesine daha nice 60. yıllar diliyorum. Sayın Başkan'ım teşekkür ederim.



## INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN PROTECTING HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

**Zlatko M. KNEŽEVIĆ\***

Dear Mr. President, Dear Colleagues,

On behalf of the President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and all judges and employees of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, please allow me to greet you at today's conference and to address you sincere expressions of congratulations on your anniversary.

The Constitutional Court of the Republic of Turkey has a true friend in the judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, and our professional cooperation and relationship provide a successful example of how collaboration and friendship should be developed and advanced.

### **Introduction**

In terms of history and issue of transition from a socialist system, Bosnia and Herzegovina provides a rare example of a country in transition from a socialist system. Nevertheless, it has a history of having a constitutional court, since the former Yugoslavia was the only country, which had a system of the constitutional courts already in socialist regime. The first Constitutional Court in former Yugoslavia was created as early as 1963 and that date coincided with the starting point of the history of a constitutional judiciary in this country.

The Constitution of Bosnia and Herzegovina (Annex 4 of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina), which entered into force on 14 December 1995, now provides the legal framework for the organization and functioning of the Constitutional Court. In addition to the Constitution, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("European Convention") applies directly in Bosnia and Herzegovina and has priority over all other law.

\* Justice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Member of the Venice Commission of the Council of Europe.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (“Constitutional Court”) commenced its operations following the election and appointment procedures in May 1997 when the first session of the Court was held. This ensured the continuity of constitutional judiciary of BiH as it succeeded the Constitutional Court of the Republic of BiH. The Constitutional Court was established based on Article VI of the Constitution of Bosnia and Herzegovina. It stipulates, in addition to its jurisdiction, the organisation, procedure and final and binding character of the decisions of the Constitutional Court. The issues related to the position, jurisdiction, procedure and decisions of the Constitutional Court are prescribed by the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Rules of the Constitutional Court, which are adopted by the Court itself and which have the force of organic law. The Constitution of Bosnia and Herzegovina provides a special position to the Constitutional Court in terms of its independence from three branches of government, i.e. legislative, executive and judicial, and makes it the highest legal authority. Its basic function is to protect the Constitution of Bosnia and Herzegovina and constitutional order as a whole, and to ensure consistent respect for human and constitutional rights in accordance with international conventions and other international documents.

### **Relationship between the Jurisdiction of the Constitutional Court and Other Courts**

Given the provision of Article VI(3) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, we could say that the relationships between the Constitutional Court and other courts are established on two bases:

- a) The first one is the appellate jurisdiction<sup>1</sup> over issues under the Constitution arising out of a judgment of any other court in Bosnia and Herzegovina (Article VI(3)(b) of the Constitution of the Constitution of BiH). It makes the Constitutional Court the highest institutional guarantor of the protection of human rights and fundamental freedoms under the Constitution and European Convention.

The appellate jurisdiction of the Constitutional Court under Article VI(3)(b) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina does not mean that the Constitutional Court has jurisdiction to act as a court of “fourth

---

<sup>1</sup> Appellate jurisdiction is identical to the constitutional appeal in the same or similar legal systems.



instance” and review the same complaints as those dealt with by the previous instances. Quite the contrary, within the scope of the appellate jurisdiction, the Constitutional Court deals exclusively with the issue of alleged violations of constitutional rights or rights under the European Convention during the proceedings before the ordinary courts and the issue whether the ordinary courts’ decisions have been in violation of the constitutional rights. The Constitutional Court does not have jurisdiction to review the established facts, nor does it have jurisdiction to review the interpretation or application of the laws applied by the lower instance courts, unless the decisions of the lower instance courts have amounted to a violation of constitutional rights. This is the case when the decisions of the ordinary courts have been based on erroneous views on the meaning and extent of constitutional rights, when constitutional rights have been disregarded, when the application of a law has been manifestly arbitrary, when the law itself is unconstitutional or when fundamental human rights have been violated. If the Constitutional Court finds that the appeal is well-founded, it may, in accordance with Article 64(1) and (5) of the Rules of the Constitutional Court, refer the case back to the court which rendered the judgment for new proceedings. The court, the decision of which has been quashed, is to take a new decision in accordance with the legal view expressed by the Constitutional Court regarding the violation of the appellant’s human rights and freedoms under the Constitution.

Every person under the jurisdiction of Bosnia and Herzegovina is entitled to file an appeal to seek protection of his/her constitutional rights and freedoms provided that he/she meets the prescribed formal requirements. In addition to natural persons, the protection may be requested by legal persons and governmental authorities, because the protection *ratione personae* is interpreted differently, when compared to the European Court, and the State of Bosnia and Herzegovina, but also its entities and cantons, may request protection of their constitutional rights before the Constitutional Court.

It should be noted that all these cases are considered in terms of constitutional rights, not the rights under the European Convention.

Substantive constitutional law protecting the constitutional rights and freedoms includes:

- The catalogue of human rights referred to in the Constitution of Bosnia and Herzegovina, with special provisions related to the



prohibition of discrimination and protection of the rights of refugees and displaced persons (Articles II(3), II(4), II(5) of the Constitution of BiH);

- The European Convention, which has a special place in the Constitution of Bosnia and Herzegovina (Article II (2) of the Constitution of BiH) as it applies directly and has priority over all other law.

### **International standards**

The rights and freedoms referred to in the European Convention for the Protection of Human Rights and its Protocols apply directly in Bosnia and Herzegovina. These have priority over all other law.

Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina consists of 15 international instruments for the protection of human rights and freedoms.

The second basis for the establishment of relationship between the Constitutional Court and other courts is referral of issues by other courts (Article VI(3)(c) of the Constitution of BiH) concerning whether a law, on whose validity its decision depends, is compatible with this Constitution, with the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, or with the laws of Bosnia and Herzegovina, or concerning the existence of or the scope of a general rule of public international law pertinent to the court's decision. Thus, this relates to the initiative by the ordinary courts, but also to their constitutional obligation, given the supremacy of the European Convention in domestic law.

The fact that the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is the only constitutional court at the level of Bosnia and Herzegovina has a special impact on the tasks and jurisdiction of the Constitutional Court, as well as on its relationship with other courts. As a result, we have a situation where the entire responsibility for ensuring the rights and freedoms guaranteed by the Constitution falls exclusively on the Constitutional Court.

### **Theoretical Models of Interpretation of Constitutionality in Protecting Human Rights and Freedoms**

The *Kelsenian*<sup>2</sup> model of constitutional court is at the same time a model of review of constitutionality. In the pure model, there is a constitution, which is **the final act** and, as such, is **only applied in the interpretation**

---

<sup>2</sup> Hans Kelsen.

**of its norms.** In such a model, the constitutional court is **the interpreter** of the existing constitutional norm and the relation of the norm of lower rank (law) to the constitution. Therefore, in a pure model, the review of constitutionality is a mechanical action<sup>3</sup> that can be compared to other sociological theories and schools. However, as elsewhere, the review of constitutionality is certainly neither simple nor embedded in a clearly limited model.

One of the key views that has become the **standard** is the relatively long-established conclusion of the European Court in the case of *Tyrer v. The United Kingdom*<sup>4</sup>, establishing that “the Convention is a living instrument which, [...], must be interpreted in the light of present-day conditions [...].” Therefore, the *teleological* approach is used today in the practice of all constitutional courts where interpreting a constitutional norm in relation to the norms of the European Convention and the obligation to apply it in the national system.

Nevertheless, interpretation only through expediency limits the giving of the review of constitutionality as a review but also an instruction. It should be briefly mentioned that the result of legal-philosophical reflection is the Italian doctrine of *additional interpretation*,<sup>5</sup> which enables the constitutional judiciary **to react actively** to the unconstitutional behaviour of the legislator (non-implementation of the decision of the Constitutional Court or a failure to pass a law that would fill a legal gap after the decision of the Constitutional Court).

We also stress the reactions of the European Court or the German Federal Constitutional Court, which in their decisions (some of the important decisions) **directly influence the reaction of the legislator**<sup>6</sup>. However, this practice has become general, with various forms of action by the constitutional judiciary towards the legislature.

Based on this brief overview of theoretical models (which is only partial since there are many more), we can conclude that constitutional courts are in a similar situation, when interpreting constitutional norms that guarantee the protection of basic human rights and freedoms. This

---

<sup>3</sup> Mechanism in a sociological sense.

<sup>4</sup> *Tyrer versus UK* no. 1474/62, July 1968.

<sup>5</sup> A very considerable practice of the Italian Constitutional Court, which is a reaction to a legislator's failure to act following the decision of the Constitutional Court.

<sup>6</sup> For illustration purposes only, *Marckx v. Belgium*, June 1979; *Karlheinz Schmidt v. BRD*, July 1974.

situation is partly made complicated by the obligation of convention law to apply the norms of the European Convention, but also of other international conventions or treaties to which States have committed themselves to apply them in domestic law.

Same as legal principles, legal standards, as an abstract type of best “practice” (and especially norms) of law throughout the world, are therefore only a source of law in the substantive and not in the formal sense. Therefore, for the reasons already mentioned, it is necessary briefly to review the application/impact of the decisions of the European Court in relation to national law and constitutionality when it comes to the protection of fundamental rights and freedoms.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is, at its core, the most important legal instrument in the recent history of law in general. Its emergence is linked to the organizational form of the new European architecture after the end of World War II through the organization of the Council of Europe as a form of mutual communication and cohabitation of states in Europe divided by an ideological fence or curtain. The starting point of the European Convention is in Article 3 of the Statute of the Council of Europe, which speaks of the obligation of members to accept the principle of the rule of law and to protect everyone, regardless of their nationality, to enjoy all human rights and freedoms, on an equal footing, on European soil<sup>7</sup>.

It is certain that the rule of law as a universal principle and the principles of determining, guaranteeing and implementing human rights and fundamental freedoms are not identical in the modern world. However, it is indisputable that the European Convention is the basis for the operationalization of these principles. If three principles respect for human rights, pluralistic democracy and the rule of law are a condition of democracy in modern society, then the European Court is a mechanism or tool by which these principles, especially the rule of law and respect for human rights, are harmonized in the area of the Council of Europe. When we compare it with national law, the European Court has the role of a kind of regulator of the interpretation of the highest national courts.

In its case law, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina firmly and fully applies the standards used by the European Court, but at the same time harmonizes the case law of ordinary courts.

---

<sup>7</sup> Russo, *The Drafting History of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1999.

Dear Colleagues,

Given the time limit for presentations, I did not engage in a discussion on the contribution of the classical review of constitutionality in terms of the protection of fundamental rights and freedoms. Above all, the national constitutional court always has the task, where reviewing the constitutionality of a particular law, to review its compliance with the constitution of the country, as well as with international documents that are either an integral part of the national constitutional order or are superior to national legislation.

Therefore, this decision is always related to one term of international law “within the national context”, and represents a general review of constitutionality for a given state, but also a consequence for an individual who benefits from such a review.

Thank you for your attention!





## THE INDONESIAN CONSTITUTIONAL COURT'S INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION RELATED TO THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

**Prof. Dr. Enny NURBANINGSIH\***

It is a great pleasure to be invited to this honorable international conference in commemoration of the 60th Anniversary of the Turkish Constitutional Court. On this occasion, the Indonesian Constitutional Court would like to congratulate the Turkish Constitutional Court for celebrating its 60th Anniversary and successfully hosting this international conference.

The theme for this international conference, “Interpretation of Constitution in the Protection of Fundamental Rights and Freedoms” is an important agenda for Indonesia and the world. This is because the protection of fundamental rights and freedoms is an essential element for the development of the constitutional democratic state. While the Constitutional Court has authorities to protect citizens' rights through constitutional interpretation. Therefore, the Constitutional Court has functions not only as the guardian of the constitution but also as the sole and final interpreter of the Constitution.

The idea of a democratic state based on the rule of law should be seen from the perspective of the protection of fundamental rights and freedoms as guaranteed by the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. The idea to include human rights in the 1945 Constitution was discussed by the framers of the Constitution. The Indonesian Constitution was amended four times from 1999 to 2002. The second amendment in 2002 guarantees human rights, which are outlined specifically in Chapter XA on Human Rights, from Article 28A to Article 28J of the 1945 Constitution. These constitutional provisions assure human dignity, the right to equality, personal liberty, civil and political rights, socio-economic rights, and other important fundamental rights and freedoms. The constitutional safeguards

---

\* S.H., M.Hum. Justice of the Constitutional Court of Indonesia.

have had a significant impact on the development of constitutional democracy in Indonesia today.

The protection of human rights and its implementation is further regulated in Law No. 39 of 1999 on Human Rights and other legislation guarantees the recognition and respect of other person's rights and freedoms based on morality, religious values, security, and public order in a democratic society.

If placed in a more universal context, the citizens' rights as mentioned in the Constitution and laws is following the spirit of the formulation of human rights as stated in international human rights treaties, including the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (ICERD) which has been ratified through the Law No. 29 of 1999 concerning Ratification of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) which has been ratified through Law No. 12 of 2005 concerning Ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights, and the Law No. 11 of 2005 concerning Ratification of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). All of these international treaties guarantee human rights for everyone without discrimination. The consequences of this ratification are these treaties became national law, and the government was immediately obliged to respect, protect, implement and advance the human rights contained in them.

### **The Interpretation of the Constitution by the Constitutional Court**

One of the efforts to protect fundamental rights and freedoms has been the establishment of the Constitutional Court of Indonesia which was initiated by the process of political change from authoritarian power to constitutional democracy. It is in line with the momentum of the constitutional amendments during the reform era. The third constitutional amendment of 2001, provided for the creation of a Constitutional Court of Indonesia, which was duly established in 2003.

The Constitutional Court of Indonesia is one of the state institutions exercising independent judicial power in administering the judicial system with the aim of enforcing law and justice. The Constitutional Court has five authorities as set forth in Article 24C paragraph (1) and paragraph (2)

of the 1945 Constitution including constitutional review of law against the Constitution; disputes of authorities between state institutions which are the authorities granted by the Constitution; political parties' dissolution; elections disputes; and impeachment of president and/or vice president.

Based on its power and authorities, the Constitutional Court essentially functions as a guardian of the Indonesian Constitution, democracy, fundamental rights and freedoms. Whenever there are laws that are repressing or denying the citizens' rights, then based on request by the people, the Constitutional Court can play its role to protect, to promote, and to rehabilitate the constitutional rights of citizens from such suppression.

The Constitutional Court's decision is final and binding, so the Constitutional Court also functions as the "final interpreter of the Constitution." When exercising its power to review the constitutionality of laws, the Constitutional Court must interpret the Constitution by following textual and contextual dynamics. This is also in line with the living constitution theory, the 1945 Constitution must be understood as a constitution that has dynamics.

Provision regarding the method of interpreting the constitution is also regulated in Article 5 paragraph (1) of the Law No. 48 of 2009 on Judicial Power stipulate that "Judges and constitutional judges must explore, follow and understand the legal values and a sense of justice that lives in society."

In addition, the standards for determining the constitutionality of a law must be the text of the Constitution, which means the Constitutional Court must use original intent as a benchmark for interpreting the Constitution. The original intent protects the original ideas and enthusiasm during the formulation of the Constitution and law.

The result of the interpretation of the text becomes a parameter to measure the norms of the law being reviewed to be in accordance with the Constitution. The Constitutional Court's decision is a way out of resolving conflicts between laws and the Constitution.

### **The Constitutional Court's Role in the Protection of the Fundamental Rights and Freedoms**

Since its establishment in 2003, the Constitutional Court of Indonesia has decided important cases on the protection of fundamental rights and freedoms, which can be seen in its landmark decisions. One of the



important decisions of the Constitutional Court concerns the protection of freedom of religion. This because the Republic of Indonesia is a religiously diverse country.

In 2017, the Constitutional Court granted a judicial review of the Law Number 24 of 2013 concerning Civil Administration Law that will pave way for Indonesian native-faith followers (*penghayat kepercayaan*) to have their beliefs officially recognized by the government. The judicial review was filed in 2016 by followers of four indigenous faiths who argued that the law violated the principle of equality before the law. The Court argued that by leaving the religion fields blank, indigenous-belief followers had also suffered problems in exercising their rights, including difficulties in marriage registration and accessing civil administration services. The religion field on family registration and electronic identity cards (ID card) of people adopting indigenous beliefs should now show that they are "native-faith followers" without details about their native faith.

In this native-faith followers case, the Court considered that the disputed articles provided no legal certainty and violated principles of equal justice for all citizens. The Court, further said that articles in the law that required people adopting indigenous native faiths to leave the religion column in their ID cards blank were discriminatory. These articles treat different things that should be the same, namely citizens who live in beliefs that are recognized according to laws and regulations in accessing public services and citizens' native-faith followers. According to the Constitutional Court, the limitation of these rights has nothing to do with respect for the rights and freedoms of others and is not related to the fulfilment of just demands in the life of a democratic society. On the other hand, the limitation of these rights actually leads to unfair treatment of citizens nativefaith followers Thus, it turns out that the reasons for the limitation of rights as regulated in Article 28J paragraph (2) of the 1945 Constitution have not been fulfilled so that the different treatment constitutes a discriminatory act. In deciding the case, the Court found that "Article 61 paragraph (2) and Article 64 paragraph (5) of the Civil Administration Law contradict the 1945 Constitution and these articles are not legally binding."

Another Constitutional Court landmark decision can be found in the case of freedom of speech. As a foundational principle of democratic institutions, freedom of speech creates the space for the exchange of ideas and to make an effective democracy. The Constitutional Court has

annulled many freedom of speech provisions allowed the Constitution. For example, in the lese majeste case (2006), which involved a political activist and a lawyer prosecuted for insulting President. In deciding the case, the Constitutional Court found that the Criminal Code Articles originated from Dutch colonial rule, known as hate sowing (*haatzaai-artikelen*), which were designed to safeguard the royal family and colonialists from opinion and criticism by citizens. The Constitutional Court concluded that the articles violated the Constitution. Through this decision, the Court protects the right to freedom of speech by keeping state institutions transparent and responsive to public opinion and criticism.

A further example is a case on the right to vote in elections (2019). This case was submitted by a number of democracy activists, who argued that many citizens could not exercise their constitutional right to participate in elections because they do not have an electronic ID card. In deciding this case, the Constitutional Court said that the minimum requirement for voters to be able to exercise their right to vote is to have an Electronic ID card, in accordance with the Population Administration Law. However, if there are citizens who have the right to vote but don't have an Electronic ID card, the Court allowed them to vote in the General Election by using a recommendation certificate (*Surat Keterangan*), issued by the Population and Civil Registry Office in Indonesia, as proof they had registered their data.

Based on these constitutional cases, the Indonesian Constitutional Court has become one of the main actors in the protection of fundamental rights and freedoms. In the case of the freedom of religion, freedom of speech, and the right to vote in elections, the Constitutional Court has made strong constitutional interpretation related to the development of democracy in Indonesia.

Apart from the important role of the Constitutional Court, it is imperative that the Constitutional Courts must continue to improve their role in guaranteeing this religious freedom. The important role of the Constitutional Court in protecting constitutional rights merits attention because an independent judiciary is indispensable to making constitutionalism more than an embellishment.

It is not possible to cover all aspects of the topic in a single presentation. Summarizing the above, it can be concluded that the constitutional interpretation by the Constitutional Court is important for the protection of fundamental rights and freedoms in Indonesia.

Finally, the good relations and cooperation that have been established between countries and fellow of the Constitutional Courts and equivalent institutions shall continue to be established and improved in the future to promote fundamental rights and freedoms globally. Once again, the Indonesian Constitutional Court would like to congratulate the Turkish Constitutional Court on celebrating its 60th anniversary, may the coming year achieve even greater success.



## CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN THE REPUBLIC OF KOREA'S CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF KOREA

Jongseok LEE\*

### I. Introduction

Excellencies, my name is Jongseok Lee, and I serve as Justice at the Constitutional Court of Korea. On behalf of our Court and myself, I would like to express congratulations on the 60th anniversary of the Constitutional Court of Turkey. It is my great pleasure to be in this valuable occasion with distinguished colleagues and guests across the globe to share my experiences and thoughts on constitutional adjudication.

Exploring the meaning of the Constitution is a precondition to applying the Constitution. In this context, it would be suitable to mention that constitutional interpretation is the initial step as well as the basis for constitutional adjudication. In my presentation, I would like to introduce the Constitutional Court of Korea's approaches to interpreting the Constitution in cases where the issue at stake was the meaning of constitutional provisions.

### II. Significance and Modes of Constitutional Interpretation

The Constitution speaks of wide-ranging matters compared with other legal norms, yet it provides only a limited number of provisions to cover these matters. Consequently, constitutional interpretation plays an important and influential role.

The interpreters of the Constitution are the Legislature, the Executive, and also the Judiciary. Nevertheless, since the Constitutional Court of Korea is the final decision maker as to the constitutionality of legal norms and exercise of state power, and holds an exclusive jurisdiction over the adjudication on the constitutionality of statutes in particular, it is most appropriate to say that the Constitutional Court serves as the "final

\* Justice of Constitutional Court of Korea.

interpreter” of the Constitution. Hence, constitutional interpretation by the Constitutional Court assume a special significance.

There have been extensive discussions and suggestions as to the modes of constitutional interpretation in the Republic of Korea. The generally accepted view is that while a constitutional provision should be interpreted based on the plain meaning of its text, other considerations –its correlation with the other constitutional provisions and the entire Constitution, the purpose of constitutional law, the intent of the framers of the Constitution, and the historical background of the Constitution– need to be factored in as well. Still, in applying such modes of interpretation, answers to the question of setting the priority among different modes and managing the modes in conflict have not been clearly established.

### **III. Relevant Major Decisions of the Constitutional Court of Korea**

**(i) Decision on the legal provision that prescribes detention in a guardhouse as a disciplinary measure to enlisted personnel in active service (Const. Court, 2017Hun-Ba157, 24 September 2020).**

Military Personnel Management Act allowed detention in a guardhouse (for a short period within 15 days in a military unit) as a disciplinary measure to enlisted personnel in active service. As to this matter, the Constitutional Court found that the legal provision at issue of the Act goes beyond its scope as disciplinary action by detaining people from the outside world and causing deprivation of bodily freedom, and that the grounds and standards for the detention measure are excessively broad in content and unclear. In consideration of the above, the Court held this legal provision unconstitutional on the ground that it violates the rule against excessive restriction (Verhältnismaßigkeitsprinzip) (7:2).

Further to the rule against excessive restriction, whether the legal provision has violated the warrant requirement was another issue of discussion in this case. Constitutional provisions were differently interpreted by different Justices, and accordingly, the Justices were divided in their opinion regarding the violation of the warrant requirement.

Four of the seven Justices who found the legal provision unconstitutional presented a concurring opinion that the provision runs contrary to the warrant requirement. In the Constitution, Article 12 Section 1 states “All citizens shall enjoy bodily freedom. No person shall be arrested, detained, seized, searched or interrogated except as provided by Act. No person shall be punished, placed under preventive order or subject to involuntary labor

except as provided by Act and through lawful procedures,” and Article 12 Section 3 states “Warrants issued by a judge through due procedures upon the request of a prosecutor shall be presented in case of arrest, detention, seizure or search.” According to interpretation of the four Justices, bodily freedom is a basic right that is not only protected at the stages of criminal proceedings when considering the plain meaning of Article 12 Section 1 of the Constitution and the nature of bodily freedom as a natural right. The Justices further viewed that criminal proceedings is prescribed in Article 12 Section 3 of the Constitution is because the need for *ex ante* control by a judge in criminal proceedings is particularly high, and the provision does not intend to exclude the application of the warrant requirement to state actions other than criminal proceedings.

On the other hand, two Justices presented a dissenting opinion that the legal provision at issue does not run contrary to the warrant requirement. According to the two Justices, whilst the first sentence of Article 12 Section 1 of the Constitution was not exclusively intended for criminal proceedings, it should be taken into account that special circumstances that may jeopardize one’s bodily freedom as well as the ways to protect bodily freedom in such circumstances are specifically listed and guaranteed from the second sentence of Section 1 throughout Section 7 of Article 12. Therefore, in cases where a constitutional provision is clearly applicable to criminal proceedings only, in consideration of its plain meaning or the characteristics of the particular way of its guarantee of bodily freedom, the Justices interpreted that the constitutional provision is exclusively applicable to criminal proceedings.

This case is viewed to have illustrated divided views of the Justices over whether to put emphasis on the purpose of constitutional law or on its structure and plain meaning in the course of interpreting the Constitution.

**(ii) Decision on the legal provision that allows for the search of a suspect in another person’s dwelling when necessary for executing an arrest warrant (Const. Court, 2015Hun-Ba370, 26 April 2018).**

It is stipulated in the Criminal Procedure Act that while executing an arrest warrant, investigative agencies may, if necessary, investigate a criminal suspect in the dwelling of another person without a warrant. The subject matter of review in this case was whether the above legal provision violates the warrant requirement as provided in Article 16 of the Constitution.

Article 12 Section 3 of the Constitution prescribes "Warrants issued by a judge through due procedures upon the request of a prosecutor shall be presented in case of arrest, detention, seizure or search: *Provided*, That in a case where a criminal suspect is an apprehended flagrante delicto, or where there is danger that a person suspected of committing a crime punishable by imprisonment of three years or more may escape or destroy evidence, investigative authorities may request an *ex post facto* warrant," and acknowledges an exception to the *ex ante* warrant requirement. However, Article 16 of the Constitution merely prescribes "All citizens shall be free from intrusion into their place of residence. In case of seizure or search in a residence, a warrant issued by a judge upon request of a prosecutor shall be presented," and does not stipulate an exception to the warrant requirement.

The Constitutional Court found that: although Article 16 of the Constitution does not stipulate an exception to the warrant requirement, it does not mean the warrant requirement is unexceptionally applicable in cases of seizure or search in a residence; since exceptions to the warrant requirement in cases of bodily freedom is acknowledged in Article 12 Section 3 of the Constitution, such exceptions in cases of the freedom of residence, to which greater restrictions are allowed, should be acknowledged under certain conditions; and that the exceptions to the warrant requirement in cases of flagrant offenders or emergency arrest is provided in Article 12 Section 3 of the Constitution because an emergency situation in times of arrest makes it impracticable to obtain a warrant for seizure, search or investigation in advance. Considering the above, the Court viewed that exceptions to the warrant requirement as provided in Article 16 of the Constitution should be acknowledged, while such exceptions should be interpreted to be applied in limited cases when (1) there is a probability that evidence that can prove the charges or a suspect exists in the place of interest, and (2) an emergency situation makes it impracticable to obtain a warrant in advance. However, the above legal provision allows the search of another person's dwelling without a search warrant regardless of whether an emergency situation makes it impracticable to obtain a search warrant to arrest a suspect for whom an arrest warrant has been issued, as long as there is a probability that the suspect resides in another person's dwelling. Therefore, the Court unanimously held that the legal provision violates the warrant requirement under Article 16 of the Constitution.

This decision could be viewed as an example of concretizing matters that have not been provided by the Constitution in writing through harmonious and structural interpretation of constitutional provisions.

**(iii) A decision acknowledging foreigners as the subject of fundamental rights.**

The Constitution of the Republic of Korea enumerates fundamental rights in “Chapter II: Rights and Duties of Citizens” from Articles 10 through 39. The chapter prescribes “citizens” as the subject of fundamental rights provided by the Constitution, and the legislative documents made in times of drafting the founding Constitution reveal that the intention behind using the expression “citizens,” not “the people,” was to deny foreigners as the subject of fundamental rights. However, in circumstances where a type of fundamental right is beyond the right of ‘a citizen’ and could be regarded as that of a ‘human being,’ the Constitutional Court acknowledged foreigners as the subject of fundamental rights. Notwithstanding the possible conflict with constitutional texts and intents of the framers of the Constitution, the Constitutional Court has broadened the subject of fundamental rights in reflection of the purpose of constitutional laws and the respect for international law.

A foreigner of Sudanese nationality who applied for recognition of refugee status upon arriving in Korea was denied to enter the land by the head of the immigration office, and filed a suit to annul the decision thereafter. Meanwhile, the foreigner filed a constitutional complaint when the request for visitation by counsel has been denied, claiming that the refusal infringed upon one’s right to receive assistance of counsel. In this case, the Constitutional Court acknowledged foreigners as the subject of the right to receive assistance of counsel and thereby confirmed unconstitutionality of the refusal to attorney visitation (Const. Court, 2014Hun-Ma346, 31 May 2018). In other types of cases as well as this case, the Court recognized foreigners’ status as subject to various fundamental rights.

**(iv) Reference from international human rights norms, foreign laws and case-laws.**

During the process of constitutional interpretation, the Constitutional Court takes reference from various international human rights norms, foreign laws and case-laws that are relevant to issues at stake. Most case reports include the research and analysis by Constitutional Researchers on such international human rights norms etc.



In the case where the Constitutional Court declared that applying only some parts of Labor Standard Act to foreign trainees of industrial technology is an infringement on the right to equality, the Court referred to Article 2(2) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights "The State Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status," and stated that "in the course of interpreting our constitutional provisions, what has been prescribed in the Covenant such as the 'right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind (Article 7)' should be taken into consideration" (Const. Court, 2004Hun-Ma670, 30 August 2007).

In another case where the Constitutional Court declared unconstitutional a provision of Military Service Act that did not provide alternative service program for conscientious objectors, the Court referred to the right to freedom of thought, conscience and religion provided in Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as a wide range of other materials including interpretations from the Human Rights Committee, resolutions by the UN Commission on Human Rights, motions by the UN Human Rights Council, case-laws from the European Court of Human Rights, and laws and regulations from across the world (Const. Court, 2011Hun-Ba379, 28 June 2018).

#### **IV. Conclusion**

As illustrated throughout this paper, the Constitutional Court of Korea interprets a constitutional provision based on the plain meaning of the text while taking into account several factors such as its correlation with the overall structure of the Constitution and other constitutional provisions and the purpose of constitutional law. Constitution is a text of uniformed system of values, in which the Preamble and provisions therein are closely interrelated with one another. Accordingly, the Constitutional Court strives to examine the overall relevancy of constitutional law in interpreting the Constitution and thereby preserve the uniformity and optimum performance of the Constitution.

On a separate note, the importance of comparative law cannot be overlooked when interpreting the Constitution. During the course of

constitutional interpretation, one may take reference from international human rights norms, foreign laws and regulations and also case-laws from countries worldwide. Owing to the recent trend of the universality of constitutional law and spirit, growing similarities in the practice of constitutional adjudication and active exchange of ideas between constitutional adjudicatory institutions across the world, the significance of comparative legal analysis is ever-growing. On this account, I hope that this highly valued conference will serve as a cornerstone for constitutional adjudicatory institutions from all over the world to actively engage with one another and exchange experiences about constitutional interpretation.



## ÜÇÜNCÜ OTURUM: SORU-CEVAP

-**Murat AZAKLI (Anayasa Mahkemesi Raportörü)** Sunumlar için herkese teşekkür ederim. Benim sorum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Üyesi sayın Saadet hocama olacak. Belki spesifik bir soru ama takdir alanı veya takdir marjı doktrini ile ikincilik ilkesi aslında birbiri ile çok bağlantılı kavramlar. Şimdi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesine başvuruyu etkili ve tüketilmesi gereken bir başvuru olarak öngördü. *Hasan Uzun* kararında, *Zeynep Mercan* kararında çok detaylı bir şekilde zaten bunları açıkladı. Şimdi ben şunu sormak istiyorum. Anayasa Mahkemesine başvuru yolu etkili bir yol, tüketilmesi gereken bir yol fakat Anayasa Mahkemesi bazı konulara bakma yetkisine anayasal olarak sahip değil. Örneğin kamu tüzel kişilerine, Yüksek Seçim Kurulu ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bazı kararlarına. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar verdiği bu tür kararları, kişi bakımından yetkisizlik kararı ile sonuçlandırdı. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi –bildiğim kadarıyla– hâlâ bu tür durumlarda –örneğin baroların başvurularında veya Yüksek Seçim Kurulu kararlarına, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bazı kararlarına yönelik başvurularda– Anayasa Mahkemesine başvuruyu hâlen tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak görüyor. Ben sizin bu konuda yorumunuzu merak ediyorum. Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan bazı konular, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınabilir mi? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bunları başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik yerine esastan veya başka bir nedenle inceleme durumu söz konusu olur mu? Bunu öğrenmek istiyorum teşekkür ederim.

-**Saadet YÜKSEL** Tabi Murat Bey soruyu spesifik sordu ama ben –takdir edersiniz ki– önümüzde derdest olan ve olabilecek potansiyel konular olduğu için genel bir şekilde işaret etmeye çalışayım. Ama önce şuradan başlayalım ben tabii bir cümle ile geçtim ikincilik ilkesi ve takdir marjı doktrinini, biraz bunu açarak cevaplandırmaya çalışayım. Şimdi ikincilik ilkesi pratik anlamda mahkemenin takdir marjı doktrini olarak belirir aslında. İkincilik ilkesi (*subsidiarity*) ifadeden ibaret bir şey değil. Aslında bu doktrine göre Sözleşme hak ve özgürlüklerine müdahalenin

gerekliliği ve ölçülülüğü yani bizim *necessity* ve *balancing* ölçülülüğü değerlendirmesinde millî makamlar, Mahkemeye göre avantaj sahibi. Tabi bu aslında somut olarak Strazburg Mahkemesinin belirli ölçüde kendi kendini sınırlama anlayışını ifade eder ama tabi bu Mahkemenin Sözleşme'yi uygulamasında böyle bir nevi havlu atma anlamında da yorumlanmamalı. Aslında sorunuz biraz da ona işaret ediyor, onun için ben yine bir cümleyle sunumda sadece şundan bahsettim: İkincilik ilkesi ve buna bağlı takdir marjı doktrini, Strazburg Mahkemesinin yargısal denetim yetkisinin özelliklerini azaltmaz ve belli ölçülerde de davaya konu müdahalenin iç hukuka uygunluğunun incelenmesini engellemez. Neden öyle? Çünkü Sözleşme'nin 32. maddesi Mahkemenin yargı yetkisini Sözleşme'nin ve protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsayacak şekilde tanımlıyor. Özellikle konu bakımından yargısal süreci anlatırken 2010 öncesi daha geleneksel içtihadattan bahsettim. Biraz daha içeriğe odaklı yani *substance-based review* olan, 2010 sonrası *process-based review* dediğimiz bu yargısal süreç temelli yaklaşım, son zamanlarda rastladığımız evrimsel sürecin üçüncü ayağı ise hukukun üstünlüğü bazlı bir yargısal süreç temelli denetimdeki anlayışı terk ettiğimiz anlamına gelmiyor. Onların ikisi arasında bir etkileşim var ve belirli konularda örneğin işte bu hukukun üstünlüğü bazlı denetimin daha öne çıktığı yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konularında aslında bu takdir marjı doktrininin daha dar yorumlandığını görüyoruz.

Aslında belirli konularda Mr Gianni Buquicchio buna değindi, takdir marjı ve olağanüstü hallerle ilgili. Mesela yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili verdiğimiz kararlarda *Kövesi/Romanya, Baka/Macaristan, Grzedal/Polonya*, yine Türkiye'ye karşı bazı daire kararlarında, aslında yargı bağımsızlığının hukukun üstünlüğü ile beraber değerlendirilmesi gerektiğini incelediğimiz kararlarda takdir marjı doktrininin biraz daha dar yorumlandığını gördük. Anayasa Mahkemesinin burada tabi Sözleşme'nin ikincilik özelliği kapsamında tüketilmesi gereken bir yol olarak ülkenin bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra Strazburg Mahkemesi'ne başvuru yapılması, Sözleşme sisteminin bağlayıcılığı ve ikincilik ilkesi bağlamında çalışan bir Mahkeme olmasının da göstergelerinden biri. Anayasa Mahkemesi tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmekte ama başvuru içtihat ve uygulama kapsamında bu iç hukuk yolundan herhangi bir sonuç alamayacağını somut olarak ortaya koyabiliyorsa bazen sadece Strazburg Mahkemesinin yargısal denetiminin ortaya çıktığını da görebiliyoruz. Ama kural olarak sizin söylediğiniz gibi bizim de çok birçok kararda söylediğimiz gibi

Anayasa Mahkemesi Strazburg Mahkemesine başvurmadan önce etkili olarak tüketilmesi gereken en önemli yol. Teşekkürler.

-**Ingrid ANTIČEVIĆ-MARINOVIĆ (Hırvatistan Anayasa Mahkemesi Üyesi)** Kıymetli Meslektaşlarımız bütün panelistlerimize ve katılımcularımıza bu güzel konuşmalarından ve sunularından ötürü teşekkür ederek söze başlamak istiyorum. Hepiniz benim soruma cevap verebilirsiniz diye düşünüyorum. Bu da *collegiality* prensibi ile alakalı, yargının fonksiyonu için bu gerçekten hayati önem taşımaktadır. Hepimiz yargıcız, burada meslektaş dayanışmasından “*collegiality*”den bahsediyorum. Hepimiz yargıcız ve dolayısıyla bir Amerikalı yargıcın söylediği gibi birbirimizin arasında bir denge olması lazım. Bizler politikacı değiliz ve dolayısıyla biz popüler olmak zorunda değiliz hatta popüler olmamalıyız. Bizler kararlarımızı mümkün olduğu ölçüde adalet çerçevesi içinde vermek durumundayız. Bu konudaki düşüncelerinizi merak ediyorum.

- **Zlatko KNEŽEVIĆ** Belki Saadet Yüksel benden çok daha yüksekte. Ben Anayasa Mahkemesi yargıcayım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı değilim; o daha iyi cevap verebilir ama özellikle Anayasa Mahkemeleri açısından iki tane problem var: bir tanesi seçilmeden önceki dönemde bizim profesyonel bir hayatımız var. Seçildikten sonra da ikinci problem ortaya çıkıyor: kamu ile olan ilişkiler: medya, televizyon, politikacılar. Netice itibarıyla bunların hepsinin bizi etkilemek gibi bir görevi varmış gibi yani bizim vereceğimiz kararları etkilemeye çalışıyor hepsi. Ben burada kişisel olarak sadece söyleyebilirim genel olarak değil. Burada -evet- etki olabilmekte ama kararlara baktığımız zaman karar verirken bunların olmaması gerekir.

- **Muharrem İlhan Koç (Anayasa Mahkemesi Raportörü)** Bir önceki oturumdan da biraz ilhamla bu oturumla ilgili şöyle bir mesele vardı: Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AIHM sistemi bakımından önemli mesele gibi gözüküyor ama bu hem Türkiye için hem de diğer bütün uluslararası organlar ve Anayasa Mahkemeleri için geçerli bir sorun gibi. Şöyle bir durum var: AIHM –tabi taraf ülkeyi bir bütün olarak ele aldığı için– taraf ülkenin yaptığı bütün faaliyetleri – anayasal değişiklikler de dâhil– inceleme yetkisi kapsamında inceliyor. En son –hatırlarsınız– milletvekili dokunulmazlığına ilişkin meseleler bakımından Türkiye aleyhine verilmiş ihlal kararları var. Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasal düzenlemeler çerçevesinde kendi önüne gelen

meseleleri birtakım kısıtlamalarla inceleme yetkisine sahip, bir önceki oturumda da bahsettiğimiz gibi. Anayasa hükümleri, Sözleşme'yi ulusal hukuk sisteminde bir kanun seviyesinde ve kanun hükmünde ele alırken Sözleşme sistemi böyle bir kısıtlamayla bağlı olmaksızın kendi sürecini tamamlama işlevi görüyor. Bu anlamda genel olarak uluslararası sözleşmeler ve uluslararası organlar ile Anayasa mahkemeleri, özelde de Sözleşme organı ve Sözleşme'nin hukuk sistemlerinin ve Türkiye üzerine uygulanması bakımından, anayasal ve sözleşmesel süreçler bakımından bir sorun, bir uyuşmazlık söz konusu olabilir mi veya nasıl bir uyumluluk sağlanabilir? Buna ilişkin görüşlerinizi merak ediyorum.

- **Saadet YÜKSEL** Çok teşekkür ederim, sorudan öte biraz katkı gibiydi. Bir kere bir anlaşmazlık tam hatırlamıyorum hangi kelimeyi kullandınız, anlaşmazlık veya uyuşmazlık dediniz ya da oluşturuyor mu böyle bir şey oluşturmuyor. Yorum bakımından söylediğiniz –tabi orada benim de örnek verdiğim yorum uyuşmazlıkları farklı bir şey, oradaki uyuşmazlığı farklı bir anlamda kullandım– yorumlarda oydaşmanın görüldüğü konular olduğu gibi yani benzer değerlendirmelerimiz olduğu gibi yorum farklılıklarının da olduğu yorum uzlaşmazlıkları olabilir. Özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili bahsettiğim kararlarda öyleydi. Oradaki uyuşmazlık farklı bir şey, siz genel sisteme dair uyuşmazlıktan söz ediyorsunuz ama ben sizin uyuşmazlık dediğiniz şeyin aslında Sözleşme sisteminin kendisi olduğunu düşünüyorum. Sözleşme'nin yorumlanmasında esas olan kararları bağlayıcı olan Strazburg Mahkemesinin ikincilik ilkesi bağlamında çalışıyor olması. Özellikle 2010 sonrası içtihadı baktığımızda Strazburg Mahkemesinin yüksek mahkemelerin –bunu sadece Anayasa Mahkemesi için söylemiyorum– üye devletlerin yüksek mahkemelerinin görüşlerini, hukuku uygulamalarını ve yorumlamalarını dikkatli ve devamlı bir şekilde değerlendiriyor olması farklı bir sonuca varmayacağı ya da varamayacağı anlamına gelmez, yargısal denetim yetkisinin özelliklerini azaltmaz. Sözleşme'nin 1. maddesi aslında üye devletlere Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklere ilişkin güvence sağlamak bakımından yükümlülük yükler. Yüksek mahkemelerle Strazburg Mahkemesi arasındaki ilişki –hatta ikincilik ilkesi bağlamında düşünürseniz aslında bütün üye devletlerle de söyleyelim, Strazburg Mahkemesi ve üye devletlerle özellikle 2010 Interlaken Konferansında vurgu yapılan iş birliği anlayışı– bu yüksek yargısal iş birliği, *day-to-day responsibility* dediğimiz yani aslında hak ve özgürlüklerin ihlal iddialarına çözüm bulma ilk önce üye devletlerin görevi. Önce aslında ulusal düzeyde halledilmesi gereken bir husus, ondan sonra Strazburg

Mahkemesine başvuru yapıldığını, Strazburg Mahkemesinin bir çözüme kavuşturduğunu görüyoruz. Onun için ben sizin uyuşmazlık dediğimize Sözleşme'nin uygulanması diyorum, ikincilik ilkesi bağlamında Sözleşme'nin uygulanması olarak görüyorum. Ama üye devletlerle olan ilişki aslında iş birliğinin paylaşılması *shared responsibility* kavramı 2010 sonrası çok öne çıkan bir şey. Aslında bütün reform süreci bunu söylüyor, Strazburg Mahkemesi ile üye devletlerin yüksek mahkemeleri arasındaki ilişki de yargısal diyalog ve iş birliği arasında kendisini gösteriyor. Tabi ki yine söylüyorum, bu her konuda her hukukun uygulanması ve iç hukukun da olsa bunun anlamlandırılması ve yorumlanmasında yüksek mahkemelerle Strazburg Mahkemesinin aynı kanıda olacağı anlamına gelmez.

**-Zühtü ARSLAN** Değerli katılımcılar sempozyumun sonuna geldik. Fakat birkaç dakikanızı alarak ben de bu yorum konusunda çok kısa bir değerlendirme yapmak istiyorum. Aslında bütün mahkemeler bir yorum topluluğu. Anayasa mahkemeleri çok belirgin bir şekilde yorum toplulukları ve anayasa mahkemelerinin bu yorumu hayati derecede önemli. Sadece anayasa mahkemeleri için geçerli değil bu. Bütün mahkemeler için geçerli hatta bazen ceza mahkemelerinin yorumu, ceza hükümlerinin somut olaya uygulanması hayat memet meselesi de olabiliyor. Sadece yargıda da değil aslında; bütün alanlarda inanç, dinî düşünce, dinî inançlar... Bu alana da baktığınız zaman kutsal kitapların yorumundan savaşlar çıkabiliyor. Tarih boyunca da çıkmış, bunları hepimiz biliyoruz. Daha yakın dönemde dünya savaşları çıkmış aslında. Bunların arkasında birtakım metinlerin –ister kutsal metinler olsun ister seküler metinler olsun– yorumuna dayalı hususlar var.

Belki de yorumun hayat memet meselesi olduğunu en iyi anlatan metinlerden biri Shakespeare'in "Venedik Taciri". Aranızda okuyanlar vardır mutlaka. Orada yorumun nasıl bir sonuca ulaşacağını trajikomik bir şekilde Shakespeare anlatıyor. Shylock diye bir adam var. Yahudi tüccar. Aynı zamanda tefeci. Birisine borç veriyor. Üç ay vade biçiyorlar, bir anlaşma yapıyorlar. Diyolar ki üç ay sonra eğer sen bu borcunu ödemezsen faiziyle birlikte kalbine yakın bir yerden 1 pound et keseceğiz. İngiliz ağırlık birimi olan 1 pound 453,5 grama tekabül ediyor. Kitap Türkçeye çevrilirken bunu yarım kilo diye çevirmişler. Aslında yarım kilo değil. Küsüratlı bir gramajı var, hatta 453,59 gram ağırlıkta et parçasını alacağız diyorlar.



Üç ay geçiyor, adam borcunu ödeyemiyor. O da bir tüccar. Shylock diyor ki: “Üç ay sonra ödeyemedin ve o et parçasını alacağım.” Bu sefer dava açıyor borçlu. “Böyle şey olmaz.” diyor yani “Böyle yorumlanamaz bu.” diyor. Sözleşmeyi mahkemenin önüne getiriyor ve mahkeme kuruluyor. İşte, bıçaklar getiriliyor; bileniyor. Sonra karşılıklı savunmalar... Borçlu diyor ki hâkime: “Allah aşkına şu kanunu bir kez yorumla ve beni şu şeytan ruhlu adamın elinden kurtar.” Hâkim de diyor ki: “Hayır, kanunlar Venedik’te çok önemlidir. Kanunun üstünde kimse yoktur. Kanun ne diyorsa o olacak.” Peki, kanun ne diyor? Duruşma başlıyor. Bu sefer borçlunun avukatı “Tamam. Madem affetmiyorsunuz, merhamet göstermiyorsunuz, adalet istiyorsunuz ben de o zaman şöyle yorumluyorum bu meseleyi. Anlaşmada ne yazıyor? Yarım kilo et veya 1 pound et fakat burada kan yok. Eğer bu eti keserken bir damla kan akıtırsanız Venedik kanunlarına göre bir Hristiyan’ın kanını dökmenin cezası bütün malına mülküne el koymaktır.” diyor. “Öyle mi, öyle bir şey var mı yasada?” diyor Shylock. “İstersen kendin bak” diyor avukat, yasayı gösteriyor. “Hatta bu da yetmez. Keserken bir saç kılı kadar terazinin kefesi oynarsa bunun cezası da Venedik kanunlarına göre ölümdür.” diyor. “Cezası ölüm ve malının mülkünün müsaderesidir. Dolayısıyla ne 1 gram eksik ne 1 gram fazla. 453,5 gram keseceksin. Haydi bakalım, şimdi bıçağı al ve kes.”

Tabi Shylock dehşete kapılıyor. Diyor ki: “Yahu benim verdiğim parayı verin, ben davadan vazgeçiyorum.” “Yok.” diyorlar. “Hayır, sen adalet istedin. Haydi bakalım, bıçağı al.” Bıçağı veriyorlar. Sonra diyor ki Shylock: “Tamam, ben alacağımdan da vazgeçtim. Gitmek istiyorum.” “Hayır.” diyorlar. “Bir dakika, gidemezsin. Çünkü Venedik kanunlarına göre bir kişinin canına kastetmenin cezası var. Doğrudan veya dolaylı bir şekilde sen bir Hristiyan’ın canına kastettin. Onun yüreğine yakın bir yerden, kalbine yakın bir yerden yarım kiloya yakın et almaya çalıştın, dolayısıyla bunun da cezası var. Bunun cezası da mal varlığının yarısını mağdura, yarısını da Venedik devletine vermek.” Shylock iyice perişan oluyor. Sonra hâkim diyor ki: “Ama mağdur isterse affedebilir.” Mağdura soruyorlar. “İki şartla affederim.” diyor. “Birincisi Hristiyan olacak, ikincisi mal varlığını damadına bırakacak.” Bunu kabul ediyor Shylock ve dava sonuçlanıyor.

Buradan da anlıyoruz ki yorum meselesi gerçekten hayat memmat meselesi. Bazen hayatı kurtarabiliyor, bazen hayatı karartabiliyor. O yüzden insanlık tarihi hep yorumdan ibaret bir tarih. Sürekli bir yorum.

Antik Yunan'dan beri ifade edildiği gibi hermenotik hayatın içinde hayatın bir parçası ama hukukta özellikle bu çok önemli bir mesele. Dolayısıyla bu kadar önemli meseleyi üç oturumda halletmek de kolay değil ama biz şöyle bir genel çerçeve çizmiş olduk dün ve bugün yapılan oturumlarla. Umarım faydalı olmuştur.

Ben bütün konuşmacılara, bu oturumun konuşmacılarına değerli Anayasa Mahkemesi Üyelerine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcımıza katkılarından dolayı çok teşekkür ediyorum.

Sizlere de sabırla dinlediğiniz için sorularınızla, yorumlarınızla katkı yaptığınız için teşekkür ediyorum, hepinize sağlıklı huzurlu günler diliyorum. Sağ olun, var olun.



## ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANVEKİLİ KADİR ÖZKAYA'NIN KAPANIŞ KONUŞMASI

Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanım,  
Türkiye Dışından Gelmiş Sayın Başkanlarım,  
Sayın Üyelerim, Değerli Temsilciler ve Konuklar,

Hepinizi en kalbi duygularıyla ve saygıyla selamlıyorum.

Türkiye dışından gelmiş kıymetli misafirlerimiz, sizlerle birlikte olmaktan dolayı son derece mutluyuz. 60. kuruluş yıl dönümümüzde bizlerle birlikte olduğunuz için teşekkür ediyoruz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıl dönümü etkinlikleri kapsamında düzenlediğimiz “Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa’nın Yorumlanması” konulu sempozyumun sonuna gelmiş bulunuyoruz.

Sempozyum kapsamında gerçekleştirilen oturumlarda başkanlık yapan çok kıymetli Anayasa Mahkemesi Başkanımıza, Yargıtay Başkanımıza, Danıştay Başkanımıza, oturumda sunum yapan çok değerli hocalarımıza, meslektaşlarımıza, Türkiye dışından gelmiş değerli Başkanlarımıza, hukukçularımıza, sempozyumun gerçekleştirilmesinde emeği geçen, katkı sunan tüm çalışma arkadaşlarımıza ve katılımcılara teşekkür ediyorum.

Kıymetli Başkanlarım,  
Değerli Konuklar,

İki gün süren oturumlarda yapılan sunumlar ve tartışmalarda Anayasa Mahkemelerinin hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının korunmasında ve uygulanmasında üstlendikleri rolün bir kez daha altı çizilmiş bulunmaktadır.

Kanaatimizce bu değerli rolün öneminin anlaşılması, büyük oranda kararların oluşturulması esnasında yapılan yorumların ve izlenen yöntemin ikna ediciliğine bağlıdır.

Bu durumun gerekliliğine bağlı olarak diyebiliriz ki anayasal normların yorumlanmasında tercih edilmesi gereken yöntem, temel hak ve özgürlüklerin niteliğini ve kullanımını daraltıcı olan değil genişletici olan olmalıdır.

Bu bağlamda memnuniyetle belirtmeliyim ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi de kararlarında Anayasa'nın sınırları içinde kalmak kaydıyla modern hukukta benimsenen evrensel nitelikleri haiz yorum yöntemlerini tatbik etme gayreti içindedir.

Mahkememiz şu anda kapanışını gerçekleştirdiğimiz sempozyumun ana teması olan temel hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesine hizmet edecek yorum yöntemlerinin kullanılmasının bireysel başvurunun Anayasa'ya dâhil edilmesiyle birlikte daha da bir önem kazandığının farkındadır.

Başkanımız Sayın Zühtü Arslan'ın açılış konuşmalarında ayrıntılı olarak ifade ettikleri gibi Mahkememiz, bireysel başvuru yolunun işlemeye başlamasıyla birlikte hak eksenli bir paradigmayı benimsemiştir.

Bu kapsamda önüne gelen her bir somut olayda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme kuralları ile anayasa hükümlerinin anlamını tespit etmiş, Anayasa'nın ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesinin de katkısıyla bu yorumunun diğer yargı organları tarafından da benimsenmesini sağlamaya çalışmış, böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel standartların idari ve yargısal kararlara yansımaları konusunda bir anlamda rehberlik yapmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Mahkememiz incelediği tüm bireysel başvurularda başvurucular tarafından dile getirilen tüm ihlal iddialarını onların dinî, siyasi veya ideolojik kimliğine bakmadan tamamen hak odaklı bir yaklaşımla değerlendirmiştir.

Bu anlayış içinde hareket ederken de temel hakların uluslararası düzeyde korunması bakımından ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve adil denge gibi genel ilkelere başvurmuş; bunları dinamik bir yorumla ele almaya gayret göstermiştir.

Böylece yaşama hakkından ifade özgürlüğüne kadar bireysel başvuru kapsamındaki her hak ve özgürlükle ilgili önemli kararlar vermiştir.

Bu kararlarla bir yandan bireysel düzeyde hak ihlallerinden kaynaklanan zararların giderilmesini temin etmiş; diğer yandan da temel hak ve özgürlüklere ilişkin hukuki sorunların çözümüne, dolayısıyla

ülkemin temel hak ve özgürlükler standardının yükseltilmesine önemli katkılar sağlamıştır. Böylece de demokratik hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde çok önemli bir rol oynamış ve dönüştürücü bir etkiye sahip olmuştur. Bu da temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi bağlamında toplumsal bilinci ve farkındalığı artırmıştır.

Sayın Başkanım,

Değerli Misafirler,

Bu kadar nitelikli bir hazıruna hitap etmek benim için gerçekten gurur verici. Bu nedenle biraz daha konuşmak isterdim. Ne var ki İstanbul uçağının saat 17.15'te olduğunu da gözeterek sözlerimi sonlandırıyor, 60. kuruluş yıl dönümümüzde bizlerle birlikte olduğunuz için sizlere en kalbi duygularıyla teşekkür ediyorum.

Özellikle Türkiye dışından gelen tüm dost ve kardeş ülkelerin Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyelerine, diğer temsilcilerine, Sayın Buquicchio'ya ayrıca bir kez daha teşekkür ediyorum. Sizleri sevgi ve saygıyla selamlıyorum. İstanbul yolculuğunun hepimiz için sağlıklı, huzurlu ve başarılı geçmesini diliyorum.

