

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA MADDİ ANLAMDA KANUN KRİTERİ

Law on the Constitutional Applicants of the Constitutional Court

Arş. Gör. Haşim ÖZPOLAT¹

Geliş Tarihi: 18.08.2017

Kabul Tarihi: 05.10.2017

ÖZET

1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerinde, ulusal hukuktaki klasik kanun algısının dışına çıkarak İHAM'ın kanun anlayışını da içtihatlarına dâhil etmiş ve kendine özgü bir kanunilik denetimi yaratmıştır. Buna göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dayanak teşkil eden kanun maddesinin, şekli anlamda var olması yeterli olmayıp, kanun denilen bu normun aynı zamanda kanun kalitesini haiz olması yani belirlilik ve öngörülebilirlik vasıflarını da taşıması gerekir. Belirlilik ilkesi, kanunların hukuk güvenliğini sağlamaya yetecek bir açıklıkta olması ve muhtemel keyfi yorumlara imkân vermemesi demektir. Öngörülebilirlik ilkesi ise kanunlardan doğacak sonuçların önceden kestirilebilir olması demektir. Bu sistematikte Anayasa Mahkemesi, kanunilik yönünden, İHAM korumasının ötesine geçmiştir. İHAM'ın kanun algısından farklı olarak, müdahalenin Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik denetiminden geçebilmesi için, müdahaleye dayanak teşkil eden norm kanun adını taşımaları (şekli kriter); buna ek olarak da hukuk güvenliğini sağlamaya yetecek bir kanun kalitesine sahip olmalıdır (maddi kriter). Bu makalede de Mahkeme'nin bireysel başvuru kararları üzerinden maddi kanun kriteri incelemeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Maddi Kanun Kriteri, Kanun Kalitesi, Belirlilik İlkesi, Öngörülebilirlik İlkesi, Hukuk Güvenliği

ABSTRACT

Article 13 of the 1982 Constitution says that fundamental rights and freedoms can only be restricted by law. Turkish Constitutional Court has created a peculiar jurisprudence examination in its individual application examinations, which have some differences from law perception in national law and incorporates the ECHR's law concept into its jurisprudence. In addition to that norms which are source of the restriction should be formally law, the Court has also examined the law whether it has quality of law. According to this perception, it is necessary that the law, which is the basis for restricting the fundamental rights and freedoms, is not sufficient being formally law, but it has to carry foreseeability and certainty. The certainty is that it shouldn't give possibility for arbitrary interpretation of the law to provide legal security. The foreseeability is that people can know what are consequences and effects of the law. With this systematic, the Constitutional Court goes beyond the protection of the ECHR in supervision of lawfulness. Unlike ECHR's perception of the law, it have to carry law as a name and also it should have a law quality that will ensure the safety of the law. This article will examine quality of law criterion through the Court's individual application decisions.

Keywords: Individual Application, Prescribed by Law, Quality of Law, Principle of Predictability, Principle of Certainty,

¹ Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Araştırma Görevlisi, ozpolathasim@gmail.com

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru değerlendirmelerinde, temel hak ve hürriyetlere dönük bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra bu müdahaleyi Anayasa'nın 13. maddesine göre bir incelemeye tabi tutmaktadır². Bu incelemede, temel hak ve hürriyetlere dönük müdahalenin öncelikle *kanunilik* ilkesine uygun olup olmadığı denetlenir. Eğer bu müdahale *kanunilik* unsurunu taşıyorsa, diğer güvence ölçütleri yönünden değerlendirme yapılmaksızın ihlal kararı verilir³.

Kanunilik ilkesi, temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden eylem ve işlemlerin kanunla öngörülmüş olmasını ifade eder. Hem Strazbourg uygulamasında hem de Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru denetiminde, hak ve hürriyetler bakımından önemli bir güvence olan "*kanun ile sınırlama*" ölçütü veya "*kanunilik*" ilkesi, bu iki mahkemenin yaklaşımında bir takım farklılıklar arz etmektedir.

"Sözleşme'de yer alan "prescribed by law/prêvue par la loi" kavramı ile Anayasa'da yer alan "kanunilik ilkesi" tam olarak aynı değildir. AİHM, "kanun ile öngörülmüş olma" kavramına Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir."

Anayasa Mahkemesi, İHAM içtihatlarındaki kanunla öngörülmeye kriterinin üç temel prensibi içerdiğini ifade etmektedir. İlk olarak, müdahale mevzuatta ya da yargı içtihatlarında yer alan bir hükme dayanmalıdır. Bu hükmün şekli anlamda bir kanun olarak var olması gerekmez. Müdahaleye izin veren bir hükmün varlığı yeterli görülmüştür. İkinci olarak ise, bu hüküm ilgili kişiler açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak ise, bu hüküm ilgili kişilerin, davranışlarını bu hükme göre yönlendirebilme ve eylemlerinin sonuçlarını belli koşullar altında öngörebilmeye olanak sağlayacak kadar açık

² "Bu sebeple, bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülmeye, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir" Bkz. Esra Nur Özbey kararı, AYM, 2013/7443, 20/5/2015, §. 66.

³ "Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır...Zira kanuna dayanmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden bir Anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir" Bkz. Tuğba Arslan kararı, AYM, 2014/256, 25/6/2014, §. 67. Ayrıca benzer değerlendirmeler için bkz. Hayriye Özdemir kararı, AYM, 2013/3434, 25/6/2015, § 68. ve Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri kararı, AYM, 2014/4705, 29/5/2014, §. 55.

⁴ Tuğba Arslan kararı, §. 84.

olmalıdır⁵. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, müdahale teşkil eden eylemin mutlaka yasama organı tarafından, ‘kanun’ adıyla çıkarılan bir düzenlemeye dayanması gerektiğini, şekli anlamda bir kanuna dayanmayan müdahalelerin hukuka aykırı olacağını belirtiyor⁶. Bu haliyle Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetlerin korunmasında, en azından teorik olarak, İHAM’ın sağladığı korumadan daha kapsamlı bir güvence sağlamıştır denilebilir.

Anayasa Mahkemesi, kanunilik değerlendirmesinde yaratmış olduğu bu farklılığa rağmen, düzenlemelerin maddi niteliğine ilişkin değerlendirmelerinde, İHAM içtihatlarına paralel bir yaklaşım sergilemiştir. Kanunilik değerlendirmesinde, kanunun şekli varlığı ile yetinmemiş, kanunların maddi niteliğine ilişkin incelemelerde de bulunmuştur. Bu değerlendirmelerde, İHAM’ın değerlendirme kriterlerine başvurmuş (belirlilik, öngörülebilirlik, kanun kalitesi) ve bu kriterlere uygun bir kanuna dayanmayan müdahaleleri, kanun şekli olarak var olsa bile, anayasaya aykırı bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, kanunilik değerlendirmesinde, hem şekli yönden bir incelemede bulunmakta hem de bu şekli kanunu maddi nitelikleri yönünden bir denetime tabi tutmaktadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, kanunilik incelemesinde kendine has bir sistematik oluşturmuştur denilebilir. Biz de bu makalede, bireysel başvuru kararları üzerinden, Anayasa Mahkemesi’nin kanunilik denetimi sistematikte maddi anlamda kanun kriterinin ne anlama geldiğini incelemeye çalışacağız.

I. MADDİ ANLAMDA KANUN KRİTERİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde kanunilik denetimi yaparken, temel bir hakka müdahale teşkil eden eylemin öncelikle şekli anlamda bir kanuni dayanağının bulunması gerektiğini belirtmiş fakat denetimini bununla sınırlı tutmamıştır. Şekli kanun incelemesi ile İHAM uygulamasının sağladığı korumanın ötesine geçen Anayasa Mahkemesi, Strazbourg pratiği ile paralellik kurmak amacıyla, İHAM kararlarına da atıf yaparak, kanunilik testini yalnızca şekli bakımdan yapmayacağını; kanunların niteliğine ilişkin denetim yetkisini de elinde tuttuğunu ve kanunlara ilişkin maddi bir denetim yapacağını da ifade ediyor.⁷ AYM bu husustaki ilkesel değerlendirmeleri Youtube LLC

⁵ Mustafa Aydın kararı, AYM, 2013/275, 6/10/2015, §. 38. ve Bülent Polat kararı, AYM, 2013/7666, 10/12/2015, §. 74.

⁶ AYM, bir kararında, Sözleşme’de yer alan “prescribed by law/prêvue par la loi” ibaresini, Türkçe’ye ,bızce daha doğru bir tabirle, ‘hukukilik’ olarak çevirmiştir. Bkz. Fikriye Aytin ve diğerleri kararı, AYM, 2013/6154, 11/12/2014, §. 36.

⁷ “Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şekli olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp, bunların içerik olarak da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği de ifade etmektedir.” Ali Karatay kararı, AYM, 2012/990, 10/12/2014, § 48.

Corporation Service Company ve diğerleri başvurusunda yaptı. Söz konusu kararda şikâyet konusu eylem TİB (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) Başkanının youtube.com isimli internet sitesine 27/ 3 /2014 tarihli, erişimin engellenmesi işlemidir. İlgili işlemin kanuni dayanağı ise 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesidir ki bu madde ile TİB Başkanına, sayılı hallerde, "suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişim engellenmesi kararı resen " verebilme yetkisi tanınmaktadır. Şekli yönden kanuni bir dayanağı bulunan ilgili müdahaleye ilişkin Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*"Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşılabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır."*⁸

Anayasa Mahkemesi, bu doğrultuda yaptığı incelemede, TİB Başkanı tarafından idari bir işlemle yapılacak engellemenin, URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi suretiyle yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye ilgili Kanun'un herhangi bir hükmünde yer verilmediği; erişimin engellenmenin hangi sınırlama araçları kullanılarak yapılacağına yeterince açık ortaya konmadığı; bu nedenle de verilmiş olan yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu; Kanun'un 9. maddesinin 4 numaraları fıkrasında, hâkime kademeli olarak erişim engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığına belirgin olmadığı değerlendirilmelerini yapmış ve "TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir."⁹ diyerek ilgili müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.

A. Kanun Kalitesi

Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın "kanun kalitesi" (quality of law) kavramını ilk olarak Türkiye Emekliler Derneği kararında kullandı. "Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde

⁸ Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri kararı, AYM, 2014/4705, 29/5/2014 §. 56.

⁹ Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri kararı, §. 63-64.

*önem arzirmektedir.*¹⁰. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlere müdahalelerin yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmasının yeterli olmadığını, bu kanunların aynı zamanda “kanun kalitesi”ni haiz olması, yani kanunun hem metninin hem de uygulamasının öngörülebilirliği ve belirliliği sağlaması gerektiğini belirtmiştir. Kanun kalitesinin değerlendirilmesinde belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ön plana çıkmaktadır. Mahkeme, bu ilkeler çerçevesinde düzenleyici işlemleri, mahkeme içtihatlarını ve hatta kısmen normların uygulanmasını, kanun kalitesinin doğal uzantıları olarak değerlendirip, bunları da kanunilik değerlendirmesi altında incelemektedir. Bu yüzden sonraki bölümde bu kavramların ne anlama geldiğini incelemeye çalışacağız.

B. Kanun Kalitesi Değerlendirme Kriterleri

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin ön koşulları olarak gördüğü belirlilik ve hukuki güvenlik (öngörülebilirlik) ilkelerini, kanun kalitesinin değerlendirilmesinde kullanmakta ve bunlara dönük bir aykırılığın varlığı halinde kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Bu yüzden bunların Anayasa Mahkemesi tarafından hangi anlamda kullanıldığını bilmek oldukça önemli. Ama başlamadan önce şu hususun altını çizmekte fayda var: Mahkeme pek çok kararında belirlilik ve öngörülebilirlik kavramlarını farklı iki ilke olarak kullanıyor olsa da bunların sınırlarını kesin olarak çizmek pek mümkün değildir. Birbirine ilişkili olan bu kavramların içeriklerinin bu belirsizliğe neden olması kadar Anayasa Mahkemesi’nin bu hususta sergilediği özenli olmayan tavır da söz konusu belirsizliği beslemektedir. Hatta Mahkeme’nin, bazı kararlarında, bunları aynı kavramlar gibi kullanmaktan çekinmemesini göz önünde bulundurursak, Mahkeme’nin de bunların birbirlerinden mutlak anlamda tefrik edilmesini istemediği sonucuna ulaşabiliriz.¹¹ Ama yine de bunları bu bölümde ayrı ayrı değerlendirmek, meselelerin vuzuha kavuşmasına yardımcı olacaktır.

1. Belirlilik İlkesi

Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesinin kaynağını Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinde bulmaktadır¹². Belirlilik ilkesinin varlığı, kanunların anlamlandırılmasına objektiflik kazandıracak ve bireyleri kanunların keyfi değerlendirilmesinden koruyacaktır¹³. Örneğin, Metin Bayyar

¹⁰ Türkiye Emekliler Derneği kararı, 2012/1035, 17/7/2014 , §.44

¹¹ “...hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi” diyerek Mahkeme, sözcükleri birbirleri yerine ikame edilebilen kavramlarmış gibi kullanmıştır. Servet Saraçoğlu ve diğerleri kararı, AYM, 2012/1281, 24/6/2015, §. 117

¹² Genco Acar kararı, AYM, 2013/7938, 16/12/2015, §. 58

¹³ Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve turizm Ltd. Şti. kararı, AYM, 2013/865, 1/6/2016, § 127.

ve Halkın Kurtuluşu Partisi kararında, kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde il kongresini yapmayan başvurucuya, vali tarafından idari para cezası verilmesi bireysel başvuru konusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararda belirlilikle ilgili şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Kanunilik koşulunun yerine gelmesi için şeklen bir kanun maddesine dayanılması yeterli değildir. İlgili kanun maddesinin belirli olması ve bireyler tarafından öngörülebilir olması da gerekir ... Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti”nin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir.”¹⁴

Sonrasında ise müdahaleye dayanak teşkil eden kanunun mülki amirlere siyasi parti sorumlularına yaptırım uygulama yetkisi vermediğini ifade ederek ihlal kararı vermiştir¹⁵.

Bu kararın ışığında bir kanunun belirlilik ilkesine uygun olması için sahip olması gereken nitelikler şu şekilde sayılabilir: Hem birey tarafından hem de idare tarafından bakıldığında kanun, içeriği hakkında şüpheye yol açmayacak kadar açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmalı; kişi bu kanun maddesine bakarak, belli bir kesinlik içinde hangi eylem ve olguya nasıl bir yaptırım ya da sonucun bağlandığını; gerçekleştireceği bir eylemin hangi sonuçları doğuracağını kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesi çerçevesinde yaptığı incelemelerde, İHAM'ın “*prescribed by law/prévue par la loi*” kavramı altında yaptığı incelemelerle paralellik sağlamıştır. Zira Anayasa Mahkemesi belirlilik incelemesini salt kanunlarla sınırlı tutmamış, İHAM gibi bütüncül bir hukukilik denetim gerçekleştirmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme Bayram Yusuf Arslan kararında belirlilik ilkesi ile ilgili şunları ifade etmiştir:

“Belirlilik” ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslanan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır”¹⁷

¹⁴ Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi kararı, AYM, 2014/ 15220, 4/6/2015, §. 56

¹⁵ Ibid. §. 65

¹⁶ Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri başvurusu, AYM, 2013/7114, 20/1/2016 § 31.

¹⁷ Bayram Yusuf Arslan kararı, AYM 2013/4395, 10/6/2015, §. 109

Kararda, kanunilik denetiminde kullanılan belirlilik ilkesi ile kastedilen şeyin salt yasaların belirlilik ilkesine uygunluğu değil, bütüncül bir hukuki belirlilik olduğu ifade edilmiştir. Gerekli nitelikleri haiz yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğinin altı çizilmiştir. Bu ifadelerden iki sonuç çıkmaktadır: İlk olarak belirliliğin mutlak anlamda kanunun lafzı ile sağlanması zorunlu değildir. Kanundaki müphemlikler mahkeme içtihatları ve diğer düzenleyici işlemler ile de giderilebilir. Örneğin Türkiye Emekliler Derneği kararında, Anayasa Mahkemesi, kanunun lafzında geçmese bile içtihatlarda derneklerin de iş yeri olarak kabul edilmesinden dolayı, yeterli hukuki belirliliğin sağlandığı sonucuna ulaşmıştır. Çıkarılacak diğer sonuç ise, belirlilik incelemesinin şekli kanun ile sınırlı olmadığı, aranacak belirliliğin bütüncül bir hukuki belirlilik olduğu ve bu yüzden diğer düzenleyici işlemlerin ve mahkeme içtihatlarının da belirlilik incelemesine konu olacağıdır. Zira bunlar kanunun uzantısı olarak, onun varlığını anlamlı hale getirirler. Bu yüzden, sadece kanunun metninin değil, hukukun de belirliliği kanunilik denetimine konu olacaktır.

2. Öngörülebilirlik

Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devletinin ön koşulu olarak gördüğü ikinci ilke öngörülebilirlik (hukuki güvenlik) ilkesidir.

“Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”¹⁸

Anayasa Mahkemesi,

“hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kişilerin mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine itimad azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir”¹⁹

diyerek, hukuki güvenlik ilkesinin belirlilik ilkesi ile birlikte yargıya duyulan itimadın temini için olmazsa olmaz ilkelere biri olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi Arman Azman kararında, hukuk güvenliği ilkesinin “öngörülebilirliği” sağlayan işleviyle, bireylere devlet ve toplumun diğer üyeleri karşısında üç güvenceyi birlikte sağladığına işaret ediyor. Bu güvenceler “ilkesel güvence”, “kurumsal güvence” ve “işlevsel güvence”dir.²⁰

¹⁸ Türkiye Emekliler Derneği kararı, §. 45

¹⁹ Servet Saraçoğlu ve Diğerleri kararı, §. 117

²⁰ Arman Mazman kararı, AYM, 2013/1752, 26/6/2014, §. 63

İlkesel Güvence: Bu güvence, devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasının normlarla kural altına alınmasını ifade eder. Korumanın sağlanabilmesi için her şeyden önce hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini birlikte sağlayan, kamu otoritelerinin hareket sahasının sınırını teşkil eden ilkeler bulunmalıdır. Bu yüzden ilkesel güvenceye aykırılık teşkil eden normların (kanun, yönetmelik, tüzük vb) varlığı halinde öngörülebilirlik ilkesinin dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.

Kurumsal Güvence: İlke olarak konulan normların ilke düzeyinde kalmayıp, mahkemeler tarafından hukuki uyumsuzlukların çözümünde kullanılmasını ifade eder. Bu yüzden mahkeme içtihatlarında yaşanan farklılıklar, bu kurumsal güvenceye aykırılık teşkil edebilir.

İşlevsel Güvence: İlke olarak konan normların mahkemelerce uygulanıp karara bağlandıktan sonra, bunların kâğıt üstünde kalmayıp hayatiyet bulması yani kararların kamu otoritelerince uygulanmasını ifade eder. Anayasa Mahkemesi işlevsel güvence hakkında şunları belirtmiştir:

“Yargı kararlarının geç uygulanması sebebiyle bireyler lehine zamanında kullanılmayan “işlevsel” güvencenin söz konusu olduğu bir durumda, “ilkesel” ve “kurumsal” güvencelerin bireyler adına etkin kılınabilmesi, kendilerinden beklenen hukuksal korumayı sağlamaları mümkün olmaz. Dolayısıyla yargı kararlarının bireyler hakkında uygulanmasını içeren işlevsel güvence; ilkesel ve kurumsal güvenceleri tamamlayan, bu güvencelerin istenilen sonuçları vermesini mümkün hale getirerek bireysel hak ve özgürlüklere yargısal koruma sağlanabilmesini olanaklı kılan vazgeçilmez bir hukuki teminattır.”²¹

Kanaatimizce, sadece yargı kararlarının değil, normların uygulanmamasının belirsizliğe neden olduğu hallerde de işlevsel güvenceye aykırılık söz konusu olacaktır.

3. Belirlilik ve Öngörülebilirliğin Ölçüsü

Önceki bölümlerde izah ettiğimiz üzere, kanunilik denetiminde tartıya vurulacak ölçütlerden en önemlileri hukuki güvenlik(öngörülebilirlik) ve belirlilik ilkeleridir. Peki kanunların bu ilkelere uygun olabilmesi için ne kadar açık, kesin, anlaşılır ve öngörülebilir olması gerekir? Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararında bu hususa dair izahatta bulunmuştur.

Mahkeme'nin pek çok kararında belirtildiği gibi;

“belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya

²¹ Ibid., §. 64

*sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır”.*²²

Mahkeme, temel hakların sınırlanması alanında ilgili yasal düzenlemelerin *içerik, amaç ve kapsam* bakımından belirli olması, kişilerin kendi hukuki durumlarını anlayabilecek kadar açık olması gerektiğinin altını çiziyor ve belirlilik ilkesine uygun olmayan bir kanunun, temel hak ve hürriyetlere Anayasa'nın meşru saymadığı bir müdahale anlamına geleceğini belirtiyor. Ama mutlak bir belirliliğin sağlanmasının imkânsızlığını da göz önünde bulundurarak şu belirlemelerde bulunuyor:

*“her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın gereken koruma seviyesi, büyük ölçüde, ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte, muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bunun yanı sıra Anayasa'nın sistematik yorumundan da destek alınmak suretiyle farklı ağırlıklar atfedilebilecek olan hakların niteliği, belirtilen alanlara ilişkin kanuni düzenlemelerde aranacak belirlilik oranını da farklılaştırabilecektir. Bu bağlamda ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir”*²³

Görüldüğü üzere, kanun metnlerinin belirliliği mutlak olmak zorunda değildir zira her türlü ihtimalin kanunlarla düzenlenmesi imkânsızdır. Bu nedenle farklılık arz eden benzer durumlarda uygulanacak kanunların, olayların özelliğine göre yorumlanabilecek bir esnekliğe sahip olması da gerekir. Mahkeme, hak veya özgürlüklere müdahaleye olanak veren kanunların uygulayıcılara takdir alanı bırakmasını doğal buluyor. Fakat bu takdir alanının sınırlarının yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi gerektiğini de ifade ediyor²⁴. Temel hakların korunmasının etkin bir şekilde sağlanması için müdahaleye temel alınan kanunun asgari bir kesinliği ihtiva etmesini zorunlu görmektedir.²⁵ Kanun tekniği açısından daha somut kavram ve düzenlemelere yer verilmesinin mümkün olmadığı aşamalarda belirlilik, yargılama ve hukuksal yorum yöntemleriyle sağlanabilir²⁶. Fakat bu ihtimalde

²² Ali Karatay kararı, §. 47.

²³ Hayriye Özdemir kararı, §. 58.

²⁴ Hilmi Yıldız kararı, §61

²⁵ Ibid, §. 59

²⁶ “Mahkemelerin görevi, kuralın günlük yaşamdaki uygulamaları dikkate alarak yoruma dair şüpheleri kesin olarak ortadan kaldırmaktır” bkz. Murat Çevik kararı, AYM, 2013/3246,

dahi söz konusu hukuksal yorumunun sınırı kanunun lafzı olmak zorundadır. Yargılama ve hukuki yorumun belirliliğin sağlanmasında üstlendikleri misyon nedeniyle, Mahkeme yasanın uygulanmasında yeknesaklığın sağlanamamış olmasının da belirsizliğin bir göstergesi olduğunu belirtmektedir.²⁷

Anayasa Mahkemesi, mutlak bir belirlilik aranmamasını, bunun sadece imkânsız olmasına değil, aynı zamanda sağlayacağı faydalara da değinerek haklılaştırıyor. Mahkemeye göre kanuni düzenlemede bireylerin davranışlarını ona göre tayin edebilecekleri kadar kesinlik aranırken, aşırı bir katılık oluşturma ihtimalinden de kaçınılması gerekir çünkü,

“Kanunun açıklığı, arzu edilir bir durum olmakla birlikte; bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir”²⁸

Kararda kanunların öngörülebilirliği sağlanmaya çalışılırken, bu çabanın hukukun dinamizmini boğmaması gerektiği ifade edilmektedir. Yasayı uygulayıcılara, bu hususta hareket payı bırakılması hem gerekli hem de zorunludur. Fakat daha önce de belirtildiği gibi, takdir alanının sınırları da açıkça belirtilmeli ve kural asgari bir kesinlik içermelidir.

Anayasa Mahkemesi, yasal mevzuatta bulunması gereken korumaseviyesinin ilgili metnin içeriği ve düzenlediği alana ek olarak, muhatapların sayısı ve niteliği ile de bağlantılı olduğunu belirttikten sonra şu değerlendirmelerde bulunuyor:

“Anayasa'nın sistematik yorumundan da destek alınmak suretiyle farklı ağırlıklar atfedilebilecek olan hakların niteliği, belirtilen alanlara ilişkin kanuni düzenlemelerde aranacak belirlilik oranını da farklılaştırabilecektir. Bu bağlamda ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir.”²⁹

Örneğin Anayasa Mahkemesi, taşıdığı ehemmiyet gereği, keyfi ve hukuk dışı kullanımların önüne geçebilmek için suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerde kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

16/12/2015, § 39.

²⁷ Ibid, §. 60

²⁸ Ali Karatay kararı, §. 49.

²⁹ Hayriye Özdemir kararı, . 58

“suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir”³⁰

Suç ve ceza kanunlarında kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirten Mahkeme, yine de ne kadar açık ve net düzenlense dahi yorumsal şüpheler var olacağına işaret ettikten sonra şu hususların altını çizmektedir:

“Yargılama görevini yerine getiren mahkemelerin, bu tür yorumsal şüpheleri gidermeleri gerekmektedir. Bu çerçevede suç ve cezada kanunilik ilkesi, temel olarak suçun özünü tutarlı olması ve makul olarak öngörülebilir olması koşuluyla ceza hukukuna ilişkin kuralların davadan davaya yargısal yorumla netleştirmeye imkân tanımaktadır. Erişilebilir ve makul olarak öngörülebilir bir yargısal yorumun suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği söylenemez.”³¹

Yukarıda ifade edildiği gibi, daha üst düzey bir korumanın arandığı suç ve ceza kanunlarında da öngörülebilirliğin mutlak anlamda sağlanmasının gerekmediği; kanunların uygulanmasına ilişkin erişilebilir ve öngörülebilir mahkeme içtihatlarının varlığı halinde de kanunilik ilkesinin yerine getirilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

SONUÇ

Temel hak ve hürriyetlere müdahalenin kanuna dayanması (kanunilik) kriteri 1982 Anayasası ve İHAS’ın hak ve hürriyetlerin korunması sistematığının en temel ilkelerinden biridir. Buna karşılık, ulusal hukuktaki kanunilik kriteri İHAS’ın kabul ettiği kanunilik kriterinden oldukça farklıdır. Sözleşme’nin, Common Law başta olmak üzere pek çok hukuk geleneğine aynı anda hitap etmesi gerektiği için İHAM, içtihatlarında şekli kanun kriterini uygulamamıştır. İHAM kararlarında, bir norma yasama organı tarafından kanun adı verilmesinin onu kanun kılmaya yetmeyeceği; norm, yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmış olmasa bile, içtihatlarda sayılı olan kriterler karşılanıyor ise bu normun kanun olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu sayede, büyük oranda mahkeme içtihatları ile şekillenen Common Law’ı da denetim sistematığına dahil eden İHAM, bu kriter yönünden Türk ulusal hukukundaki kanun algısından epey farklı bir yerde duruyordu. Fakat bireysel başvuru

³⁰ Karlis A.Ş. kararı, §. 33

³¹ Efendi Yıldız kararı, AYM, 2013/1202, 25/3/2015, §. 34

yolunun açılması ile beraber aradaki bu derin uçurumun, mutlak anlamda olmasa da büyük oranda kapandığını söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde koruma kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerden birine müdahale olduğunu tespit ettikten sonra yaptığı ilk inceleme kanunilik incelemesidir. Eğer müdahale kanuni dayanaktan yoksun ise diğer kriterler yönünden incelemeye gerek duymaksızın ihlal kararı vermektedir. Mahkeme, kanunilik değerlendirmesinde, ulusal hukuktaki şekli kanun kriteri ile İHAM içtihatlarında yer alan maddi kanun kriterini meczederek yeni bir kanunilik konsepti yaratmıştır. İHAM'dan farklı olarak Anayasa Mahkemesi, eğer müdahale teşkil eden işlem ya da eylem yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılan bir norm değilse, müdahalenin kanuni olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verecektir. Bu şekli kanun kriteri ile Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın kanunilik kriterinin koruma sistematığının ötesine geçerek, onunkinden daha güçlü bir koruma sağlamıştır. Çünkü, İHAS sistematığında, müdahale teşkil eden işlem ya da eylemin kaynağı bir yönetmelik bile olsa, eğer gerekli şartları sağlıyorsa ihlal olarak görülmecektir. Fakat Anayasa Mahkemesi, niteliği ne olursa olsun, kanun adı taşımayan bir norma dayanılarak yapılacak her müdahalenin ihlale neden olacağını ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemelerinde ulusal hukuka getirdiği orijinallik ise kanunilik incelemesini şekli kanun kriteri ile sınırlı tutmayı, bu incelemeye İHAM'ın kanunilik kriterlerini de dâhil etmesidir. Yani temel hak ve hürriyete dönük müdahalenin dayanağı olacak olan normun şekli anlamda kanun olması yeterli olmayıp, bu normun aynı zamanda bir kanunda aranan gerekli nitelikleri de taşıyıp taşımadığı incelenecektir. Eğer müdahaleye dayanak teşkil eden norm, İHAM içtihatlarında "kanun kalitesi" adı altında sayılan vasıflardan yoksunsa, yasama organı tarafından kanun adı verilmiş olması kanunilik denetimi için yeterli olmayacaktır. Bu vasıfları taşımayan ve sadece şekli anlamda kanun olan bu norma dayalı müdahaleler koruma kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Özetle denilebilir ki, bir müdahalenin kanunilik kriterinden geçebilmesi için, dayandığı normun kanun kalitesine sahip, yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmış bir norm olması gerekir. Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarına atıfla, kanun kalitesinin şu iki özelliği kapsadığını ifade eder: belirlilik ve öngörülebilirlik. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, bu iki özelliği keskin sınırlar içine hapsedmemiş ise de, belirlilik için şunlar söylenebilir: müdahaleye dayanak teşkil eden kanun hem kişiler hem de idare yönünden farklı algılamalara yol açmaksızın, açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmalıdır. Mahkemenin kimi zaman hukuki güvenlik olarak da ifade ettiği öngörülebilirlik ilkesi ise bireylerin belirli bir kesinlik içinde, gerçekleştirdikleri

işlem ve eylemlere hangi hukuki yaptırım ya da sonucun bağlandığını önceden bilebilmeleri, bir kanunun idareye ne tip bir müdahale yetkisi verdiğini ve eylem veya işlemlerinin sonuçlarını kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalarıdır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinden kanunilik kriteri yönünden yeni bir değerlendirme sistematığı yaratmış ve şekli kanun kriterine ek olarak İHAM'ın maddi kanun kriterini de içtihatlarına dahil etmiştir. Müdahale teşkil eden eylem ya da işlemin şekli anlamda kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı incelendikten sonra, var olan şekli kanunun gerekli kanun kalitesine sahip olup olmadığı incelenecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Şirin, Tolga. **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Gözler, K. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**. Bursa: Ekin Kitabevi, 2015.

Sürelî Yayınlar

Can, O. "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış". *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, 9(1-2), 89-125. http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_5.pdf (01/6/2016).

Evren, Ç. C. Kabahatlerde Kanunilik İlkesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, 69(1-2), 967-1002. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/viewFile/1023010583/1023009819> (01/6/2016)

Diğer Yayınlar

Gözler, Kemal. "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme". <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-uzun.pdf>. (14.05.2016).

Ardıçoğlu, Artuk. "Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Midir?". <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VzcDQFWLTIU>, (14.05.2016).

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

Ali Karatay kararı, AYM, 2012/990, 10/12/2014.

Arman Mazman kararı, AYM, 2013/1752, 26/6/2014

Bayram Yusuf Arslan kararı, AYM 2013/4395, 10/6/2015

Bülent Polat kararı, AYM, 2013/7666, 10/12/2015.

Efendi Yıldız kararı, AYM, 2013/1202, 25/3/2015.

Esra Nur Özbey kararı, AYM, 2013/7443, 20/5/2015.

Fikriye Aytin ve diğerleri kararı, AYM, 2013/6154, 11/12/2014.

Genco Acar kararı, AYM, 2013/7938, 16/12/2015.

Hayriye Özdemir kararı, AYM, 2013/3434, 25/6/2015.

Hilmi Yıldız kararı, AYM, 2013/299, 4/2/2016

Karlis A.Ş. kararı, AYM, 2013/849, 15/4/2014.

Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/7114, 20/1/2016

Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi kararı, AYM, 2014/ 15220, 4/6/2015.

Murat Çevik kararı, AYM, 2013/3246, 16/12/2015

Mustafa Aydın kararı, AYM, 2013/275, 6/10/2015.

Servet Saraçoğlu ve diğerleri kararı, AYM, 2012/1281, 24/6/2015.

Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve turizm Ltd. Şti. kararı, AYM, 2013/865, 1/6/2016.

Tuğba Arslan kararı, AYM, 2014/256, 25/6/2014.

Türkiye Emekliler Derneği kararı, 2012/1035, 17/7/2014.

Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri kararı, AYM, 2014/4705, 29/5/2014