

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ALMANYA FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİNE ATIFLAR: BİR YARGISAL DİYALOG ÖRNEĞİ?

References to the German Federal Constitutional Court in the Decisions of the Turkish Constitutional Court: An Example of Judicial Dialogue?

Dr. Öğr. Üyesi Ömer E. EGELİĞİ*

Öz: Bu çalışma, Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararlarında Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM) içtihatlarına yapılan atıfları incelemekte ve bu atıfların yargısal diyalog bağlamındaki yerini değerlendirmektedir. Atıfların, AYM tarafından gerekçelendirme kapasitesini artırma ve hukuki argümanları güçlendirme amacıyla kullanıldığı tespit edilmiştir. Çalışma, bu atıfların sistematik bir yaklaşımdan yoksun olabileceği ve bazı durumlarda yalnızca görünüşte bir yargısal diyalog yaratma amacı taşıyabileceği eleştirilerini ele almaktadır.

Yargısal diyalogun başarısı, iki taraflı bir etkileşim olmasından ziyade, yapılan atıfların gereklilik, yöntem ve etkililik gibi kriterler temelinde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda geliştirilen bir şablon aracılığıyla, AYM kararlarında FAYM içtihatlarına yapılan doğrudan ve dolaylı atıflar analiz edilmiştir. Analiz, atıfların insan hakları, ifade özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve ceza hukuku gibi alanlarda gerekçeleri güçlendirdiğini ve karşılaştırmalı hukukun bir zenginlik kaynağı olarak işlev gördüğünü ortaya koymaktadır. Ancak, bazı durumlarda atıfların sistematik olmayan bir şekilde ve yalnızca görünüşte bir yargısal diyalog yaratmak amacıyla yapıldığı görülmüştür.

Çalışma kapsamındaki bulgular yargısal diyalogun yalnızca hukuki meşruiyet sağlama aracı olmaktan öte, anayasal sorunların çözümünde etkin bir araç olarak kullanılabileceğini ve bu kapsamda daha tutarlı ve sistematik bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal diyalog, Anayasa Mahkemesi, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı.

Abstract: This study examines the references made by the Turkish Constitutional Court (TCC) to the case law of the Federal Constitutional Court of Germany (FCC) and evaluates their position within the framework of judicial dialogue. It finds that these references are utilized by the TCC to enhance the reasoning capacity and strengthen legal arguments in its decisions. The study also addresses criticisms that such references may lack a systematic approach and, in certain cases, serve merely to create the appearance of judicial dialogue.

The success of judicial dialogue is assessed not in terms of whether it constitutes a two-sided interaction, but rather based on criteria such as necessity, methodology, and effectiveness of the references. Using a framework developed for this purpose, the study analyzes direct and indirect references to FCC case law in TCC decisions. The analysis reveals that these references contribute to strengthening reasoning in areas such as human rights, freedom of expression, the principle of equality, and criminal law, demonstrating the value of comparative law as a source of legal enrichment. However, it also highlights instances where references are made unsystematically, and risk being criticized as superficial.

The study argues that judicial dialogue should be viewed not only as a tool for legal legitimacy but also as an effective mechanism for resolving constitutional issues. It emphasizes the importance of adopting a more consistent and systematic approach to judicial dialogue to maximize its contribution to constitutional adjudication.

Keywords: Judicial dialogue, Constitutional Court, Federal Constitutional Court of Germany, Constitutional Review.

* Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, egeligi@tau.edu.tr,

ORCID: 0000-0003-2742-8456

Makale Geliş Tarihi: 25.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 27.02.2025

GİRİŞ

Anayasa yargısı, demokratik hukuk sistemlerinde anayasal düzenin korunması ve birey haklarının güvence altına alınması gibi temel işlevleri yerine getirir. Bu iddialı işlev ve görev karşısında anayasa mahkemeleri hem yöntemlerini hem de meşruiyet temellerini geliştirmek için, ulusal hukukun sınırlarını aşarak uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk uygulamalarından yararlanmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin diğer mahkeme kararlarından istifa etmesi, onlara atıfta bulunması bir yorum yöntemi olarak görülmekte ve mahkemeler arası diyalog (yargısal diyalog)¹ olarak nitelendirilmektedir. Yargısal diyalog, benzer yasal sorunların ortaya çıktığı küreselleşen hukuk ortamının sonucu olan bir gereklilik olarak görülmektedir.² Ancak bu gerekliliğin her durumda karşılaştırmalı hukuka başvurulabileceği sonucuna yol açmaması beklenir. Öğretide, Mahkemeler arasındaki diyalogun pragmatik meşruiyeti belirli şartlara bağlanmıştır: hukuki sorunların benzerliği, hukuk sistemlerinin yeterince benzer olması, atıfta bulunulan kararın ilgili ülkenin hukukunu yansıtmaması ve kararların bağımsız olması.³ Bu bağlamda mahkemenin önündeki karar ve atıf yapılan

¹ Çalışmamızda yargısal diyalog terimini kullanacağız. Esasında incelediğimiz konu mahkemeler arası etkileşim, diyalog yolu ile yorum gibi terimlerle de ifade edebilirdi. Ancak ulusal anayasa mahkemelerinin birbirlerinin kararlarından istifade açısından bu terimi daha pratik bulduk. Bununla birlikte yargısal diyalog aynı ülkedeki mahkemeler arasındaki diyalog (örneğin Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler arasındaki diyalog) ya da işlevsel olarak yargısal olmayan diyalog (örneğin üyelerin kendi kişisel ilişkileri, diplomatik ziyaretler, çalışma ziyaretleri, konferans-kongre gibi etkinlikler) için de kullanılabilir. Bunları kabul etmekle beraber çalışmada Türk Anayasa Mahkemesinin FAYM ile etkileşimi için bu terim kullanılacaktır. Hatta bu etkileşimin gerçekten bir diyalog oluşturup oluşturmadığı da öğretilerdeki eleştirilerle birlikte tartışılacaktır. Nitekim öğretilerde “diyalog” kavramından söz edebilmek için iki taraflılığın gerektiği; bu iki taraflılığın mahkemeler arasındaki diyalogdaki yansımalarının ise her iki mahkemenin birbirlerinin kararlarına karşılıklı olarak atıfta bulunması olduğu belirtilmektedir. Tolga Şirin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi", Anayasa Yargısı, C. 35, S. 1, 2018, s. 148. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin, kendi kararlarının ulusal mahkemelerdeki etkisine özgülenen dergi için “Yargısal Diyalog” ismini kullanması, diyalog ile etkileşim arasındaki ilişkiyi ortaya koyması açısından önemlidir. Gülden Çamurcuoğlu, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2019, s. 738. Ekleme gerekir ki yargısal diyalogun tek aracı mahkemelerin birbirine yaptığı atıflar değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (AİHM) içtihadında gözlemlenebileceği gibi “yaygın Avrupa Konsensüsü”, “belirli bir eğilim” gibi ifadeler de Avrupa Konseyi üyesi ülkelerdeki uygulamaların aktarımını sağlayan bir araçtır. Ali Bal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, s. 32. Geniş bir bakış açısıyla bu kavramların da bir diyalog aracı olarak kabulü mümkündür. Bunun gibi bölgesel mahkemeler ile ulusal mahkemeler arasındaki diyalog “dikey diyalog” olarak nitelendirilirken, ulusal anayasa mahkemeleri arasındaki diyalog “yatay diyalog” olarak nitelendirilmektedir. Egemen Esen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, 2020, s. 290.

² Satoshi Yamada, "International 'Dialogue' among Courts in Light of Democracy", Kangwon Law Review, C. 45, S. 45, 2015, s. 214.

³ Yamada, s. 227.

kararların içeriklerinin ortaya konması en azından hukuki sorunların benzerliği konusunda bir bakış açısı sağlayacaktır.⁴

Anayasa mahkemeleri arasındaki diyalog, anayasal sorunların çözümünde evrensel standartların benimsenmesine katkı sağlayan çift taraflı bir süreç olmalıdır. Ancak bazen mahkemeler arası diyalog, entelektüel alışverişten ziyade monologlara indirgenmiş durumdadır. Arzu edilen entelektüel alışverişin bütün mahkemelere açık olduğu kabul edilse dahi ABD Yüksek Mahkemesi, FAYM⁵, Fransız Anayasa Konseyi gibi mahkemelerin, atıf alma konusunda, bariz hegemonyası gözlemlenmektedir.⁶ Bu asimetrik tablonun, daha “etkili” mahkemelerin görüşlerinin ana akım görüşler olduğu ve bu görüşler üzerinde bir konsensus olduğu yönünde bir yanılgıya yol açabileceği de belirtilmektedir.⁷

⁴ Alexy, mahkemelerin emsal kararları kullanabilmesinin temelinde “evrenselleştirilebilirlik” ilkesini görmüştür. Bu ilke benzerlere, benzer şekilde muamele edilmesi şeklinde özetlenebilir. Bununla birlikte yazar, her iki davanın tamamen özdeş olamayacağını, asıl önemli olanın emsal karara başvurulurken farkların belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Robert Alexy, *Hukuki Argümantasyon Teorisi: Hukuki Gerekçeleştirme Teorisi Olarak Rasyonel Söylem Teorisi*, Çev. Metin Bingöl, Elçin Yalçın, Ed. Güneş Çap, Türk-Alman Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2023, s. 306.

⁵ Federal Almanya Anayasa Mahkemesi için Türk hukuk öğretilerinde FAYM kısaltmasına rastlandığı için çalışma içinde de bu kısaltma kullanılmıştır. FAYM kısaltmasının kullanıldığı diğer bazı örnekler için Bkz. Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Hukukta Kanun Kavramı*, 2. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2019, s.14; O. Korkut Kanadoğlu/Battal Niyazi Şahin, "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 39, S. 2, 2022, s. 1; Nezahat Doğan Demiray, "Federal Almanya Anayasasının Amacı 'Toplumsal Bütünleşme' Degildir", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Haziran 2014, s. 63; Ece Göztepe Çelebi, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, 2016, s. 100; Ahmet Mert Duygun, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s. 1553.

⁶ Knut Traisbach, "A Transnational Judicial Public Sphere as an Idea and Ideology: Critical Reflections on Judicial Dialogue and Its Legitimizing Potential", *Global Constitutionalism*, C. 10, S. 1, 2021, s. 198. Hatta öğretilerde bir eser bu “yüksek prestijli” makalelerin tek taraflı diyalogun “olağan şüphelileri” olduğu yönünde bir tanım dahi yapılmıştır. David S. Law/Mark Tushnet, "The Politics of Judicial Dialogue", *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law*, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 293. Bunların içinde, çalışmada özel olarak odaklandığımız FAYM'nin, karşılaştırmalı hukuka atıf yapmaktan çekindiği; kendisini yol gösterici konumda gördüğü ve böylece hukuki milliyetçilik izlediği yönünde eleştiriler de mevcuttur. Esin Örcü, "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", *Anayasa Yargısı*, C. 24, 2007, s. 443. Bununla birlikte yargısal diyalogun mutlak bir biçimde tek taraflı olduğunu söylemek güçtür. Zaman zaman kendilerine sıkça atıfta bulunulan mahkemeler de başka ulusal mahkemelere atıfta bulunabilmektedir. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 196. Benzer şekilde bu mahkemeler, ülkelerinin üyesi olduğu uluslararası örgütlerin yargı organlarının kararlarına atıfta bulunabilirler, bu kararlarla tartışabilirler. Örneğin çalışmada odaklandığımız FAYM'nin kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı arasındaki “iş birliğini” inceleyen Türkçe bir eser için Bkz. A. Füsün Arsava, "Federal Almanya Örneğinde Ulusal ve Avrupa Mahkemeleri Arasındaki İşbirliği İlişkisi", *C. 21, S. 4*, 2017, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

⁷ Traisbach, s. 200.

Tüm eleştiriler karşısında şu hususta bir şerh konulmalıdır. Yargısal diyalogun tek taraflı olması, kararlarına sıkça başvurulanan mahkemelerin başka bir mahkemeye atıfta bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Burada eleştirilen hukuki gelişmişlik ile siyasi, ekonomik ve toplumsal gelişmişlik arasında mutlak bir korelasyonun varlığına ilişkin fiili/zımnî bir kabuldür.⁸ Yoksa kararlarına sıkça başvurulanan mahkemelerin de başka mahkemelere atıfta bulunduğu gözlemlenmektedir. Örneğin bizim çalışmamız özelinde incelediğimiz FAYM kararlarında da başka ulusal mahkemelere atıfta bulunduğu olmaktadır. FAYM, 1950'lerde ABD Yüksek Mahkemesi ve İsviçre mahkemeleri gibi kaynaklara yoğun şekilde atıfta bulunmuş, 1960'lardan 1990'lara kadar bu eğilim azalmış⁹, ancak 2000'lerden itibaren Avrupa Birliğindeki gelişmeler ve uluslararasılaşma eğilimleriyle, atıflar yeniden artış göstermiştir.¹⁰ Mahkeme, en sık ABD, İsviçre, İngiltere, Fransa, İtalya ve Hollanda mahkemelerinin içtihatlarına başvurmuştur. Bu seçici yaklaşım, "*Euro- ve Anglo-centrism*" eleştirilerine yol açmıştır.¹¹ Bu eleştiri de dünya genelinde diyalogun yönü hakkında ipuçları vermektedir.

Yargısal diyalogun tek taraflı olmasının nedenlerine ilişkin öğretilerde bazı görüşler mevcuttur. Bunlar arasında yargısal diyaloga daha az atıfta bulunan ülkelerin daha köklü bir anayasa yargısı geçmişine sahip olduğu, yabancı hukuka atıf yapmak için kurumsal kapasite gibi nedenler gösterilmekle beraber; yabancı hukuka daha çok atıf yapan mahkemelerin bunu, yargı diplomasinde bir tür meşruiyet oluşturma çabası ile açıklayan görüşler de mevcuttur.¹² Bunun yanı sıra kararlarına daha sık atıfta bulunulan ülkelerin dillerinin daha yaygın olduğu, ekonomik olarak daha gelişmiş olduğu, yabancı öğrencileri ve akademisyenleri daha çok çektiği, hukuk literatürünün ve eğitiminin daha köklü olduğu gibi etmenler hatırlatılmalıdır. Ayrıca yargısal diyalogun her zaman karar gerekçelerine yansayanlar atıflardan ibaret olmadığını; bunun kurumsal hatta bireysel bağlar ile de gelişebileceği de öne sürülebilir.¹³ Yargısal diyalog ile ilgili

⁸ Ekonomik, siyasi hatta toplumsal olarak görece "az gelişmiş" sayılan bir ülkede dahi hukukçular insanlar arasındaki uyumsuzluklara özgün ve etkili bir çözümler getirebilir.

⁹ Federal Mahkemenin yabancı mahkeme kararlarına yaptığı atıfların ilk yıllardan sonra düşme eğilimi göstermesi, Mahkeme içtihadının oturmaya başladıkça atıf eğiliminin düştüğü şeklinde yorumlanmıştır. Benzer şekilde Letonya Anayasa Mahkemesinin de bu eğilimi izlediği belirtilmektedir. Ersoy Kontacı, *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 102.

¹⁰ Ruth Weber/Laura Wittmann, "The Role of Precedents and Case Law in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court", *Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning*, Ed. Monika Florczak-Wątor, Routledge, 2024, s. 99-102.

¹¹ Weber/Wittmann, s. 100-101.

¹² David S. Law/Wen-Chen Chang, "The Limits of Global Judicial Dialogue", *Washington Law Review*, C. 86, S. 3, 2011, s. 568.

¹³ Diyalogun çok yönlü olduğunu Kanada Yüksek Mahkemesi örneği üzerinden inceleyen bir çalışma için Bkz. Klodian Rado, "The Transnational Judicial Dialogue of the Supreme Court of Canada and Its Impact", Doktora Tezi, Osgoode Hall Hukuk Fakültesi, York Üniversitesi, 2018. Yazarın iddiaları bu makalede kapsamlı olarak incelemediğimiz fakat güçlü bir olasılık olarak görmezden gelemediğimiz bireysel bağları vurgulaması açısından önemlidir. Zira makale kapsamında incelenen atıfların bir kısmı literatür üzerindedir. Bu hukukçu akademisyenlerin Alman literatürüne olan ilgisi ya da Almanya'da yaptıkları akademik çalışmaların etkisini göstermektedir. Hatta bazı Anayasa Mahkemesi üyeleri ya da raportörlerinin bu yönde bir uluslararası tecrübesinin varlığı da yargısal diyalog örneklerinin sayısını çoğaltmaktadır.

göz ardı edilmemesi gereken bir diğer etken de yargısal kültürdür.¹⁴ Diyaloğun gönüllü doğası, yargı mensuplarının yabancı mahkeme kararlarına atfı yapmayı kabul etmesi, bunu uygunsuz görmemesi ya da bir başka olasılık ile bunu bir tür prestij kaybı olarak değil de gerekçelerini zenginleştiren birer unsur olarak görmelerini gerektirir.

Türk Anayasa Mahkemesi de (AYM), karşılaştırmalı hukuktan yararlanma eğilimi gösteren bir mahkeme olarak kabul edilebilir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM), bu bağlamda AYM'nin kararlarına sıklıkla başvurduğu bir mahkemedir.¹⁵ FAYM'nin, özellikle insan hakları, ifade özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve ceza hukuku gibi konulardaki içtihatları, AYM'nin karar metinlerinde kendine yer bulmaktadır. Çalışma bu atıflara odaklanmaktadır.

Anayasa mahkemeleri arasındaki etkileşim ve karşılaştırmalı hukuk üzerine daha önce çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu eserlerin önemli bir kısmı, genel olarak AYM'nin diğer anayasa mahkemeleriyle ya da genel olarak uluslararası insan hakları mahkemeleriyle olan ilişkisine odaklanmıştır.¹⁶ Ancak, FAYM'ye yapılan atıfları spesifik olarak ele alan bir incelemeye rastlanmamaktadır. Öğretide öne çıkan güncel eserlerde, atıfta bulunan kararların içeriği görece daha az detay ile incelenmiştir. Bu nedenle yapılan atıfların gerçekten etkili ve belirleyici olup olmadığı ya da bu atıfların görünüşte atıflar mı olduğu tartışılmamaktadır.¹⁷ Çalışmamız, bu boşluğu doldurmayı ve AYM'nin FAYM'ye yaptığı doğrudan ve dolaylı atıfları daha detaylı bir şekilde incelemeyi amaçlamaktadır. Ayrıca, dolaylı atıfların literatür aracılığıyla Türk anayasa yargısına nasıl taşındığına da yer vermektedir.

İncelenecek kararlar belirlenirken, Türk Anayasa Mahkemesinin resmi internet sitesi üzerinden belirli terimler aratılmıştır.¹⁸ Arama sonuçlarının bazılarının çalışma kapsamı ile ilgisi görülmemiştir.¹⁹ İlk elemenden sonra kalan kararların bu çalışma için yeterli veriyi sağladığı izlenimi ile çalışmaya başlanmıştır. Ancak benzer konu ve yöntemi benimseyen farklı çalışmalarda da

¹⁴ Daniela Piana/Carlo Guarnieri, "Bringing the Outside Inside: Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into Its Right Context", *Utrecht Law Review*, C. 8, S. 2, 2012, s. 147.

¹⁵ Ersoy Kontacı'nın makalesinde FAYM'ye yapılan atıfların tüm yabancı mahkeme atıfları içinde norm denetiminde %55 oranında olduğu ifade edilmiştir. Ali Ersoy Kontacı, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İçtihatların Yeri", *Anayasa Yargısı*, C. 40, S. 1, 2023, s. 282.

¹⁶ Genel olarak Türk Anayasa Mahkemesinin hem yabancı mahkemeler hem de uluslararası mahkemelere yaptığı atıfları inceleyen bir monografi için Bkz. Kontacı, 2021, s. 197. Aynı yazarın aynı konu ile ilgili, ampirik tespitlerini de içeren güncel bir makalesi için Kontacı, 2023, ss. 271-305. Yine güncel tarihli, Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuk atıflarını detaylı bir şekilde tahlil eden bir makale için Bkz. Engin Yıldırım/Serdar Gülenler, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", C. 67, S. 1, 2018, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

¹⁷ Bu yöntemin "görünürde atıflara" ilişkin sayılar veriler sağlasa da yargısal diyalogun ölçülmesinde yetersiz kalabileceğine ilişkin Bkz. Ebru Demir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İklim Konusunda Kurduğu Yargısal Diyalog*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2024, s. 28.

¹⁸ "Alman", "Almanya", "Federal Mahkeme", "BverGe", "Bundesverfassungsgericht", "Grundgesetz", "GG".

¹⁹ Örneğin Almanya'daki bir olayı ya da faaliyeti anlatan bir karar.

işaret edildiği üzere atıflarda yeknesak bir yöntemin uygulanmaması, bazı kararlarda atıfta bulunulan kararın künyesinin yer almaması ya da dolaylı olarak literatür üzerinden atıf yapılması gibi güçlüklerle karşılaşmıştır.²⁰ FAYM kararlarının AYM'nin gerekçelerinde sistematik olmayan bir şekilde yer alması, doğrudan ve dolaylı atıfların tespitini zorlaştırmıştır. Buna karşın, kararların bağlamı ve literatür kaynakları üzerinden yapılan detaylı incelemelerle isimsiz-künyesiz kararlara ulaşılabilmesi neticesinde Türk anayasa yargısında Alman anayasa hukukunun etkisini, bir nebze olsun, değerlendirme imkânı doğmuştur.

Vurgulanması gereken bir metodolojik açık vardır. O da “gizli atıflar” şeklinde kategorize edebileceğimiz bir gruptur ki bunun tespiti mevcut çalışmanın kapsamını aşar niteliktedir.²¹ Yani mahkeme, esasında bir hukuki çözümü ya da kurumu yabancı bir mahkemeden almış olsa da bunu hiçbir şekilde kararında belirtmemektedir.²² Bu örneklerde atıf yapılmamışken, daha tali ve önemsiz konularda atıf yapılması gerçek bir yargısal diyalogun mevcut olmaması sonucunu doğurabilir.²³ Anılan geniş inter disiplinler araştırma gereksinimi ve atıflardaki yöntem aksaklıkları nedeni ile yargısal diyalogun gerçek anlamda ölçülebilmesi oldukça zordur. Ancak açktan yapılan atıflar bir nebze de olsa yargısal diyalogun frekansının ölçülmesine olanak sağlayabilir.²⁴

Bu zorunlu tespit ve görüşlerin okuyucu nezdinde FAYM'ye yapılan atıfların olumsuz görüldüğü şeklinde yorumlanmaması gerekir.²⁵ Zorunlu olarak

²⁰ Kontacı, 2021, s. 197.

²¹ Bu kapsamda örneklendirilme olasılığı yüksek görünen hususlardan birisi “*esaslılık*” doktrini. Bu doktrin yürütmenin düzenleyici işlem yapabilmesi ile ilgilidir. Bu kavram Alman hukukunda temel hak ve özgürlüklerle ilgili esaslı hususların kanunla düzenlenebilmesi ve bunun mehfum-u muhalifinden esaslı olmayan ya da lehe olabilecek hususların yürütmenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenebileceğini ifade etmektedir. Şirin, 2019, s. 135. Doğrusu AİHS'in orijinal metni ile resmi çevirisi arasında da kanun kavramı ile ilgili bir fark mevcuttur. Sözleşme temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması için İngilizce metninde “*restricted by law*” ifadesini kullanmıştır. Bu ifadedeki “*law*” yalnızca kanunları değil, tüzükleri, yönetmelikleri hatta fermanları da kapsamaktadır. Ancak Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde “*kanun*” ifadesi kullanılmıştır. Böylece maddi anlamda kanundan ziyade şekli anlamda kanun şartını arayan bir sınırlandırma rejiminin var olduğu algısı oluşmuştur. Tolga Şirin, “İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu”, C. 9, S. 1, 2021, “Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi”, s. 27. Yine bu örnekteki gibi Türk Anayasa Mahkemesinin, Almanya uygulamasını esas alarak geliştirdiği olasılığı yüksek izlenimi veren bir diğer kavram da “*ölçülülük*” ilkesidir. Bu ilke başka hukuk sistemlerinde de mevcut olsa da “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” gibi aşamaların mevcut olması bu ilkenin Almanya uygulamasından yararlanılarak içtihadı dahil edildiği izlenimini doğurmaktadır. Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, C. 10, 1993, s. 37.; Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 113.

²² Demir, 2024, s. 28.

²³ Bu tür örneklerin tespiti, geniş bir veri analizi ve derinlemesine bir incelemeyi gerektirdiği için çalışmanın kapsamını aşmıştır. Bu nedenle, AYM'nin FAYM'den esinlenerek geliştirdiği ancak kaynak belirtilmeyen ilke ve tespitlere ilişkin analizler, gelecekte yapılacak daha kapsamlı bir araştırmaya bırakılmıştır.

²⁴ Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, “The Politics of Judicial Dialogue”, Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 291.

²⁵ Hatta bizatihi tek taraflılığın kendisi dahi, tek başına kötü bir şey değildir. Teknolojide, tıpta, mühendislikte de tek taraflı bir beslenmeyi tarihte gözlemlemek mümkündür.

paylaştığımız eleştiriler, Türk Anayasa Mahkemesinin yaptığı atıfların gerek içtihat derinliği gerekse hukuk birikimi açısından, sonuçta, birer zenginlik olduğu genel kabulünü engellemektedir.²⁶ Genelde Türk yargısının, *yargısal diyalog* konusundaki cesur ve gönüllü tavrının derinleşmesi, özelde ise bu çalışmanın mahkemeler arası etkileşimin uygulamadaki yansımalarına odaklanan daha detaylı incelemeler için, bir kolaylık ve esin kaynağı teşkil etmesi umut edilmektedir.

Özünde makale, Anayasa Mahkemesinin Federal Almanya Anayasa Mahkemesine yaptığı atıfları belirli ölçütler kapsamında incelemeyi amaçlamaktadır. Nihayetinde bu çalışma kapsamında yapılabilecek inceleme yalnızca hukuki sorun benzerliği ve atıf usullerinden ibaret kalacaktır. Makale genelinde incelenen örneklerde Anayasa Mahkemesi atıflarının hukuki olay ve hukuk sistemi noktasında benzerlik taşıdığını şimdiden söyleyebiliriz. Ancak atıflardaki yöntemsel eksiklikler ve hukuki sorunlar arasındaki farkların yeterince belirtilmemiş olmasının da atıflara gölge düşürdüğünü söylemek gerekir.

Makalenin ilk bölümünde atıfları hangi kriterlere göre inceleyeceğimizi anlatacağız. Bu başlık altında öncelikle giriş bölümünde değindiğimiz eleştirilerden de hareketle atıfların hangi şartları sağlarsa gerçek anlamda yargısal örnek teşkil edebileceğine dair bir çıkarım yapacağız. Ancak yöntemsel sınırlardan dolayı makale kapsamında sınırlı kriterleri test edeceğimizi ve bunların neler olduğunu açıklayacağız.

Makalenin ikinci bölümünde temel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerindeki atıfları inceleyeceğiz. Sınırlı düzeyde karşı oylara da değineceğiz. Temel gerekçedeki kararları incelerken Anayasa Mahkemesi kararlarını bireysel başvuru kararları, norm denetimi kararları ve siyasi parti kararları olarak tasnif edeceğiz.

I. “YARGISAL DİYALOGA” İLİŞKİN ÖN DEĞERLENDİRME

Görülebileceği üzere yargısal diyalogun kaynağı, önemi, eleştirilecek yönleri ve başarısı gibi başlıklara ilişkin epeyce eser kaleme alınmıştır. Nitekim bu başlıklara ilişkin tespit ve görüşleri daha da sürdürmek mümkündür. Biz şimdilik makalede izleyeceğimiz yöntemde gereken, makalenin okunabilirliğini kolaylaştıran, makalenin amacı ile uyumlu bazı önemli noktaları bu ön değerlendirmede vurgulamakla yetineceğiz.

Bu başlık altındaki tespitlerimiz için “*ön değerlendirme*” ifadesini kullandık zira bu tespitler makalede tercih ettiğimiz yöntem ve incelediğimiz karar derlemelerinin birikimidir. Ancak kararların kendisinden başka bir gözleme dönüşmüştür. Bu dönüşüm ve buradaki bulguların makale için bir tür pusula

Yeter ki bu tek taraflı beslenme Patolojik seviyede bir tür “*platonik aşka*”, “*ulusal bir özgüvensizlik haline*” veya “*üst otoriteye başvurma safsatasına*” dönüşmesin. Yoksa tek taraflılık, bir “*tersine hukuk mühendisliği*” olarak da fayda sağlayabilir.

²⁶ Öte yandan Türk Anayasa Mahkemesinin atıflarının yüzeysel olduğu ve atıfta bulunulan kararda tartışılan hususların yansıtılmadığı yönünde eleştiriler de mevcuttur. Örücü, 2007, s. 442. Atıfların kısa bilgi olarak geçtiği örnekler mevcuttur. Biz çalışmamızda kısa geçilen bu kararlara da ulaşarak benzerlikleri tespit etmeye çalıştık.

olması niteliği de bunların giriş veya sonuç bölümünden ziyade ayrıca bir başlık altında yer alması gerektiği kanaatini oluşturmuştur.

Öncelikle giriş bölümünü kaleme alırken incelediğimiz eserler makro düzeyde bize ilk şu mesajı vermiştir: Akademinin yargısal diyaloga olan ilgisi artmaktadır zira mahkemelerin birbirine yaptığı atıfların sayısı da artmaktadır. Ancak bu artışın nedenlerinin tespitini güçleştiren bazı olgular mevcuttur. Bu da karşılaştırmalı anayasa hukukunda, mahkemelerin birbirine esin vermesine vesile olan araçların hem yatay hem de dikey olarak genişlemesidir. Öncelikle karşılaştırmalı anayasa hukuku kaynaklarının sayısı artmaktadır; akademik dergilerin sayısı ve ulaşılabilirliği artmaktadır, akademisyenler arasındaki etkileşim araçları ve etkinlikleri artmaktadır (kongreler, internet blogları, yurt dışı araştırmaları... gibi).²⁷

Bu karmaşık ağına bize söylediği bazı şeyler vardır: ilk dönem atıflarda atfın verildiği kararda ya da karşı oyda imzası olan üyenin geçmişinden yahut (kararda belirtilsin ya da belirtilmesin) o dönem yayınlanan bir ikincil kaynaktan atfın kaynağı belirlenebilmekteydi ancak günümüzde bu tespit zorlaşmıştır. Hatta raportörlerin geçmişi, Federal Almanya'yla ilişkisi gibi veriler bize çok şey söylese de Federal Mahkeme kararlarının bazılarının İngilizce yayınlanması veya dolaylı kaynakların çoğalması atfın ardındaki nedenlerin tespitini zorlaştırmaktadır. Bu karmaşık ağına bize vadettiği şey ise gelişen teknoloji ve akademik diplomasi araçları ile yargısal diyalogun bir süre sonra daha fazla “çok taraflı” olabileceğidir.²⁸

Giriş bölümünde incelenen eserlerde dikkat çeken bir endişe ve eleştiri söz konusudur. O da yargısal diyalogun tek taraflı olduğudur.²⁹ Yargısal diyalogun tek taraflı olduğu yönündeki eleştirilerin muhatabı, ilk bakışta, öğretilde “*olağan şüpheliler*” olarak anılan Amerika Birleşik Devletleri, Federal Almanya, İsviçre gibi ülkelerdir. Buna mukabil Türk Anayasa Mahkemesi gibi mahkemelerin de neden “Batı” mahkemelerini daha çok takip ettiği şeklinde bir eleştiri akla gelebilir. Böyle bir eleştiri varsayımında atıfların neden ve kimler tarafından hangi yollarla yapıldığı sorusunun yanıtı belirleyici olacaktır. İkinci belirleyici ya da bir başka ifade ile açıklayıcı etmen ise yargısal diyalogun gerektirdiği “*benzer hukuk*” sistemidir. Benzer hukuk sistemi kavramının içerisine *hukuk devleti*, *demokrasi*, *laiklik* gibi görece daha genel anayasal ölçütler dahildir. Elbette bu ölçütler mutlak değildir. Somut olaya ya da döneme bakılmaksızın bir ülkenin mahkeme kararlarının kategorik olarak daha ilerici bir çözüm sunduğu iddia edilemez. Ancak, çalışma özelinde odaklandığımız, Federal Almanya için en azından hukuk sistemi benzerliği kriterinin sağlandığı söylenebilir.³⁰ Kanaatimizce, bu

²⁷ Serkan Yolcu, “Anayasacıların Karşılaştırma Sorunu: Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Nedir, Ne Değildir?”, C. 32, S. 147, 2020, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 39.

²⁸ Örneğin öğretilde de etkisi zikredilen internet bloglarında, uluslararası akademik dergilerde yalnızca kararlarına sıkça atıf yapılan ülkelerin yazarları değil, kararları görece daha az ragbet gören ülkelerin akademisyenleri de yazılar kaleme almaktadır.

²⁹ Hatta bu tablo yer yer kolonyalizm ile bağlantılandırılmıştır.

³⁰ Buna karşın, Türk Anayasa Mahkemesinin bu “gelişmiş” ülkelere atıfta bulunarak adeta kendisinin prestijini tayin (ya da en azından temenni) ettiği, yargıçların bu ülkelerdeki yargıçları kendilerine meslektaş olarak gördüğünü de iddia eden yazarlar olabilir. Kanaatimizce bu yönde bir tespiti mümkün kılacak bir tablo mevcut değildir.

nedenlerle Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal diyalog eğilim ve yönelimleri, çalışmada yer yer değindiğimiz, eleştirilerin kapsamında görülmemelidir.³¹

O halde ön sorunlardan biri şudur: yargısal diyalogun tek taraflı olması kategorik olarak olumsuz bir olgu mudur hatta kolonyal bir geçmişin mirası mıdır? Kanaatimizce diyalogun tek taraflı olması tek başına diyalogun “kolonyal” eğilim³² ve alışkanlıklara dayandığı yönünde bir çıkarım için yeterli değildir.³³

Ancak “çok taraflılık”, diyalogun yönünde mevcut olmasa bile en azından içeriğinde olmalıdır. Yani bir ulusal mahkeme, zaman zaman atıfta bulunduğu mahkemenin benzer konulardaki kararlarına ne yönden katılmadığını veya örnekteki olayın atıfta bulunulacak karardan ne yönden ayrıldığını da ifade etmeli, yeri geldiğinde tartışmalıdır. Hatta yargısal diyalogun etkili bir karşılaştırmalı hukuk enstrümanına dönüşmesi, karşılaştırmada kullanılan ölçüt hukuki çözümün eleştirilmesini gerektirir.³⁴ Konuyu biraz daha basitleştirmek mümkündür. Yargısal diyalogun, yukarıdaki eleştirilerden kurtulması için gerçek manada işlevsel ve gerekli olması gerekir. Yani bir atıf gerekliyse ve işlevsel ise (yani görünüşte atıftan ibaret değilse) gerçek manada bir yargısal diyalog vardır. Aksi halde yapılan atıflar meşruiyet devşiren süslemelerden, üst norma başvurma safasından ya da tarihsel bir özgüvensizlikten kaynaklı olabilir.

İşte bu bulgular makalenin ana yöntemini de belirginleştirmiştir. Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal diyalog eğiliminin yukarıdaki çekincelere cevap verebilirliğinin aşağıdaki unsurlar ile ölçülebileceği sonucu kendini göstermiştir:

-Atıfların “*gerekliliği*”,

-Atıfların “*kaynağı – nedeni*”,

-Atıfların “*usulü*”,

- Atıfların “*etkililiği ve başarısı*”.

³¹ Hukuk sistemi, tarihsel gelişim, anayasal ilkeler gibi yeterli benzerlik şartının sağlandığı hallere rağmen “batıdaki” az sayıda ülkenin kararları ile yetinen bir eğilimde ısrar edilmesi varsayımında ise bu tutumun riskli olduğu ve evrensel bir çözüm arayışını yansıtmadığı rahatlıkla söylenebilir.

³² Kolonyal eğilim belki, Federal Almanya’dan iktibas edilen kanunların uygulanmasında, Federal Mahkeme kararlarına yoğun bir atıf söz konusu olduğunda gündeme gelebilir. Ancak makale kapsamında incelenen kararlardaki kanun çeşitliliği ve bunlara yapılan atıfların mehz ülkenin uygulamasını hedef almaması nedeni ile çalışmada bu kapsamda bir inceleme ve değerlendirmeye gidilmeyecektir.

³³ Yargısal diyalog araçlarından söz ettik fakat esasında yargısal diyalogun bizzat kendisi de daha uzun vadeli bir perspektifin aracı olarak mütalaa edilebilir. Bu da “anayasal çoğulculuk” olarak tanımlanmaktadır. Anayasal çoğulculuk (constitutional pluralism), farklı anayasal düzeylerin (ulusal, uluslararası, bölgesel) aynı anda geçerli olduğu ve bu düzenler arasında kesin bir hiyerarşik üstünlük olmaksızın, karşılıklı etkileşim, uyum ve diyalog yoluyla çatışmaların çözüldüğü bir hukuki düzen teorisidir. Ricardo Lorenzetti, “Global Governance: Dialogue Between Courts”, RSCAS Policy Papers, RSCAS 2010/03, European University Institute, 2010, s. 5.

³⁴ Arzu Oğuz, “Hukukun Bağimsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, s. 50. Konuyla ilgili ayrıca Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 17. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 26.

Öncelikle değerlendirme başlığı **atıfların gerekliliğidir**. Gereklilik, bir atfın “görünüşte atıf”³⁵ olmamasının garantisidir. Kanaatimizce, atfın gerekliliği ölçütünün “*gerekliliğin öncül boyutu*”, “*gerekliliğin ardıl boyutu*” şeklinde ikiye ayrılması konunun anlaşılması ve atıfların değerlendirilmesini kolaylaştıracaktır:

Gerekliliğin öncül boyutunda atfı gerektirecek benzerlik kriterleri incelenmelidir: Benzer bir hukuki sorun var mı? Benzer bir hukuki sistem ya da düzenleme mevcut mu? Bu soru önemlidir zira bir hukuki kurum farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde algılanabilir. Bu nedenle atıfta bulunulan kararın çıktığı hukuk sistemi, en azından o alt hukuk disiplini açısından asgari bir benzerlik taşımalıdır. Gerekliliğin diğer boyutu da vaka düzeyindedir. Mevcut davadaki olay ve atıfta bulunulan karardaki olayın benzerlikleri kadar farklılıkları da tespit edilebiliyor mu sorusu burada önem arz etmektedir.

Gerekliliğin ardıl boyutunu tespiti yarayan soruları da aynı şekilde paylaşmak gerekir: Atıf bir hukuki sorunun çözümüne katkı sağlıyor mu? Mevcut olaydan farkları tespit edilebiliyor mu? Bu çözüm mahkemece kullanılmış mı? Kullanılmamışsa (bazen kullanılmış olsa da) farklılıklar gerekçede belirtilmiş mi? Gerekliliğin ardıl boyutunu tespit için bu sorularla yetinmek gerekir. Atfın başarı ile uygulanıp uygulanmadığı, mahkemenin içtihadını ya da ülke hukukunu nasıl şekillendirdiği soruları ise *atıfların etkililiği ve başarısı* başlığına girer ki o da çalışmamızda kapsam dışı bırakılmıştır.

İkinci olarak **atıfların nedenine** ilişkin bazı tespitleri derlemekte yarar vardır. Bu soru ilk etapta sanılabileceğinin aksine atfı kimin yaptığı ile açıklanamaz. Salt sayısal bir analizde de yabancı hukukla ilgisi olabilecek yargıcın tutum ve geçmişi ile ilgili somut bir veri sağlamaz. Örneğin Yıldırım ve Gülener’in eserinde akademisyen kökenli üyeler ve diğer üyeler arasında yabancı mahkemelere atıf konusunda göze çarpan bir farkın olmadığı belirtilmiştir. Açık kaynaklardan ulaşılabilen veriler ile bu tespitin ilk bakışta akademik etkinin tahmin edildiği kadar ön planda olmadığı sonucunu doğurması olasıdır. Ya da bir başka deyişle akademik geçmişinde anayasa hukuku ile görece daha az ilgilenmiş üyelerin, bu farkı, Mahkemedeki görevleri esnasında telafi ettiği ya da bunun bir fark yaratmadığı söylenebilir. Ancak bu eserde raportörlere ilişkin detaylı bir analize yer verilmemiştir.³⁶ Söz konusu makalede, raportörlerle ilgili sadece,

³⁵ Bu konuyu giriş bölümünde açıklamıştık.

³⁶ Esasında, konuyla ilgili güncel monografilerden birinde, diğer eserlerde de vurgulandığı gibi, yargısal diyalogun ölçülmesinin güçlükleri çeşitli örneklerle verilmiştir. Söz konusu monografide Amerikan Yüksek Mahkemesi örneğine de yer verilmiş Demokrat Parti’ye angaje üyelerin daha çok atıfta bulunurken Cumhuriyetçi Parti’ye angaje üyelerin atıf yapmaktan çekindiği ifade edilmiştir. Bu örnek yargısal diyalog çalışmalarında üye profillerinin incelenmesi gerekliliğini işaret etmektedir. Monografide belirtildiği üzere bu inceleme dahi üyelerin karşılaştırmalı hukuka olan ilgi ya da eğilimlerini anlamak için yeterli değildir. Zira bu anlamda bir eğilime sahip olsa da yargıçların tamamının yabancı dil bilgisi bunun için yeterli olmayabilir. Demir, 2024, s. 28-29. Doğrusu bu sorun Türkiye ile ilgili AIHM kararlarının uygulanmasında hatta AIHS’deki bazı kavramların uygulamada yorumlanmasında da ortaya çıkmaktadır. Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan’ın bu sorunları incelediği makalede yargıçların yabancı dil bilgisi eksikliğinin kararların anlaşılmasında yarattığı güçlüklerle değinilmiş ve bazı çözüm önerileri sunulmuştur. Tolga Şirin/Necdet Umut Orcan, “İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu”, C. 80, S. 1, 2022. İstanbul Hukuk Mecmuası. Kanaatimizce bu makaledeki çözüm önerileri, gerçek ve etkili bir yargısal diyalogun uygulamanın geneline teşmilini de sağlayacak potansiyeldedir. Aksi halde karşılaştırmalı

kararların müzakeresi esnasında, raportörlerin karşılaştırmalı hukuku da incelediği ancak bu verilerin bazen kararda yer almadığı ifade edilmiştir.³⁷ Esasında bu olgu dahi çalışmanın derinleştirilmesinin yönetsel zorluğunu göstermektedir. Zira bir atfın kaynağının üyenin akademik geçmişi ile tespiti halihazırda birden fazla üyenin katıldığı ayrışık oylar dolayısı ile zordur. Bir diğer zorluk da üyenin atıfta bulunduğu karara doğrudan mı yoksa ikincil kaynaklardan mı eriştiği sorusunu yanıtlamanın güçlüğüdür. Bu iki zorluğa bir de aynı soruların raportörler için yanıtlaması gerekliliği eklenmektedir. Bu nedenle üyelerin yabancı mahkemelere yaptığı atıf sayısının bir değerlendirmeye konu olabilmesi bu üç sorunun yanıtlanabilmesine bağlıdır.³⁸ Kanaatimizce bu soruların yanıtlanabilmesi de üyelerin hatta raportörlerin akademik ve mesleki geçmişini de inceleyen bir çalışmaya konu edilmesiyle mümkündür. Bu nedenle konunun, çalışmanın kapsam sınırları dışında olduğunu şimdiden söylemek gerekir. Ancak genel olarak hukuk fakültelerindeki Alman ekolü, Almanca konuşulan ülkelerdeki kanunların iktibas edilmesi, Almancanın yaygın bir dil olması, Almanya’da eğitim ya da araştırma faaliyetlerine olan ilgi, Türkiye’de Almanca eğitim veren kurumların yoğunluğu ilk bakışta tespit edilebilen nedenler olarak zikredilebilir.

Atıfları değerlendirirken dikkat etmemiz gereken bir diğer başlık da *atıfların usulü ve “yöntemdir”*. Zira bu başlık altındaki basit özensizlikler, atfın gerçek hukuki değerinin gölgenmesine yol açmaktadır. Bu kapsamda sorulacak sorular şunlar olabilir: Atıf yapılan karardan söz edilmiş mi?³⁹ Atıf yapılan karara doğrudan mı ulaşılmış yoksa ikincil kaynaktan mı okunmuş? Atıf yapılan kararın künyesi, tarihi⁴⁰, (varsa) ilgili bölüm/paragraf bilgisi verilmiş mi? Atıf yapılan bölüm hukuki sorunun çözümünün esasına ilişkin mi?

Son olarak *atıfların etkililiği ve başarısı* konusu ise daha uzun süreçleri içeren bir incelemeyi gerektirmektedir. Hukuk disiplininin alan ve yöntem kısıtlamaları nedeniyle, salt hukukçular tarafından, atıfların ancak yasama faaliyetlerine, sonraki kararlara ya da diğer mahkemelere olan etkisinin gözlemlenebileceğini belki söylenebilir. Bu çok yönlü ve geniş tablodan karşısında, bir atfın görünüşte değil de özde olması (gerekli ve etkili bir atıf olması) dahi atfın başarılı olduğu sonucunu kategorik olarak doğurmaz. Atıfların başarısının ölçülmesi ise uzun dönemleri inceleyen, interdisipliner, daha geniş değerlendirmelere gerektirir. Çünkü atıfların (ve dolayısı ile hukuki çözümlerin nakillerinin) başarısı ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki bağlamlara bağlı olup,

hukuk ve yargısal diyalog gibi unsurlar yalnızca yüksek mahkemelerin ve akademisyenlerin ilgilendiği soyut temennilerden ibaret kalacaktır.

³⁷ Yıldırım/Gülener, s. 123.

³⁸ Fakat bu noktada Yıldırım ve Gülener’in çalışmasında ayrışık oylarında yabancı mahkeme kararlarına en çok başvuran üyelerden birinin Osman Alifeyyaz Paksüt’ün olduğu tespitinin böylesi bir farkın olmadığı yönündeki argümanın ardında güçlü bir şekilde durduğu yadsınamaz. Yıldırım/Gülener, s. 125.

³⁹ Bu husus çalışmanın kapsamı dışındadır zira tespiti ve ölçülmesi için derinlemesine bir karar taraması gerektirir.

⁴⁰ Böylece çok eski tarihli bir kararın cımbızla seçilip gerçekçeyi yönlendirmesinin önüne geçilebilir.

toplumsal kabul, yerel hukuki uyum ve uzun vadeli etkiler gibi çok boyutlu etmenlere dayanır.⁴¹

Bu nedenlerle çalışma genelinde yukarıdaki ölçme başlıklarından *atıfların gerekliliği* ve *atıfların usulü* perspektiflerinden bir inceleme yapılabileceği kanaati doğmuştur.

II. DOĞRUDAN İÇTİHATA ATIFLAR

Bu bölüm Türk Anayasa Mahkemesinin doğrudan FAYM'ye yaptığı atıfları içermektedir. Bölümün alt başlıkları bireysel başvuru, norm denetimi ve siyasi partilerdir. Atfın bulunduğu ve atıf yapılan kararlar, ele alınan konunun temasına göre özetlenmiş, “Örnek” şeklinde başlıklandırılmıştır.

A. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ATIFLAR

Türkiye’de bireysel başvuru Federal Almanya’ya göre daha yeni bir yoldur. Bu nedenle norm denetimi başlığında da FAYM’de görülen bireysel başvuru kararlarına rastlanılabilir. Ancak bu kategoride Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına yer verilmiştir. Bireysel başvuru ile yargısal diyalog frekansının artması bu konunun daha önce başlıklandırılmasında etkili olmuştur.

1. ÖRNEK I - BELİRLİLİK İLKESİ ve KEYFİLİK MESELESİ

Bu bölümde Anayasa Mahkemesinin, belirlilik ilkesi ve keyfilik yasağı bağlamında atıfta bulunduğu kararlar incelenecektir. Bu bağlamda FAYM’nin 2. Dairesinin 21/12/2016 tarihli bir kararına 3 ayrı bireysel başvuruda atıfta bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu bu kararlar belirlilik ilkesini açıklamaktadır:

Kararlardan ilki *Orhan Alagöz başvurusudur*.⁴² 3 Çocuk babası olan başvuru, 15 Temmuz Darbe girişiminin ardından İzmir Menemen T Tipi Ceza Evinde tutuklu olarak bulunmaktadır. Çocuklarından en büyüğü *yedi-sekiz*, ortanca olan *beş-altı*, en küçüğü ise *bir-iki* yaş aralığındadır. Başvuru İzmir’de tutuklu iken çocukları Antalya’da yaşamaktadır. İzmir Menemen T Tipi Ceza Evi İdaresi, Darbe girişimi sonrası ilan edilen olağanüstü hâl süresi boyunca mahkûm ve tutukluların eğitim gören çocuklarına yönelik hafta sonu görüşme iznini iptal etmiştir. Başvuru, hafta içi eğitim gören çocuklarının Antalya’dan İzmir’e gelemediğini, hafta sonu izinlerinin de OHAL süresince iptal edilmesi ile *özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı* ile *eğitim hakkının* ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvuruyu incelerken başvurunun ihlal edildiğini öne

⁴¹ Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, New York, 2019, s. 60-62. Öğretide yargıçların, kamuoyunun göz önünden uzakta geliştirdikleri bireysel etkileşimler vesilesiyle de yargısal diyalog kurabileceğini yani benzer sorunları çözerken farklı ülkelerdeki meslektaşları ile geliştirdikleri iletişimden etkilenebileceği belirtilmiş ancak bunun şeffaflık kazanmadığı sürece birtakım meşruiyet sorunları doğurabileceği belirtilmiştir. Law/Chang, s. 535.

⁴² Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018. Bu çalışmada yer alan Anayasa Mahkemesi kararlara Mahkemenin resmi internet sitesi olan Anayasa.gov.tr’den ulaşılmıştır.

sürdüğü hak ve özgürlüklerin kategorizasyonu ile bağlı olmadığını belirterek başvuruyu özel hayatı ve aile hayatına saygı hakkı ile sınırlı olarak inceleyeceğini belirtmiştir.⁴³

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)⁴⁴ kararlarına da atıfla hükümlü ve tutukluların, aile hayatına saygı hakkının nasıl tesis edileceğine ilişkin ilkeleri, kararda “uluslararası hukuk” başlığı altında, incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, hükümlü ve tutukluların da aile hayatına saygı hakkına sahip olduğunu; bunun sağlanması için gereken tedbirleri almanın ceza infaz kurumunun sorumluluğu olduğunu hatırlatmıştır.⁴⁵ Bununla birlikte Mahkeme, suçun mahiyetinin haklı göstermesi halinde özel bir tutukluluk ya da hapisane rejiminin (müdahale oluşturmakla birlikte) kategorik olarak ihlal anlamına gelmediğini de eklemiştir.⁴⁶ Anayasa Mahkemesine göre mahkum ve tutukluların bu hakkına getirilebilecek sınırlandırmalar makul ve ölçülü olmalı⁴⁷ ve haklı bir gerekçeyle⁴⁸ dayanmalıdır. Bu tespitleri paylaştıktan sonra Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun çocukları ile hafta sonu görüşme hakkının kısıtlanmasının Olağanüstü hâl koşullarından kaynaklandığını ve haklı bir gerekçeyle dayandığını belirterek ihlal olmadığını yönünde karar vermiştir.

Mahkeme, “uluslararası hukuk” başlığı altında, FAYM’nin 2. Dairesinin 21/12/2016 tarihli kararına atıfta bulunmuştur.⁴⁹ Atfın mahkûm ve tutukluların aileleriyle görüşmeleriyle ilgili kararların gerekçelerinin standartlaştırılmasının bir zorunluluk olmadığı yönünde tespit için kullanıldığı izlenimi kuvvetlidir. Anayasa Mahkemesinin ilgili atfı aktarım bağlamı şu şekilde özetlenebilir, *kanunun uygulaması ya da kanunun öngördüğü usul kusurlu olsa dahi keyfilik yasağı*

⁴³ § 27.

⁴⁴ Bundan sonra AİHM olarak anılacaktır. Öğretide İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (AİHM) olarak da zikredilmektedir. Sayın hakemin isteği üzerine makalenin ilk halindeki İHAM terimleri AİHM olarak değiştirilmiştir. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) terimi tercih edilmiş ve İHAS kullanımı değiştirilmiştir.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu kararlar şunlardır; Messina/İtalya (No. 2), AİHM, B. No: 25498/94, T: 28.09.2000, § 61; Ouinas/Fransa (k.k.), AİHM, B. No: 13756/88, T: 12.03.1990; Kucera/Slovakya, AİHM, B. No: 48666/99, T: 17.07.2007, § 127. Çalışmada yer alan AİHM kararlarına Mahkemenin internet sitesi olan Hudoc.com’dan ulaşılmıştır.

⁴⁶ Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 20. Anayasa Mahkemesi bu kararında şu AİHM kararına atıfta bulunmuştur: Vlasav/Rusya, AİHM, B. No: 78146/01, T: 12.06.2008, § 123.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, Orhan Alagöz, B. No: 2017 /26845, Karar Tarihi: 20/9/2018, § 22. Anayasa Mahkemesi bu kararında şu AİHM kararına atıfta bulunmuştur: Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 5947/72, T: 25.03.1983, §§ 99-105.

⁴⁸ Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 21. Anayasa Mahkemesi bu kararında şu AİHM kararına atıfta bulunmuştur: Gülmez/Türkiye, AİHM, B. No: 16330/02, T: 20.05.2008, § 46.

⁴⁹ “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin benzer yöndeki bir kararında; aileyle uzun görüşe izin verilmemesi şeklindeki ceza infaz kurumu kararına yapılan itirazda, Mahkemenin geçici hukuki koruma tedbiriyle ilgili olarak kurumun kararına ilişkin gerekçeleri belirleme yükümlülüğünü standartlaştırmaktan kaçınılmıştır. Bir mahkeme kararının , itiraza konu yasa uygulaması ya da onun için kullanılan prosedür kusurlu olsa bile keyfilik yasağını ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak buna ek olarak verilen kararın bariz bir şekilde açık hukuk kurallarına aykırı olmaması ve keyfi değerlendirmelere dayanmaması gerektiği vurgulanmıştır (BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016.) Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 23.

kendiliğinden ihlal edilmez. Bunun istisnası, hukuk kurallarının açık bir şekilde ihlal edilmesi ve bariz keyfiliktir.

FAYM kararının ardındaki olay Anayasa Mahkemesinin ele aldığı olay ile benzeşmektedir. Başvurucu, ailesiyle görüşme saatleri ve hapisshanedeki çalışma yükümlülüğünden muafiyet ile ilgili geçici tedbir taleplerinde bulunmuştur. Ancak bu talepler reddedilmiş ve gerekçe olarak sadece kanundaki gereklilikleri sağlamadığı gibi kısa açıklamalarla yetinilmiştir. Federal Mahkeme, bir normun yanlış uygulanmasının kategorik olarak keyfilik yaratmayacağını⁵⁰ ve ihlale yol açmayacağını belirtmiştir. Ancak bariz şekilde bir normun göz ardı edilmesi ya da yanlış yorumlanması gibi bir eylemin bulunmaması gerektiğini eklemiştir.⁵¹ Kararın devamında ise Mahkeme ret kararlarının gerekçeli olması gerektiğini belirtmiştir. Şöyle ki Alman İnfaz Kanunu'nun (*Strafvollzugsgesetzes (StVollzG)* 120. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, Alman Ceza usul Kanunu'nun 34. maddesine atıfta bulunulmuştur. Buna göre İnfaz Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Usul Kanunu'na (*Strafprozessordnung (StPO)*) başvurulmasını öngörmektedir. Buna göre bir geçici tedbir talebi üzerine temyiz ya da itiraza kabil olmayan bir karar verilecek ise bunun gerekçeli olması zorunludur.⁵² Başvuru özelinde de tedbir talebi bu nitelikleri haizdir ve gerekçeli olmalıdır. Ne var ki eyalet yüksek mahkemesinin kararı bu anlamda gerekçeden yoksundur. Federal Mahkeme, gerekçedeki eksikliklerin bir kararın hukuka uygunluğunu şüpheli hale getireceğini belirtmiştir.⁵³ Bu nedenle, yetersiz gerekçenin keyfilik yasağını ve etkili hukuki koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararına geri dönecek olursak, Mahkeme, Cezaevi İdare ve Gözlem Kurulunun başvuruları ilgili mevzuat, cezaevi güvenlik ve disiplini açısından yeterli bir şekilde değerlendirdiği görüşündedir. Mahkemeye göre hafta sonu görüşme hakkına ilişkin talep “yeterli gerekçe” ile reddedilmiştir.⁵⁴

FAYM'nin bu kararına *Ahmet Kılıçelli başvurusunda* da atıfta bulunulmuştur.⁵⁵ Bu ve bir önceki kararda başvurular incelenirken müdahalenin gerekçesine ilişkin bir sorun olmadığı tespiti yapılmıştır. Bu kararlardan farklı olarak *Yaşar Karaca başvurusunda* ise yine FAYM'nin söz konusu kararına atıfta bulunulmuş ancak bu sefer müdahalenin yeterli bir şekilde gerekçelendirilmediğine karar verilmiştir.⁵⁶ Kanaatimizce, ilk iki atıfta bir ihlal

⁵⁰ FAYM'nin, ceza hukuku bağlamında, belirlilik ilkesine yaklaşımı için Bkz. Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 101.

⁵¹ BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 14. Çalışmada yararlanılan FAYM kararlarına Mahkemenin resmi internet sitesi olan Bundesverfassungsgericht.de'den ulaşılmıştır.

⁵² BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 16.

⁵³ BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 21.

⁵⁴ Burada eklemek gerekir ki Anayasa Mahkemesi ölçülülük incelemesi yaparken bu sınırlamanın OHAL süresi ile sınırlı olduğunu ve başvurunun çocukları ile hafta sonu görüşmesine engel olunmadığı tespitinde bulunmuştur. Ne var ki başvuru zaten çocuklarının eğitimi nedeniyle hafta içi seyahat edip kendisi ile görüşemediğinden yakınmaktadır. Bu değerlendirme de Anayasa Mahkemesinin, fiili imkansızlıkları yeterince dikkate almayıp yalnızca hukuki duruma göre inceleme yaptığı endişesini uyandırmaktadır.

⁵⁵ Ahmet Kılıçelli Başvurusu, AYM, B. No: 2017/31069, T: 30.09.2020.

⁵⁶ Yaşar Karaca Başvurusu, AYM, B. No: 2018/37854, T: 12.04.2023.

sonucu verilmemiş olsa dahi, hukuki belirliliğin, işlem ve kararlardaki gerekçe ile ilişkisi anlaşılmış ve görünüşte değil gerçek bir atf örneği sunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesinin ilk iki kararında, atf yaptığı kararı esas incelemesinde neden daha detaylı incelemeyi anlaşılamamıştır. Örneğin *Orhan Alagöz başvurusunda* müdahalenin reddinin ilgili ve yeterli gerekçelere dayandırıldığı belirtilmiştir.⁵⁷ Ne var ki diğer paragraflarda, kişiye özgü somut koşulların nasıl tartışıldığına ilişkin yeterli veri mevcut değildir. Bu da FAYM kararında ifade edilen gerekçelerin standartlaşması çekincesine aykırı bir durum teşkil etmektedir. Dolayısı ile atfın benzer hukuki sorun şartını taşıdığı söylenebilirken, olaylar arasındaki benzerlik ve farkların yeterince tespit edilip, gerekçeye uygulandığını söylemek güçtür.

2. ÖRNEK II - SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bu başlık altındaki atf ilişkilerini incelerken öncelikle Federal Mahkemenin kararı anlatılacaktır. Zira bu karara iki ayrı Anayasa Mahkemesi kararında atıfta bulunulmuştur. Atfın ele alındığı olaylar arasındaki farklardan dolayı öncelikle FAYM kararının özetinin paylaşılması yararlı görülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu FAYM kararında başvuru bir korku filminin hangi yaş gruplarına uygun olduğunu gösteren bir etiketleme başvurusu yapmıştır.⁵⁸ Etiketlemeye yetkili kurum başvuru konusu filmin Alman Ceza Kanunu'na aykırı bir içerikte olduğunu belirterek savcılığa başvurmuştur ve filmlere el konulmuştur. Alman Ceza Kanunu'nun 131. maddesi insan ya da insan benzeri varlıklara şiddetin gösterilmesini yaptırıma bağlamıştır.⁵⁹ Başvurunun birincil sorusu, etiketleme başvurusunun Ceza Kanunu'nda anılan suçun işlendiği anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bir diğer soru da filmin içeriğindeki şiddet olaylarının doğrudan insan ve insan benzeri varlıklara yönelik olup olmadığı yani insan onuruna aykırı olup olmadığıdır. Bu tartışmalar çerçevesinde FAYM'nin bazı tespitleri Anayasa Mahkemesinin ilgili atfına esin vermiştir. FAYM, etiketleme başvurusuna konu filmin bir korku filmi olduğunu ve bu türün kendi kurallarını yarattığını ifade etmiştir.⁶⁰ Federal Mahkeme, filmlerde şiddetin gösterilmesinin tek başına insan onurunu⁶¹ zedelemeyeceğini, filmde anlatılan hâli ile seyircinin şiddete teşvik edilmediğini belirtmiştir. Mahkeme korku filmi türünün kaçınılmaz olarak bazı şiddet sahneleri içerebileceğini, buna yönelik bir yasağın kabul edilmesi halinde suç sahneleri içeren macera ve polisiye filmlerinin de engellenebileceği olasılığını da eklenmiştir.⁶² Mahkeme, etiketleme başvurusunun dağıtım anlamına gelmeyeceği yönündeki yorumlarına

⁵⁷ Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 48.

⁵⁸ BVerfG, 1 BvR 698/89, T: 20.10.1992.

⁵⁹ Nitekim şiddete teşvik, nefret söylemi, ırkçılık gibi unsurların ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı ilk bakışta tartışılmalı olsa da sonuçları itibarı ile bu özgürlük kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Pelin Başaran/Ulaş Karan, Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi/Siyah Bant, İstanbul, Şubat 2016, s. 18.

⁶⁰ BVerfG, 1 BvR 698/89, T: 20.10.1992, § 10.

⁶¹ Mahkeme ayrıca insan onuru kavramının tek bir insanın onurunu değil, insan türünün onurunu ifade ettiğini belirtmiştir. Nitekim başvuruda tartışılan şiddet, zalimane, insan onuru gibi kavramlar arasında sınırlarının belirlenmesinin en zor kavramın insan onuru olduğuna da yer vermiştir. BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 99.

⁶² BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 110.

da yer vererek başvuruçunun sanatsal ifade özgürlüğünün⁶³ ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda özetlediğimiz karara, bu sefer, *Uluslararası Hukuk* başlığında değil *Federal Alman Anayasa Mahkemesi İçtihadı* başlığı altında (iki kararda) atıfta bulunmuştur.⁶⁴ Atıfların bulunduğu kararların her ikisinde de ifade özgürlüğü ihlali iddiaları ele alınmıştır.

Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy kararında başvuruçuyu, FAYM kararındakine benzer şekilde, bir filmin Kültür Bakanlığı tarafından kayıt ve tescil işlemi için başvurmuştur. Filmin senaryosunda PKK terör örgütü ile ilgili ifadeler ve olaylara yer verilmiştir. Bakanlık, filmin kamu düzeni, Anayasa'da yer alan ilkeler ve insan onuruna aykırı olduğu gerekçeleri ile dağıtımına izin vermemiştir. Bunun üzerine başvuruçular idari yargıya başvurmuştur. İdare mahkemesi, Bakanlığın filmlerin kayıt ve tescili ile ilgili geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirterek, ret kararında hukuka aykırılık görmemiştir. Anayasa Mahkemesi, idarenin ve idare mahkemesinin değerlendirmelerinde yer aldığı gibi filmin terör propagandası içerebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte eserin ele aldığı konu, kullanılan ifadeler, hitap ettiği toplumsal kesim ve çekildiği dönem koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁵ Mahkemeye göre, eserin toplumsal bir soruna dikkat çekme amacıyla mı yoksa propaganda veya şiddet çağrısı gibi yasaklı sınırları aşma amacıyla mı yapıldığı incelenmelidir. Anayasa Mahkemesi, sanatsal eserlerin, kullanılan teknik anlatım yöntemleri, bağlamı ve izleyici kitlesiyle birlikte değerlendirilebileceğini, izleyicilerin filmi kişisel birikim ve koşullarına göre yorumlayabileceğini belirtmiştir. Müdahalenin orantılı olup olmadığının titizlikle incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁶ Mahkeme, eserin bir bütün olarak incelendiğinde terör propagandası yapmadığını, aksine terör sorununa farklı bir perspektiften yaklaştığını ve yaşanan acılara dair ironik veya trajik bir anlatım sunduğunu belirtmiştir. Tamamen yasaklama kararı ifade özgürlüğüne yönelik ölçsüz bir müdahale ve ön sansür olarak değerlendirilmiş, daha sınırlı tedbirlerin (örneğin +18 yaş sınırı veya bazı sahnelerin çıkarılması) uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁶⁷

⁶³ Sanatsal ifade özgürlüğü sanatsal yaratıcılığı kısıtlayan, biçimsel ve içeriksel yasakların dışlanması öngörmektedir. BverGE, 30, 173, 190; (aktaran) Zafer Gören, "Sanat ve Bilim Özgürlüğü", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, Temmuz 2020 (Özel Ek), s. 450.

⁶⁴ Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 26 ve İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 36.

⁶⁵ Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 52-53.

⁶⁶ Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 54-55.

⁶⁷ Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 54-56-58. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin eseri bütüncül bir şekilde değerlendirmede, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerini yeterince tartışmadığını ve demokratik bir toplumda bu tür bir yasaklamanın gerekliliğini ortaya koyamadığını belirtmiştir. Mahkeme, sansür yerine sınıflandırma gibi daha hafif tedbirlerin düşünülebileceğini ifade ederek, Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 54-59-62.

Bir diğer başvuru da yine sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgilidir. Başvurucu, Guillaume Apollinaire'in "*Genç Bir Don Juan'ın Maceraları*" adlı romanının Türkçe çevirisinin yayınlanması nedeniyle, müstehcen yayın suçundan yargılanmış ve kovuşturması ertelenmiştir. Bu kararın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.⁶⁸ Anayasa Mahkemesi öncelikle, başvurucu hakkında verilen 3 yıl süreli kovuşturmanın ertelenmesi kararının müdahale olup olmadığını tartışmıştır. Mahkemeye göre, kovuşturmanın ertelenmesi, başvurucu üzerinde *caydırıcı bir etki* yaratıp ifade özgürlüğünün fiili olarak sınırlandırılması anlamına geldiği için bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.⁶⁹ Mahkeme, müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen kriterleri karşılamadığına karar vermiştir. Müdahalenin, kanunla öngörülmüş olsa da Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğünün özüne ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Alt mahkemelerin yetersiz bilirkişi raporlarına dayanarak, kitabın edebi ve sanatsal değerini göz ardı etmesine değinilmiştir. Sanatsal ifadenin, öznel yorumlara açık olsa da demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün temel unsuru olduğu vurgulanmıştır.⁷⁰

Kanaatimizce her iki kararda da atfın gereklilik unsurları mevcuttur. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi atfın gereklilik unsurları arasında en öne çıkanı hukuki sorunun benzerliğidir. Bu olaylarda da benzer hukuki sorun sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlarıdır. Dahası sanatsal anlatının kendine özgü bir dili olduğu dolayısıyla bazı ifadelerin o anlatı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki tespitler kararlarda yer almıştır. Benzer hukuki sistem ve benzer hukuki sorunların var olduğu söylenebilir. Doğrusu ilk karardaki müdahale türü, ikinci karara göre daha belirgindir. Dahası AİHM içtihadının mevcut hukuki sorunu anlamlandırmada yeterli olduğu da iddia edilebilir. Atfın bu açıdan bir nebze fazla ve gereklilik şartını sağlamadığı da ileri sürülebilir. Yine de sanat eserlerine dönük müdahaleden bağlamsal değerlendirmenin vurgulanması açısından faydalı bir perspektif sağlanmıştır.

3. ÖRNEK III - İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ve NEFRET SÖYLEMİ

Bireysel başvuru kararlarındaki atıfların son örneğinde ifade özgürlüğü ve kişilik hakları arasındaki uyum arayışları konu edinilmiştir. Bu örnekte atfı yapan ve atıfta bulunulan birer karar olduğu için Türk Anayasa Mahkemesinin kararının özeti ile başlanabilir.

Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği başvurusunda, başvurucular, Cerattepe Maden Projesi hakkındaki haberlerde kendilerine yönelik kullanılan ifadelerin kişilik haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucular, basın tarafından haklarında kullanılan "*Alman devşirmesi*", "*PKK grupları*" gibi ifadelerin nefret söylemi teşkil ettiğini ve bu haberlerin, kendilerini terörizmle ilişkilendirilerek hedef gösterdiklerini savunmuştur. Mahkeme, söz konusu haber ve yorumların, objektif gerçekleri çarpıtmadığını; daha ziyade tartışmalı bir konuya ilişkin farklı görüşleri dile getirme amacı taşıdığı tespitini yapmıştır. Mahkeme, gazetecilerin yorumlarının sert olsa da kişilik haklarına yönelik doğrudan bir saldırı teşkil etmediğini, ifade özgürlüğünün geniş bir yorum alanı bulunduğunu ve abartılı ifadelerin dahi kişilik haklarını ihlal etmediğini

⁶⁸ İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 38.

⁶⁹ İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 44.

⁷⁰ İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 71-75.

belirtmiştir. Mahkeme, ceza yargılaması dışında başvuruçuların hukuk mahkemelerinde⁷¹ tazminat davası açabileceğini eklemiştir. Başvuruçuların öncelikle (tazminat için) hukuk mahkemelerine başvurmamış olmaları da başvurunun usulden reddine sebep olmuştur.⁷²

Anayasa Mahkemesi, “*Alman Devşirmesi*” ve “*PKK yanlısı*” gibi ifadelerin içeriğine dair değerlendirme yaparken “*kamuoyunda önemli sayıda kişi ve grup; çevrecilerin bu eylemlerinin ülke ekonomisine yarardan çok zarar getirdiğini, ülkenin tüm zenginliklerinin kullanılması gerektiğini, maden kaynaklarının kullanılmasına karşı çıkanların ancak ülke ekonomisinin gelişmesini istemeyenler olabileceğini savunmuşlardır*” ifadesini kullanmıştır.⁷³ Mahkeme, özetle, başvuruçunun sırf çevreci olduğu için hedef gösterilmediği sonucuna varmış ve nefret söyleminin bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Bu kararda atıfta bulunulan FAYM kararında da yine kişilik hakları ve ifade özgürlüğü arasındaki uyuma ilişkin bir soru yanıtlanmaya çalışılmıştır.

⁷¹ Kararda, Anayasa Mahkemesi, hukuk mahkemelerinde dava açma yolunu *daha etkili bir giderim yolu* olarak nitelendirmiştir. Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2016/79283, T: 17.04.2019, § 37.

⁷² Çalışmanın bağlamından kopmamak kaydı ile Anayasa Mahkemesinin bu kararına ilişkin bazı tespitlerin paylaşılmasında yarar vardır. Anayasa Mahkemesinin bu kararında olduğu gibi hukuk sisteminden birden fazla usulün kümeleşerek etkili olması mümkündür. Ömer Emrullah Egeliği, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 206. Hakaret vs gibi bu tarz başvurularda Anayasa Mahkemesinin yaygın içtihadının bu yönde olduğu da doğrudur. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin şu kararları: (Halkevleri Derneği ve İlknur Birol Başvurusu, AYM, B. No: 2013/577, T: 30.06.2014, § 32 ve Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, AYM, B. No: 2012/1027, T: 12.02.2013, §§ 19-20.) Bununla birlikte şunu da ifade etmek gerekir ki ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasında en temelde ekonomik olarak bir ulaşılabilirlik farkı vardır. Bu fark da göz önüne alınarak bu içtihat sürdürülürken dikkatli olunması ve her somut olaya göre değerlendirme yapılmasının bırakılmaması icap eder. Aksi halde sistematik bir şekilde hakarete ve nefret söylemine maruz kalan dezavantajlı grupların, maruz kaldıkları saldırılar karşısında da hukuk mahkemelerinde dava yolunun adres gösterilmesi gibi rasyonel olmayan bir sonuç doğabilir.

⁷³ Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2016/79283, T: 17.04.2019, § 34-36.

Mahkemenin bu tespiti yaparken ne tür bir veriye ya da çalışmaya dayandığı ilgili paragrafta yer almamaktadır. Şüphesiz çevreci eylemlerin ülkeye zarar getirdiği, hatta çevreci hassasiyetlerin ülkeler arasında rekabette araçsallaştırıldığını söylemek ifade özgürlüğü içerisinde. Hatta yabancı STK’ların ülke menfaatinin aksine bir doğrultuda faaliyet gösterebileceği de bir olgu olabilir, olmasa da ifade edilebilir. Gerçi bunlar hukukun konusu olmaktan ziyade diğer başka disiplinlerin konusu olmaya daha elverişlidir. Ancak bu tarz olgular hukukun konusuna girdiği takdirde bunların tam aksi de öne sürülebilir. Örneğin yabancı bir maden işletmesi söz konusu olabilir ve bunun faaliyetleri ülkenin çıkarlarına ve çevreye zararlı olabilir. Bu durumda bu madenin zararlı faaliyetlerine karşı sivil toplum aktiviteri yürüten kişileri hedef gösteren gazetecilerin yabancı şirketlerle iş birliği yaptığı öne sürülebilir. Veyahut bu yabancı maden şirketine karşı yabancı bir STK çalışmalar yürütüyor olabilir. Görüldüğü gibi üç olasılık da somut olaylarda başvuruçuların menfaat ilişkilerinin değerlendirmelerde mutlak tutarlılığa ulaştıramayacağını göstergesidir. Ayrıca Kararda bu kanaate varılırken, başvuruçunun çevrecilik faaliyetlerinden önce de söz konusu vakıflarla ilişkisi ya da yayına çıktığı TV kanalıyla ilgili suçlayıcı haberlerin mevcut olup olmadığına dair bir bilgi mevcut değildir. Yani bu haberlerin çevrecilik faaliyetleri ile ilgisinin olmadığını gösteren bulgulara karar metninde rastlanmamıştır.

Başvurucu, 1992 yılında "*Regensburger Wochenblatt*" gazetesinde yayımlanan bir makalede, Regensburg'daki kültür idaresine bir üye atanması ile ilgili olarak adaylardan birinin Yahudi kimliğinden söz etmiştir.⁷⁴ Başlıkta yer alan "*Kültür: Bir Yahudi?*" ifadesi, bu adayın etnik kökenine dikkat çekse de makale, söz konusu adayın kültür alanındaki yeterlilikleriyle ilgili bir bağlamda yazılmıştır. Ancak, başlık ve içerik, daha sonra halkı kin ve düşmanlığa teşvik etme suçlamasına konu olmuştur. Yerel mahkemeler, başvurunun bu ifadeyle Yahudi halkına hakaret ettiğine karar vererek, başvurucuya ceza vermiştir.

FAYM, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 5. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, halkı kin ve düşmanlığa teşvik etmeyen ifadelerle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Fakat, ifadenin içeriğinin birden çok anlamı olduğunu ve başlığın yalnızca (nefret/ayrıcılık kastı olmaksızın) kişinin etnik kimliğine referansla yapıldığını ifade etmiştir. Mahkeme, bunun doğrudan bir hakaret anlamına gelmediğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre, "Yahudi" ifadesinin kendisi, Nazi dönemi gibi özel bir bağlam dışında bir aşağılamayı temsil etmemektedir. Ancak derece mahkemelerinde ise tek başına makalenin başlığı dikkate alınarak, metnin genel bağlamı göz ardı edilmiştir. Mahkeme, başvurunun makalesinin, ifade özgürlüğü çerçevesinde daha dikkatli değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Makalenin, Yahudi halkına yönelik herhangi bir saldırı içerdiği kanıtlanmamıştır ve başvurucuya ceza verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu düşünüldükçe ihlal kararı verilmiştir.

Kanaatimizce Türk Anayasa Mahkemesinin, FAYM'nin kararına atıfta bulunmasının birkaç olası nedeni vardır. Bu kararda, ifade özgürlüğü kapsamında olmayan *halkı kin ve düşmanlığa teşvik etme* olgusunu inceleyen bir değerlendirme yapılmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğü, kişilik hakları ve toplum huzuru arasındaki dengeyi gözetmeye çalışmaktadır. Bununla birlikte Türk Anayasa Mahkemesinin, başvuru sahiplerinin "*Alman ajanı*" olarak yaftalanmalarının çevreci kimliklerinden ziyade, bu kişilerin ideolojik duruşlarından ve dışarıdan aldıkları destekle ilişkilendirilen bir suçlama olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmesi tartışmalı bir tespittir. Bu tür bir yaftalamanın ifade özgürlüğü sınırlarını aşarak nefret söylemi yaratma potansiyeline sahip olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Başvuruculara yönelik "*Alman ajanı*", "*PKK yanlısı*" gibi suçlamaların, şeref ve itibar haklarına zarar verici bir nitelik taşıyabilir. Üstelik FAYM önündeki vakanın aksine, başvuru sahiplerine yöneltilen tespit somut bir olgu olmaktan uzaktır. Zira "*PKK yanlısı*", "*Alman ajanı*" gibi ifadeler suç teşkil eden ve yargılama gerektiren tespitlerdir. Fakat FAYM önündeki vakada olduğu gibi, bir kişinin etnik ya da dini mensubiyeti daha açık bir olgusal tespittir. Nitekim FAYM de bu hususu "*çok uzak olmayan açık bir referans*" olarak tanımlayıp, bu referansın kullanılmasının ne gibi bir nefret söylemine dönüştüğünün gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁵ Fakat Türk Anayasa Mahkemesi önündeki vakada bu derece yakın bir *olgusal referanstan* söz etmek pek olası görünmemektedir.

Ek olarak FAYM kararının gerekçesinin ana gövdesinde olmasa da istinaf mahkemesi kararı değerlendirilirken dikkat çeken bir husus mevcuttur. O da

⁷⁴ BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000.

⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000, § 41.

ifadenin kendisi, içeriği ve bağlamı kadar ifadenin kullanıcısı kriteridir.⁷⁶ Kararın gerekçe kısmında olmasa da istinaf mahkemesi kararı özetlenirken yazar ile ilgili değerlendirmelere de yer verilmiştir.⁷⁷ Yazarın daha önceki çalışmaları, genellikle eleştirel ve tarafsız bir bakış açısıyla kaleme alınmış, ırkçı bir söylem içermemiştir. Yazarın, toplumsal bir tartışma yaratmayı amaçladığı ve yazısındaki başlığın yalnızca bir kimlik tanımlaması olduğuna karar verilmiştir. Yazarın geçmişteki toplumsal katkıları, bu yazıda ırkçı bir amacı olmadığını kanıtlayan yan bir faktör olarak öne çıkmıştır.⁷⁸ Türk Anayasa Mahkemesi kararında ise başvuru konusu haberler dışında, geçmişteki haberler ve yazarların önceki yazıları hakkında spesifik bir değerlendirme veya tespit bulunulmamıştır. Karar, daha çok başvuruculara yönelik güncel suçlamalar ve bu suçlamaların, şeref ve itibar hakları ile ifade özgürlüğü açısından nasıl değerlendirileceği üzerine odaklanmıştır.

Kanaatimizce her iki karar arasındaki farklar yeterince irdelenmemiş ve *atıfların gerekliliğinin*, ardıl boyutu ihmal edilmiştir. Zira olayda başvurucuların basın özgürlüğü ekseninde bulundukları konum dahi farklıdır. FAYM kararında başvuru gazeteciyken, burada ilgili haberden etkilenen kişilerdir. Ayrıca belirttiğimiz gibi FAYM kararındaki olayda haberin içeriği bir somut olguyu işaret etmektedir. Kişinin etnik kökeni, dili, memleketi, okuduğu okullar kişinin değiştiremeyeceği somut olgulardır. Ancak terör örgütü mensubu olmak ya da yabancı ülkelere ajanlık yapıyor iddiaları, hukuki sonuçları da olan ithamlar niteliğindedir. Kanaatimizce her iki karar arasındaki benzerlik ancak FAYM kararında gazetecinin, bürokrat adayı için bir ülkenin ajanlığını yaptığı iddiası olsa idi yüksek olurdu. Ne var ki bu iki olay arasında bu noktada asgari benzerlik mevcut değildir. Elbette atıf yapılan kararın aynı olması şart değildir. Ancak iki karar arasındaki temel değerlendirme farklarının ortaya konmaması, atfın ardıl gereklilik şartını sağlamaması sonucu doğurur.

B. NORM DENETİMİ KARARLARI

Bu bölümde norm denetimi kararlarında atıf yapılan FAYM kararlarına yer verilecektir. Norm denetimi incelemesinde FAYM'nin yalnızca norm denetimi kararlarına atıf yapılmamış bireysel başvuru kararlarına da yer yer başvurulmuştur. Bu bölüm Türk Anayasa Mahkemesinin erken dönem atıflarının çoğunu içermektedir. Kararların dağılımı incelendiğinde oluşan ilk izlenim hukuki sorunların daha çok, özel hukuk alanında destek yorum olarak kullanıldığıdır.

⁷⁶ Örneğin bu ifadeyi kullananın bir Nazi geçmişi olsa idi farklı bir değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir. BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000, § 40.

⁷⁷ BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000, § 14.

⁷⁸ Bu yan değerlendirmenin bir örneğini de Perinçek / İsviçre kararında görmek mümkündür. Kararda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başvurunun geçmişteki ifadelerini ve siyasi duruşunu da değerlendirme unsuru olarak ele almıştır. Mahkeme, başvurunun daha önceki davalarında ifade özgürlüğü ihlalleri konusunda verdiği kararları göz önünde bulundurmuş, geçmişteki açıklamalarının “şiddet veya nefret söylemi” içermediğini belirlemiştir. Bu bağlamda, “ifade özgürlüğü” hakkının, kullanılan ifadenin bağlamı ve söylemiyle birlikte, geçmişteki siyasi duruş ve tutumları da göz önünde bulundurmuştur. Perinçek/İsviçre (B.D.), AİHM, B. No: 27510/08, T: 15.10.2015, §§ 237-241.

1. ÖRNEK I - EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLAR

Bu örnekte incelenen FAYM kararına atfı yapılan 2 karar mevcuttur. Bunlardan ilki 1981 tarihli diğeri ise 1991 tarihli dir.

Türk Anayasa Mahkemesinin 1981 tarihli kararında, Türk Medeni Kanunu'nun çeşitli hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı incelenmiştir.⁷⁹ İzmir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, tarafından itiraza konu edilen ilk madde Medeni Kanun'un 292. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Buna göre, hâkim, evli bir erkeğin zinası sonucu doğan çocuğunun babalığına hükmedememektedir. Kanun'un 310. maddesi bunun istisnası olarak babanın, evlilik dışı çocuk sahibi olduğu kişinin iradesini yanıltmış olması durumunu göstermiştir. İtiraz konusu bir başka hüküm olan Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesi ise nesebi sahih olmayan çocukların miras hakkını düzenlemekteydi. Bu hükme göre, nesebi sahih olmayan çocuklar, anne tarafından mirasçı olabilmekte; ancak baba tarafından mirasçı olabilmeleri için babalarının onları tanıması ya da mahkeme kararıyla babalıklarının tescil edilmesi gerekmektedir. Tanınan ya da mahkeme kararıyla babalıkları kabul edilen bu çocuklar, baba tarafından nesebi sahih olan çocuklarla aynı mirası paylaşmakta; ancak payları yarıya düşmekteydi.

Anayasa Mahkemesi bu hükümlerden Türk Medeni Kanunu'nun 310. maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir. Hüküm, evli bir erkeğin zina yoluyla doğan çocuklarıyla ilgili olarak hâkimin, (erkek cinsel ilişki sırasında evli ise) babalığa hükmedemeyeceğini belirtmekteydi. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vererek, 310/2. maddeyi iptal etmiştir. Diğer hükümler, 292 ve 443. maddeler ise bu karar kapsamında incelenmemiş ve iptal edilmemiştir. Mahkeme, bu hükmün, evlilik dışı doğan çocuklar ile diğer çocuklar arasındaki eşitliği⁸⁰ ihlal ettiğini belirtmiştir. Evlilik dışı doğan çocukların babalarıyla bağ kurmasının engellenmesinin, anayasal yükümlülöklere aykırı olduğu belirtilmiştir.⁸¹

FAYM kararına değinmeden önce benzer yönleri ağır bastığı için Türk Anayasa Mahkemesinin daha yeni tarihli kararını da özetlemekte yarar vardır. 1991 tarihli kararda da bir önceki karara konu olan itirazda yer alan, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 292. maddesi ele alınmıştır. Mahkeme, itiraz başvurusu üzerine birbiriyle evlenmeleri yasak olanların zinasından doğan çocukların tanınamayacağını belirten kısmını iptal etmiştir.⁸² 1981 tarihli kararda iptal edilen ise evli erkeklerin, cinsel ilişki sırasında evli olmaları halinde doğan çocuğun hâkim kararı ile tanınmasını engellemekte olan hükümdür. Bu yönü ile iptal edilen hükümlerin birbirine benzer konuları düzenlediği söylenebilir.

⁷⁹ AYM, E: 1980/29, K: 1981/22, T: 21.05.1981.

⁸⁰ 1961 Anayasası'nın 12. maddesi, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtmektedir.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 310. maddesinin ikinci fıkrasının, af kanunları ile sıkça geçici olarak düzeltildiğini ve bu durumun maddenin uygulamadaki eksikliklerini ortaya koyduğunu belirtmiştir. 1933-1974 yılları arasında çıkarılan af yasaları, evlilik dışı doğan çocukların babaları tarafından tanınmasını sağlamak amacıyla, maddenin getirdiği hukuki engelleri ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Ancak, bu geçici çözümler, çocuk haklarının ihlali ve eşitlik ilkesine aykırılık gibi kalıcı sorunları çözmemiştir. Ayrıca, uluslararası alanda da çocukların hukuki eşitliği ve aile birliğinin korunması açısından önemli gelişmeler yaşanmış, birçok ölkede (Örneğin İsviçre) bu tür ayrımcı düzenlemeleri kaldırarak çocukların eşit haklarla korunması ilkesine yönelmiştir. Bu gibi tespitler kararın gerekçesini teşkil etmiştir.

⁸² AYM, E: 1990/15, K: 1991/5, T: 28.02.1991.

Atıfta bulunulan FAYM kararının arka planındaki olay da benzer şekilde evlilik dışı doğan çocukların hakları ile ilgilidir. Evlilik dışı bir çocuk olan başvuru, babasının ölümünden sonra medeni hukuktan kaynaklanan nafaka üzerinden, sosyal sigortadan aldığı yetim aylığının mahsup edilmesine karşı çıkmaktadır. Başvuru, babasının sağlığında imzaladığı bir taahhütnameye dayanarak düzenli nafaka alırken, babasının ölümüyle birlikte sosyal sigortadan (nafakaya ek olarak) yetim aylığı almaya da başlamıştır. Ancak, babasının -aynı zamanda babanın mirasçısı olan- eşi, çocuğun halihazırda yetim aylığı aldığını ve bunun nafaka ödemesini karşıladığını savunarak hukuki süreç başlatmıştır. Derece mahkemeleri, mirasçının bu iddiasını kabul ederek, sosyal yardımın nafaka yükümlülüğünü karşıladığı yönünde karar vermiştir. Başvuru, bu kararı FAYM'ye taşımıştır.

FAYM, sosyal yardım ve nafaka hakkını iki ayrı hukuki temele dayandırarak net bir ayrım yapmıştır. Mahkeme, yetim aylığının sosyal güvenlik sistemine dayalı bir hak olduğunu, nafakanın ise babanın medeni hukuk yükümlülüklerinden doğan bir hak olarak ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu iki hakkın birbirini ortadan kaldırmayacağını belirten Mahkeme, derece mahkemesi kararının, Anayasası'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 6. maddesinin 5. fıkrasındaki *evlilik içi ve dışı çocukların eşitliği ilkesine* aykırı olduğuna hükmetmiştir. FAYM ayrıca, kanun koyucunun evlilik dışı çocukların haklarını anayasa ile uyumlu bir şekilde düzenleme görevini yeterince yerine getirmediğini tespit etmiştir.⁸³ Bu noktada, medeni hukukun mevcut düzenlemelerinin, evlilik dışı çocukları dezavantajlı bir konuma düşürdüğünü ve yasa koyucunun gerekli reformları yapmadığı sürece bu tür sorunların devam edeceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce bu atıfta benzer hukuki sorun şartı sağlanmaktadır.⁸⁴ Atıfta bulunulan FAYM kararında çözülen/yanıtlanan hukuki sorun Anayasa Mahkemesi önündeki davada da istifade edilecek bir husustur.⁸⁵ Anayasa

⁸³ Burada Federal Mahkemenin tespitlerine dikkat çekmek gerekir. Federal Mahkeme "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" için bazı şartların gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, yasamanın ihmal yolu ile anayasayı ihlal edip etmediğini denetlerken yasamanın sahip olduğu takdir yetkisine öncelikle dikkat çekmektedir. Yani yasama bir düzenlemeyi dilediği zaman yapmakta serbesttir. Yasaların sıralama ve önceliğine yasama karar verir. Ancak yine Mahkeme şunu da söylemektedir, Anayasa'nın 6. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "evlilik dışı ve içi çocuklar arasındaki eşitlik ilkesinin" günlük hayatta sıkça rastlanan hayati bir soruna yönelik olduğu açıktır. Bu hükmün anayasal önemi ortadayken, anayasal açıdan daha az önemli konularda bile yasama faaliyeti yapılıyor ise bu konuda (20 yılı aşkın süredir yapılmamıştır) evleviyetle düzenleme yapılmış olması beklenir. BVerfG, 1 BvR 26/66, T: 29.01.1969, § 51. Rona Serozan, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 6, 1970, s. 249.

⁸⁴ Bu noktada şu soru akıllara gelmektedir. FAYM kararından evvel de benzer şekilde doğum temelli ayrımcılığa karşı Strasburg kararları mevcuttur. Örneğin AIHM, Inze v. Avusturya, B. No. 8695/79, 28/10/1987. Ancak Anayasa Mahkemesi, AIHS'den ve çeşitli uluslararası sözleşmelerden bahsetse de bu tarz kararlara atıf yapmamıştır. Bir olasılık Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında Almancanın yabancı dil olarak daha yaygın olması ya da Almanca kararların daha yakından takip edildiği öne sürülebilir. Diğer bir olasılık Strasburg kararlarında kullanılan dile olan mesafe ve o kararların yakından takip edilmemesi olabilir.

⁸⁵ Kontacı, bu atıf için destekleyici, dekoratif bir atıf nitelendirmesi yapmıştır. Kontacı, 2021, s. 244 Yazarın aynı eserinde dekoratif atıfları nasıl nitelendirdiğine ilişkin birtakım veriler elde etmek mümkündür. Yazar, dekoratif atıfları mahkemelerin bilgelik

Mahkemesi, FAYM kararına atıfta bulunurken “benzer bir konuda” ibaresine yer vererek bu benzerliğe ilişkin farkındalığını vurgulamıştır. Mahkeme her iki kararda da atfını şu şekilde dile getirmiştir: “Belirli bir grup insanın kendi iradeleri dışında kalmış bir nedenle, salt bir doğum yanlısı yüzünden aşağılanmalarının, horlanmalarının ... eşitlik ilkesi ve kişiliğin serbestçe oluşumu, gelişimi, temel hakkı ile bağdaşmayacağı açıktır.” Doğrusu alıntılanan ifade, hukuki sorun benzerliği ve gerekçede kullanılışı atfın görünüşte değil gerçek bir diyalog örneği olduğunu gösteren etmenlerdendir. Bu karardaki atıf, benzer hükmün yorumlayıcısı ülke kararlarına dönüktür. Bu yönü ile “dinamik sonuçlu kullanım⁸⁶” olarak tanımlanabilir.

Ne var ki bu ifadenin Rona Serozan’ın çevirisinden alınmış olduğu tespit edilebilmektedir.⁸⁷ Fakat kararda bu yönde bir bilgiye rastlanmamakla beraber zaten atfın kendisinde hangi karara atıfta bulunulduğu bilgisi de mevcut değildir.⁸⁸ Kararın künyesine Serozan’ın kararlar derlemesinde yer alan bilgiler ile ulaşılabilmektedir. Atfın yöntemsel eksikliği, içerikteki destekleyici rolüne gölge düşürmektedir.

2. ÖRNEK II – EŞLER ARASI EŞİTLİK

Bu başlık altında incelenecek olan kararlar da eşitlik ilkesi bağlamında medeni hukuka ilişkin tartışmaları içermektedir.

FAYM’ye gönderme yapan karar, İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu’nun 159. maddesinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla yaptığı itiraz üzerine verilmiştir. Medeni Kanun’un 159. maddesi, kadınların meslek veya sanatla uğraşmasını kocanın açık veya dolaylı iznine bağlamış, iznin reddi durumunda kadının mahkemeden onay istemesini öngörmüştür. Davacı kadın, halk müziği sanatçısı olarak çalışmaktadır. Evliliğin sonraki aşamalarında kocası kadının çalışmasına rıza göstermediğini beyan etmiştir. Boşanma davası görülürken, bu düzenlemenin kadın-erkek eşitliği ve çalışma hakkını ihlal ettiği öne sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi yalnızca FAYM’ye değil Türk Medeni Kanunu’nun esinlendiği İsviçre Medeni Kanunu’na ve diğer medeni hukuk sistemlerine de

gösterme aracı (s. 165); kararlar arasındaki zayıf bağlantı sonucu (s. 163); dolgu malzemesi ve süsleme (s. 162) gibi ifadelerle nitelendirmiştir. Yazarın bu kategoriye nitelendirmesi önemlidir. Buna ve giriş bölümünde değindiğimiz, Oder’in “görünüşte atıf” nitelendirmelerine katılıyoruz. Bu farkındalığı da önemli buluyoruz. Ancak bu örneğin yukarıdaki nitelendirmelerin kapsamına girdiği hususuna katılamıyoruz. Zira atıfta bulunulan Federal Mahkeme kararındaki (en azından) hukuki sorun ve felsefi yaklaşım bu karar ile örtüşmekte ve görünüşte değil özde bir diyaloga olanak tanımaktadır.

⁸⁶ Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 193.

⁸⁷ Serozan, s. 249.

⁸⁸ Esasında Gözler’in ifade ettiği gibi fikri mülkiyet hukuku açısından kurallar herkes gibi mahkemeleri de kapsamaktadır. Her ne kadar Mahkeme kararında Serozan’ın eserinin başlığı zikredilse de atıf yapılan mahkeme kararı Serozan’ın çevirisidir ve çevirinin yer aldığı esere nizami olarak atıfta bulunulması gereklidir. Kemal Gözler, Alıntı ve Atıf Usülleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2023, s. 308. Aynı kural mahkeme atıflarında, karar künyelerinin muntazam bir şekilde verilmesini de gerektirir.

atıflar yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun, 1912'de yürürlüğe girdiğinde ilerici bir düzenleme olarak kabul edilmekle birlikte, koca egemenliğine dayalı bir aile modelini esas aldığı, eşler arasında tam bir eşitlik sağlamadığı belirtilmiştir.⁸⁹ Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, Medeni Kanun'un 159. maddesinin kadın-erkek eşitliğini zedelediği ve çalışma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Atıfta bulunulan kararın içerik uyumunu incelemeden önce atıf yönteminin eksikliğine değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi, FAYM'nin kararına tam künyesi ile atıfta bulunmamıştır. Tek atıf parantez içinde verilen 1954 sayılı Alman Resmî Gazetesinin 10. sayfasıdır.⁹⁰ Bu atıf üzerine yapılan araştırmada söz konusu resmî gazetenin tam tarihinin 02/02/1954 olduğu tespit edilebilmiştir. Bu gazetenin yine belirtildiği gibi 10. sayfasında yer alan karar FAYM'nin 18/12/1953 tarihli kararıdır.⁹¹

FAYM kararı kadınların hakları üzerindeki evlilik birliğinden kaynaklı sınırlamaların kaldırılmasını içermektedir. Federal Almanya Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrası, kadın ve erkek eşitliğini anayasal bir norm olarak düzenlemiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 117. maddesi, bu eşitlik ilkesine aykırı olan eski medeni hukuk düzenlemelerinin 31 Mart 1953 tarihine kadar düzeltilmesini öngörmüştür. Ancak yasama organı, bu süre zarfında gerekli reformları yapmamış ve eski medeni hukuk kuralları yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bu kurallar, özellikle kadınların evlilik birliği içinde çalışma hakkını sınırlamış ve kocaya, eşinin meslek veya sanatla uğraşmasına izin verme yetkisi tanımıştır. Bu durum, anayasal eşitlik ilkesinin bağlayıcılığı ve doğrudan uygulanabilirliği sorununu gündeme getirmiştir.

FAYM, Anayasa'nın 3. maddesindeki kadın-erkek eşitliğini, yasama organı tarafından düzenlenmesi beklenen bir "program maddesi" olarak değil, doğrudan uygulanabilir bir hukuk normu olarak değerlendirmiştir.⁹² Mahkeme, yasama organının gerekli düzenlemeleri yapmamış olmasının anayasal normların uygulanabilirliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Buna göre, kadınların çalışma hakkını kocanın iznine bağlayan eski medeni hukuk kuralları, anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu için geçersiz sayılmıştır. Mahkeme, anayasanın temel haklarla ilgili hükümlerinin mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabileceğini ve anayasa ile çelişen eski düzenlemelere itibar edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Bu kararı izleyen gelişmelerden en önemlisi ise Anayasa Mahkemesi kararında ifade edildiği gibi Medeni Hukuk Alanında Kadınlar ve Erkekler için

⁸⁹ Kararda ayrıca Alman hukukunda, II. Dünya Savaşı sonrası gerçekleştirilen reformlarla kadın-erkek eşitliği genişletildiği ve 1957 tarihli *Gleichberechtigungsgesetz* ile kocanın karısını çalışma hakkından mahrum bırakma yetkisinin kaldırılma eğiliminin sergilendiği belirtilmiştir. Yine gerekçeye yansıdığı üzere Fransız hukukunda 1965 reformları, kadının meslek ve çalışma özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaları sona erdirmiştir. Kararda ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gibi uluslararası belgelerden de yararlanılmıştır.

⁹⁰ "Bundesgesetzblatt, 1954, s. 10" şeklinde verilmiştir.

⁹¹ BVerfGE, I. Senate, 106/53, T: 18.12.1953.

⁹² BVerfGE, I. Senate, 106/53, T: 18.12.1953, § 46.

Eşit Haklar Kanunu'dur.⁹³ Ne var ki Anayasa Mahkemesi bunu belirtirken de bir tarih hatası yapmıştır. Zira anılan eşitlik kanunu 18/06/1957 tarihinde kabul edilse de yürürlüğe giriş tarihi 01/07/1957 değil 01/07/1958'dir. Normal şartlarda bu durum, çok fazla dikkate alınmayabilecek, küçük bir hata olarak kabul edilebilecek bir tarih yanlışlığı olsa da karara yapılan atıftaki eksikliklerle beraber düşünüldüğünde atfın içeriksel değer ve önemine gölge düşürmektedir. Nihayetinde hatalar olsa da bu atıflarla işaret edilen olgu, Anayasa Mahkemesi önündeki sorunla benzeşmektedir. Zira FAYM'nin kararı ve ardından çıkartılan yasalar, kadın ve erkek eşitliğinin sosyal hayata yansımaları sağlamaktadır. Nitekim kadınların çalışma hakkı ile ilgili gelişmeler de içermektedir. Anayasa Mahkemesinin kadınların aile birliği içerisindeki haklarının gelişmesi eğilimini örneklendirmesi içerik açısından yerinde bir atıf olarak kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan atıf, **karşılaştırmalı hukuk ve mahkemeler arası diyalog** çerçevesinde anlamlı bir örnek teşkil etmektedir. Her iki kararın odak noktası, kadınların medeni hukukta eşit haklara sahip olmasını sağlayarak anayasal eşitlik ilkesini güçlendirmektir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin FAYM kararına yaptığı atıf, **karşılaştırmalı anayasa yargısının** bir örneği olarak, kadın haklarının korunması ve anayasal normların doğrudan uygulanabilirliği açısından ileri bir yorum yöntemi sunmaktadır. Bu yaklaşım, anayasal hakların evrensel standartlarla uyum içinde yorumlanmasını ve mahkemeler arası diyalog yoluyla hukuk düzenlerinin birbirini tamamlamasını teşvik etmektedir.

Son olarak kararda kullanılan “*çağdaş çözüm önerileri*”, “*çağdaş yasalar*”, “*çağdaş hukuk anlayışı*” gibi bağlama ifadelerine değinmek gerekir. Bu ifadeler yeterince somutlaştırılmadığı sürece bir tür “görünüşte (pseudo) atıf” ya da görünüşte diyalog tehlikesi ortaya çıkabilir.⁹⁴ Yani bu gibi hallerde, karşılaştırmalı hukuka yapılan atıfların gerçek birer kanıt olarak gerekçede belirleyici değerinden söz edilemez. Fakat mahkemenin bu nitelendirmeleri bir kenara bırakılacak olursa benzer hukuk sistemi ve benzer hukuki sorun şartının bu atıf için geçerli olduğu sonucuna varılabilir.⁹⁵

C. SİYASİ PARTİ KARARLARI

FAYM kararlarına yapılan atıfların yoğunlaştığı bir diğer dava türü örneği de siyasi partilerle ilgili kararlardır.

Örneğin 1993 yılında görülen *Özgürlük ve Demokrasi Partisi'ni (ÖZDEP) kapatma* kararında, Almanya FAYM'nin *SRP (Sozialistische Reichspartei)*⁹⁶ ve *KPD (Kommunistische Partei Deutschlands)*⁹⁷ davalarındaki içtihatlarına atıf yapılmıştır.⁹⁸ Doğrusu kararların künyesine yer verilmemiş, Türk Anayasa Mahkemesi kararında FAYM'nin bu partileri, demokratik düzene

⁹³ Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz - GleichberG). Kanun'un yürürlük tarihi 01/07/1958, kabul tarihi ise 18/06/1957'dir.

⁹⁴ Oder, s. 201-202.

⁹⁵ Bizimle benzer yönde bir görüş için bkz. Kontacı, 2021, s. 246.

⁹⁶ BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952.

⁹⁷ BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956.

⁹⁸ AYM, E: 1993/1, K: 1993/2, T: 23.11.1993.

tehdit oluşturduğu gerekçesi ile kapattığı bilgisine kısaca yer verilmiştir.⁹⁹ Yine de Anayasa Mahkemesinin bu atıfları, demokratik düzeni tehdit eden siyasi hareketlere karşı devletin kendini koruma refleksini vurgulayan "*militan demokrasi*"¹⁰⁰ anlayışını temel aldığı varsayılabilir.¹⁰¹

ÖZDEP'in kapatılmasında, partinin programında yer alan ifadelerin, Türkiye Cumhuriyeti'nin "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü*" ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi, Almanya'daki bu davaları örnek alarak, demokratik sistemin kendi yıkımına olanak tanımayacağı tezini benimsemiştir. Ancak, Türkiye'nin anayasal düzenindeki hassasiyetlerin Almanya'dan farklı olarak, etnik ayrılıkçılık ve üniter yapı üzerinde yoğunlaştığı vurgulanmıştır.

Atıfta bulunulan SRP kararı (*Sozialistische Reichspartei*) FAYM'nin ilk parti kapatma kararıdır. Mahkeme, SRP'nin (*Sozialistische Reichspartei*) kapatılmasına şu gerekçelerle karar vermiştir: Parti, Nazi ideolojisinin yeniden canlanmasını savunmuş ve demokratik düzeni açıkça tehdit eden politikalar yürütmüştür. Mahkeme, partinin demokratik ilkelere aykırı bir şekilde "*Führerprinzip (lider ilkesi)*" esasına dayandığını, yani otoriter bir liderlik anlayışını benimsediğini tespit etmiştir.¹⁰² Ayrıca SRP'nin faaliyetlerinin, Almanya'nın özgürlükçü ve demokratik temel düzenine zarar verdiği ve bu düzeni ortadan kaldırmayı hedeflediği belirtilmiştir. Bu nedenle, parti "*anayasa düşmanı*" ilan edilerek faaliyetleri yasaklanmış ve mal varlıklarına el konulmuştur.¹⁰³

Yine ilk dönem kararlardan olan KPD'nin (*Kommunistische Partei Deutschlands*) kapatılması kararında da şu gerekçelere yer verilmiştir: Parti, Marksist-Leninist ideoloji doğrultusunda, Almanya'nın anayasal düzenini

⁹⁹ Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bu atfı tercihi öğretide de eleştiri bulmuştur. Kontacı, bu şekilde bir atfın nasıl kategorize edilebileceği, ampirik bir çalışmada nasıl kullanılacağına belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca, Anayasa Mahkemesinin bu atfı yaklaşımı ile Federal Mahkeme kararlarını adeta bir genel kültür bilgisi gibi gördüğü sonucuna varılabileceğini belirtmiştir. Kontacı, 2021, s. 198.

¹⁰⁰ Militan demokrasi, demokrasi düşmanı birtakım fikir ve siyasi hareketlerin, demokratik araçlarla (ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, siyasi partiler vs) iktidar elde edip demokratik düzeni ortadan kaldırma tehlikesine karşı bazı hakların kullanımını sınırlandırmaya cevaz veren bir demokrasi anlayışıdır. İkinci Dünya Savaşı öncesi Avrupa'da ortaya çıkan faşist iktidarlara nedeniyle Amerika'da ortaya çıktığı iddia edilen bu anlayış, siyasi partilerin kapatılmasına olanak tanımaktadır. Konuyla ilgili bir eser için Bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2000. Militan demokrasi kavramı için "mücadeleci demokrasi" kavramı da kullanılırken, AIHM kararlarında bu kavram "kendini koruyan demokrasi" olarak karşımıza çıkmaktadır. Osman Can, Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasi Parti Kapatma Nedenidir, Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, s. 15.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlara atfı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının esas hakkındaki mütalaasında yer almasının üzerine Refah Partisi'nin kapatılma davasının savunmasında, bu kararların ikinci dünya savaşının hemen ardından verildiği ve dönemine göre değerlendirilmesi gerektiği ve partinin kapatılma gerekçesi teşkil etmediği yönde bir savunmaya da konu olmuştur. AYM, E: 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1998/1, T: 16.01.1998.

¹⁰² BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952, § 231.

¹⁰³ Mahkeme, Komünist Parti'nin Nasyonal Sosyalizme karşı mücadelesini kabul etmekle beraber artık Nasyonal Sosyalizm ile mücadelenin tamamlandığı ve özgür seçimlere dayanan demokratik düzen ve yöntemlere herkesin saygı duyması gerektiğini vurgulamıştır. BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956, § 1469.

ortadan kaldırmayı ve proletarya diktatörlüğü kurmayı hedeflemiştir. Mahkeme, *KPD'nin* sadece farklı bir sistem önerisiyle kalmayıp, aktif ve saldırgan bir tutum sergilediğini ve demokratik düzeni şiddet yoluyla değiştirme çabası içinde olduğunu tespit etmiştir. Parti, demokratik özgürlükler ve anayasal düzen için açık bir tehdit olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle, parti kapatılmış, mal varlıklarına el konulmuş ve tüm faaliyetleri yasaklanmıştır

FAYM'nin bu içtihatlarına örtülü olarak atıfta bulunulmuş, bu kararlardaki spesifik unsurlardan yararlanıldığı gözlemlenmemiştir. Bununla birlikte demokratik düzeni korumak için siyasi partilerin kapatılması kararının verilmesinin kaçınılmaz bir gereklilik olduğunu göstermek adına siyasi parti kapatma davalarında bu kararlara değinilmiştir.¹⁰⁴

Kanaatimizce siyasi partilere ilişkin kararlarda kullanılan atıf “kökenci yaklaşım”¹⁰⁵ olarak tanımlanabilir. Zira parti kapatmaya cevaz veren militan demokrasi anlayışı Federal Almanya'daki düzenleme, tarihsel ve yargısal birikim ile ilişkilendirilmiştir. Ancak buradaki atıfların benzer hukuki sorunlara spesifik olarak odaklandığını söylemek güçtür. Daha çok Anayasa Mahkemesinin siyasi partileri kapatabilme yetkisinin meşruiyetini temellendirme amaçlı olduğu söylenebilir.¹⁰⁶

D. KARŞI/FARKLI OYLAR

Kararın esas gerekçesinde yer bulmasa da bazı FAYM kararları ayrıksı oylarda da kendine yer bulmuştur. Şüphesiz kararların ana gerekçelerinde yer alan atıflar ile karşı oyda yer alan atıfların yargısal diyaloga aynı oranda katkı sağladığı söylenemez. Fakat biz Türk hukukunda mümkün olan karşı oy uygulamasının zamanla ana gerekçelere de yansiyebileceği ya da öğretinin buna ilgi gösterebileceği olasılığına binaen karşı oylardaki atıflara da kısaca değinmek istedik.

Ayrıksı oyları kaleme alan üyeler, hukuki pozisyonlarını güçlendirmek amacı ile yabancı mahkeme kararlarına daha çok atıfta bulunma eğiliminde olabilmektedir.¹⁰⁷ Doğrusu bunlardan bir kısmına (özellikle karşı oyda yer aldığı yönünde bir kategorizasyon uygulanmaksızın) makale içinde farklı başlıklarda da yer verilmiştir. Ancak bu örneklerin çok olmasından dolayı, bu başlık altında karşı oylardaki atıflar kısaca özetlenecektir. Her ne kadar makalenin farklı kısımlarında tartışılmış olsa da burada bir görüşümüzü belirtmek gerekir. Karşı oylardaki atıfların, üyelerin yabancı hukuka ilgisini ölçmek için tek başına yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Birincisi karşı oylar bazen birden fazla üye tarafından kaleme alınmaktadır. İkincisi ise raportör, uzman gibi yardımcı kadroların katkılarının ölçülmesinin zorluğudur. Üçüncüsü de yabancı mahkeme kararlarını ele alan ikincil kaynakların çoğalmasındır.

¹⁰⁴ AYM, E: 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/2, T: 23.11.1993; AYM, E: 1993/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/3, T: 30.11.1993; AYM, E: 1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1994/2, T: 16.06.1994; AYM, E: 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2001/2, T: 22.06.2001.

¹⁰⁵ Oder, s. 195.

¹⁰⁶ Benzer yönde bir görüş için Bkz. Kontacı, 2021, s. 279.

¹⁰⁷ Kontacı, 2021, s. 205.

1. ÖRNEK I - SERİ YARGILAMA

Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun seri muhakeme usulüne ilişkin 250. maddesindeki "...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda..." ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁰⁸ Düzenleme, savcının belirlediği yaptırım ile mahkemeyi sınırladığı için yargı bağımsızlığına, tarafsızlığına ve hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre hüküm verme ilkesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, bu kısıtlamanın aynı zamanda masumiyet karinesini zedeleyerek yeterli yargısal denetim yapılmasını engellediğine hükmetmiştir. İptal gerekçesinde, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma hedefinin, bağımsız mahkemelerce yapılacak serbest yargılamalarla sağlanabileceği vurgulanmıştır. Karşı oyda ise Almanya gibi Avrupa ülkelerindeki benzer düzenlemeler örnek gösterilerek, seri muhakeme usulünün ceza adalet sistemine katkı sağlayabileceği savunulmuştur. Üyelerden *Hasan Tahsin Gökcan*, FAYM'nin konu ile ilgili bir kararına atıfta bulunmuş ve seri yargılama sisteminin anayasaya uygun olabileceğini savunmuştur.¹⁰⁹ Ancak Anayasa Mahkemesi, Türk hukukundaki düzenlemenin eksikleri nedeniyle düzenlemeyi iptal etmiştir.¹¹⁰ Üye seri yargılama konusunda Türkiye'de doğan soru işaretini FAYM kararı ile aydınlatmaya çalışmıştır. Söz konusu atıf benzer hukuki sorunları ele alması açısından gereklilik şartını yerine getirmektedir.

2. ÖRNEK II – SİYASİ PARTİLERE YARDIM

Bu başlık altında aynı FAYM kararına atıfta bulunulan 2 karar mevcuttur. Bunlardan ilki olan 1969 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını düzenleyen 1017 sayılı Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'ya

¹⁰⁸ AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021.

¹⁰⁹ FAYM, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 257c maddesiyle düzenlenen anlaşma prosedürünü anayasal ilkelerle uyumlu bulmuş ancak uygulamada ciddi anayasal sınırlar gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, düzenlemenin adil yargılama, masumiyet karinesi ve maddi gerçeğin araştırılması ilkelerine aykırılık teşkil etmediğini, çünkü hâkimlerin gerçeği araştırma yükümlülüğünün anlaşmalarla ortadan kalkmadığını belirtmiştir. Anlaşma prosedürlerinin şeffaflık, hukuki denetim ve sanık iradesinin özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi gerektiğine işaret eden Mahkeme, sanık itiraflarının doğruluğunun hâkim tarafından denetlenmesini şart koşmuştur. Düzenleme anayasaya uygun bulursa da Mahkeme, uygulamada şeffaflık eksiklikleri ve irade baskısı gibi potansiyel ihlallerin giderilmesi gerektiğini vurgulayarak hukuki denetimin güçlendirilmesi çağrısında bulunmuştur. BVerfG, 2 BvR 2628/10, T: 19.03.2013. Özellikle *Gökcan*'ın karşı oyunda atıfta bulunduğu 65 ve 66. paragraflar şu şekilde özetlenebilir: FAYM, anlaşma yasasının (Verständigungsgesetz), mevcut ceza muhakemesi kanununa (Strafprozessordnung) uyumlu şekilde entegre edildiğini ve maddi gerçeğin araştırılması yükümlülüğünü (Amtsaufklärungspflicht) ya da maddi gerçek ilkesini (materielle Wahrheit) zedelediğini belirtmiştir. Kanun, uzlaşmaya dayalı karar mekanizmaları (konsensuale Verfahrensabschlüsse) için yasal bir çerçeve sunarken, resmi olmayan anlaşmaları (informelle Absprachen) yasaklamakta ve şeffaflık (Transparenz) ile kamu denetimini (öffentliche Kontrolle) güvence altına almayı hedeflemektedir. Mahkeme ayrıca, yasa koyucunun nesnelleştirilmiş iradesine (objektivierte Wille) uygun olarak kanunların yorumlanması gerektiğini ve mahkemelerin bu iradeyi aşamayacağını vurgulamıştır. Bu düzenleme, adil yargılama ilkesi (Verfahrensfairness) ve tarafsızlık yükümlülüğünü (Neutralitätspflicht) korurken, anlaşmaların hukuki denetime açık ve sanığın özgür iradesine dayalı olarak gerçekleşmesini güvence altına almaktadır.

¹¹⁰ AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021, § 54.

aykırılığı iddiasını incelemiştir.¹¹¹ Mahkeme, devlet yardımını anayasal çerçevede demokratik hayatın gereği olarak değerlendirmiş, ancak bu yardımın ölçütlerinin adalet ve eşitlik ilkesine uygun olmadığını tespit etmiştir. Özellikle, yardımların oy oranına veya örgütlenme seviyesine göre belirlenmesinin bazı siyasi partilere avantaj sağladığı, diğerlerini ise dezavantajlı duruma düşürdüğü sonucuna varılmıştır. Mahkeme, bu durumun Anayasa'nın eşitlik (madde 12), seçme ve seçilme hakkı (madde 55) ve siyasi partilerin demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu (madde 56) ilkelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Kamu kaynaklarının dağıtımında nesnel ve eşitlikçi ölçütlerin benimsenmesi gerektiği vurgulanmış ve 1017 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile uygulanamaz hale gelen 2. ve 3. maddeleri de iptal edilmiştir.

Karara karşı oy kullanan üyeler (*Salim Başol, Muhittin Taylan, Recai Seçkin*), devlet yardımı ilkesinin dahi Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmuş ve FAYM'nin¹¹² siyasi partilere bütçeden yardım yapılmasının anayasal olmadığı yönündeki kararına atıf yaparak, yardımların siyasi partilerin bağımsızlığı ve demokratik süreç üzerindeki olası olumsuz etkilerine dikkat çekmiştir.

Ancak konu ile ilgili başka bir kararda, FAYM kararına farklı bir perspektif ile değinilmiştir. 1971 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını düzenleyen 1219 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın eşitlik ilkesi (madde 12) ve demokratik siyasetin gereklilikleriyle bağdaşmadığı nedeniyle iptal edilmesine karar vermiştir.¹¹³ Mahkeme, siyasi partilerin kamu yararına hizmet eden birer kamu kurumu olarak değerlendirilemeyeceğini, bu nedenle devlet bütçesinden ayrılan yardımların anayasal kamu giderleri arasında yer alamayacağını belirtmiştir. Kararda, devlet yardımlarının demokratik rekabeti bozabileceği ve halk iradesinin serbest oluşumuna müdahale edebileceği risklerine dikkat çekilmiştir.

Buna karşın kararın gerekçesinin yazımını eleştiren farklı oy yazılarında (*Recai Seçkin*), siyasi partilerin demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu, devlet yardımlarının partilerin finansal bağımsızlığını ve demokratik süreci güçlendirebileceği savunulmuştur. İstisnai bir örnek olarak yorumlayabileceğimiz bu karşı oyda, kararın gerekçesinde FAYM kararına, kararda yer alan tespit ve ilkelere yeterince yer verilmediğinden yakınılmıştır. Bu noktada üye siyasi partilere yapılan yardımın yöntemine göre siyasi partilerin anayasal görevlerine destek olabileceğini belirtmiştir. Yani aslında eşitlik, şeffaflık, demokratik işleyişe uygunluk gibi kriterler dikkate alınsa farklı bir yönde bir kararın çıkması olasıdır. Bu açıdan yapılan atıf gereklilik kriterini sağlamaktadır.

¹¹¹ AYM, E: 1969/14, K: 1969/57, T: 08.10.1969.

¹¹² FAYM'nin 1966 tarihli kararında, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını düzenleyen hüküm iptal edilmiştir. Mahkeme, devlet yardımlarının anayasal olarak tamamen yasaklanmadığını ancak bu yardımların yasal bir çerçeveye oturtulması gerektiğini belirtmiştir. Yardımların mevcut haliyle partilerin bağımsızlığını tehlikeye atabileceği ve demokratik rekabeti bozabileceği gerekçesiyle, hukuki temeli yetersiz bulunduğu düzenlemeyi geçersiz kılmıştır. Ayrıca, yardımların yalnızca parlamentoda temsil edilen partilere verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu vurgulanmış, yardımların demokratik işleyişe uygun ve şeffaf kriterlerle düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme, devlet desteğinin partilerin anayasal görevlerini yerine getirmesine katkı sağlayabileceğini, ancak bunun sıkı yasal düzenlemelere dayanması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. BVerfG, 2 BvF 1/65, T: 19.07.1966.

¹¹³ AYM, E: 1970/12, K: 1971/13, T: 02.02.1971.

3. ÖRNEK2 III – KADININ SOYADI

Anayasa Mahkemesi'nin 1998/59 sayılı kararı, Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” hükmünün iptali istemine ilişkindir. Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 10, 12 ve 17. maddelerine aykırı olduğunu belirterek, bireyin kişilik haklarına ve cinsiyet eşitliğine haksız müdahale oluşturduğunu savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, soyadının kuşaktan kuşağa aktarılmasının aile birliğini sağladığını, kamu yararı ve kamu düzeninin soyadının kocadan geçmesini gerektirdiğini savunmuştur. Ayrıca, düzenlemenin kadına kocasının soyadı önüne kendi soyadını ekleme hakkı tanıyarak bir denge oluşturduğunu, bunun cinsiyet ayrımcılığı yaratmadığını ifade etmiştir. Bu gerekçelerle iptal istemi reddedilmiştir.

Karşı oy yazısında (*Mustafa Bumin, Yalçın Acargün, Fulya Kantarcıoğlu*) ise düzenlemenin kadının kimlik ve kişilik haklarına aykırı olduğu, kadını kocaya bağımlı hale getirdiği ve cinsiyet eşitliği ilkesini zedelediği savunulmuştur. Almanya'daki benzer bir düzenlemenin iptal kararına atıf yapılarak, soyadı konusunda eşlerin özgür iradelerine dayalı bir seçim hakkı tanınmasının eşitlik ilkesiyle uyumlu olacağı vurgulanmıştır.¹¹⁴

Yine kadının soyadı ile ilgili tartışmalar yeni medeni kanun ile de devam etmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi, evlenen kadının kocasının soyadını almasını, ancak başvuru ile kendi soyadını kocasının soyadının önüne ekleyebilmesini düzenlemektedir. Anayasa'nın eşitlik (madde 10), temel haklar (madde 12), manevi varlığın korunması (madde 17), eşler arası eşitlik (madde 41) ve uluslararası sözleşmelere uyum ilkeleri (madde 90) ile çeliştiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine itiraz edilmiştir. Mahkeme, düzenlemenin kamu yararını amaçladığı ve aile birliğini koruduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığına, bu durumun eşitlik ilkesini ihlal etmediğine ve yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğuna oyçokluğuyla karar vermiştir. Karşı oy görüşleri ise düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini zedelediğini,

¹¹⁴ Karşı oyda yer alan FAYM kararı Anayasa Hukukçusu Ece Göztepe'nin bir eserinden alınmıştır. Karşı oy kaleme alınırken bu husus, olması gerektiği gibi belirtilmiştir. Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 54, S. 2, 1999, s. 17. FAYM'nin 1991 tarihli kararı, Alman Medeni Kanunu'nun (§1355 Abs. 2 Satz 2 BGB) evlilik soyadı belirleme düzenlemesini ele almıştır. Mevcut yasa uyarınca, evlilikte ortak bir soyadı belirlenmediğinde, varsayılan olarak erkeğin soyadı aile adı olarak kabul edilmekteydi. Mahkeme, bu düzenlemenin cinsiyet eşitliğini düzenleyen Anayasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda, cinsiyet temelinde yapılan bu farklılığın, biyolojik veya işlevsel bir gerekçeye dayanmadığı, aksine geleneksel toplumsal rollerin güçlendirilmesi anlamına geldiği vurgulanmıştır. Mahkeme, eşlerin özgür iradesi ile karar verememesi durumunda sadece erkeğin soyadının kullanılmasının, kadını dezavantajlı hale getirdiğini belirtmiştir. Ayrıca, bu tür bir düzenlemenin, kadınların bireysel kimliğini ve eşitlik ilkesini ihlal ettiği ifade edilmiştir. Mahkeme, yasama organına bu konuda yeni bir düzenleme yapma görevi yüklemiştir. Geçiş sürecinde, tarafların herhangi bir soyadı belirlemedikleri durumlarda her iki eşin kendi soyadlarını kullanmaya devam etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Çocukların soyadı konusunda ise tarafların anlaşamaması durumunda, her iki soyadını içeren bir çift soyadı oluşturulması önerilmiştir. BVerfGE 84, 9, I. Senat, T: 05.04.1991.

kadının kişisel haklarını ihlal ettiğini ve AİHM'in bağlayıcı kararlarına aykırı olduğunu belirtmiştir. İki karşı oyda da (Birinci karşı oy: *Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perkaş, Recep Kömürçü*; ikinci karşı oy: *Engin Yıldırım*) yer alan kararda, soyadı ile ilgili bir önceki kararda yararlanılan makaleye atıf yapmakla beraber FAYM'nin daha güncel bir kararda da yer verilmiştir.¹¹⁵ Kanaatimizce bu atıfta hukuk sistemi ve hukuki sorunda asgari benzerlik şartı karşılanmıştır. Bununla birlikte kararlardaki ortak ilkeler de gerekliliğin ardıl boyutu ile ilgili soru işaretlerini ortadan kaldırmaktadır.

4. ÖRNEK IV – SİGARA YASAĞI

Anayasa Mahkemesi, Danıştay 10. Dairesinin 4207 sayılı Kanun'un 5727 sayılı Yasa ile değiştirilen 2. maddesindeki "*kahvehane*" ibaresinin, Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle yaptığı itiraz başvurusunu reddetmiştir. İtiraz, kahvehanelerde tütün kullanımının yasaklanmasının, çalışma özgürlüğü (madde 48) ile ölçülülük ilkesini ihlal ettiği ve bireylerin yaşam tarzı tercihlerine müdahale ettiği iddiasına dayanmaktadır. Mahkeme, düzenlemenin Anayasa'nın 56. maddesi çerçevesinde sağlıklı çevrede yaşama hakkını ve 17. maddede güvence altına alınan yaşam hakkını korumayı amaçladığını belirterek kamu sağlığının öncelikli olduğunu vurgulamıştır. Çalışma özgürlüğüne yönelik sınırlamanın ise Anayasa'ya uygun olduğu, çünkü düzenlemenin demokratik toplum düzeni ve anayasal ilkelerle bağdaşır nitelikte olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁶

Karşı oy yazılarında, yasağın bireysel özgürlükler ve ekonomik haklar üzerindeki ölçsüz etkisi eleştirilmiş, kahvehane işletmecilerinin ekonomik çıkarlarının ve bireylerin sigara içme özgürlüğünün yeterince korunmadığı belirtilmiştir. *Osman Alifeyyaz Paksüt* ve *Engin Yıldırım*'ın¹¹⁷ karşı oylarında (her iki üyenin ayrı ayrı karşı oyları mevcuttur) yer alan FAYM kararında, benzer bir düzenleme ele alınmıştır. Çalışma özgürlüğü vurgulanmış, demokratik toplumlarda daha dengeli çözümler bulunabileceğine işaret edilmiştir.¹¹⁸ Atıfta bulunan kararda vurgulanan ölçülülük, çalışma özgürlüğü gibi konular bu karar çerçevesinde karşı oyda da yer almıştır. Bu yönü ile atfın görünüşte olmadığı,

¹¹⁵ Bu karara atıfta doğrudan değil ikincil kaynaktır. Nazan Moroğlu, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri", Türk Üniversitesi Kadınlar Derneği, https://www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (Erişim Tarihi: 26.04.2011)

¹¹⁶ AYM, E: 2010/58, K: 2011/8, T: 06.01.2011.

¹¹⁷ Üye Engin Yıldırım'ın karşı oyundaki atıflarda yer alan linkten, kararın FAYM'nin resmi sitesinde yayınlanan ve mahkemece sağlanan İngilizce çeviri üzerinden okunduğu izlenimi doğmaktadır.

¹¹⁸ Mahkeme, Baden-Württemberg ve Berlin eyaletlerindeki sigara yasaklarını ele aldığı kararında, küçük ölçekli işletmeler üzerindeki ekonomik ve hukuki etkileri değerlendirmiştir. Mahkeme, sigara yasağının kamu sağlığını koruma açısından meşru bir amaç taşıdığını, ancak bu yasağın küçük işletmeler için orantısız bir yük oluşturduğunu tespit etmiştir. Özellikle, sadece bir odası bulunan küçük ölçekli işletmelere sigara içme odası ayırma imkanı verilmemesinin, meslek özgürlüğü (Grundgesetz Art. 12) ve eşitlik ilkesi (Grundgesetz Art. 3) ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Büyük işletmelere sigara içme odası ayırma imkanı tanınırken küçük işletmelerin dışlanması, eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, bu tür düzenlemelerin farklı işletme türleri arasında adil bir denge sağlaması gerektiğini vurgulamış ve küçük işletmelere yönelik düzenlemelerin yeniden değerlendirilmesini talep etmiştir. Karar, kamu sağlığı ile ekonomik sürdürülebilirlik arasındaki dengeyi kurmanın anayasal bir zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır. BVerfG, 1 BvR 3262/07, T: 30.07.2008.

benzer konulara yabancı bir mahkemenin yaklaşımını yansıttığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

5. ÖRNEK V – CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ

Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrası, cinsiyet değişikliği için ameliyat şartını ve bunun resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesini öngörmektedir. Bu hükmün uygulanabileceği bir davada, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.¹¹⁹ İptal talebinde, kişinin istemediği bir tıbbi müdahaleye zorlanması maddi ve manevi varlığını koruma hakkını ve özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin kamu düzenini koruma ve nüfus kayıtlarının güvenilirliğini sağlama gibi meşru bir amaca hizmet ettiği gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme, getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olduğu kanaatine varmıştır.

Karşı oy görüşlerinde ise, bireylerin bedensel bütünlüğüne yönelik zorlayıcı müdahalelerin insan haklarına ve Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, cinsiyet değişikliğinin tanınması için ameliyat şartının bireyi temel hakları arasında seçim yapmaya zorladığı belirtilmiştir. Karşı oyda (*Engin Yıldırım*) FAYM içtihadından istifade edilmiştir.¹²⁰ Atıfta bulunulan FAYM kararı, ele alınan dava ile uyumludur. Zira FAYM kararı da cinsiyet değiştirme için vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren şartları Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Ayrıca karşı oyda belirtilen dipnotta FAYM kararının FAYM'nin resmi sitesinde yayınlanan İngilizce çevirisinden alındığı tespit edilmiştir. Kararın künyesi ve kaynağının da açık bir şekilde verilmiş olması, benzer bir hukuki sorunun bulunması gibi gözlemler, bu atfın görünüşte değil gerekli bir atıf olduğu kanaatini doğurmuştur.

6. ÖRNEK VI – BAYRAĞA SAYGISIZLIK SUÇU

Anayasa Mahkemesinin 2014/61 sayılı kararı, Türk Ceza Kanunu'nun 300. maddesinin (Türk Bayrağına saygısızlık) anayasa uygunluğunu değerlendirmiştir.¹²¹ Dava, bir sanığın Türk Bayrağı ve askeri teşkilata yönelik

¹¹⁹ AYM, E: 2015/79, K: 2017/164, T: 29.11.2017.

¹²⁰ Atıfta bulunulan, FAYM'nin 11 Ocak 2011 tarihli kararı, Transseksüeller Yasası'nın, kişinin hissettiği cinsiyetin (empfundene Geschlechtlichkeit) hukuki olarak tanınması için cinsiyet değişikliği ameliyatını (Geschlechtsumwandlungsoperation) ve doğurganlık yetisinin kaybını zorunlu kılmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme, bu hükümlerin, transseksüel bireylerin cinsel özerkliği (sexuelle Selbstbestimmung), bedensel bütünlüğünü ve insan onuruna aykırı müdahaleler olduğuna karar vermiştir. Karar, kişinin hissettiği cinsiyetin hukuki tanınmasının ameliyat şartına bağlanmasının ölçüsüz bir müdahale olduğunu ve bu durumun transseksüel bireyleri temel haklar arasında zorlayıcı bir tercih yapmaya mecbur bıraktığını vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, söz konusu düzenlemenin bireylerin fiziksel bütünlüklerine ve sağlıklarına gereksiz zarar verdiğini belirtmiştir. Ameliyat ve kısırlık şartlarının, kişinin medeni haline bağlı haklarını etkileyerek, kişinin hissettiği cinsiyette yaşamayı hukuken engellediği değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, söz konusu maddeler uygulanamaz (nicht anwendbar) ilan edilmiş ve yasa koyucunun Anayasa'ya uygun yeni düzenlemeler yapması gerektiği ifade edilmiştir. BVerfG, 1 BvR 3295/07, T: 11.01.2011.

¹²¹ AYM, E: 2013/99, K: 2014/61, T: 27.03.2014.

aşağılayıcı ifadeleri nedeniyle açılan kamu davasında, Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesinin söz konusu hükmün anayasaya uygunluğunu sorgulamasıyla gündeme gelmiştir. Mahkeme, hukuki belirlilik, ölçülülük ve kamu düzeninin korunması gerekçeleriyle iptal talebini reddetmiş; bayrağın egemenlik sembolü olarak korunmasının meşru bir kamu yararı oluşturduğunu belirtmiştir.

Karşı oyda (*Engin Yıldırım*) ise ifade özgürlüğüne vurgu yapılmış ve "*her türlü işaret*" ile "*sair surette aşağılama*" ibarelerinin belirsizlik taşıdığı, bu durumun hukuk güvenliği ilkesini zedelediği ileri sürülmüştür. Ayrıca, FAYM kararı örnek verilerek¹²², ifade özgürlüğünün şok edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsadığı savunulmuştur.¹²³ Karar, ifade özgürlüğü ile kamu düzeninin korunması arasında hassas bir denge arayışını yansıtmaktadır. Atıfta bulunulan kararın sanatsal ifade özgürlüğü ve ulusal bir egemenlik sembolü arasındaki dengeyi tartışması nedeniyle benzer bir hukuki soruna ilişkin olduğu söylenebilir.

7. ÖRNEK VII – KİŞİSEL VERİLER

Anayasa Mahkemesinin 2012/8 sayılı kararı, 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Kanunu'nun çeşitli maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirmiştir. İptal talebinde, müsteşarlığın görev, yetki ve organizasyon yapısına ilişkin düzenlemelerin belirsiz olduğu, bu durumun hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 2, 13, 20 ve 25. maddelerine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir. Özellikle, "*terör*" ve "*güvenlik kuruluşları*" gibi kavramların tanımının yapılmamasının uygulamada keyfiyete yol açabileceği, müsteşarlığın görevleri kapsamında kişisel veri toplama yetkisinin sınırlarının netleştirilmemiş olmasının ise bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal riski taşıdığı belirtilmiştir.

Mahkeme, kanun hükümlerinin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması bağlamında yorumlandığında yeterli açıklıkta olduğunu ve idareye keyfi yetkiler tanımadığını vurgulamıştır. "*Terör*" kavramının, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda tanımlandığını ve uygulamada yerleşik bir anlama sahip olduğunu belirten Mahkeme, mevzuatın bir bütün olarak incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, kamu güvenliği gibi hassas bir alanda idareye tanınan geniş yetkilerin, anayasal sınırlarla dengelendiği ve bu bağlamda yasamanın anayasal düzenleme yetkisini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Bu gerekçelerle, iptal taleplerinin büyük çoğunluğu reddedilmiştir.

Karşı oy gerekçesinde ise, bazı belirsiz hükümlerin olmasının hükümlerin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, özellikle ifade özgürlüğü ve kişisel mahremiyet üzerindeki etkilerinin yeterince dikkate alınmadığı ifade edilmiştir. Karşı oy, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması için daha dar bir düzenlemenin gerekliliğini vurgulamıştır. Üye *Engin Yıldırım* karşı oyunda FAYM'nin 2 kararına yer vermiştir: biri nüfus sayımı ile ilgili kişisel veriler

¹²² Üye Engin Yıldırım'ın karşı oyundaki atıflarda yer alan linkten, kararın FAYM'nin resmi sitesinde yayınlanan ve mahkemece sağlanan İngilizce çeviri üzerinden okunduğu izlenimi doğmaktadır.

¹²³ BVerfG, 1 BvR 3139/08, T: 12.01.2009.

üzerindeki haklar¹²⁴ ile ilgili diğeri de terörle mücadele kapsamında geniş kişisel veri toplama yetkisi¹²⁵ ile ilgilidir.

Görüldüğü üzere karşı oylandaki atıflar ana gövdedeki atıflara nazaran usul kurallarına bir nebze daha yaklaşmıştır. Ayrıca karşı oy kullanan üyelerin atfın kaynağı konusunda da daha açık olduğu görülmektedir. Karşı oylandaki atıflarda hukuki benzerlik daha fazla gözetilmiş ayrıca ortaklaşan ilkelerden dolayı gerekliliğin ardıl boyutu daha fazla yerine getirilmiştir.

III. DOĞRUDAN ANAYASA METNİNE ve ANAYASA MAHKEMESİ KANUNA ATIFLAR

Doğrusu yargısal diyalog daha çok mahkemeler arasında, birbirlerinin içtihadı üzerinden bir etkileşime tekabül etmektedir. Bununla birlikte az sayıda da olsa Federal Almanya Anayasasına (*Grundgesetz (Alm.)*) veyahut FAYM Kanunu'na yapılan atıflar da Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuk farkındalığını sergilemesi nedeniyle değinilmeye değerdir.

Doğrudan Federal Almanya Anayasası'na atf örneklerine siyasi partiler ile ilgili uyumsuzlukların farklı ve karşı oylarında rastlanmaktadır. Ek gerekçede ifade edildiği üzere Anayasa Komisyonu, 4121 sayılı kanun görüşmeleri esnasında Türk Anayasası'nda siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen hükümlerin Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesinden¹²⁶ esinlendiğini belirtmiştir.¹²⁷

¹²⁴ Üye Engin Yıldırım'ın bu kararı Elif Küzeci'nin bir eseri üzerinden tanıdığı izlenimi doğmuştur. Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. Alman Anayasası'nın 1. maddesi (insan onuru) ve 2. maddesi (genel kişilik hakkı) temel alınarak, bireylerin kişisel veriler üzerindeki kontrol hakkı "enformasyonel özerklik" olarak tanımlanmıştır. Bu karar, kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve paylaşılmasının bireyin haklarını ihlal etmemesi gerektiğini vurgulamış; veri madenciliği gibi faaliyetlere yalnızca somut ve ciddi bir tehlike durumunda izin verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. BVerfG, 1 BvR 209/83 u. a., T: 15.12.1983.

¹²⁵ Üye Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısındaki atıflardan bu karara şu eserler üzerinden ulaştığı izlenimi doğmuştur: Paul M. Schwartz, "Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State and New Technology", William and Mary Law Review, C. 53, 2011, s. 351 ve Raymond Youngs, "Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data", International Journal of Constitutional Law, C. 6, S. 2, 2008, s. 331. FAYM'nin kararı, bilgi teknolojisi sistemlerinin gizliliği ve bütünlüğünün korunmasını genel kişilik hakkının ("allgemeines Persönlichkeitsrecht") özel bir görünümü olarak tanımlamıştır. Mahkeme, bilgi sistemlerine yönelik gizli erişimlerin yalnızca üstün kamu yararına ilişkin somut ve ciddi bir tehlike durumunda ve katı anayasal kriterler çerçevesinde meşur olabileceğini belirtmiştir. Bu tür müdahalelerin orantılılık ve belirlilik ilkelerine uygun olması gerektiği vurgulanmış ve müdahalelerin yalnızca yargı kararı ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır. BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, T: 27.02.2008.

¹²⁶ Federal Almanya Anayasası'nın ilgili maddesinin Türkçe çevirisi şöyledir: Madde 18 – Temel hakların kaybettirilmesi – Düşünceleri açıklama özgürlüğünü, özellikle basın özgürlüğünü (madde 5, fıkral), eğitim özgürlüğünü (madde 5, fıkra 3), toplanma özgürlüğünü (madde 8), birleşme özgürlüğünü (madde 9), mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğini (madde 10), mülkiyet hakkını (madde 14) veya sığınma hakkını (madde 16a), özgür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla kötüye kullanan kimsenin, iş bu temel hakları kaybettirilir. Hakkın kaybettirilmesi ve bunun kapsamına FAYM karar verir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Almanca-Türkçe Yasa Metni, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, 2002, s. 42.

¹²⁷ AYM, E: 2001/3 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2001/3, T: 19.07.2001.

Bu düzenleme ile siyasi partilerin yalnızca ciddi ve sistematik anayasa ihlalleri durumunda kapatılabileceği ve keyfi kapatmaların önüne geçileceği vurgulanmıştır. Komisyon, partilerin kapatılmasını, “*Anayasa’ya aykırı faaliyetlerin odağı haline gelme*” şartına bağlayarak daha net ve sınırlı bir çerçeve çizmiştir.

Benzer şekilde siyasi partilerle ilgili uyumsuzluklardaki karşı oy gerekçelerinde yine Komisyon görüşmelerinde zikredildiği ifade edilen Federal Almanya Anayasası’nın 18. maddesine gönderme yer almıştır.¹²⁸

Anayasa Mahkemesi bazen de anayasa hukuku / anayasa yargısı ile ilgili kanun düzeyinde belgelere de atıfta bulunmuştur. Bunların sayısı az olmakla birlikte çalışma kapsamında yararlanılabilecek bir örneğe yer verilecektir. Anayasa Mahkemesi, kararlarının bağlayıcılığı meselesi ile ilgili olarak FAYM Kanunu’nda (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG (Alm.)*) yer alan bir hükme atıfta bulunmuş ve meselenin karşılaştırmalı hukuktaki bir yansımasına yer vermiştir.¹²⁹

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 153. maddesi uyarınca kararlarının bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır. Yeniden yargılamanın Anayasa’nın 148. ve 153. maddelerinin gereği olduğunu belirten mahkeme, ihlalin eski hâline (*status quo ante*) dönülerek giderilmesinin hukuk devletinin ve bireysel başvuru hakkının korunması açısından zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının uygulanmamasının hem bireysel başvuru hakkını hem de yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesini ağır şekilde ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme, FAYM Kanunu’nun 31. maddesine atıfta bulunarak, Almanya’da anayasa mahkemesi kararlarının tüm mahkemeler ve kamu kurumları için bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, Kanun’un 95. maddesinin ikinci fıkrasına göre FAYM’nin, ihlal edilen hakları korumak için kararları iptal edebildiği veya yeniden yargılama yapılmasını sağlayabildiği ifade edilmiştir.¹³⁰ Bu düzenleme, Almanya’daki bireysel başvuru mekanizmasının etkililiğini ve FAYM kararlarının bağlayıcılığını güçlendiren bir örnek olarak sunulmuştur. Almanya örneği, Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının

¹²⁸ AYM, E: 2001/4 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/1, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/5 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/2, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/6 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/3, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/7 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/4, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/9 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/5, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/10 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/6, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/11 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/7, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/12 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/8, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/8 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/9, T: 09.01.2002.

¹²⁹ Anayasa Mahkemesinin 25 Ekim 2023 tarihli kararı, Şerafettin Can Atalay’ın milletvekili seçilmesiyle dokunulmazlık kazandığı gerekçesiyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı (Anayasa’nın 67. maddesi) ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının (Anayasa’nın 19. maddesi) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, başvurunun ceza infazının durdurulması, tahliyesi ve yargılamanın durmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak karar uygulanmamış ve başvuru cezaevinde tutulmaya devam etmiştir. Şerafettin Can Atalay (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/53898, T: 25.10.2023. Bir önceki karar için Bkz. Şerafettin Can Atalay (1) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/99744, T: 20.07.2023.

¹³⁰ Kararda benzer şekilde İspanya’daki *amparo* uygulamasına da değinilmiştir.

uygulanmamasının anayasal ve uluslararası hukuk ilkelerine aykırılığını göstermek amacıyla kullanılmıştır.¹³¹

IV. DOLAYLI ATIFLAR

Bu bölümde gerek Türkçe gerek yabancı dilde alan yazınına yansıyan öğreti görüşleri, düzenlemeler ve kararlara yapılan atıflar örneklendirilecektir. Bu başlık altında kategorilendirilebilecek bazı atıflar başka başlıkların da kapsamına girmiştir. Zira bazı atıflar birden fazla özelliği barındırdığı için bunların tek bir başlıkta yer alması güçtür.

Bu başlıktaki örnekleri incelemeden önce çalışmada farklı yerlerde de değindiğimiz bir soruna dikkat çekmek gerekir. O da Anayasa Mahkemesinin bazı alıntılarını açıkça atıf yolu ile göstermemesidir. Bu durum yabancı mahkeme kararlarında olduğu kadar öğretilerdeki eserlerde de geçerlidir. Örneğin Kemal Gözler, Anayasa Mahkemesinin Ali Kızık bireysel başvurusunda¹³², internet içeriğine erişimin engellenmesinde *prima facie* ihlalin aranması gerektiğini anlattığı makalesine¹³³ usulsüz atıf yapıldığını iddia etmiştir.¹³⁴ Kanaatimizce yazarın iddia ettiği benzerlik oranı, yazara ve eserine usulüne uygun bir atfı gerektirir niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararın metnini bu minvalde tadil etmiştir. Yine yazarın belirttiği gibi bu hususun küçük bir ayrıntı ya da alınganlık olarak değerlendirilmemesi gerekir. Öncelikle atıfların usulüne uygun yapılması etik ve hukuk gerekliliğidir. Daha sonra atıfların usulüne uygun yapılması kararın gerekçesinin niteliği ile ilgilidir. Böylece gerekçede yararlanılan eserlerin içeriği de kamuoyu tarafından tartışılabilir. Ayrıca öğretiye yapılan atıflar, Türk hukuk kültürünü ve birikimini oluşturan akademi mensuplarının etkilerinin ölçülebilmesine olanak sağlar. Son olarak bu atıfların düzgün yapılması, akademisyenleri yeni çalışmalar için motive eder. Aksi halde sürekli zikredilen ancak gerçekliği zayıf olan *öğreti ve uygulama çok farklı*

¹³¹ FAYM kanununa atıf yapılan bir başka örneğe ise yürütmeyi durdurma tedbiri çerçevesinde rastlanmaktadır. Gerçi bu atıf Anayasa Mahkemesi tarafından değil siyasi parti kapatma davasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bir siyasi parti kapatma davasında, siyasi partinin kapatılana kadar geçecek sürede gerçekleştirilecek ilk seçimlere katılmaması yönünde bir tedbir kararı verilmesini talep etmiş ve bu istemini FAYM Kanunu'nun 32/1 maddesi ile örneklendirmiştir. (Kanun maddesi, kararda yer alan çeviri ile: "*Federal Anayasa Mahkemesi bir uyumsuzluk sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için, ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda, Geçici Tedbir kararıyla bir durumu geçici olarak düzenleyebilir*" şeklindedir) Ancak Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması gibi bir tedbirin norm denetimi kapsamıyla sınırlı olduğu gerekçesi ile bu istemi reddetmiştir. AYM, E: 1999/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2003/1, T: 13.03.2003.

¹³² Ali Kızık Başvurusu, AYM, B. No: 2014/5552, T: 26.10.2017.

¹³³ Kemal Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, C. I, İstanbul, 2014, s. 1059.

¹³⁴ Yazarın iddialarını dile getirdiği ve bu kararın ardından Anayasa Mahkemesinin diğer bazı kararlarında da bu "usulsüz atfın" tekrar edildiğini örneklendirdiği çalışması için Bkz. Kemal Gözler, "Anayasa Mahkemesinin Usulsüz Alıntısı: Anayasa Mahkemesinin Ali Kızık Kararındaki Prima Facie İhlâl Doktrininin Sahibi Kim?", Türk Anayasa Hukuku Sitesi, <http://www.anayasa.gen.tr> (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

söylemleri kendisine yaşam alanı bulur. Oysa doğrusu uygulamanın öğretiden beslenmesi, öğretiyi başvurması ya da gerektiğinde öğreti ile tartışıp onu yanlışlamasıdır. Fakat ne yazık ki karşı oylarda dikkat edilen bu hususa gerekçelerde yeterince dikkat edilmemektedir. Bunun sonucu olarak da işbu çalışmamız gibi eserlerin, Mahkemelerin gerçek esin ve etki kaynaklarını tespit etmeyi güçleştirmiştir.

Eklemek gerekir ki bazı örneklerde de Anayasa Mahkemesi, bir karar ya da olguya alan yazınından ulaşmış olsa da buna yeterli atıf vermemiş ve her nasılsa bu atfın doğrudan yapıldığı izlenimi doğmuştur. Örneğin Anayasa Mahkemesi, FAYM'nin bir kararına değinmiştir ancak kararın künyesi yerine bir makaleye atıfta bulunmuş ancak makalenin adını zikretmemiş, adeta karara doğrudan atıfta bulunuyor izlenimi oluşmuştur.

Biz hatalı ve gizli yapılan atıfları bir tarafa bırakarak, tespit edebildiğimiz örnekleri inceleyebildik. Bulduğumuz örnekleri doğrudan atıfmış gibi kategorilendirdik fakat bununla birlikte bu kararların öğretiden, dolaylı olarak edinildiğine dair görüşlerimizi de paylaştık. Geri kalan atıflar için doğrudan mı dolaylı mı olduğunun tespiti güç olacağı için bu bölümü yalnızca kaynağı zikredilen atıflara tahsis ettik.

A. ÖRNEK I – HAKLAR KATEGORİZASYONU (FAZIL SAĞLAM)

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan başvurusunda, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında FAYM ve Alman hukuk doktrinine yapılan atıflar, karşı oyda referans noktası olarak kullanılmıştır.¹³⁵ Kararda tartışılan temel hak, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilen "*maddi ve manevi varlığın korunması hakkı*"dır.¹³⁶

Hasan Tahsin Gökcan, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesi yerine 20. maddesi kapsamında, yani özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. *Gökcan'a* göre, 17. madde genel bir norm olarak tüm temel hakların özünü düzenlerken, 20. madde olayın özüne daha uygun spesifik bir hak olan özel hayatın korunmasını kapsar. Farklı oyda, *Fazıl Sağlam'ın* Federal Almanya Anayasası'ndaki düzenlemenin, insan yaşamının temel haklarla düzenlenmemiş alanlarını da kapsayarak eksiksiz bir güvence sağladığı yönündeki görüşleri yer almıştır.¹³⁷ Yazardan aktarıldığı şekliyle,

¹³⁵ Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu, AYM, B. No: 2014/13327, T: 08.03.2018, § 6.

¹³⁶ Karar, prematüre bir bebeğin göz muayenesi konusunda ebeveynlerin yeterince bilgilendirilmemesi nedeniyle teşhis ve tedavide gecikme sonucu çocuğun görme yetisini kaybetmesi üzerine alınmıştır. Mahkeme, hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle idarenin hizmet kusuru bulunduğunu tespit etmiştir. Bu durum, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği şeklinde değerlendirilmiştir.

¹³⁷ Sağlam, s. 42. Kararda, Zafer Gören'in, kişiliği geliştirme hakkının genel bir eylem özgürlüğü sunduğu ve tüm temel hakların bu haktan türediği yönündeki görüşüne de yer verilmiştir. Zafer Gören, *Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık*, Ankara, 2006, s. 412-413. Doğrusu bu eser atfın yapıldığı dönemde, eserin 2011 tarihli yeni bir basısı da mevcuttur: Zafer Gören, *Anayasa Hukuku, Yetkin*, Ankara, 2011. Bu örnekten hareketle yeni tarihli baskılara atıf yapılması, Mahkemelerin kütüphane koleksiyonlarının güncel tutulması gerekliliği hatırlatılabilir.

Federal Alman Anayasası'nın 2/1. maddesi¹³⁸, bireylere “*kişiliklerini serbestçe geliştirme hakkı*” tanımakta ve bu hakkı genel bir özgürlük çerçevesinde düzenlemektedir.¹³⁹ Bu madde, bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkının tüm temel hakların kaynağı olduğu görüşüne dayanmaktadır. Türk Anayasası'nın 17. maddesi de benzer şekilde, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını düzenlemekte ve geniş bir anayasal koruma sağlamaktadır.¹⁴⁰ Bu nedenle 17. madde, 20. madde karşısında görece genel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla 20. maddenin özel hüküm vasfı nedeni ile öncelikle uygulanması iktiza etmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kategorizasyonu ile ilgili bir tartışmada istifade edilen bu eser ve ilgili hükmün, somut olaya benzer olduğu ve atfın öngördüğü çözümün dava ile ilgili olduğu söylenebilir.

Yine bu haklar arasındaki kategorizasyona ilişkin bir tartışmada aynı üye tarafından *Sağlam*'ın eserinden istifade edilmiştir. Başvuruya konu olay, bir internet haber sitesinde *Kaos GL Derneği* hakkında “*sapkınlar*” ifadesinin kullanılmasıyla ilgilidir. Dernek, bu ifadenin nefret söylemi içerdiğini ve şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur. Hukuki sorun, bu ifadenin nefret söylemi boyutuna ulaşıp ulaşmadığı ve şeref ve itibar hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin nasıl kurulacağıdır. Anayasa Mahkemesi, başvuruyu **Anayasa'nın 17. maddesi (maddi ve manevi varlığın korunması hakkı)** kapsamında ele almış ve kullanılan ifadelerin nefret söylemi boyutuna ulaşmadığına hükmetmiştir.¹⁴¹

Farklı gerekçe sunan *Hasan Tahsin Gökcan*, şeref ve itibar hakkının **Anayasa'nın 20. maddesi (özel hayata saygı ve gizlilik hakkı)** çerçevesinde ele alınması gerektiğini savunmuştur. *Gökcan*'a göre, şeref ve itibar hakkı, bireyin özel hayatının bir parçasıdır ve bu nedenle 20. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşünde, **AIHS'in 8. maddesi ve İHAM içtihatlarına**, 1961 ve 1982 Anayasalarının karşılaştırmalı analizine ve çeşitli

¹³⁸ Madde metninin Almanca orijinali: “*Artikel 2 - Allgemeine Handlungsfreiheit; Freiheit der Person; Recht auf Leben: (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*”. Hükmün Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi tarafından sağlanan Türkçe çevirisi ise şu şekildedir: “*Yaşam Hakkı, Kişiliğin Korunması, Kişi Özgürlüğü – (1) Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.*” Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası: Almanca-Türkçe Yasa Metni, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, 2002, s. 24.

¹³⁹ Sağlam, bu görüşün Alman literatüründe yaygın bir görüş olduğunu savunurken şu eserlere atıfta bulunmuştur: Günter Dürig, “Art. 2 Abs. 1 GG”, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck, München, 1974 ve Hans Carl Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. 4/2, de Gruyter, Berlin, 1972 ve Leibholz-Rinck, Grundgesetz: Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Auflage, Köln, 1975, Anm. 4 zu Art. 2.

¹⁴⁰ Buna ek olarak Sağlam, Türk Anayasası'nın 17. maddesinde ve buna mukabil olarak yorumlanabilecek Federal Almanya Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen bu hakkın *lex generalis* teşkil etmesi açısından, Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler için bu hakta geçerli olan içkin sınırlamanın geçerli olmayacağını eklemiştir. Yani Sağlam diğer hak ve özgürlükler için yasa ile sınırlama kaydı mevcutsa içkin sınırlamanın uygulanmayacağını belirtmiştir. Sağlam, s. 43.

¹⁴¹ KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018, § 54.

eserlere¹⁴² dolaylı olarak Alman Anayasası'nın 2/1. maddesindeki kişiliği geliştirme hakkına atıf yapmıştır.¹⁴³

Benzer şekilde *Gökcan'ın* farklı oyu içerisinde *Sağlam'ın* eseri üzerinden Federal Almanya Anayasası'na atıf yapılan bir diğer örnekte ise Türkiye'de unutulma hakkı ve kişilik haklarının korunmasıyla ifade özgürlüğü arasındaki dengeye ilişkin bir konu ele alınmıştır. Başvurucu, 2004 yılında, sahibi olduğu ajansta çalışan bir mankenin aşırı dozda uyuşturucudan ölümüyle ilgili medyada yer alan haberlerde isminin sıklıkla anılmasının, arama motorlarında halen ulaşılabilir olması nedeniyle şeref ve itibarını zedelediğini iddia etmiş ve bu içeriklere erişimin engellenmesini talep etmiştir. İstanbul Sulh Ceza Hakimliği, bu talebi basın özgürlüğü ve kamu yararı gerekçeleriyle reddetmiş, başvurucu bu karar üzerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, değerlendirmesinde şeref ve itibarın korunmasını, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında manevi varlığın bir parçası olarak kabul etmiş ve bu hakkın ihlalinin belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca ifade ve basın özgürlüğü ile şeffaf bilgiye erişim hakkını Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında ele almış ve bu özgürlüklerin demokratik toplumların temel unsurları olduğuna dikkat çekmiştir. Unutulma hakkı doğrudan Anayasa'da düzenlenmese de Mahkeme bu hakkın, kişisel verilerin korunması ve manevi varlığın geliştirilmesi ilkeleriyle bağlantılı olarak ele alınabileceğini vurgulamıştır.¹⁴⁴

Gökcan'ın farklı gerekçesi, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesi yerine 20. maddesi (özel hayata saygı hakkı) kapsamında incelenmesi gerektiğini savunmuştur. *Fazıl Sağlam'ın* eserinde belirtilenler çerçevesinde *lex specialis-lex generalis* ilkesi doğrultusunda, kişilik haklarının korunması gibi spesifik bir konuda özel hüküm niteliğindeki 20. maddenin uygulanmasının anayasal sistematığa daha uygun olduğu vurgulanmıştır.

B. ÖRNEK II – SEÇİM SİSTEMİ (NERMİN ABADAN)

Alan yazınından istifade edilerek karşılaştırmalı hukuka başvuru bir diğer örnek de seçim sistemi ile ilgilidir. Karşılaştırmalı hukuka üye *Hakkı Ketenoğlu'nun* karşı oyunda yer verilmiştir.

¹⁴² KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018, *Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oyu*, § 10.

¹⁴³ *Gökcan*, Fazıl Sağlam'ın temel hakların genel-özel hüküm ilişkisine dair analizlerinden yararlanarak, 17. maddenin genel bir çerçeve sağladığını ancak 20. maddenin daha spesifik bir koruma sunduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, Oya Araslı'nın özel hayatın kapsamına ilişkin değerlendirmeleri, şeref ve itibar hakkının kişisel özerklik ve manevi bütünlük çerçevesinde ele alınması gerektiğini desteklemiştir. *Gökcan*, bu literatürden hareketle, şeref ve itibar hakkının 20. madde kapsamında değerlendirilmesinin anayasal sistematik ve uluslararası standartlara daha uygun olduğu sonucuna varmıştır. KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018, *Hasan Tahsin Gökcan'ın farklı oyu*, § 5-6. Atıf yapılan eser için Bkz. Oya Araslı, *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenleniş*, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

¹⁴⁴ Sonuç olarak, Mahkeme, hukuka aykırılığın açık bir şekilde ortaya konulmaması, unutulma hakkının kapsamına giren durumların istisnai bir yargı yolu ile ele alınması gerektiği ve başvurunun alternatif yollara başvurmaması gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir. C.K. Başvurusu, AYM, B. No: 2014/19685, T: 15.03.2018, §§ 42-45.

Türkiye İşçi Partisi (TİP), 1036 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Dava, seçim sistemine yönelik düzenlemelerin, Anayasa'nın eşitlik ve demokratik temsil ilkelerine aykırı olduğu iddialarını içermektedir. Anayasa Mahkemesi, 1036 sayılı Kanun'un 306 sayılı Kanun'a eklediği, "*Engelli D'Hondt sistemi*"ne ilişkin dördüncü ve beşinci fıkraları iptal etmiştir. Bu hükümler, yeterli oy alamayan siyasi parti ve bağımsız adayların milletvekili çıkaramamasını ve bu oyların dikkate alınmadan diğer partilere dağıtılmasını öngörüyordu. Mahkeme, bu düzenlemelerin Anayasa'nın 55. maddesindeki serbest, eşit, genel oy ve temsil esaslarına aykırı olduğunu; seçmen iradesinin eksik temsiline ve demokratik temsilde adaletsizliğe yol açtığını belirterek iptaline karar vermiştir.

Üye *Hakkı Ketenoglu*, karşı oyunda belirttiği görüşte, barajsız nispi temsil sisteminin siyasi istikrarsızlık yaratabileceği iddialarına yer vermiştir. *Ketenoglu*, karşı oyunda, *Nermin Abadan'a* atıfta bulunarak¹⁴⁵, *Weimar Almanyası'nın* nispi temsil sistemiyle ortaya çıkan siyasi istikrarsızlığını ele almıştır. Bu çerçevede, barajsız nispi temsil sisteminin çok sayıda küçük partinin parlamentoya girmesine olanak tanıdığı ve bunun da siyasi istikrarı tehdit ettiğini belirtmiştir. *Ketenoglu*, benzer şekilde, Türkiye'de de küçük partilerin parlamentodaki varlığının demokratik süreçleri zorlaştırabileceğini savunarak, 1036 sayılı Kanun'un bu durumu dengelemek için getirilen bir düzenleme olduğunu ifade etmiştir.

Eleştiri, özellikle küçük partilerin mecliste temsil edilmelerinin, güçlü hükümetler kurulmasını engelleyebileceği ve yasama süreçlerini tıkayabileceği yönünde şekillenmiştir. *Hakkı Ketenoglu*, Federal Almanya'daki düzenlemeleri örnek göstererek, seçim sisteminin barajlar yoluyla daha işlevsel hale getirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüş, Anayasa'nın demokratik temsil ilkesi ile siyasi istikrar gerekliliği arasındaki dengeyi kurmaya yönelik bir yaklaşım sergilemektedir. *Ketenoglu'nun* karşı oyunda "*verimlilik*" unsurunu vurgulamak için verdiği örnekler ve Federal Almanya'da alınan tedbirlerin büyük oranda *Abadan'ın* eserinde yer aldığı tespit edilebilir. Bu durum da ikinci kaynakların karşılaştırmalı hukuk açısından oynadığı rolü net bir şekilde sergileyen bir örnektir.

Görüleceği üzere dolaylı atıf örneği çok azdır. Bu durum esasında Türk Anayasa Mahkemesinin, Türk akademisyenlere atıf yaparken oldukça çekingen ve hatta cimri bir tutum içinde olduğunu göstergesidir. Bu çekingenlik gerek mahkemeler arasındaki yargısal diyalog gerekse Anayasa Mahkemesinin öğretiyi takip edip etmediğinin tespitini olanaksız kılmaktadır. Şayet bu tablo doğru ise öğretilerde karşılaştırmalı hukuka ilişkin kaleme alınan onlarca eserin uygulamaya dönük bir etkisinin olmadığı gibi olumsuz bir sonuçla karşı karşıya kalabiliriz. Yok eğer uygulamacılar, öğretilerdeki eserlerden yararlanıp karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden bilgileniyorsa bu durumun açıkça, usulüne uygun gösterilmemesi sorunu söz konusudur. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin, atıf yapmak konusunda çekince göstermesi daha yüksek bir olasılıktır. Bunda

¹⁴⁵ Atıfta eserin yayınevi ve basım yerine yer verilmese de eserin künyesi şu şekildedir: Nermin Abadan, *Federal Batı Almanya'nın Siyasi Partileri*, TODAİE, Ankara, 1962. Eserde *Ketenoglu'nun* vurguladığı unsurlar ile ilgili doğrudan bir FAYM kararına yer verilmemiştir. Bununla birlikte "donmuş liste" uygulamasını Anayasa'ya uygun gören Ağustos 1957 tarihli bir FAYM karardan söz edilse de bu kararın künyesine de yer verilmemiştir. Yapılan araştırmada kastedilen kararın Temmuz 1957 tarihli bir karar olduğu görülmüştür: BVerfGE, 2. Senat, 9/56, T: 03.07.1957.

anayasa hukukunun güncel politika ile değişen yönü, akademisyenler arasında bir ödül-itibar rekabetinin oluşmaması için gizli bir centilmenlik anlaşması, öğretilerdeki eserlerin de gerekçe havuzuna alınarak yeni bir iş yükünün doğmaması gibi motivasyonlar etkili olabilir. Ancak bu çekingenlik öğretinin ciddi bir motivasyondan mahrum kalmasına da yol açmaktadır. Ayrıca gerekçelerde kullanılan ilkelerin ve/veya tespitlerin esas kaynağının ne olduğu sorusunu açıkta bırakmaktadır. Bu tablo karşısında ayrıca FAYM kararlarından da daha çok yararlanıldığı ancak bunların aynı çekinceler ile gerekçelere yansımadağı şüphesi doğabilir.

SONUÇ

Çalışma kapsamında değerlendirilen kararlar üzerinden öncelikle yüzeysel bazı tespitler paylaşılabilir. Norm denetimi, bireysel başvuru ve siyasi parti kapatma kararları türlerinin hepsinde FAYM kararlarına atıf örnekleri görmek mümkündür. Öte yandan atıfların özellikle insan hakları, ifade özgürlüğü, kadın hakları ve eşitlik ilkesi gibi konularda yoğunlaştığı da görülmektedir. Atıfların belirli dönemlerde arttığı ve dönemsel eğilimler gösterdiği izlenebilmektedir. Özellikle, bireysel başvuru mekanizmasının yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra, FAYM'ye yapılan atıflarda belirgin bir artış gözlemlenmiştir. Bu artış, bireysel başvuruların kapsamı gereği, insan hakları ve temel özgürlükler konularında evrensel standartlara daha sık başvurulmasıyla ilişkilidir. Söz konusu atıflar, Anayasa Mahkemesinin anayasal meselelerin yorumlanmasında uluslararası standartlarla uyum arayışını ve karşılaştırmalı hukuktan faydalanma eğilimini ortaya koymaktadır.¹⁴⁶

Çalışma kapsamında yalnız gerekçelerin ana metnine yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin genel olarak FAYM kararlarına olan ilgisini daha geniş bir perspektifle değerlendirmek için karşı / ayrıkçı oylar da incelenmiştir. Ayrıkçı oylarda ana metindeki atıflara göre atfın gerekliliğine ve yöntemsel uygunluğa daha çok dikkat edildiği görülebilir. Dolaylı atıflara dönük araştırmada da öğretilere atıfların sayısının çok az olduğu görülmüştür. Bunun olası nedeni olarak öne çıkan çekincelerin öğreti ve uygulama arasındaki ilişkiye zarar verdiği sonucuna varılmıştır. Bu iki ayrı kategori için bu tespitler öne çıkmaktadır. Onun dışındaki tablo makalede uygulanan yöntem ve varılan genel sonuçlarla uyumludur.

Bununla birlikte, atıfların işlevselliği, yöntemsel sorunlar ve yargısal diyalogun tek taraflı olması tehlikesi dikkatle incelenmesi gereken hususlardır. Bu atıfların işlevselliği değerlendirilirken “görünüşte” atıflar ile “gerçekten gerekli” atıflar arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Çalışmamız, Anayasa Mahkemesinin yaptığı atıfların işlevselliğini tartışmak ve yargısal diyalogu değerlendirmek için sistematik bir şablon önerisi sunmuştur. Bu şablon, yargısal diyalogun önemini, işlevini ve eleştirilerini detaylıca inceleyen eserlerden esinle tasarlanmıştır. Makalenin ön değerlendirme bölümünde açıkladığımız bu şablon kabaca: atfın gerekliliği, atfın nedeni ve kaynağı, atfın usulü ve yöntem başlıklarından oluşmaktadır.

¹⁴⁶ Bu artışın içerisindeki başarılı atıflarda, Anayasa Mahkemesinin insan kaynağına ve kurumsal yapısına yaptığı yatırımların da katkısı mevcuttur. Mahkemede görev alan raportörlerin akademik gelişmeye olan ilgisi, Mahkemenin araştırma merkezleri ve akademik etkinlikleri bu kapsamda olumlu adımlar olarak görülebilir.

Atıfların gerekliliği konusu makalede incelediğimiz hemen hemen her karar için tartışılmıştır. Genel bir değerlendirme yapmadan önce ayrıksı oylardaki tablonun farklılığına değinmek gerekir. Ayrıksı oylardaki görece fazla meşruiyet motivasyonu nedeniyle bu oylardaki atıfların gereklilik kriterini daha fazla sağladığı söylenebilir. Bununla birlikte kararların ana gerekçesindeki bazı atıfların, makalede çerçevesini çizdiğimiz gereklilik kriterini tam anlamıyla karşılamadığını söylemek gerekir. Ancak çoğu kararda en azından hukuk sistemi benzerliği ve tartışılan hukuki sorun arasındaki bir bağ kurulduğu gözlemlenebilmiştir. Örneğin, evlilik dışı çocukların haklarına ilişkin bir davada, FAYM'nin eşitlik ilkesine dayalı kararlarına yapılan atıf, Anayasa Mahkemesinin bu konuda benzer bir anayasal sorun karşısında, kararını gerekçelendirme sürecine doğrudan katkı sağlamıştır. Bu tür atıflar, anayasa normlarının yorumlanmasında karşılaştırmalı hukukun işlevsel bir araç olabileceğini göstermektedir. Ancak bazı kararlarda, olaylar arasındaki farkların tam anlamıyla ortaya konulamamış olması “görünüşte atıf” izlenimini doğurmaktadır.

Atıfların nedeni ve kaynağı ise çoğu kez Anayasa Mahkemesi kararlarında anlaşılamamaktadır. Gerçi bu konudaki tespit güclüğü öğretiye de yansımaktadır. Öğretinin atıfların nasıl oldu da öğrenildiği ya da bir kararda kullanıldığına ilişkin yüksek sesle beyan ettiği kesin bir görüşe rastlanmamaktadır. Yapılan tespitler ancak ayrıksı oylardaki üyelere ve onların geçmişine dair tahminlerden ibaret kalmaktadır. Bununla birlikte bir üyenin atıf yapılan hukuk sistemi ile olan ilgisi ya da kararı kaleme alan raportörün o hukuk sistemine dair bilgisi, yapılan atfın gerçekliğini dolayısı ile gerekliliğini pekiştiren bir unsur olarak yorumlanmalıdır.

Atıfların usulü ve yöntem ise Anayasa Mahkemesi kararlarının çoğunda, atıfların gerekliliğine gölge düşüren eksiklikler ve hatta hatalar içermektedir. Doğrusu bu kriter bir atfın değerlendirilmesinde ilk anlaşılabilecek unsurdur. Eksikliği, çoğu kez atfın fark edilememesi, anlaşılamaması ve dolayısı ile gerekliliğinin test edilememesi sonucuna yol açar. Ne yazık ki Anayasa Mahkemesinin, FAYM'ye yaptığı atıfların azımsanmayacak kadarında sistematik hatalar, eksik künye bilgileri, ikincil kaynakların belirtilmemesi gibi sorunlar gözlemlenmiştir. Bu durum, yargısal diyalogun güvenilirliğini zedeleyen ve atıfların etkisini sınırlandıran bir sorun olarak öne çıkmaktadır. Hatta bazı durumlarda dolaylı atıflar, gerekçelendirme sürecine gerçek anlamda bir katkı sağlamamış, görünüşte atıftan ibaret kalmıştır. Dolaylı atıfların alındığı ikincil kaynaklardaki hata riskleri de gerekçenin ciddiyet şartını gölgelemiştir. Kanaatimizce yargısal diyalog açısından çözülmesi gereken ve çözüme en yakın sorun bu atıflara ilişkin usul ve yöntemin belirlenmesidir.

İlk olarak, FAYM kararlarına yapılan atıflar için standart bir yöntem geliştirilmelidir. Bu yöntem, her bir atfın künye bilgilerini, ilgili kararın özetini ve Anayasa Mahkemesinin gerekçesiyle nasıl bir ilişki kurduğunu net bir şekilde ortaya koymalıdır. İkinci olarak, doğrudan atıfların artırılması ve dolaylı atıfların kaynaklarının da mümkün olduğunca belirtilmesi gereklidir. Mahkeme dolaylı atıflarda literatürdeki eseri zikretmekten çekinmemelidir. Bu, yargısal diyalogun daha güçlü bir bağlamda gerçekleşmesini sağlayacaktır. Bu saydıklarımız ekstra bir iş gücü ya da daha uzun gerekçeler ile sonuçlanabilir. Fakat unutulmamalıdır ki karar gerekçelerinin meşruiyetini sağlayan, karardaki atıfların çokluğu değil gerekçe ile bağdaştırılabilirliğidir. Üçüncü olarak, son yıllarda olumlu bulduğumuz bazı gelişmelerin sürdürülebilirliğinin sağlanması gereklidir. Zira başarılı atıflardaki artışta, Anayasa Mahkemesinin insan kaynağına ve kurumsal yapısına yaptığı yatırımların da katkısı etkilidir. Mahkemede görev alan raportörlerin akademiye olan ilgisi, Mahkemenin araştırma merkezleri ve

akademik etkinlikleri bu kapsamda olumlu adımlar olarak görülebilir. AYM'nin karşılaştırmalı hukuku kullanma kapasitesini artırmak için eğitim ve akademik iş birliği programları çoğaltılabilir. Akademinin de uygulamaya olan ilgisi ve uygulama ile diyalogu desteklenmelidir.

Yargısal diyalogun tek taraflı olması, makalede ele alınan bir diğer önemli sorundur. Yargısal diyaloga ilişkin eserler, yargısal diyalogun asimetrik bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Mevcut tablo Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuktan yararlanma eğilimini *gönüllü bir çaba* ile sürdürdüğünü, ancak bu çabanın karşılıklılık ilkesi çerçevesinde ilerlemediğini ortaya koymaktadır. Yargısal diyalogun daha etkili ve çift yönlü bir süreç haline gelmesi tek başına Anayasa Mahkemesinin çözebileceği bir düğüm değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin içtihatlarını ***uluslararası düzeyde görünür kılacak adımlar*** atması gerekmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin en azından seçilecek bazı kararlarının diğer dillerde yayımlanması, uluslararası yargısal iş birliğini teşvik edecek bir strateji olarak değerlendirilebilir.

Çalışmadaki bulguların ağırlığı göstermektedir ki yargısal diyalog, tek taraflılık ya da yüzeysel olma gibi riskler içerse ve eleştirilere konu olsa dahi hukuki sorunların çözülmesine ve gerekçelerin zenginleştirilmesine katkı sağlayabilmektedir. Yani yargısal diyalogun varlığı yokluğundan iyidir. Zira Anayasa Mahkemesi kararları artık salt bir yargı kararı değildir. Hatta neredeyse bu kararlar bütünü bir okul gibidir. Anayasa Mahkemesinin mevcut kurumsal alt yapısı ve insan kaynağı gücü bu fonksiyonu yerine getirmeye ve geliştirmeye kabildir. Ancak, bu katkılar, yöntemsel eksiklikler, gereksizlik taşıyan atıflar ve yargısal diyalogun tek taraflılığı gibi sınırlamalar nedeniyle tam anlamıyla değerlendirilememektedir. Yargısal diyalogun sistematik bir hale getirilmesi ve karşılaştırmalı hukukun etkili bir araç olarak daha iyi kullanılması, bu sürecin güçlendirilmesi için gereklidir. Bu bağlamda, önerilen iyileştirme stratejileri, Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukukla daha güçlü bir bağ kurmasına ve anayasal meselelerde evrensel standartların benimsenmesine katkı sağlayacaktır.

Makalenin bulguları, FAYM'ye yapılan atıfların Türk anayasa yargısına sağladığı kısa vadeli katkılarını göstermektedir. Ancak, bu *atıfların uzun vadeli etkilerinin* değerlendirilebilmesi için daha kapsamlı araştırmalara ihtiyaç vardır. Özellikle, yargısal diyalogun toplumsal kabul, hukuki uyum ve uluslararası standartlarla entegrasyon gibi çok boyutlu etkileri daha derinlemesine incelenmelidir. Bu bağlamda çalışmanın *atıfların Türk anayasa hukukuna uzun vadeli etkilerini sistematik bir şekilde inceleyen bir analize ya da diğer anayasa mahkemeleri ve uluslararası yargı organlarına yapılan atıflara odaklanan detaylı çalışmalara* esin vermesi/katkı sağlaması umut edilmektedir.

KAYNAKÇA

Alexy R, Hukuki Argümantasyon Teorisi: Hukuki Gerekçelendirme Teorisi Olarak Rasyonel Söylem Teorisi, Çev. Metin Bingöl, Elçin Yalçın, Ed. Güneş Çap, Türk-Alman Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2023.

Araslı O, "Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi", Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

Arsava A. F, "Federal Almanya Örneğinde Ulusal ve Avrupa Mahkemeleri Arasındaki İşbirliği İlişkisi", C. 21, S. 4, 2017, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 185-189.

Bal A, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", C. 21, S. 1, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 27-82.

Başaran P/Karan U, Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi/Siyah Bant, İstanbul, Şubat 2016.

Can O, Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasi Parti Kapatma Nedenidir, Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, s. 15.

Çamurcuoğlu G, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", C. 14, S. 2, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 713-770.

Can O, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", C. IX, S. 1-2, 2005, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 89-125.

Demir E, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İklim Konusunda Kurduğu Yargısal Diyalog, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2024.

Doğan D N, "Federal Almanya Anayasasının Amacı 'Toplumsal Bütünleşme' Değildir", C. 2, S. 1, Haziran 2014, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 63-68.

Dürig G, "Art. 2 Abs. 1 GG", in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck, München, 1974.

Duygun A M, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", C. 18, S. 2, 2021, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1539-1557.

Egeliği Ö E, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Esen E, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, 2020, ss. 285-346.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası: Almanca-Türkçe Yasa Metni, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, 2002.

Gören Z, "Sanat ve Bilim Özgürlüğü", C. 19, Temmuz 2020 (Özel Ek), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 449-457.

Gören Z, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Gören Z, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Gözler K, "Anayasa Mahkemesinin Usulsüz Alıntısı: Anayasa Mahkemesinin Ali Kılık Kararındaki Prima Facie İhlâl Doktrininin Sahibi Kim?", Türk Anayasa Hukuku Sitesi, <http://www.anayasa.gen.tr> (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

Gözler K, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, Özel Sayı, C. I, İstanbul, 2014, Legal Hukuk Dergisi, ss. 1059-1120.

- Gözler K, Alıntı ve Atıf Usûlleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2023.
- Göztepe Ç E, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, ss. 93-118.
- Göztepe E, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", C. 54, S. 2, 1999, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss. 1-30.
- Hakyemez Y Ş, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2000.
- Kaboğlu İ Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 17. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Kanadoğlu O K/Şahin B N, "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", Anayasa Yargısı, C. 39, S. 2, 2022, ss. 1-33.
- Kischel U, Comparative Law, Oxford University Press, New York, 2019.
- Kontacı A E, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İçtihatların Yeri", Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, ss. 271-305.
- Kontacı E, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Küzeci, E, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Law D S/Chang Wen-Chen, "The Limits of Global Judicial Dialogue", Washington Law Review, C. 86, S. 3, 2011, ss. 523-577.
- Law D S./Tushnet M, "The Politics of Judicial Dialogue", Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, ss. 286-309.
- Leibholz-Rinck, Grundgesetz: Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Auflage, Köln, 1975.
- Lorenzetti, R, "Global Governance: Dialogue Between Courts", RSCAS Policy Papers, RSCAS 2010/03, European University Institute, 2010.
- Moroğlu N, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri", Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği, https://www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (Erişim Tarihi: 26.04.2011).
- Nipperdey H C, Die Grundrechte, Bd. 4/2, de Gruyter, Berlin, 1972.
- Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Oğuz A, "Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, ss. 451-508.
- Örücü E, "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", Anayasa Yargısı, C. 24, 2007, ss. 433-459.
- Piana D/Guarnieri C, "Bringing the Outside Inside: Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into Its Right Context", Utrecht Law Review, C. 8, S. 2, 2012, ss. 139-157.
- Rado K, "The Transnational Judicial Dialogue of the Supreme Court of Canada and Its Impact", Doktora Tezi, York Üniversitesi, 2018.
- Rumpf C, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, C. 10, 1993, ss. 25-48.
- Sağlam F, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

Schwartz P M., "Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State and New Technology", William and Mary Law Review, C. 53, 2011, ss. 351-387.

Serozan R, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları", C. 4, S. 6, 1970, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 243-253.

Şirin T, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi", Anayasa Yargısı, C. 35, S. 1, 2018, ss. 147-167.

Şirin T, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", C. 9, S. 1, 2021, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 1-64.

Şirin T, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Şirin T/Orcan N U, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu", C. 80, S. 1, 2022, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 273-297.

Traisbach K, "A Transnational Judicial Public Sphere as an Idea and Ideology: Critical Reflections on Judicial Dialogue and Its Legitimizing Potential", Global Constitutionalism, C. 10, S. 1, 2021, ss. 186-207.

Tushnet M/Kochenov, D, "The Politics of Judicial Dialogue", Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, ss. 286-309.

Weber R/Wittmann L, "The Role of Precedents and Case Law in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court", Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning, Ed. Monika Florczak-Wątor, Routledge, 2024, ss. 84-103.

Yamada S, "International 'Dialogue' among Courts in Light of Democracy", Kangwon Law Review, C. 45, S. 45, 2015, ss. 211-236.

Yıldırım E/Gülener S, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", C. 67, S. 1, 2018, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 105-144.

Yolcu S, "Anayasacıların Karşılaştırma Sorunu: Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Nedir, Ne Değildir?", C. 32, S. 147, 2020, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 9-48.

Youngs R, "Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data", International Journal of Constitutional Law, C. 6, S. 2, 2008, ss. 331-348.

KARARLAR

Ahmet Kılıçelli Başvurusu, AYM, B. No: 2017/31069, T: 30.09.2020.

Ali Kızık Başvurusu, AYM, B. No: 2014/5552, T: 26.10.2017.

AYM, E: 1969/14, K: 1969/57, T: 08.10.1969.

AYM, E: 1970/12, K: 1971/13, T: 02.02.1971.

AYM, E: 1980/29, K: 1981/22, T: 21.05.1981.

AYM, E: 1990/15, K: 1991/5, T: 28.02.1991.

AYM, E: 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/2, T: 23.11.1993.

AYM, E: 1993/1, K: 1993/2, T: 23.11.1993.

AYM, E: 1993/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/3, T: 30.11.1993.

AYM, E: 1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1994/2, T: 16.06.1994.

AYM, E: 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1998/1, T: 16.01.1998.

AYM, E: 1999/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2003/1, T: 13.03.2003.

AYM, E: 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2001/2, T: 22.06.2001.

AYM, E: 2001/10 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/6, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/11 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/7, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/12 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/8, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/3 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2001/3, T: 19.07.2001.
AYM, E: 2001/4 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/1, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/5 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/2, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/6 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/3, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/7 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/4, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/8 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/9, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/9 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/5, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2010/58, K: 2011/8, T: 06.01.2011.
AYM, E: 2013/99, K: 2014/61, T: 27.03.2014.
AYM, E: 2015/79, K: 2017/164, T: 29.11.2017.
AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021.
AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021.
BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952.
BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952.
BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956.
BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956.
BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000.
BVerfG, 1 BvR 209/83 u. a., T: 15.12.1983
BVerfG, 1 BvR 26/66, T: 29.01.1969.
BVerfG, 1 BvR 3139/08, T: 12.01.2009.
BVerfG, 1 BvR 3262/07, T: 30.07.2008.
BVerfG, 1 BvR 3295/07, T: 11.01.2011.
BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, T: 27.02.2008.
BVerfG, 1 BvR 698/89, T: 20.10.1992.
BVerfG, 2 BvF 1/65, T: 19.07.1966.
BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016.
BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016.
BVerfG, 2 BvR 2628/10, T: 19.03.2013.
BVerfGE 84, 9, I. Senat, T: 05.04.1991.
BVerfGE, 2. Senat, 9/56, T: 03.07.1957.
BVerfGE, I. Senate, 106/53, T: 18.12.1953.
C.K. Başvurusu, AYM, B. No: 2014/19685, T: 15.03.2018.
Gülmez/Türkiye, AİHM, B. No: 16330/02, T: 20.05.2008.
Halkevleri Derneği ve İlknur Birol Başvurusu, AYM, B. No: 2013/577, T: 30.06.2014.
Inze v. Avusturya, AİHM, B. No. 8695/79, 28/10/1987
İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022.
KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018.
Kucera/Slovakya, AİHM, B. No: 48666/99, T: 17.07.2007.
Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019.

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu, AYM, B. No: 2014/13327, T: 08.03.2018.

Messina/İtalya (No. 2), AİHM, B. No: 25498/94, T: 28.09.2000.

Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, AYM, B. No: 2012/1027, T: 12.02.2013.

Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2016/79283, T: 17.04.2019.

Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018.

Ouinas/Fransa (k.k.), AİHM, B. No: 13756/88, T: 12.03.1990.

Perinçek/İsviçre (B.D.), AİHM, B. No: 27510/08, T: 15.10.2015.

Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 5947/72, T: 25.03.1983.

Şerafettin Can Atalay (1) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/99744, T: 20.07.2023.

Şerafettin Can Atalay (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/53898, T: 25.10.2023.

Vlasav/Rusya, İHAM, B. No: 78146/01, T: 12.06.2008.

Yaşar Karaca Başvurusu, AYM, B. No: 2018/37854, T: 12.04.2023.