

## YASAMA DOKUNULMAZLIĞI VE YARGISAL AKTİVİZM

### *Legislative Immunity and Judicial Activism*

Hasan Tahsin FENDOĞLU

#### Özet

Bu çalışmada, yasama dokunulmazlığı, yargısal aktivizm bağlamında ele alınacak, Anayasamızın 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında geçen yasama dokunulmazlığının istisnalarından biri olan Anayasamızın 14'üncü maddesi mütalaa edilecektir. Anayasa Mahkemesi, karşı oy yazar üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi ve Yargıtay Başkanlığı'nın görüşleri/gerekçeleri üzerinde durulacak bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Çalışmamız, yasama dokunulmazlığının iki istisnasından biri olan, *seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki suçlardan mahkûm olanların yasama dokunulmazlığından yararlanıp-yararlanamayacağı* konusu ile sınırlıdır. Öncelikle konu ile ilgili olarak mahkeme kararları üzerinde durulacak, daha sonra tartışma konuları analiz edilecektir.

Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki farklı görüşün çözümlenmesi, öncelikle kendi ellerinde daha sonra Meclis'in takdirindedir. Kendileri çözemediği takdirde, ya yeni bir anayasa veya anayasa değişikliği veya kısmen kanunla sorun çözülebilir. Aksi halde hukuk devleti, yargıya güven, yüksek mahkemelerin güvenilirliği, yok saymanın yargıya getireceği olumsuzluklar sistemi zaafa uğratacak, ülkemiz zarar görecektir ve bundan yargının da kazancı olmayacaktır. Yargımızın zayıf taraflarının tahkim edilmesi ile yargı kurumu güçlenecek, sorunlar daha rahat çözülebilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Yasama dokunulmazlığı, yargısal aktivizm, terör suçları.

#### Summary

In this study, legislative immunity will be discussed in the context of judicial activism, and Article 14 of our Constitution, which is one of the exceptions to the legislative immunity mentioned in the 2nd paragraph of Article 83 of our Constitution, will be considered. An attempt will be made to reach a conclusion by focusing on the opinions/justifications of the Constitutional Court, the members who voted against it, the Chief Public Prosecutor's Office of the Supreme Court of Appeals, the 3rd Criminal Chamber of the Supreme Court of Appeals and the Presidency of the Supreme Court of Appeals. Our study is limited to the issue of whether those *convicted of crimes in Article 14 of the Constitution can benefit from legislative immunity*, which is one of the two exceptions to legislative immunity, provided that the investigation has started before the election. First of all, court decisions regarding the subject will be emphasized, and then the controversial issues will be analyzed.

The resolution of the different opinions between the Constitutional Court and the Supreme Court is primarily in their own hands and then at the discretion of the Parliament. If they cannot

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.11.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

\* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, htfendoglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1211-6989>.



solve the problem themselves, the problem can be solved either with by a new constitution, or by constitutional amendment or partly by law. Otherwise, the rule of law, trust in the judiciary, the reliability of the high courts, and the negativities that *ignoring* will bring to the judiciary will weaken the system, our country will be damaged, and the judiciary will not gain anything from this.

By strengthening the weak aspects of our judiciary, the judicial institution will be strengthened and problems will be solved more easily.

**Keywords:** Legislative immunity, judicial activism, terrorist crimes.

## I. BAZI DOSYALAR

Bu başlık altında kronolojik olarak yeniden eskiye doğru konu ile ilgili bazı önemli dosyalar gözden geçirilecek, mahkeme kararlarının gerekçeleri ayrıca değerlendirilecektir.

### A. ŞERAFETTİN CAN ATALAY BAŞVURUSU (2023)

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada, başvuru hakkında TCK m. 312’de tanımlanan *Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs suçuna yardım ettiği gerekçesiyle* 25.04.2022 tarihinde mahkûmiyet kararı verilmiştir.

Şerafettin Can Atalay (Atalay) 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi (AYM)’ ne bireysel başvurusu yapmış, AYM 25.10.2023 tarihinde seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden hak ihlali kararı vererek, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması amacıyla başvuru Atalay’ın yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi işlemlerinin yerine getirilmesi için ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmesine karar vermiştir.<sup>1</sup>

Başvuru Atalay, yargılaması devam ederken milletvekili seçildiğini, hakkında yürütülen kovuşturmada durma kararı verilmesi gerektiğini, aksi halde Anayasa m. 67 kapsamında korunan siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edileceğini ileri sürmüş, Yargıtay’ın, AYM’nin aynı konuyu nihai şekilde hükme bağladığı *Ömer Faruk Gergerlioğlu (Gergerlioğlu)* ve *Leyla Güven* kararlarına bilinçli şekilde uymayarak adil yargılanma hakkının *ihlal* edildiğini belirtmiştir.

Atalay hakkında hükmen 18 yıl hapis cezası verilmiş, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (İstinaf) 3. Ceza Dairesi, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Atalay, 14.05.2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde Hatay milletvekili olarak seçilmiştir. Başvuru Atalay, 28 Mayıs - 30 Ağustos 2013 tarihleri arasında Gezi Parkında düzenlenen eylemlerin ülke çapında kitlesel şiddet olaylarına dönüşmesi nedeniyle yürütülen ve “Gezi Parkı Davası” olarak bilinen ceza davasının sanıklarından biridir.<sup>2</sup> Dosya bireysel başvuru inceleme

<sup>1</sup> Şerafettin Can Atalay ile ilgili AYM Kararının yayımlandığı RG 27.10.2023/32352.

<sup>2</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898/>> ET 27.11.2023.

aşamasındayken Y. 3. CD, 28.09.2023 tarihli kararı ile Atalay hakkındaki mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir. AYM' nin ihlal kararı hakkında bir karar verilmek üzere, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, *bireysel başvuruya konu ihlalin Yargıtay'ın kararından kaynaklandığını, ayrıca bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendiğini, karara bağlandığını, bu sebeple oluşan yeni hukuki durum karşısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu* gerekçesiyle dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermiştir.<sup>3</sup> Y. 3. CD, bu konuda mütalaa alınması için 03.11.2023 tarihinde dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 03.11.2023 tarihli Mütalaası ile AYM' nin ihlal kararına uyulmamasını talep etmiştir.<sup>4</sup>

Yargıtay 3. CD, mütalaaaya uyarak, AYM' den gelen ihlal kararına uymamış ve Anayasa Mahkemesi'nin, Atalay'ın bireysel başvurusu hakkındaki 25.10.2023 tarihli ihlal kararına hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar saymayarak, AYM' nin kararına uyulmamasına karar vermiştir.

Adalet Bakanlığı'nın 22 Ağustos 2023 tarihli görüşü, Yargıtay'ın görüşüne benzemektedir.<sup>5</sup> Bu dosyada AYM' nin ihlal kararına rağmen, başvurunun tahliye edilmediği ve kararın gereğinin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. AYM' nin ihlal kararı yerine getirilmeyince, Başvurucu Atalay, yeniden AYM' ye bireysel başvuruda bulunmuş, AYM, 22 Aralık 2023 günü yeni kararını açıklayarak, bireysel başvuru hakkının ihlal edildiğine, başvurucuya 100.000.TL tazminat ödenmesine, 3 üyenin muhalif oyu ve oy çokluğu ile karar vermiş, 26.12.2023 tarihli basın duyurusu ile kısa bir açıklama yapılmış ancak kararın gerekçesi henüz açıklanmamıştır.

26. 12. 2023 tarihli basın duyurusuna göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesine mütalaa vermiş ise de, bu mütalaa başvurucuya tebliğ edilmemiş, Yargıtay 3. Ceza Dairesi de, "*Anayasa Mahkemesi kararına uyulmamasına*" şeklinde Türk hukukunda bulunmayan bir karar vermiştir. Başvurucunun bu karara yönelik itirazını inceleyen ilgili daire ise karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. AYM kararlarının yerine getirilmemesi, Anayasa'nın 153/son maddesine aykırıdır.<sup>6</sup> Yeniden yargılama görev ve yetkisi İstanbul 13'üncü Ağır Ceza Mahkemesi'ne aittir. Yargıtay 3'üncü Ceza Dairesi bu konuda yetki-

<sup>3</sup> Bkz. İstanbul 13 Ağır Ceza Mahkemesi'nin, E 2021/178, 30.10.2023 Sayılı Yazısı, 01.11.2023 tarihli Ek Kararı; Yargıtay 3 CD, E 2023/12611, 08.11.2023.

<sup>4</sup> Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın mütalaaası için bkz. Yargıtay 3 CD, E 2023/12611, 08.11.2023.

<sup>5</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

<sup>6</sup> Anayasa'nın 153/son maddesi: "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."



li mahkeme değildir.<sup>7</sup> Bu durum Anayasa'nın 142. maddesinin amir hükmüne ve Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan tabii hâkim ilkesine açıkça aykırıdır. Anayasa'nın 153/son maddesinde AYM kararlarını değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına *herhangi bir takdir yetkisi* tanınmamış, bu konuda *bir istisnaya yer verilmemiştir*. Kamu gücünün eylem, işlem ve ihmallerinin Anayasa'ya uygunluğunu kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlama yetkisi münhasıran AYM'ye ait olduğundan herhangi bir merciin bu kararın Anayasa'ya veya kanuna uygun olup olmadığını inceleme ve denetleme yetkisi de bulunmamaktadır. Sonuç olarak ilk derece mahkemesinin dosyayı Yargıtay'a göndermesiyle başlayan, Yargıtay'ın da Anayasa hükümlerini gözardı ederek verdiği karar, Anayasa'nın sözüne açıkça aykırılık oluşturmuş ve başvurunun bireysel başvuru hakkı, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlal edilmiştir.<sup>8</sup>

## B. LEYLA GÜVEN BAŞVURUSU (2022)

Leyla Güven başvurusu, başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ifade ve toplanma özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.<sup>9</sup>

Başvurucu Leyla Güven, 7/6/2015 tarihinde yapılan 25. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Şanlıurfa milletvekili olarak seçilmiştir. Ayrıca başvuru, Demokratik Toplum Kongresi'nde (DTK) eş başkanlık görevini yürütmüş ve 24/6/2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanı Seçimi ve 27. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Halkların Demokratik Partisinden (HDP) Hakkâri milletvekili seçilmiştir. Başvurucu, silahlı terör<sup>10</sup> örgütü kurma ve yönetme suçlarından Di-

<sup>7</sup> Yargıtay 3 CD, E 2023/12611, 08.11.2023. Görüldüğü gibi Yargıtay ve AYM, biri diğerinin yetkisiz mahkeme olduğunu belirtmektedir. Y. 3 CD, AYM' nin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 Esas 2023/6359 Karar sayılı infazı kabil ve kesinleşmiş kararını dikkate almaksızın bireysel başvuru incelemesi yaptığını, Anayasa'nın 84/2 maddesi açısından AYM'ye *müracaat imkânı tanınmadığını ve AYM' nin de bu konuda inceleme yetkisi olmadığını belirtmektedir*.

<sup>8</sup> <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararinin-uygulanmaması-nedeniyle-bireysel-basvuru-hakkının-ihlal-edilmesi/>> ET 27.12.2023. Basın duyurunun bilgilendirme amacıyla hazırlanmış olduğu ve bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir.

<sup>9</sup> Leyla Güven Başvurusu (GK), B. No. 2018/26689, Karar Tarihi 7/4/2022, prg. 1, RG 05.10.2022/31974, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26689>> ET 10. 12. 2023.

<sup>10</sup> 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör Tanımı" başlıklı 1. maddesine göre "*Terör: cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafla uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*" Söz konusu Kanun'un "Terör Suçları" başlıklı 3. maddesinde ise (29.06.2006-5532/2 md ile değişik), "Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311,

yarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında gözaltına alınmış, Başsavcılık, silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçlarından “*üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu anlaşılma, suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi*” gerekçesine dayanarak tutuklanması istemiyle başvurucuyu Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiş ve sanık tutuklanmıştır. Bu bağlamda DTK tarafından 14/7/2011 tarihinde devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak amacıyla PKK/KCK silahlı terör örgütünün hedefi doğrultusunda demokratik özerklik ilan edildiği, 27/12/2015 tarihinde olağanüstü toplanan DTK, “*sonuç bildirgesi*” şeklindeki açıklama yapmıştır. Açıklamada demokratik özerk bölgelerin oluşturulmasının istendiği, PKK/KCK silahlı terör örgütü mensupları tarafından kazılan hendeklerin, kurulan barikatların, güvenlik güçlerine yönelik gerçekleştirilen silahlı ve patlayıcı maddeli saldırıların meşru savunma olarak görüldüğü ve ülke bütünlüğünü bozmak amacıyla terör örgütünün hedefi doğrultusunda gerçekleştirilen öz yönetim ilanlarına sahip çıkıldığı belirtilmiştir. Başvurucunun bahsedilen amaçları gerçekleştirmek üzere oluşturulan ve karar alma mercii olan DTK’ nın eş başkanı olarak görev aldığı, DTK’ nın çalışmaları kapsamında çeşitli toplantılar düzenleyerek örgütsel nitelikteki eylemlere katıldığı ve terör örgütünün amaçları doğrultusunda açıklamalar yaparak diğer DTK üyeleri ile birlikte dört ülke toprağı üzerinde Kürt ulusal birliğini sağlamak, devletin birliğini ve bütünlüğünü bozmak, toplumsal ayrışmaya sebep olmak amacıyla halk kitlelerini etkilemeye çalıştığı, eylemlerindeki süreklilik, yoğunluk ve çeşitlilik de nazara alındığında üzerine atılı silahlı terör örgütü yöneticisi olma suçunu işlediği beyan edilmiştir.<sup>11</sup>

İddianamede başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin olay ve olgular etraflıca anlatılmıştır. DTK, DBP (Demokratik Bölgeler Partisi) ve HDP il teşkilatları tarafından organize edilen, 5/8/2016 tarihinde “Önderliğe Sahip Çıkıyoruz” adı altında, PKK/KCK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan’ın konuşmaları ile görüntülerini içeren bir sinevizyon gösterisinin de yapıldığı basın açıklaması esnasında başvurucunun “Önderliğime, toprağıma, özgürlüğüme sahip çıkıyorum.” şeklinde ifadeler kullanmak suretiyle terör örgütünün propagandasını yaptığı belirtilmiştir. Diyarbakır 9. Ağır Ceza Mahkemesi başvurucu yönünden tutuksuz olarak sürdürdüğü yargılamanın sonunda 21/12/2020 tarihinde, başvurucunun silahlı terör örgütü kurma veya yönetme suçundan 13 yıl 15 ay hapsine, silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçlarından 4 yıl (iki kez) hapis cezalarıyla mahkûmiyetine ve hükmen tutuklanmasına karar vermiştir. Bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>12</sup>

312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır” denilmiştir. (Terörle Mücadele Kanunu, Kanun No. 3713, Kabul Tarihi 12.4.1991, RG 12.4.1991/20843.

<sup>11</sup> Leyla Güven Başvurusu (n 9).

<sup>12</sup> Yargıtay 16 CD, E 2019/5611, K 2020/1360, 20/1/2020.



Soruşturma mercilerince başvuruçunun bir dönem DTK eş başkanı olması PKK terör örgütü ile bağlantılı bir suçlama bakımından örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir. Terör suçları<sup>13</sup>na ilişkin davaların temyiz mercii olan Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yakın tarihte verdiği bir kararında DTK'nın PKK tarafından 2007 yılında alınan karar gereğince oluşturulmuş bir yapılanma olduğunu belirterek bu konuda verilen bir başka mahkûmiyet hükmünü onamıştır.<sup>14</sup> *AYM, bu başvuruda ihlal ve Leyla Güven'e tazminat ödenmesine karar vermiştir. Başvurucu hakkında verilen ikinci tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle manevi zararları karşılığında Leyla Güven'e net 67.500 TL manevi tazminat ödenmesine, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, 4 AYM Üyesinin (Rıdvan Güleç, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan) karşı oyu ve oyçokluğuyla 7/4/2022 tarihinde karar vermiştir.*<sup>15</sup>

### **C. ÖZGÜR GÜNDEM GAZETESİ (ERSİN BASIN VE YAYINCILIK SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ. VE DİĞERLERİ) BAŞVURUSU (2021)**

Başvurucu Ersin Basın ve Yayıncılık Limited Şirketi tarafından yayımlanan Özgür Gündem gazetesi olayların meydana geldiği tarihte ulusal ölçekte yayın yapan bir gazete olup, başvuru, gazetenin geçici olarak kapatılması nedeniyle başvuruçuların ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, gazetenin PKK'nın yayın organı gibi hareket ettiği şüphesiyle resen bir ceza soruşturması açmış, günlük olarak yayımlanan gazetenin sürekli PKK terör örgütü propagandası yaptığını ve silahlı terör örgütünün yayın organı gibi hareket ettiğini belirtmiş, talep yazısının ekine gazete yetkililerinin terör örgütü propagandası yapma suçundan mahkûmiyetlerini gösteren 2009-2016 yılları arasında verilmiş otuz yedi (37) mahkeme kararını eklemiştir.<sup>16</sup> Başsavcılığın talebi, İstanbul 8. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/8/2016 tarihli kararı ile yerinde görülerek kabul edilmiş ve gazetenin Anayasa'nın 28/son maddesi gereği geçici olarak kapatılmasına karar verilmiştir.<sup>17</sup>

6216 Sayılı Kanununun 46/1 maddesine göre, bir kişinin Anayasa Mahkemesi-ne bireysel başvuruda mağdur statüsüne sahip olabilmesi için güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. AYM, olayların başvuruçular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığını, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisinin takdir ettiğini belirtmiştir.<sup>18</sup> AYM'ye göre, temel hak

<sup>13</sup> Bkz. dn 10.

<sup>14</sup> Leyla Güven Başvurusu (n 9).

<sup>15</sup> ibid.

<sup>16</sup> Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi), BV Tarihi, 26/9/2016, Başvuru Numarası: 2016/54096, Karar Tarihi: 30/6/2021, § 1-10, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/54096>> ET 10.12.2023.

<sup>17</sup> ibid.

<sup>18</sup> Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi) (n 16).

ve özgürlüklere yönelik doğrudan Anayasa metnine dayanan müdahalelerin, şekli anlamda bir kanun metni bulunmaması nedeniyle kanunilik koşulunu sağlamadığı kategorik olarak ileri sürülemez. AYM, kanunilik ölçütünün aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirdiğini ve bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliği ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır.<sup>19</sup> *AYM, sonuç olarak, bazı başvurular yönünden Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde teminat altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine, başvuruların tazminat taleplerinin reddine 30/6/2021 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.*<sup>20</sup>

#### D. ÖMER FARUK GERGERLİOĞLU BAŞVURUSU (2021)

Gergerlioğlu hakkında, milletvekili olarak seçilmesinden önce sarf ettiği sözler nedeniyle Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21 Şubat 2018 tarihinde verdiği ve silahlı terör örgütü propagandası yapma suçunu işlediğine dair karar, Yargıtay (kapatılan) 16. Ceza Dairesi tarafından gerçekleştirilen fiilin ağırlığı gözetilmek suretiyle 28 Ocak 2021 tarihinde onanmıştır. Mahkemeler, yasama dokunulmazlığı sebebiyle sağlanan hak ve yetkilerin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle ve Yargıtay incelemesi sonunda da ilk derece mahkemesince verilen hapis cezası onanmış, Gergerlioğlu'nun milletvekilliği düşürülmüştür.<sup>21</sup> Gergerlioğlu, mahkûmiyet hükmüne karşı istinafa başvurmuş, hükmün istinaf incelemesi devam ederken başvuru 24/6/2018 tarihinde HDP Kocaeli milletvekili seçilmiş, bu arada istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.<sup>22</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli ve E.2013/9110, K.2013/12351 sayılı kararında, kovuşturma yapılmasına engel bir durumun bulunmadığı belirtilmiş<sup>23</sup> ise de *AYM, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine, kararın bir örneğinin ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması için Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine, Başvurucuya net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine 1/7/2021 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.*<sup>24</sup>

<sup>19</sup> ibid.

<sup>20</sup> Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi) (n 16), § 74-83.

<sup>21</sup> AYM'nin, Gergerlioğlu'nun bireysel başvuru talebini ret ettiğine ilişkin kararı için bkz. AYM, E 2021/33, K 2021/23, 31.03.2021.

<sup>22</sup> Yargıtay 3 CD (n 7) ; kanunilik şartına ilişkin AYM kararları için <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634> (05.12.2023). Kanunilik unsuru, *belirlilik ve öngörülebilirlik* elbette son derece önemlidir. Devlete karşı ağır cürüm işleyen birinin tabi olacağı kanunun çok açık ve net olması önemlidir. Terörün teşviki ve meşru görülmesi, şiddetin tahrik edilmesi, totaliter ideolojilerin teşviki, nefretin tahrik edilmesi, etnik gruplara yönelik nefret, homofobi ve dini nefret konusunda AİHM kararları için bkz. Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 79-83, 92, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 05.12.2023.

<sup>23</sup> Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 31, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 10.12.2023.

<sup>24</sup> ibid, § 197.

## E. DİĞER BENZERİ BAŞVURULAR

*Kadri Enes Berberoğlu başvurusunda* (2021), dosya MİT turlarını haber yapan, Devletin gizli sırlarını deşifre eden ve milletvekili seçilen Berberoğlu'nun dokunulmazlığı hakkındadır. MİT turları, 1/1/2014 tarihinde Hatay'da, 19/1/2014 tarihinde Adana'da silah yüklü olduğu iddiası ile Cumhuriyet savcılarının talimatı ile durdurulmuş ve aranmıştır. Adana ve Hatay mülki amirlerinin müdahalesiyle araçlarda bulunan malzemelerin ve personelin MİT'e bağlı olduğu gerekçesiyle söz konusu araçlar serbest bırakılmıştır. Bunun sonucunda başvuru hakkında milletvekilliğini sona erdiren mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılmamış, hükmün infazına devam olunmuş ve AYM'nin ihlal kararı mahkemelerce yerine getirilmemiştir.<sup>25</sup> *AYM, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması için başvurusunun yeniden yargılanmasına, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulmasına, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanmasına, durma kararı verilmesine, dosyanın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine*, kararın bir örneğinin TBMM'ye, Adalet Bakanlığına ve HSK'ya gönderilmesine 21/1/2021 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>26</sup>

*Kadri Enes Berberoğlu'nun bir başka başvurusunda* (2018), Berberoğlu, milletvekili olduğunu, tahliye edilmesi gerektiğini belirterek başvuruda bulunmuştur. Konu, içerisinde MİT'e ait malzemenin bulunduğu TIR'lar meselesidir. Başvurusunun, bilgileri Can Dündar'a verdiği iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır. *AYM, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle, bu başvurunun kabul edilemez olduğuna*, 18.7.2018 günü oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>27</sup>

*HDP Mardin Milletvekili Gülser Yıldırım başvurusunda* (2017) olay şudur: Anayasanın 83'ü. maddesi uyarınca var olan dokunulmazlıklar TBMM kararı ile kaldırılmış ve bu konuda Anayasa'ya geçici 20. madde eklenmiştir. Dosyaları mahkemeye intikal etmişse de başvuru mahkemeye ifade vermeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle gözaltına alınmış, tutuklanmış ve kamu davası açılmıştır.<sup>28</sup> PKK'nın üst düzey yöneticilerinden biri olan başvuru, 5.10.2014 tarihinde halkı Kobani'ye sahip çıkmaya ve şehirleri işgale çağırmıştır. Ertesi gün HDP'nin sosyal medya hesabında yapılan duyuruda başvurusunun da üyesi olduğu MYK olarak, *halkı acil olarak sokağa çıkmaya, sokağa çıkmış olanlara destek vermeye ve harekete geçmeye davet etmiştir. "Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar süresiz direnişe çağırıyoruz"* duyurusu yapılmıştır. Aynı gün ve sonrasında PKK'ya yakın bir internet sitesinde, halk ayaklanmaya çağırılmış, tüm

<sup>25</sup> Kadri Enis Berberoğlu (3), <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/32949>> ET:: 10.12.2023; Karar Tarihi 21/1/2021, Başvuru Numarası: 2020/32949, RG 03. 02. 2021/31384.

<sup>26</sup> ibid.

<sup>27</sup> Kadri Enis Berberoğlu, B. No. 2017/27793, 18.7.2018; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2018/1, Ankara 2019*, AYM Yayınları, 683-702.

<sup>28</sup> Gülser Yıldırım (GK), B. No. 2016/40170, 16.11.2017; *AYM Yıllık Rapor, 2017*, AYM Yayınları, Ankara, 2018, 190 vd.; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2017/1*, 237 vd.



sokakları çatışma alanına dönüştürün, denilmiştir.<sup>29</sup> 6 Ekim 2014 tarihinde başlayan ve *günlerce devam eden, on binlerce insanın katıldığı*, devlet malına büyük zararların verildiği, çok sayıda ölü ve yaralıların olduğu görülmüştür. Başvurucu bu çağrıyı kabul eder mahiyette beyanda bulunmuştur.<sup>30</sup> Soruşturma makamları HDP ile PKK arasında ve bu çağrılar ile şiddet olayları arasında *illiyet bağı* kurmuştur. PKK, *hendek (çukur) olaylarında şehirlerin bir bölümünde hâkimiyet kurmak istemiş*, güvenlik güçleri bu barikatları kaldırmış, ağır silah ve patlayıcı madde ele geçirmiştir. Başvurucu, öldürülen hendek teröristlerinden biriyle çok sayıda mesaj ve telefon görüşmesi yapmıştır. Öldürülen terörist kırsal alan sorumlusu olup, zor durumda olduklarını, halkın belirli bölgelere sevk edilmesini istemiş, başvurucu talepleri yerine getirmiş, başvurucunun ayrıca yaptığı konuşmalarda, ölen PKK'lı teröristlere “*yoldaş*”, “*şehit*”, “*sonuna kadar şehitlerimizin davalarının takipçisi olacağız*” diyerek, şiddetin çok yoğun işlendiği bir zamanda PKK'yı övdüğü belirtilmiştir.<sup>31</sup> Olayda suç işlendiğine dair kuvvetli şüphenin olduğu, olgusal temellerin bulunduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğu anlaşılmaktadır. AYM, milletvekilinin tutuklanmasının ölçüsüz olduğu konusunda bir karar vermemiştir. *Milletvekili olan başvurucunun tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği* iddiası red edilmiştir. Milletvekili hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu, adli kontrol uygulamasının yetersiz olduğu sonucuna varılmasının keyfi ve temelsiz olmadığı gerekçesiyle açıkça *dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik* kararı verilmiştir.<sup>32</sup>

*HDP Kars milletvekili Ayhan Bilgen* (2017), 6-7 Ekim 2014 Kobani olayları nedeniyle tutuklanmış, kamu davası açılmıştır. AYM, araştırmasını Anayasanın 19/1, 3 ve 13. maddeleri açılardan yapmıştır. Başvurucu HDP MYK üyesidir.<sup>33</sup> AYM, Anayasanın 19/3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>34</sup>

*HDP Eş Genel Başkanı ve milletvekili Selahattin Demirtaş* dosyasına göre (2017),<sup>35</sup> dokunulmazlıklar TBMM tarafından kaldırıldıktan sonra hakkında 31 ayrı fezleke düzenlenmiştir. Başvurucu, 04.11.2016 tarihinde evinde gözaltına alınmış, aynı tarihte mahkeme tarafından tutuklanmış, hakkında kamu davası açılmıştır. Mahkeme, davanın nakli için Adalet Bakanlığına başvurmuş, Yargıtay 5. Ceza Dairesi yargılamanın Ankara Ağır Ceza mahkemesinde görülmesine karar vermiştir. Başvurucu, tutuklamanın hukuki olmadığını, 6-7 Ekim olaylarından so-

<sup>29</sup> ibid.

<sup>30</sup> Gülser Yıldırım (GK) (n 28), 194.

<sup>31</sup> Gülser Yıldırım (GK) (n 28), 190, 197 vd.

<sup>32</sup> Gülser Yıldırım (GK) (n 28), *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2017/1, 237 vd.

<sup>33</sup> Ayhan Bilgen (GK), B. No. 2017/5974, 21.12.2017; *AYM Yıllık Rapor*, 2017, s. 199 vd.; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar* 2017/2, 899 vd.

<sup>34</sup> ibid, 203.

<sup>35</sup> Selahattin Demirtaş (GK), B. No. 2016/25189, 21.12.2017; *AYM Yıllık Rapor*, 2017, s. 2014 vd., *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2017/1, s. 367 vd.



rumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Başvurucu ile PKK yöneticilerinden Sabri Ok ve diğer PKK yöneticileri ile aralarında geçtiği iddia edilen telefon *konuşmalarının içeriği ve diğer olgusal temeller, alınan tutuklama kararının yerinde olduğunu göstermiş, sonuçta iddialar kabul edilemez bulunmuştur.*<sup>36</sup>

*Milletvekili olan Selahattin Demirtaş'ın bir başka başvurusunda (2016), tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası ret edilmiş, uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu, adli kontrol uygulamasının yetersiz olduğu sonucuna varılmasının keyfi ve temelsiz olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.*<sup>37</sup>

*Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu (2016), Cumhuriyet gazetesinin genel yayın yönetmeni ile Ankara temsilcisi olarak, farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle "silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme", "devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyaset ve askerî casusluk amacıyla temin etme" ve "devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama" suçlamasıyla tutuklanmalarının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddialarına ilişkindir. Tutuklama için aranan "kuvvetli belirti" ve "gereklilik" koşullarının gerekçelendirilmemiş olması AYM tarafından ihlal kabul edilmiştir; tutuklamak için iki şart gereklidir; gerekçeli kuvvetli belirti ve gerekçeli gereklilik. Bu olayda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak ifade ve basın özgürlüğü ihlal edilmiştir.*<sup>38</sup> Sonuç olarak AYM; Anayasa'nın 19/3. maddesinde teminat altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, (Hicabi Dursun, Kadir Özkaya ve Rıdvan Güleç'in karşı oyu ve oyçokluğuyla), Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine, (Hicabi Dursun, Kadir Özkaya ve Rıdvan Güleç'in karşı oyu ve oyçokluğuyla), kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.<sup>39</sup>

*Metin Beyyar ve Halkın Kurtuluş Partisi başvurusunda (2015), AYM'ye göre, siyasi parti yöneticisine idari para cezası verilmesi ihlaldir. Siyasi parti yöneticisine idari para cezası verilmesi, idari para cezasını uygulayacak merci bakımından kanunda yeterli açıklıkta bir hüküm bulunmadığı için siyasi örgütlenme özgürlüğü ihlal edilmiştir.*<sup>40</sup>

<sup>36</sup> İbid, 207-209.

<sup>37</sup> İbid.

<sup>38</sup> Erdem Gül ve Can Dündar (GK), B. No. 2015/18567, 25.2.2016; RG. 10.03.2016/29649; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2016, s. 785 vd.; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18567>> ET 10.12.2023.

<sup>39</sup> İbid.

<sup>40</sup> Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi (GK), B. No. 2014/15220, 4.6.2015; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2015, Ankara 2016, s. 1309 vd. § 56; <<https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

*Sebahat Tuncel (2014) başvurusunda, AYM' ye göre seçilmiş milletvekiline yönelik müdahale, ihlaldir ve onun seçilme hakkına, seçmenin serbest iradesini açıklama hakkına ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahaledir.*<sup>41</sup>

*Mustafa Ali Balbay başvurusunda (2013), başvuru milletvekili seçildikten sonraki tahliye talepleri reddedilince AYM' ye başvurmuş, AYM' ye göre, seçilme ve temsil hakkı ile yargılamanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü denge gözetilmemiş ve makul olmayan tutukluluğun yasama faaliyetini engellediği belirtilmiş ve Anayasanın 67/1 ve 19/7'inci maddelerinin ihlal edildiği tespit edilmiştir.*<sup>42</sup> AYM' ye göre, seçilme hakkı seçimlerde aday olma hakkını ve seçildikten sonra parlamentoda bulunma hakkını da içerir.

## II. AYM'NİN GEREKÇELERİ

İlgili bazı dosyalar ve gerekçeleri üzerinde kısaca durduktan sonra, AYM' nin gerekçelerini ve karşı oy gerekçelerini belirtmek istiyoruz.

**Öncelikle, ele aldığımız konuda, AYM çoğunluğunun yukarıda incelenen dosyalardaki gerekçeleri daha ayrıntılı olarak şöyle belirtilebilir;**

1. AYM, seçilme hakkının, sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini de kapsadığını kabul etmiş ve seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik sınırlamaların, onların seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır.<sup>43</sup> *Gergerlioğlu* kararında Anayasa Mahkemesi, ceza mahkemesinde yargılanmakta iken milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı<sup>44</sup>nı kazanan başvuru hakkında *ihlal kararı vermiştir.*<sup>45</sup>

2. Başvuru Atalay, 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçiminde milletvekili olarak seçilmiş olup tutukludur. AYM' ye göre, görevin yerine getirilmesine engel olan *tutukluluk milletvekili olarak siyasi faaliyet ve temsil hakkını engellemesi ihlal olup, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale edilmiştir.*<sup>46</sup>

3. AYM, Atalay'ın başvurusuna *benzer* nitelikte olan *Gergerlioğlu* başvurusunda dokunulmazlık kurumunun teminat altında olmadığını kabul etmiştir. Seçilme

<sup>41</sup> Sebahat Tuncel, 2012/1051, 20.2.2014; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2014, s. 867 vd.

<sup>42</sup> Mustafa Ali Balbay, 2012/1272, 4.12.2013; *Bireysel Başvuru*, 2012-2013, s. 253 vd.; RG 13. 12. 2013/28850.

<sup>43</sup> Bkz. Mustafa Hamarat [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 39; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

<sup>44</sup> Yasama dokunulmazlığına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. *Gergerlioğlu* [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, §§ 26-33 (n 23).

<sup>45</sup> *Gergerlioğlu*, (n 23) § 69.

<sup>46</sup> Bkz. *Gergerlioğlu*, (n 23), §§ 61-68.



ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin anayasal veya yasal<sup>47</sup> düzenlemenin bulunmaması nedeniyle başvurusunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş,<sup>48</sup> Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kavramını özerk olarak yorumlamıştır.<sup>49</sup>

4. AYM' ye göre, kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Kanunilik kriteri sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti eder. AYM, sınırlama doğrudan doğruya bir Anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağına değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>50</sup>

5. AYM, Anayasa'nın 14. maddesi metninin Anayasa'nın 83/2 maddesinde yer alan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya uygun olmadığına karar vermiştir. AYM, "öngörülebilirlik ve belirlilik" ölçütlerinin ancak ilgili Anayasa maddelerine dayanılarak yapılacak bir kanun ile sağlanmasının mümkün olduğunu beyan etmiştir.<sup>51</sup> Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunması şarttır.<sup>52</sup> AYM, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulmasına, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanmasına ve durma kararı verilmesine, dosyanın İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine, başvuru Atalay'a net 50.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.<sup>53</sup>

6. Leyla Güven dosyasında AYM' ye göre, Anayasa'nın 83. maddesi, milletvekillerinin hiçbir baskı ve tehdit altında kalmadan yasama faaliyetlerini serbestçe yürütebilmelerini temin etmek için yasama bağımsızlığı kurumlarına yer vermiştir. Anayasa'da -veya ilgili kanunlarda- Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olup bu itibarla -seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması kaydıyla- yasama dokunulmazlığının istisnasını oluşturan suçların neler olduğuna yönelik bir düzenleme-

<sup>47</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

<sup>48</sup> Gergerlioğlu, (n 23) §§ 119-134.

<sup>49</sup> Kanunilik ölçütüne ilişkin temel ilkelerin vurgulandığı kararlar için bkz. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

<sup>50</sup> Gergerlioğlu (n 23), § 76; *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi* [GK], (n 40), § 56.

<sup>51</sup> Bkz. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

<sup>52</sup> Bu karara 5 üye karşı çıkmıştır; AYM Üyeleri Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı, İrfan Fidan ve Muhterem İnce bu görüşe katılmamışlardır. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

<sup>53</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET: 27.11.2023.

ye yer verilmemiştir. *Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi AYM'ye aittir.*<sup>54</sup>

7. AYM'ye göre, yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt *yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemek ve böylece belirliliği ve öngörülebilirliği* sağlamak imkânsızdır. Mahkemeler söz konusu anayasal hükümleri *özgürlükler lehine yorumlamadıkları* gibi onları böyle bir yorum yapmaya sevk edecek esasa ve usule ilişkin teminatların olduğu *temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal düzenleme de yoktur.*<sup>55</sup>

8. *İlgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir.*<sup>56</sup>

9. Bir gazetenin süresiz olarak kapatılmasını düzenleyen "*öngörülebilirlik ve belirlilik*" ölçütlerini karşılayan *kaliteli bir kanun yoktur.* Anayasa'nın 28/8. maddesinin soyut kuralına dayanarak yapılan *müdahale ihlal olup, kanunilik şartını karşılamıyor.*<sup>57</sup>

10. AYM daha önce temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünün *ilk olarak şekli bir kanunun varlığını* gerekli kıldığını belirtmiştir.<sup>58</sup> Şekli anlamda bir kanunun yokluğu Anayasa'ya *aykırılığın ağır bir şeklidir.* Müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere yüksek güvence sağlayan Anayasa'nın belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir *anayasa normuna dayanması da mümkündür.* Fakat *kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir.*<sup>59</sup> Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını anlatır.<sup>60</sup> İlgili kanuni düzenleme temel haklara *ne oranda müdahale* ediyorsa söz konusu düzenlemede, *o oranda belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselir.*<sup>61</sup>

11. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 83/2. Maddesinde yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğunu açıkça belirlememiş, TBMM de söz konusu suçları belirleyen bir kanuni düzenleme yapmamıştır.<sup>62</sup>

<sup>54</sup> Leyla Güven Başvurusu (n 9), § 73-92.

<sup>55</sup> İbid, § 106-110.

<sup>56</sup> Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi) (n 16), § 55-58.

<sup>57</sup> ibid, § 69-72, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/54096>>.

<sup>58</sup> Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014.

<sup>59</sup> Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], (n 40), § 56.

<sup>60</sup> ibid, § 57; bkz. AYM, E 2009/51, K 2010/73, 20/5/2010; AYM, E 2011/18, K 2012/53, 11/4/2012.

<sup>61</sup> Gergerlioğlu [GK], (n 23), § 81.

<sup>62</sup> Kadri Enis Berberoğlu (2), § 71; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 05.12.2023.



12. AYM' ye göre, Anayasa'nın 83/2. maddesine göre, dokunulmazlığın kaldırılmasında anılan istisnanın uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. 1961 Anayasası'nın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 79/2. Maddesinde sadece "ağır cezayı gerektiren suçüstü hali" yasama dokunulmazlığının istisnası olarak kabul edilmişken 1982 Anayasası'nın 83/2. maddesinde "seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" da istisna olarak öngörülmüştür. Yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemek ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamak mümkün değildir.<sup>63</sup>

13. AYM' ye göre Yargıtay, kural koyucu bir organ olmadığı için<sup>64</sup> yorum yolu ile yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kapsamını belirleyemez.<sup>65</sup>

14. AYM' ye göre, mahkemelerin AYM kararlarına uymamaları, Anayasa ile güvence altına alınmış meşruiyete gölge düşürür ve Anayasanın üstünlüğü ilkesini işlevsiz hale getirir.<sup>66</sup> Anayasa'nın 153/son maddesinde AYM kararlarını değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış, bu konuda bir istisnaya yer verilmemiştir.<sup>67</sup>

15. AYM' ye göre, yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçların yargı organlarının kararlarıyla belirlenmesi belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamaz. Anayasa m.14, m.13'de aranan "kanunilik" ilkesini karşılamaz.

16. AYM' nin Mehmet Doğan kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. AYM, diğer bir kararında ise ihlal kararının yerine getirilmemesinin ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir. İhlal edildiğine karar verildiği takdirde temel kural, eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Gergerlioğlu [GK], (n 23), § 79-83.

<sup>64</sup> Oysa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve daire içtihatları ile hukuku düzenler. Yargıtay Kanunu 45'inci maddeye göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları kanun gibi bağlayıcıdır (2797 Sayılı Yargıtay Kanunu, Kanun Numarası: 2797, Kabul Tarihi: 4.2.1983, RG 8.2.1983/17953. Yargıtay kanununun 1'inci maddesine göre, Yargıtay "son inceleme mercii" ve "bağımsız bir yüksek mahkemedir."

<sup>65</sup> Gergerlioğlu [GK], (n 23), § 79-83, 96-98.

<sup>66</sup> İbid, 1/7/2021, § 79-98.

<sup>67</sup> <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararinin-uygulanmaması-nedeniyle-bireysel-basvuru-hakkinin-ihlal-edilmesi/>> ET 27.12.2023. AYM' nin basın duyurusunun bilgilendirme amacıyla hazırlanmış olduğu ve bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir.

<sup>68</sup> Leyla Güven Başvurusu (n 9) prg. 111-119.

## AYM' nin "karşı oy" görüşleri ise şöyle belirtilebilir;

### 1. Şerafettin Can Atalay Kararında AYM üyeleri Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan'ın karşı görüşü

AYM' nin Atalay kararına karşı 5 AYM üyesi karşı görüş yazmıştır. Bunlardan 4 AYM Üyesi Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan, Başvurucu Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin çoğunluk görüşüne, Gergerlioğlu kararına eklenen "Farklı Gerekeç" ve Leyla Güven kararının ekinde yer alan "Karşı Oy" içeriğinde dile getirilen görüşler çerçevesinde, iştirak etmemişlerdir. Karşı görüş yazan 5. üye olan Muhterem İnce ise, Atalay dosyasında tartışılan temel anayasal sorun ile aynı mahiyetteki sorunun tartışıldığı Leyla Güven<sup>69</sup> kararında karşı oy kullanan üyelerin karşı oylarında belirttikleri gerekçelerle çoğunluğun tespit ettiği ihlal sonucuna katılmamıştır.<sup>70</sup>

Karşı oy kullananlar, temel hak ve hürriyetlerin korunması maksadıyla dahi olsa, Anayasa Mahkemesi'nin, *Anayasa maddesini denetlemesi ve uygulanamaz kılmasının* "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırı olacağını belirtmişlerdir.

Karşı oy kullanan AYM üyelerine göre, *Anayasanın 14. maddesinin uygulanması bakımından yasama organının konuya müdahil olması mutlak bir gereklilik değildir.* Konunun yargı kararları ile belirginleştirilmesi yerinde olduğu gibi, aksi bir düşünce ile yargının bu fonksiyonunu yerine getiremeyeceğini iddia etmek, bir düzenleme yapılmaya kadar maddenin uygulanamayacağı anlamına gelecek, *"Anayasanın üstünlüğü"* ilkesi zedelenecektir. Yine, Anayasa'nın egemenlik başlığı altında düzenlenen 6. maddesi; *"...Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."*; Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrası; *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır"* demektedir. Bu itibarla, Anayasada, Anayasa'nın, AYM' yi bağlamayacağına yönelik hiçbir madde yoktur.

*Atalay ve Leyla Güven* kararında; Anayasa hükümlerinin doğası gereği kanunlara kıyasla daha genel düzenlemeler içermesinin bu hükümlerin uygulanmaması için gerekçe olamayacağından bahisle, m.14'ün uygulamaya temel teşkil edecek yeterlilikte kıstaslar içerdiği tespiti yapılmıştır. Bu sebeple karşı oyda, Anayasa m.14'ün uygulanması açısından kanuni düzenleme yapılmasının mutlak bir gereklilik olmadığı, *Anayasa m.14'ün değerlendirmesinin yargı kararlarıyla da sağlanabileceği konusunda tereddüt bulunmadığı* belirtmiştir. AYM' nin görevi, başvuruya konu normun veya şikâyet edilen işlemin bütünü ile Anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Anayasa m.11'e göre, AYM için Anayasa kuralları uyulması

<sup>69</sup> İbid.

<sup>70</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.



gereken normlardır. Bir başka ifadeyle; karşı oy veren üyeler AYM' nin, Anayasa hükmünün "Anayasaya uygunluğunu" asla denetleyemeyeceklerini, denetlenmesi durumunda Anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi olduğu anlamına geldiğini, bunun da hukuk sistemimiz için mümkün olmadığını belirtmişlerdir.<sup>71</sup>

*AYM, somut ve soyut norm denetiminde dahi Anayasa hükümlerini denetleyememektedir. Çünkü AYM' nin yetkisi kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya uygun olup olmadığını denetlemektir. AYM' nin, yetkisini aşarak Anayasa hükmünün "Anayasaya uygunluğunu" denetlemesi mümkün değildir. AYM, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen dosyada bir kanun hükmünün zaafiyet taşıması halinde Anayasaya aykırılığı denetimini yapmamalı, gerekiyorsa, eleştiri konusu yapıp bırakmalıdır.*<sup>72</sup>

AYM bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir konuda, anayasal düzenleme yapılması gerektiği konusunda yol göstermekle yetinmelidir. Bunun ötesine geçerek, Anayasa hükmünden dolayı başvuru hakkında "hak ihlali kararı" verirse, dolaylı olarak ilgili Anayasa veya kanun hükmünün "Anayasaya aykırı" olduğu sonucuna varacaktır. Bu durumda; *soyut veya somut norm denetiminde inceleyemeyeceği Anayasa hükmü hakkında karar vererek, dolaylı norm denetiminde bulunmuş olacaktır. Böyle bir durumda AYM, iptal edemediği bir Anayasa hükmüne, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir başvuruda müdahale edecek ve o Anayasa hükmünü uygulanabilirliği bakımından ilga etmiş olacaktır.* Oysa Anayasanın doğrudan somut olaylara uygulanabilen hükümleriyle kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin somut olaylara uygulanması ve yorumunu ilk derece mahkemeleri ile istinaf ve Yargıtay'a bırakılmalıdır. Aksi halde, AYM ile diğer mahkemelerin birbirlerine sınır ihlali, yargı yetkisi ve yetki çatışmaları gündeme gelecektir. AYM'nin; Anayasa hükmünün diğer bir Anayasa hükmüne aykırı olduğuna karar verme yetkisi olmadığı gibi, bireysel başvurularda örtülü veya dolaylı norm denetimi yapmak suretiyle bir Anayasa veya kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varma yetkisi de yoktur. Bu sebeple AYM'nin, Anayasa m.14'ün "kanunilik" ilkesini karşılamadığı gerekçesiyle başvuru hakkında "hak ihlali" kararı vermesi yetki aşımıdır.<sup>73</sup>

## **2. Leyla Güven Kararında AYM üyeleri Rıdvan Güleç, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan'ın karşı oy gerekçeleri<sup>74</sup>**

Anayasa'nın 83. ve 14. maddelerinin hükmü açıktır. Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların hangi suçlara tekabül ettiğine dair yasama organı tarafından yürürlüğe konulmuş bir kanun bulunmamakta ise de söz konusu hükmün bu haliyle de soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından uygulanabilir nitelikte oldu-

<sup>71</sup> Leyla Güven Başvurusu (n 9).

<sup>72</sup> İbid.

<sup>73</sup> İbid.

<sup>74</sup> İbid.



ğu değerlendirilmektedir. Çoğunluk görüşünün dayandığı temel kabullerden birisi olan Anayasa hükmünün muhtevassından kaynaklanan belirsizliklerin oluşturduğu zorluklar, *yasama organı açısından da geçerlidir*. Bu kabule göre kanun koyucunun yapacağı belirleme Anayasal düzeyde tartışmalara konu olabilecektir.

Anayasa hükümleri, kanunlara kıyasla daha *genel düzenlemelerdir*. Anayasanın bu niteliği, hükümlerinin uygulanmama gerekçesi olmamalıdır. Anayasa'nın 14. maddesine bakıldığında söz konusu uygulamaya temel teşkil edecek yeterlikte birtakım kriterlerin bulunduğu açıktır. İsnat edilen suçların "*soruşturmasına seçimlerden önce başlanmış olması*" somut ve öngörülebilir bir kriterdir. Bu unsur ayrıca ilgililerine objektif bir teminat sağlamaktadır. Ayrıca soruşturma konusu faaliyetlerin "Anayasa'nın 14. maddesinde tanımlanan durumlarla ilgili suç" nitelendirilmeleriyle alakalı olması gerekir.

Madde muhtevası da bir takım suçları önceleyen bilgiler ihtiva etmektedir. Bu suçların "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozan ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler*" vasfında olduğu aşikârdır. Ayrıca Anayasa koyucunun düzenleme içeriğinde "fiil" veya daha önceki halinde yer alan "eylem" yerine "faaliyet" tabirini tercih etmesi isnatlara konu olabilecek *maddi vakıaların bir yoğunluk eşiğine ulaşması gerekliliğini* de göstermektedir. Yapılan bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayasa'nın 14. maddesinin uygulanması açısından *TBMM'nin konuya müdahil olmasının mutlak bir gereklilik olmadığı, konunun yargı kararlarıyla da belirginleştirilmesinin uygun olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır*.

AYM' nin görevi, gerek norm denetimi kapsamındaki denetimi kapsamında şikâyet konusu edilen işlem, eylem veya ihmalin Anayasa kurallarına uygunluğunu denetlemektir. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü gereğince *Anayasa maddelerinin tümü*, denetime esas normdur. Anayasa kurallarının denetlenmesi, *Anayasa kuralları arasında da hiyerarşi olduğu* anlamına gelir ki bunun bizim hukuk sistemimiz açısından kabulü mümkün değildir.

Çoğunluk görüşünde Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygunluk denetimi yapılmıştır. Çoğunluğa göre, bu şekildeki bir yaklaşım Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların ne olduğunu öngören bir kanun hükmü yürürlükte olmadığı sürece, Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanabilmesi hiç bir şekilde mümkün olamayacaktır. Başka bir ifade ile çoğunluğa göre, TBMM herhangi bir sebeple bu yönde bir kanun çıkarmazsa, söz konusu Anayasa hükmü fiilen yürürlükten kaldırılmış olacaktır. Oysa *AYM' nin varlık sebebi Anayasa maddesinin bir kısmını uygulanamaz kılmak değil* bilakis Anayasa'nın bütün hükümlerini uygulanabilir kılmaktır. *Anayasa'nın somut uyuşmazlıklarda uygulanabilir nitelikte kuralдар içeren maddelerinin uygulanabilmesini kanun koyucunun Anayasa'dan daha alt düzeyde olan kanunla yapılması şartına bağlamak* Anayasa'nın üstünlüğü ve



normlar hiyerarşisi prensibi ile bağdaşmamaktadır. “*Temel hak ve özgürlüklerin korunması*” gibi bir amaçla dahi olsa AYM’ nin *Anayasa maddesini denetlemek ve uygulanamaz hale getirmek* şeklindeki yaklaşımı, hukuk devleti anlayışına açıkça aykırıdır.<sup>75</sup>

### 3. Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında, AYM üyeleri Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan’ın farklı gerekçeleri<sup>76</sup>

Üç AYM üyesi aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun kararına şerh düşmüştür; şöyle ki;

Anayasanın 83/2 de yer alan ve suç soruşturma ve kovuşturmasına devam noktasında milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının gerekmediği iki halden bir tanesi olan “Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumların” hangi suçlara tekabül ettiğine dair yasama tarafından bir belirleme yapılmamış olmasına rağmen hükümün bu haliyle de soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından uygulanabilir olduğunu değerlendirmekteyiz. Kuşkusuz yasamanın konuya müdahil olarak belli kriterler dâhilinde 14. maddenin kapsamına hangi suçların girdiğine dair bir liste ihdas etmesi belirlilik ve öngörülebilirlik açısından daha iyi olacaktır. Ama bu belirlemenin yargı kararlarıyla yapılması kısmi bir belirsizliğe sebep olsa da bu durum içtihatların oluşturulması aşamasına yönelik dönemsel bir belirsizlikten öteye geçmeyecektir. 14. maddenin muhtevassından kaynaklanan belirsizliklerin oluşturduğu zorluklar yasama organı açısından da geçerlidir. Yapacağı her türlü belirleme anayasal düzeyde tartışmalara konu olabilecektir. *Anayasayı yorumlamak AYM’ nin yetkisinde olmakla birlikte, birçok makam kurul, organ ve kişi Anayasa hükümlerini kendi görev alanlarıyla ilgili olarak yorumlamak ve uygulamak durumdadır. Yargılama mercilerinin de gerektiğinde bu yorumu yapmaları doğaldır.*

Anayasa’nın özelliği kanunlara göre daha genel düzenlemelerin olmasıdır. Bu nitelik, hükümlerinin uygulanmama gerekçesi olamaz. “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*” daha belirgin ve rahat uygulanabilir bir hüküm gibi gözükmeyle birlikte, içeriğinde birçok muğlak nokta vardır. 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile ağır hapis kavramı mevzuatımızdan çıkartılmıştır. Buna bağlı olarak ağır hapis cezasını gerektiren fiiller bu kapsamdadır, denilme imkânı da yoktur. *Avukatların görevleri nedeniyle işledikleri her türlü suçun yargılmasının ağır ceza mahkemelerinde yapılacağı dikkate alındığında suçüstü hükümlerinin geçerli olduğu her suç ithamı avukatlar açısından ağır cezayı gerektiren bir suçüstü hali olarak kabul edilebilecektir.*

Bir oluşumun *terör örgütü* olarak kabul edilmesi konusunda kanunen belirlenmiş bir usul yoktur. Yıllardır kabul edildiği haliyle, bir oluşuma terör örgütü nitelendirmesinin yapılması yargı kararlarıyla olmaktadır. İlk karar verilene ka-

<sup>75</sup> Ayrıntı için bkz. Leyla Güven Başvurusu (n 9).

<sup>76</sup> Gergerlioğlu [GK], (n 23).

dar terör örgütü kabul edilmeyen bir oluşumun faaliyetlerine iştirak eden kişiler açısından *kısmi ve dönemsel bir belirsizlik hatta öngörülemezlikten bahsedilse* de bu durum ilk içtihatla birlikte ortadan kalkmaktadır. Anayasanın 14. maddesinde, uygulamaya temel teşkil olacak yeterlilikte yasal bir takım kriterler vardır. *İsnat edilen suçların soruşturmasına seçimlerden önce başlanması somut ve öngörülebilir* bir kıstastır. Anayasanın 14. maddesi bazı suçları önceleyen bilgiler ihtiva etmektedir.<sup>77</sup>

Anayasanın 14. maddesinin uygulanması açısından *TBMM'nin konuya müdahil olmasının mutlak bir gereklilik olmadığı*, konunun yargı kararlarıyla belirlenştirilmeye müsait olduğunda tereddüt yoktur. Yargının bu fonksiyonu yerine getiremeyeceğini iddia etmek Anayasanın 14. maddesinin TBMM tarafından yapılacak düzenlemeye kadar uygulanamayacağı anlamına gelecektir. Çoğunluğun görüşü, Anayasanın lafzı ve ruhuyla uygulanmasını temin etmek olan AYM'nin varlık sebebiyle terstir, bu durum Anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırıdır. Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının 14. maddeye yaptığı göndermenin hayatiyet kazanması için TBMM'nin *düzenleme yapmasını mutlak manada gerekli kılan* bir Anayasa hükmü de mevcut değildir.

Çoğunluğun görüşü, kanuni bir düzenleme yapılmasına kadar, Anayasanın 14. maddesi kapsamına girme ihtimali bulunan her iddia için dokunulmazlığın kaldırılması yolunun işletilmesi, büyük hukuki sorunlara neden olacaktır. Anayasa koyucu, çoğu ülkede olmayan, Anayasanın 14. maddesinde yer alan durumlarla ilgili istisnayı getirirken dokunulmazlık kurumunun sağladığı korumadan ilgisinin yararlandırılmaması konusunda *bilinçli bir tercih* yapmıştır. Anayasanın 14. maddesinin içeriği, uygulanmak için mümkündür ve mevcut düzenleme dava ve değerlendirmelere imkân sağlamaktadır.<sup>78</sup>

### III. YARGITAY'IN AYM KARARINA KARŞI GÖRÜŞ VE GEREKÇELERİ

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, AYM kararını uygulamamış, Yargıtay 3. CD.' ne göndermiştir. Yargıtay 3. CD. de, AYM' nin verdiği söz konusu Atalay kararını uygulamamıştır. AYM' nin kararı karşısında Yargıtay Başkanlığı da 10 Kasım 2023 tarihinde bir basın açıklaması yayımlayarak, AYM' nin haksız bir tutum içerisinde bulunduğunu belirtmiştir.<sup>79</sup> Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının verdiği Mütalaa, Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından benimsenmiş, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, AYM' nin hak ihlali kararını ve gerekçelerini uygun bulmamış ve bireysel başvuru ile ilgili karşı gerekçeler belirlemiştir; Yargıtay'ın ve Yargıtay

<sup>77</sup> Bkz. Gergerlioğlu [GK] (n 23).

<sup>78</sup> Ayrıntı için bkz. ibid.

<sup>79</sup> Yargıtay Başkanlığı'nın 10.11.2023 tarihli Basın Açıklaması: <<https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi>> ET 10.11.2023.

3'üncü Ceza Dairesinin, Mütalaaya uygun görüşü<sup>80</sup> şöyle belirtilebilir;

*AYM, idari ve yargısal yollar tüketilmeden önce bireysel başvuru müracaatlarını kabul ederek Anayasa ve kanunları açıkça ihlal etmektedir; 6216 sayılı kanununun 50'nci maddesine aykırı olarak hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi yapmıştır; yargısal aktivist bir tutum izlemiştir; yetki aşımında bulunmuştur; kuvvetler ayrılığına aykırı davranmıştır; bireysel başvuru istisnai bir yol olduğu halde AYM Yargıtay'ın kesinleşmiş kararını temyiz ederek bozmuştur; AYM Yargıtay'ın hiyerarşik üstü değildir; Anayasa'nın Başlangıç'ınının 5. fıkrasına göre, Devlete karşı terör faaliyeti korunamaz; AYM, Yargıtay'ın takdir yetkisini değerlendiremez; Yargıtay'ın bulunduğu çözümün adil olup olmadığını denetleyemez; Yargıtay son inceleme mercidir (AY m. 154); Yargıtay kararlarını bireysel başvuru görüntüsü altında esasa girerek bozamaz; bireysel başvuru adı altında üstü örtülü norm denetimi yapamaz; AYM, Anayasa'nın hiçbir maddesini ve özellikle 14'üncü maddesini işlevsiz kılarak zımnen ilga edemez; Anayasa'nın 14'üncü maddesi anayasa koyucunun bilinçli tercihidir; hukuki belirlilik ilkesi kanuni olduğu gibi hukuki de olabilir; AIHM de hukuken öngörülebilirlik kavramını kabul etmektedir; AYM'nin kabulü halinde Fetullah Gülen, Adil Öksüz, Murat Karayılan, Cemil Bayık vs dahi milletvekili seçilerek dokunulmazlık kazanabilir; Yargıtay'ın istikrar kazanmış çok sayıda içtihadı varken AYM'nin bu kararı kabul edilemez; temel hak ve özgürlükler kötüye kullanılamaz; AYM, TBMM'nin üzerinde kurduğu vesayeti Yargıtay üzerinde de kurmuştur; Anayasa'nın 76'ncı maddesine göre, 1 yıl hapis cezası mahkûmiyeti, milletvekili olmaya engel iken, AYM terör suçundan 18 yıl kesinleşmiş cezası olanın dokunulmaz olduğunu kabul edemez; AYM, terör suçlarının temyiz mercii ve terör yanlılarının hedefinde olan Yargıtay 3'üncü Ceza Dairesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunarak tehditlerini sürdürmektedir; AYM kovuşturmaları yapılamaz hale getirmektedir; AYM'nin bu kararı geçerli değildir.<sup>81</sup>*

Yargıtay'ın kısaca özetlenen görüşü daha yakından analiz edilebilir. Şöyle ki;

**1. AYM yorum kılıfı altında Anayasayı ilga etmiştir.** Hukukta yorum farklılıkları söz konusu olabilir de, Anayasa'nın hiçbir maddesi yorum farklılığı gerekçe gösterilerek zımnen ilga edilemez. AYM'nin bireysel başvuruda görevi, diğer mahkemelerin, bireylerin Anayasal haklarına yönelik müdahalelerinin hukuka uygun olup olmadıklarını belirledikleri esnada Anayasa'da belirtilmiş olan güvenceleri gözetip gözetmediklerini saptamaktır.

**2. Bireysel başvuru temyiz yolu olmadığı gibi süper temyiz yolu da değildir.** Anayasa'nın 148/5'inci maddesine göre, bireysel başvuru, mahkemelerdeki davaların bir devamı olmadığı gibi diğer mahkemelerin kararlarını düzeltmeyi amaçla-

<sup>80</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>81</sup> İbid.

yan bir temyiz incelemesi de değildir.<sup>82</sup>

3. AYM, vesayet organı değildir. AYM haksız şekilde sadece yasaları iptal ederek yasama organının alanına müdahale etmemekte; ayrıca, bazen yasa koyucu gibi davranarak Anayasa'ya göre aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunmayan yüksek mahkemeler üzerinde de vesayet makamı gibi davranmaktadır.

4. AYM diğer mahkemelerin yerine geçerek karar veremez. AYM, ihlalin tespiti halinde, bunu ortadan kaldıracak gerekli tedbirlere görev ve yetkisi dâhilinde hükmederken, diğer mahkemelerin yerine geçerek karar veremez. Anayasanın Başlangıç'ının 5. fıkrasında, Devletin, milleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasına aykırı hiçbir faaliyetin koruma göremeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

5. AYM, yeni hukuk normu ihdas edemez. Hukukilik denetimi ile sınırlı bir denetimi icra eden AYM, vazifesini ifa ederken, yeni hukuk normları ihdas edemez, sadece mevcut anayasal normları yorumlayıcı yönde kararlar verir. AYM keyfi olarak norm üretemez, yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik mnalardan istediği manayı keyfi olarak öne çıkararak karar veremez; normu yasama üretir.

6. AYM, insan hakları açısından hukukilik denetimi yapabilir ama *yerindelik* denetimi yapamaz. AYM'nin yapmakta olduğu hukukilik denetimi, yasama ve yürütmenin yapmış olduğu işlemlerin, anayasal olarak sahip oldukları yetki sınırları içerisinde yapılıp yapılmadığını denetlemek, yargı alanında ise bireysel başvuru konusunun ihlal edilip edilmediğini belirlemek ile sınırlıdır. AYM'ye yapılan bireysel başvuru sonucunda *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda* inceleme yapılamaması kuralı mevcuttur. Bu kural, AYM'ye yönelik olarak ve bireysel başvurunun kabulü ile birlikte getirilmiştir. AYM tarafından yapılan bireysel başvuru incelemesinde temel hak ve hürriyetler çerçevesinde bir inceleme yapılabilecek; *deliller veya maddi vakıalar* hakkında derece ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelere ilişkin herhangi bir inceleme yapılamayacaktır. Bu itibarla, AYM yaptığı bireysel başvuru incelemesinde yalnızca başvuru konusunun ihlal edilip edilmediğini tespit etmekle görevlidir. Bu kural, AYM'nin kendini yüksek yargı makamları üzerinde bir denetim makamı haline getirmesine engel olmak amacıyla kabul edilmiştir. Bu çerçevede, derece ve temyiz mahkemelerinin mevzuat hükümlerini maddi olaya uygularken yaptığı yorumu denetlememekte; ancak, mahkemeler tarafından verilen kararın gerekçesinin ilgili temel hak bakımından AİHS ve ek protokolleri ile Anayasa'da öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını, temel hak ve özgürlüğün güvencelerine uyulup uyulmadığını tespit etmektedir. Mevzuat ve kendisini bağlayıcı şekilde verdiği kararlar doğrultusunda AYM, davadaki olayların, maddi vakıaların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi, medeni hak ve yükümlülüklerle dair bir

<sup>82</sup> Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).



uyuşmazlığa derece ve temyiz mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden *adil olup olmaması hallerinde*, kural olarak derece ve temyiz mahkemelerinin *takdirine müdahale edemeyecektir*.<sup>83</sup> AYM kararı ile “*yerindelik denetimi*” yapılamaz, “*idari eylem ve işlem niteliğinde*” karar verilemez.<sup>84</sup>

7. Atalay başvurusu için, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, AYM’nin ihlal kararına, hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceğinden, ortada Anayasa m. 153 kapsamında uygulanması gereken bir karar olmadığından, başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının temyizi üzerine yapılan inceleme sonucunda, 28.09.2023 tarihinde Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından onama kararı verilmekle kesinleşmiş infazı kabil bir hükmün varlığı karşısında AYM’nin hak ihlali kararına uyulmamasına ve başvurusunun milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması için kararın bir örneğinin TBMM başkanlığına gönderilmesine, Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını aşarak hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan AYM üyeleri hakkında *gereğinin takdir ve ifası* için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulunulmasına, Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na tevdiine karar vermiştir.<sup>85</sup>

8. Hukuk, hakkın kötüye kullanımını kabul etmez. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 22. 09. 2016 tarih ve 2015/8449 Esas, 2016/4723 karar sayılı ve benzer içtihatları ile Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü propagandası suçunun Anayasanın 14. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna vurgu yapılmıştır.<sup>86</sup> Avrupa Sözleşmesinin 17. maddesindeki hak ve özgürlüklerin, yine hak ve özgürlükleri kullanarak ortadan kaldırılmasını yasaklanacağına ilişkin düzenleme ile yargı kararları değerlendirildiğinde; Devletin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemlerin Anayasanın 14. maddesi kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğünden, demokratik yönetimlerde halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoda görevli üyelerin bu sisteme *sadakat yemini ettikleri ve sistemi koruma yükümlülükleri de bulunduğu gözetildiğinde*, demokratik sisteme yönelik eylemlere katılmaları halinde milletvekili dokunulmazlığından istifade edememesi Anayasanın lafzına ve ruhuna uygundur.<sup>87</sup>

9. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü propagandası suçunun Anayasanın 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna vurgu yapılmıştır.

<sup>83</sup> Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18.06.2014.

<sup>84</sup> Bkz. Yargıtay Başkanlığı’nın Basın Açıklaması (n 79).

<sup>85</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>86</sup> Bkz. Case Of De Becker v Belgium App. no 214/5, Strasbourg (27 March 1962) / ET: 15.12.2023. Raymond De Becker için bkz. <[https://en.wikipedia.org/wiki/Raymond\\_De\\_Becker/](https://en.wikipedia.org/wiki/Raymond_De_Becker/)> ET 15.12.2023.

<sup>87</sup> Gergerlioğlu [GK], (n 23).

10. PKK'nın terör örgütü olduğu ulusal ve uluslararası makamlar tarafından kabul edilmiş tartışmasız bir olgudur. Anılan örgütün gerçekleştirdiği terörist şiddet, bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir. Kamuoyunda 6-7 Ekim olayları ve hendek olayları olarak bilinen terör eylemleri bunların başında gelmektedir. Hendek olayları kapsamında PKK tarafından birçok yerleşim yerinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından şehirlerin bir kısmında “öz yönetim” adı altında hâkimiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda çok sayıda terörist, halkın bu yerlere girişi ve çıkışı engellemek istemiştir. Güvenlik güçleri, hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. *Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında çok sayıda güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir.*<sup>88</sup>

11. Yetki aşımı yaparak fonksiyon gaspı yapılmıştır. Yargıtay 3. C. D.'e göre, AYM'nin diğer yargı kolları ile olan ilişkilerinde fonksiyon gaspına neden olabilecek biçimde olması beklenirken, bazı kararlarında hukuka uygun düşmeyecek şekilde yetkisini aştığı görülmektedir. AYM, *Erdem Gül ve Can Dündar* kararında ortaya koyduğu gerekçeyle ağır ve haklı eleştiriler almış ve bu kararda inceleme yetkisini aşmıştır.<sup>89</sup> Söz konusu karardaki başvuru sıfatındaki gazeteciler, MİT tırlarının aranması konusunda farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme, Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve Devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama suçları kapsamında tutuklanmışlardır. AYM, Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen *ölçülülük* ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemenin kendisinin görevi olduğunu belirtmiştir.<sup>90</sup> AYM'nin *ölçülülük* ilkesini keyfi şekilde yorumlamak suretiyle diğer mahkemelerin bu konudaki *takdir ve belirleme* yetkisine müdahale etmesi, AYM'nin yetkisini aştığını göstermektedir.<sup>91</sup>

Şayet bir konu, anayasal hükümler çerçevesinde yasama, yürütme, adli ve idari yargı alanına giriyorsa, AYM, bu mercilerin bu alanda anayasaya aykırı olmayan işlemlerini iptal ederek geçersizleştiremez. AYM'nin anılan kararı, hukuk çevrelerinde haklı olarak ağır şekilde eleştirilmiş ve AYM'nin görev sınırlarını aştığı

<sup>88</sup> Bkz. Gülser Yıldırım (2) [GK], §§ 9-11, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26689>> (ET: 10. 12. 2023).

<sup>89</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>90</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>>; Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2), Başvuru Numarası: 2023/53898 ET 15.12.2023.

<sup>91</sup> Bkz. Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).



belirtmiştir. İhlal kararına konu olan tutuklama kararını veren İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, ihlal kararının gereğini yerine getirirse de bu kararında, AYM kararını hukuken desteklemediği halde, sanıkların tahliyesine karar vermiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, AYM, yasal dayanağı bulunmamasına rağmen AYM kararlarının *objektif etkisine* sığınmaktadır.<sup>92</sup>

**12.** Anayasallık denetimi yapan AYM, hakem gibi yani konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını tespit mercii olmalıdır. Aksinin kabulü, *kuvvetler ayrılığı* prensibine aykırıdır; çünkü kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurala uyulup uyulmadığını da tespit eden yargıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları ve sınırları Anayasada belirtilmiştir. Anayasa yargısı dâhil hiçbir merci yasama, yürütme ve yargının, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına mani olamaz. Anayasa'nın Başlangıç kısmının 4. fıkrası, "*Kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*" belirtilmiştir.

**13.** AYM yargısal aktivizm yapmamalıdır. Anayasa yargısının meşruiyetini tahkim edecek bir diğer faktör, temel siyasi tercihleri ilgilendiren alanlarda AYM'nin aktivist bir tutum takınması yerine, kendisini sınırlama yaklaşımı izlemesidir. AYM, kararlarına toplumun çoğunluğu tarafından meşruluk izafe edilmesine önem vermeli ve stratejik düşünmelidir. Bu vesileyle AYM'nin aktivist bir tutum izlememesi Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini güçlendirir.<sup>93</sup> Anayasanın 14. maddesi AYM tarafından zımnen ilga edilemez.<sup>94</sup>

**14.** Anayasanın 14. maddesi kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılması, anayasa koyucunun *bilinçli tercihidir*. Hükümlünün mahkûmiyetine konu suç ve eylemleri Devlet güvenliğine karşı işlenen suçlardandır ve madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir.<sup>95</sup> 14. madde, her somut olayda atılı suçun ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığının, soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından değerlendirilmesine imkân tanımaktadır. *Bir Anayasa ya da kanun hükmünün kazuistik şekilde düzenlenmemiş olması, soyut şekilde o normun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve öngörülebilir olmadığı anlamına gelmez.* Anayasa hükmünün düzenlenme şekli dahi somut bir suç listesi sayılma yolunun tercih edilmediği, *ortalama hukuk bilgisi* ile anlaşılmaktadır. Bu konuda TBMM'ye bilgi verilmesi halinde, dokunulmazlık kendiliğinden kalkmış olduğundan; buradaki bilgi verme işlemi, TBMM tarafından yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik bir istem değildir. Bu maddenin içeriği, soruşturma

<sup>92</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>93</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>94</sup> Bkz. Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).

<sup>95</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).



makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından bu husustaki içtihatlar değerlendirilmek suretiyle doldurulacak olup; asli nitelikteki terör suçlarını düzenleyen TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın Başlangıç kısmı da nazara alındığında 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu madde kapsamında kaldığı konusunda şüphe yoktur. *Terörle ilgili suçlar, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nda belirlenmiştir.*<sup>96</sup>

Yargıtay tarafından bugüne kadar verilen ve *süreklilik kazanan içtihatlarda*, Devletin birliği ve ülke bütünlüğü aleyhine veya Anayasa'nın öngördüğü siyasi düzeni değiştirmeye yönelik suçlar, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kabul edilmiştir. Bu belirlemeye uygun olarak Yargıtay (Kapatılan) 16. Ceza Dairesi'nin 28.01.2019 tarihli ve 2018/4803 Esas 2019/647 Karar sayılı kararı da Yargıtay görüşünü desteklemektedir.<sup>97</sup> Başvurucu; Yargıtay 3. C. D.'nin kararına itiraz etmiş, Y. 4. C. D. verilen kararda isabetsizlik ve hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiş, başvurucunun talebi kesin olarak reddedilmiştir.<sup>98</sup>

**15.** Yargıtay 3. CD'sinin 28.09.2023 tarihli temyiz incelemesi sonucu Atalay hakkında verdiği onama kararı ile hüküm kesinleşmiştir. Anayasa'nın 84. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden biri olarak *kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinin* düzenlenmiş olduğu, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilliği ile bağdaşmayan suçlardan kurulan mahkûmiyet hükmünün milletvekilliğini düşüreceğinin de anlaşılması karşısında Y. 3. CD'si ilamının TBMM Başkanlığı'na ulaştığı tarihte ivedilikle milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması gerekirken, AYM'nin Y. 3. CD'sinin verdiği onama kararından yaklaşık 1 ay sonra ihlal kararı verdiği halde, TBMM tarafından bu süreçte hükümlü Atalay'ın milletvekilliğinin düşürülmesi işlemlerinin Anayasa'nın açık hükmüne rağmen tamamlanmadığı anlaşılmıştır. AYM, Y. 3. CD'sinin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 Esas 2023/6359 Karar sayılı infazı kabil ve kesinleşmiş kararını dikkate almaksızın inceleme yapmıştır. Anayasa'nın 84/2 maddesi açısından *AYM'ye müracaat imkânı tanınmadığı gibi AYM'nin de bu konuda inceleme yetkisi yoktur.*<sup>99</sup>

**16.** AYM, hükümlü Atalay'a yönelik ihlal kararında, "*AYM kararlarının objektif işlevinden*" bahsederek, kararı veren Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerini "*ihmal suçunu işlemişlerdir*" şeklinde tehdit etmiştir. Bugüne kadar birçok terör örgütü veya üyesi tarafından hem sosyal medya hem de yazılı ve görsel basın üzerinden ya da ilk derece yargılamaları veya temyiz incelemesi sırasında gönderilen dilek-

<sup>96</sup> ibid.

<sup>97</sup> Yargıtay (Kapatılan) 16 CD 2018/4803 Esas, 2019/647, 28.01.2019; <<https://www.academia.edu/>> ET 15.12.2023.

<sup>98</sup> Yargıtay 4 CD'sinin 17.7.2023 tarihli ret kararı.

<sup>99</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).



çelerle sürekli tehdit edilen Y. 3. CD üyelerinin, bir de AYM tarafından bu şekilde tehdit edilmesi *esef verici ve manidar* bulunmuştur.<sup>100</sup> TCK'nın "Anayasayı İhlal" başlıklı 309. maddesinde cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmektedir.<sup>101</sup>

17. 1868 tarihinde kurulan ve 155 yıllık geçmişi bulunan ve Anayasa'nın 154., Yargıtay Kanununun 13. maddesinde kesin karar alma yetkisi tanınan Yargıtay, yayımladığı Basın Bildirisi ile: Bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tükenmiş olmasının gerektiği, AYM'nin yetkisini aştığı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarını tersyüz ettiği, hukuk sistemini kaosa sürüklediği, kesin hüküm etkisini devre dışı bıraktığı, temel hak ve özgürlükleri korumanın tüm yargının görev ve yetkisinde olduğu, bireysel başvurunun mecrasından çıktığı ve sistem sorununa dönüştüğü, Anayasa'nın 14. maddesini işlevsiz bıraktığı, kendisi gibi "Yüksek Mahkeme" olan Yargıtay ve Danıştay'a *derece mahkemesi* olarak kabul ettiği, Yargıtay 3. CD'sini haksız yere suçladığı ve bütün bunların üzüntüyle karşılandığını belirtmiştir.<sup>102</sup>

#### IV. GEREKÇELERİN VE GÖRÜŞLERİN ANALİZİ

##### 1. Anayasa yargısının meşruiyeti konusu

Burada tartışmaların odağında olan anayasa yargısının meşruiyeti konusunda kısa bir analiz yapmak uygun olabilir. Şöyle ki;

Hukukçular içerisinde, anayasa yargısını destekleyenler olduğu gibi, buna karşı çıkan yazarlar da vardır. Anayasa mahkemelerinin millet iradesine ipotek koymak olduğu ileri sürülmüş, AYM'nin, anayasayı yorumlamadan öte anayasa koyucu gibi olabildiği belirtilmiştir.<sup>103</sup> Bu görüşe göre, parlamentolar üzerinde vesayet olmamalıdır; egemenlik halkındır dolayısıyla meclisindir; AYM, yasama organının otoritesini zedeleyebilir. Denetimi, yargı organı değil, siyasi bir organ yapmalıdır. Demokrasinin beşiği sayılan İngiltere'de yasamanın, yargı tarafından denetimi kabul edilmemiştir. Türkiye'de 1924 Anayasası, bu nedenlerle Anayasa yargısını kabul etmemiştir. Anayasa mahkemelerinin meşruluğu anayasa hukuku ve siyaset biliminde çok tartışılmış konulardan biridir. Burada tartışılması gereken sorun şudur: İnsan haklarını parlamento mu, yoksa anayasa mahkemesi mi daha iyi korur? Veya karma bir yol mu bulunmalıdır? Anayasa yargısının demokratik açıdan meşru olup olmadığı, ciddi bir tartışma konusudur. Anayasa hâkimleri, in-

<sup>100</sup> İbid.

<sup>101</sup> Mezkûr Kanun'un ilgili maddeye ilişkin gerekçesi için bkz. Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>102</sup> Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).

<sup>103</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine* (İmge Kitabevi İstanbul 1994), 155.

san haklarını yasamadan daha iyi koruyor mu? Cevap evet ise, anayasa yargısı demokrasi açısından meşrudur. Cevap hayır ise anayasa mahkemelerine gerek yoktur, demektir. Verdiği kararlarla gündem oluşturan anayasa mahkemelerinin meşruiyeti sorgulanmakta, kendisini yasama gücü yerine koyduğu, kimseye karşı sorumlu olmadığı, görevden de alınamadığı için diktatöre benzetildiği belirtilmektedir.<sup>104</sup>

Fransa’da Anayasa Konseyi, kanun henüz yürürlüğe girmeden önce ön-denetim yapmakta, yürürlükteki kanunu iptal edememektedir. Bu nedenle bazı devletler, siyasal denetim yeterlidir, milli irade üstündür, demektedirler. Siyasi organlar olarak, Devlet Başkanlığı, ikinci meclis (senato), Komisyonlar ve özel kurullar düşünülebilir.

Bu eleştirilere rağmen, anayasa yargısının ve AYM’ ye bireysel başvurunun gerekli olduğu açıktır.

Tamamen siyasal bir sorun (*doctrine of political question*)<sup>105</sup> olduğunda ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, Almanya’da AYM hâkimleri genelde kendilerini geri çekmektedirler (*judicial self restraint*). Sorunun kökeni, Federal Yüksek Mahkemenin Marbury v. Madison kararında bulunmaktadır.<sup>106</sup> ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, *doctrin of political question* (siyasal sorun doktrini), Almanya Federal AYM ise *judicial self restrain* (yargısal geri çekilme doktrinini) geliştirmişlerdir. Bu doktrin Hindistan’dan Filipinlere kadar çok geniş çerçevede tartışılmaktadır. Buna göre, mahkemeler, siyasal sorunları değil hukuki sorunları tartışmalıdırlar. ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin siyasal sorunlar doktrinini (*political question doctrine*) tartışan önemli kararları dipnotta sunulmuştur.<sup>107</sup> Madison kararı da meşruluk sorununa çözüm getirememektedir. Hukukçu Ronald Dworkin’e, (d. 1931 – ö. 2013) göre anayasa yargısı şayet kişilerin haklarını elde etmelerinde onlara eşit saygı gösterilmesine ve göz önüne alınmalarına hizmet ediyorsa etik olarak meşrudur.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, Çeviren Ahmet Mumcu (2nd edn, İnkılap Yayınevi İstanbul 2002), 234.

<sup>105</sup> *Political question doctrine* için bkz. <[http://www.law.cornell.edu/wex/political\\_question\\_doctrine](http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine)> ET: 1.12.2014; keza bkz. Michael E. Tigar, *Judicial Power, the “Political Question Doctrine,” and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135-1179, see 1135-1136 (1970), <[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty\\_scholarship/](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty_scholarship/)> ET 01.12.2023.

<sup>106</sup> <<http://harvardlawreview.org/topics/political-question-doctrine/>>; <<http://www.stanfordlawreview.org/print/article/removal-political-question>> ET 1.11. 2014.

<sup>107</sup> Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>108</sup> Bkz. Göksu, Hasan Tuna, Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155563>> (ET: 20.12.2023. Metin, Sevtap, Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95934>> (ET: 20.12.2023); Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, Anayasa Yargısı, C. 28, (2011). [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) <[https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald\\_mdworkin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf)> ET 10.12.2023.



Anayasa yargısı demokratik ve halka dayalı değildir. Anayasa yargısı, egemenliğin bir bölümünün halk tarafından seçilmeyen ve halka hesap vermeyen bir kuruma devri demektir.<sup>109</sup> Kelsen'e göre, kanunu iptal etmek *negatif yasa koyuculuktur* oysa yasa yapımı yasama organının tekelindedir.<sup>110</sup> Acaba AYM, organından daha akıllı olduğu için mi, bu görev onlara verilmiştir? Yasama organı kendisine güvenmiyor mu? Bu görüşe göre anayasa yargısı aristokratik veya juristokratik bir kurumdur. Anayasa yargısının meşruluğu çözümlenebilmiş bir sorun değildir.<sup>111</sup>

AYM' ler, demokratik değildir ama demokrasi ile bağdaşabilir. Meşruiyetin şartları yargısal aktivist olmamalı, hak temelli yorum yapmalı (siyasi temelli yorum değil); bireysel başvuru çok iyi işlemelidir. Anayasa yargısının meşruluğunu güçlendirmek için üyeler yargısal aktivizmde bulunmamalı, kendi kendilerini sınırlamalı, anayasaya uygun yorum yapmalı, hak temelli yorum sistemini benimsemelidir. Anayasa yargısı seçimle gelen demokratik bir kurum değildir ama demokrasiyle uyuşabilmesi mümkün olabilir.

Günümüzde AYM olmayan ülkeler vardır; İngiltere, Danimarka, İsveç ve Hollanda gibi ülkelerde AYM yoktur. Çin'de de Temyiz Mahkemesi, aynı zamanda anayasa yargısı fonksiyonunu görmektedir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi dünyada, sadece yargı yoluyla değil, Cumhurbaşkanı, Senato ve yasama komisyonları tarafından da yapılmaktadır. Ancak ABD'de 1803'lerde başlamak üzere, demokratikleşme dalgalarına paralel olarak, giderek yaygınlık kazanan yöntem anayasa yargısı yoludur.

Yargısal aktivizm (*judicial activism*) kavramı, 1940'lı yılların başından itibaren ABD hukukunda muğlak bir kavram olarak vardır. Yargısal aktivizm kavramını ilk kez Arthur M. Schlesinger Jr 1947 senesinde yazdığı bir makalede kullanmış, hâkimleri orta yolcular, yargısal aktivistler (*judicial activists*) ve kendisini sınırlama şampiyonları (*champions of self-restraint*) olarak üçe ayırmıştı.<sup>112</sup> Robert H. Jackson'a göre, *mahkemeler mahkeme olarak hareket etmeyi bırakıp politikayı kontrol eden organlar haline geldiklerinde, hukuk devleti emin ellerde değil demektir*. Anayasa mahkemelerinin, anayasaya uygun olan işlemleri iptal etmelerine (doğruluktan ayrılmalarına) geniş anlamda *yargısal aktivizm* denilebilir. Supreme

<sup>109</sup> Mehmet Turhan, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", in Anayasa Hukuku İncelemeleri-1, (AYM Yayını Ankara 2006), 51-53.

<sup>110</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated By Anders Wedberg, (Cambridge, Massachusetts, USA, 3rd edn, The 20th Century Legal Philosophy Series, Harvard University Press, 1949), 268 vd.

<sup>111</sup> Bkz. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, (Harvard University Press, Printed in U.S.A, 2004) ss. 1+286; Bursalı, Osman Safa, "Ran Hirschl Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Kitap Değerlendirmesi", <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/254700>> ET 26.12.2023.

<sup>112</sup> M. Ali Zengin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, (Adalet Yayınevi 2014), 45, 46.

Court'un *Baker v. Carr*<sup>113</sup> kararında savunulan siyasi sorun doktrinine göre, hâkimler, siyasi sorunları çözmemeli, bunu siyasi organlara havale etmelidirler.

Federal Yüksek Mahkeme kararına göre, anayasa yargısı, yasama ve yürütmenin işine müdahale etmemelidir. Bu konuda görevli mahkeme değil, siyasi kurumlar olmalıdır. Mahkemeye yönelik bir hukuk normu olmamalıdır. Konu mutlak olarak siyasetin içerisindeki bir konu değil, siyasi tercih sorunu olmalıdır. Yargısal aktivizm hukuki ilişkinin özüne ilişkin bir sorun iken, *yargı darbesi* yapısal bir meseledir, sisteme karşı bir başkaldırıdır. Türk AYM'nin ünlü 367 kararı, kısa ömürlü bir *hukuk darbesi*dir. Hâkim, bu durumda, artık kanunun ağız değil, siyasi ve toplumsal yaşamı etkileyen kişi olmaktadır.

Doktrinde hâkimler hükümeti veya yargı iktidarı (*juristocracy*) denilen şey, yargının siyasi kurumlar üzerindeki vesayetidir; halka karşı yargının iktidarındır. Alexander Hamilton, en az tehlikeli organ olarak yargıyı gösteriyordu ama İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa yargısı çok güçlendi.<sup>114</sup> Anayasa mahkemelerinin Doğu Blokunun yıkılmasından sonra özgürlükleri korumadaki fonksiyonu arttı. ABD'de Bush-el-Gore çekişmesini Supreme Court çözmüştü. Alman AYM, bireysel başvuru yoluyla ülkenin önemli sorunlarına el attı. Türkiye'de AYM'nin, bazı kararları ile gücünü artırdığı belirtilebilir.

Son zamanlarda yeni anayasacılığın merkezine oturtulan, yeni bir siyasi rejim türü doğmuştur, jüristokrasi. Siyasi sistem ne kadar zayıf, karar alamaz, çözüm üretmez bir durumda ise jüristokrasi o oranda genişler. Siyasi karar veren ama seçilmemiş olan yargı, diktatör veya mutlak hükümdarı çağırabilir. Parlamentoların anayasaya uygun olarak çıkardıkları tasarruflara karşı yargının müdahale etmemesi gerektiği konusunda ABD'de "*political question*" ve Almanya'da "*auto limitation (judicial self restraint)*" doktrinleri gelişmiştir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin (FYM) başlattığı yargısal aktivizm, giderek yaygınlaşmıştır. Yargısal aktivizm, mahkemelerin hukuk dışına çıkarak kendi kişisel politik görüşlerine dayanarak siyaset yapmalarındır.<sup>115</sup> Yargısal aktivizmin hâkimler hükümetine yol açabileceği endişesi vardır.

Yargı bağımsızlığı, yargının keyfiliği, başıbozukluğu, gelişigüzel davranması, denetimsiz olması demek değildir. Yetki ve görev, nimet ile külfet birlikte olur; ayrıca, yetki verilen kişinin denetlenmesi de gerekmektedir. Montesquieu'nün deyişiyle *elinde kuvvet bulunduran kimse, onu kötüye kullanmaya meyledir*. Yargı denetlenmediği zaman, "hâkimler aristokrasisi", "hâkimler diktatoryası", "hâkimler hükümeti", "yargısal aktivizm" veya "hâkimler devleti" denilen oluşum mey-

<sup>113</sup> Baker v. Carr 369 U. S. 186 (1962).

<sup>114</sup> Bilindiği gibi, anayasa yargısı ve mahkemelerinin fikir babası sayılan Hans Kelsen, AYM kararlarının doğası gereği siyasi olduğunu belirtmiştir.

<sup>115</sup> Bkz. Turhan Fezyioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye'de*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını Ankara 1951) 343-344.



dana gelir. Şu üç durumdan biri bile varsa o ülke hâkimler devletidir, denilebilir; bu 3 durum şunlardır; Yargı, yasama ve yürütmeyi yaygın şekilde denetlerse; yargı, bağımsızlık şemsiyesi altında hiçbir denetime tabi olmazsa; hâkimler kanun koyucuyu aşarak hukuk oluşturursa, hâkimler devleti veya hâkimler diktatoryası söz konusu olabilir.

ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’nin dünya ekonomik krizinden sonra, *sosyal içerikli kanunlara* karşı çıkması, sendikaların tepkisine yol açmış ve kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemesi pek sevimli görülmemeye başlanmıştı. Bilindiği gibi, Başkan F. Roosevelt’in “Yeni Düzen” (New Deal) politikasına karşı çıkan Federal Yüksek Mahkemenin görüş farkı krize yol açmıştı.

Anayasa mahkemeleri bazı kararlarında kendi kendini sınırlayacağına (judicial self-restraint), siyaseti sınırlama yoluna girmiş ve kendi yetkilerini yorum yoluyla sürekli genişletmişler, aktivist bir tutum (judicial activism) izlemişlerdir. Bireysel ve siyasal haklarda cimri, hükümeti sınırlamada cömert davranmış, hak temeline değil, ideoloji temeline, veya tersi bir tutum takınmışlar, bu haliyle anayasa mahkemeleri bir açıdan birilerinin bekçisi ve sığınağı olmuşlar, dengeyi bulamamışlardır. Yabancı sermaye konusunda da anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizm olarak değerlendirilebilecek kararları vardır. Temsililiği yeterince olmayan anayasa yargısı organı, yargısal yorum adı altında kanun yapabilmekte ve bu da hukuki güvenliği tehdit edebilmektedir.

*Vesayet, siyaset ve siyasetçiye belli bir güvensizlik ifade eden ve çoğunluk iktidarını belli bürokratik denetleme mekanizmaları ile denetlemeyi ve sınırlandırmayı amaçlayan devlet anlayışıdır.* Vesayet demokrasiyi ve hukuk devletini etkisizleştirir, içini boşaltır. Vesayet, ipotek koymaktır; kurumsal açıdan siyasi aklın yetersiz olduğu görüşüne dayanır.

Yargıtay’a göre, yargı, yasama ve yürütmeden farklıdır. Yargı ne zaman siyaset konularına müdahale ederse, o zaman meşruiyetini yitirir ve sorgulanmaya başlar. AYM, yargısal aktivizim yaparak, “*şeklen denetleyemediği Anayasa hükmünü uygulanamaz hale getirme, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuruları kabul etme, soruşturmalara müdahil olma, kovuşturmaları yapılamaz hale getirme*” şeklinde Anayasa’ya aykırı olarak verdiği kararları ile görev ve yetkilerini, Anayasa ve kanunlardan üstün görmek suretiyle Anayasa’yı uygulanamaz hale getirmiştir. Devletin cebri gücünü ve görevleri gereği Devletin kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin, sahip oldukları kamu gücünü Anayasa’ya aykırı bir şekilde kullanmalarının, Anayasayı ihlal etme eyleminin işlenmesinde kolaylık sağlayacağı aşikârdır.<sup>116</sup>

Aslında, herkese ayar veren yargı da, kendisine ayar verilen yargı da doğru değildir. Yargının da siyasetin de yargısallaşması yanlıştır. Bu konuda Türk AYM’nin iyi örnekler yanında kötü örnekler de verdiğini söyleyebiliriz. Anayasa yargısı,

<sup>116</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

“kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminden” “kanunların uygulanmasının denetimine” doğru bir eğilim içerisindedir. Anayasa yargısı yasamanın denetlenmesiyle yetinmeyip artık yargının da denetlenmesine yönelmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde jüristokrasi uygulamaları olmuş, AYM anayasa değişikliklerini şekilden girip esastan iptal etmiş, ilginç kararlar vermiş ve yargısal aktivizmde bulunmuştur. 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde AYM’ ye, hak temelli bir görev değil, resmi ideolojiyi koruma görevi verilmiştir. AYM, Adnan Menderes ve arkadaşlarını yargılayıp idama mahkûm edilmesi süreciyle ilgili olarak, Menderes hakkında olumlu yönde görüş bildirmeyi suç sayan Tedbirler Kanununun 1 inci maddesini Anayasaya uygun bulmuştur. AYM, 27 Mayıs 1960 tarihli askeri müdahalesinin bir devrim olduğunu belirtmiş, darbelerini değil, Menderes’i suçlamıştır.

Yargıtay’a göre, AYM, yargı organlarının Anayasa’nın 14. maddesine hangi suçların gireceğini yorumlamalarının sağlıklı olmayacağını, mutlaka anayasal ya da yasal düzenleme yapılmasının gerektiğini söylemekte ise de, bugüne kadar, Anayasadan veya kanundan yetki almadığı halde, yürütmeyi durdurma kararı vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun doğru uygulanmadığından bahisle iptali gibi norm denetimi ile ilgili kararlarında, TCK’nın 220/6. maddenin iptali gibi veya sonradan kendisine tali görev olarak verilen bireysel başvuru kararlarında, anayasal veya yasal bir yetkisi olmamasına rağmen, anayasal yetkisini sürekli artırmak suretiyle, bireysel başvuruya ilişkin yetkinin verilmesi üzerine de birçok devlet organı üzerinde vesayetini ortaya çıkmasına sebep olmuştur.<sup>117</sup>

Vesayet sistemi, bizde demokrasinin konsolide olmasının önündeki en büyük engellerden biridir. Her zaman var olan ama darbe zamanlarında doruğa çıkmış, anayasa ve hükümet sistemleri dâhil her şeyi bozmuştur.<sup>118</sup> 1961 sonrasındaki hükümetlerin ortalama ömürlerinin kısa oluşları ve muktedir olamayışları sonucunda *siyaset kurumu* güçsüz kalmış ve boşluğu vesayet kurumları doldurmuştur. İstikrarsız dönemlerin sonucu, Türkiye’ye vesayet rejimi olarak geri dönmüş, siyaset kurumu ağır darbe yemiştir. Darbelerin gerekçesi irdelendiğinde siyaset mekanizmasının istikrarı sağlayamadığı, koalisyonların beceriksizliği, milletvekili pazarlıkları, azgınlaşan terör olayları gibi nedenlere dayanıldığı görülecektir. Kuşkusuz ki bu durum çıkış garantili vesayet kurumlarını güçlendirmiştir.

*Bize göre, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse ona görev olarak verilen bireysel başvuru yolu son derece önemlidir; bunun usulünü, esasını ve ülkenin hedefleri ile uyumunu yasama organı belirler.*<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>118</sup> Bkz. Hayri Keser, “Başkanlık Sistemi”, (Yeni Türkiye Dergisi, Mart-Nisan 2013, Yıl 9, Sayı 51) 437 vd.

<sup>119</sup> İsrail’in haksız olarak, 1948’den itibaren Filistin topraklarını planlı olarak işgal etmesi karşısında, İsrail’in haksız saldırılarını ve yaptığı soykırımı durdurmak isteyen BM Genel Kurulu ve BM

## 2. Bireysel başvurunun usulüne uygun olarak işleminin değeri

Konumuz bireysel başvuru kaynaklı olduğu için kısaca bireysel başvuru üzerinde durmak istiyoruz. 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren AYM, bireysel başvuru almayı kabul ederek, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı koruma imkânı getirmiştir. Yargıtay, Danıştay veya ilgili biriminin kararının muhataba tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde başvurunun açılması gerekir. Bireysel başvurunun, niteliği gereği kural olarak ihlale neden olan işlem veya eylem aleyhine öncelikle kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.<sup>120</sup>

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun, AYM tarafından bireysel başvurunun esas incelemesinde uyacağı prensipleri belirlemiştir. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi AYM kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz. Buna göre, yapılacak incelemenin, başvuruya konu edilen kamu işleminde bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir. Anayasa'ya göre AYM tarafından bu sınırlamanın dışına çıkılarak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılması mümkün değildir,<sup>121</sup> ama bunun yaptırımı mevzuatta yoktur.

Bununla birlikte bireysel başvuru, sadece insan hakları konularında bir çalışma olup, diğer temyiz mahkemelerine karşı bir üstünlük değil bir iş bölümü sayılmalıdır. Anayasa Mahkemeleri ülkedeki temyiz mahkemelerinin üstü konumuna

---

Güvenlik Konseyi kararlarına karşı veto gücünü kullanan ABD'nin bu vetosunu iptal eden FYM'nin bir kararını şu ana kadar duymadık. Günümüzde yirmi binin üzerinde katledilen olduğu Filistinlinin en temel insan hakkı olan yaşama, su, ekmeğe, gıda, elektrik, mülkiyet ve tüm haklarını, Batı'nın *koşulsuz desteği* ile herkesin gözleri önünde açığa ihlal eden bu yapıya karşı iptal kararı veren bir Batı ülkesi anayasa mahkemesini, uluslararası mahkemeyi veya AIHM kararını duymadık. Oysa günümüzde katledilen Filistinlilerin % 70'i çocuk ve kadındır. Bu ölümler İsrail'e koşulsuz destek veren Batı dünyasının tavrından kaynaklanmakta ama medeni ülkelerin hiçbirinin yüksek mahkemesi sesini çıkarmamaktadır ve bu durum, 1948'den beri devam etmektedir. Dünyanın en gelişmiş ülkelerinin 1960'dan beri darbeler, vesayetler ve diğer sinsi taktikler ile hedefe koydukları Türkiye'ye karşı devam ettirdikleri kirli vekâlet savaşları ve 40 yıldır da kullandıkları bölücü ve yıkıcı terör, yaptıkları plan, strateji ve taktikler ile açık ve sinsi olarak sürmektedir. Bkz. ve krş. Michael E. Tigar, *Judicial Power, the "Political Question Doctrine," and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135-1179, see 1135-1136, (1970), <[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty_scholarship)> ET 01.12.2023.

<sup>120</sup> Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "*Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*". 6216 Sayılı Kanununun 45'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "... *başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*". Ayrıntı için bkz. Saadet Yüksel, "*Avrupa Konseyi Sistemi İçinde Bireysel Başvuru Yolu*", (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu Armağanı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, Karasu, Güller vs edts) 77 vd.

<sup>121</sup> Anayasa'nın 148/4 maddesi (EK: 7.5.2010-5982/18. md): "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*"



gelmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de ülke mahkemelerine göre bir üst mahkeme olmadığı açıktır. AYM'ye bireysel başvuru yolu, bir mahkeme kararının aynı veya bir üst ya da yüksek mahkemede tekrar gözden geçirilmesini amaçlayan temyiz yolu gibi bir kanun yolu olarak getirilmemiştir. Bireysel başvuru yolunda bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediği araştırılmakta olup, bireysel başvurunun önceki yargılamanın devamı niteliğinde olduğundan söz edilemez. Bu nedenle bireysel başvuruyu "olağanüstü kanun yolu" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bireysel başvuru sui generis bir hukuki yoldur.<sup>122</sup>

Anayasa şikâyeti, başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik *istisnai* ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Anayasa şikâyeti ne mevcut kanun yollarının devamı, ne de hukuk düzeni içinde görülen uygulama hatalarının *düzeltilebileceği* kanun yolu değildir. Bu yol, sadece bir temel hak ihlalinin *denetlenebileceği* istisnai bir hukuk yolu, *olağanüstü* bir hukuki çözümdür. Bireysel başvuru, kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali nedeniyle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin *iç hukuk yollarını tükettikten sonra* başvurdukları istisnai, olağanüstü ve ikincil nitelikte (tali) bir hak arama yoludur. İkincillik ilkesi ile bağlantılı olarak takdir alanı doktrini (margin of appreciation) kabul edilmiştir. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi öncelikle idare ve yargı mercilerine ait olduğu için bireysel başvuru, ikincildir; bu yol, istinaf veya temyiz yolu da değildir.<sup>123</sup>

Bireysel başvuru, konusu ve tarafları diğer mahkemelerdeki yargılamalardan tamamen farklı olan, temel hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu ise bu ihlalin tespit edilmesine yarayan, Anayasa Mahkemesi'nin ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yaptığı farklı bir hukuk yolu olup, bir süper temyiz makamı değildir. AYM, diğer mahkemelerde yapılan yargılamalarda Anayasa ile AIHS ve ek protokollerinde korunan temel haklarından birinin ihlal edilip edilmediği yönünde denetim yapmakla görevlidir. Bireysel başvuru üzerine yapılacak inceleme sonucunda, AYM tarafından başvuruya konu olan işlem, eylem veya ihmalin, başvuru-  
cunun Anayasa'da güvence altına alınan ve AIHS ile ek protokolleri kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi halinde, ihlal kararı verilecektir. Bireysel başvuruların büyük çoğunluğunu mahkeme kararlarına yönelik başvurular oluşturmaktadır. AYM kendisini yüksek mahkemeler üzerinde süper bir temyiz mahkemesi olarak görmemeli, temyiz mahkemeleri olan ve kendisi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunan Yargıtay ile Danıştay kararlarını, yeniden yargılama görüntüsü altında kararı bozmak suretiyle kendi görev ve yetkilerine yasal dayanaktan yoksun olarak gereğinden fazla ve yetkisini aşacak şekilde

<sup>122</sup> Ayrıntı için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, (11th ed. Yetkin, Ankara, Ekim-2023), 869 vd.

<sup>123</sup> Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Mart-Nisan 2018) Yıl 30, Sy. 135, 17.



anlam yüklememelidir.<sup>124</sup> AYM, bireysel başvuru sonucunda AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'ye ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini inceleyen, Yargıtay ile Danıştay'ın yetki ve görev alanında bulunan temyiz incelemesinde gözetilmesi gereken hususlara müdahale yetkisi bulunmayan ve AİHM'ye yapılan bireysel başvurular öncesinde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak yetki ve görev alanı dâhilinde süzgeç görevi görmesi gereken bir yüksek mahkemedir. AYM, bireysel başvuru uygulamaları ile anayasa ve kanunlara uymayarak süper temyiz mahkemesine dönüşmemelidir.

Kişi, kanun yollarını kullanamamış ise, örneğin dosyasını temyiz etmediği için karar kesinleşmiş ise, bireysel başvuru yolunu kullanamaz, çünkü bireysel başvuru ikincil nitelik taşır. İhlale neden olduğu için dava konusu yapılan işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuru, anayasa mahkemelerine normların genel mahkemelerce doğru yorumlanıp yorumlanmadığını denetleme yetkisi vermez. Aksi halde bu denetim, anayasa mahkemelerini süper temyiz mahkemesi haline getirir ki bunun sakıncalı olduğu açıktır. Kanunların nasıl anlaşılması gerektiği konusunda içtihat oluşturmak, AYM'nin görevi değildir. AYM, derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın kanunlara verdiği anlamı kabul etmek durumundadır.

AYM, ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtay'ın yorumda hata yapıp yapmadıkları ile ilgilenmez; temyiz incelemesi yapmaz, sadece insan hakları incelemesi yapar. Usul sorunları ile ilgilenmez, çünkü bireysel başvuru yolu, istinaf veya temyiz yolu değildir.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için, kişinin dava ehliyeti olmalıdır. Başvuru için süre, işlemin kesinleşmesi tarihinden itibaren bir aydır. Tüm iç yargı yolları tüketilmiş değilse, bireysel başvuruda bulunamaz. İspanya'da Anayasa Mahkemesine başvuru yolu (*amparo*), 3 Ekim 1979 tarihli 2 nolu çerçeve kanununun 41 ila 47. maddelerinde düzenlenmiş olup, anayasa-da yazılı temel hakların tesis ve korunmasını amaçlamıştır. Amparo başvurusu, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra, ilgilisi, ombudsman veya savcılık tarafından yapılmaktadır. Bireysel başvuru süresi Rusya'da bir yıldır, iç hukuk yollarının tükenmesi aranmaz. Ayrıca Rusya'da yasama işlemi de iptal edilebilir, işlemlerden sadece taraflar (inter partes etki) değil, herkes etkilenir (erga omnes etki).

Anayasa'nın 154/1 ve 155/1'inci maddelerine göre, Yargıtay ve Danıştay'ın kararları kendi alanında nihaidir; "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar." (AY., m. 154). "Danıştay, idari mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mer-

<sup>124</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

ciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.” denilmektedir. Yüksek seçim Kurulu ile ilgili olarak Anayasa’nın 79’uncu maddesinde, “Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.” denilmektedir. AYM, kendisine yapılan bireysel başvuru taleplerinde, Yargıtay (AY, m. 154) ve Danıştay (AY, m. 155)’ın verdiği kararları adeta bozmakta, gereği için talimat vermekte ama Yüksek Seçim Kurulu (AY, m. 79) kararlarını gün itibariyle inceleme dışında tutmaktadır. Bu durum da eleştiri konusu yapılabilmekte, Yüksek Seçim Kurulu ile Yargıtay-Danıştay arasındaki farkın anlamı sorgulanabilmektedir.

### 3. Yasama dokunulmazlığının değerlendirilmesi

Yasama sorumsuzluğu kavramı İngiltere’de söz hürriyeti olarak başlamış, 1689 tarihli *Bill of Rights* ile teminata kavuşmuştur. Bununla hedeflenen, parlamento-nun ve dolayısı ile millî iradenin bağımsızlığı, kamu yararının korunması ve üyenin tehditlere karşı koyabilmesidir. Kapsamı, meclisteki işlemlerin (*proceedings in parliament*) tamamıdır. Meclis görüşmelerini yayımlayan medya da İngiltere’de *Parliamentary Papers Act* (1840) ve *Law of Libel Amendment* (1888) gereğince yasama sorumsuzluğu kapsamındadır. Fransa’da, Almanya’da (1949/42) ve Türkiye’de de durum benzerdir; (1924/20, 1961/87, 1982/97 (oy, söz, düşünce). Meclis aksine bir karar almışsa Mecliste ileri sürülen düşünce, Meclis dışında açıklanamaz. Bu konudaki mekân sadece Meclis binası değil, Parlamento (alt komisyonları dâhil) çalışmalarının yapıldığı her yerdir. *Vurma (darb)* ve *şiddet* fiilleri koruma sınırları dışındadır. Meclis İçtüzüğüne göre, üyeye Meclisten geçici çıkarma cezası verilebilir. Meclis çalışmalarını ile ilgili olmayan sözler nedeniyle manevi tazminat davası açılabilir.<sup>125</sup>

Yasama dokunulmazlığı kavramı İngiltere’de ortaya çıkmıştır. Fransa’da (1958/26), ABD’de çok önemli bir suç olmayınca milletvekili tutulamaz, tutuklanamaz. İngiltere, ABD ve Fransa’da, günümüzde, yasama dokunulmazlığının çok dar yorumlandığı belirtilebilir. Bu usul, cerbezeli konuşan üyelerin dilinden kurtulmak için, gözetim altına alınmasını engellemeyi amaçlayan bir yöntemdir. ABD Başkanlık sisteminde güvenoyuna ihtiyaç yoktur ama Kongre araştırma yapabilir, bütçeyi ret edebilir; yürütmeyi denetleyebilir. ABD Anayasası tutuklanmama imtiyazını kabul etmiş (1. Bölüm, 6. M., 1. Fıkra); ancak FYM bunu dar olarak yorumlamıştır. ABD’de trafik kurallarını ihlal eden Kongre üyesinin tutuklanmama imtiyazı olmadığı gibi ABD’de cezai alanda Kongre üyelerinin tutuklanmama konusunda dokunulmazlıkları da yoktur. FYM, yalancı şahitlikten mahkûm olan üyenin dokunulmazlığının bulunmadığını belirtmiştir.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> Özbudun, Ergun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, (2005) 29; bkz. Y. 4. HD, E 1966/3490, K 1966/7470, 08.07.1966.

<sup>126</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi, *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, (TBMM Yayını, Ankara, 2019), 29.



Venedik Komisyonu Raporuna göre Avrupa'nın çoğunda dokunulmazlık vardır ve bu kurum kaldırılmamalıdır.<sup>127</sup>

Türkiye'de yasama dokunulmazlığı 1921 Anayasası hariç tüm anayasalarda kabul edilmiştir (1876/79; 1924/17; 1961/79, 2; 1982/83-2-3-4). Yasama dokunulmazlığı, ceza konusunda geçici dokunulmazlık demektir.

Anayasa'nın 84/2 maddesine göre milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden biri, kesin hüküm alma halidir. Anayasa'nın 84/2 maddesi ile aynı anlamda TBMM İçtüzüğü'nün 136/2'de; TBMM üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurul'un bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatının sona ereceği düzenlenmiştir. Milletvekili seçilmeye engel suçlar, Anayasa'nın 76. maddesinde ele alınmış, taksirli suçlar hariç *toplam bir yıl* veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar milletvekili olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan suçların birinden *kesin hüküm ile sonuçlanmış* olan mahkûmiyetler, af ile infaz gerçekleşmemiş olsa dahi bir kişinin milletvekili olarak seçilmesine engel olmakla birlikte Anayasa m. 84/2 gereği mevcut milletvekilliğini de düşürmektedir.<sup>128</sup> Türk hukukunda milletvekilliğinin düşmesi kurumuna, 1995 yılında yapılan değişiklik ile son hali verilmiştir.

Yasama dokunulmazlığının iki istisnası vardır; ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla anayasanın 14 üncü maddesindeki haller. Bu durumlarda dokunulmazlık yoktur. Suçüstü hali, CMK'nın 2'nci maddesinde belirtilmektedir. Dokunulmazlık konusunda aleyhine karar alınan bir *milletvekili*, 7 gün içerisinde AYM'ye alınan kararın iptali için başvuruda bulunabilir, AYM 15 gün içinde kararını verir.

#### 4. Yokluk kavramı ve Anayasanın 14'üncü maddesinin yok sayılması

Konumuzun odak noktalarından biri de yokluk kavramı olduğundan kısaca analiz etmek istiyoruz. Yokluk, bir işlemin hukuk dünyasına hiç girmediğini, hiç doğmadığını belirten bir kavramdır. Özel hukukta ve idare hukuku alanında kabul edilmekle birlikte, AYM'nin yokluk kararı verebilip-veremeyeceği anayasa hukukunda tartışılmaktadır. Anayasa yargısında yokluk tartışmaları konjonktürel olarak nüksetmektedir ve siyasal zemine göre gündeme getirilmektedir. Bir hukuki işlemin çok ağır bir sakatlığı varsa, kurucu unsurların biri eksikse o işlem yok hükmündedir. Bir hukuki işlem, emredici şekil kurallarına aykırı ise veya yetki gaspı, ağır yetki tecavüzü gibi bir sakatlıkla malul ise yok hükmündedir.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> Venice Commission, "Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities", Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014), <<http://www.venice.coe.int/webforms/documents>> ET 20.10.2014.

<sup>128</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>129</sup> Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku Dersleri* (İmaj, 2002, 6th edn) 152; Bkz. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara, Seçkin 2018) 31.

Yokluk bir işlemin baştan itibaren yok olmasıdır, iptal ise farklı bir kavramdır ve geriye yürümez. Verilen bir karar, ağır yetki tecavüzü (gaspı) mahiyetinde ise yoktur veya hükümsüzdür. Bir örnek vermek gerekirse, TBMM, AYM' nin yerine geçerek bir siyasal partiyi kapatamaz, Meclisin bu kararı yok hükmündedir. Yokluk sorununda AYM resen harekete geçemez. Kıta Avrupa'sında, Kelsen'in görüşleri doğrultusunda, iptal kurumu kabul edilmekte ama yokluk veya yok hükmünde sayılma kavramları kabul edilmemektedir. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi yokluk kavramını kabul etmektedir. Türkiye'de 12 Mart 1971 Muhtırası sonrasında TBMM'nin teklif ve oylama iradesi üzerindeki cebir nedeniyle, bu süreçte yapılan Anayasa değişiklikleri ve buna uygunluk veren organların iradesinin sağlığı tartışılmıştır.

Yokluk konusunda 23.06.2020 tarih ve 7248 sayılı kanun örnek verilebilir (RG.1.7.2020/31172). 27 Mayıs 1960 darbesini yapanlar tarafından kurulan *Yasıstada Mahkemesi* diye anılan mahkemenin tüm kararlarını "yok" sayan bu kanun, Cumhuriyet tarihimizde bir ilk olarak kabul edilebilir. 1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi, Meclis'te 23 Haziran'da yapılan oylama sonucunda kabul edilmiştir. Kanun yürürlük ve yürütme dâhil 3 madde ve 8 geçici maddeden ibarettir.

Özel hukukta yokluk kanunla belirlenmiştir. İdare hukukunda yokluk ise doktrin ve yargı içtihatlarıyla belirlenmektedir. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu* da yokluk kavramını kabul etmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları yokluktan söz etmez. Anayasa, bir kamu kurumuna açıkça yetki vermemişse bu durum, öyle bir yetkinin olmadığını gösterir. Çünkü Anayasa 6'ncı maddesinde, bizzat, kimsenin Anayasadan almadığı bir yetkiyi kullanamayacağını açıkça belirtmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında "yokluk" konusunda açık veya kapalı bir sözcük (lafız) yoktur, aksine iptal kararının geriye yürümezliği ilkesi vardır. Anayasa açık yetki vermemişse, yorum yoluyla yetki kullanılamaz.

*1982 Anayasası, AYM'ye böyle bir yetki vermediği için, AYM tarafından "yokluk" uygulanamaz.* Yokluk kavramı ile TBMM'nin yetkilerine karşı bir tutum belirlenmesi ve böylece mahkemenin siyasi tartışmaların içerisine çekilmek istenmesi çok tehlikeli bir yoldur. Yokluk teorisi, hukuk güvenliğini zedeler, hukuki, sosyal ve siyasal ortamı zedeler, kamu hukuku ilkeleri ile uyumsuz. AYM iptal kararı veya iptal talebinin reddi kararı verebilir, ama yokluk veya yorumlu red kararı vermemelidir; yokluk kararı ancak çok istisnai durumlarda mümkün olabilir. *AYM, 1961 ve 1982 döneminde "yokluk kararı" hiç vermemiştir.*

Anayasa'nın 14. maddesinde çerçevesi çizilen faaliyetler konusunda 3713 sayılı Kanun'un terör ve terör suçları tanımında aynı kavram ve kurumlara vurgu yapıldığı ve TCK'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunun unsurları ve madde gerekçesinde özellikle Anayasa'nın başlangıç hükümlerine yaptığı atıf ve korunan



hukuki yarar birlikte değerlendirdiğinde; TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.<sup>130</sup> Bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle kullanılan kavramların anlamlarının hukuki değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına *hukuken öngörülebilirlik* ilkesine aykırı görülmemektedir. *AIHM içtihatlarında, birçok kanunun kaçınılmaz olarak az veya çok belli bir derecede muğlaklık içerdiğini*, muğlaklık barındıran bu kanunların yorumlanması ve uygulanmasının ise bir uygulama sorunu olduğunu haklı olarak belirtmiştir.<sup>131</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, haklar, *demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde* kullanılmalıdır, demek suretiyle Anayasanın 14. maddesinin Devlete verdiği yetkinin çerçevesini çizmiştir.<sup>132</sup> *AIHS'nin 17. maddesindeki hak ve özgürlüklerin yine hak ve özgürlükleri kullanarak ortadan kaldırılmasının yasaklanacağına* ilişkin düzenleme ile Anayasamızın ilgili maddesindeki kanun koyucunun amacı, ayrıca yargısal kararlar değerlendirildiğinde; anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemlerin Anayasanın 14. maddesi kapsamında olduğu söylenebilir.<sup>133</sup>

AIHM içtihatlarında, bir yasal hüküm ne kadar açık şekilde kaleme alınmış olursa olsun, ceza hukuku da dâhil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur olduğunu kabul etmiştir.<sup>134</sup> Hatta AIHM,

<sup>130</sup> “*Aksi halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne kasteden, pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan ve haklarında yukarıda sayılan mutlak terör suçlarından soruşturma veya kovuşturma bulunup, henüz yakalanamayan ve kırmızı bültenle aranan Fetullah Gülen, Şerif Ali Tekalan, Recep Uzunallı, Adil Öksüz, Ekrem Dumanlı, Cemil Bayık, Murat Karayılan, Duran Kalkan, Sabri Ok ve Ali Ekber Doğan ve bunlar gibi şüpheli ya da sanıkların, milletevkeili seçilmelerinin, yemin ederek göreve başlamalarının ve TBMM'ye girmelerinin önü açılır ki bu durumun hukukten isabetli olduğunu savunmanın izahı kabul olduğunu söylemek mümkün değildir.*” Yargıtay 3. CD, E 2023/12611, 08.11.2023.

<sup>131</sup> Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July V. France, Applications nos. 21279/02 and 36448/02 and, 22 October 2007 § 41: “...Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Kesinlik arzu edilirse da beraberinde aşırı katılığı da getirebilir ve kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. Buna göre, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz olan ve yorumlanması ve uygulanması pratik meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir...” (§ 41: “...Whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice...”).

<sup>132</sup> Case Of De Becker v Belgium App. no 214/5, (n 86). AIHM kararlarında ayrıntı için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, “*AIHM Kararlarında İfade Özgürlüğü*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Sayı 25, Yıl 7, 2016/1, s. 1-19.

<sup>133</sup> Anayasa'nın 14. maddesinin yorumuyla ilgili olarak bkz. Yargıtay 9. CD, 15/10/2008 tarihli ve E 2008/6292, K 2008/11012 sayılı kararı. Ayrıca bkz. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 05.12.2023.

<sup>134</sup> Case Of Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, 12 February 2008, § 141, (<<https://hudoc.echr.coe.int/>) (ET. 15.12.2023): “141. Mahkeme, içtihadında, bir yasal hükmün taslağı

istisnai olmakla birlikte, konuya ilişkin iç hukukta bir düzenleme bulunmamasına rağmen, belli durumlarda *common law kuralları* veya uluslararası hukukun prensiplerinin de müdahaleye hukuki temel oluşturabileceğini belirtmiştir.<sup>135</sup>

Anayasanın 14. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin bağımsızlığı ve demokrasisi, yani varlığı için olmazsa olmaz unsurları belirlemiştir. 14. madde, aynı zamanda Anayasa'nın ve değiştirilemez maddelerin de zırhı konumundadır. Hiçbir devlet, varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan kişinin dokunulmazlığını kabul etmez. Aksi bir kabul adalet, hak, nesafet ve eşitlik kuralıyla bağdaşmayacağı gibi adalete olan inancı sarsıp kamu vicdanını, Türk Milletini rahatsız eder. Hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlanamaz. İngiltere'de diğer ülkelerin aksine tek bir anayasal metin bulunmamaktadır. Birleşik Krallık, yasalar ve ilkeler bütünüdür. İngiliz Anayasasının büyük bir bölümü kanunlar, mahkeme kararları ve antlaşmalar gibi yazılı ve yazısız kurallar doğrultusunda şekillenmiştir.<sup>136</sup> Amerikan hukukunun da temelde İngiliz hukuku olduğunu söyleyebiliriz.

---

*ne kadar açık olursa olsun, ceza hukuku da dâhil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsurunun bulunduğunu kabul etmiştir. Şüpheli noktaların aydınlatılmasına ve değişen şartlara uyum sağlanmasına her zaman ihtiyaç duyulacaktır. Yine, kesinlik son derece arzu edilir olsa da, aşırı katılığı da beraberinde getirebilir ve hukukun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. Buna göre, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz olan ve yorumlanması ve uygulanması pratik meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir. Mahkemelere verilen hüküm vermenin rolü, tam olarak, ortaya çıkan gelişmenin suçun özünü tutarlı olması ve makul olarak öngörülebilmesi koşuluyla, yoruma ilişkin şüpheleri ortadan kaldırmaktır. ..."* (141. § " *The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain ... provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.* ").

<sup>135</sup> The Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979, Application No. 6538/74, § 49; <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-sunday-times-v-united-kingdom/>>; Case of Groppera Radio AG and others v Switzerland, 28 March 1990; 49. Prg.: "**Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez; deneyimler bunun ulaşılamaz olduğunu göstermektedir. Yine, kesinlik son derece arzu edilir olsa da, aşırı katılığı da beraberinde getirebilir ve hukukun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. Buna göre, pek çok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz olan ve yorumlanması ve uygulanması pratik meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir.**"; (49. § : "*Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice*".).

<sup>136</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).



14'üncü madde yok sayılarak, başvuruçunun temel hakkının ihlal edildiğini belirtilmiş, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, istinaf ve Yargıtay kararı yok sayılarak, bu konuda bir kanun boşluğu olduğu belirtilmiş ve yerindelik denetlenmiştir. Oysa 5237 sayılı TCK'nın 302 ila 308. maddelerinde *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar* ile 309 ila 316. maddelerinde *Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçların* Anayasanın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken suçlar arasında yer aldığı açıktır.

Bu belirsizlikler söz konusu 14. maddenin uygulanmasında zorluklar çıkartsa da, bu durum Anayasanın bu hükmünün uygulanmama gerekçesi olamaz. Zira içtihat hukukunun ağırlıklı olarak uygulandığı Anglo Sakson sisteminde ceza hukukunun çok önemli kavramlarındaki belirginleşme yargı kararlarıyla sağlanmaktadır.

Anayasa koyucunun iradesinin, yürütme organının varlığını ortadan kaldırma ya yönelik bir faaliyette bulunulduğu takdirde milletvekilinin dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerektiği yönünde olduğu açıktır.<sup>137</sup>

Belirtilen nedenlerle teröre ve şiddete teşvik eden ifadeler koruma altında olmaz, çünkü terörün başladığı yerde sözün hükmü kalmaz.<sup>138</sup>

Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45 ve devamı maddeleri gözetildiğinde; asli görevi norm denetimi olan AYM'nin bir Anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin *şekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğu ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu* ile bir Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılamayacağı veya uygulanmasının imkânsız hale getirilemeyeceği son derece belirgindir. AYM'nin yürürlükte olan Anayasa normunu esastan iptal etme yetkisinin bulunmadığı, Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyerek denetleyebildiği ve yürürlükte bulunan Anayasa normunun uygulanmasını bireysel başvuru yoluyla ortadan kaldıracak veya işlevsiz hale getirecek şekilde bir karar vermesinin hukuken mümkün olmadığı da açıktır. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne her yönden yönelen tehdidin ağırlığı ile orantılı olacak bir biçimde içtihat istikrar ilkesi de gözetilerek Anayasa koyucunun 14. maddede bilinçli bir tercihin ürünü olarak bıraktığı boşluğun, yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi, ilgili Anayasa normunun işlevinin korunması hukuk devletinin bir gereğidir.<sup>139</sup>

## SONUÇ

Bu makale, yasama dokunulmazlığının iki istisnasından biri olan, seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki suçlardan mahkûm olanların yasama dokunulmazlığından yararlanıp-yararlanamayacağı konusu ile sınırlıdır. Çalışmanın amacı, AYM ile Yargıtay'ın bu ko-

<sup>137</sup> Yargıtay 3 CD (n 7).

<sup>138</sup> İstatistikler ve bu paragraf için bkz. *Anayasa Yargısı*, C. 33, (AYM Yayını, Ankara 2016) 4-7.

<sup>139</sup> Bkz. Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).



nudaki farklı görüşlerini hukuki açıdan analiz etmektir. Ele aldığımız bu konuda, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi ve AYM'nin verdiği kararlarda çoğunluğun kararına muhalif olan AYM Üyelerinin düşünceleri arasında genelde bir görüş farkı bulunmamaktadır. Bu makalenin konusu, yasama dokunulmazlığı konusunda, bu 4 farklı birim ile AYM çoğunluğu arasındaki görüş farkının incelenmesidir.

AYM, incelediğimiz dava dosyalarında görüldüğü gibi, önüne gelen başvurulara, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden hak ihlali kararı vererek, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması amacıyla başvuruçunun yeniden yargılanmasına başlanmasına, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulmasına, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanmasına ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesine şeklindeki işlemlerin yerine getirilmesine ve tazminata hükmedilmesine karar vermektedir. AYM, Anayasa'nın 153/son maddesi gereğince verdiği kararların yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığı hükmünü belirtmektedir. Yargıtay ise, ortada Anayasa'nın 153/son hükmünde geçen nitelikte bir karar olmadığı için uygulanmasının söz konusu olamayacağını açıklamaktadır.

AYM, norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin *nihai yorum yetkisinin* kendisine ait olduğunu belirtirken, Yargıtay, haklı olarak, böyle bir durumun söz konusu olmadığını, ilgili makamların da kendileriyle ilgili Anayasa maddelerini yorumlama yetkisine sahip olduklarını belirtmektedir.

AYM'ye göre *belirlilik ve öngörülebilirlik*, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak içerikte olmasını, bunun da ancak anayasa hükmü veya kanunla mümkün olabileceğini ve madde içeriğinin de kaliteli, açık, belirgin olmasını ifade ederken, Yargıtay ve çoğunluk görüşüne karşı olan AYM üyeleri, belirliliğin yargı kararlarıyla da mümkün olabileceğini ve AİHM kararlarının da bu yönde istikrar kazanmış olduğunu belirtirler. Yargıtay'a göre, bir anayasa maddesinin kazuistik şekilde düzenlenmemiş olması, o normun *belirlilik ve öngörülebilirlik* ilkesine aykırılık teşkil ettiği anlamına gelmez. AYM, kanunilik unsurunu anlatırken, düzenleme temel haklara *ne oranda müdahale ediyorsa* söz konusu düzenlemede *aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselir*, demektedir. Yargıtay'a ve karşı görüş yazan AYM üyelerine göre, belirlilik ilkesi, yalnızca *kanuni belirliliği* değil, daha geniş anlamda *hukuki belirliliği* de ifade eder. Hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması, yalnızca "kanuni düzenleme ile sınırlama" şeklinde gerçekleştirilemez. *Normlara dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir nitelikleri haiz olması şartıyla Yargıtay içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir*. Nitekim ABD Anayasası bu konuda bir hüküm içermediği halde uygulamada problem olmamıştır. Kaldı ki AYM, FYM'den, Türkiye'deki yargı ayrılığı sistemi ve başka nedenlerle farklıdır.



Yargıtay ve çoğunluk görüşüne karşı olan AYM üyeleri, *olağan kanun yolları tüketilmeden* Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yapılamayacağını *Anayasa m. 148/3 ve 6216 Sayılı Kanununun 45'inci maddesinin 2'nci fıkrasının* açık ve amir hükmü olduğunu ve AYM'nin bunu açıkça ihlal ettiğini belirtmektedirler.

Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, AYM'nin, Anayasa'yı ve ilgili mevzuatı, yetkisi olmadığı halde, ya uygulamadığını veya yanlış uyguladığını anlatmaktadırlar. Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, asli görevi norm denetimi olan AYM'nin bir anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin *şekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğunu*<sup>140</sup> ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu ile bir Anayasa hükmünü yürürlükten kaldıramayacağını, uygulanmasını imkânsız hale getiremeyeceğini belirtirler. Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, AYM'nin yürürlükte olan anayasa normunu esastan iptal etme yetkisinin bulunmadığını, Anayasa değişikliklerini sadece *şekil* bakımından inceleyerek denetleyebildiğini ve yürürlükte bulunan Anayasa normunun uygulanmasını bireysel başvuru yoluyla ortadan kaldıramayacağını, işlevsiz hale getiremeyeceğini, bunun hukuken mümkün olmadığını, belirtirler. Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, Anayasa koyucunun 14'üncü maddede *bilinçli bir tercihin ürünü* olarak bıraktığı boşluğun, yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi, ilgili Anayasa normunun yürürlüğünün ve işlevinin korunmasının *hukuk devletinin bir gereği* olduğunu anlatmaktadırlar. AYM, Anayasa'nın 14'üncü maddesini zımnen ilga edemez, işlevsiz hale getiremez.

Yargıtay'a ve karşı görüş yazan AYM üyelerine göre, Anayasanın 14'üncü maddesinin uygulanması bakımından yasama organının konuya müdahil olması bir gereklilik olamaz. Konunun Yargıtay içtihatları ile belirginleştirilmesi ve zenginleştirilmesi yerinde olduğu gibi, aksi düşünce, bir düzenleme yapılmıncaya kadar 14'üncü maddenin uygulanamayacağı anlamına gelecek, *Anayasanın üstünlüğü* ilkesi zedelenecektir.

Anayasa'nın egemenlik başlığı altında düzenlenen 6'ncı maddesi<sup>141</sup> ve Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11/1 maddesi<sup>142</sup> herkes gibi AYM'yi *de bağlamaktadır*. Anayasa, hiçbir istisna belirtmemiş ve hiçbir kuruma veya kişiye, ihlal yetkisi vermemiştir. Anayasa'nın 14'üncü ve 148/3'ncü maddesi,<sup>143</sup> ilgili kanunun 45/2'inci maddesi de uygulanmalıdır.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> Anayasa'nın 148/1'inci maddesine göre, "... Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler...".

<sup>141</sup> Anayasa'nın 6'ncı maddesine göre, "...Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."

<sup>142</sup> Anayasa'nın 11/1'inci maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır."

<sup>143</sup> Anayasa'nın 148/3'inci maddesine göre, "(Bireysel) Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

<sup>144</sup> Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, (Kanun Numarası:

Anayasa yargısının, *Anayasa'nın bir hükmünün diğer bir hükmüne aykırı olduğuna* karar verme yetkisi olmadığı gibi, bireysel başvurularda norm denetimi yapmak suretiyle bir *anayasa veya kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varması da*, hukuka aykırı ve yetki aşımıdır. Anayasa yargısının Anayasa'ya ve kanunlara aykırı olarak verdiği kararları ile görev ve yetkilerini Anayasa'nın üstünde görmesi anlayışı, *anayasa yargısının meşruiyeti* tartışmasını gündeme getirmiştir.

Anayasa'nın 76'ncı maddesine göre *bir yıl hapse mahkûmiyeti* olan birinin bu mahkûmiyeti, -af ile infaz gerçekleşmemiş olsa dahi- milletvekili olarak seçilmesine engeldir ve bu, Anayasa m. 84/2 gereği mevcut milletvekilliğini de düşürür.<sup>145</sup>

Yargıya ve anayasa yargısına verilen görev, Anayasayı ve kanunları uygulamamak değil, tam aksine, uygulamaktır. Anayasanın bir maddesine dayanıp, diğer maddesini işlevsiz kılmak, yargısal aktivizmdir. Yargının görevi, herhangi bir nedenle kendisine kanunla belirlenen kuralı değiştirmek değildir. Çünkü kuralları belirleyen, esas olarak, yasama organıdır. Yargı organı, Meclisin yaptığı kurallara uymalı ve konulan kuralları uygulamalıdır. Yargının bir bölümü kuralları uygular, diğer bölümü uygulamazsa sorun çıkar. Yargı organı, Anayasa, kanun ve ilgili mevzuatı uygular, yargısal aktivizm yapamaz. Yargısal aktivizm, anayasa yargısının kırmızı çizgisi sayılabilir.

Sorunun Anayasa ve kanun hükümlerine göre çözümlenmesine AİHM içtihatları engel değildir. AİHM içtihatlarında da, bir yasal hüküm ne kadar açık şekilde kaleme alınmış olursa olsun, yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur olduğu kabul edilmektedir.

*Vesayet, siyaset ve siyasetçiye belli bir güvensizlik ifade eden ve çoğunluk iktidarını belli bürokratik denetleme mekanizması ile denetlemeyi ve sınırlandırmayı amaçlayan devlet anlayışıdır.* Vesayet demokrasiyi ve hukuk devletini etkisizleştirir, içini boşaltır; vesayet, ipotek koymaktır, kurumsal açıdan siyasi aklın yetersiz olduğu görüşüne dayanır.

Anayasa yargısında siyasi konulara olabildiğince girilmemeli, girilme zorunluluğu varsa, hukuk gerçeklerine sırtını dönmeden karar verilmelidir. Gerek FYM, gerekse AİHM kararları bir bütün olarak incelendiğinde, genel olarak, hukukun gerçeklerinden kopuk veya görmezden gelinerek karar vermedikleri söylenebilir. Bazı Amerikalı hukukçular, ABD'nin, kuruluşundan 20'nci yüzyılın başlarına kadar ülke yönetiminde, ABD'nin birlik ve beraberliğini koruyan en önemli faktörün FYM olduğunu belirtirler. FYM, 20'inci yüzyılın başına kadar, ülkesinin birliğini

---

6216, Kabul Tarihi: 30.3.2011, RG 03. 04. 2011/27894.6216 Sayılı Kanun'un 45/2 maddesine göre, "... başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir".

<sup>145</sup> Anayasa'nın 76/1'inci maddesine göre, "...taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar..." "...affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler."



ve beraberliğini temin etmiş, -istisnalar hariç- ele aldığı olaylarda genel olarak özgürlük-güvenlik dengesini gözetmiştir. Bu denge sarsıldığı zaman bu durumdan öncelikle yargı organları zarar görür.

Özgürlük-güvenlik dengesi, evrensel hukukun kabul ettiği bir ilkedir. Özgürlük-güvenlik dengesi atbaşı gitmek zorunda olup, terazi asla adaletten şaşmamalıdır. Hiç şüphe yok ki Türkiye, temel hak ve hürriyetler alanında dünyanın *marka ülkesi* olmalıdır. Türkiye, insan hakları konusunda, teori ve uygulamada en olgun anlamda, dünyanın *örnek ülkesi* olmalıdır ve bunda hiçbir şüphe yoktur. Bunun için de, ilk çağlardan itibaren tartışılan özgürlük-güvenlik dengesinde kantarın topuzu kaçırılmamalı, denge bozulmamalıdır. Özgürlüğe önem vermek, güvenliğe aykırı olmadığı gibi, güvenliğe önem vermek de, özgürlüğe aykırı değildir. Birimiz güvende değilsek, hiçbirimiz güvende değiliz. Güvenliğin olmadığı Gazze’de, Filistinlilerin özgür de olmadığı bir kez daha görülmüştür.

Yasama faaliyeti temelde siyasettir ve siyaset mekanizması tarafından yürütülür. Anayasa yargısı dâhil yargı mekanizması ise esas olarak tekniktir ve mahkemeler tarafından yerine getirilir. Yargının kendi arasında ve kamuoyu önünde yapılan tartışma, AYM ile Yargıtay arasındaki bir konu olarak mütalaa edilmekte ise de, Meclis meselenin hep odak noktasında bulunmaktadır. Çünkü kuralları Meclis koyar ve yargı bu kuralları uygular.

AYM çoğunluğu ile Yargıtay arasındaki bu sorunun halli, *ilk olarak* Anayasa ve kanuna uymakla çözümlenmelidir. *İkinci olarak* her iki taraf, çözümü kendi aralarında yapmalıdırlar. *Üçüncü olarak* çözüm, TBMM’nin takdirindedir. İlk iki çözüm yolu gerçekleşmediği takdirde, TBMM, bir an önce yeni anayasa veya anayasa değişikliği yapmakla veya kısmen kanunla sorunu çözebilir. Değişiklik ile özellikle bireysel başvuru konusunda, AYM’nin, Yargıtay’ın ve Danıştay’ın sınır ihtilafları yeniden düzenlenebilir. Herhangi bir Anayasa veya kanun maddesini *uygulamama yetkisinin* olup-olmadığı, Anayasa’yı yorumlama tekelinin bulunup-bulunmadığı, Anayasa ve kanun uygulanmadığı takdirde bunun sonucunun ne olacağı gibi diğer hususların açık bir dille belirtilebilmesi Meclisin takdirindedir.

Hak ve hukuk dağıtımı, kuyumcu terazisi gibi hassas tartılmalı, Anayasa ve kanun hükmü uygulanmalı ve sonuç adil olmalıdır. *Gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse ona görev olarak verilen bireysel başvuru yolu önem taşımaktadır. Bunun usulünü, esasını, uyumunu ve çıkabilecek sorunların nihai çözümünü Yasama Organı belirleyebilir.*

Bu sorun çözülmediği takdirde, ülkede hukuk devleti, yargıya güven, yüksek mahkemelerin güvenilirliği, “*yok sayma*”nın yargıya getireceği olumsuzluklar aksamalara fırsat verebilir. Bu durumdan Türkiye zarar görecektir, hiçbir yüksek mahkemenin kazancı da olmayacaktır. Türkiye’de yargının zayıf taraflarının tahkim edilmesi ile yargı kurumu güçlenecek, sorunlar daha rahat çözülebilecektir. Bağımsızlığımız ve geleceğimiz için özgürlük, adalet ve güvenlik temel esaslardır.

## KAYNAKÇA

Atay EE, *İdare Hukuku*, Seçkin, Ankara 2018.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2012-2013, Ankara 2015, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2014, Ankara 2015, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2015, Ankara 2016, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2016/1, Ankara 2017, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2018/1, Ankara 2019, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Yıllık Rapor 2017*, AYM Yayınları, Ankara, 2018.

Anayasa Mahkemesi: *Yıllık Rapor 2018*, AYM Yayınları, Ankara, 2019.

Doehring K, *Genel Devlet Kuramı*, Çeviren Ahmet Mumcu, İkinci Baskı, İnkılap Yayınevi, İstanbul 2002.

Fendoğlu HT, *Anayasa Hukuku*, 11. B., Yetkin, Ankara, Ekim-2023.

Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de*, Ankara 1951, AÜSBFY, ss.1+384.

Günday M, *İdare Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.

Gökcan HT, “*Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl 30, Sy. 135, s. 9-76.

Hirschl R, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Printed in U.S, 2004, ss. 1+286.

Kaboğlu İÖ, *Anayasa Yargısı, Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine*, İmge Kitabevi, İstanbul, 1994.

Keser H, “*Başkanlık Sistemi*”, Yeni Türkiye, Mart-Nisan 2013, Yıl 9, Sayı 51.

Kelsen H, *General Theory of Law and State*, Translated By Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, USA, Third Printing, The 20th Century Legal Philosophy Series, Harvard Universty Press, 1949, ss. xxxiii+516.

Köker L, “*Seçim Sistemleri ve Siyasi Çoğulculuk: Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme*”, 55 Makale, s. 1071 vd.



Onar E, ”Türkiye’de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler”, Anayasa Hukuku İncelemeleri-1, AYM Yayını, Ankara 2006, s. 1-40.

Özbudun E, ”Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, 2005, ss. 109-115.

Türkiye Büyük Millet Meclisi: *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, Ankara, 2019, ss. XVII-318.

Turhan M, ”Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Hukuku İncelemeleri-1, AYM Yayını, Ankara 2006, s. 41-70.

Turhan M, ”Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, AÜSBFD, C. 62, Sy 3, Prof. Dr. Yavuz Sabuncuya Armağan, Temmuz-Eylül 2007.

Venice Commission, ”Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities”, Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014), <[http://www.venice.coe.int/webforms/ documents](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/) (ET: 20.10.2014).

Yüksel S, ”Avrupa Konseyi Sistemi İçinde Bireysel Başvuru Yolu”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, (Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu Armağanı, Karasu-Güller vs eds), Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, ss. 77-87.

Zengin MA, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, Adalet Yayınevi, 2014, s. XIV-264.

### **Türk Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi E 2021/33, K 2021/23, 31.03.2021.

Anayasa Mahkemesi E 1963/16, K1963/83, 8.4.1963.

C.K. (GK), B. No. 2014/19685, 15.3.2018.

Ayhan Bilgen (GK), B. No. 2017/5974, 21.12.2017.

Erdem Gül ve Can Dündar (GK), B. No. 2015/18567, KT: 25.2.2016; RG. 10.03.2016/29649; Bireysel Başvuru, 2016, s. 785 vd.; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18567> (ET: 10.12.2023).

Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi), BV Tarihi. Başvuru 26/9/2016, Başvuru Numarası: 2016/54096, Karar Tarihi: 30/6/2021.

Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, R.G. Tarih ve Sayı: 5/10/2022 – 31974, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26689> (ET: 10.12.2023).

Kadri Enis Berberoğlu, B. No. 2017/27793, 18.7.2018.

Kadri Enis Berberoğlu (3), <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/32949> (ET: 10.12.2023). R.G. Tarih ve Sayı: 3/2/2021-31384, Karar Tarihi: 21/1/2021, Başvuru Numarası: 2020/32949.

Leyla Güven Başvurusu, No. 2018/26689, Karar Tarihi: 7/4/2022, R.G. Tarih ve Sayı: 5/10/2022 – 31974.

Mustafa Ali Balbay, 2012/1272, 4.12.2013 (*Bireysel Başvuru*, 2012-2013, s. 253 vd). (*Resmi Gazete*, 13 Aralık 2013/28850).

Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi (GK), 2014/15220, 4.6.2015.

Mehmet Mercan, 2013/2001, 16.5.2013.

Murat Hikmet Çakmakçı, B. No. 2016/35094, 15.2.2017.

Mustafa Hamarat [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898> (ET: 27.11.2023).

Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluşu Partisi, B. No. 2017/20127, 7. 6. 2017.

Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634> (05.12.2023).

Sebahat Tuncel, 2012/1051, 20.2.2014.

Selahattin Demirtaş (GK), B. No. 2016/25189, 21.12.2017.

Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18.06.2014.

### **Abd Federal Yüksek Mahkeme Kararları**

Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

Overruled by Baker v. Carr]. Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993).

### **İnternet Kaynakları**

<<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155563>> (ET: 20.12.2023).

<<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95934>> (ET: 20.12.2023).



- <<http://elamparo-granada.com>> (ET:1.11.2014).
- <<http://harvardlawreview.org/topics/political-question-doctrine>>
- <<http://www.stanfordlawreview.org/print/article/removal-political-question>> (ET: 1.11. 2014).
- <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&>> (ET: 1.11.2014).
- <[http://www.law.cornell.edu/wex/political\\_question\\_doctrine](http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine)> (ET: 1.12.2014).
- <[https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald\\_mdworkin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf)> (ET: 10.12.2023).
- <<http://www.hup.harvard.edu/catalog>> (1.12.2014).
- <[http://www.law.cornell.edu/wex/political\\_question\\_doctrine](http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine)> (ET:1.12.2014).
- <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> (ET: 27.11.2023).
- <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>> (ET:1.12.2014).
- <<https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi>> (ET: 10.11.2023).
- Michael ET, *Judicial Power, the “Political Question Doctrine,” and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135-1179, (1970), <[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty\\_scholarship/](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty_scholarship/)> (ET: 01.12.2023).
- Göksu, Hasan Tuna, Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155563>> (ET: 20.12.2023).
- Metin, Sevtap, Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95934>> (ET: 20.12.2023).
- Dworkin, “*Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri*”, *Anayasa Yargısı*, C. 28, (2011). [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) <[https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald\\_mdworkin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf)> (ET: 10.12.2023).
- Ran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, (Harvard University Press, Printed in U.S.A, 2004) ss. 1+286; Bursalı, Osman Safa, “*Ran Hirschl Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Kitap Değerlendirmesi*”, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/254700>> ET 26.12.2023.
- Venice Commission, “*Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities*”, Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014), <<http://www.venice.coe.int/webforms/documents>> ET 20.10.2014.
- Kafkaris v. Cyprus, *Application no. 21906/04*, 12 February 2008, § 141, <<https://hudoc.echr.coe.int/>> ET 15.12.2023.



Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July V. France, Applications nos. 21279/02 and 36448/02 and, 22 October 2007.

The Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979, Application No. 6538/74; <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-sunday-times-v-united-kingdom>> Case of Groppera Radio AG and others v Switzerland, 28 March 1990.

### KISALTMALAR

- ABD : Amerika Birleşik devletleri.  
AY : Anayasa.  
AYM : Anayasa mahkemesi.  
BB : Bireysel Başvuru.  
Bkz : Bakınız.  
C : Ceza.  
CD : Ceza Dairesi.  
ET : Erişim tarihi.  
E : Esas.  
FYM : Federal Yüksek Mahkeme  
GK : Genel kurul.  
K : Karar.  
KT : Karar tarihi.  
m : Madde.  
MİT : Milli İstihbarat Teşkilatı.  
RG : Resmi Gazete.  
s. : Sayfa.  
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi.  
TCK : Türk Ceza Kanunu.  
Y : Yargıtay.

