



ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice
40(1)

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200

Anayasa Yargısı - 40(1)

© 2023, Anayasa Mahkemesi

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

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

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

Tasarım ve Baskı

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

Basım Tarihi

Haziran, 2023

ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice



Sahibi / Owner

Zühtü ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Başkanı



Editörler / General Editors

Prof. Dr. Engin YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi



Yardımcı Editör / Managing Editor

Dr. Ömer GEDİK

Anayasa Mahkemesi Raportörü



Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Doç. Dr. Recai AKYEL

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Dr. Hilal YAZICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Abdullah ÇELİK

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Mücahit AYDIN

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Volkan HAS

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Ömer GEDİK

Anayasa Mahkemesi Raportörü



Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager

Dr. Osman ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

DANIŞMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi

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

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi

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

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

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

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

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi

Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimededen oluşan özet ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Dergiye gönderilecek yazılar (başlık, özet, kaynakça dahil) 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde olmalıdır.
6. Yazılar, .doc veya .docx formatında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı ve 1,5 satır aralıklı normal stil olmalıdır.
7. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

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

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük

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

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

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

Derleme Kitap:

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

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

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

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

Örnek: a.g.e. s. xx.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

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

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

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

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

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

14. Çevirimiçi kaynaklara yapılan atıflarda url adresinden sonra parantez içerisinde Erişim Tarihi verilir.

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

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

ANAYASA YARGISI DERGİSİ



Veri tabanında taranmaktadır.

EDİTÖRLERDEN

Anayasa Yargısı Dergisi, Türkiye’de insan hakları ve anayasa hukuku alanlarında yayımlanan en köklü dergilerden biridir. Dergi, 1984’ten bu yana Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıldönümlerinde düzenlenen sempozyum bildirilerinin yer aldığı bir yayın olarak doğmuş, 2019 yılı itibarıyla da yılda iki kez yayımlanan hakemli dergi özelliği kazanmıştır. Dolayısıyla Anayasa Yargısı Dergisi’nin bir sayısında Anayasa Mahkemesi tarafından her yıl anayasa yargısı alanında düzenlenen sempozyum bildirilerine de yer verilerek her iki sayıda da anayasa hukukuyla ilgili hakemli makaleler yayımlanmaktadır.

Dünyamız, Cumhuriyet’imizin kuruluşunun da yer aldığı bir önceki yüzyılda birçok yeni gelişmeyle karşılaşmıştır. Yeni kavram ve kurumlar ortaya çıkmıştır. Demokrasi ve egemenlik kavramlarının dönüşüme uğraması ve klasik anlamlarını aşması dikkat çekicidir. Anayasa yargısının hayata geçirilmesi amacıyla oluşturulan yeni kurumlar, bu yeni anlamlandırma serüveninin sacayağını oluşturmuştur. İnsan hakları öğretisi de geçen yüzyılın en önemli kazanımlardan biri olmuş, tüm hukuk sistemlerinin yeniden şekillenmesinde başat rol oynamıştır. Kuşkusuz bu rol, mahkemelerin insan haklarını genişletici ve demokrasiyi pekiştirici yorum yöntemlerini kullanmalarını sağlamıştır.

Bu yıl, Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıldönümü dolayısıyla “Yüzüncü Yılında Cumhuriyet ve Anayasa Yargısı” konulu bir sempozyum düzenlenmiştir. Bu sayıda, anılan sempozyumda sunulan bildirilere hakemli makalelerin ardından yer verilmiştir. Bu sayıyla, sempozyum konusuna ilişkin ulusal ve uluslararası hukuku farklı boyutlarıyla ve kapsamlı bir şekilde inceleyen makale ve bildirilerle literatüre katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Bu sayının ilk makalesinde Prof. Dr. Osman CAN, parti içi demokrasi yokluğunun siyasi parti kapatma nedeni olup olamayacağı sorusuna cevap aramıştır. Takip eden makalede Doç. Dr. Tolga ŞİRİN “Meclisin sesi ulusun sesi mi?” diye sorarak yasama sorumsuzluğunun günümüzde erozyona uğradığını iddia edip konuyu ayrıntılarıyla irdelemiştir. Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah EVLİYAOĞLU, geçmişten günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet’in laik devlet niteliğine ilişkin yorumu konusunda bir inceleme sunmuştur. Dr. Fatih TORUN, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun öngördüğü yaptırım sisteminin “*Ne bis in idem*”

ilkesine uyumluluğunu tartışmıştır. Sayının son makalesinde Dr. Öğr. Görevlisi Fatih GÜLER, tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle seçimlerin ertelenmesini değerlendirmiştir.

Dergi, sempozyumda sunulan bildirilerin metinleri ve soru-cevap kısımları ile devam etmektedir. Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıldönümü sempozyumu üç oturum olarak düzenlenmiştir. Bu vesileyle birinci oturuma başkanlık eden Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a, ikinci oturumun başkanlığını yürüten Prof. Dr. Mustafa KOÇAK'a ve üçüncü oturum başkanı Prof. Dr. Aydın GÜLAN'a teşekkürlerimizi arz ederiz.

Birinci oturumda Prof. Dr. Ece GÖZTEPE, yeni kurumsalcı teori ışığında Anayasa Mahkemesinin normatif düzenlemeler yoluyla dönüşümünü ele almıştır. Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI, Anayasa Mahkemesi kararlarında yabancı ve uluslararası içtihatların yerini incelemiştir. Dr. Abdullah ÇELİK, hukukun anayasallaşması ve bireysel başvuru ilişkisini değerlendirmiştir. İkinci oturum Prof. Dr. Yüksel METİN'in Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında hukuk devletinin unsuru olarak ölçülülük ilkesini incelemesiyle başlamıştır. Takip eden sunumda Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ, Anayasa Mahkemesi kararlarında demokratik devlet konusunu değerlendirmiştir. Üçüncü oturumda ilk olarak Prof. Dr. Yücel OĞURLU, anayasa hukuku ve yargısı ile idare hukuku ve yargısının benzerlikleri ve karşılıklı etkileşimleri üzerine incelemelerde bulunmuştur. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kapsamında verdiği kararların ceza hukukunun gelişimine etkisini ele almıştır. Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ Anayasa Mahkemesinin 60 yıllık tarihi içerisinde icra iflas hukukuna ilişkin verdiği kararları değerlendirmiştir.

Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesinin kurumsal hafızasının kırk yıla yaklaşan tecrübesini, anayasa yargısına ilişkin yeni içtihat ve anayasa hukukuna ilişkin yeni fikirlerle harmanlama düşüncesini gerçekleştirmeyi sürdürmektedir. Bu çerçevede dergiye katkılarınızı bekliyoruz.

İlgililere faydalı olması dileğiyle...

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

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Osman CAN

Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasi Parti Kapatma Nedenidir!

The Absence of Intra-Party Democracy Is a Reason for the Dissolution of Political Parties!.....

1-60

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN

"Meclisin Sesi Ulusun Sesi" mi? Erozyona Uğrayan Yasama Sorumsuzluğu

Is the Voice of the Parliament, the Voice of the Nation? The Erosion of the Legislative Non-Liability in Turkey.....

61-104

Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah EVLİYAOĞLU

Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Laik Devlet Niteliğine İlişkin Yorumu

The Turkish Constitutional Court's Interpretation of the Secular State Character of the Republic from the Past to the Present.....

105-157

Dr. Fatih TORUN

Compatibility of "The Principle of Ne Bis In Idem" With the Sanction System Specified By Tax Procedure Law No. 213

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Öngördüğü Yaptırım Sisteminin "Ne Bis In Idem İlkesi"ne Uyumluluğu

159-195

Dr. Öğr. Görevlisi Fatih GÜLER

Tehlikeli Salgın Hastalıklar Sebebiyle Seçimlerin Ertelemesi

The Postponement of Elections due to the Outbreak of Dangerous Epidemic Disease.....

197-235

“Yüzüncü Yılında Cumhuriyet ve Anayasa Yargısı”

Konulu Sempozyum Bildirileri237

Sempozyum Programı..... 238-239

Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan’ın Anayasa Mahkemesinin 61. Kuruluş Yıldönümü Töreni Açış Konuşması 241-247

I. OTURUM

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE

Yeni-Kurumsalcı Teori Işığında Anayasa Mahkemesinin Normatif Düzenlemeler Yoluyla Dönüşümü 253-270

Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İçtihatların Yeri
The Place of Foreign and International Precedents in the Decisions of the Turkish Constitutional Court 271-305

Dr. Abdullah ÇELİK

Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru
Constitutionalisation of Law and Individual Application..... 307-320

II. OTURUM

Prof. Dr. Yüksel METİN

Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi 333-370

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Devlet 371-385

Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah EVLİYAOĞLU

Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Laik Devlet Niteliğine İlişkin Yorumu
The Turkish Constitutional Court’s Interpretation of the Secular State Character of the Republic from the Past to the Present387

III. OTURUM

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Anayasa Hukuku ve Yargısı ile İdare Hukuku ve Yargısının
Benzerlikleri ve Karşılıklı Etkileşimleri Üzerine 399-413

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kapsamında Verdiği
Kararlarının Ceza Hukukunun Gelişimine Etkisi..... 415-439

Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ

Anayasa Mahkemesinin 60 Yıllık Tarihi İçerisinde İcra İflas
Hukukuna İlişkin Verdiği Kararların Değerlendirilmesi..... 441-453

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Hasan Tahsin Gökcan'ın

Kapanış Konuşması.....463



PARTİ İÇİ DEMOKRASİ YOKLUĞU SİYASİ PARTİ KAPATMA NEDENİDİR!

*The Absence of Intra-Party Democracy Is a Reason for the Dissolution of
Political Parties!*

Prof. Dr. Osman CAN*

ÖZET

21. yüzyılda demokrasiler demokrasi düşmanı olarak etiketlenen siyasi partilerden çok parti içi demokrasinin bulunmadığı veya asgari koşulları itibarıyla yetersiz şekilde işletilen merkez kitle partilerinden zarar görmektedir. Bu siyasi partiler şeklen demokrattır, toplumun geneline hitap eder, marjinal veya radikal sayılabilecek bir programları yahut demokrasiyle bağdaşmayan bir siyasal amaçları yoktur. Bu partiler iktidara gelebilmekte veya iktidarın gerçekçi alternatifi olabilmektedir. Bu nitelikleriyle de seçmen davranışları bakımından rasyonel tercihler olarak görülmektedir. Parti içi demokrasi yokluğu veya asgari koşulları itibarıyla yetersizliği muhalefette iken anayasal düzeni ve demokrasiyi koruma mekanizmalarının veya kamuoyunun *radarına* girmemekte, iktidara geldiklerinde ise devletin meşru şiddet kullanma tekeline sahip olabilmektedir. Parti içi demokrasi yokluğu, parti içinde demokratik bir iradenin oluşmasını imkânsızlaştırdığı için parti içinde egemen kişi veya grup sultanının devlet gücüyle donatılmasını mümkün kılmaktadır. Bu aşamada sadece demokrasi ilkesi değil hukuk devleti ilkesi de temel esaslarıyla sarsılmaya ve insan haklarına saygı kaybolmaya başlar. Popülizmin yükselişi olarak gözlemlenen bu yeni fenomen, mücadeleci demokrasi ile parti içi demokrasi arasında ilişki kurulmadığı için yaptırımsız kalmakta; daha doğrusu olası yaptırımlara ilişkin hukuki farkındalık üretilmemektedir.

Bu çalışmanın temel amacı, parti içi demokrasi ilkesinin yaptırımsız bırakılamayacağını, aksine demokrasi ilkesinin ön koşulu olması

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, osman.can@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1045-9136.

nedeniyle demokrasiye aykırılık için öngörülen yaptırım sistemi içinde dşinlmesi gerektiğini, eksik olanın hukuki farkındalık ile doğru metodolojik ve dogmatik yaklaşım olduğunu göstermektedir.

Çalışmada öncelikle parti içi demokrasi kavramının erevesi çizilecek ardından parti içi demokrasiye ilişkin genel manzara ele alınacaktır. Bu başlıklarda demokrasi ilkesinin uygulanabilirliği için devlet teşkilatının demokratik bir şekilde ve siyasi partilerin de demokrasi ilkesine göre örgütlenmesi gerektiği vurgulanacaktır. Daha sonra mücadeleci demokrasi ve parti içi demokrasi arasındaki ilişki ele alınacak ardından mücadeleci demokrasiye ilişkin geleneksel yaklaşımın işlevselliği üzerinde durulacaktır. Kurumlar ve usuller kapsamında demokratik yaşam için zorunlu olan bireysel ve kolektif özgürlükler, siyasi partiler ve devletin yapılanması alanına ilişkin kurumsal tercihler demokrasinin kaderini belirler. Bu doğrultuda bir sonraki bölümde parti içi demokrasinin negatif özgürlük alanı olup olmadığı tartişılacaktır, zira ilkenin partilerin i özgürlükleri kapsamında görülmesi, ilkenin bağlayıcılığını ve anayasa koyucunun iradesini ortadan kaldırmaktadır.

Daha sonra parti içi demokrasinin tesisi için yasa koyucunun, Anayasa Mahkemesinin ve siyasi partilerin yükümlülükleri ele alınacaktır. Bir sonraki bölümde bir anayasal direktif olarak parti içi demokrasi takdire bırakılmadığı ve bir temel hak sınırlaması olmadığı ele alınacak ve parti içi demokrasi ilkesinin asgari koşulları belirlenecektir. Son bölümde parti içi demokrasinin yaptırımı konusu ilgili Anayasa ve yasa hükümleri bağlamında ve içtihadı yaklaşımlar boyutuyla tartişılacaktır. Bu başlık altında parti içi demokrasi ilkesinin demokrasi ilkesinin temel bileşeni olduğu ve parti içi demokrasi ilkesine aykırılığın Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen demokrasi ilkesine de aykırılık teşkil edeceği ve bu maddeye bağlanan yaptırıma tabi olduğu ileri sürülecektir. Aynı zamanda parti içi demokrasi ilkesine aykırılık Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan tüm değerlere zarar verebildiği için bir bütün olarak Anayasa'ya aykırılık nedeniyle kapatma yaptırımını meşrulaştırabileceği veya Anayasa Mahkemesi tarafından tüzel kişiliğinin sona erdiğinin tespitinde gerekçe olarak ele alınabileceği savunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Parti içi demokrasi, mücadeleci demokrasi, parti kapatma, Anayasa Mahkemesi, pozitif yükümlülükler.

ABSTRACT

In the 21st century, democracies suffer more from centrist political parties that lack intra-party democracy or operate with inadequate conditions than from parties labelled as enemies of democracy. These parties are formally democratic, appeal to the general population and do not have programmes that can be considered marginal, radical or incompatible with democracy. These parties can come to power or be a realistic alternative to power. In terms of voter behaviour, they are perceived as rational choices with these qualities. The absence of intra-party democracy, or the inadequacy of its minimum conditions, does not come under the *radar* of the mechanisms for the protection of constitutional order and democracy, or of public opinion, when these parties are in opposition. Once in power, however, they may have a legitimate monopoly on state violence. The absence of intra-party democracy makes it impossible for a democratic will to form within the party, allowing the dominance of individuals or groups within the party to be endowed with state power. At this stage, not only the principle of democracy, but also the principle of the rule of law is shaken to its core, and respect for human rights begins to erode. This new phenomenon, observed as the rise of populism, remains unpunished because there is no correlation between competitive democracy and intra-party democracy, or in other words, there is a lack of legal awareness of possible sanctions.

The main objective of this study is to demonstrate that the principle of intra-party democracy should be considered within the framework of the proposed system of sanctions for violations of democracy, as it cannot be left without consequences, but rather is a prerequisite for the principle of democracy. It aims to show that the missing link is the combination of legal awareness with the right methodological and dogmatic approach.

The study first outlines the framework of the concept of intra-party democracy, followed by an examination of the general landscape of intra-party democracy. These sections emphasise the need for democratic organisation of both the state apparatus and political parties in order to achieve the applicability of the principle of democracy. The relationship between competitive democracy and intra-party democracy is then discussed, followed by an examination of the functionality of the traditional approach to competitive democracy. Choices about institutions and procedures, including the individual and collective freedoms necessary

for democratic life, as well as institutional preferences in the realm of political parties and the structuring of the state, determine the fate of democracy. In this regard, the next section discusses whether intra-party democracy constitutes a negative space of freedom, since considering the principle within the framework of the internal freedom of the parties undermines its binding nature and the will of the constitution-maker.

Then, the obligations of the legislator, the Constitutional Court, and the political parties for the establishment of intra-party democracy are addressed. In the following section, it is emphasised that the constitutional directive on intra-party democracy is not left to the discretion of the legislator and is not a restriction of fundamental rights. Furthermore, the question of what the minimum conditions of the principle of intra-party democracy are is answered. The final section discusses the issue of sanctions for intra-party democracy in the context of relevant constitutional and legislative provisions, as well as jurisprudential approaches. Under this heading, it is argued that the principle of intra-party democracy is a fundamental component of the principle of democracy and that a violation of intra-party democracy also constitutes a violation of the principle of democracy as set out in the Article 68 §4 of the Constitution and is subject to the prescribed sanction. Furthermore, it is argued that the violation of the principle of intra-party democracy, as it can harm all the values contained in the Article 68 §4 of the Constitution, could legitimise the sanction of dissolution on the grounds of a general violation of the Constitution or be considered by the Constitutional Court as grounds for the termination of legal personality.

Keywords: Intra-party democracy, militant democracy, competitive democracy, party dissolution, banning of political parties, Constitutional Court, positive obligations.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Parti içi demokrasi bir siyasi partinin amaç ve niyet beyanları ile programından çok parti örgütlenmesiyle ilgili bir kavram olup, demokrasi ilkesinin kurumsal ve prosedürel boyutuyla siyasi partilerin içinde hayata geçirilmesini zorunlu kılar. Demokrasi ilkesini temel anayasal tercih olarak kabul eden pek çok ülkede parti içi demokrasi aynı zamanda bir anayasal direktife dönüşmüş durumdadır. Almanya Anayasası'nın 21. maddesi siyasi partilerin iç düzenlerinin demokratik ilkelere uygun olmasını şart koşmaktadır. Benzer düzenleme İspanya Anayasası'nın 6. maddesinde yer almaktadır. Aynı şekilde Anayasa'nın 69. maddesinin birinci fıkrası siyasi partilerin faaliyetlerinin, parti iç düzenlemeleri ve çalışmalarının demokrasi ilkelerine uygun olacağını belirtmektedir. Bu ifadenin emredici niteliğe sahip olduğu açıktır.

Anayasal direktifin emrediciliği ve bağlayıcılığı siyasi parti bakımından tartışmasız olsa da öncelikle yasa koyucu bakımından bir düzenleme zorunluluğu, Anayasa Mahkemesi bakımından da asgari şartlar çerçevesinde bir denetim zorunluluğu anlamına gelmektedir.

Anayasa'nın 69. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi parti içi demokrasi ilkelerinin uygulanmasının kanunla düzenleneceğini ifade etmektedir. Aynı yaklaşımı Almanya Anayasası'nın 21. maddesinin son fıkrasında da görmekteyiz. Korunması arzulan temel değerler yönünden bütünüyle özdeşlik bulunmasa bile¹ anayasal düzenin *mücadeleci* niteliği itibarıyla her iki ülkenin anayasal tercihleri arasında benzerlik bulunmaktadır. Bu da Alman anayasal tercihlerinin pozitif hukuksal çıkarımlar ve uygulama için mehzaz olarak değerlendirilmesini mümkün hatta niteliği elverdiği ölçüde zorunlu kılmaktadır.

Parti içi demokrasiyi genel hatlarıyla parti üyelerinin karar süreçlerine aktif katılım hakkına sahip olduğu, parti içi müzakere yolları ve oylamalarla parti iç işleyişini ve kararlarını etkileyebildikleri, parti yönetiminin tabana hesap verme zorunluluğu ve sorumluluğunun bulunduğu, parti organizasyonunun da bunu sağlayacak mekanizmalara sahip olduğu işleyiş tarzı olarak kısaca tanımlamak mümkündür. Türk Anayasa Mahkemesi parti içi demokrasiyi şu şekilde tanımlamaktadır:

1 İki ülkede Anayasa Mahkemesi kurulmasındaki motivasyon ve politik hedef farklılıkları için bkz., Can, O. (2012). The Constitutional Court as Defender of the Raison d'Etat?, içinde Grote, R. ve Röder, T. J. (Eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity* (ss. 259-278), London-New York: Oxford University Press s. 267 vd.

“Siyasî partilerin örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun olması, hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması, demokratik örgüt yapısının kurularak lider, teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tepeye oluşturulması parti içi demokrasi ilkesinin gereklerindedir.”²

Diğer yandan *Morlok*'un ifadesiyle parti içi demokrasinin somutlaştırılması gerekir. Ancak buradaki somutlaştırma ihtiyacı, ilkenin somut unsurlardan oluşan asgari bir içeriğinin bulunmadığı anlamına gelmez. Parti içi siyasi irade oluşumunun aşağıdan yukarıya doğru işlemesi, parti içi politik kararlar ile parti pozisyonlarına kimlerin atanacağına/seçileceğine dair kararların parti tabanı tarafından meşrulaştırılması ve denetlenmesi gerekir. Bu da parti içindeki karar verici pozisyonlar ile kamusal makamlar için adaylıkların düzenli aralıklarla zamanla sınırlı iktidar ilkesine uygun gerçekleştirilecek seçimler yoluyla oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Çoğunluk ilkesi, azınlıkların korunması, fırsat eşitliği, parti içinde politika belirleme ve karar oluşturma merkezlerinin çokluğu ve nihayet örgütsel ademimerkeziyetçilik de parti içi demokrasinin asgari değerleri arasında kabul edilmektedir³.

Parti içi demokrasi bir yönüyle yasa koyucuya optimizasyon yani en iyileştirme çağrısı içermekte, diğer yandan da asgari koşullara riayeti zorunlu kılmaktadır. Optimizasyon çağrısı dönemin fiilî ve hukuki imkânları çerçevesinde mümkün olan en iyi düzenlemelerin yapılmasına işaret ettiğinden yoruma ve takdire oldukça açıktır⁴. Bununla birlikte *asgari koşullar bakımından* (a) **yasa koyucu**, nihai yorum otoritesi olarak, (b) **anayasa mahkemeleri** ve parti içi demokrasiyi işletme yükümlülüğünün muhatabı olan (c) **siyasi partiler** bakımından bağlayıcı ve ihlali durumunda yaptırım gerektiren bir kuraldır.

Parti içi demokrasi esas itibarıyla siyasi partileri demokrasi zemininde tutan kurumlar ve usuller sistemidir. Bu kavramı siyasi partilerin beyan ettikleri amaçlar, hedefler ve niyet beyanları ile karıştırmamak gerekir.

2 AKP ihtar kararı, AYM, E.2005/3 (SPİ), K.2011/1, 12/10/2011, AYMKD 49/3, 1807 (1834).

3 Morlok, M. (2006). Art. 21, içinde Dreier, H. (Hrg.), *GG- Kommentar* (ss. 327-403), 2. Auflage, Tübingen: Mohr-Siebeck, s. 299.

4 Roßner, S. (2018). Bock oder Gärtner? Innerparteiliche Demokratie und Prüfung von Parteiausschlüssen durch staatliche Gerichte. Zugleich zu Kammergericht Berlin vom 10.9.2013, Az. 7 U 131/12, içinde, Morlok M., Poguntke T. ve Sokolov E. (Hrsg.), *Parteienstaat-Parteienrecht* (ss. 95-122), Baden-Baden: Nomos, s. 102.

Benzer şekilde siyasi parti liderliğinin iradesiyle gerçekleşip, yine onun iradesiyle vazgeçilebilecek uygulamalar demokratik işleyiş izlenimi verse de parti içi demokrasi ile ilgili değildir. Demokrasi yönetime gelen ve kamusal yetkileri kullananlardan görece bağımsız olarak işleyen, denge ve denetim mekanizmalarıyla kötüye kullanıma izin vermeyen bir sistem olduğundan, parti içi demokrasiyi de yönetim kadrolarının iradelerinin üstünde, onların uymak zorunda olduğu asgari organizasyon kuralları ve usuller sistemi olarak değerlendirmek gerekir.

Bu çalışma kurumların tasarımının kurumların ortaya koyacakları irade ve kararları belirlediği yaklaşımını esas almaktadır. Kurumsal ve prosedürel (usule ilişkin) meşruiyet (*institutional and procedural legitimacy*) olmadan çıktı meşruiyeti (*output legitimacy*) olmaz. Diğer ifadeyle iradenin özgür bir şekilde oluşmasını sağlayacak kurumsal ve usuli mekanizmaların olmadığı bir sistemde demokratik bir sonuçtan söz etmek mümkün değildir. Zira bu sistemlerde irade özgür bir müzakereye ve muhasebeye değil daha çok dürtülerin yönlendirdiği varoluşsal kaygıya ve dolayısıyla ontolojik tarafgirliğe dayanmaktadır.

Diğer taraftan çalışmanın amacı parti içi demokrasi ile mücadeleci demokrasi anlayışı arasında yaşamsal bir bağ bulunduğunu ve parti içi demokrasi ilkesine temel esasları itibarıyla aykırılığın demokrasi ilkesine aykırılığın somutlaşması niteliğinde olduğu ve bu nedenle aynı yaptırıma tabi tutulacağını ortaya koymaktır. Bu nedenle çalışmanın sistematığı açısından taşıyıcı nitelikte olmayan hususlar tüketici bir şekilde ortaya konmamıştır.

Çalışma boyunca özellikle parti içi demokrasinin demokrasi ilkesinin varoluşsal bileşeni veya ön koşulu olduğuna dair önermenin pek çok kez tekrar edildiği dikkati çekecektir. Bir yandan parti içi demokrasi ilkesinin hukuksal bağlayıcılığına ilişkin kanaatin zayıflığı, diğer yandan bu ilkeye aykırılığın yaptırımsız olmadığına dair yeni pozitif hukuk ve dogmatik temellendirme zorluğu, bu tekrarı zorunlu kılmıştır.

Yine günümüz demokrasilerinde demokrasinin insan hakları ve hukuk devleti ilkeleriyle bütünleşik olarak anlaşılması ve uygulanması nedeniyle parti içi demokrasinin asgari gereklerinin bu ilkelerden bağımsız değerlendirilemeyeceği yaklaşımı benimsenmiştir. Çalışmanın teorik verilerin kullanımıyla başlayarak hukuk metodolojisi kurallarıyla pozitif hukukun yorumlanması ve hukuk dogmatikğine yön verme tercihi bu yaklaşımı gerektirmektedir.

II. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ İLKESİNE İLİŞKİN GENEL MANZARA

Siyasi partiler hukukuna dair temel esaslar Almanya ile önemli ölçüde benzerlik gösterdiği hatta bir bakıma onu takip ettiği hâlde Türkiye’de parti içi demokrasi konusu anayasa hukuku çalışmalarında ağırlıklı bir yere sahip olmamıştır. Parti içi demokrasiyi çalışmalarının odağı hâline getiren az sayıda monografi vardır⁵ ancak bu monografilerin çoğunda parti içi demokrasi hedeflenmesi arzulanan bir ideal olarak (*de lege ferenda*) ele alınır. Demokrasinin korunmasındaki rolleri, genel olarak normatif bir etki atfetmeksizin ideal bir imaj olarak resmedilir; eksiklikleri demokrasiyi etkileyen sorunlar bağlamında ele alınır⁶; normatif etkinin atfedildiği durumlarda ise somut yaptırımlara ilişkin sonuçlara ulaşılmaz. Yine çoğunda siyasi partilerin demokratiklik özellikleri, yapısal unsurlar yerine, genel ilke, amaç ve programlarına, diğer bir ifadeyle prosedürel ve kurumsal normlar yerine amaçsal ve eylemsel yasaklar öngören maddi normlara bakılarak anlaşılmaya çalışılır. Kurumlar, prosedürler ve mekanizmalar ikincil önemdedir. Bu yaklaşım siyasi partilerin tüzüklerine ilişkin değerlendirmelerde de sürdürülmektedir. Partilerin niteliği, ne ölçüde demokratik oldukları, genelde tüzüklerin ilk maddelerinde yer alan *amaç ve program* normları üzerinden değerlendirilir. Türkiye’de siyasi partilere ilişkin genel anayasal ve siyasal değerlendirme kurumsal yapılarından çok, amaç ve hedefler eksenlidir. Anayasal denetimde

5 Bosuter, K. (1969). *Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi*, Ankara: Ulusal Basımevi; Tuncay, S. (1996). *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Ankara: Gündoğan Yayınevi; Yanık, M. (2002). *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul: Beta Yayınları; Küçük, T. S. (2014). *Parti İçi Demokrasi*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul. Bosuter, parti içi demokrasinin işlememesinin iktidarın sınırlandırılmasına dair anayasal mekanizmaları işlevsizleştireceği tespitini Türkiye için oldukça erken bir dönemde yapmıştır (s. 6 vd.); bu nedenle de istisna olarak görülmeyi hak etmektedir. Daha çok siyaset bilimi çalışması olan eserinde Tuncay’ın “parti içi demokrasinin siyasi partilerin örgüt yapısı” ile ilişkili olduğu tespiti önemlidir, zira bir ideale veya değer yargısına değil, daha çok kurumsal yapıya ve prosedüre odaklanmaktadır, bkz. s. 56 vd. Küçük’ün Anayasa hukuku merkezli doktora çalışması ise, parti içi demokrasiyi pozitif hukuksal yönden ele aldığından çalışmamız açısından daha merkezî bir yer edinmektedir.

6 Yanık, M. (2002). s. 125; Küçük, T. S. (2014). 384 vd. Küçük Çalışmasında parti içi demokrasinin kurumsal ve prosedürel boyutuna özel bir ağırlık vermekte, ayrıca parti içi demokrasi gereklerine aykırılığın sonuçları ve yaptırım olanaklarına değinmektedir. Yaptırım sorusu bu çalışmada bir sonuca ulaşamasa da tartışmayı mümkün kılan veriler sunması bakımından önemlidir. Özbudun pozitif hukuksal olarak parti içi demokrasinin pozitif hukuksal bir mesele olmadığını belirtmektedir. Bkz. Özbudun, E. (1979). *Siyasi Partiler*, 3. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 165 vd. Ancak bu yaklaşımını aşırı hukukileştirme ve bu şekilde esasen ters sonuçlar doğurabilecek düzenleme tercihlerine yönelik bir tepki olarak okumak mümkündür.

de partinin amaç, hedef ve program olarak egemen ideolojiyle çatışma potansiyeli veya gerçekliği belirleyici olagelmıştır. Bununla bağlantılı olarak *Mudde*'nin ifadesiyle⁷ halkı tanıyan (dinleyen değil!) ve onun arzularını gerçekleştirecek lider ve/veya grup sultası, daha çok kültürel bir mesele olarak görülür.

Kanaatimce Türk siyasi partiler hukukunun bu gerçekliği, ideolojik ve hukuk ötesi gerekçelere dayanan siyasi parti kapatma pratiği ile bunun yanlışlığına veya doğruluğuna odaklanan tepkisel akademik yaklaşımlarca biçimlenmiştir.

Siyasi partiler hukukunun pozitif ve dogmatik boyutu bundan çok farklı değildir.

Anayasa'nın 69. maddesi siyasi partilerin faaliyetlerinin, iç düzenlemelerinin ve çalışmalarının demokrasi ilkelerine uygun olmasını zorunlu kılmakta ve bu ilkelerin uygulanmasının kanunla düzenleneceğini öngörmektedir. Ancak 2820 sayılı Kanun Anayasa'nın lafzını aynı şekilde tekrarlama dışında bu ilkelerin partilere egemen olmasını sağlayabilecek yeterli mekanizma ve yaptırım öngörmemiştir⁸. Partilere ilişkin yasaklar kısmında da "*Parti içi Çalışmalarının Demokrasi Esaslarına Uygun Olma Zorunluluğu*" (mad. 93) şeklinde ayrı bir başlığa yer verilmişse de burada da Anayasa'nın lafzının tekrarlanması dışında bir somutlaştırma söz konusu değildir. Sistematiğe bakıldığında parti içi demokrasi zorunluluğunun Kanun'un 1-77. maddeleriyle ilgisi yokmuş gibi bağımsız bir madde olarak "*Çeşitli Yasaklar*" başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle Kanun'da partilerin üye statüleri, yerel ve merkezi teşkilatlanmaları, seçimler, adaylıklar gibi parti içi demokrasi ilkesinin ana konuları sistematiğe bakıldığında parti içi demokrasi ilkesiyle ilişkilendirilmemiş görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi de parti içi demokrasiyi etkili kılabilen bir içtihat geliştirmemiştir⁹. Mahkeme parti içi demokrasiyi genellikle

7 Mudde, C. (2004). "The Populist Zeitgeist", *Government and Opposition*, Vol. 39, Iss. 3, s. 558: "True, they want to be heard in the case of fundamental decisions, but first and foremost they want leadership. They want politicians who know (rather than 'listen to') the people, and who make their wishes come true."

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçük, T. S. (2014). s. 286 vd., özellikle yargısal denetime ilişkin bkz. s. 351 vd.

9 Anayasa Mahkemesi 1984 yılından beri her yıl bilimsel sempozyum düzenlemekte ve bu sempozyumlarda temel anayasal sorunlar tartışılmaktadır. 40 yıla yakın sürede parti içi demokrasinin gündem olarak belirlendiğine dair bir örneğin bulunmaması, çarpıcıdır. Parti

siyasi parti özgürlüğü ve iç işleyişini düzenleme özerkliği çerçevesinde değerlendirmektedir¹⁰. Mahkeme parti içi demokrasi gerekliliğiyle bağdaşmayan karar ve faaliyetler yönünden yaptırım uygulama pratiği geliştirmemiştir¹¹. Hatta verdiği kararların parti içi demokrasi ilkesini bütünüyle yaptırımsız bıraktığı dahi söylenebilir¹². Mahkemenin bu yaklaşımı Siyasi Partiler Kanunu'nun sistematığıyla paralellik arz etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları 1961'den beri *demokratik hukuk devleti* iddiasını devletin temel niteliklerinden saymaktadır. Ancak Türkiye'de demokrasi ilkelerine aykırılık gerekçesiyle kapatılan bir parti bulunmamaktadır. Bu veri ilk bakışta Türkiye'de tüm partilerin demokrasi ilkesi yönünden sorunsuz olduğu varsayımına elverişli bir veridir. Ancak aynı zamanda demokrasi ilkesine uygunluğun Türk kurumsal ve kamusal reflekslerinde öncelikli olmadığı anlamına da gelebilir ki ikincisinin geçerli olduğu kanaatindeyim.

Türkiye tarihi aynı zamanda otoriterlik ve anayasal düzenin esaslı bir şekilde ihlali tecrübelerini yaşamıştır. Bu tecrübenin içinde politik amaç ve hedef yönünden küçük partilerin etkisi kanaatimce çok azdır. Aksine iktidar şansı bulan veya iktidar alternatifi olabilecek kitle partilerinde bu olgu daha yoğun olarak gözlemlenmektedir. Türkiye'de söz konusu siyasi partilerin özelliği, lider odaklı olmaları ve parti içi demokrasiye sahip olmamalarıdır. Bu tespit genel kabul gördüğü hâlde¹³ siyasi partilerin Anayasa'ya ve kanuna uygun bir şekilde çalışması konusunda izleme ve denetleme, gerektiğinde de ihtar için talepte bulunmakla yetkili makam

ıçıyla ilgili olarak tespit ettiğim kadarıyla 1999 yılındaki sempozyumda "yasa değişikliği gereği" ile sınırlı tek bir tebliğ sunulmuştur. Bkz. Üçışık, F. (1999). "Parti İçi Demokrasi Açısından Yasa Değişikliği Gereği", *Anayasa Yargısı*, C. 16, s. 355-376.

10 AYM, E.1986/17, K.1987/11, 22/5/1987; AYM, E.1987/23, K.1987/27, 9/10/1987. Bu son kararında Mahkeme ön seçimi bir seçim dönemi için yasaklayan kuralı iptal ederken, adayların belirlenmesini siyasi partinin özgürlük alanı olarak görmüştür.

11 Bu alana ilişkin doğrudan kararlar: AYM, E.1986/17, K.1987/11, 22/5/1987; AYM, E.2002/3 (SPİ), K.2003/1, 22/1/2003; AYM, E.2002/4 (SPİ), K.2003/2, 22/1/2003; AYM, E.2005/3 (SPİ), K.2011/1, 12/10/2011. Dolaylı kararlar: AYM, E.2012/128, K.2013/7, 10/1/2013 (TOBB Başkanlığı hk.); AYM, E.2013/150, K.2014/132, 23/7/2014 (Ziraat Odası Başkanlığı hk.); AYM, E.2008/80, K.2011/81, 18/5/2011 (Muhasebe ve Müşavirlik Odaları başkanlığı, YK üyeliği hk.). Bu kararlarda Mahkeme parti veya kurum içi demokrasiyi demokrasi ilkesiyle bağdaştırmamakta, meseleyi ya parti özerkliği veya yasa koyucunun takdiri olarak değerlendirmektedir.

12 AYM, E.2008/5, K.2009/81, 11/6/2009. Mahkemenin bu tutumunu, siyasi parti kapatma kararları nedeniyle doğmuş olumsuz imaja bir tepki olarak "siyasi parti özgürlüğünü" vurgulama ihtiyacı olarak da yorumlanabilir.

13 Benzer tespitler için Turan, İ. (2011). "Türk Siyasi Partilerinde Lider Oligarşisi: Evrimi, Kurumsallaşması ve Sonuçları", *İÜSBFD*, C. 45, S. 45, s. 2.

olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının parti içi demokrasiye tüzük ve eylemleriyle aykırı çizgi izleyen siyasi partiler bakımından *etkili* olduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi de yukarıda belirtildiği gibi parti içi demokrasiyi geliştirebilecek bir içtihat üretmemiştir. Anayasa Mahkemesinin demokrasi ilkesini son yıllara kadar tanımlama ihtiyacını duymamış olduğu dikkate alındığında¹⁴ bu sonuç şaşırtıcı olmayacaktır. Mücadeleci demokrasi kavramına yoğun müracaat edilmiş olmasına rağmen vurgu, *demokrasiden çok mücadele* kavramına yapılmış ve uğruna mücadele edilen değer neredeyse laiklik ve katı merkezizetçilik ile sınırlı bir görünüm arz etmiştir.

Son yıllarda otoriterliğin yeniden dirilişi olarak nitelendirilen popülizm konusunda dünya çapında pek çok araştırma yapılmış, eserler ve monografiler ortaya çıkmıştır¹⁵. Bu çalışmalarda popülizmin küresel gelişmeler ve krizlerle bağlantısı ele alınmış, siyasi-psikolojik boyutu, anayasal düzeye ve anayasal değişikliklere yansımaları üzerinde durulmuştur. Popülizm programatik ve söylemsel bir fenomen olarak nitelendirildiği gibi bir teşkilatlanma sorunu olarak da ele alınmıştır. Popülizmin yükselişinin anlaşılmasına ve demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün korunmasına ve güçlendirilmesine çok önemli katkılarda bulunan bu çalışmalarda, parti içi demokrasi ile mücadeleci demokrasi arasında yeterli bir bağ kurulduğu söylenemez.

Oysa demokrasi öncelikle kurumlar ve usuller sistemidir. Demokratik değerler bu kurumların demokratik usullerle işlemesi sonucunda bir kültür olarak doğar, yerleşir, toplumsal ve siyasal hayatın referansına, ardından kurumlar ve prosedürlerin demokratik işleyişinin dinamiğine dönüşür. Sadece oya ve sandığa indirgenen bir demokrasi *kum üzerinde kumdan kale* kadar işlev görebilir.

14 Tespit ettiğim kadarıyla ilk tanımlama denemesi AKP kapatma davasına ilişkin kararda yapılmıştır, bkz. AKP kararı, AYM, E.2008/1 (SPK), K.2008/2, 30/7/2008, AYMKD 45/4, s. 3172. Ancak buradaki tanımda kurumsal boyuttan çok AİHM içtihatlarında görüldüğü üzere özgürlük, çoğulculuk, uzlaşma gibi daha maddi-normatif boyut öne çıkmaktadır. 2017'de verdiği bir kararda bu yaklaşım sürmüş ve müzakere-katılım olgusu ekseninde bir tanım yapılmıştır. AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 34.

15 Örnek olarak Müller, J. W. (2016). *Popülizm Nedir?*, (Çev. Yıldız, O.), İstanbul: İletişim Yayınları; Mudde, C. ve Kaltwasser, C. R. (2019). *Popülizm Kısa Bir Giriş*, (Çev. Türközü, S. E.), Ankara: Nika Yayınevi; Rovira Kaltwasser, C., Taggart, P., Ochoa Espejo, P. ve Ostiguy, P. (Eds.). (2017). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press; Mouffe, C. (2018). *For a Left Populism*, London-New York: Verso Book; Martinelli, A. (Ed.). (2018). *When Populism Meets Nationalism-Reflections on Parties in Power*. Milano: Ledizioni Ledi Publishing; Krygier, M., Czarnota, A. ve Sadurski, W. (Eds.). (2022). *Anti-Constitutional Populism*. Cambridge: Cambridge University Press.

20. yüzyılda demokratik rejimler, *partiler demokrasisi*¹⁶ olarak adlandırılmakta ve bu nitelendirme Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da yer almaktadır¹⁷. Partiler demokrasisi, ülkenin demokratik bir şekilde yönetilmesinin ancak siyasi partiler eliyle mümkün olduğunu ifade etmektedir. Aynı çerçevede siyasi partilerden kaynaklanan tehditlere karşı demokrasiyi korumak için mücadeleci demokrasi yaklaşımı benimsenmiş, bu doğrultuda anayasal düzeyde tedbirler kabul edilmiştir. Temel kabul, *demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan* siyasi partilere demokratik yöntemlerle iktidara gelme imkanının sunulmaması, bunun da ötesinde bu tür partilerin gerektiğinde kapatılabilmesi gerektiğidir.

Ancak 21. yüzyılda demokrasilere yönelik en büyük tehdit demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan radikal/marjinal partilerden kaynaklanmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında biçimsel olarak liberal demokrasinin zaferinden söz etmek mümkündür¹⁸. Ancak popülizm bu iyimserliği yerle bir etmiş görünmektedir.

Küresel çapta demokrasinin karşı karşıya kaldığı en büyük tehdit olarak nitelendirilen popülizm daha çok kitle partilerinden kaynaklanmaktadır. Polonya, Macaristan, Rusya ve Türkiye ve son olarak İsrail örneklerinde demokrasilerdeki gerilemenin kaynağı marjinal partilerden çok iktidar gücünü kullanma imkânını yakalayan merkez partileri veya merkez parti iddiası olan kitlesel partilerdir¹⁹. Bu ülke örneklerinde iktidar partilerini ortaklaştıran husus ise lider ilkesinin egemen olması ve parti içi demokrasinin işlememesi yahut etkisiz olmasıdır. Sonuç kaçınılmazdır, zira popülizm sadece bir söylem veya gündelik siyasal çekişmelerde işe yarar bir retorik değil daha çok demokratik kurumların değersizleştirilmesi ve çökertilmesine odaklanır²⁰.

Bilimsel araştırmalar da popülizm ile parti içi demokrasi arasındaki bu ilişkiyi ortaya koymaktadır²¹. Kanımızca bu ilişki rasyonel olarak

16 Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 94.

17 AYM, E.2000/86, K.2000/50, 12/12/2000; AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003; AYM, E.2008/1 (SPK), K.2008/2, 30/7/2008.

18 Fukuyama, F. (1992). *End of History and the Last Man*, New York: Free Press.

19 Benzer değerlendirmeler için bkz. Huber, P. M. (2017). "Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis", *Der Staat*, C. 56, s. 390 vd.

20 Voßkuhle, A. (2018). "Demokratie und Populismus", *Der Staat*, C. 57, s. 130.

21 Böhmelt, T., Ezrow, L. ve Lehrer, R. (2022). "Populism and Intra-party Democracy", *European Journal of Political Research*, C. 61, S. 4, s. 1143-1154. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12509> (Erişim Tarihi: 17/4/2023).

kanıtlanabilir niteliktedir zira kurumsal ve usule ilişkin bir yönetim modeli olarak demokrasi, devletin teşkilatlanmasının demokrasi ilkelerine uygunluğunun yanında bu iktidarı kullanacak siyasi partilerin de demokrasi ilkesine göre örgütlenmesini gerektirmektedir. Kendisi demokratik olarak örgütlenmediğinden taban iradesini demokratik siyasal karara dönüştüremeyen bir siyasi partinin, demokratik bir yönetim gerçekleştirmesi mümkün değildir. Uygulamada demokratik bir işleyişten söz edilse bile, bu, iktidardaki siyasi partiden çok, devlet teşkilatının demokratik örgütlenişindeki sağlamlığından kaynaklanır, ki bu da sürdürülebilir değildir. Hem devlet teşkilatının demokratik örgütlenmediği hem de siyasi partilerin demokrasi ilkesine göre örgütlenmediği durumda ise demokrasi ilkesinin uygulanabilirliği zaten söz konusu olmayacaktır.

Demokratik sistemlerde irade oluşumu aşağıdan yukarıyadır. Bu ilke hem siyasal kararları rasyonelleştirmekte hem de meşrulaştırmaktadır. Egemenliğin kullanımında rasyonel irade oluşumu iki kanattan gerçekleşir. Eşitlik ilkesine ve kamu yararına uygun olarak işlemek zorunda olan devlet alanında bürokrasi yoluyla kamusal ihtiyaçlar ve gereklilikler yerel birimlerden başlayarak toplanır, analiz edilir ve siyasal karar organlarının önüne rasyonelleştirilmiş kamusal alternatifler olarak sunulur²². Diğer kanattan da siyasi parti içinde tabandan tavana katılım ve müzakere yoluyla politikalar oluşturulur, bu politikaları icrayla yetkilendirilmiş parti yönetimi de rasyonel seçeneklerden birini, parti içi süreçlerde belirlenmiş politikalar çerçevesinde siyasi sorumluluğu üstlenerek tercih eder. Demokratik bir şekilde ortaya çıkmış siyasi parti iradesi, yine aşağıdan yukarıya doğru kamusal eksende süzülerek ortaya çıkan ve her biri kamusal yani tüm halkın çıkarına odaklanan rasyonel alternatifler arasından birini tercih eder ve bu şekilde siyasal sorumluluğu demokrasi ilkelerine uygun bir şekilde yerine getirir.

Böylece halkın iradesi rasyonel süreçlerden geçerek iki kanatlı olarak inşa edilir ve siyasi işlem ve eyleme dönüşür. Bu gerçekten hareketle parti içi demokrasinin işlemediği ve lider ilkesine göre yapılanmış bir siyasi partinin sistemi bu temel ilkelere göre işletebilmesi mümkün

22 Elbette ülkenin merkeziyetçi olup olmaması, rasyonelleştirme düzeyinde yaşamsal önemdedir. Zira katı merkeziyetçi bir yapıda merkezi hiyerarşinin yozlaştırıcı etkisi nedeniyle rasyonelleştirmenin olması gerektiği gibi işlemesi güçtür. Bu nedenle yerelden merkeze katılımçılık üzerine kurulu bir idari ve siyasi teşkilatlanmanın öneminin altını çizmek gerekir.

olmayacaktır. Zira partinin yapısı iradenin tabandan hareketle inşasını imkansızlaştırmaktadır. Parti tabanı iradenin sahibi değil tavanda tayin edilen iradeyi icra aracına dönüşür; *irade ile icra yer değiştirir*. Tabanın meşrulaştırıcı etkisi de kaçınılmaz olarak kurucu mahiyette değil, *aklamasyon*²³, bir bakıma *plebisiter onaylama* mahiyetinde olur. Oysa siyasi partilerin meşru gücü, iradesini özgür bir taban tercihine dayandırmasından gelir.

Demokratik bir şekilde ortaya çıkmamış siyasi parti iradesinin kamusal alternatifler arasından yapacağı tercih de kamu öncelikli değil, aksine grup veya lider öncelikli olarak belirlenecektir. İktidara gelişle başlayan bu olguyu, devletin içindeki irade oluşumunun kamusalığını bozma olgusu takip edecektir. Bu da devletin *eşitlik* ve *kamu yararı* ilkelerine göre işleme iddiasının çökmeye başladığı, yozlaşma ve bozulmanın devlete sirayet ettiği ana işaret eder. Devletin demokratik bir hukuk devleti niteliği kaybolmaya başlar.

Zira demokrasilerde halk seçimler ve temsilciler, dolayısıyla siyasi partiler aracılığıyla egemenliğini kullanır. Siyasi partiler iktidara geldiklerinde doğrudan yürütmeyi -parti yapısının durumuna göre-parlamentolardaki çoğunluğu da kontrol ederler. Dolayısıyla yasama organını da amaçlarına göre kullanabilirler. Devlet bütçesini yönetirler, kamu fonlarını kontrol ederler ve bu da onlara hegemonyayı genişletme fırsatı sunar. Yasama düzeyindeki atamalar veya değişiklikler yoluyla yargıyı da etkileyebilirler.

Dolayısıyla partiler demokrasisinde demokratik anayasal düzen için en büyük risk potansiyeli, demokratik rejim karşısında konumlanan ve oy potansiyeline bağlı olarak toplumsal hareketler üzerinden siyasal düzene zarar vermeye odaklı marjinal/ideolojik partilerden çok iktidara gelip egemenliği kullanma potansiyeline sahip ancak demokratik yapısı bulunmayan partilerdir. Yapı ve örgütlenme biçimi demokratik değilse, siyasi parti demokratik hedefler ve programlar planlanarak kurulmuş olsa bile partiyi dönüştürür ve demokrasinin celladı hâline getirir.

Bu nedenle tezimiz, parti içi demokrasinin demokratik düzenin korunması için ontolojik bir ön koşul olarak kabul edilmesi gerektiği

23 Biri veya bir şey için gürlütülü ve coşkulu alkışlarla verilen onayı ifade eder. Carl Schmitt, kamuoyunun modern bir aklamasyon olduğunu ve egemeni meşrulaştırdığını ifade eder. Bkz. Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr Siebek, s. 246.

iddiasındadır. Mücadeleci demokrasi, genel kabul gören “*anayasal düzen-anayasaya aykırı partiler*” karşıtlığına ek olarak ve hatta ondan daha çok “*anayasal düzen-parti içi demokrasisi olmayan partiler*” karşıtlığına odaklanmalı ve demokrasi için mücadele hattı çok daha erken bir aşamaya çekilmelidir.

III. MÜCADELECI DEMOKRASİ-PARTİ İÇİ DEMOKRASİ İLİŞKİSİ

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra kullanılmaya başlanan ve günümüzde popülizmin yükselişiyle birlikte yeniden güncellik kazanan mücadeleci demokrasi, *demokratik* bir anayasal düzenin demokrasi düşmanı siyasal yapılanmalara ve girişimlere karşı koruması gerektiğini ifade eder. Demokrasinin biçimsel araçları demokrasiyi ortadan kaldırmak için kullanılamaz ve bu yöndeki girişimler yaptırımlarla karşılaşmalıdır²⁴. Türk Anayasa uygulaması ve yazınında daha çok *militan demokrasi* olarak tercih edilen mücadeleci demokrasi kavramı²⁵ AİHM içtihatlarında “*kendini savunabilen demokrasi*” şeklinde karşılık bulmaktadır²⁶.

İnsan onuruna uygun, eşitlik içinde özgürce yaşanabilecek, sorunları barışçı bir müzakere ortamında çözebilecek tek siyasal düzen olarak demokrasinin korunması gereği tartışmasızdır. Devletin demokratik bir şekilde yapılanması ve kurumsallaşması yaşamsal olmakla birlikte demokrasinin korunması için yeterli değildir. Toplum ile devlet arasında ulusal iradenin aktarımı ve egemen kılınmasının aracı olan siyasi partiler olmaksızın devletin demokratik bir şekilde yönetilmesi mümkün değildir.

Kanaatimce Türkiye’de siyasi partilerin demokratik olarak örgütlenmemiş olması yani parti içi demokrasinin yokluğu demokrasinin kurumsallaşmasına engel olmuş veya filizlenmekte olan demokrasinin boğulmasına yol açmıştır. Bu sonuç en azından Türk siyasi tarihinden hareketle kanıtlanabilir niteliktedir.

24 Kullanılan tamlama ne olursa olsun kavramın temelini *demokrasi* olduğu, demokrasi olmayan bir düzenin bu kavrama müracaat edilemeyeceğinin altını çizmek gerekir. Yine demokrasinin korunmasıyla ilgisi bulunmayan, daha çok devletin ideolojik tercihlerinin yahut toprak bütünlüğünün korunması için öngörülen tedbirler, meşru olsa bile, bu kavramla ilgili değildir.

25 Bu alana dair ilk yetkin bilimsel çalışmalardan biri için bkz. Hakyemez, Y. Ş. (1999). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yayınları.

26 *Vogt/Almanya*, B. No: 17851/91, 26/9/1995, §§ 51 ve 59; *Ždanoka/Letonya* [BD], B. No: 58278/00, 16/3/2006, § 100; *Perinçek/İsviçre* [BD], B. No: 27510/08, 15/10/2015, § 242.

Türkiye siyasi tarihinin gördüğü en çoğulcu, temsil gücü en yüksek meclisi olan Birinci Meclis, tam da bu yapısının bir sonucu olarak Türkiye tarihinde bir istisna olarak kalan *etnisite vurgusuz-kapsayıcı-ademimerkeziyetçi* 1921 Anayasasına vücut verebilmiştir. Bununla birlikte Birinci Meclis güç temerküzüne engel oluşturabilecek kurumsallaşma öngörmemiştir. Meclis siyasi parti olgusuna yabancı hatta reddeden tutumunun da katkısıyla 1922 yılının sonlarından itibaren hızla etkinliğini kaybetmiş ve 1923'te ise yerini tek parti meclisi olarak işlev görece İkinci Meclise bırakmıştır. Bu sonuca yol açan en önemli faktör Birinci Meclisteki Birinci Grubun 1921 yılının Mayıs ayından itibaren hızla hiyerarşik bir örgütlenme yoluna gitmesine karşın İkinci Grubun heterojen yapısını devam ettirmesi ve partileşmemesiydi. 1923'te *Halk Fırkası* adını alacak olan Birinci Grup 1923 yılının Haziran ayındaki seçimde merkezden belirlenen ve büyük ölçüde yenilenmiş tek liste olarak Meclise girmiş, muhalefetin girmesi ise *de facto* mümkün olmamıştır²⁷. İkinci Meclisin tek partinin hiyerarşik ve lider ilkesine uygun yapılanması, sonraki siyasal işleyişin de kaderini belirlemiştir²⁸. Halk Fırkası ilk tüzüğünün genel ilkeler kısmında yer alan, görece liberal sayılabilecek hususların yaşama geçmesi bu hiyerarşik yapı nedeniyle mümkün olmamıştır. 1925 yılında çıkarılan Takrir-i Sükûn Kanunu'yla birlikte siyasal ve toplumsal muhalefetin bütünüyle yasaklanması, ülkenin hiyerarşik ve katı disiplinli ideolojik bir parti liderliğince yönetilmesi sistemi tek parti diktatörlüğüne dönüştürmüştür²⁹. Bu yapıyı Anayasa ile gerekçelendirmek veya anayasal bir rejim olarak nitelendirmek mümkün değildir. Sisteme hâkim partinin tüzüğüne bakıldığında sistemin hukuki referansının Anayasa'dan çok parti tüzüğü olduğu pekâlâ söylenebilir³⁰.

1927 CHP Tüzüğü "*Gazi Mustafa Kemal Hazretleri*"ni daimî genel başkan olarak kabul etmekte (mad. 6) ve bu hükmün de hiçbir surette

27 Akyol, T. (2012). *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, İstanbul: Doğan Kitap, s. 253 vd.; Demirel, A. (2013). *Tek Parti'nin İktidarı*, İstanbul: İletişim Yayınevi, s. 33 vd. Demirel bu eserinde Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun "... bu adaylar, 'halkın seçimine sunuluyordu' demektense, 'halkın onayına sunuluyordu' değişimini kullanmak belki daha yerinde olur" ifadesini aktarmaktadır, s. 36. Mete Tunçay ise "güdümlü seçimler" ifadesini kullanmaktadır, Tunçay, M. (2005). *Türkiye Cumhuriyeti'nde Tek Parti Yönetimi'nin Kurulması 1923-1931*, 4. Baskı, İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, s. 48.

28 Bu konuya ilişkin geniş değerlendirmeler için bkz., Can, O. (2022). *İki Meclis, İki Kuruculuk, İki Gelenek, TBMM Yüzyüncü Yıl Armağanı*, İstanbul: Tekin Yayınevi, s. 629-671.

29 Tunçay, M. (2005). s. 16.

30 1927 Tüzüğü ve analizine ilişkin çarpıcı bir çalışma için bkz. Beşikçi, İ. (1978). *Cumhuriyet Halk Fırkası Tüzüğü (1927) ve Kürt Sorunu*, İstanbul: Komal Yayınları.

değiştirilemeyeceğini öngörmektedir (mad. 7). Genel başkan büyük kongrenin, parti divanının, merkez yönetim ile meclis grubunun doğal başkanıdır (mad. 20). Genel başkanın başında bulunduğu ve belirlediği başkanlık divanının kararlarına tüm parti üyelerince kayıtsız şartsız riayet zorunludur (mad. 22). Yine başkanlık divanı aynı zamanda TBMM seçimlerini denetler ve milletvekili adaylarını belirler (mad. 23). 1931 yılında yenilenen ve otoriterlik niteliği daha da artan, örneğin parti-devlet bütünleşmesini sağlayan değişiklikleriyle bu tüzükler 1950'ye kadar anayasal düzeni ve işleyişini Anayasa'dan daha fazla belirleyebilmiştir.

1924 Anayasası siyasi partilerin örgütlenmesine yabancıdır. Dernekler Kanunu'na göre kurulduğu için siyasi partiler bakımından egemenliği kullanma niteliklerine göre bir yapılanma zorunluluğunu beklemek de anlamlı değildir. Anayasa tek parti rejimine olduğu gibi çok partili bir sisteme de elverişlidir. Anayasa tek partili ve tek listeli bir seçim sonucu oluşan İkinci Meclis tarafından hazırlandığı için Anayasa'nın denge ve denetim, yargı bağımsızlığı, ademimerkeziyetçilik ve parti içi demokrasi gibi temel kurumsal gerekler konusunda bir hassasiyet göstermesi de beklenemezdi. Hatta 1921 Anayasası'nın temel tercihlerinin aksi yönde bir tercihe dayandığı için, bu sonucu doğal kabul etmek gerekir.

İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarına doğru Türkiye'nin tek parti rejimiyle yoluna devam edemeyeceği anlaşılınca muhalefet partilerinin kurulmasına izin verildi. 1950 yılında yapılan seçimlerle iktidar değişikliği gerçekleşti. Ancak yeni kurulan partiler de program farklılıklarına rağmen örgütsel ve kültürel olarak içinden çıktıkları ve deneyimledikleri tek partinin hiyerarşisinden çok farklı değillerdi. Genelde parti içinde demokrasinin işlediğinin göstergesi olarak sunulan³¹ ancak kanaatimce parti yönetimin iradesi ve ihsanıyla gerçekleşmesine *izin verilen demokratik işleyiş* gerekli görüldüğü her durumda merkezî yönetimin müdahalesiyle karşılaşmış ve ortadan kaldırılabilmiştir. 1946 yılında kurulan Demokrat Partinin muhalefette ve iktidarının ilk yıllarında çizdiği resim ile 1954 ve sonrasındaki resmi arasındaki farkın nedenini partiye egemen olan iradenin karar değişikliğinde aramak gerekir³².

31 Bu yönde bkz. Eroğul, C. (1970). *Demokrat Parti, Tarihi ve İdeolojisi*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 24 vd., 47 vd., 76 vd.; Küçük, T. S. (2014). s. 121 vd.; Yanık, M. (2002). s. 120.

32 Bu döneme dair çalışmalar için bkz., Yanık, M. (2002). s. 113 vd.; Küçük, T. S. (2014). s. 100 vd.; Eroğul, C. (1970).

1960 Darbesinden sonra anayasal düzen 1924 temel tercihlerine uygun olarak güncellenirken 1965 tarihinde ilk defa çıkarılan Siyasi Partiler Kanunu, fiiliyatta olanı yani parti hiyerarşik yapılanmasını devletin idari teşkilatlanmasıyla uyumlulaştırmış ve bu tercih 2820 sayılı güncel Siyasi Partiler Kanunu'nda devam ettirilmiştir. Belki şöyle de söylenebilir: Türkiye'de siyasi partilerin teşkilat tasavvuru Türkiye'nin temel siyasal tercihlerinden bağımsız değildir; katı merkezîyetçi siyasi ve idari yapı, aynı şekilde siyasi parti teşkilatına da sirayet ettirilmiştir³³. Parti içi demokrasinin asgari şartları bakımından sağlanması gereken homojenlik, devletin ideolojik ve merkezîyetçi tercihi yönünden gerçekleştirilmiştir. Bu yapı ideolojik yönden katılaştırılarak 2820 sayılı Kanun'la devam ettirilmiştir.

Kanaatimce 1960 Darbesiyle oluşturulan anayasal düzen, çoğunluk diktatörlüğünü engellemenin yolunu katılımcı, kapsayıcı ve çoğulcu bir sistem biçiminde değil egemenliğin kullanımını *Anayasa'da öngörülen organlara* hasretmek suretiyle şekli demokratik meşruiyete sahip olan kurumları (parlamento ve hükümet) bu meşruiyete sahip olmayan kurumlar (ordu ve diğer *kooptasyona* dayalı bürokratik yapılar) ile dengelemede görmüş, son sözü de ikincilere bırakmıştır. 1980 darbesi bu sistemi ana düşünce olarak devam ettirmiştir. Bu durumun parti yapılanmasının çıktıkları üzerinde esaslı etkisi olduğu söylenebilir. Anayasal mühendislik çoğunluk diktatörlüğüne izin vermemiş ancak partilerin hızla yozlaşmasına ya da kısa başarı öykülerini takiben hızla tabela partilerine dönüşmesine engel olamamış veya olmamıştır. Bu durum 2000'li yıllara kadar devam etmiştir. Yine bir anayasal mühendislik ürünü olan seçim sisteminin de yardımıyla *yozlaşmış partiler gerçekliği* yeni kurulan AKP'nin 2002 seçimlerinde Anayasa'yı değiştirecek çoğunlukla iktidara gelmesine katkı sağlamıştır³⁴. 2007 yılında darbe tehdidi altında Anayasa Mahkemesinin kabul etmek zorunda kaldığı bir yorumla Meclis çoğunluğuna Cumhurbaşkanı seçtirilmemesi (367 Krizi) üzerine Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçimine dair Anayasa değişikliği gerçekleştirilmiştir. Bununla anayasa mühendisliğinde önemli

33 Benzer tespit için Küçük, T. S. (2014). s. 288 vd.

34 AKP %34,28 oranında oy almıştır. %10'luk seçim barajı nedeniyle oyların %45'i parlamentoya yansımadığı için AKP 363 Milletvekiliyle TBMM'de %66 oranında temsil imkanına kavuşmuştur. Kaynak için bkz. <https://www.ysk.gov.tr/tr/03-kasim-2002-xxii-donem-milletvekili-genel-secimi/3009> (Erişim Tarihi: 3/5/2023) ayrıca, https://tr.wikipedia.org/wiki/2002_T_C3%BCrkiye_genel_se%C3%A7imleri (Erişim Tarihi: 3/5/2023)

bir açık meydana gelmiştir. 2008 yılında da AKP hakkında üniversitelerde başörtüsü takmayı serbest bırakmak istediği için kapatma davası açılmış, partinin tam da bu nedenle laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiğine karar verilmiş, ancak kapatılma yerine devlet yardımından yarı oranında yoksun bırakılması yaptırımı uygulanmıştır³⁵. Anayasa'ya uygunluğu oldukça tartışmalı bu zorlama krizler toplumda tepkiye neden olmuş ve sistem dengesini sarsıcı bir meşruiyet kaybına yol açmıştır. Meşruiyet kaybının tetiklediği 2010 Anayasa değişiklikleri ise sistemin üzerine kurulu olduğu dengeyi bütünüyle bozmuş, militarizmi tasfiye ederken diğer yandan şekli demokratik meşruiyete dayanan siyasi kurumların devlete egemen olmasının önünü açmıştır. Aynı zamanda demokratik bir anayasal düzen fırsatı yaratan bu gelişmelerin ardından sivil toplum öncülüğünde ve talepleri doğrultusunda başlayan yeni anayasa çalışmaları ise başarısızlığa uğramıştır. Kanaatimce bu başarısızlığın temel nedenlerinden biri de parti içi demokrasi yokluğudur. Zira parti içi demokrasiye sahip olmayan siyasi partilerdeki lider hiyerarşisi ve güç temerküzü, özellikle iktidar imkânlarının denge ve denetim unsurları olmaksızın kullanılmasına imkân sağladığından baştan çıkarıcı bir etkiye sahiptir. Bu cazibe karşısında liderin sınırlandırılmaya ve sahip olduğu gücü paylaşmaya yanaşmaması, aksine güç konsantrasyonunu tahkim edici bir siyasal söylem ve pratiğe doğru ilerlemesi şaşırtıcı olmamalıdır. Nitekim 2013'te demokratik anayasa beklentisi yerini olağanüstü bir siyasal atmosfere bırakmış, nihayet 2017 yılında olağanüstü hâl şartlarında, dolayısıyla tam da *anayasal kararlar için zorunlu ve yaşamsal olan özgürlüklerin durdurulduğu bir ortamda* gerçekleştirilen anayasa değişiklikleriyle parti içindeki güç temerküzü anayasal düzene de sirayet ettirilmiş, bir bakıma fiilî durum hukukileştirilmiş³⁶ ve anayasal düzen demokratik hukuk devleti niteliğini temel parametreleri itibarıyla kaybetmiştir³⁷. Bu şekilde 1923-1950 arasında parti içi demokrasinin yokluğu ve iktidarın esasen tüzüğe göre somutlaştığı anayasal tablo 2013 sonrası tekrarlanmış, 2017 ile birlikte de anayasal düzeyde kurumsallaşmıştır.

35 AYM, E.2008/1 (SPK), K.2008/2, 30/7/2008.

36 2017 Referandumuna giden süreç, MHP lideri Devlet Bahçeli'nin *fiilî durumu hukukileştirme* önerisi ile başlatılmıştı. Bkz. 11.10.2016 tarihli internet siteleri.

37 Nitekim bu tespit Türkiye'nin de kurucu üyesi olduğu Avrupa Konseyi kurumları tarafından da tespit edilmiştir. Bkz. Venedik Komisyonu Kararı, Turkey-Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, 13/3/2017, CDL-AD(2017)005, § 133. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e) (Erişim Tarihi: 15/8/2021)

Yasama organı ile Anayasa Mahkemesinin bu sonucun sağlanmasında sorumluluğu bulunmaktadır. 1961 Anayasası döneminde Siyasi Partiler Kanunu'nun ilk hâlinde bulunan ön seçim zorunluluğunun 1783 sayılı Kanun'la kaldırılıp partilerin iç özerkliklerinin bir konusu olarak kabul edilmiş olması, 1982 Anayasası döneminde de Kanun'un ilk hâlindeki ön seçim zorunluluğunun 1986 yılında 3270 sayılı Kanun'la aynı gerekçeyle kaldırılması ve Anayasa Mahkemesinin bunun Anayasa'ya uygun olduğun karar vermiş olması³⁸ Türkiye'de demokrasi iddiası ve ihtimali için kırılma anları olarak kabul edilebilir.

Parti içi demokrasi ile demokrasi ilkesinin korunması arasındaki bu yaşamsal ilişki, bu kadar aşikâr ve ampirik olarak saptanabildiği hâlde parti içi demokrasinin yokluğu Türkiye'de mücadelecî demokrasi aracı olarak görülmemiş, siyasi partilerin değerlendirilmesinde politik ve hukuki alanda pek dikkate alınmamıştır.

IV. GELENEKSEL BAKIŞ AÇISININ İŞLEVSİZLİĞİ

Mücadelecî demokrasiye ilişkin geleneksel yaklaşım “*demokratik devlet-demokrasi düşmanı*” ikileminden hareket etmekte, demokrasi düşmanı olan partilerin demokrasiyi ortadan kaldırmasına müsaade edilemeyeceğini kabul etmektedir. 20. yüzyılda egemen olan bu yaklaşım, siyasi partilerin istisnai olarak (şiddet ve demokrasiyle bağdaşmayan siyasal model arayışı) kapatılmasının meşru görülmesi biçiminde somutlaşmaktadır. Bu çerçevede Almanya'da 1952 ve 1956'da iki parti kapatılmıştır. İspanya'da ise bir parti kapatılmıştır. Bu kapatmalar aynı gerekçelerle AİHM/K tarafından meşru görülmüştür³⁹.

Parti kapatma olgusunun tartışıldığı bu geleneksel ortamda iki çelişki ve açmaz karşımıza çıkmaktadır: (a) Özgürlükçü demokratik bir düzene ve anayasaya yönelik bir tehdidi savmada *ağırlıkları itibarıyla önemsiz* anayasaya aykırı partilerin kapatılması zorunluluk arz etmiyor⁴⁰. Buna

38 AYM, E.1986/17, K.1987/11, 22/5/1987.

39 *Komünist Parti ve Diğerleri/Almanya; Herri Batasuna and Batasuna/İspanya*, B. No: 25803/04 ve 25817/04, 30/6/2009. SRP Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmamıştır. Refah Partisi kapatma kararı da Anayasa Mahkemesinin gerekçelerinden bağımsız olarak şiddet ve demokrasiyle bağdaşmayan rejim tasavvuru nedeniyle sözleşmeye uygun bulunmuştur, *Refah ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13/2/2003.

40 Alman Anayasa Mahkemesinin Milliyetçi Almanya Partisi davasında anayasaya aykırılık tespiti yapmasına rağmen partinin tehdit potansiyelinin düşüklüğü nedeniyle kapatmayı gerekli görmemiştir, bkz. NPD-Verbotsverfahren BVerfGE 144, 20.

karşın (b) sosyal tabanı güçlü olan anayasaya aykırı partilerin kapatılması da özgürlükçü demokratik düzene yönelik tehdidi ortadan kaldırmayacağı için *işlevsiz kalabiliyor*⁴¹. Mücadeleci demokrasi anlayışının kurumsallaştığı Almanya’da dernek ve parti kapatma ile temel haklardan mahrumiyet gibi mücadeleci demokrasi enstrümanlarının demokrasinin korunmasına katkısı olup olmadığı hususu da tartışmalıdır⁴². Hatta anayasaya aykırı siyasi partilere karşı daha çok düşünce ve söylemle mücadele edilmesinin gerekliliği savunulmuştur⁴³.

21. yüzyılda demokrasiye bağlı olmayan bir parti yok denecek kadar azdır. Buna karşın demokrasi endekslerine göre global düzlemde demokraside gerilemeler yaşandığı da bir gerçektir. Demokrasi ve hukuk devleti, marjinal ve radikal partilerden çok program ve amaç bakımından demokrasiye bağlı olan siyasi partilerin iktidarda olduğu pek çok Avrupa ülkesinde hızla gerilemektedir. Popülizm olarak nitelendirilen bu yeni gerileme dalgasının müsebbibi, darbeler veya radikal partiler değil daha çok ideolojik keskinliği bulunmayan pragmatik kitle partileridir. Bu ülkelerdeki siyasi partilerin ortak özelliği ise parti içi demokrasinin işlememesi veya bunu mümkün kılacak bir kurumsal yapının bulunmamasıdır⁴⁴. Buna rağmen parti içi demokrasi ile mücadeleci demokrasi arasında bu gerçekliği kapsayabilen bir ilişkinin kurulmaması, en azından 21. yüzyıl için şaşırtıcıdır. Venedik Komisyonu yaklaşımını da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür⁴⁵.

41 Hesse, K. (1993). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, s. 282, Fn. 5.; Schuster, R. (1968). “Relegalisierung der KPD oder Illegalisierung der NPD? Zur politischen und rechtlichen Problematik von Parteiverboten”, *ZfP*, C. 15, 413-429’dan aktaran, Henkel, M. ve Lembcke, O. (2001). “Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD?”, *Kritische Justiz*, C. 34, s. 20.

42 *Isensee*, bu katkıyı Almanya için reddetmektedir. Bkz., Isensee, J. (2003). *Verbotene Bäume im Garten der Freiheit, Das Tabu im Verfassungsstaat*, içinde, Depenheuer, O. (Hrsg.), *Recht und Tabu* (ss. 115-140), Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, s. 130; aksi yönde Papier, H-J ve Durner, W. (2003). “Streitbare Demokratie”, *AöR*, 128, s. 350.

43 Klopfer, M. (1994). *Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung*, <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/2236/Klopfer.pdf?sequence=1> (Erişim Tarihi: 19/5/2023), s. 25; Leggewie, C. ve Meier, H. (1995). *Republikenschutz. Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie*, Hamburg: Rovohlt, s. 223; Henkel, M., Lembcke, O. (2001). s. 14, 25 vd.

44 Türkiye bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Lancaster, C. (2014). “The Iron Law Of Erdogan: The Decay From Intra-Party Democracy To Personalistic Rule”, *The World Quarterly*, Vol. 35, No. 9, s. 1672-1690.

45 Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODİHR and Venice Commission, CDL-AD(2010)024, 25/10/2010, § 109 vd.

Mücadeleci demokrasi etkili olacaksa, mücadelenin parti içinde başlaması gerekir. Zira demokrasi parti içinde tesis edilmemiş, güvenceye kavuşturulmamış ve yaptırma bağlanmamış ise demokrasi baştan kaybetmiştir. Bu nedenle mücadeleci demokrasiyi siyasi parti ile devletin karşı karşıya geldiği aşamada değil, kuruluş ve iç örgütlenme aşamasında etkinleştirmek zorunlu ve anlamlıdır.

V. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ NEGATİF ÖZGÜRLÜK ALANI MIDIR?

Hemen belirtelim ki mücadeleci demokrasi araçlarının yalnızca parti hukukuyla, özellikle parti kapatmayla sınırlı anlaşılması pek çok sorunu perdeleme imkânını sağlamaktadır. Demokrasi kurumlar ve prosedürler sistemidir. Demokratik kültürün ifadesi olan demokratik değerler ancak kurumlar ve prosedürlerin işlemesiyle vücut bulur ve bir kültür olarak demokrasinin işlemesine katkı sağlar. Demokrasi öncelikle kurumlar ve usuller sistemi ise mücadeleci demokrasi araçlarının da öncelikle kurumlar ve usuller ile ilişkili olarak ele alınması, en azından bu boyutunun ihmal edilmemesi gerekir. Bu durumda akla parti içi demokrasiyi mücadeleci demokrasi aracı olarak tayin etmek bir temel hak sınırlaması oluşturup oluşturmadığı sorusu gelir.

Demokrasi en yalın hâliyle halkın halk tarafından halk için yönetilmesi olarak nitelendirilebilir⁴⁶. Toplumsal irade oluşumu (1), yönetim unsuru olarak devlet teşkilatı (2) ve toplumsal iradenin örgütlenip devlete egemen kılınması (3) üç halka olarak demokrasinin ana omurgasını oluşturmaktadır. Kurumlar ve usuller kapsamında demokratik yaşam için zorunlu olan (a) bireysel ve kolektif özgürlükler (ifade, basın, bilim ve sanat, dernek, sendika, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri) birinci halka, (b) devletin yapılanması alanlarındaki güvenceler ve kurumsal tercihler ikinci halka ve (c) siyasi partiler de üçüncü (aslında “ara”) halka biçiminde demokrasinin kaderini belirler.

(a) Demokratik bir toplum için yaşamsal addedilen bireysel ve kolektif özgürlükler (AİHM 8-9-10-11) Anayasa'nın 13. ve AİHS kapsamında güvence altına alınmıştır. Ancak özgürlüklerin anayasal güvence altına alınarak *korunması* boyutuyla sınırlı bir mücadeleci demokrasi, esasen bu güvencelerin sağlanması için girişilen toplumsal mücadeleler biçimine indirgenir. Bu durumda mücadeleci demokrasi devlet iktidarına karşı

46 Lincoln, A. (1863). *The Gettysburg Address*, November 19, <https://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm> (Erişim Tarihi: 19/5/2023)

verilen bir mücadelenin sıfatına dönüşür. Bu tespit yanlış olmamakla birlikte eksiktir zira mücadelecî demokrasi demokrasinin topyekûn korunmasına dönük araçlar ve tedbirler bütünü olarak anlaşılmalıdır.

(b) Demokrasi sadece aşağıya doğru değil, aynı zamanda yukarıya doğru da *mücadelecî* olmalıdır. Mücadelecî demokrasi sadece ulusun yönetim aracı olarak devletin toplumdan kaynaklı tehditlere karşı korunmasında değil hatta daha çok demokrasinin devlet organları vasıtasıyla zayıflatılması ve ortadan kaldırılmasına karşı bir araçtır⁴⁷. Devlet otoritesi demokrasinin gereklerine göre kurumsallaştırılmadığında, diğer bir ifadeyle devlet hem toplumun demokratik iradesinin egemen olmasını sağlayacak ve hem de kötüye kullanım yollarını engelleyecek şekilde yapılandırılmadığında devlet otoritesi mücadelecî demokrasinin meşru aktöründen çok, konusu hâline gelir. Bu nedenle demokratik meşruiyet zinciri, toplumsal irade ile kamu gücü arasındaki bağlantıyı kesintisiz bir şekilde kurmalı; demokratik denge ve denetim araçları oluşturulmalı, özellikle erkler yatay, dikey, zamansal ve kişisel boyutuyla ayrılmalıdır. Bu şekilde anayasal düzen hem özgürlüklerin güvencesi olur hem de ulusal iradenin rasyonel uygulama aracı hâline gelir.

(c) Mücadelecî demokrasinin toplumsal irade ile devlet aygıtı arasındaki ara halkası ise siyasi partilerdir. Siyasi partiler toplumsal alan ile devlet alanı arasında demokratik işleyişi mümkün kılan, toplumun gücünü devlete aktaran, onu devletin gücüne dönüştüren bir diferansiyel mekanizması veya transmisyon/aktarım dışlisine/kayışına⁴⁸ benzer. Bu mekanizmanın işleyişi, ilişkinin kaderini belirler. Toplumsal iradenin devlete egemen kılınmasının aracı olabileceği gibi, devlet mekânında oluşan iradenin topluma egemen olmasının da aracı olabilir. Devleti ve toplumu yozlaştırabilir, ilişkileri parçalamak suretiyle devlet ile toplum arasındaki meşruiyet ilişkisini zedeleyebilir ve bu şekilde devletin devlet olma iddiasını çökertebilir.

Toplum ile devlet arasındaki egemenlik ilişkisinin kurulma biçimi yaşamsaldır. Bu ilişkide üç adet “Nasıl?” sorusuna verilecek cevap belirleyicidir.

47 Becker, J. (1992). Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller. Rn. 18.

48 Wietschel, W. (1996). *Der Parteibegriff*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, s. 46.

- Toplumsal alanda “*Nasıl?*” sorusuna verilecek cevap, özgür, müzakereci ve sorumluluk bilincinin belirleyici olduğu bir kamusalılığın sağlanmasıdır.
- Devlet alanında “*Nasıl?*” sorusuna verilecek cevap, devletin demokratik kurumlar ve prosedürlerle biçimlendirilmesi, devlet iktidarının erkler ayrılığı ve denge-denetim mekanizmalarıyla hem sınırlandırılması hem de rasyonelleştirilmesidir. Erkler ayrılığının anlam ifade etmesi için yatay, dikey, zamansal ve kişisel olarak ayrılması, ayrıca toplumsal çeşitliliğin bu erklerle yansıtılması gerekir.
- Ara alan olarak nitelendirilebilecek siyasi partiler alanında “*Nasıl?*” sorusuna verilecek cevap ise “*Nasıl bir siyasi parti?*” sorusuyla bağlantılıdır, dolayısıyla partinin organizasyonunun parti içi irade oluşumunun ve usullerinin demokratik olması şeklinde cevaplandırılır.

Bu üç alanın birinde demokrasinin bulunmaması, demokrasinin “*sacayağı*” dediğimiz varoluşsal şartlarında eksiklik anlamına gelir ve demokrasi iddiasını ortadan kaldırır.

Toplumsal alanın belirleyici özelliği *özgürlük* alanı olmasıdır. Bu alanda bireysel özgürlükler için geçerli olan *kuşku hâlinde özgürlük lehine yorum* ilkesi geçerlidir. Devlet alanı *yetki ve sorumluluk* alanıdır ve bu alanda hak değil yetki ve sorumluluk söz konusudur. Siyasi partiler alanı ise *özgürlük ile yetki ve sorumluluğun karşılaştığı* bir alandır. Bu nitelikleriyle siyasi partiler diğer örgütlü yapılardan ayrılır⁴⁹.

Siyasi partiler iktidara geldiklerinde kullanmaya başladıkları kamu gücü tüm yurttaşlara ait olduğundan devlet işleyişine hâkim olan tüm ilke ve kurallara tabi bir şekilde hareket etmek zorundadır. Kamu gücü, imkân ve araçlarıyla eşitlik ilkesi gereğince tüm yurttaşların yararına (kamu yararı) kullanılır, siyasi parti yarışının ve rekabetinin söz konusu olduğu her durumda bu imkân ve araçların kullanımından sakınılır.

Siyasi partiler alanında yurttaşların bir siyasi partiye girme, partiden çıkma, siyasi parti içinde faaliyette bulunma ve siyasi parti kurma eylemlerini, bireysel boyutu nedeniyle bir özgürlük alanı içinde

49 Sartori, G. (1976). *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 63 vd.

değerlendirmek gerekir. Ayrıca özgürlük boyutu siyasi partilere devlet tarafından gerçekleştirilecek müdahalelere ve etkileme çabalarına karşı güvence sağlamaktadır. Siyasi partilerin program, ideoloji, siyasi hedefler ve amaçlar bakımından özerkliği de bu kapsamdadır. Devletin ideolojik veya politik homojenleştirme çabası meşru değildir. Bu boyut aynı zamanda siyasi partiler bakımından *dışsal özgürlük* olarak nitelendirilebilir⁵⁰.

Bununla birlikte kamu gücünün kullanımı, dolayısıyla egemenliğin etkili kılınması tüzel kişi olarak siyasi parti eliyle mümkündür. Egemenliğin kullanımında yetki ve sorumluluk geçerlidir. Egemenlik alanı siyasi partilerin özgürlük alanı olmayıp üstlenmeye talip oldukları bir yetki ve sorumluluk alanıdır. Bu sorumluluğu işlevine uygun bir şekilde yerine getirmenin güvencesi, siyasi partiye hâkim kişi veya grubun ideolojik, ekonomik, psikolojik veya sair motivasyonuna göre değişebilecek bir niyet beyanı olamaz. Demokratik işleve uygun sorumluluğun güvencesi, ancak *demokratik olmak zorunda olan bir irade* olabilir. Bu güvencenin sağlanacağı yer de öznel kişi veya grup iradesi değil nesneliği nesnellik aracı olarak hukuk yoluyla oluşturulan organ iradesi sağlayabilir. Organ iradesini belirleyen şey ise örgütlenme tasarımıdır. Bu nedenle egemenliğin buna bağlı olarak da egemenliğin kullanımını mümkün kılan yapı olarak siyasi partinin örgütlenmesi, siyasi parti iradesinin inşası ve karara dönüşümü bir özgürlük alanı olmayıp ağırlıklı olarak yetki ve sorumluluk alanıdır.

Anayasanın 12. maddesinde yer alan *ödev* bir tüzel kişi olarak siyasi partiler bakımından özel bir ağırlık kazanır, aynı zamanda nitel olarak farklılaşır. Dışsal özgürlükler alanında *ödev bilinci* normlar ve yaptırım araçlarıyla dışarıdan destekle, *olması gereken* (sollen) biçiminde oluşturulurken, siyasi partiler alanında *ödev bilinci*, örgütlenme tasarımıyla *olan* (sein) biçiminde kurum doğasına işlenir, onun ontolojisinin parçası hâline getirilir. Siyasi parti ancak bu koşullarda demokratik işlevine *elverişli* hâle gelir. Bu alanda meşruluk sağlayan husus, özgürlükten çok *tüzel* kişi olan siyasi partiyi varoluşsal olarak gerekli kılan *işlevdir* ve geçerli olması gereken ilke de *demokratik işlevsellik lehine yorum ilkesidir*.

Yurttaşların bir araya gelerek kolektif bir irade oluşturmak suretiyle siyasal katılım hakkını kullanabilmeleri, parti yapılanmasının bu özgürlüğe *elverişli* olmasına bağlıdır. O hâlde parti içi demokrasi esas

50 Dışsal ve içsel özgürlük alanı ayrımı için bkz. Hesse, K. (1993). Rn. 174.

itibarıyla siyasi partilerin özerklik/özgürlük alanıyla ilgili bir konu olmayıp⁵¹ aksine özgürlüğün imkânı olması nedeniyle dev, işlev ve sorumluluk alanıyla ilgilidir, dolayısıyla *içsel özgürlüğün* yapı taşıdır.

Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında parti içi demokrasi her ne kadar özerklik/özgürlük alanıyla ilgili olarak konumlandırılırsa⁵² da kararlarda karşı oy düzeyinde de olsa buna yönelik bir itiraz olduğu ve bu *zgrlk* alanlarının sınırlandırılmasına yönelik yeni anlayışlara yer verildiği dikkat çekmektedir. Mahkemenin güncel bir bireysel başvuru kararında, karşı oy yazısında, *“Siyasi partilerin parti içi demokrasinin sağlanması ile i işleyişi, devletin müdahale alanı dışına, parti tüzüğü ve ilkelerine bırakılarak temin edilebilecek ise de, Siyasi partilerin varoluş nedeninin salt kendi ilkesel değerlerine hizmetten öte, ortak payda da demokratik düzene olan katkısı da göz önüne alındığında, getireceği kamusal yararın sahip olduğu önemle orantılı olarak kamu otoritesince gerek topluma gerek kendisine verebileceği zararlara karşı, kontrol ve denetlenmesi de bir zorunluluktur”* denilerek siyasi partilerin işlevinden yola çıkılarak sorumluluk ve denetim esasına vurgunun tartışıldığı grlmektedir⁵³.

Siyasi partilerin işlevleri anayasal ve yasal tanımlardan okunabileceği gibi, öğretide de uzlaşı içinde belirlenmiştir. Demokratik sistemlerde siyasi partiler toplumsal iradenin oluşumunu, devlet alanına aktarımını ve egemenliğin kullanımını mümkün kılarlar. Bu tanım gereği siyasi partiler bir kişinin, ailenin veya çıkar grubun yahut bir *polit-büronun* iradesini değil, toplumun iradesini egemen kılmak üzere var olan, bu işlevle varoluşunu meşrulaştıran kurumlardır. Bu nedenle siyasi partilerde irade oluşumu tabandan tavana doğru gerçekleşmek zorundadır, ki bu zorunluluk lider ilkesini mutlak bir surette dışlar. Taban iradesinin teşkilata egemen olması için, siyasi partinin örgütlenmesi yetkinin paylaşımı, kötüye kullanılmasının engellenmesi, sınırlandırılması ve rasyonelleştirilmesi ilkelerine göre gerçekleşmelidir. Bu da bir çeşit erkler ayrılığı ile denge-denetim mekanizmasının parti içinde tesisini zorunlu kılar. Cumhurbaşkanlığı, milletvekilliği veya diğer kamusal pozisyonlara gösterilecek adaylıkların lider veya grup iradesine göre değil, partinin

51 Anayasa Mahkemesi bu konuda aksi bir görüşü savunmaktadır, bkz. AYM, E.1986/17, K.1987/11, 22/5/1987; AYM, E.1987/23, K.1987/27, 9/10/1987.

52 Anayasa Mahkemesi bu konuda aksi bir görüşü savunmaktadır, bkz. AYM, E.1986/17, K.1987/11, 22/5/1987; AYM, E.1987/23, K.1987/27, 9/10/1987.

53 ye Serruh Kaleli'nin karşıoy yazısı, *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi* [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015.

demokratik yolla tabandan hareketle oluşan iradesine göre belirlenmesini gerekli kılar, ki ön seçim gibi araçlar bu nedenle yaşamsaldır. Tüm bu unsurlar parti içi demokrasinin temel unsurlarındandır.

Görüldüğü üzere parti içi demokrasi, siyasi partilerin anayasal işlevlerini yerine getirmesinin, bununla bağlantılı olarak da anayasal düzenin temel tercihlerinden olan demokrasi ilkesinin ön şartıdır. Günümüz demokrasilerinde demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti her birbirinin bileşeni hem de varlık koşuludur. Parti içi demokrasi yokluğu sadece demokrasi ilkesini değil, aynı zamanda hukuk devleti ilkesini de zedeler, insan haklarına ilişkin güvence mekanizmalarını işlevsizleştirir. Demokrasinin varoluşsal şartlarından olan parti içi demokrasinin yokluğu veya eksikliği bu nedenle partilerin özerklik yahut özgürlük alanı olarak değerlendirilemez⁵⁴.

VI. YÜKÜMLÜLÜK HALKALARI

Parti içi demokrasinin tesisi yalnızca siyasi partilere ait bir sorumluluk değildir. Kişi özgürlüklerinden farklı olarak dernek ve sendikalarda olduğu gibi siyasi partilerin kurulabilmesi ve işleyebilmesi için yasal düzenleme gereklidir. Siyasi partilerin *tüzel kişi* oluşları zaten doğası gereği yasamanın düzenleme yapmasını gerektirmektedir. Kurumsal özgürlükler yasa olmaksızın kullanılabilir nitelikte değildir. Bu da siyasal özgürlüklerin hem içeriksel hem de kurumsal boyutuyla yasama tarafından düzenleme yükümlülüğü kapsamında olduğu anlamına gelmektedir.⁵⁵

Kurumsal özgürlüğün amacına uygun olarak kullanımı için gerekli kurumsal tedbirler devletin daha somut ifadeyle yasamanın yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, siyasi partilerin ulusal iradenin oluşumu ve ulusal bütünlüğü sağlamadaki yaşamsal nitelikteki⁵⁶ kamusal işlevleri nedeniyle özellikle önemlidir⁵⁷. Alman Anayasa Mahkemesi siyasi partileri, ulusal bütünlüğü sağlamadaki işlevleri nedeniyle anayasal teşkilatın ve anayasaca düzenlenmiş siyasal yaşamın

54 Klein-Maunz-Dürig, Bd. III, Rn. 317.

55 Aynı yönde bkz. Towfigh, E. V., Keesen, J. ve Ulrich, J. (2020). Art. 21 GG, içinde Kahl, Waldhoff, Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, Rn. 442 vd.

56 Leibholz, G. (1952). *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, s. 89 vd.

57 Leggewie, C., Meier, H. (1995). s. 371.

bütünleyici/zorunlu parçası olarak görmektedir⁵⁸. Mahkeme daha da ileri giderek Alman Anayasası'nın 21. maddesindeki “[i]ç düzenleri demokratik ilkelere uymalıdır.” ifadesinin “demokratik ilkelere temel esasları itibariyle aykırı bir şekilde örgütlenmeyi yasakladığı” nı kabul etmektedir⁵⁹. Bu hususta Alman yasa koyucularının bilinçli bir şekilde hareket ettikleri, demokratik partilerin demokrasinin kabusuna dönüşmesi konusunda dikkatli oldukları görülmektedir⁶⁰.

Siyasi partilerin ödevlerini ve kamusal işlevlerinin gereğini yerine getirmeleri için yasa koyucunun parti içi demokrasinin temel gereklerini mümkün kılacak hukuki yapı ve usuller öngörmesi gerekmektedir. Partilerin politikalarını belirlerken şeffaf ve kamuya açık oluşları ile hesap verilebilirlik ilkeleri için gerekli yasal, kurumsal ve prosedürel tedbirlerini almak da devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

Yasa koyucunun parti içi demokrasinin asgari koşullarına ilişkin yasal düzenlemelerinden sonra parti içi demokrasi konusundaki ikinci yükümlülük halkasında siyasi partiler yer alır. Zira parti içi demokrasi ilkesinin ikinci muhatabı siyasi partilerdir. Yasa siyasi partiler hukukunu iç işleyiş bakımından özerklik/otonomi-ödev/yükümlülük dengesini gözetmek suretiyle kurar, asgari yasal şartları belirler, aynı zamanda işlevselliğin gereği olan normatif yükümlülükler, direktifler ve hedefler tayin eder. Bu şekilde anayasal direktifi somutlaştırır, yaşama geçirir. Siyasi partiler bu çerçevede tüzüklerini ve iç düzenlemelerini yapar, uygulamayı bu çerçevede sürdürür.

Yasama organının parti içi demokrasinin asgari koşulları bakımından yasal düzenleme yükümlülüğünü tam yerine getirmemiş olması, bir imkânsızlığa yol açmadığı sürece, parti içi demokrasi ilkesinin asgari koşullarını tüzükler ve iç düzenlemelerle sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü parti içi demokrasi zorunluluğu demokrasi ilkesinin işleyişi bakımından geleneksel parti kapatma nedenleri olarak tayin edilen anayasal değerlere aykırılığa oranla ikincil

58 %7,5 Sperrklausel BVerfGE 1, 208 (225); Klagebefugnis politischer Parteien 4, 27 (30); KDP-Verbot 5, 85 (388).

59 SRP-Verbot BVerfGE 2, 1 (14).

60 1960'ta dönemin Adalet Bakanı Schröder'in ifadesiyle “Yasal düzenlemelerinin ikinci hedefi de demokratik nitelikleri tartışmasız siyasi partilerin iradesinin çok güçlü parti oligarşileri tarafından içinin boşaltılmasının engellenmesidir.” Atf için bkz. Lohmar, U. (1963). *Innerparteiliche Demokratie*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, s. 136.

nitelikte değildir, aksine bu değerlerin ön şartı, eksikliği durumunda bu değerlerin tamamı için tehlike yaratacak zemindir.

Üçüncü kümede ise gözetim ve denetim organları yer alır. Türkiye’de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yüksek Seçim Kurulu ve Anayasa Mahkemesi Anayasa ve yasalarla yükümlü kılınmıştır. Bu üç anayasal kurum emredici bir Anayasa kuralı olarak parti içi demokrasinin etkin kılınmasının doğrudan muhataplarıdır. Bu kurumların uygulaması, parti içi demokrasinin ve bununla bağlantılı olarak esasen bir bütün olarak anayasal düzenin kaderini belirler.

Anayasa Mahkemesi parti içi demokrasinin asgari koşullarını norm denetiminde, bireysel başvuru yolunda, parti kapatma davalarında ve ihtar başvurularında etkili kılma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte içtihat bilançosu Mahkemenin parti içi demokrasiyle böyle bir yükümlülük ilişkisi kuramadığını göstermektedir. Mahkeme, devletlerin parti içi demokrasiyi sağlamaya yönelik yükümlülüklerinin siyasi partilerin kendi iç işleyişlerine ilişkin faaliyetlerine gereksiz bir müdahaleyi engellemek amacıyla sınırlı olması gerektiği anlayışını kabul etmekte ve *iç işleyiş* kavramı konusunda sessiz kalarak söz konusu yükümlülüklerle ilişkin bir belirleme yapmaktan kaçınmaktadır. Şaşırtıcı bir şekilde yükümlülük ilişkisini neredeyse sadece devlet yardımının neden gerekli olduğunu gerekçelendirmek için kullanılmış görünmektedir. Mahkemeye göre *“Siyasî partilerin ... amaçlarına ulaşabilmeleri için gerekli, yeterli maddî ve nakdî olanaklara sahip olmaları zorunludur. Milletvekili ve yerel yönetimler seçimlerine katılarak ‘millî iradenin’ oluşmasını sağlamayı temel hak ve ödev olarak üstlenen siyasi partilerin yaşamlarına ve gelişmelerine halkın ilgisinin yeterli olmadığı durumlarda, çok partili demokratik düzenin gerekli kıldığı ölçüde devletçe yardım yapılmasından yoksun kılmak, onların paraca güçlü kimi kişi ve kuruluşların etki ve baskısı altına düşme tehlikesi ile karşılaşmalarını istemek olur ki, bunun hukuksallığı tartışılır. Parti içi çalışmalarını demokrasi esaslarına uygun olması zorunluluğunu zedeleyen böyle bir tehlike ancak devletin yardımıyla giderilebilir. Yardımda bu bakımdan kamu yararının bulunduğu açıkça ortadadır. Öte yandan Anayasa’nın 5. maddesine göre ‘... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak...’ devletin temel amaç ve görevlerindedir. Hazine yardımı bu görev kapsamındadır”⁶¹.*

61 AYM E.1988/39, K.1989/29, 6/7/1989.

VII. BİR ANAYASAL DİREKTİF OLARAK PARTİ İÇİ DEMOKRASİ

A. TAKDİRE BIRAKILMIŞ BİR DİREKTİF DEĞİLDİR

Anayasa'nın 69. maddesinin 1. fıkrası siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının demokrasi ilkelerine uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır⁶². "... demokrasi ilkelerine uygun olur." ifadesi takdir yetkisi sunan bir önerme değildir. Anayasanın emredici direktifinin hukuki etkinliğini ve geçerliliğini yasa koyucunun iradesine bağlamak mümkün değildir. Parti içi demokrasi direktifi, Anayasanın 68. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "[s]iyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır." önermesiyle birlikte değerlendirildiğinde başka bir sonuca da ulaşmak mümkün değildir. Parti içi demokrasi, demokrasinin vazgeçilmez koşullarının parti içinde de geçerli kılınması anlamına gelir. Bu doğaldır zira teşkilatı demokratik olmayan siyasi partiler er ya da geç devleti enfekte ederler ve kaçınılmaz olarak da demokratik düzeni tehlikeye atarlar⁶³. Hesse'nin ifadesiyle "[a]ncak demokratik siyasi işleyiş kaynağında güvence altına alındığında, devlet düzleminde de güvence altına alınmış olur."⁶⁴

Alman Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin Anayasada öngörülen güvence ve ayrıcalıklardan "ancak demokratik özgürlükçü anayasal düzen zemininde duran siyasi partilerin yararlanabileceğini"⁶⁵ vurgulamak suretiyle sadece amaç yönünden değil teşkilatlanma biçimi itibarıyla da demokratik olmanın zorunluluğuna işaret etmektedir.

Bu niteliğiyle parti içi demokrasi zorunluluğu, yasa koyucu için yaşama geçirme yükümlülüğüyle sınırlı olarak anlaşılabilir, bunun yanında siyasi partiler bakımından doğrudan bağlayıcı bir anayasal direktiftir⁶⁶. Parti içi demokrasi bir anayasal direktif olarak tüzükler ve parti içi yönetmeliklerin düzenlenmesinde, uygulanmasında ve parti içi demokrasiyle ilişkili tüm çalışmalarda takdir alanının sınırlarını belirler. Dolayısıyla aynı zamanda denetimin kriteridir.

62 Kural kapsamı itibarıyla faaliyetleri de kapsadığı için parti içi demokrasi ilkesiyle sınırlı olarak anlaşılabilir. Bu ifade biçimine ilişkin haklı eleştiri için bkz., Küçük, T. S. (2014). s. 133.

63 Klein-Maunz-Dürig, Bd. III, Rn. 320; BK-Henke Art. 21 Rn. 262.

64 Hesse, K. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, Rn. 175.

65 Mahkeme siyasi partilere ilişkin her iki tarihi kararında da bu ifadeyi tekrarlamaktadır. BVerfGE 2, 1 (73); 5, 85 (134).

66 Alman siyasi partiler hukuku bakımından aynı sonuç için bkz. König, G. (1993). *Die Verfassungsbindung der politischen Parteien*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, s. 94.

Parti içi demokrasi kurumsal ve prosedürel olarak sağlanmış olsa bile işleyişindeki eksiklikler üyelerin siyasete ve partilerinin politikasına olan ilgisizlikleriyle bağlantılı olduğu sürece elbette hukukun konusunu oluşturmaz. *Grimm*'in ifadesiyle normlara olan ilgi ve gayretin normlarla tesisi mümkün değildir⁶⁷. Bununla birlikte içselleştirme/ilgisizlik gibi hukukun konusunu oluşturmayan bir boyutun varlığı, parti içi demokrasinin kurumsal ve prosedürel yönünün doğrudan hukukun konusunu oluşturduğu gerçeğini değiştirmez. Aynı değerlendirme demokrasi, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, insan haklarına saygı ilkeleri bakımından da geçerlidir.

B. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ DİREKTİFİ BİR SINIRLAMA DEĞİLDİR

Parti içi demokrasi yurttaşların siyasal katılımlarını organize etme işlevlerinin zorunlu bir sonucudur. Yurttaşların katılımlarını etkili kılacak imkânlar, ancak ve ancak siyasi partilerin demokratik yapı ve usullere göre yapılandırmasıyla sağlanabilir. Siyasi partilerin işlevi açısından değerlendirildiğinde parti içi demokrasi zorunluluğu siyasi parti özgürlüğünün sınırlanması anlamına gelmez. Parti içi demokrasi yoluyla partiler özgürleştirilir ve siyasal işleyiş özgürlüğü kaynağında güvence altına alınmış olur⁶⁸.

Bu nedenle parti içi demokrasi siyasi partilerdeki özgür siyasal irade oluşumunu imkansızlaştıran veya zedeleyen her tür eğilimi hedef almaktadır⁶⁹. Siyasi partiler demokratik iç yapı ve işleyişleri mümkün olmadan ulusal iradenin oluşumuna katkı sağlayamaz⁷⁰.

Parti içi demokrasi zorunluluğu, yukarıda belirttiğimiz özgürlük boyutunu etkilediği yahut asgari şartların ötesinde zorunluluklar ve yükümlülükler getirdiği oranda bir özgürlük müdahalesine dönüşebilir ve ölçülülük denetiminin konusunu oluşturabilir. Bu durumda siyasi parti özgürlüğü ile parti içi demokrasi zorunluluğu arasında bir dengenin sağlanması gerekebilir. Venedik Komisyonun parti içi demokrasi konusunda asgari koşullar ile sair hususlar arasında herhangi

67 Grimm, D. (1995). Politische Parteien, içinde Benda, E., Maihofer, W. ve Vogel, H-J. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts I* (ss. 599-657), Berlin: De Gruyter, Rn. 39.

68 Morlok, M. (2006). s. 297 vd.

69 Hesse, K. (1999).

70 Kunig, P. (2005). Parteien, içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts III* (ss. 297-357.), 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, Rn. 32.

bir ayırım yapmaksızın *ayrıntılı düzenlemelerden kaçınılması önerisini* de bu bağlamda değerlendirmek mümkündür. Nitekim Komisyon 2020 yılında güncellediği “*Siyasi Parti Düzenlemeleri Üzerine İlkeler*” çalışmasında, parti içi demokrasi olgusunun daha fazla öne çıktığı ve uyarının parti özgürlüğü ile işlevi arasında özgürlüğü ve düşünsel çoğulculuğu zedelemeyecek bir denge kurulması gereğiyle sınırlandığı görülmektedir⁷¹.

Bununla birlikte parti içi demokrasi ilkesinin kural olarak parti özgürlüğü ile yarışmadığı, özgürlüğü mümkün kıldığı göz ardı edilmemelidir. Örneğin seçimlerin yargı denetiminde yapılması zorunluluğu veya seçimle gelinen pozisyonların zamanla sınırlılığı kuralı bir özgürlük sınırlandırması değil korunan değer özgür iradenin oluşum imkânı ve pozisyon ile seçmen iradesi arasındaki meşru ilişkinin korunması aracıdır.

C. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ İLKESİNİN ASGARİ KOŞULLARI

Demokrasi kavramının kavranış biçimi⁷² ve uygulanışı ayrıntılarda ülkeden ülkeye farklılık arz etse de demokrasinin asgari koşullarına ilişkin Avrupa demokrasilerinde ve Avrupa Konseyi organları kararlarında⁷³ bir konsensüs bulunmaktadır⁷⁴. Anayasal demokrasi hukukun üstünlüğü ile yurttaşların siyasete aktif katılımını bağdaştırmaktadır⁷⁵. Hukukla sınırlandırılmamış bir iktidarın ulusal egemenliğin ifadesi olabilmesi mümkün değildir zira hukuk iktidarı rasyonelleştirir, meşru sınırlar içinde tutar ve varoluş amacı doğrultusunda kullanımını mümkün kılar.

Parti içi demokrasi, bu nedenle şekli bir seçim ve katılım sürecinin parti içinde inşasıyla sınırlı olarak anlaşılabilir. Demokrasi varoluşsal bileşenleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Hukuk devletinin temel ilkeleri demokrasinin de vazgeçilmez bileşenidir. *Rofner*'in ifadesiyle demokrasi kavramının asgari kavranış biçimi, nesnel kararlar ile yönetim

71 Venice Commission, Guidelines on Political Party Regulation, Second Edition, CDL-AD(2020)032, 14/12/2020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)032-e) (Erişim tarihi: 18/5/2023), § 152 vd.

72 Bu çalışmada temel amaç parti içi demokrasinin anayasal bir direktif olarak mücadeleciler demokrasisi bakımından önemi ve siyasi partilerin Anayasa'ya uygunluğunun kriteri olarak işlevinin ortaya konması olduğundan demokrasiye ilişkin teorik tartışmalara girilmemiştir.

73 Avrupa özellikle parti içi demokrasi bakımından belirleyici boyutuyla özetlediği standartlar için bkz. <https://rm.coe.int/guidelines-for-civil-participation-in-political-decision-making/16807626cf> (Erişim Tarihi: 18/5/2023)

74 Örnek için bkz., Dahl, R. (2020). *On Democracy*, New Haven: Yale University Press, s. 66 vd.

75 Ersson, S. ve Lane, J-E. (2003). *Democracy: A Comparative Approach*, London: Routledge, s. 14.

pozisyonlarının işgaline ilişkin kararların doğrudan veya kesintisiz meşruiyet zinciriyle parti üyeleri tarafından çoğunluk ilkesine göre alınması ve pozisyonların tüm üyelere açık olması gereğini anlatır. Demokrasi ilkesi buna göre öncelikle karar alma süreçlerinin korunmasını, üyelerin bu süreçlerden yararlanması ile demokratik süreçler ve bunlardan yararlanma hakkını koruyabilecek denetim mekanizmalarını güvence altına alır. Zira üyelerin katılım hakları ve bunu etkili kılmak için yaratılmış usuller uygulanabilir ve denetlenebilir olmalıdır. Bu nedenle hem ilgili kuralların hem de koruma mekanizmalarının pozitif hukuksal olarak düzenlenmiş olması gerekir⁷⁶. Bu gerekliliğin tüzük ve sair parti içi düzenlemeler için de geçerli kılınması, üyeler veya yerel birimler ile parti yönetimi arasında çıkan uyuşmazlıklarda güvence sağlayan, parti yönetimini de bağlayan belirli, öngörülebilir ve ulaşılabilir, dolayısıyla keyfiliği engelleyici mahiyette olması gerekir⁷⁷. *Lohmar*'ın haklı tespitiyle, objektif nitelikte bu tür düzenlemelerin bulunmaması, siyasi partilerin kendi yapılarına ilişkin sağlıklı tasavvurlar geliştirme şansını kaybetmesine neden olur. Parti yöneticileri, her türlü karar ve tercihlerini demokratik olarak sunmanın cazibesine kapılırlar. Herhangi bir siyasi içeriği demokratik olarak etiketlemek suretiyle nesnel eleştirilerden kaçınmaya çalışırlar. Bu tutum siyasi partilerin istenmeyen yönde, mesela anayasanın öngördüğünden ve kendilerine yüklediği işlevlerinden çok daha farklı bir yöne doğru evrilmesi tehlikesini yaratır⁷⁸.

Dolayısıyla dar anlamda hukuk devletinin unsuru içinde yer alsın bile demokrasinin sürdürülebilirliğinin ön şartı olan *yatay-dikey/zamansal/kişisel erkler ayrılığı, denge-denetim, şeffaflık ve hesap verebilirlik ile seçimlerin yargı denetiminde olması* gibi demokratik iradeyi ve işleyişi meşru sınırlar içinde tutan, rasyonelleştiren ve amacı doğrultusunda etkili kılan mekanizmaları da parti içi demokrasinin zorunlu şartlarından görmek gerekir.

Elbette parti içinde siyasi irade oluşumu ile devlette siyasi irade oluşumu, ortak köklere rağmen özdeş değildir. Siyasi partiler özgür rekabet koşullarında birbirleriyle yarışırken egemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesi gereğince devletin işleyişinde rekabet değil

76 Roßner, S. (2014). *Parteiausschluss, Parteiordnungsmaßnahmen und Innerparteiliche Demokratie*, Baden-Baden: Nomos, s. 68.

77 a.g.e. s. 71.

78 Lohmar, U. (1963). s. 23.

rakip siyasi programların iktidar yarışına açık olma zorunluluğu söz konusudur⁷⁹. Bu nedenle bir yönetim usulü olarak demokrasi ilkelerinin birebir siyasi partiler bünyesine aktarılmasından ziyade toplumsal iradenin somutlaştırılmış siyasal programlar çerçevesinde kümelenip süreyle sınırlı bir şekilde devlet yönetimine egemen kılınmasının aracı olarak işlev gören ve devlet kurumu niteliği bulunmayan siyasi partilerin bu niteliğine uyarlanarak aktarılmasından söz ediyoruz⁸⁰.

Demokrasilerde halktan beklenen yönlendirme ve denetim işlevi, devlet işlem ve eylemlerinin kamuya açıklılığını gerektirir. Ancak seçimler nedeniyle kamusal kararları alma sürecine siyasi partilerin kurucu mahiyette dâhil olması, partilerin de kamuya açıklılığını zorunlu kılmaktadır. Bu da siyasi partilerin iç yapıları, siyasal tasavvurları, toplumsal çıkar ilişkileri ve bununla bağlantılı olarak finansal ilişkilerinin şeffaf olmasını gerektirmektedir⁸¹. Zira mevcut siyasal eylemlerin ve programların gerçek koşulları ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olmadan nesnel ve sorumlu bir şekilde siyasal irade oluşumuna katılmak mümkün değildir⁸².

Anayasanın zorunlu kıldığı parti içi demokrasinin asgari koşulları siyasi partiler bakımından bir türdeşliği/homojenliği gerektirmektedir⁸³. Parti içi demokrasinin asgari koşulları yönünden homojenlik, parti içi çoğulculuğun, taban iradesinin özgür müzakere sürecinde oluşmasının, iradenin tabandan tavana doğru biçimlenişinin ve rasyonelleşmesinin ve nihayetinde parti yönetiminin tabandan hareketle tayin edilen parti politikalarının icracısına dönüşmesinin güvencesidir. Diğer bir ifadeyle parti içi demokrasinin asgari koşulları yönünden homojenlik hem parti içinde hem de siyasal düzende çoğulculuğun imkânıdır. Parti içi özerklik, ancak parti içi demokrasinin asgari koşullarının dışında kalan ayrıntılar bakımından söz konusu olabilir⁸⁴.

79 Towfigh, E. V., Keesen, J. ve Ulrich, J. (2020). Rn. 440 vd.

80 Bu ayrımın teorik ve metodolojik temelleri yönünden ayrıntılı bir çalışma için bkz., Wolfrum, R. (1974). *Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, s. 26 vd.

81 *Klein-Maunz-Dürig*, Bd. III, Rn. 316.

82 Zippelius, R. (2017). *Allgemeine Staatslehre*, 17. Baskı, München: C. H. Beck, s. 165.

83 Homojenlik ilkesi veya postülasının Alman partiler hukukundaki yansıması için bkz., Kunig, P. (2005). Rn. 31. *Kunig* homojenlik ilkesi ile sosyal ilişkilerin partiler arasında çok partiler içine doğru kayması arasında ilişki kurmaktadır. Buradan hareketle parti içi demokrasinin toplumsal kampaşma ve yarımaların önüne geçme potansiyeline işaret etmek gerekir.

84 Alman partiler hukukunda benzer çıkarım için bkz., Grimm, D. (1995). Rn. 36.

Demokrasi kavramı gibi parti içi demokrasi kavramına ilişkin olarak da yeknesak bir uygulamadan bahsedilememekle birlikte parti içi demokrasi konusunda en yaygın kabul gören ifadeler, partilerin karar alma süreçlerinde şeffaf olmaları ve parti tüzüklerini ve adaylarını belirlerken üyelerin görüşlerine başvurmaları gereklilikleriyle sınırlıdır⁸⁵. Parti içi demokrasi ilkesinin etkililiğini önemli düzeyde zayıflatan bu gelen yaklaşım parti içi demokrasinin asgari koşullarına ilişkin pozitif hukuksal düzenleme pratiğini de etkilemiştir. Bununla birlikte anayasal direktifin pozitif hukuksal düzenlemelerle somutlaştırılması, ilkenin etkinliği için ön koşul değildir. Çağdaş demokrasilerde demokrasinin asgari şartları hakkında ortalama bir görüş ortaklığı nasıl söz konusu ise aynı şekilde parti içi demokrasi için de asgari standartlardan söz etmek mümkündür⁸⁶. Bu asgari, *standartları tüketici olmamak kaydıyla*, içtihatlar, doktrin ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak yasaklar veya zorunluluklar biçiminde şu şekilde somutlaştırabiliriz:

- **Siyasi partiler otoriter bir liderliği ve parti yönetimini mümkün kılacak şekilde örgütlenemezler.** Politik yönü tayin edecek esaslı kararlar liderin değil geniş kurulların kararın niteliğine göre büyük kongrelerin yahut üyeler kongresinin uhdesinde bulunmalıdır. Lider listesiyle tüm kadroları biçimlendirememeli, taban çoğulculuğu karar mekanizmalarına yansıtılmalı, liderlik bu çoğulculuğun bir ifadesi olmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle *“Bir siyasi partinin kaderi hakkında mümkün olan en geniş tabanlı organ tarafından alınması gereken kararın, bütünüyle çok az sayıdan mürekkep otoriter bir yönetici grubuna bırakılmış olmasından daha büyük bir demokrasi aykırılığı düşünülemez. Bu otoriter yönetici grubu tarafından sonradan alınacak bir onay kabul edilemez. Müzakeresiz aklamasyon demokratik bir oylama değildir”*⁸⁷. Bu nedenle siyasi partilerin organizasyonunu anayasal işlevleriyle uyumlu olacak şekilde demokratikleştirmek gerekir. Burada mesele siyasi partiler bakımından demokratik devletin temel ilkeleriyle uyum sağlayacak bir yapısal homojenliğin sağlanmasıdır⁸⁸.

85 Venice Commission, Guidelines On Political Party Regulation By OSCE/ODIHR and Venice Commission, p. 25.

86 Klein-Maunz-Dürig, Bd. III, Rn. 333.

87 SRP-Verbot BVerfGE 2, 1 (71 vd.).

88 Seifert, K-H. (1975). *Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Köln: Heymann, s. 190.

- **Siyasi partilerin iç yapıları ve işleyişleri çoğulculuğu etkili kılmalıdır.** Çoğulculuk üye profili veya görüşlerin ifade bulmasıyla sınırlı olmayıp, tüm kademelerde irade oluşumunun yöntemi olmalıdır. Kuşkusuz bu çoğulculuk devlet işleyişinde zorunlu kılındığı gibi sınırsız bir plüralizm şeklinde algılanmamalıdır. Buradaki çoğulculuk, siyasi partinin politik programı kapsamında gerek Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan *eşitlik ilkesinin gerekleri* kapsamında gerekse siyasi program kapsamındaki yorum ve yöntemsel farklılıklarını kapsar şekilde daha dar yorumlanır.
- **Siyasi partinin teşkilatlanması, biçimsel ve işlevsel olarak aşağıdan yukarıya temsili olmalıdır.** Teşkilatlanma her bir üyenin makul ölçüde kararlara ve parti siyasi iradesinin oluşumuna katılımını sağlayacak şekilde tasarlanmalıdır. Ademi merkezîyetçilik siyasi partiler bakımından yaşımsaldır.
- Bununla bağlantılı olarak merkez organlarının yerel üzerinde **görevden el çekirme** yetkisinin istisnai durumlarla sınırlandırılması ve etkili denetime tabi tutulması gerekir. Buna karşın **yönetim kademelerinin üyeler tarafından düşürülmesi veya görevden alınması** imkânı sağlanmalıdır.
- **Parti işlevleri ve bununla bağlantılı yönetim pozisyonları makul aralıklarla gerçekleştirilecek düzenli seçimlerle belirlenmelidir.** Devlet işleyişinde olduğu gibi, egemenliği kullanmaya ve devleti yönetmeye talip siyasi partilerin işleyişinde de demokratik meşruiyet zinciri işlemelidir.
- **En alt kademedен başlayarak tüm seçimler yargı denetiminde yapılmalıdır.** Parti örgütlenmesinin herhangi bir aşamasında demokratik meşruiyet zincirinin kopması ve merkezi organların belirleyici hale gelmesi parti içi demokrasi bakımından "*cehennem kapısı*" olarak nitelendirilebilir. Bu kapının hiç açılmaması ancak yargısal denetimle mümkün olabilir. Bu bağlamda delege sistemin gözden geçirilmesi veya kaldırılarak doğrudan üyelerin iradesine başvurma yolunun tercih edilmesi gerekir.
- **Meclis gruplarının** parti teşkilatından görece özerkleştirilmesi ve grup için demokrasinin tesisi gerekir. Her iki kurumun demokratik meşruiyetinin niteliği ve yoğunluğu ile işlevleri birbirinden

görece farklıdır⁸⁹. Bu farklılık meclis grubunun parti hiyerarşisine göre daha özerk olmasını anlamlı kılar⁹⁰, ayrıca parti içinde güç yoğunlaşmasını da engeller. Anayasanın 80. maddesi, aksi bir kabulde anlamını yitirir.

- **Devlet yardımı alınması durumunda** parasal yardımın ve sair finansal imkanların sadece merkez organların kullanımına bırakılmaması, merkez ile yerel arasında parti içi demokrasi ilkesi doğrultusunda dengeli dağıtılması gerekir. Her hâlükârda üyelik aidatı etkinleştirilerek partinin ana gelir kaynağı haline getirilmeli, bu şekilde üyelerin katılım ve aidiyet ilişkisi güçlendirilmelidir. Üyelerin partiye ilgisi ve aidiyeti zorlanamaz, ancak bunu destekleyici mekanizmalar öngörülebilir.
- Nihayetinde başta yürütme ve yasama organı olmak üzere seçimle belirlenen tüm kamusal pozisyonlar için gösterilecek adayların merkezî organlar tarafından değil üyeler meclisi veya yerel kongrelerce belirlenmesi yani **önseçim usulünün** zorunlu kılınması gerekir. Merkezi aday tayini parti içi demokrasi ilkesine açık bir aykırılık oluşturur⁹¹. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi milletvekilliğine adaylıkların tespitinde parti tabanının belirleyici olmasını seçim hukukunun asgari şartlarından kabul etmekte ve bu şartlara esaslı aykırılığın parlamento seçiminin iptaline dahi götürebileceğini kabul etmektedir⁹². Türk Anayasa Mahkemesi de 1967 yılında verdiği bir kararda "*Liderler kadrosunun veya sınırlı sayıdaki delegelerin seçimi sisteminin uygulanması halinde, seçmenlerle, seçilmek isteyenler, seçimi yapmış olan liderler kadrosunun veya delegelerin iradelerine bağlıdırlar. Böyle bir seçimle seçmen çoğunluğunun istek ve iradelerinin belirlediği çok şüpheli olduğu gibi, ortaya çıkan iradenin, etkisiz, hür ve serbest olduğu da iddia edilemez.*" ifadesiyle⁹³ benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur.

Asgari koşulları değerlendirirken bunların hükûmet sistemi yönünden ağırlık ve yoğunluklarının farklı olması gerektiğinin de altını çizmek

89 Lohmar, U. (1963). s. 79.

90 Kirchheimer, O. (1953). "Parteistruktur und Massendemokratie in Europa", AöR, C. 79, S. 3, s. 113.

91 Klein-Maunz-Dürig, Bd. III, Rn. 358.

92 Kandidatenaufstellung BVerfGE 89, 243 (251 vd.).

93 AYM, E.1965/36, K.1967/12, 18/5/1967.

gerekir. Parlamenter sistemler hükûmetin parlamentodan çıkması ve parlamentoya karşı sorumlu olması nedeniyle belirli ölçüde parti disiplinine ihtiyaç duymaktadır. Bu sistemlerde hükûmet meşruiyetini parlamento üzerinden dolaylı olarak sağladığından varoluşsal olarak parlamentonun güvenine ve desteğine dayanmak durumdadır. Bu nedenle parti içi demokrasi ile parti disiplini arasında bir denge kurmak gerekir. Buna karşın başkanlık sistemi meşruiyeti doğrudan seçimle gerçekleştiği ve parlamentonun güvenine dayanmak zorunda olmadığı, buna bağlı olarak da parlamento tarafından düşürülme ihtimali bulunmadığı için istikrarı parlamento içindeki disiplinli bir çoğunluğa bağlı değildir. Bu sistemlerde hükûmet istikrarı gereğinden hareketle parti disiplini ihtiyacından söz etmek çok gerekli olmayabilir. Dolayısıyla parti içi disiplini, parti içi demokrasi gereğinin zayıflatılması için gerekçe olamaz. Başkanlık sistemlerinde parti içi demokrasinin kurumsal ve prosedürel gerekleri, denge ve denetimin yasama-yürütme arasındaki keskin ayrılığa ve karşı silahlarla donatılmış olma ihtiyacına dayanması nedeniyle daha yaşamsaldır. Bu nedenle Başkanın parti yönetiminde bulunmasına izin verilmeyebilir hatta parti lideri olması yasaklanabilir ancak parlamenter sistemde Başbakanın aynı zamanda parti lideri olması gerekli görülebilir.

VIII. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ YAPTIRIMI

A. HUKUKSAL TEMEL

Parti içi demokrasi ilkesinin demokratik anayasal düzene ilişkin bu yaşamsal niteliği yaptırım boyutuna özel bir önem vermeyi zorunlu kılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde demokrasi ilkesi değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek bir ilke olarak devletin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Siyasi haklar (31., 67-69. maddeler) ve teşkilat kısmında yer alan Anayasa hükümleri (94, 95, 101, 105, 133, 149 ve 150. maddeler), demokrasi işleyişinde siyasi partileri kilit ve hayati bir işlev olarak tayin etmiş ve sistemi buna göre biçimlendirmiştir. Anayasanın demokrasinin işleyişi ile siyasi partiler arasında kurduğu bu ilişkinin Anayasa koyucunun iradesine uygun bir şekilde işlev görmesi, ancak siyasi partilerin yapısal olarak demokrasi ilkesine göre tanzim edilmesiyle mümkündür.

Parti içi demokrasinin bir siyasi etik ve gerçekleştirilmesinde maslahat bulunan ahlaki bir yükümlülük olarak tasavvuru ve bununla bağlantılı olarak da gerçekleştirilmesinin pozitif hukuksal bir zorunluluk olmadığı

yaklaşımı, Anayasa koyucunun anayasal düzeni üzerine inşa ettiği kurumsal yapıların demokratik olmasına gerek görmediği sonucuna götürebilir. Yine Anayasa koyucunun demokrasinin korunması hususunda “[d]emokrasiye düşman olmayın!” şeklinde maddi bir emredici kural ile yetindiği ve düşman olarak bellediği partiyi yok etmekle amacına ulaşmayı yeterli gördüğünün kabulü gerekir. Bu kabul kanımca demokrasiyi devletin temel niteliği olarak kabul eden Anayasa’nın kendi işleyişinin temel taşı olan ve kilit kurumu olan siyasi partilerin demokratik bir şekilde örgütlenmesini önemsemediği sonucuna götürür ki bu sonucu kabul etmek hukuken mümkün değildir. Zira bir anayasal düzenin demokratikliği demokrasi etiketine yer vermekle sağlanmaz. Bir siyasi düzen ilkesi olarak demokrasi etiket değildir; en üstün hukuk kuralları bütünü olan Anayasanın değiştirilemez temel hükmünde zikredilmekle hukukilik kazanmış, Anayasa’nın diğer maddelerinde somutlaşmakla da doğrudan uygulanırlık niteliğini haiz bağlayıcı ve etkili bir hukuk kurumu hâline gelmiştir.

Anayasa’nın 69. maddesinde parti içi demokrasi açık ve berrak bir tarzda emredici anayasal kural olarak tayin edilmiştir. Bu emredici kuralın Anayasanın 11. maddesi uyarınca başta yasama, yürütme ve yargı organları olmak üzere özel ve kamu tüzel kişilerini bağlayıcı üstün hukuk kuralı olduğundan da kuşku bulunmamaktadır. Kural açıklayıcı veya yorumlayıcı bir kural değildir, *hukuki anlamda bir olması gereken içeren bir önermedir, ihlalinde yaptırım gerektiren kesinliğe sahiptir.*

Her bir emredici norm yaptırımını lafzında açıkça tayin edebildiği gibi bazen başka normlara atıfla dolaylı bir şekilde de tayin edebilir. Yine hukuk kurallarının yaptırımı hukuk sisteminin sistematığından de anlaşılabilir. Özellikle siyasi parti hukukunun kamu hukuku ile özel hukukun kesişme alanında bulunması ve bu alandaki tedbirlerin daha çok *önleyici* mahiyette olması, parti içi demokrasi ilkesinin yaptırımı konusuna ceza hukuku ekseninde ve kesinliğinde bakılmasının mümkün olmadığını göstermektedir.

Kanunun asgari şartlarını hiç veya eksik düzenlemiş olması siyasi partileri yasal bir mecburiyet karşısında bırakmadığı her durumda parti içi demokrasi şartları siyasi partiler bakımından bağlayıcı bir anayasal kural olmaktan çıkmaz. Anayasa’nın emredici nitelikteki kuralı değişmediği sürece yasal düzlemdeki seçenekler parti içi demokrasinin

varlığı konusunda bir takdir hakkı sunmamakta, kanımca parti içi demokrasiyi iç düzenlemeleri ve çalışmalarıyla gerçekleştirmek için belirlenecek izlenecek yol ve usullere ilişkin *ayrıntılarda* bir takdir imkânı sunmaktadır. Buna karşın parti içi demokrasi ilkesine uyma konusundaki sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır. Anayasanın parti içi demokrasi zorunluluğu bir yandan *asgari şartlar bakımından doğrudan bağlayıcı* bir etkiye sahipken diğer taraftan siyasi partilerin *iç düzenlemeleri ve çalışmaları konusunda takdir alanının sınırını* çizer. Bağlayıcılık ve takdir alanının denetimi Anayasa Mahkemesinin sorumluluk kapsamındadır.

1. İctihadi Durum

a. Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

Yukarıdaki hukuki temel karşısında Anayasa Mahkemesi parti içi demokrasiyi kavramsal olarak tanımlama dışında etkin kıldığını söylemek güçtür. Mahkeme bağlayıcı ve emredici Anayasa kuralı mahiyetindeki parti içi demokrasiyi oldukça isabetli bir şekilde tanımlamaktadır: *“Siyasî partilerin örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun olması, hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması, demokratik örgüt yapısının kurularak lider, teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tepeye oluşturulması parti içi demokrasi ilkesinin gerekleridir”*⁹⁴. Ancak bu tatminkâr gözükten tanımı takip eden bir yaptırım pratiği tespit edilememektedir.

Mahkemenin yaklaşımını parti kapatma, ihtar ve kendiliğinden dağılma halleri ile parti içi demokrasiyi ilgilendiren yasal düzenlemelerin anayasallık denetimi kararlarından okuyabiliriz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki demokrasiye aykırılık nedeniyle kapatılan bir siyasi parti bulunmamaktadır. Mahkemenin kapatma pratiği daha çok anayasal değerlere içeriksel/maddi aykırılıkların tespitiyle sınırlı olup parti içi demokrasi ilkesine ilişkin bir değerlendirme imkânı sunmamaktadır. Bununla birlikte içeriksel aykırılıklar dışında kalan usulî hükümlere aykırılık nedeniyle parti kapatma pratiği de söz konusu olmuştur. Bu kararların bir kısmında kapatma kararı, kanunun teknik eksikliklere bağladığı otomatik sonuçtur⁹⁵.

94 CHP İhtar AYM, E.2002/4, (siyasi parti ihtar) K.2003/2, 22/1/2003.

95 Büyük Anadolu Partisi Kararı, AYM, E.1972/1 (SPK), K.1972/1, 19/12/1972. Karar Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi'nde yayımlanmadığı gibi Mahkemenin internet sitesinde de ulaşılabilir değildir. Karar metni için bkz. Resmî Gazete 28 Mart 1973 Çarşamba, sayı 14490.

Ancak Mahkeme bazı kararlarında parti içi demokrasi bakımından önem arz eden yasal eksiklikleri kapatma gerekçesi yaparken aynı zamanda parti içi demokrasiye yönelik dikkate alınması gereken hukuksal gerekçelendirmeler yapmıştır.

Yeşiller Partisi kapatma kararında “*Kamuoyunun özgürce oluşmasında öbür kurumlardan değişik bir ağırlığı bulunan siyasal partiler, yurttaşların istem ve özlemlerinin gerçekleşmesine çalışan kuruluşlar olarak siyasal katılımı somutlaştıran hukuksal yapılardır. Demokrasinin simgesi sayılan, olmazsa olmaz koşulu olarak nitelenen siyasal partiler, özgürlük ve hukuksallığın ulusal araçları durumundadır.*” demek suretiyle siyasal katılım ve hukuksallık unsuruna vurgu yapmış, parti içi demokrasiye ilişkin kuralları Anayasanın buyurucu kuralının gereği olarak nitelendirmiş, ardından “*Siyasal partilerin, devlet örgütü ve kamu hizmetleriyle yoğun ilişki içinde olmaları, onların her istediğini yapabilecekleri anlamına gelmez. Siyasal partilerin baskı ve engellerden uzak kalmasını sağlamaya yönelik kurulma ve çalışma özgürlüğü, Anayasa ve bu alanı düzenleyen yasalarla sınırlıdır.*” ifadesiyle de parti içi demokrasi gereğini parti özgürlüğünün meşru sınırı olarak ele almıştır. Mahkeme parti içi demokrasi ile yaptırım arasındaki ilişkiyi de şu şekilde kurmuştur: “*Demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez öğeleri olarak kabul edilen siyasî partilerin, Anayasa’da kendilerine verilen bu değere uygun olarak, görevlerini de Siyasî Partiler Yasası’na uygun ve eksiksiz olarak yerine getirmeleri gerekir... Yasal zorunluluklara ve koşullara uymamanın doğal sonucunu yine yasal yaptırım ortaya koyar*”⁹⁶.

Diriliş Partisi kapatma kararında siyasi partilerin varoluş nedenine vurgu, kapatma yaptırımının taşıyıcı gerekçesi yapılmış görünmektedir: “*Siyasî partiler, Anayasa ve yasalara uygun olarak, seçimler yoluyla... millî iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere örgütlenen tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır. Demokrasinin vazgeçilmez ögesi olan siyasî partilerin öncelikli amacının, Yasa’nın öngördüğü sayıda il ve ilçede örgütlenerek bir an önce seçimlere katılmak ve halkın yararına olan görüş, öneri ve eleştirilerle ülke sorunlarının çözümüne katkıda bulunmak olması gerekir. Oysa, davalı Parti Yasa’nın öngördüğü koşulları yerine getirmemiş ve iki dönem üst üste milletvekili genel seçimlerine katılmamıştır.*” (abç.)⁹⁷

96 AYM, E.1992/2 (SPK), K.1994/1, 10/2/1994.

97 Diriliş Partisi kararı AYM, E.1996/2 (SPK), K.1997/2, 18/2/1997.

Hemen belirtelim ki bu kararların normatif gücü, Mahkemenin yoğun politik/ideolojik aktivizm motifli kapatma kararlarına tepki olarak gelişen *kapatma nedenlerinin Anayasa'da öngörülen nedenlerle sınırlanması* yönündeki anayasal ve yasal değişikliklerle birlikte kaybolmuş görünmektedir. Zira Mahkemenin *sınırlılık tezini* ele alış biçimi, onu bir yandan aktivizmden uzaklaşma, diğer yandan âdeta parti içi demokrasiye aykırılıkları yaptırımsız bırakma şeklinde bir pratiğe sevk etmiştir.

Nitekim Mahkeme Türkiye Sosyalist İşçi Partisi kapatma davasında önce Siyasi Partiler Kanunu'nun üst üste iki defa TBMM seçimlerine katılmamayı kapatma nedeni olarak tayin eden 105. maddesinin *Anayasa'da yer alan kapatma nedenleri arasında yer almadığından* iptaline karar vermiş⁹⁸, ardından kapatma talebini de yasal dayanak bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁹.

Sınırlılık tezine uyum çerçevesinde Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrası ile Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesi dışında kalan hükümlere aykırılığın -ki parti içi demokrasiye dair kurallar bu kapsamda yer almaktadır- yaptırımı kapatma olmaktan çıkarılmış ve 104. maddeye ikinci fıkra eklenerek *ihbara uymama şartına bağlı olarak*¹⁰⁰ devlet yardımından yoksunluk olarak belirlenmişti. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davasına bakan mahkeme sıfatıyla Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında yaptığı incelemede bu düzenlemeyi de eşitliğe aykırı bularak iptal etmiştir¹⁰¹. Mahkeme katı bir lafzi yorumdan hareket ederken iptal ile parti içi demokrasinin yaptırımı bakımından yasal düzlemde doğacak boşluğu dikkate alıp eşitliğe daha uygun bir yaptırım mekanizması için yasa koyucuya süre tanımayı dahi gerekli görmemiştir.

Ancak Mahkemenin biraz da siyasal ve akademik atmosferden de etkilenecek yeteri ölçüde hukuk teorisi ve dogmatik analizi yapmaksızın sadece katı bir lafzi yorumla ulaştığı bu sonuç, kanımca hukuksal temeller bakımından sorunlu, Anayasa'nın normatif tercihleri bakımından hatalıdır. Mahkeme parti içi demokrasiye dair emredici Anayasa kuralıyla ilgili herhangi bir kaygı gütmemekte, âdeta böyle bir ilke yokmuş gibi lafızla sınırlı, hızlı ve tartışmaya kapalı karar verip ilerlemiş görünmektedir.

98 AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003.

99 AYM, E.2003/2 (SPK), K.2004/1, 14/10/2004.

100 Anayasa Mahkemesinin parti içi demokrasi ilkesine yaklaşımı ihtar pratiğinde de etkili olmuştur. Örnek olarak bkz. AKP ihtar kararı, AYM, E.2005/3 (SPİ), K.2011/1, 12/10/2011.

101 AYM, E.2008/5, K.2009/81, 11/6/2009.

Kanımcıca bu durum, Mahkemenin parti içi demokrasi yaptırımı konusunda rasyonel bir içtihadı sahip olmadığı kuşkusunu yaratmakta; bu nedenle hukuk dogmatığı ve muhakemesi bakımından ihmal edilmesini haklı bir seçenek hâline getirmektedir.

b. Alman Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

Siyasi parti rejiminin mehası olarak nitelendirilebilecek Almanya'da parti içi demokrasi emredici bir kural olarak Anayasa'nın 21. maddesinde yer almaktadır. Almanya Siyasi Partiler Kanunu ise ne anayasal değerlere içsel/maddi aykırılıkların, ne de parti içi demokrasi ilkelerine aykırılıklarının yaptırımını düzenlemektedir. Kapatma yaptırımı (anayasaya aykırılığın tespiti) doğrudan Anayasa'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmekte ve yetki Anayasa Mahkemesine tanınmaktadır. Siyasi Partiler Kanunu ise bu kararın sadece nasıl icra edileceğini düzenlemektedir. Bu kadar geniş takdir yetkisiyle donatılmış Almanya Anayasa Mahkemesi kapatma nedenlerini içtihadı olarak daraltmıştır¹⁰². Ancak bu içtihadı daraltma yapılırken Türk Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının aksine parti içi demokrasi etkisiz kılınmamış, parti içi demokrasi kurallarına aykırılığın *"ilgili partinin ilkesel olarak demokrasi düşmanlığı olarak açıklanabilecek bir yoğunluğa ulaşması, diğer unsurların da bu tutumu desteklemesi durumunda"* siyasi partinin Anayasa aykırılığının tespitine neden olabileceğini vurgulamıştır¹⁰³. Zira Mahkemenin tespitiyle Alman Anayasası'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen parti içi demokrasi, bir boyutuyla yasal somutlaştırma gerektirirken demokrasi ilkesine göre örgütlenme zorunluluğundan ilkesel bir ayrılmayı yasaklaması boyutuyla da **doğrudan uygulanır nitelikte bir kuraldır**. Bu nedenle tedbir alma zorunluluğu doğar, çünkü *"bir partinin iç düzeni demokrasi ilkesine aykırı ise, partinin kendi içinde gerçekleştirdiği yapısal ilkeleri devlete de uygulayacağını, bu şekilde özgürlükçü demokratik düzenin en önemli unsurlarından olan serbest siyasi iktidar mücadelelerinin bir ürünü olan devlet iradesinin oluşumunu otoriter bir sistem lehine ortadan kaldırmak isteyeceğini söylemek akla yatkındır"*¹⁰⁴.

Mahkemenin bu içtihadını oluşturduğu kararında parti içi demokrasi ilkelerine aykırılık olarak liderin ve merkez organlarının

102 BVerfGE 5, 85 (142).

103 BVerfGE 2, 1 (14).

104 BVerfGE 2, 1 (14).

teşkilat örgütlerini gerekçesiz görevden alabilmesini, lider ilkesine göre örgütlenmeyi, üyelerin partiden keyfi ihraçlarını, parti yönetim pozisyonlarına seçimin göstermelik olmasını örnek olarak göstermektedir¹⁰⁵.

c. AİHM Yaklaşımı

Hemen belirtelim ki AİHM'nin parti içi demokrasi ekseninde verdiği bir karar bulunmamaktadır. Siyasi partilere getirilen yaptırımlarda da parti içi demokrasiye dair bir incelemeye rastlanmamaktadır. Parti içi demokrasi ve parti kapatma ilişkisi hakkında incelenebilecek tek karar Almanya'da kapatılan SRP Partisi kararıdır ancak bu dava AİHM'ye taşınmamıştır. KDP kararı taşınmış olmakla birlikte kapatma nedenleri arasında parti içi demokrasi hususu belirgin değildir ve AİHM'nin kapatma kararını sözleşmeye uygun bulduğu karar gerekçesinde de değerlendirme imkânı sunacak veriler bulunmamaktadır¹⁰⁶. Yine AİHS'de siyasi partileri olağan derneklerden farklı ele almayı zorunlu kılan pozitif hukuksal düzenleme bulunmamakta, partiler AİHM içtihadıyla özel bir korumadan yararlanmaktadır.

Bununla birlikte *Refah/Türkiye* kararı parti içi demokrasi ile demokrasi arasında kurulabilecek ilişkiye bağlı olarak işlevsellik kazanabilir. Bu davada AİHM şiddet unsuruna ilaveten ilgili partinin demokrasiyle bağdaşır bir siyasal sistem tasavvuru ve amacının bulunup bulunmadığını da kriter olarak kullanmıştır. Mahkeme kapatma yaptırımının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap mahiyetinde olup olmadığını incelerken partinin demokrasiyle bağdaşmayan bir rejim oluşturmaya çalıştığını, bu yönde politikalarını uygularken ve öngördüğü sistemi yerleştirirken kuvvete başvurma olasılığının bulunduğunu kabul etmiştir. Mahkeme partinin planladığı sistemi hayata geçirmek için yakaladığı fırsatların demokrasiye yönelik tehdidi daha somut ve yakın hâle getirdiği kanaatinde¹⁰⁷.

Refah Partisine isnat edilen eylemlerin önemli bir kısmı partinin iktidar dönemine aittir. Yine AİHM'nin "*yakalanan fırsatlar*" ifadesi partinin iktidarda bulunmasıyla ilişkilidir. "[K]uvvete başvurma olasılığı" ifadesinin anlaşılış biçimi ise kanaatimce sadece partinin üyeleri

105 Ayrıntı değerlendirmeler için bkz. Küçük, T. S. (2014). s. 59 vd.

106 *Komünist Parti ve diğerleri/Almanya*, B. No: 250/57, 20/7/1957.

107 *Refah ve diğerleri/Türkiye* [BD], § 132.

tarafından gerçekleştirilecek toplumsal şiddetle sınırlı olarak anlaşılmaz, partinin iktidarda bulunmaktan kaynaklı meşru şiddet kullanma yetkisini demokrasiyle bağdaşmayan siyasal rejimi yerleştirme amacı doğrultusunda icra etme ihtimali de göz ardı edilmemektedir.

Akıl yürütmeyi bu tespitten hareketle ilerletirsek (a) parti içi demokrasinin temel esaslarına aykırılık demokrasiyi tehlikeye atan, hatta ortadan kaldıran bir sonuç doğurabilir. Bunun için partinin niyetini, program ve amaçlarını irdelemekten çok partinin örgütlenme yapısına bakmak yeterlidir. Partinin demokrasi ilkesi bakımından varoluşsal bir tehlike olması, parti içi demokrasi ilkesinin yokluğunun kaçınılmaz bir sonucu olarak değerlendirilebilir. (b) Parti iktidara geldiğinde, kendi içinde demokratik bir politik irade oluşturması imkânı bulunmadığından, kişi veya grup iradesini devlet iradesine dönüştürebilecektir. Parlamento çoğunluğu ile yasama gücünü, yürütme yetkisiyle silahlı kuvvetler dahil olmak üzere tüm kamu gücünü kullanabilme imkanına kavuşabilecektir. (c) O hâlde parti içi demokrasi yokluğunun demokrasiyle bağdaşmayacak bir siyasal rejimi kamu gücüyle yani meşru şiddet tekeliyle yerleştirilmesi yahut AİHM için de meşru tek siyasal rejim olan demokrasiye esaslı zarar vermesi tehlikesi açık ve yakındır.

d. Demokrasi İlkesine Aykırılığın Vazgeçilmez Bileşeni Olarak Parti İçi Demokrasi

Kanımcı parti içi demokrasi bakımından yaptırım iki farklı şekilde gerekçelendirilebilir: Birincisi parti içi demokrasi ilkesinin demokrasi ilkesinin temel bileşeni olduğu görüşüne dayanmaktadır.

Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına göre siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri demokrasi ilkesine aykırı olamaz. Bu ilkeye aykırılığın yaptırımı 69. maddede kapatma veya devlet yaptırımından yoksunluk olarak tayin edilmiş ve bu haliyle Siyasi Partiler Kanununda tekrarlanmıştır. Kuşkusuz demokrasi ilkesine her aykırılık kapatma nedeni kabul edilemez. Bunun için aykırılığın demokrasi ilkesine temel esasları ve vazgeçilmez nitelikleri itibarıyla aykırı olduğunun tespiti gereklidir¹⁰⁸. Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasındaki ilkelerin tüm unsurlarının esasların Anayasa'da açıkça ifade edilmiş olması da gerekmemektedir. Örneğin çok partili sistemi, erkler ayrılığını, yargı

108 Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Can, O. (2021). *Siyasi Parti Kapatma Davaları*, İstanbul: Legal Yayınevi, s. 165 vd.

bağımsızlığını reddetmek yahut ortadan kaldırmak açıkça parti kapatma nedeni olarak sayılmamıştır; sayılması da zorunlu değildir.¹⁰⁹

Yukarıda parti içi demokrasi ile demokrasi ilkesi arasındaki ilişki ayrıntılı bir şekilde ortaya konmuştur. Parti içi demokrasi kuralı da demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin bu işlevleri için yaşamsal olduğuna göre Anayasa'nın 69. maddesinin 1. fıkrasında emredici bir hukuk normu olarak tayin edilmiş parti içi demokrasi kuralına aykırılık, demokrasi ilkesine ana hatları ve vazgeçilmez unsurları itibarıyla aykırılık olarak değerlendirilmek zorundadır.

Aksi yaklaşım çelişkili bir sonuca götürebilir. Demokrasi kavramı Anayasa'da tanımlanmış değildir, demokrasi ilkesine aykırılığı anlamlandırabilmek için öncelikle Anayasanın ilgili somut maddelerine bakmak gerekir. Seçimlere ve temsil organlarının oluşumuna ilişkin pek çok anayasa kuralı demokrasi ilkesinin vazgeçilmez unsuru olarak Anayasa'da yer almıştır. Bunları demokrasi ilkesiyle ilgili görüp, parti içi demokrasi ilkesini, Anayasa'nın 69. maddesinde emredici bir kural olarak yer aldığı hâlde demokrasi ilkeyle ilişkili görmemenin hukuki bir açıklaması olamaz.

Dolayısıyla parti içi demokrasi ilkesine aykırılık, Anayasa'nın 68. maddesinin 4.c fıkrasında belirtilen demokrasi ilkesine temel esasları itibarıyla aykırılık oluşturduğundan bu maddeye bağlanan yaptırıma tabidir.

Burada Anayasanın kapatma nedenlerini Anayasa'nın 68. maddenin 4. fıkrası ve bunun yansıması niteliğindeki Siyasi Partiler Kanununun 101. maddesiyle sınırladığı, bunun dışında Siyasi Partiler Kanunu'na diğer aykırılıkların kapatma nedeni olmaktan çıkarıldığı, Anayasa Mahkemesinin de ihtaraya uymayan siyasi partilere yaptırım uygulayan 104. maddenin 2. fıkrasının 2. cmlmesini iptal etmesinin ardından parti içi demokrasiye aykırılıkların bütünüyle yaptırımsız kaldığı akla gelebilir.

Ancak kapatma nedenlerinin Anayasa'yla sınırlılığı yönünde yaşanan normatif evrim Anayasa Mahkemesinin kapatma nedenlerinin anlam ve kapsamını tespit ederken aynı zamanda Siyasi Partiler Kanunu'nun bütün hükümlerinden özerk davranmasını mümkün hatta zorunlu kılmaktadır.

109 Benzer değerlendirmeler için bkz. Grimm, D. (2001). *Die Verfassung und die Politik*, München: C. H. Beck Verlag, s. 179.

Örnek vermek gerekirse devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırılık Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasında kapatma nedeni olarak sayılmıştır. Bu ilke esasen Siyasi Partiler Kanunu'nun 79-82. maddelerinde somutlaştırılmıştır. Ancak bu somutlaştırmanın yol açtığı ağır kapatma sonuçları ve tecrübe edilen AİHM ihlal kararları, Anayasa ve yasa değişikliklerine yol açmış, kapatma nedenlerinin Anayasa'yla sınırlılığı esası benimsenmiş, bunun sonucu olarak özellikle 1996 Demokratik Barış Hareketi Partisi kararından¹¹⁰ başlayarak bu ilke Anayasa Mahkemesi tarafından özerk biçimde yorumlanıp uygulanmıştır. Mahkemenin bu karardaki gerekçesi çarpıcıdır:

"... Anayasa, siyasî partilerin kapatılmasına yol açacak nedenleri tek tek saymış, yasa koyucuya, bunların dışında düzenleme yapmaya elverişli bir yasama alanı bırakmamıştır. Bu durumda, siyasî partilerin, 68. maddenin dördüncü fıkrasında sayılanlar dışında bir nedenle, tüzük ve programlarının bu fıkraya aykırı olduğu gerekçesiyle kapatılmalarına olanak yoktur. Devletin temel hukuk düzeninin kaynağı ve belirleyicisi olan Anayasa'daki bu açıklık karşısında, Siyasî Partiler Yasası'nın farklı bir düzenleme getiren 89. maddesine geçerlik tanımak, Anayasa kuralının uygulama dışı bırakılması anlamına gelir. Oysa söz konusu Anayasa kuralı, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'ndan sonra 23.7.1995'te yapılan Anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Yasa koyucunun bu değişikliğe koşut olarak zaman geçirmeden Siyasî Partiler Yasası'ndaki uyumsuzlukları gidermesi gerekirken, bunu gerçekleştirmemiş olması, aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve Yasa'ya göre üst hukuk normu niteliğinde olan Anayasa kuralının, uygulanmaması sonucunu doğurmaz. Bu, kısaca 'Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü' ilkesi olarak tanımlanan ve 'Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz' diyen Anayasa'nın 11. maddesinin de gereğidir."

Mahkemenin sınırlılık tezi bu temel esaslara göre bugüne kadar devam etmiştir¹¹¹.

110 AYMK E.1996/3 (SPK), K.1997/3, 22/5/1997, AYMKD 36/2, 978 (1023).

111 HAKPAR Kararı, AYM, E.2002/1 (SPK), K.2008/1, 29/1/2008, AYMKD, 45/4, 2077 (2152); açıkça işlenmiş olmamakla birlikte AKP kararı, AYM, E.2008/1 (SPK), K.2008/2, 30/7/2008, AYMKD 45/4, 2059 (5. C, s. 3171). Son karar olan DTP kararında artık değinmeye gerek görmemiştir. Ancak genel açıklamalar "[b]u nedenlerden bir bölümü SPK'nun 78, 80 ve 81. maddelerinde de yer almıştır." ifadeleriyle içtihattan sapma izlenimi vermekle birlikte bu hükümlerin gerekçenin inceleme ve hüküm kısmında yer almaması, ifadelerin obiter dictum niteliğini göstermektedir.

Bu durumda aynı gerekçenin millî egemenlik, hukuk devleti, insan hakları, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği ilkesi ve nihayet demokrasi ilkesine aykırılık bakımından da geçerli olduğunun kabulü gerekir. Yani Mahkeme bu ilkeler yönünden de sınırlılık tezi nedeniyle Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili maddelerindeki somutlaştırmalardan özerk bir şekilde muhakeme yapmalı, ilgili ilkeler bakımından özerk yorum esasını benimsemelidir.

O hâlde Anayasa Mahkemesinin demokrasi ilkesini Siyasi Partiler Kanunu'nun maddi boyutuyla ele alan 78. maddesinden bağımsız olarak aynı zamanda kurumsal ve prosedürel boyutuyla ele almasının önünden bir engel bulunmamaktadır. Demokrasinin esas itibariyle kurumsal ve prosedürel bir ilke olduğu dikkate alındığında parti içi demokrasi ilkesinin asgari şartları itibarıyla demokrasinin temel esasları içinde yer aldığı sonucuna ulaşmak amaçsal ve normatif olarak da bir gerekliliğe dönüşmektedir. Bu gereklilik, sınırlılık tezinin anlam ve amacına uygun olarak demokrasi ilkesinin korunması için yaşamsal hale gelir.

e. Demokratik Anayasal Düzenin Varlık Koşulu Olarak Parti İçi Demokrasi

i. Anayasa'nın 68. Maddesinin 4. Fıkrasına Bir Bütün Olarak Aykırılık Nedeniyle Yaptırım

Parti içi demokrasi, demokrasiyi temel yönetim biçimi olarak tayin eden anayasal düzenin işleyişinin temeli, ulusal irade ile devlet aygıtı arasındaki aktarım mekanizması ise ve parti içi demokrasinin yokluğu bu bağlantıyı koparıyorsa parti içi demokrasi ilkesini siyasi partinin tüzel kişi olarak varoluşsal özelliği şeklinde kabul etmek gerekir. Anayasa'nın 68 ve 69. maddeleri anlamında bir siyasi parti varlığından ve anayasal düzenin demokratik bir şekilde işleyişini sağlama işlevinin gereğinin yerine getirilmesinden söz etmek için iç işleyişinin demokratik olması zorunludur. Parti içi demokrasi sadece anayasal düzenin demokratik işleyişini zedelememekte, devlet işleyişinde yozlaşmaya ve kimi durumda Anayasa değişiklikleriyle otoriter ve kişisel hegemonya inşasına da yol açacağı için, esasen devletin devlet olma iddiasına ciddi zarar vermekte hatta devletin kurumsal çöküşüne yol açabilmektedir. Sonuç ise Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasında yer alan tüm hukuki değerlerin anlamını yitirmesidir.

Parti içi demokrasi yokluğu nedeniyle rasyonel siyasi irade oluşturma imkanını kaybeden, toplumsal iradenin devlet mekânına aktarılması

yerine, lider veya grup iradesinin seçmenlere kabul ettirilmesi suretiyle millî egemenlik yerine kişi veya grup hegemonyasına yol açan, iktidar yoluyla da bu hegemonyayı devlete egemen kılan bir siyasi parti devlet aygıtını halka ait olmaktan çıkarır; bir kişi veya grubun çıkar aracına dönüştürür ve devlet hukuka dayalı rasyonel bir düzen olmaktan çıkar. Bu durum devletin bağımsızlığı, ülkesi ve milletiyle bölünmezliği, insan hakları, eşitlik ve hukuk devlet ilkeleri, millet egemenliği, demokratik laik cumhuriyet ilkeleri için yıkıcı sonuçlar doğurur.

Bu sonuçların doğması için siyasi partinin amaç ve programı itibarıyla Anayasa'ya aykırı olması gerekmez. Yukarıdaki tespitlerimize göre esasen siyasi partiler amaçlamasa da bu sonuç parti içi demokrasinin yokluğunun kaçınılmaz sonucudur.

Bu gerçekten hareketle parti içi demokrasiye asgari koşulları itibarıyla aykırı bir siyasi partinin varoluşsal olarak Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasındaki değerlerin tümüne aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

ii. Kapanma, Kendiliğinden Dağılma

Parti içi demokrasinin siyasi parti tüzel kişiliğinin varoluşsal koşulu olması bir yaptırım alternatifi olarak tüzel kişiliğin kendiliğinden sona ermesini de düşündürmektedir.

Anayasanın 68. maddesinin 3. fıkrasına göre "[s]iyasi partiler... Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler." Faaliyetleri sürdürmenin parti içi demokrasi kurallarına göre gerçekleşeceği hususu da 69. maddenin 1. fıkrasında vurgulanmıştır.

Siyasi Partiler Kanunu'nun 121. maddesinin 1. fıkrasına göre Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu ile dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı olmayan hükümleri siyasi partiler hakkında da uygulanır.

Anayasa Mahkemesi 1983 yılında verdiği Yüce Görev Partisi kararıyla *hukuki varlığın kendiliğinden sona erdiğinin tespiti* yetkisini siyasi partilerin anayasal güvenceye sahip olduğu ve hukuki varlıkları hakkında karar verme yetkisini -yargısal denetimi de olsa- yürütmeye bırakılmasının bu güvenceye aykırı olacağı gerekçesiyle isabetli olarak kendinde görmüştür¹¹².

112 AYM, E.1983/1, (SPK) K.1983/1, 25/8/1983.

Konumuz açısından dikkate alınabilecek hüküm Medeni Kanun'un 87. maddesidir. Bu hüküm belirli bazı hâllerde derneklerin varlığının kendiliğinden sona ereceğini belirlemektedir. Parti içi demokrasiyle ilişkilendirilebilecek hususları aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- Amacın... gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi
- İlk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış ve zorunlu organların oluşturulmamış olması
- Olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamaması

Bu üç hâl siyasi partiler bakımından da geçerlidir. Buna göre bir siyasi parti kurulduktan sonra ilk genel kurul toplantısını yapmak ve zorunlu organlarını oluşturmak ve olağan genel kurul toplantısını süresi içinde yapmak zorundadır. Partinin anayasal işlevini yerine getirmesiyle doğrudan bağlantılı olan bu iki husus siyasi partinin varlığının kendiliğinden dağılmış sayılmasına yol açmaktadır. Bu hüküm 1950-1960 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi bugünkü işleviyle var olmuş olsaydı eğer Demokrat Partinin dağılmış sayılmasının gerekçesi olabilirdi¹¹³.

Amacın gerçekleşmesinin olanaksızlığı yoruma açık olup yalnızca fiziki bir imkânsızlık olarak anlaşılabilceği gibi parti içi demokrasiyle de ilişkilendirilebilir. Zira Medeni Kanun'daki bu ifade esas itibarıyla dernekleri muhatap almaktadır. Siyasi Partiler Kanunu uyarınca Medeni Kanun hükümlerinin uygulanması bir uyarlamayı gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesinin sınırlılık tezi uyarınca sahip olduğu özerk yorum yetkisi ve siyasi partilere ilişkin yaptırımların önleyici mahiyette oluşu, Medeni Kanun hükmünün özel hukuktaki anlaşılış biçiminden farklı bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Derneklerin amacı bir özgürlük alanı iken siyasi partilerin amacı anayasal düzen tarafından belirlenmiştir. Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu partilerin varoluş gerekçesini aynı zamanda siyasi partilerin amacı olarak tayin etmiştir. Nitekim Siyasi Partiler Kanunu'nun 3. maddesinde "[s]iyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını

113 Demokrat Parti Büyük Kongresi en son 1955'te toplanmıştır.

güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar” olarak tanımlanmıştır. Anayasa ile uyum içinde olan bu hükme göre amaç kavramı

- egemenliğin en temel ve asli kullanım yollarından olan seçimlerde ulusal iradenin tecellisine aracılık etmek
- millî iradenin oluşmasını sağlamak
- demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde çağdaş medeniyet seviyesine ulaşmak

biçiminde somutlaştırılabilir.

Parti içi demokrasi bu amacı gerçekleştirmenin meşru tek yolu ve imkânı olduğuna göre parti içi demokrasi yokluğu da amacın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması olarak nitelendirilebilir ve partinin varlığın kendiliğinden sona ermesinin nedeni olarak ele alınabilir. Bu önerinin bir alternatif olarak tartışılmaya değer olduğu kanaatindeyim.

Hemen belirtelim ki Anayasa Mahkemesi kendiliğinden dağılma hâllerini teknik bir mesele olarak ele almıştır. Parti içi demokrasiyle ilişkisini kurmadığı gibi bu ilke bakımından zorunlu olan “*olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamaması*” hususunu dahi uyarı üzerine sonradan toplantının yapılması üzerine dağılma nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu da kanaatimce hukuki bir yorum ve analizle ilgili olmayıp, parti içi demokrasine atfedilen ve daha çok algı ve farkındalıkla ilgili bir soruna işaret etmektedir.

SONUÇ YERİNE

Federal Almanya eski Başkanlarından *Vofskuhle*'nin tespitiyle popülizm teorik ve politik yönden nasıl anlamlandırılırsa anlamlandırılınsın, demokrasi karşıtı bir duruş olup mücadele edilmesi demokrasinin korunması için yaşamsaldır¹¹⁴.

Popülizmin parti içi demokrasi yokluğu veya eksikliğiyle doğrudan ilişkisi bulunmasına rağmen yaptırım boyutu karşılaştırmalı hukukta da etkili bir şekilde ele alınmamış, parti kapatma yaptırımıyla ilişkisi ise neredeyse kurulmamıştır.

Ancak Türkiye’de ise tablo daha karanlıktır.

114 *Vofskuhle, A. (2018). s. 121.*

Siyasi partiler ile demokrasi arasında kurulan hukuki ve içtihadi bağlantı adeta başlanmamış bir hikâyenin giriş cümlesiyle sınırlı kalmıştır. “Partiler demokratik siyasal yaşam için vazgeçilmezdir” cümlesini takip eden ikinci bir önerme âdeta yoktur.

Türkiye’de mücadeleci demokrasi, teorik ifadelerin aksine *demokrasi* eksenli olmayıp daha çok devlete egemen olan ideolojik tercihlerin korunması eksenli işlev görmüş, kavramın parti içi demokrasiyle ilgisi kurulmamıştır. Hatta parti içi demokrasi neredeyse hukuk ötesi bir ideal ve ahlaki sorun olarak görülmüştür denebilir.

Parti içi demokrasi ilkesi siyasi partilerin demokratikliğine ilişkin hukuki değerlendirmelerde öne çıkmamıştır. Bu durum bugüne kadar demokrasiye aykırılık nedeniyle kapatma verilmemiş olması ve Anayasa Mahkemesi uygulamasında bu kriterin uygulama şansı bulamamış, hatta adeta karşılıksız bırakmış olmasıyla açıklanabilir. Mahkemenin parti içi demokrasiyi içtihadında işlevselliğe kavuşturmamış olması, biraz da *laiklik* ve *bölünmez bütünlük* kavramlarının *sekte-tüketici* bir şekilde merkeze alınması ve diğer anayasal değerlerin âdeta görünmez hâle getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkemenin ve genelde devlete egemen siyasal elitlerin bu yaklaşımı, karşıt argümanların da bu ekseninde oluşması ve nihayetinde tepkilerin parti kapatma pratiğinin her yönüyle bir istisnaya indirgenmesine neden olmuştur. Demokrasinin korunması ise kurumsal ve prosedürel boyutu ve işlevi itibariyle bütünüyle gölgede kalmıştır. Anayasa Mahkemesi 2010 sonrası yaklaşımıyla bu ideolojik gölgeyi silikleştirmiş olsa da parti içi demokrasi, çok daha derine gömülü olduğundan olsa gerek gün yüzüne çıkamamıştır. Hatta parti içi demokrasi zorunluluğunu partilerin özgürlük alanına ait bir sorun olarak görmek suretiyle oldukça sorunlu bir özgürlükçü yaklaşım içinde ilkeyi gölgede bırakmaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesinin parti içi demokrasinin işlevsizleştirilmesinde rolü büyük ve yıkıcıdır. Akademinin bu ideolojik tartışmanın cazibesine kapılıp “*ideolojik sınırsızlık-lafızla sınırlandırma*” sarkacına kapılmış olması¹¹⁵ ayrı bir sorundur.

Biraz da akademisyen ve yurttaş sorumluluğunun gereği olarak düşünülmesi gereken bu çalışma, parti içi demokrasiye ilişkin politik, normatif, içtihadi ve doktriner algıyla mücadele etmeye ve parti içi

115 Bu çalışmanın yazarı da bir dönem aynı sarkaçta ideolojik yaklaşıma tepki olarak legalist yaklaşımı öne çıkardığını kabul etmektedir.

demokrasi ilkesinin zannedildiği gibi yaptırımsız olmadığını göstermeye odaklandığı için, yaptırımın somutlaştırılması ve uygulanması hususları kapsam dışında bırakılmıştır. Örneğin yaptırımda ölçülülük ilkesi, parti içi demokrasi ile parti disiplini arasındaki dengenin nasıl sağlanacağı gibi hususlara girilmemiştir. Zira temelde bir yaptırımın olmadığı düşüncesine itiraz edilmektedir.

Parti içi demokrasi hakkındaki bu ısrarlı ve kararlı ilgisizlik, aynı zamanda daha kategorik ve iddialı bir başlık seçimini gerekli kılmıştır. Bununla birlikte bu çalışmada dile getirilen tezler elbette pek uygulama örneği bulunmayan oldukça tartışmalı yeni bir yaklaşımı talep ettiğinden pek çok açığı ve eksiği, hatta yanlışı olabilir. Bu nedenle kesin doğruluk iddiasındaki akademik bir tez yerine bir tartışma zemini olarak görülebilir.

Bununla birlikte emredici bir anayasal kural olarak parti içi demokrasi ilkesinin yaptırımsız olmayıp, Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen anayasal ilke ve değerlere aykırılığın yaptırımı kapsamında yer aldığı, hatta kendiliğinden dağılmanın tespitinde işlevsel olabileceği, ilkenin her halükârda mücadeleci demokrasinin taşıyıcı unsurlarından biri olduğu ve bu ilkenin hem siyasi partiler bakımından hem de Anayasa Mahkemesi bakımından doğrudan uygulanması zorunlu bir kural olduğu görüşünde ısrar edilmesi, sadece bir pozitif hukuksal değerlendirmenin değil aynı zamanda bir sorumluluğun da ifadesidir.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Taha (2012). *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, İstanbul: Doğan Kitap.
- BECKER, Jürgen (1992). Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, içinde ISENSEE, Josef ve KIRCHHOF, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller.
- BEŞİKÇİ, İsmail (1978). *Cumhuriyet Halk Fırkası Tüzüğü (1927) ve Kürt Sorunu*, İstanbul: Komal Yayınları.
- BOSUTER, Kudret (1969). *Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi*, Ankara: Ulusal Basımevi.
- BÖHMELT, Thomas, EZROW, Lawrence ve LEHRER, Roni (2022). "Populism and Intra-party Democracy", *European Journal of Political Research*, C. 61, S. 4, ss. 1143-1154. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12509> (Erişim Tarihi: 17/4/23).
- CAN, Osman (2012). The Constitutional Court as Defender of the Raison d'Etat?, içinde GROTE, Rainer ve RÖDER, Tilman J. (Eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity* (ss. 259-278), London-New York: Oxford University Press.
- CAN, Osman (2022). "İki Meclis, İki Kuruculuk, İki Gelenek", içinde TBMM *Yüzüncü Yıl Armağanı*, İstanbul: Tekin Yayınevi.
- CAN, Osman (2021). *Siyasi Parti Kapatma Davaları*, İstanbul: Legal Yayınevi.
- DAHL, Robert (2020). *On Democracy*, New Haven: Yale University Press.
- DEMİREL, Ahmet (2013). *Tek Parti'nin İktidarı*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- EROĞUL, Cem (1970). *Demokrat Parti, Tarihi ve İdeolojisi*, Ankara: Sevinç Matbaası
- ERSSON, Svante ve LANE, Jan-Eric (2003). *Democracy: A Comparative Approach*, London: Routledge.
- FUKUYAMA, Francis (1992). *End of History and the Last Man*, New York: Free Press.
- GRIMM, Dieter (1995). Politische Parteien, içinde BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner ve VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts I* (ss. 599-657), Berlin: De Gruyter Verlag.
- GRIMM, Dieter (2001). *Die Verfassung und die Politik*, München: C. H. Beck Verlag.

- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (1999). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- HENKE, Wilhelm (1991). Art. 21, içinde Rudolf, Dolzer, Christian, Waldhoff ve Karin, Graßhof (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller
- HENKEL, Michael ve LEMBCKE, Oliver (2001). "Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD?", *Kritische Justiz*, C. 34, ss. 14-28.
- HESSE, Konrad (1993). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- HESSE, Konrad (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- HUBER, Peter M. (2017). "Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis", *Der Staat*, C. 56, ss. 389-414.
- ISENSEE, Josef (2003). Verbotene Bäume im Garten der Freiheit, Das Tabu im Verfassungsstaat, içinde DEPENHEUER, Otto (Hrsg.), *Recht und Tabu*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- KIRCHHEIMER, Otto (1953). "Parteistruktur und Massendemokratie in Europa", *AöR*, C. 79, S. 3, ss. 301-325.
- KLEIN, Hans H. (2023). Art. 21, içinde Klein-Maunz-Dürig, Bd. III, München: C. H. Beck Verlag.
- KÖNIG, Georg (1993). *Die Verfassungsbindung der politischen Parteien*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag.
- KRYGIER, Martin, CZARNOTA, Adam ve SADURSKI, Wojciech (Eds.), (2022). *Anti-Constitutional Populism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KUNIG, Philipp (2005). Partieren, içinde ISENSEE, Josef ve KIRCHHOF, Paul. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts III* (ss. 297-357.), 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- KÜÇÜK, Tevfik Sönmez (2014). *Parti İçi Demokrasi*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul.
- LANCESTER, Caroline (2014). "The Iron Law Of Erdogan: The Decay From Intra-Party Democracy To Personalistic Rule", *The World Quarterly*, Vol. 35, No. 9, ss. 1672-1690.

- LEGGEWIE, Clausse ve MEIER, Horst (1995). *Republikschutz. Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie*, Hamburg: Rowohlt Verlag.
- LEIBHOLZ, Gerhard (1952). *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- LOHMAR, Ulrich (1963). *Innerparteiliche Demokratie*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag.
- MARTINELLİ, Alberto (Ed.). (2018). *When Populism Meets Nationalism- Reflections on Parties in Power*. Milano: Ledizioni Ledi Publishing.
- MORLOK, Martin (2006). Art. 21, içinde DREIER, Horst (Hrg.), *GG- Kommentar* (ss. 327-403), 2. Aufl., Tübingen: Mohr-Siebeck Verlag.
- MOUFFE, Chantal (2018). *For a Left Populism*, London-New York: Verso Books.
- MUDDE, Cas (2004). "The Populist Zeitgeist", *Government and Opposition*, Vol. 39, Iss. 3, ss. 541-563.
- MUDDE, Cas ve KALTWASSER, Cristobal Rovira (2019). *Popülizm Kısa Bir Giriş*, (Çev. Türközü, S. Erdem), Ankara: Nika Yayınevi.
- MÜLLER, Jan-Werner (2016). *Popülizm Nedir?*, (Çev. Yıldız, Onur), İstanbul: İletişim Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (1979). *Siyasi Partiler*, 3. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- PAPIER, Hans-Jürgen ve DURNER, Wolfgang (2003). "Streitbare Demokratie", *AöR*, 128, ss. 340-371.
- ROßNER, Sebastian (2014). *Parteiausschluss, Parteiordnungsmaßnahmen und Innerparteiliche Demokratie*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- ROßNER, Sebastian (2018). Bock oder Gärtner? Innerparteiliche Demokratie und Prüfung von Parteiausschlüssen durch staatliche Gerichte. Zugleich zu Kammergericht Berlin vom 10.9.2013, Az. 7 U 131/12, içinde, MORLOK Martin, POGUNTKE, Thomas ve SOKOLOV, Evgenij (Hrsg.), *Parteienstaat- Parteienrecht* (ss. 95-122), Baden-Baden: Nomos.
- ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal, TAGGART, Paul, OCHOA ESPEJO, Paulina ve OSTIGUY, Pierre (Eds.). (2017). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press.

- SARTORI, Giovanni (1976). *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHMITT, Carl (1928). *Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr Siebek Verlag.
- SCHUSTER, Rudolf (1968). "Relegalisierung der KPD oder Illegalisierung der NPD? Zur politischen und rechtlichen Problematik von Parteiverboten", *ZfP*, C. 15, ss. 413-429.
- SEIFERT, Karl-Heinz (1975). *Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Köln: Heymann Verlag.
- TOWFIGH, Emanuel V., KEESEN, Jan ve ULRICH, Jakob (2020). Art. 21 GG, içinde KAHL, WALDHOFF, WALTER (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- TUNCAY, Suavi (1996). *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Ankara: Gündoğan Yayınevi.
- TUNÇAY, Mete (2005). *Türkiye Cumhuriyeti'nde Tek Parti Yönetimi'nin Kurulması 1923-1931*, 4. Baskı, İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları.
- TURAN, İlter (2011). "Türk Siyasi Partilerinde Lider Oligarşisi: Evrimi, Kurumsallaşması ve Sonuçları", *İÜSBFD*, C. 45, S. 45, ss. 1-21.
- ÜÇİŞİK, Fehim (1999). "Parti İçi Demokrasi Açısından Yasa Değişikliği Gereği", *Anayasa Yargısı*, C. 16, ss. 355-376.
- VOßKUHLE, Andreas (2018). "Demokratie und Populismus", *Der Staat*, C. 57, ss. 119-134.
- WIETSCHEL, Wiebke (1996). *Der Parteibegriff*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- WOLFRUM, Rudiger (1974). *Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag.
- YANIK, Murat (2002). *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- ZIPPELIUS, Reinhold (2017). *Allgemeine Staatslehre*, 17. Baskı, München: C. H. Beck.

Mahkeme kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1996/3 (SPK), K.1997/3, 22/5/1997, AYMKD 36/2, 978.

HAKPAR Kararı, AYM, E.2002/1 (SPK), K. 2008/1, 29/1/2008, AYMKD, 45/4, 2077.

AKP Kararı, AYM, E.2008/1 (SPK), K.2008/2, 30/7/2008, AYMKD 45/4, 2059.

AYM, E.1983/1 (SPK) K.1983/1, 25/8/1983.

AYM, E.1992/2 (SPK) K.1994/1, 10/2/1994.

Diriliş Partisi Kararı, AYM, E.1996/2 (SPK) K.1997/2, 18/2/1997.

AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003.

AYM, E.2003/2 (SPK), K.2004/1, 14/10/2004.

AKP ihtar kararı, AYM, E.2005/3 (SPİ), K.2011/1, 12/10/2011, AYMKD 49/3, 1807.

AYM, 2008/5, K.2009/81, 11/6/2009.

Büyük Anadolu Partisi kararı, AYM, E.1972/1 (SPK), K.1972/1, 19/12/1972.
Resmî Gazete 28 Mart 1973 Çarşamba, S. 14490.

AYM, E.1965/36, K.1967/12, 18/5/1967.

CHP ihtar kararı, AYM, E.2002/4 (SPİ), K.2003/2, 22/1/2003.

AYM, E.1988/39, K.1989/29, 6/7/1989.

AYM, E.1986/17, K.1987/11, 22/5/1987.

AYM, E.1987/23, K.1987/27, 9/10/1987.

Metin Bayyaz ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015.

AYM. E.2002/3 (SPİ), K.2003/1, 22/1/2003.

AYM, E.2012/128, K.2013/7, 10/1/2013.

AYM, E.2013/150, K.2014/132, 23/7/2014.

AYM, E.2008/80, K.2011/81, 18/5/2011.

AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.

AYM, E.2000/86, K.2000/50, 12/12/2000;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Komünist Parti ve diğerleri/Almanya, B. No: 250/57, 20/7/1957.

Refah ve diğerleri/Türkiye [BD], B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13/2/2003.

Herri Batasuna and Batasuna/İspanya, B. No: 25803/04, 25817/04, 30/6/2009.

Vogt/Almanya, B. No: 17851/91, 26/9/1995.

Ždanoka/Letonya [BD], B. No: 58278/00, 16/3/2006.

Perinçek/İsviçre [BD], B. No: 27510/08, 15/10/2015.

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

%7,5 Sperrklausel BVerfGE 1, 208

SRP-Verbot BVerfGE 2, 1

Klagebefugnis politischer Parteien 4, 27

KDP-Verbot BVerfGE 5, 85

Kandidatenaufstellung BVerfGE 89, 243

NPD-Verbotsverfahren BVerfGE 140, 20

Venedik Komisyonu Kararları

Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission, CDL-AD(2010)024, 25/10/2010

Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission, CDL-AD(2020)032, 14/12/2020

Çevrimiçi Adresler

Venice Commission, *Guidelines on Political Party Regulation*, Second Edition, CDL-AD(2020)032, 14/12/2020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)032-e) (Erişim Tarihi: 18/5/2023)

Venice Commission, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, 13/3/2017, CDL-AD(2017)005, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e) (Erişim Tarihi: 20/5/2023)

Avrupa Komisyonu Bakanlar Komitesi, *Guidelines For Civil Participation in Political Decision Making*, <https://rm.coe.int/guidelines-for-civil-participation-in-political-decision-making-en/16807626cf> (Erişim Tarihi: 18/5/2023)

YSK, 22. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri, <https://www.ysk.gov.tr/tr/03-kasim-2002-xxii-donem-milletvekili-genel-secimi/3009> (Erişim Tarihi: 3/5/2023)

Vikipedi, 2002 Türkiye Genel Seçimleri, https://tr.wikipedia.org/wiki/2002_T%C3%BCrkiye_genel_se%C3%A7imleri (Erişim Tarihi: 3/5/2023)

KLOEPFER, Michael (1994). *Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung*, <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/2236/Kloepfer.pdf?sequence=1> (Erişim Tarihi: 19/5/2023).

LINCOLN, Abraham (1863). *The Gettysburg Address*, November 19, <https://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm> (Erişim Tarihi: 19/5/2023).



“MECLİSİN SESİ ULUSUN SESİ” Mİ? EROZYONA UĞRAYAN YASAMA SORUMSUZLUĞU

*Is the Voice of the Parliament, the Voice of the Nation?
The Erosion of the Legislative Non-Liability in Turkey*

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN*

ÖZET

Bu makalede yasama sorumsuzluğu konusunda Türk anayasa hukuku literatüründeki görüşler güncel içtihatlar ışığında gözden geçirilmekte ve bir analiz sunulmaya çalışılmaktadır. Makaledeki temel bulgu, mutlak gibi görünen yasama sorumsuzluğunun gerçekte hiç de öyle olmadığıdır. Yasama sorumsuzluğu dört yönden aşınmıştır: (1) Yasama sorumsuzluğu, AYM içtihatlarıyla hukuk davalarına etki göstermemekte, bu da muhalefet mensuplarının yüksek tazminatlarla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. (2) Yasama sorumsuzluğu, TBMM'nin belirsiz İçtüzük hükümleri ve bu hükümlerin keyfî uygulanması nedeniyle idari yaptırımlar karşısında yeterli korumayı sağlayamamaktadır. (3) Ceza davalarında ise yasama sorumsuzluğu, bir yandan özellikle güvenlik tedbirlerinde yeterince dikkate alınmaması diğer yandan salt düşünce açıklamasına dayalı suçlarda yasama dokunulmazlığının istisnaları nedeniyle aşınmıştır. (4) 2016 yılında kabul edilen geçici madde 20'de, yasama sorumsuzluğunun koruyuculuğunu aşındırmıştır.

Yazar ayrıca yasama sorumsuzluğunun istisnaları konusunda, öğretide süregelen kabullerin ötesinde yeni bir istisnalar listesi sunmuş ve bunu öğretinin tartışmasına açmıştır. Buna göre istisnalar şu şekildedir: (i) milletvekillerinin sözlerinin (siyasi parti kapatma davalarında) yaptırıma tabi olabilmesi, (ii) orman tahribi propagandası

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, tolgasirin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7172-5426. Yazım hatalarının düzeltilmesinde sundukları katkıları için Bahri Tuğcan Kolbaş'a ve Ceren Hilal Günaydın'a teşekkür ederim.

yasağı, (iii) İçtüzük’te öngörülen disiplin yaptırımları ve (iv) dışarıda yineleme yasağı. Dışarıda yineleme yasağı Meclis’in bu konuda genel olarak gizlilik kararı alması veya özel olarak milletvekiline dönük karar alması olmak üzere iki biçimde tezahür edebilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Yasama bağımsızlığı, yasama sorumsuzluğu, teşrii masuniyet, TBMM İçtüzüğü, Türk anayasa tarihi

ABSTRACT

The author reviews the main approaches in the Turkish constitutional law literature on legislative non-liability in the light of current case law and tries to present his unique analysis. The main finding in the article is that the so-called “absolute legislative immunity” is not absolute at all. Legislative non-liability has been eroded in four ways in Turkey: (1) Legislative non-liability is not effective against civil lawsuits under the Turkish Constitutional Court’s case law that causes opposition members to face high compensations. (2) Legislative non-liability does not provide adequate protection against the vague provisions of the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey and the arbitrary application of these provisions against administrative sanctions. (3) In criminal cases, legislative non-liability is weakened, on the one hand, by not being sufficiently taken into account, especially in terms security measures; on the other hand, subject to exceptions to immunity in purely verbal crimes. (4) Provisional article 20 of the Constitution has hollowed out the legislative non-liability.

The author also presented a new list to the exceptions of legislative non-liability beyond the ongoing assumptions in the Turkish legal literature and opened it to the discussion of the Turkish constitutional doctrine. Accordingly, the exceptions are as follows: (i) The words of the deputies may be subject to sanctions in cases of dissolution of political parties before the Turkish Constitutional Court. (ii) Prohibition of propaganda of forest destruction. (iii) Disciplinary sanctions stipulated in the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey. (iv) Prohibition of repetition outside, which can be manifested in two ways: the parliament’s decision of secrecy in general or the parliament’s decision on the deputies in particular.

KEYWORDS

Legislative immunity, legislative non-liability, legislative non-accountability, The Turkish Parliamentary Rules of Procedure, Turkish constitutional history

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 83'üncü maddesinin başlığı “Yasama Dokunulmazlığı” şeklindedir. 1924 Anayasası'ndan bu yana böyle ifade edilen kurum, aslında ortaya çıkıp geliştiği Batı'da “yasama bağışıklığı” olarak ifade ediliyor. Yasama bağışıklığının, biri “yasama sorumsuzluğu” diğeri “yasama dokunulmazlığı” olmak üzere iki türü vardır¹. Anayasa'nın 83'üncü maddesi bu iki türü de düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrası yasama bağışıklığı ile ilgiliyken devam eden fıkralar yasama dokunulmazlığıyla ilgilidir.

Yasama sorumsuzluğu kurumu hakkında Türkçe literatürde üretilmiş eserlerin sayısı hiç de az değildir². Bu makalenin amacı, külliyatı tekrar etmek değil bu konudaki egemen görüşleri yeri geldiğince sorgulamak ve konuyu son yıllarda gerçekleşen ilgili anayasa değişiklikleri ve güncel mahkeme kararları ışığında incelemektir.

- 1 Bu bağlamda üst başlık “yasama bağışıklığı” veya “yasama bağışıklıkları” olarak tanımlanmalıydı. bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (20. Baskı), İstanbul: Beta Yay., s. 263; Özbudun, E. (2021). *Türk Anayasa Hukuku* (21. Baskı), Ankara: Yetkin Yay., s. 289. Terim tartışmaları için bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 139'uncu Birleşim, 31/8/1982, s. 202. “Teşrii masuniyet” veya “kürsü bağışıklığı” gibi ifadeler de vardır.
- 2 Örneğin kronolojik olarak bkz. Aybar, M. A. (1937). “Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 3, s. 120-131; Başgil, A. F. (1941). “Teşrii Masuniyet Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7, S. 1-3, s. 3-39; Arsel, İ. (1955). “Suistimale Uğrayan Bir İmtiyaz: Teşrii Muafiyet”, *Forum Dergisi*, C. 2, S. 23, s. 7; Kıratlı, M. (1961). *Parlamentar Muafiyetler*, Ankara: AÜSBF Yay.; Akyürek, A. (1991). *Parlamentarlerin Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları*, Ankara: Başbakanlık Yay.; Tülen, H. (1999). “Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3, s. 115; Gözler, K. (2001). “Yasama Dokunulmazlığı- Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 56, S. 3, s. 71-102; Döner, A. (2004). “Parlamentar Bağışıklıklar”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, s. 49-72; Sevinç, M. (2004). *Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları*, Ankara: Kırılgaç Yay.; İçel, K. ve Erman, B. (2004). “Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığına İlişkin Görüş”, *Prof. Dr. Çetin Özek'e Armağan*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yay., s. 475-479; Özbudun, E. (2005). “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 59, s. 109-116; Özcan, H. (2006). *Yasama Bağışıklıkları*, Ankara: Seçkin Yay.; Sevinç, M. (2007). “22. Yasama Dönemi'nin (2002-2007) Ardından, Yasama Bağışıklıkları Konusu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62, S. 3, s. 319-347; Keskinsoy, Ö. (2007). *Yasama Sorumsuzluğu*, Ankara: Turhan Yay.; Aydın, M. (2009). “Milletvekillerinin Yasama Sorumsuzluğunun Siyasal Parti Kapatma Davalarına Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 4, s. 711-735; Dunbay, S. (2013). *Türk Parlamento Tarihinde Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı*, İstanbul: On İki Levha Yay.; Dursun, İ. (2013). “Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, s. 73-98. Dunbay, S. (2014). “Osmanlı'dan Günümüze Yasama Bağışıklıkları”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 607-635. Bunlardan başka özellikle en güncel çalışma için bkz. Şimşek-Aktaş, D. ve Can, O. (2018). “Yasama Sorumsuzluğunun İşlevsizleştirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 145, s. 61-72.

Bu çerçevede makale, bu kurumu öğretilerde kullanılan klasik başlıklarla ele alacak fakat her başlıkta konuyu eleştirel bir mercekten analiz edecektir.

I. TARİHÇESİ

Konuyu derli toplu ele almak, öncelikle bu kuralın gelişim sürecine değinmeyi gerekli kılıyor. Yasama sorumsuzluğu, 1876 Osmanlı Anayasası'ndan bu yana varlığını korur. Kânûn-ı Esâsî'deki konuyla ilgili hüküm (madde 47) şöyledir:

“Meclisi Umumi âzası rey ve mütalca beyanında muhtar olarak bunlardan hiçbirini bir gûna vaadü vaid ve talimat kaydı altında bulunamaz ve gerek verdiği reylerden ve gerek meclisin müzakeratı esnasında beyan ettiği mütalealardan dolayı bir veçhile itham olunamaz. Megerki meclisin nizamnamei dahilisi hilâfında hareket etmiş ola. Bu takdirde nizamnamei mezkûr hükmünce muamele görür.”

Bu hüküm, yasama sorumsuzluğunun -zamanın Meclis İçtüzüğü'ndeki disiplin hükümleri hariç olmak üzere- hiçbir cezai veya hukuki soruşturmaya tabi olmama güvencesi getirdiğini gösterir³. Yani disiplin yaptırımlarını dışlamak, kökleri Osmanlı'ya dayanan bir kuraldır. Fakat aynı Osmanlı'daki kökler, hukuki ve cezai alanda bir ayrıma izin vermez. Nitekim Osmanlı anayasa hukukçusu Babanzâde İsmail Hakkı Bey'in bugün dahi ilham kaynağı olacak (günümüz Türkçesine uyarladığım) şu sözleri gayet nettir:

“Milletvekilleri söylevlerinde hakareti veya imayı içeren sözler söyleyebilir ve halkı isyana yönelten kışkırtıcı ve ateşli isteklendirmelerde bulunabilir. Bunlar sıradan kişiler için soruşturma ve cezayı gerektiren suç niteliğinde şeyler olmasına rağmen, milletvekilleri bunları görevlerini yerine getirirken işledikleri için suç niteliğine sahip değildir. Buna karşılık bir milletvekilinin kullandığı oyun, bir rüşvet ve meşru olmayan bir çıkarın karşılığı olduğu belirlenirse bağımsızlık ve sorumsuzluk geçerli olmaz. (...) Çünkü bu milletvekili için uygulanan soruşturmaya ve sorumluluğu gerektiren durum parlamento

3 İçtüzük (md. 96) uyarınca bir iç soruşturma süreci işlenir ve gerekirse konu Sadrazam'a sevk edilir. Tespitler ve ayrıntılar için bkz. Babanzâde İsmail Hakkı (2014). *Hukuk-ı Esasiye*, Fernaz Balcıoğlu ve Ayça Büşra Balcıoğlu (haz.), İstanbul: Erguvani Yay., s. 434-435.

kapsamı içinde yapılmakta olan oy verme tedbirinin dışında, ondan önce ve sonra gelen bir eylem ve olgudur. (...) Meclis’te söylenen söylevler, sorumluluk gerektirmediği gibi bu söylevlerin gazeteler tarafından iyi niyetle aktarılması ve bunlardan alıntı yapılması ne sözü söyleyenler ne de aktaran gazeteler hakkında hiçbir soruşturmaya ve hatta kendisini mağdur sayan kişi tarafından cevap hakkına konu edilemez. (...)⁴”

1924 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nda (madde 17) yasama sorumsuzluğu şöyle düzenlenmiştir:

“Hiçbir mebus Meclis dâhilindeki rey ve mütalâasından ve beyanatından ve Meclisteki rey ve mütalâasının ve beyanatının Meclis haricinde irat ve izharından dolayı mesul değildir. (...)”

Bu maddenin taslaktaki ilk hâli “Hiçbir mebus, Meclis dâhilinde ve haricindeki rey ve mütalâasından dolayı mesul olamaz” biçimindeydi⁵. Madde tartışılmaya başlandığında Gümüşhane Mebusu Zeki Bey “neşriyat” yani basının da bu kapsamda olup olmadığını sormuştur. Yanıt olumlu olsa da bu düzenlemenin Meclis dışındaki yayınlarda sınırsız bir ifade özgürlüğü yaratıp yaratmadığı sorgulanmıştır. İlk İzmir Mebusu Seyit Bey’in Meclis dışında halkı tahrik eden ve fitne sokan makaleler yazan bir mebusun bundan sorumlu tutulması gerektiği yönündeki savı, söz alan pek çok mebusun aynı yönde görüş bildirmesiyle “haricindeki” ifadesinin çıkarılmasına neden olmuştur⁶. Öte yandan, yapılan müzakerelerden sonra Karesi Mebusu Vehbi Bey’in özel bir açıklama yapmadan “beyanat” sözcüğünü ekleme önerisi benimsenmiş; Giresun Mebusu Hakkı Tarık Bey’in hariçte sorumluluk için düşünce açıklamasının öncelikle Mecliste söylenmiş olması kaydının eklenme önerisi de kabul görmüştür. Yani yasama sorumsuzluğu bağlamında Meclis dışında düşünce açıklamalarının sınırsız olmasına ilişkin öneri, bunun ilkin Mecliste dışa vurulması filtresine tabi kılınmıştır. Maddenin devam eden kısmında da yasama dokunulmazlığı düzenlenmiştir.

4 a.g.e. s. 436-437.

5 Öneri ve tartışmalar için bkz. Gözübüyük, A. Ş. ve Sezgin, Z., (1957). *1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü Yay., s. 141-160.

6 Bu savın lehine konuşanlar Refik Bey, Yunus Nadi, Celal Nuri ve Abdullah Azmi beylerdir. Savın aleyhine konuşanlar ise Feridun Fikri, Ahmet Süreyya beylerdir.

Bu tartışmalarda yaygın biçimde kabul gören şey, hiçbir mebusun halkı tahrik etme hakkının olmayacağıdır fakat eğer bu türden bir söz öncelikle Meclisin filtresinden geçmişse, buna da izin vardır. Öte yandan 1924 Anayasası dönemindeki uygulamaya baktığımızda yasama dokunulmazlığı geçerli olsa da özellikle Demokrat Parti döneminde sadece düşünce açıklamasına dayalı suçlarla ilişkili olarak bazı sorunlu uygulamaların baş gösterdiğini görüyoruz⁷. Örneğin daha Demokrat Partinin ilk yıllarında CHP milletvekili H. Cahit Yalçın'ın dokunulmazlığı, Ulus gazetesinde "Gözü Kapalı Oy Verme" başlıklı yazısıyla ilgili yargılama için kaldırılmıştır⁸. TBMM'ye hakaret niteliğinde olduğu iddia edilen ifadeler şunlardır:

" '(...) millet gözü kapalı oy vermiştir...', '...vatandaş şahsiyetine sahip ol, aklını, idrakini ve vicdanını kullan, her iki taraftan teklif edilen namzetler üzerinde düşün...', 'Öyle milletvekilleri görüyoruz ki bunların nasıl olup da o mevkie eriştiklerini izah etmek imkânı yoktur. Hatta kendileri bile belki içlerinden hallerine şaşmakta, gülmekte ve milletvekili olabildiklerine inanmamaktadırlar.'⁹ "

Demokrat Parti döneminin ilerleyen yıllarında da bu eğilim devam etmiştir. 1956'da CHP Milletvekili İbrahim Us'un dokunulmazlığı, CHP Isparta İl Başkanlığı'nda ettiği şu sözlerin Başbakan Adnan Menderes'e hakaret niteliğinde olduğu iddiasıyla açılan soruşturma kapsamında kaldırılmıştır¹⁰:

" 'Demokrat Parti vaatlerini yerine getirmedi, bu Adnan Menderes'i de partisini de yalancı mevkiine düşürdü', 'Başvekil Burdur konuşmasında iç ve dış düşmanlardan bahsetti. Dış düşmanı biliyoruz, iç düşman kimdir? Muhalefet mi? Asla... İç düşman varsa, o da Adnan Menderes'in ta kendisidir.'¹¹ "

Aynı yıl, CHP Milletvekili Sırrı Atalay'ın CHP Tarsus İlçe Başkanlığındaki bir toplantıda iktidara dönük şu sözleri hükûmetin

7 Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Dunbay, S. (2014). s. 607-634.

8 TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 14, 18 Nisan 1952, s. 447.

9 TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 11, 12 Aralık 1951.

10 TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2 Temmuz 1956, s. 35.

11 TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2 Temmuz 1956, 3/326 Esas Numaralı Kars Mebusu İbrahim Us'un Teşrii Masuniyetinin Kaldırılmasına Dair Başvekâlet Tezkeresi ve Teşkilat-ı Esasiye ve Adliye Encümenlerinden Mürekkep Muhtelit Encümen Mazbatası, s. 1.

manevi şahsiyetine hakaret kapsamındaki bir soruşturma nedeniyle kaldırılmıştır¹²:

“Altı senelik iktidar zamanında yedi buçuk milyar harcandı. Yapılan işler ancak iki buçuk milyarlık, geride kalan beş milyar ne oldu? Hırsızlıkları ve uğursuzlukların hesabı[nı] ileride mahkeme huzurunda soracağız...”¹³

Aynı günlerde CHP merkez ilçe kongresinde, Demokrat Partinin bir anonim şirket olarak çalıştığı, yargıçların Adalet Bakanlığının emrinde bulunduğu, 6-7 Eylül olayında millî servetin mahvolduğu, muhalefetin bu konudaki çalışmalarının yıkılmak istenildiği, Demokrat Partililerin basireti kör, zalim ve mideci beceriksizler olduğu, seçimlerin yaklaşmasından telaşa düşerek hileli yollara başvurdukları, memleketin bu berduşlardan kurtarılması gerektiği şeklinde sözler söyleyen Osman Alişiroğlu aynı suçtan dolayı soruşturmaya tabi olmuş, dokunulmazlığın kaldırılması konusunda netice değişmemiştir¹⁴.

1956, Demokrat Partinin gerilemeye geçtiği yıl olduğu için muhalefete dönük baskılar da artmıştır¹⁵. Örneğin o yıl CHP Milletvekili Kâmil Kırkoğlu’na karşı birden fazla mazbata hazırlandığı görülür. Bu bağlamda Kırkoğlu’nun dokunulmazlığı, partisinin Bursa’da yaptığı bir toplantıda sarf ettiği şu sözler nedeniyle Başbakan Adnan Menderes’e görevi nedeniyle hakaret edildiği iddiasına dayalı bir soruşturma kapsamında kaldırılmıştır¹⁶.

“Amerikalılar bize para vermiyorlar, verdiklerini de soruyorlar, nerelere sarf ettiniz diyorlar? Bunda Menderes kadar ben de üzüntü duymaktayım. Fakat Menderes bu hususta, beni vatansızlıkla itham ediyor. Ben de derim ki, asıl bu tabire benden fazla kendisi müstahaktır. Bunun tek çaresi bu makamdan kalkıp gitmektir¹⁷.”

12 TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2 Temmuz 1956, s. 38.

13 TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2 Temmuz 1956, 3/327 Esas Numaralı Kars Mebusu Sırrı Atalay’ın Teşrii Masumiyetinin Kaldırılmasına Dair Başvekâlet Tezkeresi ve Teşkilat-ı Esasiye ve Adliye Encümenlerinden Mürekkep Muhtelit Encümen Mazbatası, s. 1-2.

14 a.g.e.

15 Bu dönemdeki Anayasa’ya aykırı uygulamalar konusunda bkz. Eroğul, C. (2016). *Anatüzeğe Giriş* (15. Baskı), Ankara: İmaj Yay.

16 TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2 Temmuz 1956, s. 38.

17 TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2 Temmuz 1956, 3/353 Esas Numaralı Mazbata, s. 2.

Meclis dışında söylenen ama Mecliste de özü itibarıyla dile getirilen bu düşünceler yasama sorumsuzluğu içinde görülmemiş ve kaldırılabilir bir dokunulmazlık meselesi sayılmıştır¹⁸. Oysa bu sözler, hiçbir yaptırıma tabi olmadan siyasi ifade özgürlüğü korumasından yararlanacak niteliktedir. Örnekler, bu iki kurum arasında kalan kesişim kümesinin kötüye kullanılmaya ne kadar açık olduğunu göstermiştir. Bu kötüye kullanımı tespit edecek bir Anayasa Mahkemesi olmadığı için bu dönemde istismarlara dur denilememiştir¹⁹.

“Yasama sorumsuzluğu” 27 Mayıs’tan sonraki temel metinlerde önemsenmiştir. Örneğin Kurucu Meclis Teşkilî Hakkında Kanun’da (madde 8) konu “Temsilciler Meclisi üyeleri; Meclis içinde görevlerini yerine getirmek sırasında oy, mütalaa ve sözlerinden sorumlu tutulamazlar” biçiminde düzenlenmiştir. Bu kurum, Sıddık Sami Onar başkanlığındaki Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Ön-Tasarı’da (madde 83) “Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu üyeleri gerek bu Meclislerin ve gerek Türkiye Büyük Millet Meclisinin Genel Kurul ve Komisyon çalışmaları sırasındaki oy, mütalaa ve sözlerinden hiçbir suretle sorumlu tutulamazlar” şeklinde; Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinin hazırladığı tasarısında ise “Milletvekilleri ile, Cumhuriyet Meclisi üyeleri parlamento çalışmalarına ilişkin mütalâa, demeç, teklif, oy ve kararlarından ötürü sorumlu tutulamazlar” biçiminde düzenlenmiştir²⁰.

1961 Anayasası’nda bu konu “Yasama Dokunulmazlığı” (madde 79) başlığı altında sade bir dille ifade edilmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar²¹.”

18 Bu türden örnekler Cumhuriyetçi Millet Partisi Milletvekili Osman Bölükbaşı’nın da farklı sözleri bağlamında vardır. bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 20, 24 Haziran 1957, 3/528 Esas Numaralı Kırşehir Mebusu Osman Bölükbaşı’nın Teşriî Masuniyetinin Kaldırılmasına Dair Başvekalet Tezkeresi ve Teşkilat-ı Esasiye ve Adliye Encümenlerinden Mürekkep Muhtelit Encümen Mazbatası, s. 1-5.

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Eroğul, C. (2019). *Demokrat Parti: Tarihi ve İdeolojisi* (3. Baskı), İstanbul: Yordam Yay.

20 Aybay, R. (1963). *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay., s. 119-122.

21 Madde, sunulan Anayasa Tasarısı’nda aynı şekilde fakat 78’inci maddede yer almaktadır. Gerekçe olarak da “Eski Anayasamızın 17. maddesinde bulunan dokunulmazlık ve sorumsuzluk esası, aynen muhafaza edilerek, yeni baştan kaleme alınmıştır” denmiştir. bkz. Tanilli, S. (1976). *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul: Cem Yay., s. 278.

Bu maddenin görüşülmesi sırasında odağın yasama dokunulmazlığı (özellikle de taslaktaki yasama dokunulmazlığı kaldırılan üyenin meclis çalışmalarına katılmaması önerisi) olduğunu, bu nedenle yasama sorumsuzluğu konusunda etraflı bir tartışma olmadığını görürüz fakat Emin Soysal’ın bu tartışma bağlamındaki şu belirlemesi, az önceki örneklerle ilgili olduğu için tarihseldir:

“Bildiğiniz gibi Anayasa gereğince mebus kürsüde söylenen sözünden dolayı mesul değildir. Ama o tarihte koridorda adam beklettiler, adamı kışkırttılar, üç beş mebusla bir zabıt tanzim ederek koridorda bazı şeyler söylediği iddiası ile mahkemeye verdiler²². ”

Bu deneyimden ders çıkarıldığı için olsa gerek 1961 Anayasası döneminde düşünce açıklamalarına dönük dokunulmazlık kaldırılması pratiğiyle karşılaşılmaz²³.

1982 Anayasası için Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı taslakta (madde 92) bu madde aynen korunmuştur. Tartışmalara baktığımızda “Çeşitli kişi ve kuruluşların etkisi altında kalan milletvekillerinin memleketin yararı dışına çıkması” ve “Meclis'in kapalı ve gizli oturumlarındaki konuşma ve oyların dışarı sızdırılması” risklerine dikkat çeken İhsan Göksel’in bu güvenceyi, “yetkili makamların aksine karar almaması” kaydına bağlı kılmak istediğini fakat bu önerenin reddedildiğini görürüz²⁴. Ne var ki Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu, hükmü bugünkü hâline getirecek bir müdahalede bulunmuştur. Bu konuda etraflı bir tartışma tutanaklara yansımadığı gibi gerekçe de pek açıklayıcı sayılmaz²⁵:

“Meclis çalışmalarındaki sözlerini ve ileri sürdükleri düşüncelerini o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmaması halinde Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamayacakları da belirtilmiştir. Buna göre o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi

22 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 48’inci Birleşim, 19/4/1961, s. 428.

23 Adalet Partisi Nuri Beşer’in dokunulmazlığının kaldırılması olayı, sinkafı sözler ettiği iddiasıyla ilgilidir. bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 2, 12 Şubat 1962, 3/175 numaralı Zonguldak Milletvekili Nuri Beşer’in Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Oluşan Karma Komisyon Raporu, s. 1.

24 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 139’uncu Birleşim, 31/8/1982, s. 200-201.

25 Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 18/10/1982, s. 363-364.

üzerine bir kısım sözler ve ileri sürülen düşüncelerin dışarıda tekrarlanmasına Meclis Kararıyla engel olunduğu takdirde, bu karara rağmen bunları dışarıda tekrarlayanlar sorumlu olacaklardır²⁶.”

Bu gerekçe bir şey anlatmasa da Konsey üyelerinin İhsan Göksel'in güvenlikçi vurgularından etkilendiğini varsayabiliriz.

Tarihçeden bir ara sonuca ulaşmak gerekirse; yasama sorumsuzluğu Osmanlı'dan itibaren uzun süre hem cezai hem de hukuksal koruma sağlamıştır. Osmanlı anayasa hukukçuları bu konuda hayli özgürlükçüdür fakat bu eğilim ilerleyen yıllardaki uygulamalarda daralmıştır. Etkili bir yargısal denetimin olmaması önce idari yaptırımların kötüye kullanımına, sonra da diğer dava türleri açısından daralma ve istisnalara kapı aralamıştır. Dolayısıyla bu konudaki sürecin sürekli olarak geriye gitme eğilimi gösterdiğini kaydedebiliriz. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin bu geriye gitmeyi durdurmak için kurulmuş olduğu gerçeği de burada kayda değerdir. Anayasa Mahkemesinin bunu dikkate alması gerekir fakat ne denli dikkate alabildiğini ilerleyen sayfalarda göreceğiz.

II. ÖZNESİ

Yasama sorumsuzluğu bir kurumsal güvencedir. Nereden bakıldığına bağlı olarak bir “hak” olarak da tarif edilebilir. Her hakkın bir öznesi vardır. Acaba bu bağlamda gündeme gelen hakkın veya daha doğru ifadeyle kurumsal güvencenin öznesi kimdir?

Anayasa, yasama sorumsuzluğunun öznesini “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri” olarak ifade etmiştir. Bunun anlamı milletvekilleridir. Bunda bir tartışma yoktur. Tartışma, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, meclis çalışmaları sırasına katılan üçüncü kişilerin veya bu ifadeleri aktaran habercilerin bu korumadan yararlanıp yararlanmayacağı noktasında olabilir.

A. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI VE BAKANLAR

Anayasa'nın madde 116/10 hükmüne göre “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır.” Bu hükmün

26 Yazarsız (1984). *Gerekçeli Anayasa: M.G.K. Değişiklik Gerekçeleriyle Birlikte*, İstanbul: Değişim Yay., s. 117.

2017 yılından önceki versiyonunda (madde 112/4) “Bakanlar Kurulu üyelerinden milletvekili olmayanlar (...) yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar.” ifadesi yer alıyordu.

Önceki düzenleme parlamenter rejimle uyumluydu çünkü bakanlar, yasama çalışmalarının parçasıydı. Bakanların çoğunluğu milletvekiliydi. Nadir de olsa dışarıdan bakan atamaları da mümkündü. Milletvekili bakanların yasama sorumsuzluğu varken dışarıdan bakanlara bu güvencenin sağlanmaması eşitsizlik ve tutarsızlık yarattı fakat “Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi” diye adlandırılan sistemde bu bir zorunluluk değildi çünkü bu sistemde erklerin sert ayrılığı esastır. Ne var ki öyle veya böyle bu hüküm Anayasa’ya sokuldu. Burada yeni bir soru gündeme geldi: Acaba yasama dokunulmazlığına yapılan gönderme teknik anlamda²⁷ yasama dokunulmazlığına mıdır? Yoksa gönderme “Yasama Dokunulmazlığı” başlıklı madde 83’ün tamamına mıdır?

Bu konuda iki farklı yanıt üretilebilir: Öncelikle, halk tarafından seçilmeyen ve sayısı Cumhurbaşkanı’nın takdirine bağlı tutulan kişilere yasama sorumsuzluğu tanınması konusuna kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Ayrıca “istisnaların dar yorumlanması” kuralının da akılda tutulması bir zorunluluktur. Keza, madde başlıkları Anayasa metninden sayılmaz. (madde 176/2) Yürütmedeki bu kişilerin yasamayla ilişkilendirilmesi de esas olmadığı için yasama sorumsuzluğuna sahip olmadıkları sonucuna ulaşmak mümkündür²⁸.

Bu yaklaşım ilk bakışta ikna edici görünebilir. Gelgelelim yürütmedeki kişilerin nadiren yasama çalışmalarına katıldığı da göz ardı edilemez. Ayrıca Anayasa’da yasama bağımsızlıklarının ikisine birden atf yapan başka bir ifadenin bulunmadığı da bir gerçektir. Bu çerçevede, yürütmedeki bu kişilerin Meclis çalışmalarına katıldığı denli yasama sorumsuzluğundan yararlandığını söyleyebiliriz²⁹ fakat bu, böylesi bir genişlemenin gereksiz olduğu gerçeğini hâlâ değiştirmez.

B. MECLİS ÇALIŞMALARINA KATILAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER

Meclis çalışmaları sadece milletvekilleri tarafından yerine getirilmez. Somut olayın koşullarına göre diğer erklerden kişiler veya yurttaşlar

27 Bu teknik ayrıma ilerleyen sayfalarda dönülecektir. Ayrıca bkz. Özbudun, E. (2005). s. 109-116.

28 Gençkaya Ö. F. et. al. (2020). *Parlamento Hukuku*, Ankara: Lykeion Yay., s. 137; Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı), Bursa: Ekin Yay., s. 598-599.

29 Danimarka’ya atıfla bkz. Eren, A. (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri* (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yay., s. 758.

ya da tüzel hukuk kişisi temsilcileri de Meclisin çalışmalarının parçası kılınabilir. Burada soru şudur: Acaba Meclis çalışmalarına katılan üçüncü kişiler de yasama sorumsuzluğundan yararlanabilir mi? Bu soruya ilk bakışta olumsuz yanıt vermek mümkündür³⁰. Şöyle ki Anayasa açıkça milletvekillerini özne olarak saymıştır. Sayma, sayılmayanları prensip itibarıyla dışlar.

Ne var ki bağlamsal değerlendirmeler bizi yine nispeten farklı bir sonuca ulaştırabilir. İlerleyen sayfalarda aktarılacağı üzere yasama sorumsuzluğu bir “ifade özgürlüğü” koruması sağlar. İfade özgürlüğü sadece ifade etme değil, bilgi alma özgürlüğünü de içerir³¹. Dolayısıyla bir milletvekilinin meclis çalışmaları sırasında üçüncü kişilerin düşüncelerine (örneğin meclis araştırması kapsamında bir kişinin tanıklığına) başvurduğu durumlarda kurduğu iletişimin niteliği üzerinde durmak, yasama sorumsuzluğunun amacı uyarınca bir gerekliliktir. Böylesi bir iletişimde milletvekili rahatça konuşurken bilgi almak istediği muhatabının kısıtlı kalması, bu kurumun amacıyla çelişebilir. Zira (Fransa’da kabul edildiği üzere) “meclisin sesi milletin sesidir” ve “o sesin kısılması tüm ulusun sorunudur”. Dolayısıyla bu sese ses katanların durumu bağışıklıktan ayrı düşünülemez³². Bu, Meclis çalışmalarına katılan üçüncü kişilerin doğrudan yasama sorumsuzluğundan yararlanabileceği anlamına gelemez fakat bağlamsal olarak dolaylı korunma olasılıkları da yok değildir³³.

C. HABERCİLER

Yasama sorumsuzluğu bağlamında bir diğer konu, normalde suç teşkil eden ama yasama sorumsuzluğu uyarınca soruşturmaya tabi olmayan bir sözün kamuoyuna üçüncü kişi tarafından aktarılmasıdır. Bu türden ifadeleri aktaran kişilerin (geniş anlamda gazeteciler veya haberciler) durumu ne olacaktır?

30 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 264.

31 Ölçütler için bkz. *Macaristan, 18030/11, 8/11/2016*. Türkiye bağlamında bkz. *Canlı/Türkiye, 24973/15, 29/1/2019*. Bu konuda özellikle tartışmaların yoğunlaştığı Amerikan sistemi bağlamında bkz. Duymaz, E. (2013). “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-2, s. 1367- 1403.

32 Sevinç, M. (2007). s. 324-325.

33 Örneğin böyle bir davada mahkeme, ifadelerin yasama sorumsuzluğu olan bir milletvekili ile iletişim bağlamında ileri sürüldüğünü dikkate almak ve daha geniş bir ifade özgürlüğü standardı uygulamak zorundadır.

Konuya geniş perspektiften bakacak olursak, bu aktarımları yapan kişiler de yasama sorumsuzluğundan yararlanır³⁴ fakat öznenin spesifik olarak sayılmış olması karşısında bunu böyle ifade etmek kuşkulu olabilir. Haberciler, böyle bir aktarımdan ötürü korunurlar ama bunu yasama sorumsuzluğundan ötürü saymaktansa yasama sorumsuzluğundan seken ve genişleyen basın özgürlüğüne dayandırmak daha makul görünmektedir.

Şu hâlde öznelerle ilgili olarak konuyu şöyle toparlayabiliriz: Milletvekilleri, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, meclis çalışmalarıyla ilişkili olduğu denli yasama sorumsuzluğundan yararlanırlar. Bu bağlamda Meclis çalışmasına katılan üçüncü kişiler ve bunları aktaranlar da yasama sorumsuzluğu kapsamında sayılmasalar bile ona çok yakın, geniş bir ifade özgürlüğü güvencesinden yararlanırlar.

III. KORUMASI

Yasama sorumsuzluğunun neyi güvence altına aldığını konuşmanın en kestirme yolu, normatif dayanağı aktarmak olsa gerekir. Anayasa’da bu mesele şöyle düzenlenmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.”

Bu maddede getirilen güvencenin üç nesnesi vardır: oy, söz ve düşünce.

A. OY

Oy, “bir kurulun toplantısında görüşülen sorunlarla ilgili olarak, toplantıya katılanların birkaç seçenekten hangisini yeğlediğini belirtmesi” anlamına gelir³⁵. TBMM İçtüzüğü (madde 139) oyların işaretle oylama, açık oylama ve gizli oylama olmak üzere üç türünün olduğunu söyler. Anayasa bunların arasında bir ayrıma gitmediğine göre güvence, üç kategori için de geçerlidir.

34 Oldukça eskilerden bu özgürlükçü yorum için bkz. Babanzâde İsmail Hakkı (2014). s. 434-435. TBMM TV gibi kanallar aracılığıyla yapılan aktarımlar zaten bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 264.

35 Türk Dil Kurumu Sözlüğü için bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15/1/2023)

Dikkat edilirse oya getirilen güvence “meclis çalışmaları” ile çerçevelenmiştir. Bu geniş kavram, sadece Genel Kuruldaki oylamaları değil başkanlık divanı, danışma kurulu, parti grubu ve Meclis komisyonları (fiilî veya alt komisyonlar dâhil) veya Meclisin hatta ülkenin dışındaki diğer meclis çalışmaları sırasında gündeme gelecek bağlamlar için de geçerlidir³⁶ fakat Meclis çalışmalarının dışındaki saiklerle verilen (örneğin rüşvet karşılığı) oy, sorumsuzluk kapsamında sayılmayabilir³⁷.

B. SÖZ

Söz, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre çoklu anlamları olan bir kavramdır. İlk anlamı “bir düşünceyi eksiksiz olarak anlatan kelime dizisi, lakırtı, kelam, laf, kavi” biçimindedir³⁸. Bunun yanı sıra, “bir veya birkaç heceden oluşan ve anlamı olan ses birliği, kelime, sözcük” veya “bir konuyu yazılı veya sözlü olarak açıklamaya yarayan kelime dizisi” gibi anlamları da vardır³⁹.

Buradan hareketle “söz” kelimesinin biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki anlamının olduğunu söyleyebiliriz: Söz kelimesinin dar anlamı, ağız yoluyla söylenen sesli ifadeleri yansıtır. Söz kelimesinin geniş anlamı ise konu hakkındaki açıklamaları içeren her türlü anlatımı yansıtır⁴⁰. Anayasa’nın bu ikisinden hangisini kastettiği konusu belirsizdir. Bu konuda tutanaklar da bize yardımcı olmamaktadır.

Dolayısıyla; kavramı amaçsal ve sistematik yorum ışığında açıklamak gerekir. Bu bağlamda kullanmaya değer yorum ilkesi “özgürlüğe dair yorumda kararsızlık varsa, özgürlük lehine karar verilir” (*quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*) olmaktadır. Burada belirsizlik vardır ve ifade özgürlüğü lehine sonuç çıkarmak olasıdır. Bu sonuç, karşılaştırmalı anayasa hukuk yorum yöntemi ile de desteklenebilir⁴¹. ABD’de birinci anayasa değişikliğiyle (*first amendment*)

36 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 265; Şimşek-Aktaş, D. ve Can, O. (2018). s. 68; Eren, A. (2022). s. 704; Sevinç, M. (2007). s. 329. Nispeten farklı bir görüş için. bkz. Gözler, K. (2021). s. 592.

37 Babanzâde İsmail Hakkı (2014). s. 437; Gözler, K. (2021). s. 594. Örneklerle bkz. Teziç, E. (2016). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., s. 543.

38 Türk Dil Kurumu Sözlüğü için bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15/1/2023)

39 a.g.e.

40 Şimşek-Aktaş, D. ve Can, O. (2018). s. 68.

41 Häberle, P. (1989). “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als fünfter Auslegungsmethode”, *Juristenzeitung*, C. 44, S. 20, s. 913-919.

gelen “*freedom of speech*” güvencesi Türkçe’de “konuşma özgürlüğü” anlamı taşımaktadır. “Konuşma” ilk bakışta sözel anlatımları yansıtsa da içtihatla bu kavramın geniş anlamda ifade özgürlüğünün tüm biçimlerini kapsadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴². Dolayısıyla buradaki söz kavramını en azından yazılı veya (örneğin dilsizler için) işaret dili yoluyla anlatımları da kapsayacak yönde kavramak makul görünmektedir.

Son olarak Anayasa’nın bu güvenceyi “meclis çalışmaları” ile çerçevelediğini ve bu kavramın anlamının bir önceki başlıktaki gibi aynen (ve tüketici olmamak üzere⁴³) geçerli olduğunu kaydetmek gerekir fakat bu kavramın bir de dışlayıcı yönü vardır. Mekânsal olarak TBMM’de edilen bir söz, eğer meclis çalışması kapsamında değilse bu durumda koruma yoktur⁴⁴. Bu söz ile meclis çalışması arasında bir nedensellik ilişkisi kurulmasını zorunlu kılar⁴⁵.

C. DÜŞÜNCE AÇIKLAMASI

Anayasa, oy ve sözlerin dışında bir de “düşüncelerin ileri sürülmesi” kavramından bahseder. Bu kavramın “ifade özgürlüğü” güvencesini aynen yansıttığına kuşku yoktur fakat düşünce özgürlüğü kavramının bazı düşünce suçlarına karşı bir teminat getirmediğini, yani yasaklı düşünceleri dışladığını da vurgulamak gerekir. Komünizm düşüncesinin yasaklı olduğu zamanlara dönük bu tartışma belki bugün talidir yine de bunu kaydetmek gerekir⁴⁶.

Anayasa’nın sözüne baktığımızda düşüncelerin ileri sürülmesi bağlamında meclis çalışmaları ile sınırlı bir belirleme yapılmadığını, genel olarak “Meclis’te ileri sürme”den bahsedildiğini görürüz.

“Meclis’te” kavramı, belli ki Türkiye Büyük Millet Meclisi binasını⁴⁷ ve onun mütemmim cüzlerini ifade eder. “İleri sürme” kavramı ise tüm ifade özgürlüğü biçimlerini, hatta bir önceki başlıktakileri de kapsar. Hâl böyleyken burada, bir önceki güvencelerin neden yazıldığı sorusu

42 Örneğin bkz. *Texas/Johnson* 491 U.S. 397 (1989).

43 Teziç, E. (2016). s. 452.

44 Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18/11/2016 tarihli ve E. 2016/3657, K. 2016/6896 sayılı kararı. Akt. Eren, A. (2022). s. 706.

45 Anayurt, Ö. (2022). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (5. Baskı), Ankara: Seçkin, s. 700-702.

46 “Düşünce özgürlüğü” kavramının bu anlamı ve böyle bakıldığında “sınırsızlığı” için bkz. Tanör, B. (2022). *TCK 142. Madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, İstanbul: On İki Levha Yay.

47 Buradaki bina kavramını yemekhane, komisyon çalışma odaları hattâ tuvaletlere kadar geniş anlamda kullanıyoruz. Ceza hukuku literatüründeki benzer yöndeki belirlemeler için Dursun, İ. (2013). s. 79.

gündeme gelmektedir. Başka bir deyişle bir milletvekili “Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden” sorumlu değilse, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden haydi haydi sorumsuz olacak değil midir? Peki ama o zaman önceki iki vurguya neden yer verilmiştir?

Bu soruya birden fazla yanıt üretilebilir.

Birincisi, anayasa koyucu bir pekiştirme niyeti taşıyor olabilir⁴⁸. Anayasa hukukunda genel bir güvencenin özel hükümlerle pekiştirilmesi nadir değildir. Örneğin düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (madde 26) düzenlenmiş, fakat bunun yanı sıra bilimsel ve sanatsal ifade özgürlüğü (madde 27) ile akademik ifade özgürlüğü (madde 130/4) ve basın özgürlüğü (madde 28) özel olarak tekrar vurgulanmıştır. Burada bir tekrar amacı güdülmüş olabilir. Nitekim Millî Güvenlik Konseyi tutanaklarına bakıldığında bunların birleşik ve birbirlerinden ayrılmayacak biçimde formülize edildiği görülür⁴⁹.

İkincisi, oy ve sözlere özgü güvencenin belli koşullarda Meclis dışında da koruma altına alınması istenmiş olabilir. Şöyle ki meclis soruşturması örneğinde de görüldüğü üzere Meclis bazen TBMM binasının dışında da çalışmalar sürdürmektedir⁵⁰. Böyle bakıldığında oya ve söze getirilen güvence, meclis çalışması kapsamında olması kaydıyla Meclis binasının dışında da bir teminat sayılacaktır.

Üçüncüsü, düşüncelerin ileri sürülmesi, Mecliste ama meclis çalışmaları dışındaki kategoriyle ilgili görülebilir. Burada ayrıca “düşünce ileri sürülmesi” kavramı, “düşük düzey/adi söz”lerin (*low level speech*) dışlanması amacına yönelik de sayılabilir⁵¹.

Sonuç itibarıyla bu üç yorumun üçü de tutarlıdır, hatta uyumlaştırılarak yargısal yorumda kullanılabilir. Hâlihazırda Anayasa Mahkemesi bu konuda spesifik bir belirleme yapmamıştır. Ama belirsizlik hâlinde özgürlük lehine yorum yapılacağı akılda tutulmalıdır. Kuşkusuz ifade özgürlüğü lehine yorum, kişilik hakları aleyhine bir sonuç doğurabilir. Dolayısıyla burada hangi değer lehine sonuç çıkarılacağı

48 Şimşek-Aktaş ve Can, bunun abesle iştigal olacağını söylemektedir. Oysa bu, pekiştirme amacıyla mümkündür ve abesle iştigal sayılmayabilir. Karş. Şimşek-Aktaş, D. ve Can, O. (2018). s. 67-68.

49 bkz. Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 18/10/1982, s. 363-364.

50 Özbudun, E. (2021). s. 290; Gören, Z. (2015). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay., s. 223.

51 Yüksek düzey (*high level*) ve düşük düzey (*low level*) ifade ayrımı için bkz. *Chaplinsky / New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

tartışmalı olabilir fakat yasama sorumsuzluğu özelinde konuşuyorsak, ifade özgürlüğüne özel bir vurgu yapıldığını göz ardı edemeyiz. Bu bağlamda ifade özgürlüğü ve kişilik haklarına eşit yaklaşmak, yasama sorumsuzluğunun ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş olmasını anlamsız hâle getirebilir.

IV. NİTELİĞİ

Yasama sorumsuzluğu, yasama bağımsızlıklarının öncü kategorisidir. Öyle ki Antik Roma’da dahi Pleb Konsüllerinin kutsal sayıldığını ve bu nedenle burada yapılan görüşmelere özel bir koruma tanındığını biliyoruz. Bu, söz konusu kurumun erken uygulamalarında dahi kurumsal bir güvence sağladığını göstermektedir. Yasama sorumsuzluğunun modern zamanlarda ortaya çıkıp serpildiği İngiltere’de de bu kurumsal güvence önemsenmiştir.

Bu kurumsallık vurgusu önemlidir. Öyle ki yasama sorumsuzluğu veya genel olarak yasama bağımsızlıkları, güvence getirilen kişinin tasarrufuna açık “subjektif” nitelikte değil kamu düzeniyle ilgili olarak “objektif” nitelikte sayılmaktadır⁵². Korumanın objektif olması ise milletvekilinin aksi yöndeki rızasına rağmen korunmasını ifade eder⁵³.

Bu konuda 1924 Anayasası döneminde bu teminatlardan kurtulmak ve yargılanmak isteyen bir milletvekilinin talebinin reddedildiğini ve TBMM’nin statüsünün korunması amacıyla bu güvencenin (söz konusu milletvekilinin isteği hilafına) sürdürülebileceğinin kabul edildiğini görürüz. Bu konudaki görüşmelerin birinde Hakkı Tarık (Us) Bey, dokunulmazlığının kaldırılması istenen İhsan (Eryavuz) Bey’in “beni Divan-ı Ali’ye (Yüce Divan’a) sevk ediniz, ben istiyorum” söylemiyle bahsi kısa kesmek istediğini ileri sürmüştü; Yüce Divan’a sevk edilmenin kişinin isteğine bağlı olmadığını ve her şeyden önce İchtüzüğün (Dâhili Nizamnamenin) ilgili hükmüne başvurulacağını hatırlatmıştır. Nitekim tüzükte, “masuniyetin kaldırılması için bir mebusun kendi talebi kâfi gelmez” şeklinde bir düzenleme olduğunu belirtmiştir⁵⁴.

52 Anayurt, Ö. (2022). s. 702; Aybar, M. A. (1937). s. 123; Başgil, A. F. (1941). s. 7, 10-11; Gençkaya Ö. F. et. al. (2020). s. 135; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 266; Teziç, E. (2016). s. 456.

53 Venedik Komisyonu, yasama sorumsuzluğunu, “ifade özgürlüğünün parlamento içindeki yüksek önemi”, demokratik temsilin işlerliği”, milletvekilinin görevlerini yerine getirmesinin önüne keyfi yargısal süreçlerle geçilmesine izin verilmemesi gerekliliği” ve “anayasa korumanın iç hukukta kendisini İHAS korumasından daha belirgin biçimde hissettireceği” gibi öğelere atıfla temellendirmektedir. bkz. Şimşek-Aktaş, D., Can, O., (2018). s. 64.

54 Bu konuda bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 3, 26/1/1928, s. 75.

Yine 1982 Anayasası döneminde de Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) Konya Milletvekili Atilla Kart, dokunulmazlığının kaldırılmasını istemiş ve fakat bu talebi reddedilmişti. Konu Strazburg'a taşındığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru milletvekilinin aklanma hakkının elinden alınmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği savını kabul etmemişti⁵⁵. Strazburg Mahkemesine göre bu, yasama bağımsızlıklarının objektif yönünün bir gereğiydi.

Yasama dokunulmazlığı için geçerli olan bu belirlemenin yasama sorumsuzluğu için de geçerli olduğunu rahatlıkla söyleyebilir ve buna "yasama sorumsuzluğunun objektif etkisi" (veya "kurumsal niteliği") diyebiliriz fakat bu, yasama sorumsuzluğunun subjektif etkisi (veya "bireysel niteliği") olmadığı anlamına gelmez.

Söz konusu koruma her milletvekiline olağan yurttaşlara nazaran daha geniş bir ifade özgürlüğü hakkı koruması getirmektedir. Bu doğaldır çünkü Fransızca "parler" (konuşmak) sözcüğünden türeyen parlamento, milletvekillerinin en geniş⁵⁶ ifade özgürlüğünün bulunduğu yer olarak kurgulanmış bir mekândır⁵⁷. Bu geniş koruma, diğer erklerin keyfî baskısından kurtulma gereklerinin yanı sıra, toplumun farklı kesimlerinin beklentilerinin rahatça konuşulabilmesi ve sisteme dinamizm kazandırma ereğinin bir gereğidir⁵⁸ zaten bu nedenledir ki bugün neredeyse tüm demokratik anayasalarda yasama sorumsuzluğu güvence altına alınmıştır⁵⁹.

Sonuç itibarıyla, satır aralarında kaynamaması için bu başlık bağlamında vurgulayalım: Yasama sorumsuzluğunun (i) objektif ve (ii) subjektif işlevi vardır. Objektif işlev bir kurum olarak Meclisi, subjektif işlev bir birey olarak milletvekillerini korur. Bu ikilik, kurumu kamu düzeninden kılar. Anayasa Mahkemesinin bu kurumun amacını "ulusal iradenin tam bir serbestlikle açıklanmasıyla birlikte görevin tam

55 *Kart/Türkiye*, 8917/05, 3/12/2009, §§ 85-114. Bağımsızlıklar konusundaki içtihadı birikim için bkz. İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., s. 32.

56 Kuşkusuz, ideal olan, geniş ifade özgürlüğünden yararlanmak tüm yurttaşların yararlanmasıdır. Hattâ böyle bakıldığında bu bağlamda bir eşitsizlik olduğu doğrudur. Ne var ki bu farklı muamele, kamu yararıyla haklı çıkabilmektedir. Başgil, A. F. (1941). s. 3; Gençkaya Ö. F. et. al. (2020). s. 133; Özbudun, E. (2021). s. 289.

57 Bunu doğrulayan ve vurgulayan belirlemeler için bkz. *A/Birleşik Krallık*, 35373/97, 17/12/2002, § 79.

58 Yasamanın diğer erklerden korunması, yasama sorumsuzluğunu erkler ayrılığının da bir gereği kılmaktadır. Anayurt, Ö. (2022). s. 687.

59 Ukrayna anayasal mevzuatı bu kuruma yer vermeyen ayrıksı bir örnektir.

bağımsızlıkla yerine getirilmesinin güvenceye alınması⁶⁰ biçimindeki belirlemesi bunu yansıtır ama bunun daha somut biçimde vurgulanması önerilir. Bu önerinin muhatabı tabii ki öncelikle Anayasa Mahkemesidir.

V. KAPSAMI

Burada kapsam sözcüğü ile yasama sorumsuzluğunun koruduğu öğelerin ötesinde kurumun hangi yargı kollarında teminat getirdiğini kastediyoruz.

Yasama sorumsuzluğu denildiğinde ana kural; cezai, idari ve hukuki davaların hepsine karşı bir güvence getirilmesidir. Anayasa’nın kurumu ifade ediş tarzı, bunların tümüne karşı bir güvence getirir gibidir. Fakat öğretilerde fikir ayrılıkları vardır.

Birinci görüşe göre bu koruma sadece ceza davalarına karşı değildir. Milletvekilleri, her türlü davaya karşı korunurlar.⁶¹ Dolayısıyla milletvekillerine bu kapsamdaki ifadelerinden ötürü tazminat davası da açılmaz. Hatta sözün hakaret veya sövme niteliği taşıyıp taşıyamaması da önemsizdir. Bu yaklaşımda, Anayasa’nın lafzı ve kurumun kendine özgü niteliği dikkate alınmaktadır.

İkinci görüşe göre ise koruma sadece ceza davalarına karşıdır⁶². Milletvekillerine karşı tazminat davaları açılabilir. Hakaret, sövme türü sözler korumanın kapsamı dışındadır⁶³. Bu yaklaşımda Anayasa’nın farklı maddeleri (örneğin md. 14 veya 20 vb.) ve kurumsal sınırları dikkate alınmaktadır⁶⁴.

Bu görüşler arasında geçişler yok değildir. Örneğin hakaret ve sövmelere karşı cezai korumanın geçerli olduğunu ama tazminat davası açmanın mümkün olduğunu ileri süren⁶⁵ ve hakaret ve sövme fiillerinin koruma kapsamından çıkarılmasının siyaset dilinin umulan entelektüel düzeye yükselebileceği temennisine vurgu yapan⁶⁶ yazarlar vardır.

60 AYM, E.1986/13, K.1987/12, 22/5/1987. Ayrıca bkz. AYM, E.1994/16, K.1994/35, T. 21/3/1994; AYM, E. 1994/7, K. 1994/26, T. 21/3/1994.

61 Örneğin bkz. Gözler, K. (2021). s. 594; İba, Ş. (2022). s. 476; Kıratlı, M. (1961). s. 66; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 266; Teziç, E. (2016). s. 453.

62 Atar, Y. (2018). *Türk Anayasa Hukuku* (12. Baskı), Ankara: Seçkin Yay., s. 243; Bilir, F. (2001). *Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi*, Ankara: Nobel Yay., s. 105.

63 Kaboğlu, İ. Ö. (2019). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal Yay., s. 124.

64 Keskinsoy, Ö. (2007). s. 23-24.

65 Döner, A. (2022). *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yay., s. 296-297.

66 Şimşek-Aktaş, D. ve Can, O. (2018). s. 64.

Acaba Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ne şekildedir? Bu soru hem anayasal gerçekleri ortaya koyacak hem de bu bağlamdaki analizimize temel oluşturacaktır.

A. DARALMA: CEZA HUKUKUYLA SINIRLI SAYMA SORUNU

Anayasa Mahkemesinin kararlarına baktığımızda Mahkemenin güncel yaklaşımının ikinci görüş lehine, hatta ceza hukuku dışındaki korumayı adeta dışlar bir yönde olduğunu görürüz. Anayasa Mahkemesi bunu yaparken Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili öteden beri kabul ettiği şu belirlemesini referans alır görünmektedir:

“Anayasa'nın 83. maddesine göre TBMM üyeleri meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamaz iseler de; bu sorumsuzluk mutlak bir şekilde sınırsız değildir. Anayasa'nın bu ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken özellikle (kamu yararı-kişisel yarar dengesinin) iyi kurulması gerekmektedir. Meclis üyesi, sırf kişisel kinini tatmin için bir başkasının kişilik değerlerine saldırı teşkil edecek eylemlerde bulunmuş ise dokunulmazlıktan yararlandırılmaz.

Anayasanın 83. maddesinde yer alan düzenlemenin amacı, meclis üyelerinin yasamaya ilişkin olan yetkisini daha özgürce kullanmasını ve bu doğrultudaki çalışmalarını güvence altına almaktır. Madde ile güvence altına alınan ve dokunulmazlığı sağlanan, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerdir. Bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amaç ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak da, dokunulmazlığın varlığına ilişkin savunmaya itibar edilemez. Davalının, davacıya yönelik olarak “satılmış adam” sözünü söylediği ileri sürülmüştür. Şu durumda, iddia olduğu şekilde bir söz söylenip söylenmediğinin araştırılması ve sonucuna göre uyuşmazlığın esasının çözülmesi gerekir. Karar, açıklanan nedenle yerinde bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.⁶⁷”

67 Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 12/1/2009 tarihli ve E. 2008/5670, K. 2009/228 sayılı kararı. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 3/12/2015 tarihli ve E. 2014/16729, K. 2015/14144 sayılı kararı. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22/1/2015 tarihli ve E. 2014/4418, K. 2015/748 sayılı kararı. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5/4/2007 tarihi ve E. 2014/6283, K. 2007/4541 sayılı kararı. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 4/7/2011 tarihli ve E. 2010/7907, K. 2011/7797 sayılı kararı. Bu

Anayasa Mahkemesi bu referansı belirleyici kılarak⁶⁸, ilgili hükmün amacının ceza soruşturmasından koruma olduğunu vurgulamış ve yaklaşımını, milletvekillerinin ifadelerinin muhatabı olacak kişilerin kişilik haklarını koruma amacıyla açıklığa kavuşturmak istemiştir:

“Anayasa'nın 17. maddesinin ‘Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.’ biçimindeki ilk fıkrası, devlete bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmeme ve üçüncü kişilerin saldırılarını önleme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla yasama sorumsuzluğunun şartlarının geçerli olduğu bir zeminde ileri sürülen ve başkalarının şahsiyet haklarına saldırı niteliği bulunan sözler nedeniyle başvurucuya karşı hukuk davası yoluyla tazminat davası açılabileceğini kabul etmek gerekir⁶⁹.”

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, örneğin CHP Genel Başkanı ve Milletvekili Kemal Kılıçdaroğlu’nu, TBMM parti grup toplantısında dile getirdiği sözlerinden ötürü AK Parti Genel Başkanı ve Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’a rekor düzeyde tazminat ödemek zorunda bırakan kararda sorun görmemiştir⁷⁰. Anayasa Mahkemesi takip eden kararlarıyla bu yaklaşımını yerleşik kılmıştır⁷¹. Dolayısıyla yasama sorumsuzluğu, içtihadı göre hukuk davalarına değil sadece ceza

kararlara AYM’nin ilkesel atfı için bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 28. Yargıtay 1950’lerden önce farklı bir yaklaşım içindeydi. Sevinç, M. (2007). s. 331.

68 Yargıç Emin Kuz bu yaklaşım “yasama sorumsuzluğuna ilişkin norm hem temel hakla ilgili hem de bu mahkemelerin nihaî olarak yorumlama yetkileri bulunmayan Anayasa hükmü olduğundan, yasama sorumsuzluğunu öngören mezkûr hükmün de Yargıtayın içtihadından bağımsız olarak Mahkememizce değerlendirilmesi gerekir” diyerek itiraz etmektedir. *Kemal Kılıçdaroğlu* (6), B. No: 2017/27971, 18/5/2021, Emin Kuz’un karşı oyu.

69 *Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017. § 66.

70 a.g.e. Bu kararda ve siyasal ifade özgürlüğüne dair diğer başvurularda AYM’nin yaptığı dengeleme işleminin ayrıntılı analizini yapan ve kriter listelerinin değişkenliği, aynı kriterlerin çelişkili yorumları ve benzer başka kararlarda uygulanan kriterlerin birden öngörülemez biçimde dikkate alınmaması gibi nedenlerle AYM’nin siyasal ifade özgürlüğü içtihadında orantılılık testini tutarsız ve öngörülemez bir biçimde uyguladığını bu karar özelinde tartışılabilir bir çalışma için bkz. Orcan, N. U. (2020). “Yarış(a)mayan İlkeler: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Politik İfadeler Bağlamında Adil Denge Sorunu”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 18, s. 496 vd. Ayrıca Strazburg nezdinde bkz. *Kılıçdaroğlu/Türkiye*, 16558/18, 27/10/2020.

71 bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu* (8), B. No: 2019/11406, 26/5/2022, § 35. Ayrıca bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu* (6) (bu kararda karşı oydakilerin aksine çoğunluk yasama sorumsuzluğu konusunda bir inceleme dahi yapmamıştır). AYM, TBMM Genel Kurulu’ndaki bir konuşması nedeniyle bir Fethullah Gülen lehine 2.000 TL manevi tazminata hükmedilen CHP’li milletvekili İsa Gök’ün başvurusunda, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmışsa da bunu yasama sorumsuzluğuna aykırılıktan değil, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmasına dayandırmıştır. bkz. *İsa Gök*, B. No: 2015/805, 12/9/2018.

davalarına karşı bir kalkandır. İdari yaptırıma karşı korumaya dair ise henüz esastan içtihat yoktur. Buna ilerleyen kısımda döneceğiz.

Burada şu notu düşmek gerekir: İdari yaptırımlar, Meclisin iç düzeninin bir gereği olduğu, dışarıdan bir erkin müdahalesine en azından doğrudan açık olmadığı ve ölçülü sınırlar içinde kaldığı için bir yere kadar kabul edilebilirdir fakat Anayasa'nın kategorik diline rağmen korumayı sadece cezai alana özgülemek makul sayılmaz. Hele de yargı bağımsızlığının sorunlu olduğu ve yürütmedeki siyasi aktörler lehine yüksek tazminatların ödenmesinin söz konusu olabildiği koşullarda özel hukuk davaları, ceza davalarından daha ağır bir baskı aracına dönüşebilmektedir. Bunun kurumun varlık nedenine zarar verdiğinden kuşku duyulmamalıdır⁷². Bu nedenle korumanın hem cezaî hem hukuki olduğunu kabul etmek gerekir.

Hakaret ve sövmenin kategorik olarak dışlanması ise; bu kavramların içeriğini belirlemek bağlamsal ve yargısal bir değerlendirmeyi gerektirdiği için istismara açıktır. Bir söz, tek başına bakıldığında hakaret, hatta galiz küfür gibi görünse de siyasi tartışmanın içinde yerini ve anlamını bulabilir⁷³. Bu nedenle kategorik yaklaşımlardan kaçınmakta yarar vardır. Dahası Anayasa, bunları kapsam dışında bırakmak isteseydi Alman Anayasası'nda (madde 46) olduğu gibi açıkça öngörürdü⁷⁴. Anayasa koyucunun tercih etmediği bir dışlamayı, hak daraltıcı çıkarımlarla veya hayli göreceli olan "entelektüel düzey" belirlemelerine atıfla yapmakta sorun vardır. Son olarak; cezai açıdan değerlendirecek olursak, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru" başlıklı 1577 (2007) sayılı kararı da bu görüşe mesafeli durmayı gerekli kılar⁷⁵.

Kuşkusuz bu bağışıklığın kişisel husumetlerden hareketle kullanılması kişilik hakları yönünden risk oluşturur⁷⁶ fakat bu korumanın siyasi tartışma dinamizmine ve demokrasiye olan katkısı dikkate alındığında

72 Aynı yönde içtihadı ve literatürel kaynaklar için bkz. Has, V. (2009). *Türk Parlamentosu Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni*, Ankara: Adalet Yay., s. 76-77.

73 Örneğin bkz. *Oberschlick/Avusturya*, 11662/85, 23/5/1991; *Eon/Fransa*, 26118/10, 14/3/2013.

74 Gören, Z. (2015). s. 216.

75 Kararın orijinal metni için bkz. <https://tinyurl.com/yn6zukum>s (Erişim Tarihi: 20/1/2023). İba, küfür ve hakaretin kapsam dışında tutulmasını daha demokratik bir düzenleme örneği olarak görmektedir. bkz. İba, Ş. (2022), s. 476-477.

76 Ayrıntılar için bkz. *Cordova/İtalya (No.1)*, 40877/98, 30/1/2003; *Cordova/İtalya (No.2)*, 45649/99, 30/1/2003.

terazinin ağır kefi yasama sorumsuzluğunda olmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin süregelen yaklaşımını bu tartımı dikkate alarak güncellemesinde yarar vardır.

B. BULANIKLAŞMA: YASAMA DOKUNULMAZLIĞIYLA KARIŞTIRILMA SORUNU

Konuyla ilgili bir diğeri sorun, yasama bağışıklığının bir diğeri türü olan yasama dokunulmazlığındaki gerilemelerin yasama sorumsuzluğuna da “sıçraması” ve bu nedenle güvencenin muğlaklaşmasıdır.

Şöyle ki yasama dokunulmazlığı Anayasa’nın 83’ncü maddesinde “seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz” denilerek güvence altına alınmış bir yasama bağışıklığı biçimidir. Bu kurumun subjektif olarak güvence altına aldığı şey, milletvekillerinin hareket serbestisidir. Yani temel haklar diliyle söyleyecek olursak “kişi hürriyeti” ve “seyahat hürriyeti”dir⁷⁷.

Yasama dokunulmazlığı üç nedenle, yasama sorumsuzluğundan daha az güvencelidir:

- (i) “Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14’üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır” (md. 83/2) biçimindeki hüküm uyarınca daha geniş istisnaları bulunur.
- (ii) Anayasa’ya 2016 yılında eklenen geçici madde 20, belli bir tarih aralığı için kategorik bir istisna kümesi oluşturmuştur.
- (iii) Yasama dokunulmazlığı (madde 83/4 ve 85) kaldırılabilir.

Yani milletvekilleri, kimi suç isnatlarına binaen daha baştan yasama dokunulmazlığının dışında kalabilmekte veya bir meclis kararı yoluyla sahip oldukları dokunulmazlık güvencesinin dışına çıkarılabilmektedir. İşte tam olarak bu bağlamda sorun şudur: Acaba bir milletvekili hakkındaki suç isnadının konusu sadece milletvekilinin sözleri ise, ne olacaktır? Bu durumda yasama dokunulmazlığı korunmasından yararlanmama, yasama sorumsuzluğunu da ortadan kaldıracak mıdır?

77 Zira “tutulamaz” kavramı, geniş anlamda tüm tutma biçimlerini kapsar. Bu da güvencenin “seyahat hürriyeti”nin de katılmasını gerektirir. Aksi yönde bir uygulama olarak bkz. HDP Milletvekili Kemal Bülbül’e yurt dışı yasağı konusunda 25 Aralık 2022 tarihli basın. Anayasa Mahkemesi bu tedbire karşı olası bir başvuruda yasama bağışıklığı sorununu, özel yaşama saygı hakkının kanunilik başlığı altında incelemelidir.

Geçici madde 20, belli durumda olanlar için milletvekili dokunulmazlıklarını kaldırmıştır. Keza bazı milletvekillerinin dokunulmazlığı, bir meclis kararıyla kaldırılmıştır. Peki ama bu nedenlerden biriyle dokunulmazlığı olmayan bir milletvekili, yine de Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ötürü yargılanabilir mi?

Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Hatta bu mantıktan hareketle ve provokatif (!) olması için milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu kapsamındaki suç isnatlarıyla ilgili “dokunulmazlıklarının kaldırılması yasağı” bulunduğu dahi ileri sürülebilir. Gelgelelim Anayasa Mahkemesi bu ilkesel yaklaşımı güçlü biçimde içtihadına yansıtabilmiş değildir. Anayasa Mahkemesi, bu nüansı göz ardı ediyor veya en azından gerekli özeni göstermiyor gibidir.

Örneğin başvurucunun bu savı tartıştığı *Selma Irmak* davasında Anayasa Mahkemesi, konuyu başvurucunun kanıt sunmamış olmasına atıfla göz ardı etmiştir:

“[Y]asama sorumsuzluğu kapsamında kalması nedeniyle tutuklamanın hukuki olmadığını ileri sürmüş ise de başvuru bu sözlerin Meclis çalışmalarında söylediği sözlerle aynı olduğuna yönelik herhangi bir kanıt sunmamış dolayısıyla iddiasını temellendirmemiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin başvurucunun suçlamaya konu sözleri anlam veya içerik olarak TBMM’de de söyleyip söylemediğini tespit etmesi beklenemeyeceğinden bu hususta bir değerlendirme yapılmamıştır⁷⁸.”

Yaklaşık altı ay sonra sonuçlanan *Çağlar Demirel* davasında ise Anayasa Mahkemesi, bu defa başvuru savlarını, kanıt sunmadıkları için değil TBMM’de yapılan konuşmalar ile suça konu ifadelerin farklı olduğundan hareketle reddetmiştir:

“Başvuru, suçlamaya konu sözlerin yasama sorumsuzluğu kapsamında kalması nedeniyle tutuklamanın hukuki olmadığını ileri sürmüş ise de kuvvetli suç şüphesi oluşturduğu kabul edilen konuşmaların TBMM’de yaptığı konuşmalardan farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle anılan konuşmaların yasama sorumsuzluğu kapsamına girdiği savı yerinde görülmemiştir⁷⁹.”

78 *Selma Irmak*, B. No: 2016/32948, 7/3/2018, § 72.

79 *Çağlar Demirel*, B. No: 2017/5221, 12/9/2018, § 66. Aynı dava serisi içinde sayılabilecek

Bu dava aslında Anayasa Mahkemesi için “farklı” kavramının ne olduğunu açıklamak konusunda bir fırsat getirmişti. Anayasa Mahkemesi, “milletvekillerinin mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamama” teminatı bağlamında, dışarıda tekrarlama ve açığa vurmanın birebir aynı cümleleri mi yoksa özü aynı olmakla birlikte farklı anlatım biçimlerini de mi kapsadığını, eğer ikincisi geçerliyse bunun ölçütlerinin ne olduğunu ortaya koyabilirdi⁸⁰ fakat bu fırsatı kaçırdığı gibi, suç şüphesi oluşturduğu kabul edilen konuşmaların başvuruçunun TBMM'de yaptığı konuşmalardan “neden” farklı olduğunu da açıklamadı. Bu durum, yasama sorumsuzluğunun tutuklama vb. adli kolluk tedbirleri yönünden de kapsamının daraltılmasına neden oldu.

Anayasa Mahkemesi, geleneksel ölçütleri kullanarak ifade özgürlüğü ihlali sonucuna ulaştığı *Sırrı Süreyya Önder* kararında da başvuruçunun yasama sorumsuzluğu savını tartışmaktan kaçınarak bu belirsizliği sürdürdü:

“Başvurucu (...) eyleminin yasama sorumsuzluğu kapsamında kaldığı hususunda bir değerlendirme yapılması yönündeki taleplerinin hatalı gerekçelerle reddedildiğini (...) belirtmiştir. (...) Somut başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından tüm bu şikâyetlerinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir”⁸¹.

Son olarak bu konu, Anayasa Mahkemesinin önüne, HDP Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun attığı bir “Tweet”⁸² ile ilgili olarak gelmiştir. Davadaki tartışma, bu düşünce açıklamasının Anayasa'nın 14'üncü maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmayacağıdır.

Dokunulmazlığın istisnası olarak Anayasa'nın 14. maddesine

İdris Baluken başvurusunda başvuruçusu milletvekili olarak görev yapmaktayken yaptığı bazı konuşmalarda terör örgütü propagandası yaptığının iddia edildiğini, söz konusu konuşmaların yasama sorumsuzluğu ve siyasi ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını iddia etmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu konuda hiçbir tartışma yapmamıştır. *AYM, İdris Baluken (4)*, B. No: 2020/8387, 11/3/2021, § 39.

80 Görünen o ki açığa vurma ve tekrarlama arasındaki fark, ilkinin özü aynı olan bir düşüncenin başka sözcüklerle, imalarla veya diğer dolaylı yollarla anlatılması; tekrarlama ise aşağı yukarı aynı biçimlerin kullanılmasını anlatır. Aynı yönde Gençkaya Ö. F. et. al. (2020). s. 136. Aksi yönde bir yaklaşım için bkz. Başgil, A. F. (1941). s. 296.

81 *Sırrı Süreyya Önder* [GK], B. No: 2018/38143, 3/10/2019, § 88-90.

82 Twitter isimli ABD menşeli İnternet sitesinde kullanıcılar haber ve bilgi paylaşımı yapmaktadır. Kamuya açık bu bilgi paylaşımlarına “Tweet” denmektedir.

yapılan atfın belirsiz ve güvencesiz olduğu belirlemesinden hareketle ihlal sonucuna ulaşan Anayasa Mahkemesi, yasama sorumsuzluğuna ağırlık veren bir çıkarım yapmaktan yine kaçınmıştır⁸³. Oysa bu davada Anayasa'nın 14'üncü maddesinde yapılan değişikliği dikkate alan tarihsel ve amaçsal bir yorum geliştirmek mümkündür.

Şöyle ki; maddenin ilk hâlindeki “(...) Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.” ifadesi “(...) insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.” hükmüyle değiştirilmiştir. Bu değişiklik yapılırken milletvekilliği dokunulmazlığına dönük istisnanın anayasal düzenle uyumlu olmadığı düşünülen “düşünce açıklamaları” ile değil “eylemler” ile bağlantılı olması gerektiği düşünülmüştü. Nitekim gerekçe ve tutanaklarda değişikliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi standartlarını yakalamak için yapıldığı söylenmiş, tutanaklarda da bu değişiklikle “düşünce özgürlüğünün değil, eylemlerin sınırlanması söz konusu olmaktadır” denmişti. Ayrıca buna koşul olarak Anayasa'nın Başlangıç kısmında “hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin (...) karşısında koruma göremeyeceği” ifadesinde yer alan “düşünce ve mülahazanın” ifadesi, “faaliyetlerin” sözcüğüyle ikame edilmişti. Yani değişiklik, salt düşünce açıklaması ve aktarımıyla ilgili suçları milletvekili dokunulmazlığının istisnası olmaktan çıkarmıştı⁸⁴. Dolayısıyla bu karar da güçlü bir gerekçelendirmeye olanak tanıyordu fakat Mahkeme bu belirlemeleri yapmayarak bu kararı, ifade özürlüğü konusundaki olağan içtihadının parçası kıldı ve yasama sorumsuzluğu kurumunu talileştirdi.

Sonuç itibarıyla bu kararlardan anlaşıldığı üzere bu başlıkta sorduğumuz sorunun doktrinsel yanıtı net olsa da içtihadta bu sorunun ele alınıp güçlü bir vurgu yapılmasından kaçınılmaktadır. Dahası bu durum, az önce değindiğimiz üzere ceza davalarına karşı güvence

83 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021. Benzer yönde bkz. Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759, 30/3/2022.

84 bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 132'nci Birleşim, 25/9/2001, s. 97 vd.

getirdiği söylenen yasama sorumsuzluğu kurumunun tutukluluk gibi koruma tedbirleri açısından da zayıf olduğunu göstermiştir. Anayasa Mahkemesi bu ayrımı netleştirmeli, yasama sorumsuzluğunun yasama dokunulmazlığının içinde erimesine izin vermemelidir.

VI. İSTİSNALARI

Yasama sorumsuzluğu bazı ülkelerde istisnalarıyla birlikte düzenlenmektedir⁸⁵. Türkiye’de öğretilerde baskın olan görüş, bu kurumun istisnasız olduğudur. Öyle ki yasama sorumsuzluğu için “mutlak yasama bağımsızlığı” ifadesi dahi kullanılmaktadır⁸⁶. Gerçi “mutlak” kavramı öğretilerde farklı anlamlarda kullanılabilir. Örneğin bu korumaya, (dokunulmazlıktan farklı olarak) meclis kararıyla kaldırılamadığı için⁸⁷ veya milletvekilliği sona erdikten sonra da devam ettiği, yani sürekli olduğu için⁸⁸ ya da bedene değil fikre dönük olduğu için⁸⁹ mutlaklık atfeden yazarlar vardır⁹⁰.

Bu terminoloji kullanılacaksa yasama sorumsuzluğu, konumuz bağlamında Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtayın aksi yönde kararları olsa da hem cezai hem de hukuki koruma sağladığı için mutlaktır fakat istisnalara sahip olmak yönünden aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Yasama bağımsızlığının en az dört farklı istisnasından bahsedilebilir. Bunları şu şekilde başlıklandırabiliriz: (i) Dışarıda Yineleme Yasağı Kararı, (ii) Disiplin Yaptırımları, (iii) Orman Tahribi Propagandası ve (iv) Kapatma Davaları⁹¹.

85 Bazı ülkelerde (örneğin Norveç ve Hollanda) güvence her türlü politik söylem için geçerliyken, diğer bazılarında partizanca olan (örneğin Lüksemburg, İtalya) yahut gazetecilik gibi mesleki veya özel ilişkiler (İspanya) için tanınmamıştır. Milletvekillerinin saygısız tutumlarının yaptırımsız kalmaması için bu konu genellikle disiplin yaptırımlarına (Avusturya, Birleşik Krallık, Slovakya) bırakılmakta, bazen de meclisin kendi soruşturma ve hattâ cezalandırması (örneğin Birleşik Krallık ve Malta) söz konusu olabilmektedir. bkz. Case of *Demicoli/Malta*, 27/08/1991, 27/8/1991. Örneğin Almanya’da “iftira” durumunda milletvekiline dava açılması mümkündür İsrail’de antisemitizm veya terörizmi kışkırtan ifadeler istisna kılınmıştır.

86 Anayurt, Ö. (2022). s. 689; Eren, A. (2022). s. 700; Tülen, H. (1999). s. 122.

87 Gençkaya Ö. F. et. al. (2020). s. 134; Özbudun, E. (2005). s. 110; Gören, Z. (2015). s. 222.

88 Gözler, K. (2021). s. 596-597; Özbudun, E. (2021). s. 290; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 266. Yazarlar kaldırılamama ve tüm davalara karşı koruma getirmesi öğelerini de dâhil eder.

89 Kaboğlu, İ. Ö. (2019). s. 124.

90 Teziç yasama bağımsızlığının mutlaklığını, hem cezai ve hukuki koruma sağlamasından hem de kaldırılamamasından ileri geldiğini söyleyerek sentezci bir tutum sergiler. Teziç, E. (2016). s. 455.

91 Aslında, seçimlerde uygulanan “propaganda yasakları” veya Anayasa md. 90 uyarınca kanun hükmünde olan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde yer alan

A. DIŞARIDA YİNELEME YASAĞI KARARI

Yasama sorumsuzluğunun geçerli olmayacağı ilk durum bizzat Anayasa'da ifade edilmiştir. Anayasa'ya (madde 83/1) göre yasama sorumsuzluğu güvencesinin istisnası "o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar" alınmasıdır. Bu ifadeden anlaşılması gereken şey iki yönlüdür: (i) Kapalı oturum kararı, (ii) Meclis dışında ifade etme yasağı kararı.⁹²

1. Kapalı Oturum Kararı

Bu bağlamdaki istisnaların ilki "kapalı oturum kararı"dır. Ana kural, her türlü düşünce açıklamasının dışarıda tekrar edilmesinin mümkün olduğudur. Bu tekrarın bire bir aynı sözlerle yapılmasına gerek olmasa gerekir. Düşüncenin özünün bir olması yeterlidir fakat eğer Komisyonunda (İçtüzük, md. 32) veya Genel Kurulda (İçtüzük, madde 70) kapalı oturum yapılması kararı alınmışsa artık bu oturumdaki hiçbir oy, söz, düşünce açıklaması dışarıda tekrarlanamaz. Çünkü kapalı oturum yapılması, görüşmelerin sır olarak saklanmasına söz vermek demektir. Kapalı oturum sırasındaki görüşmeler hakkında, kapalı oturumda bulunanlar ve bulunma hakkına sahip olanlar tarafından hiçbir açıklama yapılamaz. Zira bunlar devlet sırrı olarak saklanır⁹³.

Bu kategoriye, toplu ve mutlak bir yasak olarak ifade edebiliriz.

2. Meclis Dışında İfade Yasağı Kararı

Konuyla ilgili yasağın ikinci türü, oturum açık olmasına rağmen düşünce açıklamasının dışarıda tekrarlanmasına ve açığa vurulmasına dönük bir yasaklama kararı alınmasıdır⁹⁴. TBMM'de 1988 yılında Sosyal Demokrat Halkçı Parti (SHP) milletvekili "M. Ali Eren'in Doğu ve

svaş propagandası ve nefret söylemi yasağı (md. 20) de geniş anlamda bakıldığında birer istisna sayılabilir.

92 İba, Parlamento dışında tekrarlam ve açığa vurma yasağının bir örnek dışında hiç çalıştırılmadığını, fillen uygulanmayan bu gereksiz hükmün, demokratik seviyeye katkı bakımından Anayasa metninden çıkarılmasının daha uygun olacağını savunmaktadır. bkz. İba, Ş. (2022). s. 475.

93 İçeriği belirsiz (şekli gizlilik ögesi olmayan) "devlet sırrı" kavramı hakkında eleştirel bir analiz ve bilgi için bkz. Egeliği, Ö. E. (2022). "Devlet Sırrı ve İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 80, s. 351-398.

94 Sabuncu, Y. (2006). *Anayasaya Giriş*, Ankara: İmaj Yay., s. 192; İba, Ş. (2017). *Parlamento Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay., s. 46; Sevinç, M. (2007). s. 331, Şimşek-Aktaş, D. ve Can, O. (2018). s. 70.

Güneydoğu Anadolu'da meydana gelen olaylar ile bunların nedenlerinin Parlamento tarafından bütün yönleriyle ele alınarak tartışılması” diye tanımlanan, “Kürt sorunu” ve “azınlık millet” gibi kavramlaştırmalar içeren konuşmasının⁹⁵ dışarıda tekrar edilmesi yasaklanmıştır⁹⁶. Bu kararı, bireysel ve nispi bir yasak olarak görmek gerekir.

B. DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

Yasama sorumsuzluğunun hukuk davaları için olmasa da ceza davaları için bir koruma getirildiğini açıklamıştık. Meselenin bir de idari yaptırımlarla ilgili yönü vardır. Anayasa’da bu konuda bir belirleme olmadığı için korumanın idari yönden de geçerli olduğu düşünülebilir. Ne var ki TBMM İçtüzüğü, yasama sorumsuzluğu kapsamında görülebilecek bazı söz ve düşünce açıklamaları için kimi yaptırımlar getirmiştir. Örneğin İçtüzüğün 157. maddesine göre “söz kesmek, sükûneti ve çalışma düzenini bozmak, şahsiyatla uğraşma” uyarı cezasını gerektirir. Hatta bu cezanın iki defa alınması hâlinde milletvekili söz söylemekten yasaklama (madde 158) yaptırımına tabi tutulabilir. Dahası “kaba ve yaralayıcı sözler sarf etmek ve hareketler yapmak”, “Mecliste gürültü ve kavgaya sebep olmak veya Meclisin görevini yerine getirmesini önlemek için toplu bir harekete girişilmesine önyak olmak” ve “Genel Kurulun çalışma düzenini ve huzurunu bozucu döviz, pankart ve benzeri materyali getirmek ve kullanmak” gibi açıkça yasama sorumsuzluğuyla ilgili durumlar için kınama cezası (madde 160/3, 5-6); “Görüşmeler sırasında Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisine, Başkanına, Başkanlık Divanına, Başkanlık görevini yerine getiren Başkanvekiline, milletvekiline, Türk Milletinin tarihine ve ortak geçmişine, Anayasanın ilk dört maddesinde çerçevesi çizilen Anayasal düzene hakaret etmek ve sövmek, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak” ve “Görüşmeler sırasında halkı veya Devlet kuvvetlerini yahut kamu organ, kuruluş ve görevlilerini kanun dışı hareketlere, ayaklanmaya veya Anayasa hükümlerini bozmaya teşvik veya tahrik etmek” gibi yine yasama sorumsuzluğu kapsamında tartışılabilir durumlar (madde 161/3-4) için meclisten çıkarma cezası öngörülmüştür

95 TBMM Tutanak Dergisi, 10’uncu Birleşim, 19/1/1988, s. 451-454.

96 TBMM Tutanak Dergisi, 12’nci Birleşim, 21/1/1988, s. 519 vd.

Bu cezalar sadece kâğıt üzerinde değildir, hayli tartışmalı bağlamlarda bu yaptırımlar uygulama bulmaktadır. Örnek olması açısından son yılların ifade özgürlüğü yönünden en tartışmalı meselelerinden biri olan “Cumhurbaşkanına hakaret” konusu bağlamına denk düşen kararlara değinebiliriz.

Bunlardan ilki, CHP Milletvekili Kamer Genç’e 2013 yılında verilen “üç birleşimden çıkarma cezası” olabilir. Genç’in yaptırıma uğramasına neden olan sözleri şöyleydi:

“Mustafa Elitaş, bir gün önce benim burada yaptığım konuşmayla ilgili ‘bu kişinin konuşmalarına bir arıtma tesisi koysunlar da arıtma tesisinden geçtikten sonra, süzgeçten geçtikten sonra konuşsun’ demiş. Ben dilerdim ki kendisi çıkıp da ‘Tayyip Bey’in ağzına bir arıtma tesisini koyalım, bu arıtma tesisinden konuşmaları geçsin, ondan sonra düzgün bir konuşma çıksın.’ desin, demedi tabii, kendi takdiri”⁹⁷.

Bir diğer örnek, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) milletvekili Lütfü Türkkan’a 2014’te verilen Meclisten “iki birleşim geçici çıkarma cezası”dır. Türkkan’a verilen bu cezanın nedeni olan sözler şöyleydi:

“Üstelik iddianız var, diyorsunuz ki topluma: ‘Biz terörü ve teröristi yok etmek için bu yasaları çıkarıyoruz.’ Ya, adama derler ki: ‘Utanmıyor musunuz siz ya?’ Teröristin başıyla sabah akşam al takke ver külah berabersiniz. Sabah beraber kahvaltı ediyorsunuz, akşam yorganı beraber üstünüze çekiyorsunuz, nasıl olacak bu iş? (AK PARTİ sıralarından “Yalan söylüyorsun.” sesleri) Yalan söyleyen kimse... Yalancının ta kendisidir. Cumhurbaşkanınız, Başbakanınız, MİT Başkanınız, İçişleri Bakanınız; alayınız teröristin yorganının altındasınız be”⁹⁸!”

Keza 2016 yılında CHP Milletvekili Akif Ekici’ye şu sözlerinden ötürü “iki birleşim geçici çıkarma cezası” verilmiştir:

“Ben bir tavsiyede bulunacağım şimdi. Dört gruba da öneriyorum. Bizim orada, bölgemizde bazı yaşlı insanlar olur; söz dinlemez, hasta olur doktora gitmek istemez. Orada aile büyükleri ve bölgenin önde gelen insanları bir araya gelir, bu rahatsız kişiyi

97 TBMM Tutanak Dergisi, 130’uncu Birleşim, 4/7/2013.

98 TBMM Tutanak Dergisi, 69’uncu Birleşim, 4/3/2015.

tedavi olmak için ikna eder. Dört grup oluşturalım, bu Recep Tayyip Erdoğan’ı psikolojik bir tedaviye tabi tutalım⁹⁹.”

Bu kararlara konu olan sözler, Anayasa Mahkemesinin benzer türden vakalarda verdiği ihlal kararları¹⁰⁰ dikkate alındığında yaptırma tabi olmamalıydı fakat görünen o ki milletvekilleri ihmale düşerek veya yaptırımı haklı bularak konuyu Anayasa Mahkemesine taşımadı.

Bu konuda ayrıksı bir örnek Halkların Demokratik Partisi (HDP) Milletvekili Osman Baydemir oldu. Baydemir, Mecliste 2018 yılında yapmış olduğu bir konuşmasında “...Ben Kürt halkının bir evladı olarak, kürdistan dan gelen bir temsilci olarak benim şöyle bir rolüm var...” ifadesini kullanmıştı¹⁰¹. Buna binaen başvurusunun Meclisten iki birleşim geçici çıkarılmasına ve bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisinin kesilmesine karar verilmişti. Konu Anayasa Mahkemesine geldiğinde Mahkemenin çoğunluğu parlamento kararlarına karşı konu yönünden yetkisiz olduğunu söyledi. Gerekçe olarak da açık bir kanuni dayanak göstermekten ziyade “Anayasa’da bu üç parlamento kararı dışında diğer parlamento kararlarının yargısal denetimlerinin yapılacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin yetkilendirilmediği alanda bir yargısal denetim gerçekleştiremeyeceği kuşkusuzdur.” gibi belirsiz bir açıklamaya yer verdi. Oysa Anayasa Mahkemesinin inceleme yetkisini daraltan bir hüküm yoktu. Başvuru esastan incelenseydi ihlal sonucu neredeyse kesindi¹⁰². Zira karar çoğunluğunu oluşturan dokuz üyeye nazaran azınlıkta kalan altı üyeden biri olan Engin Yıldırım’ın da vurguladığı gibi:

“Bu bağlamda kuralla milletvekilinin ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bir içeriğe sahip olması aranmaksızın, belirsiz ve öngörülemez bir tanımlamada bulunmaktan ibaret eyleminin, ödenek ve yolluğundan kesinti yapılma sebebi olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

99 TBMM Tutanak Dergisi, 49’uncu Birleşim, 1/3/2016.

100 Bunu doğrulayan kararlar için bkz. Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26/5/2021; Diren Taşkıran, B. No: 2017/26466, 26/5/2021; Yaşar Gökoğlu, B. No: 2017/6162, 8/6/2021; Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022; Bayram Erkovan, B. No: 2018/23057, 2/11/2022; Deniz Çelebi, B. No: 2018/22063, 2/11/2022.

101 bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 36’ncü Birleşim, 13/12/2017.

102 Vaka şu anda Strazburg’dadır. bkz. Baydemir/Türkiye, 23445/18, 25/5/2020 (communicated case).

Kuralın bu yönüyle düşünce açıklaması niteliğindeki beyanları nedeniyle milletvekillerinin her an cezalandırılma tehdidi altında kalmalarına neden olduğu gözetildiğinde milletvekilleri açısından genel olarak ifade özgürlüğünü, özel olarak ise yasama sorumsuzluğunu kullanılamaz ve anlamsız hâle getirdiği açıktır. Belirtilen niteliğiyle söz konusu düzenlemenin, demokratik toplumda zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik bir sınırlama olduğu söylenemez¹⁰³.”

Bu ve daha önceden aktarılan disiplin cezalarının Meclisin kendi iç düzeni açısından gerekli olduğunu ve dolayısıyla yasama etkinliğine içkin olduğunu ileri sürmek pek gerçekçi sayılmaz¹⁰⁴. Üstelik, bu yaptırımlara dayanak olan normların “Meclis çalışmalarının belirli bir düzen içinde yapılmasının sağlanmasıyla ilgisi olmayan, belirsiz, soyut ve öngörülemez” olduğu da rahatlıkla söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu karardan biraz öncesinde TBMM İçtüzüğü’nün madde 161/3 hükmünde yer alan “Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak” eylemi için getirdiği bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisinin kesilmesini bu gerekçeyle iptal etmişti¹⁰⁵. Dolayısıyla bu kararda da esastan inceleme yapılsaydı -Mahkeme’nin anayasa hukukçusu üyeleri Zühtü Arslan ve Yusuf Şevki Hakyemez’in dikkat çektikleri üzere- ihlal, kanunilik ögesinden ileri gelecekti.

Bu kararlardaki gerekçelerden hareketle Meclisin İçtüzük’te yasama sorumsuzluğunu tehdit eden ögeleri gözden geçirmesi ve milletvekillerinin üzerinde sallanan Demokles’in kılıcını kaldırması gerekmektedir.

C. ORMAN TAHRİBİ PROPAGANDASI

Yasama sorumsuzluğu bağlamındaki bir diğer istisnai durum, yasama dokunulmazlığının dışında bir maddede görünür olmaktadır. Anayasa’nın madde 169/3 hükmü, siyasetçilere dönük kategorik bir

103 *Osman Baydemir (2)* [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022, Engin Yıldırım’ın karşı oyu, § 117.

104 Keza “Ermeni soykırımı” gibi ifadelerinden dolayı yaptırma uğrayan milletvekilleri açısından da durum benzerdir. İfadeler için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 57’nci Birleşim, 13/1/2017. Bunun ihlal yaratacağına kaynak kararlar için bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, 27520/07, 15/10/2011 veya *Perinçek/İsviçre*, 27510/08, 15/10/2015. Ne var ki başvuru sürecini sorunu yaratmıştır. bkz. *Garı Paylan*, B. No: 2017/19699, 13/10/2020.

105 AYM, E. 2017/162, K. 2018/100, 17/10/2018.

yasak getirmektedir: “Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz¹⁰⁶.”

Bu yasak, genel olarak ifade özgürlüğü güvencesine, dolayısıyla özel olarak da yasama sorumsuzluğuna ilişkin bir istisnadır. Burada madde 83/1 ve madde 169/3 hükümleri arasında hangisinin *lex generalis*, hangisinin *lex specialis* sayılacağı tartışmaya açıksa da Anayasa'nın bütününde çevreye ve ormanlara verilen özel önem bu yasağın yasama sorumsuzluğu için de bir istisna sayılmasına gerektirir.

D. KAPATMA DAVALARI

Yasama sorumsuzluğuyla bağlantılı son istisna, siyasi parti kapatma davaları bağlamında ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Anayasanın md. 69/9 hükmü aynen şöyledir:

“Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar.”

Bu hükümdeki “beyan” sözcüğü, milletvekillerinin meclis çatısı altında ettiği sözlerin/beyanların milletvekilinin üyesi olduğu siyasi partinin kapatma davasında kullanılıp kullanılmayacağı sorununu gündeme getirir. Eğer kullanılacak olursa bunun sonucu, milletvekilinin meclis çalışmalarındaki beyanlarından dolayı “beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamama” biçimindeki yaptırıma tabi olabilmesi, yani sorumlu tutulmasıdır.

Anayasa Mahkemesi bu sorunu, *inter alia*, Refah Partisi davasında ele almıştır. Parti temsilcileri, kapatma davasının dayanağı olan sözlerin pek çoğunun yasama sorumsuzluğu kapsamında olduğunu, bunların kapatma davasında kullanılmayacağını ileri sürmüştü fakat Anayasa Mahkemesi bu savunmaya itibar etmemiş, dolayısıyla aslında

106 Bu hükümdeki “açan” sözcüğü hukuki belirliliğe kuşku düşürmektedir.

107 Aydın, M. (2009). s. 722 vd.; Keskinsoy, Ö. (2008). “Meclis Kürsüsünden Sarf Edilen Sözlerin Siyasi Parti Kapatma Davalarında Delil Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Üzerine”, *Yasama Dergisi*, S. 9, s. 74-98. Özgün bir yaklaşım için bkz. Sağlam, F. (1999). *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul: Beta Yay., s. 142.

parti kapatma davalarının yasama sorumsuzluğu açısından bir istisna olduğunu kabul etmişti¹⁰⁸.

Bu içtihat ışığında parti kapatma davalarının da bir istisna olduğunu değerlendirebiliriz.

Burada eleştirel sorumuz şudur: Sözlerinin kendisine siyaset yasağı getirebileceğini, yani siyasi hayatının belki de son bulacağını düşünen bir milletvekili acaba meclis çatısı altında tamamen hürce konuşabilir mi? Bu soruya verilecek yanıt “hayır” şeklindedir fakat bu yaptırımın söz konusu beyanların partinin kapatılmasına (madde 68/9) neden olması hâlinde uygulanacağı ve partilerin kapatılmasının da kararlılık ve yoğunluk gibi öğelerle anlamlandırılan odak olma ölçütüyle karara bağlanacağı kabulüyle, bizzat Anayasa’nın belirlediği bu sapma kabul edilebilir hâle gelebilmektedir.

SONUÇ

Yasama sorumsuzluğu meclise olan saygının, meclise olan saygı ise ulusu temsil etme varsayımının bir sonucu. Yurttaşların her konuyu tartışabilmesi idealinin en azından temsilcileri düzeyinde gerçekleşebilmesi amacına yönelik bu kurum, demokrasi için yaşamsal önem taşıyor. Makalede gördüğümüz üzere bu yaşamsallık, daha Osmanlı zamanında bile biliniyordu. Öyle ki Osmanlı’da anayasa hukuku dersi anlatanlar icabında hakaret sözleri bile dâhil olmak üzere bu kurumun çok ileri bir güvence getirdiğini, milletvekillerini her türlü davadan koruduğunu biliyordu.

Ne var ki geçtiğimiz yüz yılda hem uygulamada hem de metin düzeyinde gerileme yaşandığını görüyoruz. Gerileme veya makale başlığında ifade edildiği üzere erozyon, bu türden gerilemelere karşı durmak için kurulan Anayasa Mahkemesine rağmen gerçekleşmiş bulunuyor.

Aşınma, sorumluluk kavramının karşılığı olan üç kategoride de gerçekleşiyor:

Birincisi; yasama sorumsuzluğu, eskilerde farklı bir eğilim olsa da “hukuk” davalarına karşı geçerli sayılmıyor. Anayasa Mahkemesi,

108 AYM, E.1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1998/1, 16/1/1998. Diğer örnekler için bkz. Aydın, s. 722. Sorun, Demokrat Partililerin yargılanması bağlamında da gündeme gelmiştir. bkz. Sevinç, M. (2007). s. 333. Bu bakımdan yasama bağımsızlığı istisnalarının “anayasayı ihlal” suçu yönünden de mümkün olup olmadığı sorunu ele alınmayı beklemektedir.

Yargıtayın eğilimini aynen benimsiyor bazı karşı oy itirazlarına rağmen çoğunluk, Anayasa Mahkemesinin kendi özerk yorumunu geliştirmesi eğilimine yanaşmıyor. Yürütme erkinden kişilerin yasamadaki muhalif milletvekillerine karşı açtığı rekor düzeydeki tazminat davaları, ceza yaptırımlarının yerini alabiliyor. Bu türden yaptırımlarda içtihadî ölçütlerden keyfî biçimde sapılmış olması¹⁰⁹ kurumun altının oyulmasına hizmet ediyor.

İkincisi; yasama sorumsuzluğu, Osmanlı’dan bu yana süren bir geleneğin uzantısı olarak “idari” yaptırımlara karşı işlerlik göstermiyor. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki denetimden kaçınma eğilimi söz konusu gerilemeye hizmet ediyor. Norm denetimi yoluyla TBMM İçtüzüğü’ndeki sorunlar nispeten tespit edilse de bu konudaki gerekçelendirme, gereken vurguları içermiyor. Dolayısıyla bu alanda da Anayasa hükümlerini ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarını açığa düşüren bir aşınma baş göstermiş bulunuyor.

Üçüncüsü, yasama sorumsuzluğu, esasen “ceza” davalarına karşı koruma getirir sayılıyor fakat bu bağlamda özellikle koruma tedbirleriyle ilgili vakalarda Anayasa Mahkemesi, (özellikle kuvvetli suç şüphesi bağlamında) yasama sorumsuzluğu kurumuna özel bir önem atfetmeyerek kurumun ceza öncesi süreçlerdeki korumasının gevşemesine kapı aralıyor. Dahası; Anayasa’nın geçici 20. maddesi hükmünün uygulamasında görüldüğü üzere TBMM çoğunluğunun bu korumayı kaldırdığı koşullarda, sadece düşünce açıklamasına dayalı suçların “milletvekili dokunulmazlığı” dışında bir de “milletvekili sorumsuzluğu” güvencesi içinde olduğu gerçeğine yeterince sahip çıkılmamaktadır. Bu eğilim (“milletvekili dokunulmazlığı”nın istisnası olan Anayasa 14. maddesi hükmü bağlamında) 2001 değişikliklerinin tarihsel yorumunun içtihadî dahil edilmemesiyle de derinleştirilmektedir.

Bunlardan başka, yasama sorumsuzluğu ile ilgili incelememizin bir de öğretiyeye dönük sonucu var. Öğretide yasama sorumsuzluğunun mutlaklığı kavramının farklı yazarlarca farklı biçimlerde kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda süreklilik ve tüm davalara karşı korunma

109 Özellikle bkz. 70 No.lu dipnottaki açıklamalar.

anlamındaki mutlaklık kullanımları yerindedir. Ne var ki istisnasının olması yönündeki tespitler kuşkuludur. Makale, dört istisnanın olduğunu ileri sürmektedir: (i) Dışarıda yineleme yasağı kararı, (ii) Disiplin yaptırımları, (iii) Orman tahribi propagandası ve (iv) Kapatma davaları.

Bunlardan, orman tahribi propagandası, dışarıda yineleme yasağı kararı bağlamında kapalı oturum kararı ve Meclis dışında ifade etme yasağı kararı biçimindeki alt başlıklar özellikle tartışılmayı beklemektedir. Bu tartışmalarda, metnin insicamı gereği dipnotlarda aktarılan “seçimlerde propaganda yasakları” veya Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde yer alan “savaş propagandası ve nefret söylemi yasağı” (madde 20) konularının da ele alınması savı en azından sorgulamayı derinleştirebilecektir.

Yasama sorumsuzluğunun milletvekili dışındaki kişilere dönük getirdiği koruma ile oy, söz ve düşünce açıklaması bağlamında yapılan sorgulamalar da Türk hukuk öğretisinin takdirine sunulmuştur.

KAYNAKÇA

- AKYÜREK, Akman (1991). *Parlamentarlerin Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları*, Ankara: Başbakanlık Yayınları.
- ANAYURT, Ömer (2022). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (5. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ARSEL, İlhan (1955). “Suistimale Uğrayan Bir İmtiyaz: Teşrii Muafiyet”, *Forum Dergisi*, C. 2., S. 23.
- ATAR, Yavuz (2022). *Türk Anayasa Hukuku* (15. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- AYBAR, Mehmet Ali (1937). “Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 3., ss. 120-160.
- AYBAY, Rona (1963). *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- AYDIN, Mesut (2009). “Milletvekillerinin Yasama Sorumsuzluğunun Siyasal Parti Kapatma Davalarına Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 4., ss. 711-736.
- BABANZÂDE İsmail Hakkı (2014). *Hukuk-ı Esasiye*, Fernaz Balcıoğlu ve Ayça Büşra Balcıoğlu (haz.), İstanbul: Erguvani Yayınevi.
- BAŞGİL, Ali Fuad (1941). “Teşrii Masuniyet Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7., S. 1-3., ss. 3-89.
- BİLİR, Faruk (2001). *Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi*, Ankara: Nobel Yayınları.
- DÖNER, Ayhan (2004). “Parlamentar Bağışıklıklar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1-2., ss. 49-72.
- DÖNER, Ayhan (2022). *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınevi.
- DUNBAY, Seda (2014). “Osmanlı’dan Günümüze Yasama Bağışıklıkları”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DUNBAY, Seda (2013). *Türk Parlamento Tarihinde Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DURŞUN, İsmail (2013). “Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 19., S. 1., ss. 1-73.

- DUYMAZ, Erkan (2013). "İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18., ss. 1367-1404.
- EREN, Abdurrahman (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri* (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- EROĞUL, Cem (2016). *Anatüzeğe Giriş* (15. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi.
- EROĞUL, Cem (2019). *Demokrat Parti: Tarihi ve İdeolojisi* (3. Baskı), İstanbul: Yordam Yayınları.
- EGELİĞİ, Ömer Emrullah (2022). "Devlet Sırrı ve İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 80., ss. 351-398.
- İBA, Şeref (2022). *Anayasa Dersleri: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Turhan Kitabevi Yayınları.
- İBA, Şeref (2017). *Parlamento Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi
- İÇEL, Kayıhan ve ERMAN, Barış (2004). "Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığına İlişkin Görüş", *Prof. Dr. Çetin Özek'e Armağan*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.
- GENÇKAYA Ömer Faruk et. al. (2020). *Parlamento Hukuku*, Ankara: Lykeion Yayınları.
- GÖREN, Zafer (2020). *Anayasa Hukuku* (5. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2001). "Yasama Dokunulmazlığı- Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 56., S. 3., ss. 71-101.
- GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Şeref ve SEZGİN, Zekai (1957). *1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü Yayınları.
- HAS, Volkan (2009). *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- HÄBERLE, Peter (1989). “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als fünfter Auslegungsmethode”, *Juristenzeitung*, C. 44., S. 20., ss. 913-919.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2019). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (14. Baskı), İstanbul: Legal Yayınevi.
- KESKİNSOY, Ömer (2007). *Yasama Sorumsuzluğu*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- KESKİNSOY, Ömer (2008). “Meclis Kürsüsünden Sarf Edilen Sözlerin Siyasi Parti Kapatma Davalarında Delil Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Üzerine”, *Yasama Dergisi*, S. 9., ss. 74-98.
- KIRATLI, Metin (1961). *Parlamentar Muafiyetler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları.
- ORCAN, Necdet Umut (2020). ‘Yarış(a)mayan İlkeler: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Politik İfadeler Bağlamında Adil Denge Sorunu’, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9., S. 18., ss. 465-532.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005). “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 59., ss. 109-115.
- ÖZBUDUN Ergun (2021). *Türk Anayasa Hukuku* (21. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınevi.
- ÖZCAN, Hüseyin (2006). *Yasama Bağışıklıkları*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- SABUNCU, Yavuz (2006). *Anayasaya Giriş*, Ankara: İmaj Yayınları.
- SAĞLAM, Fazıl (1999). *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul: Beta Yayınları.
- SEVİNÇ, Murat (2007). “22. Yasama Dönemi’nin (2002-2007) Ardından, Yasama Bağışıklıkları Konusu”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 319-347.
- SEVİNÇ, Murat (2004). *Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları*, Ankara: Kırılmaç Yayınları.
- ŞİMŞEK-AKTAŞ, Duygu ve CAN, Osman (2018). “Yasama Sorumsuzluğunun İşlevsizleştirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13., S. 145., ss. 61-72.
- TANİLLİ, Server (1976). *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul: Cem Yayınevi.

- TANÖR, Bülent (2022). *TCK 142. Madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2020). *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (20. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- TEZİÇ, Erdoğan (2016). *Anayasa Hukuku* (20. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- TÜLEN, Hikmet (1999). "Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3.
- YAZARSIZ (1984). *Gerekçeli Anayasa: M.G.K. Değişiklik Gerekçeleriyle Birlikte*, İstanbul: Değişim Yayınları.

TUTANAKLAR

- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 139'uncu Birleşim, 31/8/1982.
- TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 3, 26/1/1928.
- TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 11, 12/12/1951.
- TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 14, 18/4/1952.
- TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2/7/1956.
- TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2/7/1956, 3/327 Esas Numaralı Kars Mebusu Sırrı Atalay'ın Teşrii Masuniyetinin Kaldırılmasına Dair Başvekâlet Tezkeresi ve Teşkilat-ı Esasiye ve Adliye Encümenlerinden Mürekkep Muhtelit Encümen Mazbatası.
- TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 13, 2/7/1956, 3/353 Esas Numaralı Mazbata.
- TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 2, 12/2/1962, 3/175 numaralı Zonguldak Milletvekili Nuri Beşer'in Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Oluşan Karma Komisyon Raporu.
- TBMM Tutanak Dergisi, 10'uncu Birleşim, 19/1/1988.
- TBMM Tutanak Dergisi, 12'nci Birleşim, 21/1/1988.
- TBMM Tutanak Dergisi, 132'nci Birleşim, 25/9/2001.
- TBMM Tutanak Dergisi, 130'uncu Birleşim, 4/7/2013.
- TBMM Tutanak Dergisi, 69'uncu Birleşim, 4/3/2015.
- TBMM Tutanak Dergisi, 49'uncu Birleşim 1/3/2016.

TBMM Tutanak Dergisi, 57’nci Birleşim, 13/1/2017.

TBMM Tutanak Dergisi, 36’ıncı Birleşim, 13/12/2017.

TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 20, 24/6/1957, 3/528 Esas Numaralı Kırşehir Mebusu Osman Bölükbaşı’nın Teşrii Masuniyetinin Kaldırılmasına Dair Başvekalet Tezkeresi ve Teşkilat-ı Esasiye ve Adliye Encümenlerinden Mürekkep Muhtelit Encümen Mazbatası

Mahkeme Kararlar

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

Chaplinsky/New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Texas/Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1986/13, K.1987/12, 22/5/1987.

AYM, E.1994/16, K.1994/35, 21/3/1994.

AYM, E. 1994/7, K. 1994/26, 21/3/1994.

AYM, E.1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1998/1, 16/1/1998.

AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.

Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

Bayram Erkovan, B. No: 2018/23057, 2/11/2022.

Çağlar Demirel, B. No: 2017/5221, 12/9/2018.

Deniz Çelebi, B. No: 2018/22063, 2/11/2022.

Diren Taşkiran, B. No: 2017/26466, 26/5/2021.

Garı Paylan, B. No: 2017/19699, 13/10/2020.

Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759, 30/3/2022.

İdris Baluken (4), B. No: 2020/8387, 11/3/2021.

İsa Gök, B. No: 2015/805, 12/9/2018.

Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017.

Kemal Kılıçdaroğlu (6), B. No: 2017/27971, 18/5/2021.

Kemal Kılıçdaroğlu (8), B. No: 2019/11406, 26/5/2022.

Osman Baydemir (2) [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022.

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

Selma Irmak, B. No: 2016/32948, 7/3/2018.

Sırrı Süreyya Önder [GK], B. No: 2018/38143, 3/10/2019.

Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26/5/2021.

Yaşar Gökoğlu, B. No: 2017/6162, 8/6/2021.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

A/Birleşik Krallık, 35373/97, 17/12/2002.

Altuğ Taner Akçam/Türkiye, 27520/07, 15/10/2011.

Baydemir/Türkiye, 23445/18, 25/5/2020 (communicated case).

Cangı/Türkiye, 24973/15, 29/1/2019.

Cordova/İtalya (No.1), 40877/98, 30/1/2003.

Cordova/İtalya (No.2), 45649/99, 30/1/2003.

Demicoli/Malta, 13057/87, 27/8/1991.

Eon/Fransa, 26118/10, 14/3/2013.

Kart/Türkiye, 8917/05, 3/12/2009.

Kılıçdaroğlu/Türkiye, 16558/18, 27/10/2020.

Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan, 18030/11, 8/11/2016.

Oberschlick/Avusturya, 11662/85, 23/5/1991.

Perinçek/İsviçre, 27510/08, 15/10/2015.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5/4/2007 tarihli ve E. 2014/6283, K. 2007/4541 sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 12/1/2009 tarihli ve E. 2008/5670, K. 2009/228 sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 4/7/2011 tarihli ve E. 2010/7907, K. 2011/7797 sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 3/12/2015 tarihli E. 2014/16729, K. 2015/14144 sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22/1/2015 tarihli ve E. 2014/4418, K. 2015/748 sayılı kararı.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18/11/2016 tarihli E. 2016/3657, K. 2016/6896 sayılı kararı.



GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN CUMHURİYETİN LAİK DEVLET NİTELİĞİNE İLİŞKİN YORUMU

*The Turkish Constitutional Court's Interpretation of the Secular State
Character of the Republic from the Past to the Present*

Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah EVLİYAĞLU*

ÖZ

Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri, Anayasa'nın 2. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre, Cumhuriyet'in Anayasa'da hukuken benimsenmiş niteliklerinden biri, "laik" devlet olma niteliğidir. Fakat Anayasa, bu madde içerisinde laik devlet olma niteliğine ilişkin başka bir açıklama ya da tanımlama yapmamıştır. Belki bu noktada "din ve vicdan hürriyeti" veya benzeri diğer anayasal kavramlarla ya da "Başlangıç" hükümleriyle bir irtibat kurulabilirse de din ve vicdan hürriyeti ya da benzer kavramlar, tıpkı laik devlet ilkesi gibi somut olaylar ya da norm denetimine konu olabilecek çeşitli normlar bağlamında gene yorumlanmaya muhtaçtır. Kısaca, "yorum" bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde, hukuken bağlayıcı olan yorumu yapabilme kabiliyetine sahip mekanizma ise Türk Anayasa Mahkemesidir. Mahkemenin "laik devlet" ilkesini ne şekilde yorumladığını analiz edebilmek için bu çalışma kapsamında çeşitli kararlar incelenmiştir. Laik devlet ilkesi ile ilgili seçilmiş bazı kararların incelenmesi neticesinde, aradaki bariz farka binaen iki farklı dönemden söz edilebilir. Birinci dönem kararları ışığında, laik devlet ilkesini yorumlama konusunda "katı" bir yaklaşım benimseyen Türk Anayasa Mahkemesinin ikinci dönem olarak adlandırılan süreçte ise "özgürlükçü" bir yaklaşım sergilediği gözlemlenmektedir. Sonuçta, geçmişten günümüze kadar Mahkeme, "laik devlet" yorumu bakımından "katı" bir yaklaşımdan "özgürlükçü" bir yaklaşıma, "dayatmacı" veya "dışlayıcı" laiklik anlayışından "pasif laiklik" anlayışına, belki de en doğru ifade ile "ideoloji eksenli" yorum yönteminden "hak temelli" yorum yöntemine

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, abduallah.evliyaoglu@erzincan.edu.tr, ORCID 0000-0002-2892-039X.

doğru belirgin bir dönüşüm sergilemiştir. Hak ve özgürlüklerin devlet-birey ilişkisi çerçevesinde geniş ve özgürlükçü bir şekilde yorumlanması kuralı temel ilke olarak esas alındığında ise Türk Anayasa Mahkemesinin günümüzde vardığı nokta olağan dışı değildir.

Anahtar Kelimeler: Laik devlet, yorum, Türk Anayasa Mahkemesi, ideoloji eksenli yaklaşım, hak temelli yaklaşım.

ABSTRACT

The characteristics of the Republic of Türkiye are listed in Article 2 of the Constitution. Accordingly, one of the characteristics of the Republic that has been legally adopted in the Constitution is that it is a “secular” state. However, the Constitution does not provide any further explanation or definition of the nature of being a secular state within this article. At this point, a connection can be made with “freedom of religion and conscience” or other similar constitutional concepts, or with the provisions of the “Preamble”, but freedom of religion and conscience or similar concepts, like the principle of the secular state, still need to be interpreted in the context of concrete events or various norms that may be subject to constitutionality review. In short, “interpretation” emerges as a necessity. In our country, the Turkish Constitutional Court is the mechanism capable of providing a legally binding interpretation. In order to analyse how the Court has interpreted the principle of the “secular state”, this study examines various judgments. As a result of the examination of some selected judgments on the principle of the secular state, two different periods can be identified due to the obvious difference between them. In the light of the judgments of the first period, it can be observed that the Turkish Constitutional Court, which adopted a “strict” approach in interpreting the principle of the secular state, developed a “liberal” approach in the so-called second period. In short, from the past to the present, in the context of the interpretation of the “secular state”, the Court has shown a significant transformation from a “strict” approach to a “liberal” approach, from an “imposing” or “exclusive” mentality of secularism to a “passive secularism” mentality, or, perhaps with the most accurate expression, from an “ideology-based” interpretation method to a “rights-based” interpretation method. If the rule of a broad and liberal interpretation of rights and freedoms within the framework of the relationship between the state and the individual is taken as a basic principle, the point reached by the Turkish Constitutional Court today is not extraordinary.

Keywords: Secular state, interpretation, Turkish Constitutional Court, ideology-based approach, rights-based approach.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Cumhuriyet'in diğer nitelikleriyle birlikte "laik" devlet niteliğine de vurgu yapılmaktadır. Buna göre, laik devlet niteliğinin anayasal düzlemde hukuken benimsenmiş olduğu açıktır. Anayasa, 2. madde içerisinde bu nitelikten bahsetmekle birlikte, laik devlet olmaktan neyi kastettiğine ilişkin başka bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Aslında 176. madde uyarınca "Başlangıç" kısmının Anayasa metnine dâhil olduğu düşünüldüğünde, Dinçkol'un da belirttiği üzere laik devlet ilkesi ile Başlangıç kısmındaki Atatürk ilkeleri arasında bir ilişki kurulabilir veya Başlangıçta yer alan kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaması esasının laik devlet çerçevesinde önemine dikkat çekilebilir¹. Ayrıca laik devlet ilkesinin 24. madde ile bağlantısı ise zaten ortadadır. "Din ve vicdan hürriyeti" başlıklı bu maddeye göre "herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir".

Fakat din hürriyeti, vicdan özgürlüğü gibi diğer birtakım kavramlar da tıpkı laik devlet ilkesi gibi içeriği ayrıca belirlenmesi gereken kavramlardır. Bu kapsamda beliren önemli bir sorun, laik devlet ilkesinin ya da bu ilkeye ait alt başlıkların içeriğinin nasıl, hangi ölçütlere göre ve kim ya da kimler, hangi merciler tarafından belirleneceği sorunudur. Neticede, somut olaylar veya durumlar ya da norm denetimine konu olacak düzenlemeler karşısında, laik devlet ilkesinin veya bu ilke ile bağlantılı diğer esasların nasıl uygulanacağı sorunu "yorum" konusunu gündeme getirmektedir.

Esasen laik devlet ilkesi bağlamında parlamento, idare, doktrin, belirli sivil toplum örgütleri, hatta halk kitleleri bir yorum ortaya koyabilir. Ancak bunların hepsinden önemlisi, hangi mekanizmanın kendisine hukuki sonuçlar bağlanacak olan, yani "hukuken bağlayıcı" olan yorumu yapabileceğidir. Elbette, laik devlet ilkesi ya da laiklik kavramları hakkında birçok tanımlama yapılmıştır. Bu çalışmada laik devlet ilkesi veya laiklik kavramı hakkında doktrinde yer alan çeşitli tanımlara ve tartışmalara sınırlı olarak bazı atıflar yapılacak, esasen

1 Dinçkol, B. (1992). 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 58.

Anayasa normları hakkında ülkemizde hukuken bağlayıcı yorum yapma yetkisine sahip olan Türk Anayasa Mahkemesi kararlarının laik devlet ilkesi açısından incelenmesi söz konusu olacaktır. Bu sayede Türk Anayasa Mahkemesinin kurulduğu günden bu yana laik devlet ilkesi yorumu bakımından herhangi bir değişimin bulunup bulunmadığı, eğer bir değişim söz konusu ise bu değişimin hangi yönde olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde laik devlet ilkesinin belirlenmesi sorunu çerçevesinde “yorum” konusunun önemine değinilecek, ikinci bölümde laik devlet ilkesiyle bağlantılı olan bazı kararların incelenmesine odaklanılacaktır. Üçüncü bölümde ise söz konusu kararların incelenmesi sonucunda varılacak değerlendirmeye göre, geçmişten günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesini yorumlamada sergilediği dönüşüm ortaya konulacaktır.

I.LAİK DEVLET İLKESİNİN BELİRSİZLİĞİ SORUNU VE YORUMUN KAÇINILMAZLIĞI

A. GENEL TANIMLAR, AYRIMLAR VE LAİK DEVLET KAVRAMININ BELİRLENMESİNDE ZORLUKLAR

Laiklik kavramı hakkında terminolojik açıdan kısa bir açıklama yapmak gerekirse, bu kavram üzerinde çalışan birçok yazarın eserlerindeki birbirine paralel açıklamalara göre “laik” ifadesi eski Yunancadan Latinceye, Latineden Fransızcaya ve nihayetinde Türkçeye geçmiştir. Kelimenin kökeni, din adamı ya da papaz sınıfından olmayan insanları ifade etmektedir. Osmanlıcada laik sözcüğü yerine “ladini”, yani din dışı kalan sözcüğü kullanılmış fakat bu sözcük de tam yerine oturmamıştır. Sonuçta “laik” veya “laiklik” sözcükleri yaygın kullanım alanı bulmuştur². Esasen laiklik kavramı çerçevesinde, “laik devlet” ifadesine ayrıca vurgu yapılması gerekmektedir. Çünkü doktrinin üzerinde uzlaştığı gibi, laiklik sadece devlet hayatına ilişkin bir prensiptir ve bireyi ilgilendirmez³. Aşağıda, “ikinci dönem” olarak adlandırılan

2 Terim açısından bkz. Başgil, A. F. (2017). *Din ve Laiklik*, İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, s. 161-163; Hafızoğulları, Z. (1998). *Laiklik*, Ankara: Atatürk Kültür Merkezi Yayınları, s. 1-2; Ateş, T. (2000). *Dünyada ve Türkiye’de Laiklik*, Ankara: Ümit Yayıncılık, s. 21; “laiklik” bağlamında terim açısından bkz. Dinçkol, B. (1992). s. 5-6, dn. 6; Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 165-166.

3 Başgil, A. F. (2017). s. 172; Hafızoğulları, Z. (1998). s. 2; Döner, A. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 113. Aynı yönde, bkz. Gözler, K. (2019). s. 172; Ateş, T. (2000). s. 24. Ateş, farklı bir hususu da eklemiştir. Yazara göre, bir kişi ben laik bir insanım diyebilir. Yani ben kimsenin inancına karışmıyorum, kimse de bana karışmasın demektir. Fakat yazara göre ben laikim demek ben dinsizim demek değildir. Benim dinim kimseyi

kısımda incelenecek olan 2012 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da bu hususun altı çizilmiştir⁴. Nitekim, din kurallarının muhatabı gerçek kişilerdir ve tüzel kişi olan devletin sevap veya günah işlemesi düşünülemez⁵.

Bununla birlikte gene bazı yazarların altını çizdiği üzere, laiklik kavramının sözlük anlamı üzerine çok tartışma olmasa da kapsam ve uygulaması açısından değişik yorumlar söz konusudur⁶. Laiklik kavramının tanımlanması bağlamında Gözler'e göre laikliğin çok çeşitli tanımları yapılmıştır fakat bu tanımları inceleyerek bir yere varılamaz. Önemli olan laik devletin nitelikleri ve gerekleridir⁷. Bu kapsamda anayasa hukukuna ilişkin genel bilgileri içeren birçok çalışma içerisinde birbirine benzeyen alt başlıklardan söz edilmekte ve laik devletin nitelikleri bakımından, din hürriyeti ile din ve devlet işlerinin ayrılığı olmak üzere iki ana başlıktan söz edilmektedir. Din hürriyeti hakkında inanç ve ibadet özgürlüğüne; din ve devlet işlerinin ayrılığı hakkında ise devletin resmî dininin bulunmaması, ülkedeki bütün farklı din mensuplarına karşı devletin tarafsız olması veya hukuk sisteminin din kurallarına dayanma zorunluluğunun olmaması gibi alt başlıklara işaret edilmektedir⁸. Bu açıklamalarda dikkat çeken “*din ve vicdan özgürlüğü*” kavramı hakkında Ateş ise laik devletin yurttaşlarına karşı din ve vicdan özgürlüklerini koruma yükümlülüğü olduğunu söylemiş fakat din ve vicdan özgürlüğünü aslında laiklik ile karıştırılan yeni bir kavram olarak nitelendirmiştir⁹. Kısaca, ana başlıklar bağlamında dahi bazı belirsizlikler göze çarpmaktadır.

Hafızoğulları ise çok farklı bir noktadan konuyu ele almıştır. Yazar, laiklik bakımından çeşitli eserlerde ülkedeki dinlere karşı tarafsızlık, din

ilgilendirmez, ben de sizinkilerle ilgilenmiyorum demektir, Ateş, T. (2000). s. 24-25.

4 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

5 Döner, A. (2022). s. 113; aynı yönde, bkz. Gözler, K. (2019). s. 172.

6 Dinçkol, B. (1992). s. 6.

7 Gözler, K. (2019). s. 166.

8 Bu bilgiler için bkz. Özbudun, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 77-87; Gözler, K. (2019). s. 165-190. Benzer şekilde, bkz. Anayurt, Ö. (2022). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 360-365; Döner, A. (2022). s. 104-120; Eren, A. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 344-360; Eren, laik devletin temel özelliklerini üçe ayırmış. Buna göre laikliğin gerekleri, din ve vicdan özgürlüğü, din ve devlet kurumlarının ayrılması, hukuk düzeninin dine dayanmamasıdır.

9 Bkz. Ateş, T. (2000). s. 25 ve s. 31. Bu görüşe benzer şekilde Türk Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre de “*laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk ilkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir.*” Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

ve devlet işlerinin ayrılığı, devletin ibadete müdahale etmemesi, din ve vicdan hürriyeti gibi hususlardan bahsedildiğini fakat bunların aslında kapsam ve sınırlardan ibaret olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre, bir bilinmeyenle diğer bir bilinmeyen açıklanamayacağından, önce laikliğin ne olduğunun açıklanması gerekmektedir; aksi hâlde laik devletin kapsamı ve sınırları açıklanamayıp tartışma bitmeyecektir¹⁰.

Bu noktada birçok yazarın belirttiği üzere, laiklik hukuki anlamda pozitif bir değer olmasına rağmen, tanımlanmasının kolay olmaması ya da kapsamı ve sınırlarının açıklığa kavuşturulamaması dolayısıyla bu kavramın içeriğinin belirlenmesinin zorluğundan söz edilebilir¹¹.

Bir başka ve daha önemli bir sorun ise laiklik kavramı veya laik devlet ilkesi denildiğinde, içeriğe ilişkin bazı esaslar ortaya konulsa veya bu esaslar tanımlanabilse dahi, bu tanımların veya ortaya konacak ölçütlerin daha da somutlaştırılması gerektiğidir. Sonuçta uygulama açısından farklı durumlar ya da olaylar karşısında laik devlet ilkesine ilişkin bazı “yorum”lar yapılması bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Belki bu yorumların hiçbiri, yapılan son yorum olmayacaktır ve bu ilkenin yorumlanması faaliyeti çeşitli çevrelerce devam edecektir; ancak hukuk düzleminde hangi merci Anayasa’da yer alan laik devlet ilkesi konusunda hukuken bağlayıcı olan yorumu yapabilir sorusuna karşılık ülkemiz bakımından cevap elbette Türk Anayasa Mahkemesi olacaktır. Neticede Anayasa Mahkemesinin 2. maddedeki laik devlet ilkesine ilişkin yapacağı yorum, birçok farklı yorum arasındaki bağlayıcı olan yorum, yani “otantik yorum”dur.

B. OTANTİK YORUM YETKİSİ VE YORUMUN GEREKLİLİĞİ

Yukarıda bahsedildiği gibi, kendisine hukuki sonuçların bağlandığı ve hukuken kendisine herhangi bir itirazın mümkün olmadığı, kısaca “bağlayıcı” olan yorum için doktrinde “otantik yorum” yetkisinden söz edilmektedir¹³. Günümüzde Türk hukuk siteminde, hem soyut ve somut norm denetimi hem de bireysel başvuru kararları açısından

10 Hafizoğulları, Z. (1998). s. 4, dn. 9.

11 Aynı yönde, bkz. Hafizoğulları, Z. (1998). s. 3-4; Fendoğlu, H. T. (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 250.

12 Yorumun kaçınılmazlığı konusunda, bkz. Gözler, K. (2006). “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 61., S. 3., s. 137.

13 Gözler, K. (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 262-263; Uslu, F. (2020). *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 328-329.

otantik yorum yapma yetkisi ise Türk Anayasa Mahkemesine aittir. Otantik yorum bağlamında, tıpkı 1961 Anayasası döneminde 152. madde gereğince söz konusu olduğu gibi, 1982 Anayasası çerçevesinde 153. madde uyarınca da Anayasa Mahkemesi kararları kesindir ve tüm makam ya da kişiler için bağlayıcı niteliktedir. Nitekim 153. maddeye göre, “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar”. Kısaca, Anayasa Mahkemesi ile farklı bir makamın yaptığı yorum çatışmakta ise esas alınacak ve bağlayıcı kabul edilecek olan yorum Anayasa Mahkemesinin yorumu olacaktır. Örneğin, Erdoğan’ın belirttiği gibi, anayasa mahkemelerinin anayasa hükümlerine yüklediği anlam, akademik olarak tartışmalı olsa bile hukuken geçersiz kılınamayacaktır¹⁴.

Fakat bu noktada Metin, haklı olarak bir tehlikeye dikkat çekmektedir ki yazar, yorum konusu bakımından anayasal devlet düşüncesinin en zayıf yönünün ortaya çıkacağından bahsetmekte ve bağlayıcı yorum yetkisine sahip organın her şeye hükmedebilecek bir organa dönüşebileceğine değinmektedir¹⁵. Bu nedenle Anayasa’nın yorumlanması noktasında gösterilecek hassasiyetin derecesinin de yüksek bir seviyede olması gerektiği açıktır. Anayasa mahkemeleri belki “yorum” bağlamında son sözü söyleyen organlardır fakat yorum yaparken tamamen serbest değillerdir. Aksi hâlde anayasanın üstünlüğü ilkesi yerine “anayasa mahkemesi kararlarının üstünlüğü ilkesi” söz konusu olacaktır. Kısaca anayasa mahkemelerinin yorum noktasında çeşitli kural ve yöntemlerle bağlı olmaları en doğrusudur¹⁶.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, ülkemiz hukuk sistemi kapsamında laik devlet nedir, hangi alt başlıklardan oluşmaktadır, daha önemlisi hangi fiil ve faaliyetler ya da davranışlar laik devlet ilkesini zedeleyebilir gibi sorulara nihai olarak cevap verecek makam gene Türk Anayasa Mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷. Ancak bu

14 Erdoğan, M. (2017). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 92-93.

15 Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınevi, s. 1.

16 a.g.e. s. 215.

17 Bkz. Gözler, K. (2006). s. 135. Gözler, çalışmanın konusuyla da alakalı şekilde “başörtüsü” ya da “türban” ile ilgili bir kanunun laik devlet ilkesi çerçevesinde Anayasa’ya uygun olup olmadığı ihtimalinden yola çıkarak konuyu yorum kavramına dayandırmıştır. Böyle bir kanunun varlığı ihtimali karşısında yazara göre, “Anayasada “türban takılması yasaktır” veya “serbesttir” şeklinde bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesi, böyle bir davada, türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bu kanunun laiklik ilkesine uygunluğunu tartışıp karar verecektir. Laiklik ilkesinin ne olduğu ise anayasada tanımlanmamıştır. Anayasanın 2’nci maddesinde sadece “Türkiye

ilkeyi yorumlarken Anayasa Mahkemesinin belirli bazı yorum kuralları çerçevesinde hareket etmesi gerekecektir.

Çalışmanın başında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin önemli bir niteliği olarak yalnızca "laik" ifadesinden söz etmiştir. Diğer ilgili maddelerde yer alan din hürriyeti, vicdan hürriyeti ya da benzer kavramların da aslında neyi kastettiklerine ilişkin herhangi bir tanımlama Anayasa'da yer almamaktadır. Sonuçta laik devlet ilkesinin kapsamının belirlenmesi yoruma muhtaç görünmektedir ki diğer hukuk kuralları gibi anayasanın yorumlanmasının da bir zorunluluk olduğu fikri doktrinde hâkimdir¹⁸. Fakat diğer hukuk dalları ile kıyaslandığında anayasa hukukunda yorumun çok daha ayrı bir önemi bulunmaktadır. Çünkü anayasalarda yer alan hükümler daha genel ve soyuttur. Bu yüzden bu alandaki yoruma ilişkin sorunlar diğer hukuk alanlarına oranla daha sık ortaya çıkar¹⁹. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki normların da çoğu kısa, öz ve genel ifadelerle formüle edilmiştir. Çoğunda prensipler vardır ve somutlaştırılmadan uygulanmaları güçtür. İçeriği geniş, tamamlanmamış ve soyut ilkeler bulunmaktadır; kısaca, bahsedilen ilkelerden ne tür sonuçların çıkabileceği konusu tartışmaya açıktır.

Bir başka sorun ise Anayasa Mahkemesinin farklı dönemlerde farklı yorumlar yapması ihtimalinde konunun nasıl bir hal alacağıdır. Bu sorun çerçevesinde çalışmanın odaklandığı nokta da zaten Türk Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesi ile bu ilkenin tanımı, kapsamı, sınırları ve nitelikleri bakımından geçmişten günümüze ne şekilde bir yorum tarzı benimsediği ve laik devlet ilkesini ne şekilde bir yaklaşımla yorumladığıdır.

Nitekim Mahkeme, çeşitli dönemlerde farklı bir yorum tarzı ve farklı bir bakış açısı ile konuya yaklaşmış bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin konuya bu farklı yaklaşımları iki ayrı döneme ayrılarak

Cumhuriyeti, ... laik ... bir Devlet'tir demektir. Acaba türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bu kanun, Anayasanın "Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlettir" diyen ikinci maddesine uygun mudur, yoksa aykırı mıdır? Bu soruya da objektif bir cevap vermek mümkün değildir. Bazılarına göre böyle bir kanun Anayasaya aykırıdır; bazılarına göre ise aykırı değildir." s. 135. Sonuçta laik devlet ilkesi ve türban örneği bağlamında Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır ki tarihsel süreçte öyle de olmuş ve Mahkeme farklı yönde kararlar vermiştir. Çalışma çerçevesinde bu konular aşağıda incelenecektir.

18 Metin, Y. (2008). s. 2.

19 a.g.e. s. 33. Anayasa hükümlerinin belirsizliği ve geniş kapsamlı olması hakkında ayrıca bkz. a.g.e. s. 33-34.

değerlendirilebilir. İlk dönemde Mahkeme, laik devlet ilkesini dar bir şekilde yorumlamış ve birçok kanunu bu ilkeye aykırılık gerekçesiyle iptal etmiştir. Fakat bu dönem içerisinde Mahkemenin laikliğe aykırı bulmayarak iptal etmediği bazı düzenlemeler de mevcuttur ve bu düzenlemeler de gene Mahkemenin konuya bakış açısını yansıtmakla birlikte “devlete bağlı din” tartışmalarını gündeme getirmiştir. İkinci dönemde ise Anayasa Mahkemesi hem 2012 yılından itibaren söz konusu olan norm denetimi kararlarında hem de özellikle bireysel başvurular sonucu verdiği kararlarda önceki tutumunu değiştirmiştir. Laik devlet ilkesinin kapsamı ve sınırları bağlamında daha geniş ya da daha özgürlükçü yorumlar yaparak önüne gelen başvurulardaki birçok eylem ya da durumu laik devlet ilkesine aykırı bulmamıştır; kısaca “hak temelli yorum”²⁰ yöntemini kullanarak önündeki dosyaları çözmeye başlamıştır. Aşağıda, öncelikle Türk Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesi ile ilgili kararları ve Mahkemenin bu ilkeye bakış açısı incelenecektir. Sonrasında ise hak ve özgürlüklerin korunmasında belki de en önemli görevi üstlenen Anayasa Mahkemesinin yorum kurallarının temellerine dikkat çekilecek ve incelenen kararlar çerçevesindeki değerlendirmelerden söz edilecektir.

II. LAİK DEVLET İLKESİNE İLİŞKİN TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ TAHLİLİ

Dinçkol, yaklaşık otuz sene önceki -1992 tarihli- çalışmasında Anayasa Mahkemesi kararları ışığında laiklik konusunu incelerken, 1982 Anayasası’ndan önceki dönem ve 1982 Anayasası dönemi olmak üzere konuyu ikiye ayırarak bir analiz yapmıştır²¹. Bu çalışmada ise 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemindeki kararlar bir bütün olarak ele alınacaktır. Fakat aşağıda açıkça tespit edileceği gibi, Anayasa Mahkemesinin laik devlet yorumuna ilişkin belirgin bir dönüşümün söz konusu olduğu 2012 tarihli karar²² bir dönüm noktası olarak esas alınacak ve laik devlete ilişkin kararlar iki farklı döneme ayrılarak incelenecektir.

A. BİRİNCİ DÖNEM KARARLARI

Laik devlet ilkesiyle alakalı bütün kararların incelenmesi bir makalenin boyutlarını aşacağından dolayı, aşağıda konuyla ilgili bilinen

20 Bu konu hakkında bkz. Turhan, M. (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 379-404.

21 Dinçkol, B. (1992). s. 171-216.

22 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

kararlardan bazılarına yer verilecek, incelenecek kararların konularına kısaca değinilecek ve Anayasa Mahkemesinin bu kararlar kapsamında ortaya koyduğu laik devlet yorumu ve kararlarla ilgili değerlendirmelere daha fazla yer ayrılacaktır.

1. 20/5/1971 Tarih ve E.1971/1, K.1971/1 Sayılı Karar: Millî Nizam Partisi ve Siyasi Partilerin Kapatılması Sorunu

Bu karar, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin laik devlete ilişkin verdiği ve Millî Nizam Partisi'nin (MNP) kapatılmasıyla sonuçlanmış bir karardır²³. MNP'nin 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun çeşitli maddelerine aykırı faaliyetlerde bulunması ve aynı zamanda partinin genel başkanı ve diğer bazı üyelerinin laikliğe aykırı beyan ve eylemleri dolayısıyla açılan bu davada Anayasa Mahkemesi bu partinin kapatılmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesine göre söz konusu siyasi partinin kuruluş amacı, çalışma düzeni ve faaliyetleri Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı bir tutum içindedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, din eğitim ve öğreniminin kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteklerine bağlı olması, Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğinin değiştirilememesi, hukuk düzeninin din kurallarına dayandırılmaması ve dini veya din duygularını istismar edici ve kötüye kullanıcı faaliyetlerde bulunulmaması gibi esaslar açısından ilgili partinin amaç ve eylemlerinin laik devlet ilkesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir²⁴.

Karar bakımından Dinçkol'a göre, zorunlu din dersleri hem laiklik ilkesine hem de din ve vicdan özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir; dolayısıyla Anayasa Mahkemesi isabetli bir tespitte bulunmuştur. Ayrıca yazar, karara konu beyanlar ve eylemlerden yola çıkarak MNP'nin gerçekten de *"teokratik devlet yapısını kendisine hedef olarak belirlediği açıkça belli olan"* bir parti olduğundan bahsetmekte ve partinin kapatılması bağlamında Anayasa Mahkemesinin *"laik devlet"*i korumadaki kararlılığına işaret etmektedir²⁵.

Bu kararla ilgili olarak doktrinde bazı yazarların dikkat çektiği enteresan noktalar da vardır. 1971'de MNP'nin laik devlet ilkesine

23 Kararın tahlili ile ilgili bkz. Dinçkol, B. (1992). s. 175-179.

24 Bkz. AYM, E.1971/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1971/1, 20/5/1971.

25 Dinçkol, B. (1992). s. 178-179.

aykırılıktan dolayı kapatılması nedenleri arasında o dönem yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin kaldırılması görüşü, sonradan Anavatan Partisi tarafından 1991 yılında bizzat gerçekleştirilmiş ve bu partiye hiçbir yaptırım uygulanmamıştır. Daha da ilginç olanı MNP'nin kapatılma nedenleri arasındaki din derslerinin zorunlu olması talebi gene 1982 Anayasası'nı ortaya koyan anayasa koyucu irade tarafından bizzat Anayasa'ya yansıtılmıştır²⁶.

Hakyemez'in, "militan demokrasi anlayışı" çerçevesinde incelediği kararlardan birisi de MNP kararıdır. Yazara göre, militan demokrasi anlayışı ve özgürlükleri sınırlandırıcı süreç, çok partili siyasal hayatın başlangıcıyla birlikte başlamış ve sonrasında 1961 Anayasası'nın özgürlükçü yapısı, 1971 değişiklikleri ve 1982 Anayasası'yla birlikte siyasi partiler bakımından giderek otoriter hale dönüşmüştür²⁷. Yazar, militan demokrasi anlayışının nedenlerinden birisinin etnik milliyetçilik diğersinin ise laikliğe karşı tavırlar içerisindeki siyasi partilerin varlığı olduğunu ileri sürmekte ve bu ikinci neden bağlamında MNP, Huzur Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) ve Refah Partisinin kapatılmasına ilişkin kararların bu anlayışın örnekleri olduğunu vurgulamaktadır²⁸. Konu kapsamında Çağlar ise olası bir durumda hak ve özgürlüklere müdahale etmeye açık nitelikte olan ve devletin din üzerinde denetim yetkisinin bulunması gerekliliğine dayanan "aktif laiklik" anlayışından söz etmektedir. Yazar, bu anlayış açısından Türkiye'de yerleşik bir "anayasa ideolojisi" olduğunu vurgulamakta ve bu anlayışın en bariz örneklerinin Türk Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma veya dinî örtünme ile ilgili verdiği kararlar olduğunu belirtmektedir²⁹.

Laik devlet ilkesine aykırılık gerekçesiyle ortaya konulan tek karar incelenen 20/5/1971 tarihli MNP kararı değildir. Bu karardan sonra, benzer gerekçelerle ve laik devlet ilkesine aykırı beyanlar ve eylemler dolayısı ile Anayasa Mahkemesinin 25/10/1983 tarihli kararı³⁰ ile Huzur

26 Bu tespitler ve konunun dikkat çekici olması hakkında bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 146.

27 a.g.e. s. 150.

28 a.g.e. s. 150-151.

29 Çağlar, B. (1994). "Türkiye'de Laikliğin 'Büyük Problem'i: Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine", *Cogito*, S. 1., Yapı Kredi Yayınları, s. 115.

30 AYM, E.1983/2, (Siyasi Parti Kapatma) K.1983/2, 25/10/1983.

Partisi, 23/11/1993 tarihli kararı³¹ ile ÖZDEP, 16/01/1998 tarihli kararı³² ile Refah Partisi ve 22/6/2001 tarihli kararı³³ ile Fazilet Partisi kapatılmıştır. Bunlar arasındaki ÖZDEP kararı ise ilginçtir; çünkü “*dinî motiflerden uzak olduğu düşünülen*”³⁴ ve laiklik düşüncesine yakın olduğu bilinen bu partinin kapatılma nedenleri arasında, söz konusu Partinin Diyanet İşleri Başkanlığının genel idareden ayrılması gerektiğine yönelik beyanlarının laik devlet ilkesine aykırılığı gerekçesi de yer almaktadır³⁵.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, çalışmada birinci dönem olarak adlandırılan bu süreçte Türk Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin kapatılması davalarında laik devlet ilkesinin korunması hususunda çok hassas davranmış ve en küçük bir olası tehlike durumunda tereddüt etmeden ilgili siyasi partinin kapatılmasına karar vermiştir.

Bu noktada Dinçkol’a göre, bu dönemde siyasi partilerin kapatılma nedenleri arasında en önemlisi İslam’ı siyasallaştırma çabalarıdır. Yazara göre, bu çabalar karşısında, Cumhuriyetin bir ön koşulu olan laikliğin korunması adına “*militan*” ya da “*mücadeleci*” bir anlayışın benimsenmesi söz konusu olmuştur. MNP, Huzur, Refah ve Fazilet partileri de bu nedenle kapatılmışlardır³⁶. Yazarın bu görüşünden yola çıkılırsa, birinci dönem olarak adlandırılan bu dönemdeki siyasi parti kapatma kararlarının verilmesinde siyasal hakların bir anlamda kötüye kullanılması gibi bir durumdan söz edilebilir. Oysa bu konuyla ilgili Arslan’a göre ise Türkiye’de siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin olarak, siyasal haklar bağlamında birbiriyle çatışan hak eksenli paradigma ve otoriter niteliğe sahip ideoloji eksenli paradigma söz konusudur; Türk Anayasa Mahkemesi ise siyasi parti kapatma davalarında ideoloji eksenli paradigmayı benimsemiştir³⁷. Ayrıca yazar, bu dönemle ilgili

31 AYM, E.1993/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2, 23/11/1993.

32 AYM, E.1997/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1998/1, 16/1/1998.

33 AYM, E.1999/2, (Siyasi Parti Kapatma) K.2001/2, 22/6/2001.

34 Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 162.

35 Söz konusu siyasi parti Diyanet İşleri Başkanlığının genel idareden ayrılmasını savunmuştur. Oysa Anayasa Mahkemesine göre, ilgili mevzuat gereği Diyanet İşleri Başkanlığının genel idareden ayrılığının savunulmaması gerekmektedir; çünkü bu kurumun laik devlet anlayışına hizmet etmesi ve dolayısıyla bu talebin laik devlet ilkesine aykırı olması söz konusudur.

36 Dinçkol, B. (2002). “Türkiye’de Anayasal Düzen ve Laiklik”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 141-143.

37 Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, s. 241.

olarak Anayasa Mahkemesinin laiklik yorumunun da ideoloji eksenli paradigmayı besleyici olduğunu belirtmektedir³⁸.

Yukarıda zikredilen kararlar dışında, çalışmada birinci dönem olarak incelenen bu süreçte, 30/7/2008 tarihli Adalet ve Kalkınma Partisinin kapatılması istemiyle açılan bir başka Anayasa Mahkemesi kararına³⁹ da rastlanmaktadır. Bu karar sonucunda anılan parti kapatılmamış fakat laikliğe aykırı faaliyetlerinden ötürü hazine yardımından kısmen yoksun bırakılmıştır. Bu yaptırımın gerekçesi olarak ise partinin kılık kıyafet serbestisi yönündeki taleplerinin laik devlet ilkesine aykırı olması hususu belirtilmiştir. Özbudun'a göre, bu karar hiçbir Batı demokrasisinde paraleli olmayan otoriter ve "dayatmacı laiklik" anlayışına dayanmaktadır⁴⁰. Görüldüğü üzere, bu anlayış 1971 tarihli kararda ve sonraki siyasi parti kapatma kararlarında olduğu gibi, 2008 tarihli bu karar kapsamında da etkili olmuştur. Sonuçta Anayasa Mahkemesinin tutumunda herhangi bir değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır. Bu anlayış sadece siyasi partilerin kapatılması ile ilgili değil diğer bazı konular çerçevesinde de etkisini göstermiştir.

2. 21/10/1971 Tarih ve E.1970/53, K.1971/76, Sayılı Karar: Laik Devlet İlkesi Bağlamında Din Hizmetleri Sınıfı ve "Devlete Bağlı Din" Anlayışı

Kararın konusu özet olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu üzerinde değişiklik öngören 1327 sayılı Kanun'un din hizmetlerine ilişkin hükmünün Anayasa'ya aykırı olması; yani hukuk sistemi içerisinde kanun yolu ile bir din hizmetleri sınıfının ihdas edilmiş olmasının Anayasa aykırılığı iddiasıdır. Bu iddiadan yola çıkan davacı, bu kanun hükümleriyle birlikte "din hizmetleri sınıfı ihdas edilince devlet, din işleriyle uğraşan teokratik bir devlet hüviyetini kazanmış" olacağını düşünerek ilgili hükümlerin iptalini talep etmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi ilgili kanun hükümleriyle böyle bir "din hizmetleri sınıfı"nın kurulmasını laik devlet ilkesine aykırı bulmamış ve davayı reddetmiştir. Bu karar çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesini geniş bir şekilde yorumladığı düşünülebilirse de aslında durum farklıdır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin davaya konu din hizmetleri sınıfının laik devlet ilkesine aykırı olmadığı yönünde ileri sürdüğü gerekçeler incelemeye değerdir.

38 a.g.e. s. 244.

39 AYM, E.2008/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.2008/2, 30/7/2008.

40 Özbudun, E. (2014). *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 94-95.

Mahkemeye göre, “Hristiyan dininin taşıdığı özelliğe göre din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması esasının, kilisenin bağımsızlığı biçiminde mânalandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir”⁴¹. Ayrıca Mahkeme, anayasa koyucunun iradesine de atıfta bulunmuş ve devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışının Anayasa’da kabul edilen laik devlet düzeni ve ilkesine uygun görülmediğini belirtmiştir. Nihayetinde Anayasa Mahkemesine göre “Diyanet İşleri Başkanlığının Anayasa’da yer almasının ve mensuplarının memur niteliğinde sayılmasının, yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere birçok tarihi nedenlerin, gerçeklerin ve ülke koşullarıyla gereksinmelerinin doğurduğu bir zorunluk sonucu olduğundan kuşku yoktur”⁴².

Yukarıdaki karara konu olan 21/10/1971 tarihli kararın odak noktasında ise devletin dini kontrol etme vasıtası olarak kabul edilen ve hukuken mevcut bir kurum olan Diyanet İşleri Başkanlığı teşkilatı bulunmaktadır. Bu kurumun aslında dini kontrol etme maksadıyla eski tarihlerden beri bizzat anayasal bir müessese olarak varlığını sürdürmesi hakkında fazlaca tartışmaya rastlanılmaktadır⁴³.

Fakat 1971 tarihli bu karar çerçevesinde ve “devletin din üzerindeki kontrol yetkisi” tartışmaları bağlamında üzerinde durulabilecek tek husus Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içerisinde yer alması değildir. Bu karar aynı zamanda laik devlet ilkesinin tanımı mahiyetinde çeşitli esaslardan bahsetmiş ve bu esaslar arasında devletin dini kontrol yetkisi tartışmalarına olanak sağlayacak çeşitli konulara da değinmiştir⁴⁴.

41 AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.

42 AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.

43 Bu tartışmalar kapsamında, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın laik devlet ilkesi bağlamında gerekliliğini savunan yazarlar ve görüşleri için bkz. Ateş, T. (2000). s. 30; Dinçkol, B. (1992). s. 169. Diğer taraftan bu müessesenin laik devlet ilkesiyle bağdaşmadığını ve devletin dini kontrol anlayışına dayandığını söyleyen yazarlar için bkz. Özbudun, E. (2014). s. 106; Eren, A. (2020). s. 585; Döner, A. (2022). s. 111.

44 Mahkemeye göre laik devlet ilkesi, “a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme, b) Dinin, bireylerin mânevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma, c) Dinin,

Belirtmek gerekir ki bu karar doktrinde uzun süre tartışılmıştır. Öncelikle kararda kullanılan yorum yöntemine dikkat çekmekte fayda vardır. Bu kapsamda Gedik, Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında “*tarihsel yorum*” yönteminin kullanıldığından ve tarihsel yorumun “*çekiciliği*”nden bahsederek laik devlet ilkesine ilişkin 21/10/1971 tarihli bu karar bakımından da Anayasa Mahkemesinin tarihsel yorum yönteminin kullandığını belirtmektedir⁴⁵. Yazar, Anayasa Mahkemesinin bu yorum yöntemini statükoyu korumak maksadıyla kullandığını da eklemekte ve bu yöntemle birlikte laiklik-merkez çevre ilişkisi ve yurttaşlık konularında çözümsüzlüğün ortaya çıktığını vurgulamaktadır⁴⁶.

Ayrıca, Özbudun’un işaret ettiği gibi, Türk Anayasa Mahkemesinin 1971 tarihli bu kararında ortaya konulan görüşler de eleştiriye açıktır; Mahkeme, İslamiyet ve Hristiyanlık arasındaki farkı esas almakta ve Müslüman toplumlar üzerinde devlet kontrolünün gerekli olduğunu düşünmektedir⁴⁷.

Bu kapsamda Gözler’e göre, Anayasa Mahkemesinin 21/10/1971 tarihli kararının laik devlet ilkesiyle çelişmesi söz konusudur ve karara katılmak mümkün değildir. Yazar, bu kararda Anayasa Mahkemesinin sosyolojik verilerden normatif sonuç çıkardığına, sosyolojik ve tarihsel gözlemler yaptığına, Hristiyanlık ve İslam hakkında tartışmaya açık tespitlerin yer aldığına, bu gözlemler doğru olsa bile bunlardan hukuki sonuç çıkarılamayacağına değinmektedir⁴⁸. Fakat karar sonrası hukuki sonuçların ortaya çıktığı aşikârdır ve devletin din üzerindeki kontrol yetkisi sorunu gündeme gelmiştir.

Gerçekten de bu karardan yola çıkarak, çalışmadaki “birinci dönem kararları” çerçevesinde “*Türkiye’ye özgü laiklik anlayışı*”nın bir yansıması olarak kabul edilmesi gereken “*devlete bağlı din anlayışı*”nın tartışılması isabetli görünmektedir. En azından kararın verildiği dönem bakımından böyle bir anlayışın hüküm sürdüğü açıktır.

bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama, ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir”. Bkz. AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.

45 Gedik, Ö. (2022). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 220-224.

46 a.g.e. s. 250.

47 Özbudun, E. (2014). s. 105-106.

48 Gözler, K. (2019). s. 179, dn. 137.

Çalışmanın ilk bölümünde, doktrindeki bazı tanımlara atıf yapılırken laik devlet denildiğinde din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması gerekliliğine dikkat çekilmişti; bu noktada kastedilen ise hem devletin dine dayanmaması hem de dinin devlete bağlı olmaması gerekliliğidir. Oysa yukarıda kendisine yer verilen karar açısından devletin dine dayanmaması esası benimsenmiş olsa da dinin devlete bağlı olmaması kuralına riayet edildiği tartışmalıdır. Bu tartışma bağlamında yıllar evvel Başgil, dine bağlı devlet sisteminde olumsuz bazı yönler olabileceğini söylemiş; aynı zamanda bunun tersi şekilde, devlete bağlı din sisteminin, yani devletin dini kontrol etmesinin de laikliği taklit ettiğini fakat aslında her ikisinin de zararlı olduğunu eklemiştir. Buna göre yazar, dinin siyasete kurban edilebileceği ihtimalinden bahsetmiştir⁴⁹.

Esasen belirtmek gerekir ki laik devlet anlayışı, dine bağlı devlet veya devlete bağlı din uygulamalarını reddeder⁵⁰. Özbudun'un tespitine göre ise Türkiye'de bir yanda mevcut rejimin dini tekelinde tutmasını ve dinî özgürlüklere kısıtlamalar getirmesini savunan "*laikçiler*" bulunmakta, diğer yanda insan haklarıyla çelişmediği sürece dinî özgürlükleri savunan "*laiklik yanlıları*"na rastlanılmaktadır⁵¹. Bahsedilen birinci türden anlayış için "*aktif ya da militan laiklik*" kavramı belki yerinde olacaktır. Bu noktada Çağlar, aslında laikliğin tarafsızlık ve hümanizma (insancılık) gibi anlamları olduğunu belirtmekte fakat diğer taraftan devletin din üzerinde denetiminin bulunmasını gerektiren anlayışa dayanan bir diğer anlamına da işaret etmektedir ve bu sonuncu anlayışı "*aktif ya da militan laiklik*" olarak adlandırmaktadır⁵². Aynı kavrama işaret eden Hakyemez'e göre de bu tür bir laiklik anlayışında devletin din üzerindeki denetimi açıkça göze çarpmakta ve dinin toplumsal ve siyasal yaşamdaki etkisini bertaraf etmek amacıyla, devletin din üzerinde kontrolü hedeflenmektedir. Yazara göre, bu anlayışın en klasik örnekleri ise 1961 ve 1982 Anayasalarıdır; ancak bu anlayışa göre hareket edildiğinde dinsel özgürlüklerin zedelenmesi söz konusu olacaktır⁵³.

49 Başgil, A. F. (2017). s. 179-182.

50 Döner, A. (2022). s. 110.

51 Özbudun, E. (2014). s. 201.

52 Çağlar, B. (1994). s. 115.

53 Hakyemez, Y. Ş. (2000). s. 210.

3. 7/3/1989 Tarih ve E.1989/1, K.1989/12 Sayılı Karar: Laik Devlet İlkesi Bağlamında Üniversitelerde Başörtüsünün Serbestliği Sorunu

Çalışmadaki “birinci dönem” kararlarına bir başka örnek, yukarıdaki başlıkta tarih ve numarası belirtilen ve “türban” ya da “başörtüsü” kararı olarak bilinen 1989 tarihli karardır. Kararın konusu özet olarak, 3511 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle 2547 sayılı Kanun’a eklenen bir hükmün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla birlikte iptaline ilişkindir⁵⁴.

Yukarıdaki hüküm çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, yasal düzenlemelerin din kurallarına, dinsel inançlara ve gereklere göre yapılmaması gerektiği görüşünden bahsetmiş; ayrıca dava konusu hükmün, türban kullanan ve kullanmayan ayrımı dolayısı ile toplumda bölünmeye yol açabileceği düşüncesine varmıştır. Sonuçta ilgili hükmün Anayasa’ya ve özellikle laik devlet ilkesine aykırılıktan dolayı iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre bu hüküm “başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur”⁵⁵.

a. Laik Devlet İlkesi Bağlamında Dinî Sembol ve Başörtüsü Tartışmaları

Bu kararda laikliği, “ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimi”⁵⁶ olarak tanımlayan Anayasa Mahkemesi, başörtüsü ile ilgili olarak ise “çağdışı bir görünüm” vurgusu yapmıştır⁵⁷.

Bazı yazarların “yargısal aktivizme” örnek olarak bahsettikleri⁵⁸ 7/3/1989 tarihli başörtüsü kararına ilişkin doktrinde birçok karar tahliline rastlanmaktadır⁵⁹. Kararla ilgili bazı yazarların özellikle eleştirdikleri

54 Eklenen bu hükmeye göre; “Ek Madde 16-Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir”.

55 Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989.

56 AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989.

57 Mahkemeye göre, “çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, deorim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır”. Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989.

58 Uslu, F. (2020). s. 534 vd.

59 Kararın tahlili için bkz. Selçuk, S. (1991). “Anayasa Yargısı Üzerine”, Türkiye Barolar Birliği

nokta ise başörtüsünün çağ dışı olması, görünümünün güzel olmaması gibi kişisel değerlendirmelerin ve bir yargı organının bu tür değerlendirmelerde bulunmasının isabetli olmadığı hususudur. Örneğin Selçuk'a göre, "başörtüsünün çağdışılığı, görünümünün güzel olmaması gibi kişisel değerlendirmeler bir yargı kararına dayanak olamazlar. Kaldı ki, dinsel giysilerin bölünme ve zorlama tehlikesi yaratacakları iddiası, yargı organını değil yasama organını ilgilendirir"⁶⁰. Ayrıca yazar üslup ve dil açısından da gerekçeyi eleştirmekte ve anlatılmak istenen düşünceler için kullanılan ifadeler bağlamında kararda "asalak zarf ve nitelemeler" bulunduğunu belirtmektedir⁶¹. Bu noktada Armağan'ın tespitlerine göre de kararın gerekçesinde bilimsellikten uzak görüşlere rastlanılmaktadır⁶². Ayrıca yazar, kararda din karşıtı ibarelerin bulunduğunu⁶³, "çağdaşlık" ve benzeri kavramların ise isabetsiz şekilde kullanıldığını vurgulamaktadır⁶⁴.

Aslında konu çerçevesinde tartışılacak bir husus, söz konusu hükmün Anayasa'ya uygunluğu ya da aykırılığından çok daha önceki bir aşamaya ilişkindir. Nitekim başörtüsünün üniversitelerde serbest bırakılması için herhangi bir kanun kapsamında böyle bir düzenlemeye gerek olup olmadığı da tartışılmalıdır. Bu çerçevede Armağan'ın belirttiği üzere, esasen bir kanun veya kanunla müsaade olmasa dahi üniversitelerde başörtüsü kullanmak mümkündür⁶⁵. Ayrıca, üniversitelerde başörtüsü kullanımının serbest olması için herhangi bir kanun hükmüne gerek olmadığı gibi bu konuda yasak içeren açık bir kanun hükmü olmadığı ihtimalde başörtüsü kullanımı için bir yasak ihdas etmek de mümkün değildir.

Bu karar üzerinde durulması gereken bir diğer önemli sorun ise başörtüsü veya bunun gibi dinî sembollerin laik devlet düzenine ne şekilde zarar verebileceği ya da kamu düzenini ne şekilde bozabileceği sorunudur. Anayurt'a göre, laik devlet bakımından önemli olan dinin

Dergisi, S. 2., s. 266-277. Ayrıca bkz. Dinçkol, B. (1992). s. 206-216. Bu kararla ilgili bir başka inceleme için bkz. Armağan, S. (1998). "Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 t. ve 1989/1, K. 1989/12 s.lı Kararı -Gerekçenin Tahlil ve Tenkidi-", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 1-2., s. 7-26.

60 Selçuk, S. (1991). s. 272.

61 a.g.e. s. 270.

62 Armağan, S. (1998). "Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 t. ve 1989/1, K. 1989/12 s.lı Kararı -Gerekçenin Tahlil ve Tenkidi-", s. 11-19.

63 a.g.e. s. 19-21.

64 a.g.e. s. 21-24.

65 a.g.e. s. 10.

kamusal alanda belirleyici olmaması, devletin de din üzerinde buyurgan olmamasıdır; semboller veya şekiller ise sosyolojik ve folklorik bir anlama sahip kabul edilmelidir⁶⁶. Karar kapsamında ise katı bir şekilde yapılan yorum sonucu devleti koruma güdüsüyle hareket edilmiş ve en küçük bir devlet-birey veya hak çatışması karşısında devletin korunmasını esas alan bir yaklaşım sergilenmiştir. Sonuç olarak ise bireyi ya da hak ve özgürlüğü öteleyen tarzda “dışlayıcı”⁶⁷ bir yaklaşımdan söz etmek mümkündür.

Özbudun, dışlayıcı laiklik konusunda Anayasa Mahkemesine işaret ederek⁶⁸ birinci dönemde ele alınan bu kararlar bakımından Mahkemenin her zaman dışlayıcı laikliğin savunucusu olduğunu belirtmektedir⁶⁹. Yazar, incelenmekte olan 7/3/1989 tarihli karara atıfla, Mahkemenin laikliği toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olarak tanımladığını, bu anlayışa göre dine ancak kişilerin vicdanında yer tanınacağını söylemektedir⁷⁰. Yazara göre, Anayasa Mahkemesinin türbanla ilgili bu kararında laikliğin genellikle benimsenen bilimsel yorumu aşılmış ve Mahkeme laikliği, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit “mutlak pozitivist ideoloji” olarak sunmuştur⁷¹.

Aslında konu bağlamında Anayasa Mahkemesinin başörtüsü kullanımına ilişkin hükmün iptaline dayanarak ileri sürdüğü önemli bir gerekçe ise söz konusu hükmün dinî gerekliliğe dayanan bir norm olmasıdır. Kısaca Mahkemeye göre dinin yasal düzenlemelerin kaynağı olması söz konusudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu karar kapsamında hukuk düzeninin dine dayanması tehlikesinden hareketle söz konusu hükmü iptal etmiştir ve hukuk kurallarının “dine dayanması zorunluluğu” ile hukuk kurallarının “dinden esinlenmesi” tartışmaları gündeme gelmiştir.

66 Anayurt, Ö. (2022). s. 360.

67 Kuru, A. T. (2011). *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, Çağdaş Babaoğlu, E. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 174: Yazarın 2011 tarihli çalışmasında belirttiğine göre, “son yirmi yıldır, dışlayıcı laikliğin Türkiye’de temel referans noktası Anayasa Mahkemesi’dir”.

68 Özbudun, E. (2014). s. 107-109.

69 a.g.e. s. 107.

70 a.g.e. s. 107-108.

71 a.g.e. s. 169.

b. Hukuk Kurallarının “Dine Dayanması” ve “Dinden Esinlenmesi” Tartışmaları

7/3./1989 tarihli kararında, “*dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz*”⁷² görüşünü savunan Anayasa Mahkemesine göre, davaya konu olayda dinsel kaynaklı bir düzenleme söz konusudur ve bu durum laik devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁷³.

Hukuk kurallarının “*dinden esinlenebilmesi*” veya “*dine dayanması*” tartışması doktrinde de kendisine yer bulmuştur. Hafızoğulları’na göre, bu konu çerçevesinde beşerî iradenin ilahi iradeye tabi olması teokratik devlete, beşerî iradenin ilahi iradeden bağımsız olması ise laik devlete işaret etmektedir. Fakat yazar bu noktada laik bir devlet düzeninde dinin bir etik değer olarak ortaya çıkabileceğini ve sadece bir etik değer olarak hukukun kaynağı olabileceğini, bunun dışında hukukun kaynağı olamayacağını da vurgulamaktadır⁷⁴.

Aslında bu kapsamda tartışmaya açık olan bir başka nokta ise Anayasa Mahkemesinin laikliği “*bir uygar yaşam biçimi,*” “*siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi*” olarak nitelendirmiş olmasıdır. Eğer burada kastedilen, dinin ancak bireysel vicdanlarda kendisine yer bulabileceği ve her türlü sosyal ve kültürel yansımalarının yasaklanması gerektiği ise bunu sosyolojik gerçeklikle bağdaştırmak mümkün değildir. Nitekim önemli bir sosyal olgu olarak dinin her toplumda sosyolojik yansımaları vardır ve bu durum sadece İslamiyet ile ilgili değil bütün dinler bakımından geçerlidir⁷⁵. Neticede hukuk düzeninin “*dine dayanması*” ile “*dinden kaynaklanması*” farklı şeylerdir ve bazı yazarlar bu ikincisine örnek olarak resmî tatillerin dinî günlere göre belirlenmesinden bahsetmektedirler⁷⁶.

72 AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

73 Mahkemeye göre, davaya konu olan ve yukarıda belirtilen düzenleme, “*devlet kuruluşları olan yükseköğretim kurumlarında, giysinin bir parçası da sayılabilecek başörtüsü kullanımıyla ilgilidir. Sorun, bir yasal düzenlemenin din kurallarına, dinsel inançlara ve gereklere göre yapıp yapılmayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır*”. Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

74 Hafızoğulları, Z. (1998). s. 19.

75 Bu tespitler için bkz. Özbudun, E. (2019). s. 85.

76 Eren, A. (2020). s. 354. Aynı yönde bkz. Gözler, K. (2019). s. 181, Gözler’in de türban kararı olarak bilinen 7 Mart 1989 tarihli kararı (AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989) eleştirdiğini gözlemlemek mümkündür. Yazar, hukuk kurallarının zorunluluk olmadan din kurallarından esinlenmesinde ise laikliğe aykırı bir husus görmüyor ve hem Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı günlerinin resmî tatil olmasının hem de cumartesi ve pazar günlerinin tatil olmasının aslında dinî kökenli olduğunu söylüyor.

Bu noktada Erdoğan'ın belirttiği üzere, hukukun yasama yoluyla oluşturulmasında din kökenli bazı toplumsal ritüel ve değerlerin göz önünde tutulması da mümkündür ki gerçekten de laik devletlerde dinî bayramların resmîleştirilmesi söz konusu olabilir. Buna göre laikliğe aykırı olan husus hukukun dinden etkilenmesi değil hukukun kendisini herhangi bir dinle meşrulaştırmasıdır⁷⁷.

Özet olarak laik devlet, din ile devletin birbirinden bağımsızlaşmasını gerektirir fakat sosyolojik ve kültürel anlamda birbirlerini tamamen reddetmeleri demek de değildir⁷⁸. İncelenen kararda ise Arslan'ın da belirttiği üzere laikliğin "*ultra anayasal bir norm*"⁷⁹ olarak Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konduğunu ve son derece katı bir yaklaşım ile birlikte dinin her alanda reddedildiğini söylemek mümkündür.

4. 5/6/2008 Tarih ve E.2008/16, K.2008/116 Sayılı Karar: Laik Devlette Anayasa Değişikliği Kapsamında Başörtüsü Serbestliği ve Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi Meselesi

Karara konu olay, yukarıda incelenen 1989 tarihli karardakine benzer şekilde başörtüsünün laik devlet ilkesine aykırılığı ile ilgilidir. 2008 yılında, başörtüsü kullanan öğrencilerin üniversite binalarına girebilmeleri amacıyla Anayasa'da değişiklik yapılmış ve 5735 sayılı Kanun ile 10. madde ve 42. maddeye eklenen çeşitli ifadelerle birlikte başörtüsü kullanımının serbest hâle getirilmesi amaçlanmıştır. Örneğin 42. maddeye eklenen hüküm şu şekildedir: "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir*".

Değişikliğe karşı, Anayasa'ya ve laik devlet ilkesine aykırılık nedeniyle iptal davası açılmıştır. Nihai olarak Anayasa Mahkemesi söz konusu değişikliği iptal etmiştir. Mahkeme, Anayasa değişikliğinin teklif edilebilirliği yönünden yaptığı incelemede şu hususlardan bahsetmiştir: "*Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından,*

77 Erdoğan, M. (2017). s. 262-263.

78 Anayurt, Ö. (2022). s. 359, dn. 757.

79 Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, s. 245.

*yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir*⁸⁰.

Karara ilişkin yukarıdaki paragrafta yasama organının yetkisiz olmasından söz edilmesine rağmen asıl yetkisiz olan ise söz konusu Anayasa değişikliğinin içeriğinin incelenmesi açısından Anayasa Mahkemesinin bizzat kendisidir. Nitekim Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Mahkemenin Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi bulunmamaktadır.

Esasen Anayasa Mahkemesi ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğinden ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğinden hareketle bu denetimi yapmıştır. Bu noktada değişmezlik kuralı ve teklif edilememe koşulu ön plana çıkarılmıştır fakat şekil denetimi adı altında esas bakımından denetim yapıldığı da ortadadır. Kaldı ki ilk üç maddenin değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğinden hareketle yapılan denetimin şekil bakımından denetim olarak kabul edilmesi ise birçok Anayasa değişikliğinin aslında şekil denetimi adı altında esas denetimine açık olmasını sağlayabilecektir.

Nitekim Özbudun'un haklı olarak belirttiği üzere, Anayasa'da yapılabilecek değişikliklerin hemen hemen tümünü Anayasa'nın değiştirilemez hükümleriyle bir şekilde ilişkilendirmek mümkün olduğuna göre, 2008 tarihli bu karar bundan böyle Anayasa Mahkemesinin onaylamadığı hiçbir Anayasa değişikliğinin yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Sonuç olarak ise yazarın vurguladığı gibi milletin ve onun adına seçilmiş temsilcilerinin kullanması gereken tali kurucu iktidar aslında fiilen ortadan kaldırılmış olur ki böyle bir anlayışın demokrasilerde kabul görmesi mümkün değildir⁸¹. Dolayısıyla Fendoğlu'nun da belirttiği üzere bu kararda Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliği konusunda yetkisi olmadığı halde "*şekilden girip esastan çıkararak*", kendisini tali kurucu iktidar olarak görmüştür⁸².

Aslında sorun sadece Anayasa Mahkemesinin yetkisini aşarak esas bakımından denetim yapması değildir. Mahkemenin böyle bir denetim yetkisi olsaydı dahi yukarıda yer verilen ve davaya konu olan ek hükümlerin hangi Anayasa maddesine veya Anayasa'daki hangi ilkeye aykırı olduğu da ayrıca bir tartışma konusudur. Örneğin, "*kanunda açıkça*

80 AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

81 Özbudun, E. (2019). s. 188.

82 Fendoğlu, H. T. (2020). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 124.

yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir” ifadesinin laik devlet ilkesi ile ne şekilde çeliştiğini açıklamak da kolay görünmemektedir. Bu noktada maksadın başörtüsünü serbest bırakmak olduğu düşüncesiyle laik devlete aykırılıktan söz etmek ve buna binaen hükmü iptal etmek de hukuki bir yaklaşım değildir. Neticede Mahkeme bu kararında, eklenen hükmün kendisini değerlendirmemiş, 5735 sayılı Kanun’un gerekçesini esas alarak ve “başörtüsüne özgürlük” maksadını göz önünde bulundurarak laik devlet ilkesine aykırılıktan söz etmiştir.

2008 tarihli bu kararla ilgili eleştirilerin şiddet seviyesi hayli yüksektir. Bazı yazarlara göre, bu kararlar birlikte dini sıkı bir şekilde denetim altına alma felsefesine dayanan “militan ve pozitivist laiklik anlayışı örneği”⁸³ sergilenmiştir ki devletin dine müdahale etmesi ve toplumu dönüştürmesi amaçlanmıştır. Başka bir görüşe göre ise bu karar bir “yetki gasbı”⁸⁴ ve aynı zamanda “jüristokrasinin uç örneği”⁸⁵ durumundadır. Söz konusu olay, gerçekten de bir tür yetki ya da fonksiyon gasbı sonucu “jüristokrasi”nin bu karar kapsamında belirmesi olayıdır. Laikliği, jüristokrasi ve demokrasi ilişkisi çerçevesinde ele alan Arslan’a göre, “jüristokrasinin Türkiye gibi ideolojik devlet kimliği öne çıkan ülkelerde besle(n) dikleri temel değerlerler “anayasa ötesi” ilkelerdir. Laiklik bunlardan biri ve belki de en önemlisidir”⁸⁶. Nitekim, kısaca “yargıçlar yönetimi” olarak tanımlanabilen “jüristokrasi” bağlamında Mahkeme, bu kararda bir tür fonksiyon ya da yetki gasbı örneği sergilemiş ve bu sonuç ortaya çıkmıştır. Bu noktada olayın konusu ise “laik devlet” ilkesi etrafında cereyan etmiştir.

Mahkemenin bu kararından ve siyasetin hukukileşmesi olgusundan yola çıkan Erdoğan ise Türk Anayasa Mahkemesinin bu tutumunu, bir mahkemenin anayasal hukuk yaratmak yoluyla hukuk sisteminin normatif temellerinde meydana getirdiği köklü bir değişiklik olarak tanımlamaktadır. Yazar bu tutumun yargısal bir hükümet darbesi

83 Uslu, F. (2020). s. 557-558.

84 Gözler, K. (2020). s. 296; Özbudun, E. (2019). s. 187.

85 Özbudun, E. (2014). s. 94.

86 Arslan, Z. (2005). “Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 38-39. <http://www.liberal.org.tr/sayfa/juristokratik-demokrasi-ve-laiklik-turk-laikliginin-siyasal-islevi-uzerine-zuhtu-arslan,196.php> (Erişim Tarihi: 20/4/2023).

ölçüsüne dahi varabileceğini belirtmektedir⁸⁷. Gözler'e göre ise Anayasa Mahkemesinin bu kararı Anayasa'ya tamamen aykırıdır ve Mahkeme, Anayasa'nın kendisine vermediği bir yetkiyi gasp etmiştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi yetkisi olmamasına rağmen anayasa değişikliği kanununun içeriğini denetlemiş, yani esas bakımından denetim yapmıştır. Fakat yazar eleştiriye açık olsa dahi bu kararın "otantik" bir karar olduğunu, dolayısıyla hukukumuzda bağlayıcı olduğunu ve bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu da eklemiştir⁸⁸. Gerçekten de sonuç olarak karar, dönemi bakımından hukuken bağlayıcıdır ve çalışmada birinci dönem kararları bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesiyle ilgili katı tutumunun devam ettiği bir kez daha ortaya konmaktadır.

Birinci dönem kararları olarak yukarıda incelenen kararlara ilişkin kısa bir değerlendirme yapıldığında, Anayasa Mahkemesinin bütün bu kararlarda dile getirdiği görüşleri dolayısıyla Mahkemenin bir tür "kendine özgü laiklik" anlayışı ortaya koyduğu belirtilebilir⁸⁹. Sonuçta, yukarıda incelenen kararları "Türk laiklik anlayışının kendine özgü niteliği"⁹⁰ çerçevesinde değerlendirmek ve bu kararların Türkiye'deki "dışlayıcı" ya da "dayatmacı" laiklik anlayışının örnekleri olduklarını savunmak mümkündür. Fakat Anayasa Mahkemesinin on yılı aşkın süreden bu yana bahsedilen "dayatmacı" laiklik anlayışını terk ettiği de tespitler arasındadır. Bu kapsamda aşağıda, ikinci dönem olarak adlandırılan kısımda, laik devlet ilkesi açısından katı bir yorumdan özgürlükçü bir yoruma doğru sergilenen dönüşüme örnek nitelikte bazı Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilecektir.

B. İKİNCİ DÖNEM KARARLARI

Çalışmada ikinci dönem olarak adlandırılan ve Anayasa Mahkemesinin laik devlet yorumuna ilişkin belirgin bir farklılığın tespit edilebildiği bu kısımda, belki de bir dönüm noktası olarak görülebilecek nitelikteki 2012 tarihli⁹¹ bir norm denetimi kararından öncelikli olarak bahsetmek isabetli olacaktır. Ayrıca laik devlet ilkesinin yorumlanmasındaki belirgin dönüşümü ortaya koyan birçok bireysel

87 Erdoğan, M. (2018). *Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 168-169.

88 Gözler, K. (2020). s. 296.

89 Gedik, Ö. (2022). s. 240-243.

90 Bu başlık altındaki incelemeler için bkz. Özbudun, E. (2019). s. 82-85.

91 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

başvuru kararına da rastlamak mümkündür. Bu kararların hepsine ayrı ayrı yer vermek bir makalenin boyutları çerçevesinde mümkün olmadığından, örnek olabilecek bazı kararlara aşağıda yer verilecektir. Fakat bireysel başvuru mekanizmasının bu noktadaki önemine ayrıca vurgu yapmak da yerinde olur.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları artık sadece anayasa hukuku açısından değil, diğer hukuk branşları, örneğin insan hakları hukuku için de bilgi kaynağı olarak kabul edilmektedir. Neticede, bireysel başvuru mekanizması anayasa mahkemelerinin insan hak ve özgürlüklerini koruma işlevine de katkıda bulunmaktadır⁹². Bireysel başvuru mekanizmasının hukuk sistemimize girmesiyle birlikte olumlu gelişmeler yaşandığı da tespitler arasındadır⁹³. Ayrıca Gedik'in de belirttiği gibi bu mekanizmanın parlamentoları harekete geçirici işlevi önem arz etmekte, bu kapsamda Anayasa Mahkemesi ilgili yasayı iptal etmeden hak ihlali tespitinde bulunmakta ve parlamentoyu harekete geçirmektedir⁹⁴.

Nitekim bireysel başvuruyu bir “*milat*” kabul ederek bireysel başvuru öncesi ve sonrası olmak üzere Anayasa Mahkemesinin tarihini iki döneme ayırmanın mümkün olduğu yönündeki görüşlere de rastlanmaktadır⁹⁵. Aşağıda, çalışmanın konusu kapsamında seçilmiş bazı bireysel başvuru kararları incelenecektir. Fakat öncelikle laik devlet ilkesine ilişkin 2012 tarihli bir norm denetimi kararından söz etmek yerinde olacaktır.

92 Anayurt, Ö. (2022). s. 828. Aynı yönde, bkz. Yüksel, S. (2015). *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, İstanbul: Alfa Hukuk Yayınları, s. 212-213.

93 Bireysel başvuru mekanizması ve Anayasa Mahkemesindeki olumlu değişim hakkında bkz. Özbudun, E. (2014). s. 187-191.

94 Gedik, Ö. (2022). s. 137-139.

95 Anayasa Mahkemesi başkanı Zühtü Arslan, Anayasa Mahkemesinin 60. kuruluş yıldönümündeki konuşmasında şu hususları dile getirmiştir: “*Bireysel başvurunun uygulamaya geçtiği 23 Eylül 2012 gününü anayasal milat olarak kabul edersek Mahkemenin tarihini ilk 50 yıl ve son 10 yıl olarak iki döneme ayırmak mümkündür....Geldiğimiz aşamada bireysel başvuruyla başlayan paradigma değişiminin norm denetimini de içine alacak şekilde önemli ölçüde gerçekleştiğini memnuniyetle ifade etmek isterim. Anayasa Mahkemesi hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda hak eksenli yaklaşımla Türk hukuk pratiğine yön verecek nitelikte kararlar almıştır ve almaya devam etmektedir. Bu kararlar bir yandan hukuk düzeninin Anayasa ile uyumlu hâle gelmesini sağlamış diğer yandan da temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişleterek standartları yükseltmiştir*”. Konuşma metninin tamamına çevrimiçi erişim mümkündür: https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-60-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/#_ednref12 (Erişim Tarihi: 20/4/2023).

1. 20/9/2012 Tarih ve E.2012/65, K.2012/128 Sayılı Karar: Laik Devlet Yorumunda Yeni Yaklaşım ve Din Eğitimi Hakkı

Bu karara konu olan düzenlemenin birçok hükmü davada ele alınmıştır. Fakat çalışmanın konusu olan laik devlet ilkesi bakımından kararı ele almak gerekirse, 6287 sayılı Kanun ile bazı kanunlarda değişiklik yapılmasından ve bu kapsamda “ortaokul ve liselerde, Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatı, isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulur” hükmüne yer verilmesinden bahsedilebilir. Karar kapsamında, söz konusu hükmün laik devlet ilkesine aykırılığı iddiasıyla iptali talep edilmiş fakat bu kararda Anayasa Mahkemesi, yukarıda kendilerine yer verilen ve çalışmada birinci dönem olarak adlandırılan süreçteki kararlarında benimsediği tutumundan vazgeçerek, ilgili hükmün laik devlet ilkesine aykırı olmadığından bahisle bu hükmün iptal istemini reddetmiştir.

Karar, Anayasa Mahkemesinin laik devlet yorumu bağlamında fevkalade öneme sahiptir. Nitekim bu kararda Mahkemenin bahsettiği görüşler ile birinci dönem kararları olarak işlenen kararlardaki laik devlet yorumu tamamen farklıdır. 2012 tarihli bu kararın önemi, konusunun da ötesine geçmekle birlikte laik devlete ilişkin öncekine nazaran çok farklı tanımlar ve esasları ortaya koymasına ilişkindir. Aynı zamanda kararda “katı” ve “özgürlükçü” yorum olmak üzere iki farklı laik devlet yorumundan söz edilmesi ve kararın neticesinde özgürlükçü bir yorumun benimsendiğinin gözlemlenmesi ise karara ayrı bir önem daha katmaktadır⁹⁶.

Kararla ilgili olarak Yüksel’in tespit ettiği gibi Anayasa Mahkemesi laikliğin iki farklı anlamı olduğundan söz etmekle birlikte kararda özellikle “esnek ya da özgürlükçü yorum” olarak nitelendirilen anlam üzerinde durmuştur. Buna göre bireylerin vicdanına hapsedilmiş bir din anlayışından ziyade, kamusal yaşamda da dinin açığa vurulması

96 Karar kapsamında, “laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu” hususundan bahseden Mahkemeye göre, “katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır”. Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

söz konusu olabilecektir ve “esnek anlamdaki laiklik”, artık din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olarak kabul edilecektir⁹⁷.

Diğer taraftan, kararda bahsedilen bu tür görüşleri eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Kanadoğlu, Mahkemenin bu kararda bahsettiği, dinin “toplumsal görünürlüğüne imkân” tanınabileceği görüşüne ya da gene kararda vurgu yapıldığı üzere, “laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında” olmalıdır gibi görüşlere karşı çıkmaktadır. Yazara göre, bu tür bir yaklaşımla hareket edilirse, bütün toplumsal ve hukuki yaşamın din kurallarının hegemonyası altına girmesi kaçınılmaz olacaktır⁹⁸. Ayrıca yazar, “dinsel inanışlar ve bunlara uygun yaşama hakkı” gerekçesiyle sosyal ve kültürel yaşamın da bu durumdan etkileneceğini, bu tür alanların din kurallarının ve dinci ideolojinin etkisi altında kalacağını belirtmektedir⁹⁹. Yazarın bahsedilen görüşlerinden anlaşıldığı üzere, birinci dönemdeki kararlarda yer alan laik devlet ilkesine ilişkin yaklaşımdan uzaklaşılması çeşitli tehlikeleri beraberinde getirecektir. Oysa hâlihazırda, ikinci dönem kararları ile birinci dönem kararları arasındaki yaklaşım birbirinden tamamen ayrıdır ve birinci dönemdeki yaklaşım terk edilmiş durumdadır.

Gerçekten de 2012 tarihli bu karardaki görüşler ile birinci dönem kararları arasında esaslı farklılıklar vardır. 2012 tarihli bu karardan açıkça anlaşıldığı üzere, yukarıda, birinci dönem kapsamında ele alınan 21/10/1971 tarihli kararda¹⁰⁰ yer alan “devlete bağlı din anlayışı” da terkedilmeye başlanmıştır. Nitekim Mahkemenin 2012 tarihli bu kararında açıklandığı üzere, “laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir”¹⁰¹. Esasen belirtilmelidir ki devletin dini kontrol vasıtası olarak doktrinde eleştirilen Diyanet İşleri Başkanlığı hâlen dahi bir anayasal müessese olarak varlığını sürdürmektedir. Ancak Mahkemenin 2012 tarihli bu kararda zikrettiği görüşler ile birinci dönemdeki 21/10/1971 tarihli karardaki görüşler birbirinden tamamen

97 Yüksel, S. (2015). s. 209.

98 Kanadoğlu, K. (2013). “Laiklik ve Din Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109., s. 356.

99 a.g.e.

100 Bkz. AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.

101 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

farklılaşmıştır. Mahkeme, “laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir”¹⁰² görüşünü benimseyerek, bireylere özgü olan dinî duygular ve din müessesesi bağlamında devletin kontrol anlayışına yer olmadığını da bir bakıma vurgulamaktadır.

Karar kapsamında Anayasa Mahkemesinin belirttiği ve farklı bir yaklaşıma örnek olabilecek ifadeler yukarıdakilerle sınırlı değildir. Aslında Anayasa Mahkemesi yeni bir yaklaşımla birlikte, laik devlet ilkesinin kapsamını da yeniden ortaya koymuş ve bu noktada “devletin tarafsızlığı”, “bireylerin dinî inançlarını serbestçe yaşayabilmesi” ya da “devletin dine müdahale etmemesi” gibi hususları özellikle ön plana çıkarmıştır¹⁰³.

Bu kararlar birlikte Türk Anayasa Mahkemesinin katı veya militan laiklik anlayışını terk etmeye başladığını söyleyen yazarlar vardır¹⁰⁴. Bu bağlamda Özbudun, laik devlet ilkesi çerçevesinde Türkiye’deki çatışmaların yumuşamasına atıfta bulunmakta; toplumu laikleştirmeyi amaçlayan ve dini bireysel vicdanla sınırlayan “dışlayıcı” ya da “dayatmacı” laiklik anlayışından, devletin bütün dinlere eşit mesafede olduğu, onların kamusal görünürlüğüne müdahale etmediği “pasif laiklik” anlayışına doğru bir evrimin gerçekleştiğini söylemektedir¹⁰⁵. Ayrıca yazara göre Anayasa Mahkemesinin 1989 tarihli türban kararındaki¹⁰⁶ ifadeler ne kadar militan ve dayatmacı laiklik anlayışının ideolojik bir manifestosu niteliğindeyse, 2012 tarihli bu karardaki ifadeler de o kadar liberal ya da pasif laiklik anlayışının manifestosu niteliğindedir¹⁰⁷.

Bu kararın önemi bağlamında Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan’ın, Anayasa Mahkemesinin 60. yıldönümü dolayısıyla yapmış olduğu konuşmadaki ifadeleri ise konuyu özetler niteliktedir. Buna göre,

102 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

103 bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012: “Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dinî inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir”.

104 Uslu, F. (2020). s. 561-563; Özbudun, E. (2019). s. 85. Aynı yönde, bkz. Eren, A. (2020). s. 355 ve s. 586.

105 Özbudun, E. (2014). s. 202.

106 Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

107 Özbudun, E. (2014). s. 202.

“Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun başlamasından sadece üç gün önce, 20 Eylül 2012 tarihinde verdiği bir kararda, o döneme kadar yargısal paradigmaya hâkim olan ve daha ziyade yasakları meşrulaştırıcı bir işlev gören katı pozitivist laiklik anlayışını terk etmiş; bunun yerine din ve vicdan özgürlüğünü güvenceye alan esnek ve özgürlükçü laiklik yorumunu benimsemiştir”¹⁰⁸.

Sonuçta, bu karar ile birlikte Türk Anayasa Mahkemesi, laikliği eski anlayıştan farklı şekilde ve liberal bir anlayışla yorumlamaya başlamış, kısaca artık “ideoloji eksenli” değil, “hak eksenli” bir tutum benimsemiştir. Bu tutum bireysel başvuru kararlarına da yansımış durumdadır.

2. Tuğba Arslan Kararı¹⁰⁹: Laik Devlet Yorumunda Yeni Yaklaşım ve Başörtüsü Sorununun Yeniden Ele Alınması

Yukarıda bireysel başvuru mekanizmasının Türk anayasa yargısı sistemine girmesinin önemine vurgu yapılmış ve olumlu gelişmelerin kaydedildiği belirtilmişti. Bu kapsamda çalışmanın konusu olan laik devlet ilkesi bakımından kendisine atıf yapılması gereken önemli bir bireysel başvuru kararı Tuğba Arslan kararıdır¹¹⁰. Karara konu olayda özetle, başvuru serbest bir avukat olarak çalışmaktadır ve taraf vekili olarak katıldığı bir duruşmadaki ilgili hâkim, başvurucunun başörtülü olduğu gerekçesiyle duruşmanın yapılamayacağını belirtmiş ve duruşmayı ertelemiştir. Kısaca başvurucunun başörtülü olarak dava kapsamındaki vazifesini yerine getirmesi engellenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin vardığı hükme göre, karara konu olayda dinini veya inancını açığa vurma hakkına müdahale söz konusudur ve bu durum 1982 Anayasası’nın 13. ve 24. maddelerine aykırıdır. Ayrıca, başörtüsü ile taraf vekili olarak duruşmalara katılmanın yasak olduğu konusunda erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmü yoktur. Sonuçta Mahkeme, kamu gücünün yaptığı müdahaleyi kanunilik

108 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan’ın 60. yıldönümü konuşması: https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-60-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/#_ednref12 (Erişim Tarihi: 20/4/2023). Konuşmanın devamındaki ifadeler de dikkat çekicidir: “Mahkeme bu kararında laiklik ilkesinin dini bireyin iç dünyasına hapsedmediğini, din ve inancın toplumsal görünürlüğüne inkân tanıdığını ve bunu güvenceye aldığını belirtmiştir. Mahkemeye göre “Laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır... Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir hukuksal ve siyasal düzeni tesis etmektir”.

109 Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

110 Bkz. Tuğba Arslan [GK].

şartına aykırı olarak nitelendirmiş ve başvuru Tuğba Arslan'ın başvurusüne yasak koymanın hak ihlali olduğuna karar vermiştir.

Kararda varılan hükümden anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin ikinci döneme örnek olarak yukarıda yer verilen 2012 tarihli karardaki yorumuna benzer şekilde bir yorum tarzı benimsediği ve laik devlet ilkesi bağlamındaki özgürlükçü yaklaşımını sürdürdüğü açıkça ortadadır. Nitekim Mahkeme bu kararda, “din özgürlüğü” kapsamında “çoğulcu” bir anlayışın hüküm sürmesine ayrı bir vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre, çoğulculuk, “herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür” ve “çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür”¹¹¹. Anayasa Mahkemesi bu anlayışla hareket ederek bir avukatın başvurtülü olması sebebiyle duruşmaya katılmaktan engellenmiş olmasını, Anayasa'nın din ve vicdan hürriyeti ile ayrımcılık yasağı hükümlerine aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesine göre olayda, her şeyden önce, “kanunla sınırlama” şartına uyulmamıştır. Neticede, “Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara “başları açık” olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır”¹¹². Aslında başvuruçunun başvurtülü takması hususu laik devlet ilkesi çerçevesinde “din hürriyeti” başlığı ve bunun da bir alt başlığı olan “ibadet özgürlüğü” kapsamında da değerlendirilebilir. Bu kapsamda, Yüksel'in de işaret ettiği üzere, söz konusu kararda Mahkeme, “ibadet özgürlüğü kapsamında kabul ettiği bu dışavuruma yapılan müdahalenin anayasaya uygunluğunu incelerken öncelikle yasallık ilkesine uygunluğunu değerlendirmiştir”¹¹³. Bu açıdan konu ele alındığında da Mahkemenin kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik tespiti isabetlidir.

Ayrıca, somut olayda Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin de ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmıştır; neticede Mahkemeye göre, “başörtülü bir avukat, duruşmalara girmesinin engellenmesi suretiyle başvurtülü takmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmüştür”¹¹⁴.

111 Tuğba Arslan, § 54.

112 Tuğba Arslan, § 98.

113 Yüksel, S. (2015). s. 216.

114 Tuğba Arslan, § 153.

Özet olarak çeşitli açılardan karara konu olayı değerlendiren Anayasa Mahkemesi, her ihtimalde hak ihlalinin bulunduğunu tespit etmiştir ki Mahkemenin ilgili kararda yeni yaklaşımına uygun şekilde davrandığını gözlemek mümkündür¹¹⁵. Sonuçta, tıpkı yukarıda incelenen 2012 tarihli karar bakımından olduğu gibi, bu kararı da “ikinci dönem” çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin militan ya da dayatmacı laiklik anlayışından uzaklaşarak liberal ya da pasif laiklik anlayışına uygun şekilde verdiği kararlar kapsamında değerlendirmek mümkündür¹¹⁶.

Esasen, başörtüsü veya dinî gereklilikten doğan kılık kıyafet ile ilgili olarak daha başka kararlara da yer verilebilir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin tutumunun, bu başlık altında incelenen 2014 tarihli *Tuğba Arslan* kararındakiyle aynı olduğu ve diğer kararlarda da Mahkemenin gene özgürlükçü laiklik veya pasif laiklik yorumuyla hareket ettiği gözlemlenmektedir. Çalışmanın boyutlarını aşacağından dolayı, başörtüsü veya dinî gereklilik kapsamındaki kılık kıyafet ile ilgili diğer kararlara ayrı başlık altında yer verilmemiştir. Fakat bu kararlardan bazılarına kısa atıflar yapmakta fayda vardır.

Örneğin 2015 tarihli *Esra Nur Özbey* kararına¹¹⁷ konu olayda başvurucudan güvenlik gerekçesiyle pardösüsünü çıkarması istenmiş fakat dinî gereklilik nedeniyle bunu reddeden başvurucu adliye binasına alınmamıştır. Bunun üzerine yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi başvurucunun din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bir başka karar olan 2018 tarihli *Sara Akgül* kararına¹¹⁸ konu olayda ise başvurucu başörtüsünden dolayı üniversiteye alınmamıştır. Bu süreçte başvurucu önce okuldan atılmış ve sonrasında af kanunu ile tekrar kaydını yaptırarak okuldan mezun olmuştur. Fakat bu süre içerisinde almış olduğu burslar kendisinden talep edilmiştir. Başvurucu,

115 Kararla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin tutumunu, Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan’ın ağzından şu şekilde özetlemek de mümkündür: “Özgürlükçü laiklik yorumunun belki de en bariz yansıması başörtüsüne yönelik yasakların hak ihlali teşkil ettiğine dair bireysel başvuru kararlarında görülebilir. Mahkememizin hak eksenli laiklik yorumuna göre kişilerin dinî inançları gereği taktıkları başörtüsü, Anayasa’nın 24. maddesinde korunan din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi altındadır”. Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan’ın 60. yıldönümü konuşması: https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-60-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/#_ednref12 (Erişim Tarihi: 20/4/2023).

116 Bu yönde, bkz. Özbudun, E. (2019). s. 85-87.

117 *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/5/2015.

118 *Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018.

idare mahkemesinde açtığı davadan sonuç alamamış ve Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Yüksek mahkeme bu olay bakımından da din özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiş ve yeniden yargılama için dosyanın ilgili idare mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere başörtüsü veya dinî gereklilik kapsamındaki kılık kıyafet konularında Türk Anayasa Mahkemesinin “birinci dönem” laik devlet yorumu ile “ikinci dönem” yorumu arasındaki fark açık şekilde ortadadır.

3. Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Kararı¹¹⁹: Laik Devlet Yorumunda Yeni Yaklaşımın Sürekliliği, Tarafsızlığın Ortaya Konması ve Zorunlu Din Dersi Tartışmaları

Bu bireysel başvuru kararına konu olayı özetlemek gerekirse, başvuru bir devlet okulunda ilköğretim öğrencisi olan kızının din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muaf tutulmasını istemiş ve ilgili idari makamlara dilekçeyle başvurmuştur. Bu başvurudan sonuç alamayınca konuyu iç hukukta yargıya taşımış ve yargılama neticesinde de talebini karşılayan bir sonuç elde edemediğinden Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Yapılan inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında güvence altına alınan ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dinî ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

2022 tarihli bu kararda Anayasa Mahkemesi yukarıda yer verilen ve ikinci dönem kapsamında incelenen kararlardaki laik devlet yorumunu sürdürmüş ve çalışmada incelenen 2012 tarihli norm denetimi kararı ya da 2014 tarihli *Tuğba Arslan* kararı gibi kararlardaki ifadelere de atıfta bulunmuştur. Hatta Mahkeme, 2012 tarihli kararda laik devlet ilkesinin kapsamına ilişkin ortaya koyduğu esasları, 2022 tarihli bu bireysel başvuru kararı çerçevesinde de “aynen tekrar ederek”¹²⁰ “devletin tarafsızlığı”, “bireylerin dinî inançlarını serbestçe yaşayabilmesi” ya da

119 *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* [GK], B. No: 2014/15345, 7/4/2022.

120 Yukarıda incelenen 2012 tarihli (AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012) karardaki aynı ifadeler 2022 tarihli bu bireysel başvuru kararında da yer almaktadır. Bkz. *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El*, § 153: “Laiklik; devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet; resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dinî inançlarını barış içinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir”.

“devletin dine müdahale etmemesi”¹²¹ gibi hususların üzerinde tekrar durmuştur.

Din eğitimi hakkında ise Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasa’nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu olması öngörülen din kültürü ve ahlak öğretimine ilişkin ders din kültürü boyutuyla öğrencilere belli bir dini benimsetmeye ya da sadece belli bir dinin eğitim ve öğretimine yönelik değildir. Zorunlu olan bu dersin amacı öğrencilere dinler hakkında genel bir bilgilendirme yapılması ve genel bir kültür kazandırılmasıdır”¹²². Mahkeme böyle bir zorunlu dersin içeriğinin önemine de vurgu yapmaktadır ki dersin içeriğinin tüm dinler karşısında “tarafsızlık” ve “genellik” gibi niteliklerden uzak olması ihtimali üzerinde de durmaktadır. Mahkemeye göre, dinler hakkında genel bilgilendirme yapılması ve genel kültür kazandırılması amacını “aşacak şekilde öğrencilere belli bir dinin ya da inancın eğitim ve öğretiminin verilmesini içeren dersler din kültürü öğretimi mahiyetinde olmadığından bu dersler din eğitimi ve öğretimi kapsamında değerlendirilmelidir”¹²³. Dolayısıyla Mahkemeye göre bu tür bir ihtimalde belli bir dinin eğitimi söz konusu olduğundan 24. maddedeki zorunluluk esasına riayet etmeye gerek yoktur ve okutulacak ders yalnızca kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olacaktır.

Yukarıdaki ihtimalden bahseden Anayasa Mahkemesi, Türkiye’deki “din kültürü ve ahlak bilgisi” (DKAB)¹²⁴ adlı dersin içeriğinin ise belirli bir dinin eğitimine ilişkin olduğu tespitine varmıştır. Aslında sadece Mahkeme bu görüşte değildir; ilk ve orta öğretimdeki “din kültürü ve ahlak öğretimi”ne ilişkin zorunlu derslerin, uygulamada belli bir dinin ve hatta mezhebin pratik kurallarının uygulaması hâline dönüşmüş olduğunu söyleyen yazarlar da bulunmaktadır¹²⁵.

121 2022 tarihli bu kararda Mahkeme devletin müdahale etmeme yükümlülüğüne ayrıca dikkat çekmiştir; Mahkemeye göre, “laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini, bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir”. Bkz. Hüseyin El ve Nazlı Şirin El, § 154.

122 Hüseyin El ve Nazlı Şirin El, § 164.

123 Hüseyin El ve Nazlı Şirin El, § 164.

124 İncelenen Hüseyin El ve Nazlı Şirin El kararında da “DKAB” olarak kısaltılmıştır.

125 Bu yönde, bkz. Dinçkol, B. (2002). s. 139. Yazara göre, ülkemizdeki zorunlu olan bu ders belirli bir dine ilişkindir ve bu dersin zorunlu olması resmî din anlayışının olmadığı laik devlet ilkesi ile çelişir durumdadır. Yazar, 1961 Anayasasının 19. maddesinde olduğu gibi bu dersin seçimlik olmasının daha uygun olduğunu vurgulamaktadır.

Karardaki tespitten hareketle, 2022 tarihli bu kararda Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun kızının ilköğretim öğrencisi olduğu dönemdeki DKAB dersinin Anayasa'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca *kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olarak yapılması gereken din eğitim ve öğretimi* niteliğinde kabul edilmesi gerektiğinden bahsetmiştir.

Sonuçta, yukarıdaki gerekçelerle birlikte Anayasa'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında güvence altına alınan ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dinî ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Verilen karar oy çokluğuyla alınmıştır ve karşı oy yazıları neredeyse kararın inceleme kısmı kadar detaylıdır. Mahkemenin birçok üyesi karara katılmamış ve özellikle 24. madde dolayısıyla din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin ülkedeki bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu yönündeki görüşlerini diğer karşı oy gerekçeleriyle birlikte dile getirmişlerdir.

Karar gerçekten incelenmeye değer nitelikte ilgi çekici bir karardır. Bir tarafta Anayasa'nın açık hükümleri uyarınca Türkiye'deki din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin zorunlu olduğu ortadadır. Diğer tarafta ise Anayasa Mahkemesinin bu kararda ilgili dersin içeriğinin belirli bir dinin eğitimine ilişkin olduğu tespiti söz konusudur. Eğer böyle bir tespit olmasa Anayasa Mahkemesi, bizzat Anayasa'nın zorunlu kıldığı bir hüküm karşısında büyük bir aktivist tutumla bu kararı vermiş olacaktı. Nitekim karşı oy gerekçelerindeki görüşler de böyle bir duruma işaret etmektedir. Fakat dersin içeriği ile ilgili Mahkemenin tespitleri, bu dersin, aslında zorunlu olarak okutulması gereken dersten farklı ve isteğe bağlı olması gereken bir ders olarak nitelenmesine neden olmuştur. Bu çalışmada yargısal aktivizm konusundaki tartışmalara ayrıca değinilmemiştir. Fakat her ihtimalde Mahkemenin bu karardaki laik devlet yorumu dikkate değerdir. Buna göre, çalışmanın konusu bağlamında kararla ilgili birkaç önemli tespite yer vermek gerekir.

Bu kararda her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin gerçekten de laik devlet ilkesini özgürlükçü şekilde yorumladığı ve devlet karşısında bireyi korumakta olduğu anlaşılmaktadır. Hatta 24. maddedeki din kültürü ve ahlak öğretiminin zorunluluğuna ilişkin hüküm ortadayken, Mahkeme bu kararı vermiştir. Eğer bu bir özgürlükçü yorum olarak kabul edilecekse ki öyle olduğu anlaşılmaktadır; muhtemelen hayli ileri bir seviye özgürlükçü yorum tarzının benimsenmesi söz konusudur.

Neticede söz konusu DKAB dersinin içeriğine ilişkin varılan tespitin hatalı olması ihtimali de söz konusudur; fakat Mahkeme bu riski göze alarak hak ve özgürlüklerden yana bir tavır benimsemiştir.

Daha önemli bir husus ise bu karar çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin bir sınav vermiş olmasıdır. Nitekim 2022 tarihli bu kararla birlikte, *Tuğba Arslan* kararı gibi daha önceki kararlarda Mahkemenin izlediği özgürlükçü laiklik tutumunun maksatlı olmadığı anlaşılmış bulunmakta ve sadece ülkedeki yaygın dinin mensuplarına ayrıcalık tanınmadığı ortaya konmaktadır.

Tıpkı Çağlar'ın belirttiği gibi, laiklik bir anlamıyla "hümanizma" olarak tanımlandığında ve herkesin hakkına saygı gösteren, kimseyi dışlamayan bir anlayışa dayalı olması gerektiği göz önüne alındığında, aslında sadece belirli bir kesim için değil herkes için aynı yaklaşımla hareket etmek gerektiği de ortadadır¹²⁶. Mahkeme 2022 tarihli bu kararında tam olarak bu şekilde hareket ettiğini kanıtlamıştır. Neticede "ikinci dönem" olarak adlandırılan süreçte Türk Anayasa Mahkemesinin sergilemiş olduğu özgürlükçü tutum sadece belirli bir kesime dönük değildir. Mahkeme, gerçekten de tarafsız bir şekilde hareket ettiğini, asıl derdinin laik devlet ilkesini korumak olduğunu fakat bunu yaparken de özgürlükçü bir yorum tarzını benimsediğini ispatlamıştır.

III. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN LAİK DEVLET YORUMUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yukarıda, iki farklı dönem çerçevesinde incelenen kararlardan yola çıkarak laik devlet ilkesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin yorumu bağlamında her iki dönemde birbirinden çok farklı yaklaşımlar benimsendiği açıkça değerlendirilebilir. Bu dönüşüm ise "katı", "dışlayıcı-dayatmacı" ya da "ideoloji eksenli" yaklaşımdan "özgürlükçü", "pasif" ya da en doğru ifadeyle "hak eksenli" yaklaşıma doğru esaslı bir dönüşümdür.

A. GEÇMİŞTE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ: KATI LAİK DEVLET YORUMU VE İDEOLOJİ EKSENLİ YAKLAŞIM

Başgil, yıllar öncesinde, din hürriyetinin düşmanları olarak dinî taassup ve dinî taassubun karşısında siyasi taassup kavramlarından

126 Çağlar, B. (1994). s. 116. Ayrıca yazara göre, Cumhuriyeti demokratikleştirmek için laikliği bir hümanizma olarak kavramak gerekir

bahsetmiş ve din hürriyetini koruma çaresi olarak hem dinî hem de siyasi taassuba karşı alınacak tedbirin tek kelimeyle laiklik olduğunu söylemiştir¹²⁷. Bu noktada Ateş'e göre ise yobazlık ve bağnazlık sadece din ile ilgili kavramlar değildir ve Türkiye'de laikliğe en sert darbeleri vuranlar yobaz ve bağnaz hareket eden, düşünce ve hoşgörüyü yer bırakmayan, itici yaklaşımlar sergileyenlerdir¹²⁸. Gerçekten de Türkiye'de bir dönem din özgürlüğü denildiğinde, konunun evrensel insan hakları bağlamında değil sadece laiklik politikasının zorunlu kıldığı sınırlar çerçevesinde ele alınabildiğini söyleyen yazarlar da bulunmaktadır¹²⁹.

Yukarıdaki birinci dönem kararları göz önüne alındığında 1961 Anayasası bakımından inançların vicdanlara itilme çabası söz konusu olmuştur¹³⁰. Aslında 1982 Anayasası döneminde de öncelikli amaç, demokratik bir anayasada olması gerektiği hâliyle vatandaşların devletin müdahalesine karşı korunması değildir; asıl maksat vatandaşların eylemleri karşısında devletin korunmasıdır¹³¹.

Buna göre, birinci döneme ilişkin kararlar esasen “dışlayıcı laiklik” yaklaşımının yansımalarıdır¹³². Bu dönemdeki kararlar dikkate alındığında, Türkiye'ye özgü bir laiklik anlayışı açıkça göze çarpmakta, bu anlayış batı liberal demokrasilerinden farklı şekilde ortaya çıkmakta ve Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesini özgürlük ve haklarla ilişkiyi keserek yorumladığı anlaşılmaktadır¹³³. Dolayısıyla birinci dönemde, Türk Anayasa Mahkemesi sivil ve bireysel olan karşısında devleti güçlendirmiştir¹³⁴.

Bu noktada Yüksel, Türkiye'deki laiklik anlayışının din ve devlet ayrılığının yanı sıra toplumsal yaşamı etkileyen ve devletin din üzerinde kontrolünü gösteren, dini bireysel alana iten bir “sosyal mühendislik

127 Başgil, A. F. (2017). s. 171.

128 Ateş, T. (2000). s. 33-34.

129 Erdoğan, M. (2018). s. 259.

130 Bu tespit için bkz. Dinçkol, B. (1992). s. 4. Yazar, laiklik ilkesi bağlamında inançların vicdanlara itilme çabasının önemine dikkat çekmektedir; fakat siyasi partilerin iktidar olma amacı için dini araç olarak kullanmalarının önüne geçilemediğini ve dolayısıyla dinin vicdanlara itilme çabasının başarısız kaldığını belirtmektedir.

131 Özbudun, E. (2013). “Türk Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Kriz”, içinde Kuru, A. T. ve Stepan, A. (Der.), *Türkiye'de Demokrasi, İslâm ve Laiklik* (ss. 161-176), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 161.

132 Kuru A. T. (2011). s. 174-177. Ayrıca bkz. Özbudun, E. (2014). s. 112-113.

133 Erdoğan, M. (2018). s. 174-175

134 a.g.e. s. 181.

unsuru" olduğunu belirtmektedir¹³⁵. Gerçekten de buna benzer şekilde Türkiye'deki laikliğin sivil ve kamusal hayatı yönlendirecek bir "toplumsal proje" gibi görülmesi gerektiğinden bahseden başka yazarlar da bulunmaktadır¹³⁶.

Birinci dönem kararları incelendiğinde varılan sonuca göre, Türk Anayasa Mahkemesi hep belirli bir doğrultuda hareket etmiştir. Özbudun'un tespitine göre Mahkeme, yarım yüzyıla yakın uygulamasında esas itibarıyla kendini yaratan devlet elitlerinin beklentisi doğrultusunda davranmıştır ve bu döneme hâkim ideoloji bağlamında özellikle milliyetçilik ve laiklik konularında "ideoloji temelli bir paradigma" ekseninde kararlar vermiştir¹³⁷. Erdoğan'a göre de zaten Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluş nedeni anayasacılığın ve hukuk devletinin gerekleriyle ilgili olmaktan çok, bürokratik seçkinler aracılığıyla devletin ideolojik iktidarını koruma maksatlıdır ve yazar Anayasa Mahkemesinin devlet iktidarını korumak için birey haklarını feda ederek kuruluşundan itibaren rejim muhafızlığı rolünü üstlendiğini eklemektedir¹³⁸. Sonuç olarak ise birinci dönem bakımından Türk Anayasa Mahkemesi, Arslan'ın da haklı olarak belirttiği gibi özgürlükler konusunda "statükocu pozitivist" ve "militan demokrasi" yaklaşımıyla hareket etmiş, hak eksenli yaklaşım yerine ideoloji eksenli bir yaklaşım benimsemiştir¹³⁹.

B. GÜNÜMÜZDE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ: ÖZGÜRLÜKÇÜ LAİK DEVLET YORUMU VE HAK TEMELLİ YAKLAŞIM

Yeryüzünde laik devletlerle ilgili çeşitli kategorilere rastlanılabilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) farklı bir kategoride, Fransa ya da Almanya daha başka kategorilerde sınıflandırılabilir. Bu noktada doktrin de laik devletleri çeşitli kategorilere ayırmış ve katı veya dışlayıcı bir laiklik anlayışına sahip ülkeler kategorisinde Fransa ile birlikte Türkiye'yi de uzun müddet aynı sınıfta görmüştür¹⁴⁰. Hatta Kuru,

135 Yüksel, S. (2015). s. 175.

136 Erdoğan, M. (2018). s. 265-266.

137 Özbudun, E. (2013). s. 168-169.

138 Erdoğan, M. (2018). s. 157.

139 Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Anka: Seçkin Yayıncılık, s. 53.

140 Bkz. Armağan, S. (1998). "Dünya Devletleri Anayasalarında Lâiklik Prensibinin Düzenlenişi", *Yeni Türkiye*, C. 4., S. 22., s. 735: Armağan, anayasalarında laik devlet ilkesine yer veren devletleri çeşitli gruplara ayırıyor ve aslında Türkiye ile Fransa'nın aynı kategoride yer alabileceğini belirtiyor. Yazara göre, Tanzimat döneminden beri

Fransa'nın kamusal alanda dinlere karşı Türkiye'den daha anlayışlı olduğunu belirtmiş ve Türkiye'deki laikliğin Fransa'dakinden daha dışlayıcı bir model olduğundan bahsetmiştir¹⁴¹. Bu görüşe benzer şekilde, Armağan'a göre ise "Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında ve kanunlarında 1928 yılından beri müşahade edilen laiklik yolundaki düzenleme ve bilhassa tatbikatı ve yorumlanması dünyanın hiçbir devletinde yoktur" ve yazar, bu uygulamalar açısından din karşıtı bir zihniyetten söz etmiştir¹⁴².

Bu konu çerçevesinde Yüksel ise kurumsal düzeyde ABD'de din ve devletin kesin ayrılığının benimsendiğini, Alman modelinde karşılıklı anlaşma veya uzlaşma sisteminin bulunduğunu fakat Türkiye'de ve Fransa'da ise devletin dini kontrolü anlayışına dayalı bir laiklik modelinin söz konusu olduğunu belirtmiştir¹⁴³. Yazarın tespitine göre ABD anlayışında, bireysel özgürlük ve kamusal-özel alan ayrımı bağlamında bireyin faydası vazgeçilmezdir; oysa Fransız anlayışında ise kamunun yararı daha fazla ön plandadır ve Türkiye Cumhuriyeti de Fransız modelini benimsemiştir¹⁴⁴.

Fakat belirtilmelidir ki çalışmada "birinci dönem" olarak adlandırılan süreçten yola çıkıldığında Türkiye'nin sınıflandırıldığı kategoriler ile 2012 tarihli karardan¹⁴⁵ sonra ülkemizin sınıflandırılacağı kategoriler aynı olmayacaktır. Nitekim, "ikinci dönem" kararlarında ve özellikle

Türkiye Fransa'nın etkisi altında kalmıştır ve Türkiye ile Fransa laik devletler bakımından aynı kategoride değerlendirilebilir. Ayrıca bkz. Dinçkol, B. (2002). s. 132, Dinçkol, din ve devlet ayrılığı bağlamında Türkiye ve Fransa'yı aynı kategoride görmektedir. Ayrıca bkz. Eren, A. (2020). s. 339. Bu konuda Eren'e göre de Fransa ve Türkiye aynı kategoride yer almaktadır ve bu devletlerde "din işlerini kendime karıştırmam ama ben karışırım" anlayışına dayalı olarak devletin dini kontrol etme anlayışı vardır. Ayrıca, laiklik bağlamında Türkiye ve Fransa açısından bir karşılaştırma için bkz. Kuru, A. T. ve Stepan, A. (2013). "Bir "İdeal Tip" ve Skala Olarak Laiklik: Türkiye, Fransa ve Senegal Karşılaştırması", içinde Kuru, A. T. ve Stepan, A. (Der.), *Türkiye'de Demokrasi, İslâm ve Laiklik* (ss. 91-114), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 91-114, Yazarlar bu çalışmada hem Türkiye hem de Fransa ve Senegal bağlamında, anayasalarında yer alan laiklik ilkesinin bu ülkelerde ne şekilde ve hangi anlayışla uygulandığını incelemektedir. Çalışmada laiklik, dışlayıcı ve pasif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dışlayıcı laiklik, devletin kamusal alanda dine yönelik dışlayıcı bir politika takip etmesini gerektirmekle birlikte Fransa ve Türkiye'de hâkim olan ideoloji durumundadır. Pasif laiklik bakımından ise devlet, dinin kamusal görünürlüğüne olanak sağlamaktadır ve ABD'deki baskın yaklaşım bu şekilde tespit edilmektedir.

141 Kuru, A. T. (2011). s. 34-35.

142 Bu görüş için bkz. Armağan, S. (1998). "Dünya Devletleri Anayasalarında Lâiklik Prensibinin Düzenlenişi", s. 735. Fakat yazar, ilerleyen açıklamalarında, Türkiye'nin son 20 yıldaki (çalışmanın tarihi 1998'dir) tutumuyla birlikte, din ve vicdan hürriyeti sahasında diğer Müslüman devletlere nazaran çok iyi bir seviyede olduğunu da eklemiştir, s. 737.

143 Yüksel, S. (2015). s. 16-17.

144 a.g.e. s. 155.

145 Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

2012 tarihli norm denetimi kararında ortaya konduğu üzere geçmişten günümüze kadar Türkiye’de farklı laiklik anlayışları söz konusu olmuştur ve bunları temelde iki doktrin etrafında toplamak mümkündür. Bir yanda laiklik düşüncesini toplumsal yaşama da aşılamayacağı amaçlayan bir doktrin, diğer yanda ise çoğulculuk ilkelerini esas alan liberal ve demokratik doktrin bulunmaktadır. Birinci dönem bağlamında katı bir laik devlet yorumunun hâkim olduğu açıktır fakat 2012 tarihli kararlarla birlikte, kararda da vurgulanan türden, özgürlükçü bir laik devlet yorumunun artık söz konusu olduğu açıktır.

Bu noktada Fendoğlu’nun belirttiği gibi, kamu düzeniyle kişi özgürlüğünün zıt kavramlar olduğu göz önünde bulundurulursa¹⁴⁶, gerçekten de laik devlet ilkesine ilişkin yukarıda, ikinci dönemde kendisinden bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararlarında¹⁴⁷ bir tarafta kamu düzeni, diğer tarafta ise birey özgürlüğü söz konusu olmuş ve Anayasa Mahkemesi bireyin özgürlüğünden yana bir yaklaşım benimsemiştir.

C. ANAYASA MAHKEMESİNİN GÜNCEL LAİK DEVLET YORUMUNUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda incelendiği hâliyle günümüzde Türk Anayasa Mahkemesinin vardığı nokta şaşırtıcı değildir. Nitekim yabancı hukuk sistemleri bağlamında da konu ele alındığında, Mahkemenin bireyin hak ve özgürlüklerinden yana sergilediği yaklaşıma benzer örneklerle rastlanmaktadır.

Hatta bu noktada, çalışmada belirtildiği üzere uygulama açısından dışlayıcı laikliğe örnek gösterilen Fransa bakımından dahi teoride katı bir yaklaşım söz konusu değildir. Fransa’daki çeşitli koşullar ve terörle bağlantılı olaylar neticesinde farklı dönemlerde laik devlet ilkesi bağlamında özgürlükçü olmayan yaklaşımlara örnek olabilecek kanun teklifleri, yargı kararları ya da gündelik hayatta bu yönde bazı olaylar gözlemlenebilir. Özellikle son birkaç yıl içerisinde yaşanan gelişmeler

146 Fendoğlu, H. T. (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 78.

147 Örneğin, bkz. *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/5/2015. Bu karara konu olayda bir tarafta güvenlik gerekçesiyle kişilerin aranması ve bu kapsamda üzerindeki kişilerin çıkarılması talebi, kısaca kamu düzeni söz konusu iken diğer tarafta din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kılık kıyafet serbestisi söz konusudur.

ve “Cumhuriyetin ilkelerine saygı yasası”¹⁴⁸ dolayısı ile katı bir laiklik tutumunu yansıtan örnekler çoğaltılabilir. Bu yasanın ülke içerisindeki bazı din mensuplarına ayrımcılık teşkil ettiği iddiaları gündeme gelmiştir. Ayrıca Fransız Anayasa Konseyi, 2021 tarihli kararı¹⁴⁹ ile söz konusu yasayı laik devlet ilkesine uygun bulmuştur. Fakat laik devlet ilkesine ilişkin katı bir yaklaşımın hüküm sürdüğü bilinen Fransa bakımından konuya ilişkin anayasal düzlemde bir inceleme yapıldığında aslında özgürlükçü olmayan bir temel felsefeye rastlanmamaktadır.

Örneğin Fransız Anayasası’nın 1. maddesinde öncelikle, “Fransa, bölünmez, laik, demokratik sosyal bir Cumhuriyettir” ifadesi göze çarpmakta, bu ifadenin hemen ardından ise Fransa’nın, “köken, ırk veya din ayrımı yapmaksızın, tüm vatandaşların yasa önünde eşitliğini garanti” ettiği belirtilmektedir. Ayrıca, laik olan bu devletin “her inanca saygılı” olduğu da hüküm altına alınmaktadır. Bu maddeden anlaşılacağı üzere, laik devlet ilkesi çerçevesinde esas alınması gereken iki temel kuraldan birisi dinî inancı ne olursa olsun herkesin kanun önünde eşit kabul edilmesi gerekliliği, diğeri ise bütün inançlara ya da inançsızlığa karşı saygı gösterilmesi yükümlülüğüdür.

Aslında yukarıdaki yaklaşım sadece 1958 tarihli mevcut Fransız Anayasası kapsamında benimsenmiş değildir. Yüzyıllar önce, 1795 tarihli Fransız Anayasası’nın 354. maddesinde de benzer bir tutum göze çarpmaktadır. Bu maddede, “hiç kimse, seçtiği inancın ibadetini kanunlara uygun olarak yerine getirmekten alıkonulamaz” hükmü yer almaktadır. Kısaca, “laik” ifadesi geçmese de yıllar öncesinde laik devletin temel esaslarından birisi bu madde çerçevesinde açıklanmış ve hiç kimsenin ibadet özgürlüğünün ya da din ve vicdan özgürlüğünün engellenmemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dikkat edilirse burada yükümlülük yüklenen makam devlettir. Devlete yönelik negatif bir yükümlülük söz konusudur ve bireylerin dinî anlamda hak ve özgürlüklerinin engellenmemesi gerektiğinden bahsedilmiştir.

Konu, Fransız anayasa yargısı bakımından ele alındığında da farklı bir neticeyle karşılaşılmamaktadır. Bu noktada, laik devlet ilkesi

148 Kanunun orijinal adı: “La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (n° 2021-1109)”. Türkçe olarak, “Cumhuriyetin ilkelerine saygıyı güçlendiren 24 Ağustos 2021 tarihli yasa” şeklinde adlandırılabilir.

149 Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021. Kararın Fransızca metnine Fransız Anayasa Konseyinin internet sitesinden ulaşılabilir; bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021823DC.htm> (Erişim Tarihi: 7/6/2023)

denildiğinde kendisine sıkça atıf yapılan 2013 tarihli Fransız Anayasa Konseyi kararından¹⁵⁰ bahsetmekte yarar vardır. Kararın konusu, Fransa'daki Bas-Rhin, Haut-Rhin ve Moselle adlı bölgelerde laik devlet ilkesinin uygulanmasına ilişkindir. Kararın konusundan ziyade laik devlete ilişkin ortaya konulan temel ilkeler önem arz etmektedir. Bu kararda yer aldığı üzere laik devlet ilkesinden anlaşılması gerekenler, dinî inancı ne olursa olsun herkesin kanun önünde eşitliği, her inanca karşı devletin tarafsız yaklaşarak müdahale etmemesi gerekliliği ve ibadet özgürlüğünün garanti altına alınmasıdır.

Görüldüğü gibi aslında laik devlet ilkesi bağlamında katı bir laiklik anlayışına sahip olduğu düşünülen -ki gerçekten uygulamada ya da farklı düzenlemeler çerçevesinde bu anlayışa rastlanılan- Fransa bakımından dahi anayasal düzlemde genel itibariyle özgürlükçü olmayan bir tutum söz konusu değildir.

Yukarıda kendisinden söz edilen Fransa örneğinin yanı sıra Amerika Birleşik Devletleri (ABD) bakımından konu ele alındığında ise çok daha net bir laik devlet yorumu göze çarpmaktadır. Bu ülkede söz konusu olan özgürlükçü yaklaşıma diğer birçok ülkede rastlamak mümkün değildir. Çalışmanın konusu kapsamında ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından bazılarında değinilmesi isabetli olacaktır. Yüksek Mahkemenin aşağıda bahsedilecek konulara ilişkin belki aksi yönde bazı kararlarına da rastlamak mümkündür; fakat tarihsel süreçte genel itibariyle konu ele alındığında, ABD Yüksek Mahkemesinin uzun yıllar öncesinden bu yana laik devlet ilkesini özgürlükçü bir şekilde yorumlaması söz konusudur. Nitekim, 1947 tarihli *Everson v. Board of Education*¹⁵¹ davasına konu olayda, bir eyaletin çıkardığı kanunla, dinî okullara ulaşım hizmetini devletin vermesi kararlaştırılmıştır. Fakat bir vatandaş, ödediği vergilerin dinî kurumların ulaşımına gitmemesi gerektiği iddiasıyla dava açmıştır. Bu davanın sonucunda dosyanın önüne geldiği ABD Yüksek Mahkemesi ortada herhangi bir ihlal görmemiş ve devletin maksadının bu olayda belirli bir dine yardım etmek olmadığını veya devletin bir kilise kurmadığını belirtmiştir. Dava kapsamında ortaya konulan önemli kriterlere göre ise ABD'de resmî bir ideoloji bulunmadığı ve din konusunda siyasi tarafsızlık olduğu belirtilmiş; ayrıca ABD'de herhangi

150 Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013. Kararın Fransızca metni için, bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2012297QPC.htm> (Erişim Tarihi: 7/6/2023)

151 *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1. (1947).

bir dinin resmen tanınamayacağı vurgulanmakla birlikte, ibadet özgürlüğünün ise her zaman mevcut olacağını altı çizilmiştir.

1963 tarihli *Sherbert v. Verner*¹⁵² kararında, Yüksek Mahkeme inancı gereği cumartesi günü çalışmayı reddeden bir kişinin işten çıkarılmasını ve tazminat alamamasını Anayasa'ya aykırı görmüş ve hak ihlali olduğuna karar vermiştir. 1983 tarihli *Marsh v. Chambers*¹⁵³ davasına konu olayda ise bir eyalet parlamentosunda her oturumun dua ile açılmasını öngören bir kanun çıkarılmış ve Yüksek Mahkeme bu kanunu Anayasaya aykırı bulmayarak iptal etmemiştir.

ABD Yüksek Mahkemesinin yukarıdaki kararlarına benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür. 1984 tarihli *Lynch v. Donnelly*¹⁵⁴ kararında Yüksek Mahkeme, Hristiyanlık dinine ait sembollerin bir parkta sergilenmesini din ve devlet işlerinin ayrılığına ve Anayasa'ya aykırı bulmamış, neticede bu tür sembollerin ve dinî ifadelerin meclis ve hükümet tarafından da kullanılabilirdiğini belirterek "*In God We Trust*" sloganına¹⁵⁵ atıfta bulunmuştur. Mahkemeye göre Hristiyanlığa ait bu sembollerin sergilenmesi, bu dine üstünlük tanınıp diğer dinleri geri plana itme anlamına da gelmemektedir. Kısaca bütün dinlere yönelik özgürlük olmalıdır ve Anayasaya aykırılık yoktur.

1985 tarihli *Jensen v. Quaring*¹⁵⁶ davasına konu olayda, dinî inancı gereği sürücü belgesinde yer alması gereken fotoğrafı vermeyen bir kadına olaydaki ilgili eyalet yönetimi sürücü belgesi düzenlememiş, nihai olarak dosya önüne gelen Yüksek Mahkeme bu kararı bozmuş ve fotoğraf olmadan sürücü belgesi verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yukarıdaki kararlara nazaran daha yeni tarihlerde verilen 2002 tarihli *Watchtower Bible v. Stratton*¹⁵⁷ davasında, Yahova Şahitleri olarak bilinen grubun herhangi bir makamdan önceden izin almaksızın evlere gidip dinî öğretileri anlatması, broşür dağıtması, inançlarını yaymak için faaliyet yürütmesi, Yüksek Mahkeme tarafından herhangi bir yasak ile karşılaşmaması gereken eylemler kapsamında görülmüştür.

152 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

153 *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

154 *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).

155 ABD'nin resmî sloganıdır ve Türkçede "Tanrı'ya güveniyoruz" anlamına gelmektedir. Bu slogan aynı zamanda ABD dolarının üzerinde de yer alır.

156 *Jensen v. Quaring*, 472 U.S. 478 (1985).

157 *Watchtower Bible and Tract Society v. Village of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002).

Ayrıca 2006 tarihli *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*¹⁵⁸ kararında, dinî ayin esnasında sanrı görülmesini sağlayan uyuşturucu bazı maddelerin içerisinde bulunduğu bir çayın yasaklanmasını hak ihlali olarak gören Yüksek Mahkeme, 2012 tarihli *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*¹⁵⁹ kararında ise hastalanarak işinden ayrılan bir kişinin yerine devletin başka bir kişiyi ataması durumunda iş hukuku hükümleri uygulanmış olsa da aslında bu hükümlerin uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir. Çünkü hastalanan ve sonra işine geri dönmek isteyen kişi aynı zamanda bir din görevlisidir ve ilgili kurumda ibadetlerin yerine getirilmesini de sağlamaktadır. Kısaca Mahkemeye göre, bu olayda iş hukuku hükümlerine istisna tanınmalı, ibadet özgürlüğüne ise üstünlük sağlanmalıdır.

Esasen bahsedilen örnekler ABD Yüksek Mahkemesinin konu kapsamındaki kararlarından bazılarıdır. Şunu belirtmekte fayda var ki Mahkeme bazen bu tür konularda aksi yönde kararlar verse de aslında objektif bir denetim yapmaktadır. Belirli standartları dikkate alarak denetimini yapan Yüksek Mahkemenin genel anlamda benimsediği tutum ise kararlardan anlaşılacağı üzere laik devlet ilkesinin özgürlükçü şekilde yorumlanmasına yöneliktir.

Yukarıda, bazı yabancı anayasa yargısı sistemlerine ve konu kapsamındaki kararlara yer verilmiştir. Oysa sadece yabancı hukuk sistemlerinde değil ulusal üstü makamlar nezdinde konu incelendiğinde de Türk Anayasa Mahkemesinin günümüzde vardığı noktanın olağan dışı olmadığı gözlemlenebilir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarına değinmekte fayda vardır.

Laik devlet ilkesi denildiğinde ülkemiz doktrininde, özellikle başörtüsü konusunda AİHM kararları arasındaki *Leyla Şahin/Türkiye*¹⁶⁰ kararına, siyasi partilerin kapatılması konusunda ise *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*¹⁶¹ kararına atıflar göze çarpmaktadır. Bu kararların neticeleri ele alındığında AİHM, laik devlet ilkesini dar yorumlamakta gibi görünebilir. Gerçekten de bunların yanı sıra AİHM'nin laik devlet

158 *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

159 *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012).

160 *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 10/11/2005.

161 *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13/2/2003.

ilkesiyle ilgili birçok konuda hak ihlali olmadığına ilişkin ve eleştiriye açık bazı kararlarına rastlamak olasıdır¹⁶². Fakat farklı yönde birçok karar da mevcuttur ve konumuz kapsamında laik devlet ilkesinin özgürlükçü yorumuna örnek olabilecek bazı AİHM kararlarına yer verilmesi isabetli olur.

Örneğin, 1990 tarihli *Darby/İsviçre*¹⁶³ kararına konu olayda kiliseye vergi ödenmesini gerektiren bir yasal yükümlülük karşısında bu vergiyi ödemek istemeyen bir vatandaş bulunmaktadır. Kararda AİHM, bu kişinin vergi ödemeye zorlanması konusunda başvuru lehine hak ihlali olduğuna karar vermiştir. AİHM birçok kararında, laik devlet ilkesiyle ilgili görülebilecek olayları din ve vicdan özgürlüğünün yanı sıra farklı açılardan incelemiş ve hak ihlali konusunda gene aynı sonuca ulaşarak özgürlüklere olanak tanımıştır. Bu kapsamda AİHM bazen konuyu ifade özgürlüğü, bazen de demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ele almıştır. Örneğin AİHM, 1999 tarihli *Buscarini ve diğerleri/San Marino*¹⁶⁴ kararına konu olayda parlamentodaki görevlerine başlamak için İncil üzerine yemin etmeyi reddeden başvurucuları haklı bulmuş ve hak ihlali olduğuna karar vermiştir. Fakat AİHM, din ve inanç özgürlüğü kavramından ziyade demokratik toplum gerekleri açısından konuyu değerlendirmiş ve söz konusu yeminin demokratik toplumlarda gerekli olmadığını belirterek bu kararı vermiştir.

AİHM kararları arasında laik devlet ilkesi ya da din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde kendisinden bahsedilmesi gereken önemli bir diğer karar ise 1993 tarihli *Kokkinakis/Yunanistan*¹⁶⁵ kararıdır. Bu kararda aynı zamanda ifade özgürlüğü kavramı da dikkate alınarak dinî inancın dışı vurumu konusunda özgürlükçü bir yaklaşım sergilenmiştir¹⁶⁶. Karara konu olayda Yehova Şahidi olan başvuru, bir kişiyi kendi dinî inancına inandırmaya çalışmış, polis çağırılması üzerine hakkında işlem yapılan ve mahkûmiyete hükmedilen başvuru, karara itiraz etmiş fakat iç hukuk yollarından sonuç alamayınca konu AİHM önüne gelmiştir. Kararda AİHM, verilen cezayı başvurusunun dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğüne müdahale olarak kabul etmiş ve

162 Bu yönde kararlar için bkz. Ağırbaşı, Ş. (2012). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101., s. 83-102.

163 *Darby/İsviçre*, B. No : 11581/85, 23/10/1990.

164 *Buscarini ve diğerleri/San Marino*, B. No: 24645/94, 18/2/1999.

165 *Kokkinakis/Yunanistan*, B. No: 14307/88, 25/5/1993.

166 Bu kararlar ilgili incelemeler için bkz. Ağırbaşı, Ş. (2012). s. 90-91.

başvurucu lehine hak ihlali olduğuna hükmetmiştir. Görüldüğü üzere AİHM, zorlama olmadığı bir ihtimalde -olayda böyle bir durum olmadığı anlaşılmaktadır-, bir kişinin dinî inancını başkalarına anlatabileceğine, dinini açığa vurabileceğine ve bu faaliyetlerin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, din özgürlüğü bir yönüyle ve herşeyden önce bireysel vicdanı ilgilendirmekte olsa da aynı zamanda bir takım söz, davranış ve ritüeller yoluyla inancın açığa vurulmasını da ifade etmektedir¹⁶⁷. Ayrıca AİHM'nin kararda belirttiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9. maddesi din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin iki alanı korumaktadır. Buna göre içsel düşünce alanında din ve vicdan özgürlüğünün söz konusu olmasıyla birlikte aynı zamanda dinî ve vicdani kanaatin dışı vurulabilmesi de gerekmektedir. Fakat bu ikincisi için bazı sınırlamalar söz konusu olabilir. Bu karara göre AİHS'nin 9. maddesi gereğince taraf devletlere bazı pozitif yükümlülükler de yüklenmiştir ki devletler inanç nedeniyle ayrımcılık yapılmasını önleyici mevzuatı ortaya koymak zorundadır. Aksi hâlde 9. madde ve din ve vicdan özgürlüğü ihlal edilmiş olur¹⁶⁸.

Önemli olan bir başka husus ise AİHM'nin son yıllarda verdiği bazı kararlar ile yukarıda işlenen Türk Anayasa Mahkemesinin kararları arasında benzerlik bulunmasıdır. Örneğin, 2018 tarihli *Lachiri/Belçika*¹⁶⁹ kararında AİHM ibadet özgürlüğüne getirilen sınırlamaların meşru bir nedeninin bulunması ve orantılı bir nitelik taşıması gerektiğini belirtmiş, tıpkı *Tuğba Arslan*¹⁷⁰ kararında olduğu gibi kanunilik şartına da atıfta bulunarak sınırlamaların mutlaka kanuna dayanması gerektiğinden söz etmiştir. *Lachiri/Belçika* kararına konu olayda Belçika'daki bir ceza davasına müdahil olarak katılmak isteyen başvuru, başörtülü olduğu gerekçesiyle duruşmaya katılmaktan alıkonulmuştur. Başvurucu iç hukuk yollarından netice elde edemeyince konu AİHM önüne gelmiştir. AİHM bu konuda başvuruçunun inancını dışı vurma hakkına müdahalede bulunulduğunu tespit etmiş ve getirilen yasaklamanın demokratik toplumda gereklilik şartını karşılamadığını belirterek AİHS'nin 9. maddesinin ihlaline karar vermiştir. Dikkat edilirse AİHM'nin bu kararı ile Türk Anayasa Mahkemesinin *Tuğba Arslan* kararı

167 Kokkinakis/Yunanistan, § 31.

168 Kokkinakis/Yunanistan, §§ 31-33.

169 *Lachiri/Belçika*, B. No: 3413/09, 18/9/2018.

170 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

arasında benzerlik bulunmaktadır¹⁷¹. Bu noktada, Türkiye’de bireysel başvuru mekanizmasının öngörülme maksadına da bir atıfta bulunmak mümkündür ve problemlerin AİHM önüne gitmeden iç hukuk sisteminde çözülmesi bağlamında AİHM kararları ile Türk Anayasa Mahkemesi kararları arasında paralellik olması isabetlidir.

Yukarıda kendilerinden bahsedilen örnek kararlar ışığında, karşılaştırmalı hukuk ve ulusal üstü makamlar nezdinde konu ele alındığında, Türk Anayasa Mahkemesinin laik devlet ilkesi bağlamında dar yorumdan özgürlükçü yoruma doğru bir dönüşüm sergilemesi, anlaşılacağı üzere olağan dışı değildir; aksine, olması gereken bir durum söz konusudur.

Neticede, Anayasa’nın kendisi aslında vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini korumak için vardır ve Anayasa Mahkemesi de anayasal özgürlüklerin güvencesi olarak önem arz etmektedir. Mahkemenin bu işlevini yerine getirebilmesi için yorum yaparken çok özenli davranması gerektiği de ayrı bir husustur¹⁷². “*Hak temelli*” yorum yaklaşımının benimsenmesi ise anayasa mahkemelerinin temel vazifelerini yerine getirmelerini de sağlayacak en doğru yoldur. Birinci dönem kararları ele alındığında, esasen bu dönemin demokrasiyle de bağdaştırılması zor görünmektedir. Oysa Turhan’ın belirttiği üzere, eğer Anayasa Mahkemesi özgürlükleri temel alarak Anayasayı yorumlama yöntemini benimserse, bu ihtimalde Mahkeme, demokrasi üzerinde bir vesayet makamı değil, demokrasiyi güçlendiren bir kurum olarak da değerlendirilecektir¹⁷³.

Bir başka konu ise Anayasa Mahkemesinin meşruluk zemininde hareket etmesi konusudur. Eğer anayasa mahkemeleri liberal değerlere bağlı kalarak hak-temelli yorum yaklaşımını kabul ederlerse; yani devleti ve devletin resmî söylemini değil de bireylerin hak ve özgürlüklerine öncelik veren bir yorumla anayasayı okuyabilirlerse, bu durum anayasa yargısının demokratik meşruluğuna da hizmet edecektir¹⁷⁴.

¹⁷¹ AİHM’nin, Türk Anayasa Mahkemesinin son yıllarda verdiği bireysel başvuru kararlarına benzer başka kararları da bulunmaktadır. Örneğin, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* (B. No: 1448/04, 9/10/2007) kararı ile Türk Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* kararı arasında bazı benzer yönler göze çarpmaktadır. AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* kararında Türkiye’deki zorunlu din dersinin içeriğine ilişkin bazı tespitlerde bulunmuş ve başvurucuların lehine olacak şekilde hak ihlali bulunduğu karar vermiştir.

¹⁷² Gedik, Ö. (2022), s. 364

¹⁷³ Turhan, M. (2007), s. 385.

¹⁷⁴ a.g.e. s. 402.

Ayrıca, bireysel başvuru mekanizmasının 2010 yılında Türk Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına girmesi ve bununla amaçlanan ulusal üstü makamlara gidilmeden ihlalin giderilmesi olduğu da hesaba katılmalıdır. Buna göre, bireysel başvuru mekanizması aracılığıyla temel hak ve özgürlüklerin çıtasının yükseltilmesi hedefi göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesinin hak temelli yorum yöntemini benimsemesi 2010 tarihli Anayasa değişikliğini de anlamlı kılmıştır.

SONUÇ

Anayasa mahkemelerinin anayasal dengeleri koruma görevi ve kendisine anayasa tarafından verilen diğer görevleri olduğu gibi, belki de en önemli görevi insan haklarını ve özellikle bireylerin özgürlüklerini korumaktır. Kaldı ki, anayasa yargısının varlık sebebi de zaten hak ve özgürlüklerin siyasal iktidara karşı korunması işlevidir. Bu noktada anayasa mahkemelerinin somut olaylar ya da normlar karşısında yorum yapmaları ve bu yorumlar neticesinde anayasa kurallarına çeşitli anlamlar yüklemeleri ise kaçınılmazdır. Kaçınılmaz olan bu yorum yapılırken çeşitli temel prensipler çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği ise açıktır.

Yaptıkları yorumla birlikte anayasa mahkemelerinin kendilerini anayasa koyucu yerine koymaması gerektiği kesindir fakat bireyin haklarını siyasal otorite karşısında koruyan özgürlükçü bir yaklaşım benimsemeleri gerektiği de ortadadır. Neticede bireysel hakları siyasal iktidar karşısında korumak anayasa mahkemelerinin meşruluk zeminine de katkıda bulunacaktır.

Çalışmada birinci dönem olarak adlandırılan süreçteki kararlardan da anlaşılacağı üzere, laik devlet ilkesi bakımından Türk Anayasa Mahkemesinin bu döneme ilişkin çok da özgürlükçü bir yaklaşım sergilemediği ve bu anlamda sicilinin pek de parlak olmadığı eleştirisi haksız değildir. Özellikle geçmiş yıllar göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesinin “*rejim muhafızlığı rolü*” üstlendiğinden söz etmek abartılı olmayacaktır.

Yukarıda, “*birinci dönem*” kararlarının incelenmesi neticesinde ortaya konulduğu gibi, Türkiye’de laik devlet ilkesinin “*ideoloji eksenli*” olarak yorumlanması söz konusudur. Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesi, kurulduğu günden bu yana birey haklarından çok, resmî ideolojinin

koruyucusu olmuş ve kendisini kuran elitlerin beklentilerine uygun bir şekilde hareket etmiştir. Mahkeme, bireylerin hak ve hürriyetlerinin ya da siyasal hakların laik devlet ilkesiyle çelişmesi durumunda, tereddüt etmeden laik devlet ideolojisini koruma altına almak için her türlü hareket tarzını benimsemiştir. Kısaca, Türk Anayasa Mahkemesi birinci dönemde “militan” ya da “dışlayıcı laiklik” anlayışını benimseyerek resmî ideolojinin muhafızlığını, liberal hak anlayışına tercih etmiş ve hak temelli değil, ideoloji eksenli davranmıştır.

Aslında, ikinci dönemdeki kararlar göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye’deki çatışmanın laik devlet ilkesi üzerinde değil, katı bir laik devlet anlayışı ile özgürlükçü bir laik devlet anlayışı ayrımı çerçevesinde gerçekleştiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesinin ikinci dönemdeki yaklaşımı, çatışmaların çözümüne de katkı sağlamıştır.

“İkinci dönem” kararlarından anlaşıldığı üzere, on yılı aşkın süredir “katı” ya da “dışlayıcı” laik devlet anlayışı artık etkisini yitirmeye başlamıştır. Belki de Türkiye’de güçlenen demokrasi anlayışı sayesinde “katı” laik devlet anlayışının yumuşaması söz konusu olmuştur. Dolayısıyla yukarıda, “birinci dönem” olarak adlandırılan süreçte hüküm süren katı nitelikteki “Türkiye’ye özgü laiklik” anlayışından artık uzaklaşmaktadır.

Sonuç olarak, çalışmada incelenen iki ayrı dönem göz önüne alındığında, Türk Anayasa Mahkemesinin laik devlet yorumu açısından iki farklı yaklaşım benimsediğinden bahsedilebilir. Buna göre, bir tarafta devlet-birey ilişkisinde bireyin hak ve özgürlüklerini öteleyen, dayatmacı bir çerçevede cereyan eden “ideoloji eksenli” yaklaşım; diğer tarafta ise temel hak ve özgürlüklerin korunmasından yana olan “hak eksenli yaklaşım” göze çarpmaktadır. Bu iki uç nokta arasında Türk Anayasa Mahkemesi geçmişten günümüze kadar, “ideoloji eksenli” yaklaşımdan “hak eksenli” yaklaşıma doğru esaslı bir dönüşüm sergilemiş ve laik devlet ilkesi çerçevesinde artık “hak temelli” bir anlayışla bu ilkeyi yorumlamaya başlamıştır. Anayasa, anayasa yargısı ya da anayasa mahkemesi gibi kavram ve müesseselerin yukarıda açıklanan varlık nedenleri göz önüne alındığında ise Türk Anayasa Mahkemesinin vardığı nokta olağan dışı değildir. Anayasanın yorumlanması bağlamında devlet-birey ilişkisi konusunun özgürlük perspektifinde ele alınması aslında en doğru yoldur.

KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI, Şennur (2012). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101., ss. 83-102.
- ANAYURT, Ömer (2022). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARMAĞAN, Servet (1998). "Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 t. ve 1989/1, K. 1989/12 s.lı Kararı -Gereğinin Tahlil ve Tenkidi-", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6., S. 1-2., ss. 7-26.
- ARMAĞAN, Servet (1998). "Dünya Devletleri Anayasalarında Lâiklik Prensibinin Düzenlenişi", *Yeni Türkiye*, C. 4., S. 22., ss. 732-741.
- ARSLAN, Zühtü (2005). "Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 38-39. <http://www.liberal.org.tr/sayfa/juristokratik-demokrasi-ve-laiklik-turk-laikliginin-siyasal-islevi-uzerine-zuhtu-arslan,196.php> (Erişim Tarihi: 20/04/2023).
- ARSLAN, Zühtü (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARSLAN, Zühtü (2022). Anayasa Mahkemesinin 60. Yıldönümü Konuşması, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-60-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/#_ednref12 (Erişim Tarihi: 20/04/2023).
- ATEŞ, Toktamış (2000). *Dünyada ve Türkiye'de Laiklik*, Ankara: Ümit Yayıncılık.
- BAŞGİL, Ali Fuad (2017). *Din ve Laiklik*, İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı.
- ÇAĞLAR, Bakır (1994). "Türkiye'de Laikliğin 'Büyük Problem'i Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine", *Cogito*, S. 1., Yayı Kredi Yayınları, ss. 111-118.
- DİNÇKOL, Bihterin (1992). *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- DİNÇKOL, Bihterin (2002). "Türkiye'de Anayasal Düzen ve Laiklik", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 129-144.
- DÖNER, Ayhan (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa (2017). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.

- ERDOĞAN, Mustafa (2018). *Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- EREN, Abdurrahman (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2020). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GEDİK, Ömer (2022). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- GÖZLER, Kemal (2006). "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 61., S. 3., ss. 131-166.
- GÖZLER, Kemal (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki (1998). *Laiklik*, Ankara: Atatürk Kültür Merkezi Yayınları.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KANADOĞLU, Korkut (2013). "Laiklik ve Din Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109., ss. 353-384.
- KURU, Ahmet T. (2011). *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, Çağdaş Babaoğlu, E. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- KURU, Ahmet T. ve STEPAN, Alfred (2013). Bir "İdeal Tip" ve Skala Olarak Laiklik: Türkiye, Fransa ve Senegal Karşılaştırması, içinde KURU, Ahmet T. ve STEPAN, Alfred (Der.), *Türkiye'de Demokrasi, İslâm ve Laiklik* (ss. 91-114), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- METİN, Yüksel (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınevi.
- ÖZBUDUN, Ergun (2013). "Türk Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Kriz", içinde KURU, Ahmet T. ve STEPAN, Alfred (Der.), *Türkiye'de Demokrasi, İslâm ve Laiklik* (ss. 161-176), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2014). *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

- ÖZBUDUN, Ergun (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SELÇUK, Sami (1991). "Anayasa Yargısı Üzerine", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 2., ss. 266-277.
- TURHAN, Mehmet (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.
- USLU, Ferhat (2020). *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- YÜKSEL, Saadet (2015). *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, İstanbul: Alfa Hukuk Yayınları.

Mahkeme Kararları

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

- Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1. (1947).
- Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).
- Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012).
- Jensen v. Quaring*, 472 U.S. 478 (1985).
- Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).
- Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).
- Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).
- Watchtower Bible and Tract Society v. Village of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002).

AİHM Kararları

- Buscarini ve diğerleri/San Marino*, B. No: 24645/94, 18/2/1999.
- Darby/İsviçre*, B. No : 11581/85, 23/10/1990.
- Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, B. No: 1448/04, 9/10/2007.
- Kokkinakis/Yunanistan*, B. No: 14307/88, 25/5/1993.
- Lachiri/Belçika*, B. No: 3413/09, 18/9/2018.
- Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 10/11/2005.

Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13/2/2003.

Fransız Anayasa Konseyi Kararları

Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013

Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021

Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1970/53, K.1971/76, 21/10/1971.

AYM, E.1971/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1971/1, 20/5/1971.

AYM, E.1983/2, (Siyasi Parti Kapatma) K.1983/2, 25/10/1983.

AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/3/1989.

AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/3/1989.

AYM, E.1993/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2, 23/11/1993.

AYM, E.1997/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1998/1, 16/1/1998.

AYM, E.1999/2, (Siyasi Parti Kapatma) K.2001/2, 22/6/2001.

AYM, E.2008/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.2008/2, 30/7/2008.

AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

Esra Nur Özbey, B. No: 2013/7443, 20/5/2015.

Hüseyin El ve Nazlı Şirin El [GK], B. No: 2014/15345, 7/4/2022.

Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018.

Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.



COMPATIBILITY OF "THE PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM" WITH THE SANCTION SYSTEM SPECIFIED BY TAX PROCEDURE LAW NO. 213

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Öngördüğü Yaptırım Sisteminin "Ne Bis In Idem İlkesi"ne Uyumluluğu

Dr. Fatih TORUN*

ABSTRACT

Considering the provisions of Turkish tax criminal law, the sanctions system provided for in Tax Procedure Law No. 213 sometimes results in a person facing more than one sanction for a single act committed.

This situation raises the question of whether the provisions of Law no. 213 violate the principle of ne bis in idem, which can be defined as the right not to be tried and punished twice for the same act.

The aim of this study is to assess whether the system of sanctions provided by Law no. 213 violates the principle of ne bis in idem within the framework of the criteria adopted in the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Republic of Türkiye.

At first glance, it can be assumed that the sanction system envisaged by Law no. 213 includes regulations that may result in violation of the principle of ne bis in idem.

However, the European Court of Human Rights, in its recent judgments, has opined that the state, which imposed sanctions, had to convincingly demonstrate that multiple proceedings were sufficiently close connection in substance and in time in order to conclude that there was no violation of the principle of ne bis in idem.

It should also be noted that the Constitutional Court of the Republic of Türkiye benefited from these criteria developed by the ECtHR in its decision numbered E:2019/4, K:2021/78, 4/11/2021.

* Rapporteur-Judge, The Constitutional Court of The Republic of Türkiye, fatih.torun@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-4616-3345.

After all, when assessing in the context of these case-laws, it has been concluded that the sanction system envisaged in Law no. 213 also provides the necessary conditions for the acceptance that multiple trials are sufficiently closely related in terms of substance and time.

Keywords: Tax criminal law, tax misdemeanor, tax crime, right to a fair trial, *ne bis in idem* principle.

ÖZ

Türk vergi ceza hukuku hükümleri gözönüne alındığında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun öngördüğü yaptırım sistemi, bazen bir kişinin işlenen tek bir fiilden dolayı birden fazla yaptırımla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır.

Bu durum, 213 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerin aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı olarak tanımlanabilecek *ne bis in idem* ilkesini ihlal edip etmediği sorusunu gündeme getirmektedir.

Bu çalışmanın amacı, 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesini ihlal edip etmediğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararlarında benimsenen kriterler çerçevesinde değerlendirmektir.

İlk bakışta 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesinin ihlali sonucunu doğurabilecek düzenlemeler içerdiği düşünülebilir.

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, son kararlarında, yaptırım uygulayan devletin, *ne bis in idem* ilkesini ihlal etmediği sonucuna varmak için, birden fazla yargılamanın özde ve zaman içinde yeterince yakın bağlantılı olduğunu ikna edici bir şekilde göstermesi gerektiği görüşündedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği bu kriterlerden E:2019/4, K:2021/78, 4/11/2021 sayılı kararında yararlandığını da belirtmek gerekir.

Sonuçta, bu içtihatlar bağlamında değerlendirildiğinde, 213 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırım sisteminin, birden fazla yargılamanın içerik ve zaman açısından yeterince yakından ilişkili olduğunun kabulü için gerekli koşulları da sağladığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi ceza hukuku, vergi kabahati, vergi suçu, adil yargılanma hakkı, *ne bis in idem* ilkesi.

INTRODUCTION

Law no. 213 on Tax Procedure imposes tax obligations on taxpayers and other relevant persons and provides for certain sanctions in the event of failure to fulfill or breach of these tax obligations.

This system of sanctions provided for by Law no. 213 sometimes results in a person being subject to more than one sanction for a single act of non-compliance with the tax laws. For this reason, it is debated whether these legal provisions, which result in a person being subject to more than one sanction for a single act, violate the principle of *ne bis in idem*, which can be defined as the right not to be tried and punished twice for the same act.

This debate has also been the subject of the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye (abbreviated as "TCC") and the European Court of Human Rights (abbreviated as "ECtHR") in terms of the tax system of some European countries.

So, the starting point of this article is to review the compatibility of the principle of *ne bis in idem* with the sanction system specified by Law no 213 on Tax Procedure.

In this study, primarily the concept of the principle of *ne bis in idem* will be analyzed. Then, the appearance of the principle of *ne bis in idem* in Turkish law will be scrutinised. Later on, rules regarding the principle of *ne bis in idem* in Law no. 213 will be specified.

In the field of tax criminal law, it is a common practice that some acts contrary to tax laws are subjected to both administrative and criminal sanctions. As a matter of fact, the situation is the same in the Turkish tax criminal law system. Therefore, in the next stage, the sanction system envisaged in the Law no. 213 will be evaluated in terms of the principle of *ne bis in idem*.

As known, there are some special circumstances that may lead to the conclusion that a legal regulation is not in violation of the principle of *ne bis in idem*, despite the occurrence of conditions that result in a violation of the principle of *ne bis in idem*. One of the particular circumstances identified by the case law of the ECtHR is that the trials are conducted in an integrated manner to form a coherent whole, even though there are technically several trials. In the final section, it will be evaluated whether this special circumstance eliminates the violation of the principle of *ne bis in idem* in terms of the sanction system envisaged in Law no. 213.

It should also be emphasized that this study examines whether the provisions of Law no. 213, which provide for more than one sanction for the same act, violate the principle of *ne bis in idem* in the context of the criteria applied by the ECtHR and the TCC.

I. THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE

The Latin phrase *ne bis in idem* means “not twice for the same thing”. This principle has been known since the time of Roman law and is most often associated with criminal law, in general, with the issue of punishment and legal consequences¹. In contemporary times, this principle represents one of the most evident indicators of an advanced stage of legal civilization. According to the principle of *ne bis in idem*, which is accepted as one of the fundamental principles of modern criminal law, a person should not be subject to repeated trial and punishment for a single act². This principle is based on the principle that “the judgment rendered as a result of the trial in the past has the function of an assurance for the future”³. Accordingly, the principle of *ne bis in idem* states, “No one can be re-tried or punished within the scope of criminal proceedings for an act for which he was convicted or acquitted of by a final judgment in criminal proceedings.”

The *ne bis in idem* principle is a consequence of the right to a fair trial. Therefore, the ECtHR also states that the *ne bis in idem* principle is a specific guarantee linked to the right to a fair trial in criminal proceedings^{4 5}.

Article 4 of Protocol No. 7 (“the Protocol”) to the European Convention on Human Rights (“the Convention”) entitled “*The right not to be tried and*

-
- 1 Mirandola, S. and Lasagni, G. (2019). “The European *ne bis in idem* at the Crossroads Administrative and Criminal Law”, *Eucrim*, No. 2., p. 126, <https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-009//> (Accessed: 15 December 2022).
 - 2 Lotito Fedele, S. (2020). “The *Ne Bis In Idem* Principle in Tax Law: European and Italian Frameworks”, *Central European Public Administration Review*, p. 52, <https://ssrn.com/abstract=3611598> (Accessed: 15 December 2022); Czudek, D. (2019). “*Ne bis in idem* in the tax process”, *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu. Torun: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Wydział Prawa i Administracji*, Vol. 7., No. 1., p. 108; Desterbeck, F. (2019). “*Ne bis in idem* and tax offences: How Belgium adapted its legislation to the recent case law of the ECtHR and the CJEU”, *Eucrim*, No. 2., p. 135–36. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-009//> (Accessed: 15 December 2022).
 - 3 Özen, M. (2010). “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. XIV., No. 1., p. 390.
 - 4 ECtHR, *Mihalache/Romania* [GC], App. No: 54012/10, 8/7/2019, § 47.
 - 5 İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları, Fourth Edition, p. 339; Yaltı, B. (2015). “İHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis İn İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine”, *Vergi Sorunları Dergisi*, No. 317., p. 85.

punished twice" governs the ne bis in idem principle. Paragraph 1 of the Article states: "(1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offense for which he has already been finally acquitted or convicted by the law and penal procedure of that State."

The purpose of the Protocol is to prevent persons from being subjected to a second investigation, criminal trial or punishment for a crime of which they have been acquitted or convicted with a definite judgment as a result of criminal proceedings⁶. What is prohibited under the article is not only to be punished a second time, but also not to be subjected to a second investigation and trial for the same fact or the alleged act^{7 8}.

As can be seen from the rule in Article 4 of the Protocol, certain conditions are necessary to conclude that a provision of domestic law is contrary to the principle of ne bis in idem. The ECtHR clarified these conditions in its decision in *Nikitin v. Russia*. Accordingly, the conditions necessary to establish a violation of the principle of ne bis in idem, recognized as one of the guarantees of the right to a fair trial, are as follows⁹:

- i. The existence of a "criminal trial",
- ii. The fact that this trial has resulted in a final conviction and acquittal,
- iii. The conduct of a retrial,
- iv. The fact that different proceedings are related to the same act¹⁰.

Protocol No. 7, which includes the ne bis in idem principle, entered into force on 1.8.2016 in Türkiye. Thus, the right not to be tried and punished twice for the same act is guaranteed by the Convention, in addition to being one of the sub-guarantees of the rule of law and the right to a fair trial in domestic law¹¹.

6 ECtHR, *Marguš/Croatia* [GC], App. No: 4455/10, 27/5/2014, § 114; *Zolotukhin/Russia* [GC], App. No: 14939/03, 10/2/2009, § 58; *Kadusic/Switzerland*, App. No: 43977/13, 9/1/2018, § 82.

7 ECtHR, *Nikitin/Russia*, App. No: 50178/99, 15/12/2004, § 35.

8 Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. and Buckley, C. (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxfords University Press, Fourth Edition, p. 963; Sejkora, T. (2019). "Non Bis In Idem in Tax Matters. Quo Vadis", p. 51, <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/315> (Accessed: 1 August 2022); Kelep Pekmez, T. (2018). "How to understand ne bis in idem?: The element of idem according to the ECtHR", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, No. 67, p. 36. <https://doi.org/10.26650/Annales.2018.67.0003> (Accessed: 1 August 2022).

9 ECtHR, *Nikitin/Russia*, § 54.

10 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 27.

11 Thus, it is stated that the Protocol No. 7 has become a domestic law rule that should be taken

II. APPEARANCE OF THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN TURKISH LAW

The principle of ne bis in idem was not directly included in the Constitution of the Republic of Türkiye dated 1982 (Constitution). However, the TCC considered this principle, among the basic components of the rule of law in its previous decisions and as an element of the right to fair trial regulated in Article 36 of the Constitution in its *Ünal Gökpınar*¹² decision. For this reason, it would not be wrong to say that the principle of ne bis in idem is protected at the constitutional level in the context of the rule of law and the right to a fair trial in the decisions of TCC.

On the other hand, it is seen that the regulations containing the principle of *ne bis in idem* are included in the Turkish legislation on criminal law. First of all, since this principle covers that different trials cannot be made for the same crime, it can be supposed that it is related to the joinder of crimes. Thanks to the joinder of crimes, if a person causes more than one crime to be committed by an act, he is punished with the heaviest penalty.

In terms of misdemeanors, the principle of ne bis in idem has been adopted in terms of imposing an administrative fine if more than one misdemeanor is committed with one act in Article 15 of the Misdemeanor Law No. 5326, titled "*Joinder*". In this case, the person will be sentenced to only the heaviest administrative fine. In the third paragraph of the Article, it is prescribed: "*If an act is defined as both a misdemeanor and a crime, a sanction can only be applied for the crime. However, in cases where a sanction cannot be applied due to the crime, a sanction is applied due to the misdemeanor.*" As it can be clearly understood from the provision of the article, the principle of ne bis in idem is valid in terms of the joinder of crimes and misdemeanors¹³.

into account by the courts in case of conflict with the provisions of the domestic law, since it concerns fundamental rights and freedoms within the scope of the fifth paragraph of article 90 of the 1982 Constitution. (Geçer, A. E. (2017). "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non Bis İn İdem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamalarına Etkileri", *Vergi Sorunları Dergisi*, No. 350., p. 118-119).

12 TCC, *Ünal Gökpınar* [GK], App. No: 2018/9115, 27/3/2019.

13 As a matter of fact, in the justification of the article, "*An act can constitute both an offence and a misdemeanor in some cases. The third paragraph of the article contains a provision specific to these cases, but only related to joinder. In such cases, only a penalty or security measure can be imposed on the person for the offence; no administrative sanction will be imposed on the grounds that the act constitutes a misdemeanor. Thus, the "ne bis in idem" principle is also valid between offences and misdemeanors. However, in cases where a penalty or security measure cannot be imposed due to the offence, sanctions may be imposed due to misdemeanor.*" is called. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0993.pdf> (Accessed: 15 December 2022).

Considering the decisions of the TCC, although it is accepted that the principle of ne bis in idem has a constitutional guarantee within the framework of the principle of the rule of law and the right to a fair trial, it is also emphasized that this principle is not absolute.

The most important individual application decision made by the TCC regarding the ne bis in idem principle in tax criminal law is the decision of *Ünal Gökpinar*. The Court decided that it had not been against the principle of ne bis in idem to impose both administrative sanctions and imprisonment for tax evasion on the applicant for his act of generating income by issuing counterfeit invoice in return for commission.

The Court, in the decision of *Ünal Gökpinar*, held that criminal processes are *"the same act in the legal sense, as they form a unity within themselves in terms of purpose, time and place"*. On this ground, the Court concluded that in both proceedings there was a single act based on essentially the same facts. However, it has been concluded that the principle is not violated because of these punishments as the impugned punishments serve *"for realizing different purposes and legal benefits"* despite the fact that there are different punishment processes and punishments based on the same act.

Regarding norm review, the most important decision of the TCC regarding the ne bis in idem principle in the field of tax criminal law is its decision numbered *E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021*. In this ruling; Article 340, the last paragraph of Article 359 stating *"The application of the penalties written in this Article on those who commit smuggling shall not prevent the separate application of the loss of tax penalty specified in Article 344"*, the sixth paragraph of Article 367 stating *"Imposing a penalty for the crimes specified in Article 359 does not prevent the separate application of loss of tax penalty or irregularity fines."* and the last paragraph of the Article 367 of Law no. 213 have been the subject of the lawsuit. Thus, the Court examined all the rules related to the ne bis in idem principle in Law no. 213 within the framework of the aforementioned principle with this decision, which will be evaluated in detail in the relevant sections below.

III. THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN TURKISH TAX LAW

A. THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN LAW NO. 213

1. In General

Some of the violations of the rules set by the tax laws in tax criminal law are regulated as *tax misdemeanors* (in the doctrinal sense) and some as *tax offences*, and the sanction to be imposed is determined accordingly¹⁴.

Tax offences are the acts that cause loss of tax or disrupt public order due to non-fulfillment of the duties shown in the tax laws or contrary to these duties and which are punished¹⁵. Tax offences are economic crimes and its victim is the Treasury. In other words, tax offences are offences against the state treasury¹⁶.

In Law no. 213, *tax evasion, violation of tax privacy and doing private business of the taxpayer* are regulated as tax offences. The most common type of crime among tax offences is tax evasion.

Tax misdemeanor, on the other hand, is the actions that are committed by the taxpayer, tax officer or persons concerned in violation of the obligations shown in the tax laws and require administrative sanctions. In Law no. 213; *loss of tax, irregularity (1st degree and 2nd degree irregularity) and special irregularity* are regulated as tax misdemeanours.

It is important to determine how the perpetrator will be punished in cases where an act leads to more than one tax misdemeanor or is regulated as both *tax misdemeanor* and *tax crime*, because the issue of whether this situation constitutes a violation of the ne bis in idem principle comes to the fore.

Turkish tax law – with one exception – does not include regulations on the principle of ne bis in idem. The most typical example of practices that can be thought to constitute a violation of this principle is encountered when the act regulates both *a tax evasion offence* and *a loss of tax misdemeanor*.

14 “The tax criminal system is the order that expresses the whole of the judicial and administrative tax crimes and misdemeanors and the sanctions foreseen for them.” (Sarıcaoğlu, E. (2017). *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınları, p. 150.)

15 Yüce, M. (2018). *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, Ankara: Adalet Yayınevi, p. 28.

16 Rençber, A. (2017). *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, İstanbul: İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, p. 37; Taşdelen, A. (2010). *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, p. 10-11; Yüce, M. (2018). p. 27; Beyribey, K. (2016). “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Vergi Yargısına Etkisi”, *Danıştay Dergisi*, No. 141., p. 72.

Before examining whether the regulation of an act as both a tax misdemeanor and a tax crime violates the principle of ne bis in idem or not, in the context of tax evasion and tax loss misdemeanor, other situations in Law no. 213 and related to the principle of ne bis in idem will be briefly mentioned.

2. Rules Regarding the Principle of Ne Bis In Idem in Terms of Tax Misdemeanor in Law No. 213

The situation of causing loss of tax is regulated in Article 335 of Law no. 213. Accordingly, in the aforementioned article, it has been emphasized that the joinder rule will be applied: *"If several other types of taxes are lost by a single act that requires a penalty in loss of tax penalty, a separate penalty will be imposed for each tax."*

In fact, there is only one act here and a single tax misdemeanor is committed with this act. However, this act causes loss of tax in terms of different tax types. In such cases, it is an acceptable practice to impose two different penalties for a single act, as it arises from different tax types in terms of their nature and purposes within the specific system of tax criminal law¹⁷.

Article 336 of Law no. 213 stipulates: *"If a single act that constitutes a penalty loss of tax and irregularity are committed together, only the heaviest penalty will be imposed in terms of amount"*. According to this Article, it is stated that if both loss of tax and irregularity are committed together with a single act, only the heaviest penalty in terms of amount will be applied.

As can be seen, this Article contains a ne bis in idem rule and provides for a single penalty for a single offence. This is the only ne bis in idem provision in Law no. 213.

B. NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN TERMS OF TAX CRIME AND TAX MISDEMEANOR

1. In General

Article 331 of Law no. 213 states *"Those who violate the clauses of tax laws shall be punished with the tax penalties (tax penalty and irregularity penalties) and other penalties written in this book"*. Sanctions regulated in this Article are divided into tax penalties and other penalties.

¹⁷ Taşdelen, A. (2010). p. 61.

The acts that are subject to the tax penalty sanction in Law no. 213 are the acts defined as tax misdemeanors in the doctrine. An act considered as a tax misdemeanor in Turkish tax law is determined by the tax administration and an administrative fine (*tax penalty*) is applied to these acts. In Law no. 213, tax crimes are regulated as well as tax misdemeanors. The acts that are foreseen to be punished with other penalties in Article 331 of Law no. 213 are the acts defined as tax crimes. These acts constitute a crime in the sense of criminal law and the determination of them and the enforcement of sanctions falls within the scope of the criminal court.

In the field of tax criminal law, it is a common practice that some acts contrary to tax laws are subjected to both administrative and criminal sanctions¹⁸. As a matter of fact, the situation is the same in the Turkish tax criminal law system.

Law no. 213 regulates how the perpetrator is punished in cases where an act is regulated as both a tax misdemeanor and a tax crime. Accordingly, Law no. 213 established a fundamental principle enshrining that if the same act constitutes a tax crime and a tax misdemeanor, both shall be punished separately.

In addition, the last paragraph of Article 367 of Law no. 213 specifies: "*Criminal court decisions are not effective on the actions and decisions of the authorities and authorities that will apply the tax penalties written in the second part of the fourth book of this Law, and the decisions to be made by these authorities and authorities do not bind the criminal judge.*". In this way, the possibility of interaction between the authorities applying the said sanctions, which is very important in terms of the *ne bis in idem* principle, was eliminated¹⁹. However, the above provision was annulled by the decision of the TCC No. E.2019/4, K.2021/78, 04.11.2021.

18 Radvan, M. and Schweigl, J. (2016). "Penalties in Tax Law in Light of the Principle *Ne Bis in Idem*", in Etel, L. and Poplawski, M. (Eds.), *Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe* (p. 399-410), Bialystok: Temida, <https://ssrn.com/abstract=2846695> (Accessed: 15 December 2022).

19 Biyan, Ö. (2016). "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyai İle Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: *Non Bis İn İdem İlkesi*", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, No. 145., p. 102; Bilici, N. and Başaran Yavaşlar, F. (2014). "Non Bis İn İdem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)", *Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan (Editör Prof. Dr. Nevzat Saygılıoğlu)*, p. 54.

2. Evaluation of the Sanction System Envisioned in Law No. 213 in Terms of the Criteria Regarding the Ne Bis In Idem Principle Determined by the ECtHR

The circumstances required to conclude that a provision of domestic law is contrary to the ne bis in idem principle were specified by the ECtHR in its decision in *Nikitin/Russia*. Accordingly, in order to speak of a violation of the ne bis in idem principle, which is recognized as one of the guarantees of the right to a fair trial; the following conditions must be found: the existence of a criminal trial, the fact that this trial has resulted in a final conviction or acquittal, the repetition of a criminal trial and different judicial proceedings should be linked to the same act.

a. Whether The First Proceedings were Criminal in Nature

The principle of *ne bis in idem* provides guarantees for crimes of a criminal nature²⁰. Offences of a non-criminal nature do not fall within the scope of this principle. Therefore, the application of a second non-criminal sanction or a second investigation or trial for the same act does not violate this principle.

The circumstance of taking a judicial action that includes a criminal sanction is the most important element that determines the scope of the principle. In this context, there is no doubt that the crimes in the traditional criminal law are included in the concept of crime in the constitutional sense. However, the concept of crime is not limited to crimes in the field of traditional criminal law, and it is possible to see unlawfulness in the field of administrative law as crimes in constitutional sense.

First of all, it should be noted that both the ECtHR and the TCC have accepted that the concept of crime and punishment have a different and autonomous content from the criminal law²¹.

The ECtHR accepted that it had the power to qualify a sanction legally whether it has a criminal nature or not²². The ECtHR's definition of punishment as an autonomous concept independent from the domestic law of the states is the most important fact that paves the way for

20 "From the historical aspect, the ne bis in idem principle has been applied within one state and it has been limited to the area of the criminal law, which means that it has not been applied to administrative proceedings in which penalties have been imposed." Matic Boskovic, M. and Kostic, J. (2020). "The Application of the ne bis in idem related to financial offences in the jurisprudence of the European courts", *NBP – Journal of Criminalistics and Law*, Vol. 25., No. 2., p. 69. <https://doi.org/doi:10.5937/nabepo25-27224> (Accessed: 15 December 2022).

21 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 28.

22 Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. and Buckley, C. (2018). p. 963.

creating a judicial precedent on ne bis in idem in terms of tax criminal law²³ 24. The ECtHR has demonstrated this definition with the decision of *Engel and Others v. Netherlands*²⁵. Thus, the definition of punishment has been separated from the definition of punishment in domestic law and its character as an autonomous concept has become determined by the judgment of the Court²⁶. In the *Öztürk v. Germany* decision²⁷, the ECtHR interpreted the concept of the nature of the crime more clearly and concluded that the sanctions aimed at punishment or deterrence, not compensation, were of a criminal character.

In the case of *Bendenoun v. France*²⁸, the ECtHR has evaluated whether the administrative fines have a criminal nature or not, in the context of tax law, and has ruled that the administrative fines imposed on tax misdemeanors will be within the scope of criminal sanctions if they have certain characteristics. Accordingly, the sanctions stipulated in the tax legislation for misdemeanors should be applicable to all taxpayers, the penalty should be aimed at penalizing similar behaviours, not reparation of the damage caused by the envisaged sanction, the penalty should be based on a general rule and the amount of the final sanction should be appropriate to the purpose²⁹ 30.

23 “Neither article 6, nor article 7 of the European Convention on Human Rights defines the term “sanction” explicitly. According to the case law of the European Court of Human Rights, the nature of the sanction imposed for the infringement of law is the relevant criterion to determine whether the procedure performed by a domestic public law authority against the offender was in accordance with the criminal procedure.” Sejkora, T. (2019). p. 48.

24 Radvan, M. and Schweigl, J. (2016).

25 ECtHR, *Engel and Others/The Netherlands*, App. No: 5100/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, §§ 82-83.

26 “The ECtHR developed its doctrine in the leading case *Engel and Others v. The Netherlands* in 1976. A first starting point for the assessment of whether a punitive measure is criminal in nature is the classification of the offence in domestic law. However, this criterion is of minor importance. More decisive criteria are the nature of the offence and the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring (second and third criteria). The authority who imposes a punishment is totally irrelevant for the application of the *Engel* doctrine to the ne bis in idem principle. Administrative measures can be considered criminal in nature, although they are imposed by the tax authorities. Thus, a final administrative punitive measure could preclude a subsequent criminal indictment for the same offence.” Desterbeck, F. (2019). p. 136.

27 ECtHR, *Öztürk/Germany*, App. No: 8544/79, 21/2/1984, § 53.

28 ECtHR, *Bendenoun/France*, App. No:12547/86, 24/2/1994, § 47.

29 “This judgment of the ECtHR is great importance for taxpayers who are subject to a tax penalty, because the tax penalties, which are of a financial character and applied as multiples of the tax incurred, are accepted as “penalties” in the sense of criminal law and this result in the conclusion that taxpayers are under the protection of article 6, which constitutes the right to a fair trial. As a matter of fact, the ECtHR continues to assess tax penalties, which it considers to be “punitive and deterrent”, within the scope of article 6.” (Inceoğlu, S. (2013). p. 94).

30 The ECtHR has made a similar assessment regarding tax law in the *Jussila/Finland* (App. No: 73053/01, 23/11/2006) application.

According to this, it accepts tax misdemeanors which are considered as crimes within the framework of the criteria it has developed, within the scope of the protection of the ne bis in idem principle³¹.

Similarly, the TCC has concluded that the tax penalties imposed pursuant to Law no. 213 are also of a criminal character in its various decisions. Accordingly, in the established case-law of the TCC in individual applications, sanctions that are not subject to criminal cases are defined as punishment within the framework of autonomous interpretation and the proceedings related to these are examined within the scope of the criminal charge of the right to fair trial³². As a matter of fact, in the decision of *Ünal Gökpmar*, the TCC evaluated the judicial process regarding tax penalties in administrative jurisdiction as a criminal process³³.

As a result, the concept of *crime and punishment* in the constitutional sense has a different and autonomous content from criminal law. As stated, there is no doubt that crimes in the field of traditional criminal law are included in the concept of crime as interpreted by the TCC. However, the *concept of crime* is not limited to the crimes in the field of traditional criminal law, but it is possible to consider crimes in the field of administrative law as a crime in the constitutional sense. Accordingly, based on the established case-law of the ECtHR and the TCC, it is concluded that the tax penalties imposed in accordance with the Law no. 213 are also of a criminal character. In this way, the process that started as whether the tax penalty process pursuant to Law no. 213 or the process related to the crime of smuggling, the "*the execution of a trial process containing penal sanctions*" condition sought is met within the scope of the ne bis in idem principle.

b. Whether a Final Decision had been Taken in The Tax Proceedings

The assurance provided by the principle of ne bis in idem is that the person is not repeatedly tried and punished after a final decision against or in favour of the individual on his criminal responsibility by examining the merits of the criminal charge regarding an act subject to a

31 ECtHR, *A and B/Norway* [GC], App. No: 24130/11 and 29758/11, 15/11/2016, §§ 107, 136 and 138; *Matthildur Ingvarsdóttir/Iceland (committee) (dec.)*, App. No: 22779/14, 4/12/2018, §§ 45-46.

32 TCC, E.2014/120, K.2015/23, 5/3/2015; *Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti.*, App. No: 2013/4324, 7/7/2015; *B.Y.Ç.*, App. No: 2013/4554, 15/12/2015, § 31; *E.T.Y.İ. A.Ş.*, App. No: 2013/596, 8/5/2014, § 51.

33 TCC, *Ünal Gökpmar*, § 54.

criminal sanction³⁴. For this condition to be met, there must be a judgment regarding a sanction, considered as a punishment within the framework of autonomous interpretation regardless of whether the decision-making authority is a judicial or administrative authority. In addition, there should be a decision that includes an evaluation in terms of whether the person has committed the relevant act or not, after the evaluation of the evidence and the determination of the facts in this trial³⁵.

What must be understood from the concepts of finality is that the decision is definite due to the absence of a legal remedy or exhausting the ordinary legal remedies or expiration of the stipulated deadlines for applying to them without making an application³⁶. On the other hand, there is no difference between being final/finalized through the judiciary or the administrative penalties are finalized before they are brought to the judicial stage³⁷.

Accordingly, the rules in Law no. 213, which allow both an administrative fine and a sentence to imprisonment for the same act, are of a character that may lead to penal trial process after the first process has resulted in a conclusive conviction or acquittal. Therefore, the second condition sought is also met in order to conclude that there is a violation of the *ne bis in idem* principle in terms of the rules in Law no. 213.

c. Whether There was Duplication of Proceedings (Bis)

Another circumstance in which the principle of *ne bis in idem* has been violated is the execution of a second trial process. This principle provides assurance not only against being punished for the second time, but also against being tried for the second time regardless of whether the first judicial process resulted in a conviction or not.

It does not matter whether the repeated process starts before or after the decision made in the previous process. The important point is that one of the processes continues after the decision made in the other is

34 ECtHR, *Mihalache/Romania*, § 98.

35 ECtHR, *Mihalache/Romania*, § 95; TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 29.

36 AIHM, *Mihalache/Romania*, §§ 103, 110.

37 In the case subject to the A and B/Norway decision of the ECtHR, the applicants did not appeal to the tax penalty and paid it. For this reason, the tax penalty process has been finalized without filing an administrative lawsuit. (*A and B/Norway*, §§ 16-32). However, the ECtHR has reviewed this process which has been finalized with the sanction of the tax administration, even though it has not been filed to the tax court within the framework of autonomous interpretation, in terms of contradiction to the principle of *ne bis in idem*.

finalized. Furthermore, it does not matter how the re-operated process is concluded³⁸.

The *principle of ne bis in idem* prohibits the initiation of second proceedings when the first proceedings are final. The Court has held that Article 4 of Protocol No. 7 clearly prohibits consecutive proceedings if the first set of proceedings has already become final at the moment when the second set of proceedings is initiated. On the other hand, the principle does not clash with that multiple trial proceedings are carried out synchronously. An administrative penalty can also be imposed for an unlawfulness in addition to the sanction foreseen in the field of criminal law, especially in order to protect the social and economic order. In such cases, the application of different penalties by different authorities does not violate the principle of *ne bis in idem*, as long as it maintains its complementary nature. However, there must be a sufficiently closely connected in substance and in time in order for the punishments applied by different authorities to be seen as complementary³⁹.

It is possible that the other process will continue to operate when one of the processes related to the tax penalty or tax evasion offence is concluded in the sanction system envisaged by Law no. 213. In this case, the third condition sought is also met in order to conclude that there is a violation of the *ne bis in idem* principle in terms of the rules in Law no. 213.

d. Whether the Offences were the Same (Idem)

The act that constitutes the subject of both proceedings must be the same in order for the principle of *ne bis in idem* to be applied. The perpetrator must be the same person and the subject of the trial must be the same in order for the act to be the same.

Although there are different opinions in the doctrine⁴⁰ regarding the same act condition, there is no hesitation in this matter in the decisions of both the ECtHR and the TCC⁴¹. Regarding the *ne bis in idem* principle,

38 ECtHR, *Zolotukhin/Russia*, § 110.

39 AİHM, *Österlund/Finland*, App. No: 53197/13, 10/2/2015, § 48.

40 Taşdelen, A. (2010). p. 65-66; Bahçeci, B. (2018). p. 154; Rençber, A. (2017). p. 487.

41 However, it is seen that the ECtHR used different criteria to explain the concept of the same act in its decisions before the *Glantz/Finland* decision. For instance, in *Ponsetti and Chesnel/France* (App. No: 36855/97 and 41731/98, 14/9/1999) decision, it was stated that the element of intent was sought in the offence of tax evasion, but it was not sought in the financial crimes subject to administrative fine, thus, the decision was held based on the subjective elements of the acts. ECtHR, in *Rosenquist/Sweden* (App. No: 60619/00, 14/9/2004)

the ECtHR has applied *the same events or events that are essentially the same* criteria, which it put forward in the *Zolotukhin v. Russia* decision⁴² ⁴³ with regard to the concept of the same act, in the *Glantz v. Finland*⁴⁴ and *A and B v. Norway* judgments in terms of tax offences and misdemeanours⁴⁵.

Indeed, a fact-based assessment was adopted by the aforementioned Court to determine the content of the concept of idem. The Court determined that what should be understood from the same (idem) was *the same events or events that are essentially the same*⁴⁶. In addition, the result of the act was not emphasized. In other words, the point of tax loss was not taken into consideration, but with a holistic approach, the item of idem was *based on the event*, not the *act or penalty norm*.

As a matter of fact, similar to the approach of the ECtHR, the TCC did not adhere to the qualifications in domestic law when specifying whether the act was the same in the *Ünal Gökpinar* decision. The TCC pointed out that “(...) Accordingly, the actions of the applicant that caused the criminal proceedings should be considered as the same act in the legal sense, since they

decision, stated that the element of intent or gross negligence is the essential element for imprisonment sentence for tax evasion, whereas this element is not required for imposing an administrative fine, and that the purpose of the aforementioned penalties is not the same. In this decision, a distinction was made not in terms of the elements of the crime, but the legal benefit protected by the penalties. The Court, in *Manasson/Sweden* (App. No: 41265/98, 20/7/2004) decision, stated that the imprisonment sentence was imposed for the violation of the bookkeeping obligation and the administrative fine was imposed due to underreporting of income, therefore, did not find any violation of ne bis in idem principle on the ground that the acts requiring the imposing of the two penalties were different. ECtHR, in *Carlberg/Sweden* (App. No: 9631/04, 27/1/2009) decision, referring to the *Manasson/Sweden* decision, it concluded on similar grounds that it was not the same act in the case.

42 “Concerning the attribute of idem, there have been three different approaches in the case law of the European Court of Human Rights since the harmonising (unifying) decision of the European Court of Human Rights in the case of *Sergey Zolotukhin versus Russia*, the decision on the application no. 14939/03, was adopted. According to this decision, article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights should be interpreted in the sense that it prohibits the criminal prosecution for the second criminal offence in so far as it arises from identical facts or facts, which are substantially the same. Be so, the idem attribute exists pursuant to the European Court of Human Rights if the facts constitute ‘a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space’” Sejkora, T. (2019). p. 50.

43 Desterbeck, F. (2019). p. 137; Matic Boskovic, M. and Kostic, J. (2020). p. 71; Kelep Pekmez, T. (2018). p. 36-37.

44 ECtHR, *Glantz/Finland*, App. No: 37394/11, 20/5/2014.

45 In *Johannesson and Others/Iceland* (App. No: 22007/11, 18/5/2017) decision, the Court noted that the applicants’ conviction and the imposition of tax surcharges were based on the same failure to declare income. Moreover, the tax proceedings and the criminal proceedings concerned the same period of time and essentially the same amount of evaded taxes (§ 47). In brief, the idem element of the ne bis in idem principle is present.

46 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. and Buckley, C. (2018). p. 966.

form integrity within themselves in terms of purpose, time and place. In other words, as a result, it is understood that in both proceedings in the case, there is only one act based on the same facts in essence."

The TCC, in its decision⁴⁷ referred to the decisions *Zolotukhin v. Russia* (§§ 78-84, 97) and *A and B v. Norway* (§ 108) of the ECtHR: "(...) It is necessary to ensure temporal, spatial and factual sameness regarding the act in order to determine whether crimes and misdemeanors have been committed with the same act. In order for the same act to be mentioned, the facts leading to more than one prosecution or punishment must be the same events or events that are essentially the same and must occur at the same time and place."

In our opinion, it is an appropriate approach to explain the concept of the same act within the framework of the criteria of the same events or events that are essentially the same, accepted by the ECtHR and the TCC⁴⁸. The definition of the same act in terms of the subjective elements of the crime/misdemeanour or the objective elements of the crime/misdemeanour, as some authors have argued in the doctrine or included in the previous decisions of the ECtHR, are the approaches that narrow the field of application of the ne bis in idem principle.

As a result, in the sanction system envisaged in Law no. 213, it is possible that the tax evasion offence and the misdemeanour of tax can be committed with acts that originate from the same events and facts and can be considered as the same act. For this reason, it is clear that the *same act* based on essentially the same facts is involved in both proceedings.

Therefore, when the system of sanctions provided for by Law no. 213 is assessed in the light of the conditions set out in Protocol No. 7 and embodied in the decision of the ECHR in *Nikitin v. Russia*, it can be said that it contains provisions that may lead to a contradiction with the ne bis in idem principle.

47 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 31.

48 "Both the European Court of Justice (ECJ) and the European Court of Human Rights (ECtHR) have opted for the 'idem factum' interpretation in their recent case law. This development should be warmly welcomed, as only this interpretation guarantees the effective protection of the individual against undue multiple prosecutions." Lelieur, J. (2013). "Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty", *Utrecht Law Review*, Vol. 9., No. 4., p. 205. <http://doi.org/10.18352/ulr.250> (Accessed: 15 December 2022).

3. Evaluation of the Sanction System Envisaged in the Law No. 213 in Terms of Special Situations Eliminating the Violation of Ne Bis In Idem Principle

There are some special circumstances that may lead to the conclusion that a legal regulation is not in violation of the ne bis in idem principle, despite the occurrence of conditions that result in a violation of the ne bis in idem principle.

Two of the particular circumstances that do not violate the ne bis in idem principle are contained in Protocol No. 7, and these unique circumstances are the emergence of new evidence and the existence of a fundamental flaw that may affect the outcome of the case. Moreover, one of the particular circumstances identified by the case law of the ECtHR is that the trials are conducted in an integrated manner to form a coherent whole, even though there are technically several trials⁴⁹.

Although the ECtHR has partially changed the criteria to be applied in its judgment in which it discusses the principle of ne bis in idem, it puts the case to the test within the framework of the criteria included in many of its recent judgments.

In this context, the ECtHR, for example, has determined that the decisions taken by the authorities applying criminal and administrative sanctions according to the Finnish legal system do not affect each other and both types of sanctions are imposed independently of each other in the *Glantz v. Finland* judgment. The Court has also specified that none of the sanctions imposed by the court or the administration is considered by the other court or administration during the determination of the sentence in this judgment. Thus, the ECtHR has concluded that there was not a sufficiently close connection in substance and in time and handed down a violation ruling⁵⁰.

49 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 32: "If the first four conditions are met together, a violation of the principle occurs. However, in international law, some special situations that may constitute an exception to the principle are envisaged. These should also be considered in the interpretation of the Constitution in the context of the aforementioned principle. In this context, the first two exceptions are the emergence of new evidence and the existence of a fundamental defect that may affect the outcome of the case, which is included in paragraph (2) of article 4 of Protocol No. 7 and is also accepted in Turkish law. The third exception, developed by the ECtHR case-law, is the criminal processes are carried out in an integrated manner (even if more than one in form) to form a unity (ECtHR, *A and B/Norway* [GC], Appl. No: 24130/11 and 29758/11, 15/11/2016, § 130)."

50 It is seen that the ECtHR continued the same approach in its other decisions regarding the ne bis in idem principle in terms of tax criminal law. According to this, in *Kiiveri/Finland* (App.

The Court applied the same evaluation in the *A and B v. Norway* judgment. In its judgment, the ECtHR examined whether there is a relationship between administrative and judicial proceedings⁵¹. At this point, the Court found that the tax fines previously imposed on the applicants were taken into account when imposing imprisonment against the applicants. In addition, the ECtHR stated that the two proceedings proceeded synchronously, complemented each other, and therefore had foreseeable consequences. As a result, the ECtHR held that the applicants were not subjected to an unfair and/or disproportionate sanction, the two proceedings were sufficiently close connection in substance and in time, and concluded that there was no violation of the principle of ne bis in idem⁵².

The ECtHR, in its recent judgments, has adopted a jurisprudence that a predictable and complementary repeated trial and punishment by the authorities that are aware of and interact with each other and that consider the sanctions imposed by each other will not violate the principle of ne bis in idem.

The ECtHR has demonstrated this approach in its landmark ruling of *A and B v. Norway* case, it concluded that article 4 of Protocol No. 7 does not exclude the option of multiple trials if certain conditions are met⁵³. However, in this judgment, it opined that the state, which imposed

No: 53753/12, 10/2/2015) decision, it has been concluded that the principle of ne bis in idem has been violated due to the fact that the administrative fine and tax evasion offence are caused by the same act in the form of not declaring the tax, because the trials are carried out in different judicial processes without providing assurances. In *Österlund/Finland* decision, it has been concluded that the principle of ne bis in idem has been violated since the applicant, who was tried for tax evasion and the administrative fine imposed for not declaring the tax, was tried in different proceedings without providing assurances. Similarly, the ECtHR continued the approach, adopted in the *Glantz/Finland* decision, in the *Nykänen/Finland* (App. No: 11828/11, 20/5/2014) and *Lucky Dev/Sweden* (App. No: 7356/10, 27/11/2014) decisions.

51 *A and B/Norway* judgment held by ECtHR has been criticized in many aspects in the doctrine. Most important of these criticisms are that the ECtHR substantially reduced the scope of protection of the ne bis in idem principle with regard to dual criminal and administrative punitive proceedings in respect of the same offence. For some criticisms about the judgment, see also: Mirandola, S. and Lasagni, G. (2019). p. 128-129.

52 Mirandola, S. and Lasagni, G. (2019). p. 127-128; Czudek, D. (2019). p. 119.

53 ECtHR, *A and B/Norway* [GC], (App. No: 24130/11 and 29758/11, 15/11/2016) § 130: "On the basis of the foregoing review of the Court's case-law, it is evident that, in relation to matters subject to repression under both criminal and administrative law, the surest manner of ensuring compliance with Article 4 of Protocol No. 7 is the provision, at some appropriate stage, of a single-track procedure enabling the parallel strands of legal regulation of the activity concerned to be brought together, so that the different needs of society in responding to the offence can be addressed within the framework of a single process. Nonetheless, as explained above (see notably paragraphs 111 and 117-120), Article

sanctions, had to convincingly demonstrate that the aforementioned multiple proceedings were sufficiently close connection in substance and in time in order to conclude that there was no violation of the principle of ne bis in idem⁵⁴.

The ECtHR evaluates whether there is a sufficiently close connection in substance between the processes within the framework of the following criteria⁵⁵:

i. whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved,

ii. whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (idem),

iii. whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that establishment of facts in one set is also used in the other set,

iv. and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is at the end made to bear an excessive burden⁵⁶.

This exceptional situation, which is not explicitly included in the text of Article 4 of Protocol No. 7 and developed by the ECtHR through interpretation, can be taken into account when evaluating whether the

4 of Protocol No. 7 does not exclude the conduct of dual proceedings, even to their term, provided that certain conditions are fulfilled."

54 "As noted above, the same conduct can be potentially subject to duplication in relation to proceedings that occur in parallel (dual proceedings), as opposed to which follow consecutively from the other. The leading case on the former A and B/Norway, which concerned omissions in income tax returns giving rise to proceedings in tandem, one of which resulted in an administrative fine (tax surcharge: held to be autonomously 'criminal' for the purposes of Article 4), the other of which resulted in a criminal conviction (tax fraud). Article 4 could apply in such cases, but the matter had to be approached with caution, the Court acknowledging the need to afford states some latitude in this regard. (...) As such, the onus was on the State to establish that the conduct of dual proceedings was 'sufficiently closely connected in substance and in time'." (Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. and Buckley, C. (2018). p. 966-967.)

55 ECtHR, *A and B/Norway*, § 132.

56 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 33.

sanction system adopted by Law no. 213 is in accordance with the principle of ne bis in idem. It can be concluded that there is no violation of the ne bis in idem principle when the existence of this situation is observed. It should also be noted that although the TCC did not use these criteria in the decision of *Ünal Gökpinar*, it benefited from these criteria developed by the ECtHR in its decision numbered E:2019/4, K:2021/78, 4/11/2021.

a. Whether the Processes Have Different Complementary Purposes

It is necessary to explain how tax misdemeanors and tax evasion offences constitute a concrete response to different aspects of the same act. Since what is required in terms of this criterion is that it has a *different but complementary purpose*. Therefore, homogenization of purpose violates the principle of *ne bis in idem*⁵⁷.

The imposition of sanctions basically has three purposes: deterrence, compensation and reclamation. In this context, it is important to determine the purpose of the sanctions foreseen for non-fulfilments of tax duties and the legal nature of the sanctions that emerge as a result of this purpose. The feature of suppression and punishment comes to the fore in order to protect the social order in the sanctions envisaged to ensure the fulfilment of the tax duty. However, although this is the general purpose of both tax offence and tax misdemeanors, it is a fact that the administrative process aims to ensure that individuals fulfill their tax obligations by imposing a certain amount of fine while the judicial process aims to protect the public order.

In some of its judgments, the TCC emphasized the complementarity relationship between the penalties imposed for tax offences and tax misdemeanors and concluded that the principle of ne bis in idem had not been violated⁵⁸.

57 As a matter of fact, in the *Korneyeva/Russia* (App. No: 72051/17, 8/10/2019, § 62) decision, the ECtHR disregarded the Russian Government's defense that the protection areas of each of the crimes that are the subject of more than one process are different and concluded a violation.

58 In its decision numbered E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, the TCC says (§78): "*Whether different trial/punishment processes have complementary purposes is related to whether different disciplines of the legal order focus on different aspects of the illegal act. The aim of the crime of smuggling is to punish those who commit the illegal acts that constitute the crime, to deter people from committing these acts in this way, to protect public order by prohibiting each act that is organized as a crime. On the other hand, the purpose of administrative sanctions, which are applied according to administrative law procedures due to tax misdemeanors, without a judicial decision, is to protect the tax administrative order, and in this context, to impose effective and deterrent sanctions on the behavior of taxpayers*

As a result, the main purpose of the administrative sanction imposed due to tax misdemeanor is to protect the tax administrative order⁵⁹, and thus, to ensure that individuals fulfill their obligations in the tax system in accordance with the legislation⁶⁰. On the other hand, it can be argued that the purpose of judicial sanctions related to taxation is to punish those who commit unlawful acts, which are generally considered as crimes, to deter and reclaim people from committing these acts in this way, and to protect the public interest⁶¹.

In this respect, both punishments have a complementary nature and therefore this criterion in which the processes have different but complementary purposes has been met.

b. Whether Multiple Processes Related to the Same Act are Foreseeable

It should be clear and predictable that multiple processes can be taken regarding the same act in legal regulations.

The TCC also considers that a law restricting fundamental rights should have these qualities as a requirement of the rule of law, which is guaranteed in Article 2 of the 1982 Constitution. Accordingly, legal regulations should be clear, understandable, applicable and objective,

and responsible persons in violation of their obligations in tax laws. In this respect, it can be said that two separate punishment procedures, one judicial and the other administrative, which are essentially related to the same act but protect different legal values, pursue complementary purposes."

59 Şenyüz, D. (2017). *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, Tenth Edition, Bursa: Ekin Yayınları, p. 8; Sarıcaoğlu, E. (2017). p. 156-157.

60 Taşdelen, A. (2010). p. 18-22,

61 The ECtHR made the following assessments in its decision on *A and B/Norway* (§ 144) about the different complementary purposes of administrative and judicial processes: "144. The competent national authorities found that the first applicant's reprehensible conduct called for two responses, an administrative penalty under chapter 10 on Tax Penalties of the Tax Assessment Act and a criminal one under chapter 12 on Punishment of the same Act (see paragraphs 15, 16 and 41-43 above), each pursuing different purposes. As the Supreme Court explained in its judgments of May 2002 (see paragraph 46 above), the administrative penalty of a tax surcharge served as a general deterrent, as a reaction to a taxpayer's having provided, perhaps innocently, incorrect or incomplete returns or information, and to compensate for the considerable work and costs incurred by the tax authorities on behalf of the community in carrying out checks and audits in order to identify such defective declarations; it was concerned that those costs should to a certain extent be borne by those who had provided incomplete or incorrect information. Tax assessment was a mass operation involving millions of citizens. For the Supreme Court, the purpose of ordinary tax penalties was first and foremost to enhance the effectiveness of the taxpayer's duty to provide complete and correct information and to secure the foundations of the national tax system, a precondition for a functioning State and thus a functioning society. Criminal conviction under chapter 12, on the other hand, so the Supreme Court stated, served not only as a deterrent but also had a punitive purpose in respect of the same anti-social omission, involving the additional element of the commission of culpable fraud."

and should also contain protective measures against arbitrary practices by public authorities. These qualifications, which must be present in the law, are also obligatory in terms of ensuring legal security⁶².

There are regulations that allow imposing of both administrative fines and imprisonment in Law no. 213 for the same acts, and it is clearly regulated and foreseeable in the relevant articles of this Law. In other words, taxpayers or other related persons are in a position to foresee that both the judicial sanctions process and the administrative process can be initiated due to their acts contrary to tax laws and they can be punished for the act they have committed as a result of these processes.

The TCC also noted: "*Considering that the judgment/punishment processes regarding tax evasion offence and tax misdemeanors and the penalties to be imposed at the end of these processes are regulated with sufficient certainty in the relevant articles of the Law no. 213, it is understood that these processes are predictable.*"⁶³

c. Whether Sufficient Interaction is Provided in the Collection and Assessment of Evidence and Determination of Cases Between Processes

It is necessary to establish a system that provides the necessary guarantees to be able to say that proceedings in respect of the same act are conducted *in an integrated manner, as parts of a whole*. In the absence of such a system, the conduct of multiple proceedings for sanctions and penalties imposed on individuals for the same act at the end of the proceedings will constitute a violation of the ne bis in idem principle.

The regulations in Law no. 213 should be analyzed in order to determine whether a system that will provide the necessary assurances has been established by the law. The purpose of tax inspection is stated as researching, determining and ensuring the accuracy of the taxes to be paid in Article 134 of Law no. 213. In Article 137 of the same Law, it is stated that natural persons and corporate entities who are obliged to keep records and accounts, preserve and submit documents according to this Law or other laws are subject to tax inspections.

According to the first paragraph of Article 367 of Law no. 213, when the tax evasion offences set forth in Article 359 of Law no. 213 have been committed at the end of the investigation, it is obligatory to report the

62 TCC, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153-154; TCC, E.2019/100, K.2020/62, 22/10/2020, § 19.

63 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 79.

situation to the Chief Public Prosecutor's Office⁶⁴. According to the second paragraph of Article 367 of Law no. 213, if it is informed that the crime has been committed by means other than tax inspection, the public prosecutor must first request an investigation from the relevant tax office. In this case, the result of the investigation must be reported to the Public Prosecutor's Office in order to open a public case.

Punishment and judgment processes regarding tax misdemeanours will also be initiated with the preparation of the tax inspection report. It is stipulated: *"The events that require tax penalties will be determined by the tax offices or those authorized to audit and tax inspection"* in Article 364 of Law no. 213.

As can be seen, the punishment processes begin with the reports prepared on the tax inspection in case of committing the tax evasion crimes regulated in Article 359 of Law no. 213 and committing tax misdemeanours in connection with these. Until this phase, the process of imputing of a crime and misdemeanour and therefore the information and documents related to the accusation are the same. It is likely that more or less the same evidence will be presented to both the tax court and the criminal court by the defendants against this charge. Therefore, since the same materials were found before both courts at the beginning of the proceedings, it can be supposed that there is a similarity between the processes until this phase⁶⁵.

However, the sentencing and trial process are carried out independently of each other after the initial phases⁶⁶. In the next process, the tax court and the criminal court try to end the case by collecting all kinds of evidence they deem necessary. At this phase, there is no regulation that will force the courts to interact⁶⁷.

64 *"Purpose of article 367 of Law No. 213 is that it is the requirement and desire to bring the dispute to the criminal court after a technical inspection in matters that require technical expertise such as finance and economics and which lawyers are generally unfamiliar with."* (Rençber, A. (2017). p. 390.)

65 In the TCC, in its decision numbered E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021 (§ 80), *"The prosecution/punishment processes regarding tax evasion offence and tax misdemeanours committed with the same act are mainly based on tax examination. The judicial process begins with the submission of the tax crime report and opinion prepared on the basis of the determinations in the tax inspection report to the Office of the Chief Public Prosecutor, and the administrative punishment process begins with the submission of the tax inspection report to the tax office. At this initial phase, the evidence presented by the administration in both processes is the same."* is called.

66 Akkaya, M. (2000). *"Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 49., No. 1., p. 87.

67 In the TCC, in its decision numbered E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021 (§ 81), *"On the other hand, after the initial phases, the proceedings are carried out completely independently of each other. An*

From this point of view, it is seen that Article 340, the last paragraph of Article 359 and the sixth paragraph of Article 367 of Law no. 213 do not contain a provision that prevents the interaction of dual (criminal/administrative) processes. These rules allow multiple trials and punishments for the same offence. However, the aforementioned rules do not contain a regulation that prevents interaction between the competent authorities during the execution of the relevant processes.

However, a separate evaluation should be made in terms of the last paragraph of Article 367 of Law no. 213 on the subject. Because, it is regulated that the decisions of the criminal court will not bind the authorities imposing the tax penalties, and the decisions of these authorities will not bind the criminal judge with the last paragraph of Article 367 of Law no. 213.

As stated above, punishment and trial processes regarding tax misdemeanor and tax evasion are carried out independently of each other, except for the initial phases. In addition, it is not possible to make a trial based on this legal opinion for a crime other than the crime specified in the legal opinion, which is accepted as a condition for litigation/prosecution in a criminal case. Continuing the lawsuit filed with an indictment that does not comply with the aforementioned legal opinion will be unlawful⁶⁸. In other words, the acts subject to tax crime report, legal opinion, indictment and judgment must be the same.

Therefore, it is not always possible to maintain that the two processes are carried out independently of each other or that the public authorities carrying out these two processes do not interact with each other in any way.

In addition to this issue, it is necessary to evaluate whether the decisions of the criminal and tax courts, which judge the disputes emerging from the same act with different dimensions, affect each other.

The tax administration and the tax court decide on tax misdemeanors, and the criminal court decides on tax crimes. Therefore, it can be accepted as an appropriate arrangement that the decisions made as a result of different proceedings are not considered as binding on each other for these illegalities that are in a separate norm system.

interaction between the processes that will prevent any repetition in the collection and evaluation of evidence is not included in the rule in question or in other rules." is called.

68 Şenyüz, D. (2017). p. 370.

On the other hand, there is a difference between them in terms of subjective elements just as the procedure to be followed in the pursuit of tax crimes and tax misdemeanors and the procedures of judgment are different even if there is unity in the objective elements. It becomes difficult to establish an absolute rule regarding the binding of the criminal court and tax court decisions when these issues are taken into consideration. In this framework, the differences between judicial processes and administrative processes in terms of assessment of evidence, elements of crime and misdemeanour and trial procedure can also be reflected in the decisions of criminal court and tax court. In this respect, it is not possible to conclude that the decisions of different authorities, which deal with an act that is the subject of both tax evasion and tax misdemeanors with different dimensions and that qualify and evaluate them according to their own procedures and rules, should be linked under all circumstances⁶⁹.

There is no problem if the decisions taken by both judicial branches are in the same direction as a result of the proceedings. However, if they hold different decisions about the existence and absence of tax crime/misdemeanor, a discrepancy situation will arise. For this reason, it is quite important that the processes are carried out in coordination with each other in cases where both courts are likely to decide on the same issue in order to prevent problems that may occur later.

As stated above, the principle of *ne bis in idem* does not exclude multiple trial/punishment processes and therefore the imposing of multiple punishments, provided that certain circumstances are met. The imposing of multiple penalties is at the discretion of the legislature in the event that guarantees are provided for the integrated manner so as to form a coherent whole. Accordingly, the rules that do not exclude the interconnected maintenance of the processes related to punishments, but only prescribe multiple punishments and do not allow them to be combined, do not have any aspect contrary to the principle of *ne bis in idem*⁷⁰.

A person can be punished with both a tax offence and a tax misdemeanor for the same act in accordance with the last paragraph of Articles 340, 359 and the sixth paragraph of Article 367 of Law n o. 213 in Turkish tax law.

69 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 88.

70 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 58.

From the perspective brought by the ECtHR, it can be supposed that the absence of interaction between each other is not due to the aforementioned rules⁷¹.

First of all, the absence of interaction between the criminal court and tax court judgments that adjudge the disputes emerging from the same act with different dimensions is due to the absence of a regulation in the tax legislation. Another reason for this situation is Article 367 of Law no. 213, which regulates that the judgments of the criminal court do not bind the authorities that impose the tax penalties, and that the decisions of these authorities do not bind the criminal court. This is another reason for the absence of interaction between them. For this reason, the TCC held to annul the last paragraph of Article 367 of Law no. 213.

In this case, establishing a connection between judicial processes regarding the tax evasion offence and the tax misdemeanors committed with the same act appears as a constitutional necessity in terms of actualizing the guarantees provided by the ne bis in idem principle after the annulment of the last paragraph of Article 367 of Law no. 213 by the TCC.

d. Whether the Processes are Connected in Terms of Time

Linkage in terms of time means that two processes are synchronous. However, according to the ECtHR, this principle does not mean that the two processes should be carried out simultaneously from start to finish. States have discretion in advancing these processes taking gradually into account different social objectives. However, the absence of sufficiently closely connected in terms of time between these two processes should not push the individual into uncertainty.

While assessing whether the absence of sufficiently closely connection in terms of time is reasonable, the attitude of the authorities carrying out the two processes and whether they advance the processes in interaction are taken into account. If there is an unreasonable absence of sufficiently closely connection in terms of time between the two processes, this may be interpreted as an indication of the absence of a connection, unless an appropriate explanation is provided by the public authorities for reasons attributable to the conduct of the proceedings.

71 For opinions to the contrary, also see: Yaltı, B. (2015). p. 90-91; Biyan, Ö. (2016). p. 105.

From this point of view, the administrative and judicial processes start on almost the same dates and carry out simultaneously for a while in the sanction system envisaged by Law no. 213. For this reason, it is highly likely that the processes will be completed closely to each other, except for extraordinary circumstances. Therefore, we consider that the temporal difference between the two processes will not exceed a reasonable level, which is one of the criteria set out by the ECtHR.

After all, the temporal difference between these two processes, which are carried out partly simultaneously, does not cause uncertainty for the individual, nor does it cause the appearance of procrastination. Thus, there is a sufficiently closely connection in terms of time between the integrated dual (criminal/administrative) process.

e. Whether the Sanctions Imposing in the Proceedings Which Become Final First is Taken Into Account in Other Trials

The last condition necessary for the fulfillment of the condition that multiple trial processes be carried out in an integrated manner so as to form a coherent whole is the existence of balancing mechanisms against the risk of creating an excessive burden of the total penalty imposed against the person. In this context, it is possible that the total penalty will reach a level that may cause a disproportionate burden on the person in cases where both processes are concluded against the person.

The principle of ne bis in idem does not prevent the application of complementary sanctions by different authorities for different social purposes in case an unlawfulness violates different legal values. In particular, it is possible to impose administrative sanctions as well as judicial penalties for an unlawfulness* in order to protect the social and economic order. In this instance, the important thing is that these two punishments are imposed in a complementary way. As a matter of fact, the ECtHR, in the *Glantz v. Finland* decision which it even concluded in a violation, indicates that within the discretion of the legislature to impose an administrative fine in addition to the imprisonment to be imposed by the criminal court⁷². In its decision *A and B v. Norway*, the ECtHR underlined that the tax fines previously imposed had been taken into account when sentencing the applicants in criminal proceedings, thus it was concluded

72 Bahçeci, B. (2018). "İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı İle Türk Hukukunun Uyum Sorunu", *Türk Barolar Birliği Dergisi*, No. 136. p. 159-160.

that the applicants had not been subjected to unfair or disproportionate sanctions⁷³.

Similarly, The TCC emphasized:; *"On the other hand, in order to prevent the total penalty imposed as a result of both trials from creating an excessive burden on the person, it should also be assessed whether the penalty in the first trial was considered in the next trial, and whether the public authorities conducting both processes interacted with each other. In this context, if the result causes a disproportionate burden on the person, the element of complementarity and thus the objective connection may be weakened in cases where both processes result in punishment."*⁷⁴.

At this instance, it is necessary to examine in Law no. 213 to determine whether preventive rules or at least balancing mechanisms have been established against the risk of creating an excessive burden of the total penalty imposed against the person concerned in the integrated dual (criminal/administrative) process.

At this point, the last paragraph of Article 367 of Law no. 213, which includes the regulations regarding the interaction between the administrative and judicial proceedings, is important in terms of explaining the subject because, the decisions of the criminal court are not effective on the decisions of the authorities imposing the tax penalties, and the decisions to be made by these authorities do not bind the criminal judge according to the last paragraph of Article 367 of Law no 213. Also, in practice, the tax court and the criminal court adjudge independently and without waiting for each other.

Therefore, it would not be wrong to talk about the absence of interaction between administrative authorities and criminal courts, as well as tax courts and criminal courts, regarding the sanction to be imposed because of the last paragraph of Article 367 of Law no 213. In addition, there is no regulation in Turkish tax legislation that will enable the processes to interact with each other. For this reason, both judicial authorities do not benefit from the opportunities that will enable the processes to be carried out in connection. As a result, balancing mechanisms are not established in cases where the risk of creating an excessive burden of the total penalty imposed by the legislature against the person⁷⁵.

73 Geçer, A. E. (2017). p.119.

74 TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 84.

75 The TCC, *"In this respect, the rule, which does not include any assurances that will enable the*

For the reasons explained, the last paragraph of Article 367 of Law no. 213, which causes the absence of interaction between tax courts and criminal courts, prevents the fulfilment of the condition of interaction between sanctions, which is among the criteria brought by the ECtHR, and as such, ne bis in idem appears to be in breach of the principle. As a matter of fact, the TCC decided to annul the aforementioned rule.

In our opinion, balancing mechanisms should be established against the risk of creating an excessive burden of the total sanctions imposed against the individual after the TCC's annulment decision. This situation emerges as a necessity in order to accept that the condition of conducting multiple trial processes is fulfilled in an integrated manner so as to form a coherent whole, in a way that would be complying with ne bis in idem principle. Accordingly, considering within the framework of the criteria applied in the decisions of the ECtHR, in case of committing the acts written in Article 359 of Law no. 213, it is possible to impose imprisonment due to tax evasion and also administrative fine of up to three times the tax according to the last paragraph of Article 344. This may cause an excessive burden, which may be in violation of the ne bis in idem principle.

Finally, it is necessary to focus on how a balancing mechanism must be established against the risk of creating an excessive burden of the total sanction imposed against the person as a result of both proceedings. At this point, considering that the imposing of both an administrative fine for tax misdemeanor and imprisonment for tax evasion will not result in violation of the principle of ne bis in idem, there is no obligation to abolish one of these sanctions and make a legal arrangement ensuring that only one of them can be imposed. Nonetheless, it can be considered to reduce the amount of administrative fines and imprisonment penalties, which are envisaged in Law no. 213. Besides, regulations aiming to get rid of penal sanction or commute a sentence, such as effective remorse can be legislated. Moreover, in terms of tax misdemeanour, it may be possible to reduce the tax loss penalty or if the person is punished with an imprisonment penalty, the penalty for loss of tax may be abolished.

connection with the judicial/punishment processes regarding the sanction to be imposed as a result of the tax evasion offence and tax misdemeanors committed by the same perpetrator with the same act, is of the nature to prevent the fair execution. Because, the rule prevents the penalty in the first trial from being taken into account in the next trial in order to prevent an excessive burden on the person, furthermore does not allow interaction between processes and does not allow the application of balancing mechanisms in cases where the risk of creating an excessive burden of the total penalty imposed against the person.” (TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 85) says.

Lastly, we should point out that significant changes were made in Article 359 of Law no. 213 with Law no. 7394 legislated on 8/4/2022. Although the regulations made with Law no. 7394 were created with different motives, they can be seen as a positive step in terms of ensuring the compatibility of the sanction system envisaged in Law no. 213 with the principle of ne bis in idem.

Looking at the content of the regulations amended, some arrangements have been legislated in parallel with the recommendations in the article. These aim to implement a regulation similar to the effective remorse for tax evasion offences and to apply the successive offense in Article 43 of the Turkish Penal Code for the imprisonment to be sentenced because of tax evasion with the amendments made in Article 359 of Law no. 213.

The regulations legislated with Law no. 7394, within the framework of the criteria adopted in the decisions of the ECtHR, will be capable of preventing to a certain extent the sanctions to be imposed pursuant to Law no. 213 from causing an excessive burden on the person. Nevertheless, it is difficult to say that the regulations enacted by Law no. 7394 are sufficient to ensure compatibility of the sanction system envisaged in Law no. 213 with the principle of ne bis in idem.

CONCLUSION

The paper has shown that some of the wrongful acts, which are defined as tax misdemeanors and for which administrative fines are envisaged in the Law no. 213, overlap with the acts considered as tax evasion offence. This situation brings up the debate whether the sanction system envisaged by Law no. 213 is against the principle of ne bis in idem.

It can be supposed that the sanction system envisaged by Law no. 213 includes regulations that may result in violation of the principle of ne bis in idem. However, there are some special circumstances that lead to the conclusion that legal regulation is not contrary to the principle of ne bis in idem. One of the special circumstances that may lead to the conclusion that the rules regarding the sanction system in Law no. 213 are not contrary to the principle of ne bis in idem is the fact that the multiple proceedings are sufficiently closely connected in substance and in time.

According to this, the necessary conditions for the acceptance that the multiple proceedings are sufficiently closely connected in substance and in time are met in terms of the sanction system envisaged in Law no. 213.

From this point of view, Article 340, the last paragraph of Article 359 and the sixth paragraph of Article 367 of Law no. 213 do not contain a provision that prevents the interconnected conduct and interaction of integrated dual (criminal/administrative) processes. These rules allow multiple trials and punishments for the same act. However, the aforementioned rules do not contain a regulation that prevents interaction between the competent authorities during the execution of the relevant processes.

However, a separate assessment should be made in terms of the last paragraph of Article 367 of Law no. 213 on the subject, because, the absence of interaction between the criminal and tax court decisions adjudicating the disputes are based on the same act with different dimensions arises from the last paragraph of Article 367 of Law no. 213.

As we have seen, the TCC struck down the last paragraph of Article 367 of Law no. 213 on the grounds that it does not comply with the *ne bis in idem* principle. Following this ruling, the legislative is expected to enact a new legislation to take the criteria stipulated in the Additional Protocol No. 7 into consideration. The new legislation should include a balancing mechanism against the risk of creation of an excessive burden due to total sanction imposed against the person. In this way, a permanent solution to the problem we have analyzed in the paper may be fixed.

BIBLIOGRAPHY

- AKKAYA, Mustafa (2000). "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 49., No. 1., pp. 85-96.
- BAHÇEÇİ, Barış (2018). "İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı İle Türk Hukukunun Uyum Sorunu", *Türk Barolar Birliği Dergisi*, No. 136., pp. 141-166.
- BEYRİBEY, Kurtuluş (2016). "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Vergi Yargısına Etkisi", *Danıştay Dergisi*, No. 141., pp. 41-66.
- BİLİCİ, Nurettin and BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda (2014). "Non Bis İn İdem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)", *Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan (Editör Prof. Dr. Nevzat Saygılıoğlu)*, pp. 49-72.
- BİYAN, Özgür (2016). "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyai İle Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis İn İdem İlkesi", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, No. 145., pp. 100-107.
- CZUDEK, Damian (2019). "Ne bis in idem in the tax process". *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu. Torun: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Wydział Prawa i Administracji*, Vol. 7., No. 1., pp. 107-128.
- DESTERBECK, Francis (2019). "Ne bis in idem and tax offences: How Belgium adapted its legislation to the recent case law of the ECtHR and the CJEU", *Eucrim*, No. 2, pp. 135-141. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-009/> (Accessed: 15 December 2022).
- GEÇER, Ahmet Emrah (2017). "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non Bis İn İdem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamalarına Etkileri", *Vergi Sorunları Dergisi*, No. 350., pp. 35-54.
- HARRİS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Ed and BUCKLEY, Carla (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford University Press.
- İNCEOĞLU, Sibel (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Fourth Edition, İstanbul: Beta Yayınları.

- KELEP PEKMEZ, Tuba (2018). "How to understand ne bis in idem?: The element of idem according to the ECtHR", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, No. 67., pp. 31-41. <https://doi.org/10.26650/Annales.2018.67.0003> (Accessed: 1 August 2022)
- LELIEUR, Juliette (2013). "'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty", *Utrecht Law Review*, Vol. 9., No. 4., pp. 198-210. <http://doi.org/10.18352/ulr.250> (Accessed: 15 December 2022).
- LOTITO FEDELE, Stefania (2020). "The Ne Bis In Idem Principle in Tax Law: European and Italian Frameworks", *Central European Public Administration Review*, pp. 51-68, <https://ssrn.com/abstract=3611598> (Accessed: 15 December 2022).
- MATIČ BOŠKOVIČ, Marina and KOSTIČ, Jelena (2020). "The Application of the ne bis in idem related to financial offences in the jurisprudence of the European courts", *NBP – Journal of Criminalistics and Law*, Vol. 25., No. 2., pp. 67-77. <https://doi.org/doi:10.5937/nabepo25-27224> (Accessed: 15 December 2022).
- MİRANDOLA, Sofia and LASAGNÌ, Giulia (2019). "The European ne bis in idem at the Crossroads Administrative and Criminal Law". *Eucrim*, No. 2., pp. 126-135. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-009//> (Accessed: 15 December 2022).
- ÖZEN, Mustafa (2010). "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. XIV., No. 1., pp. 389-417.
- RADVAN, Michal and SCHWEİGL, Johan (2016). "Penalties in Tax Law in Light of the Principle Ne Bis in Idem", in Etel, Leonard and Poplawski, Mariusz (Eds.), *Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe* (pp. 399-410), Bialystok: Temida, <https://ssrn.com/abstract=2846695> (Accessed: 15 December 2022).
- RENÇBER, Altan (2017). *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, İstanbul: İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi.
- SARICAOĞLU, Ercan (2017). *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınları.

- SEJKORA, Tomáš (2019). Non Bis In Idem in Tax Matters. Quo Vadis, Vol. 9., No. 1., pp. 47-60. <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/315> (Accessed: 1 August 2022).
- ŞENYÜZ, Doğan (2017). *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, Tenth Edition, Bursa: Ekin Yayınları.
- TAŞDELEN, Aziz (2010). *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, First Edition.
- YALTI, Billur (2015). "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis İn İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine", *Vergi Sorunları Dergisi*, No. 317., pp. 85-92.
- YÜCE, Mehmet (2018). *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Court Decisions

The European Court of Human Rights Judgments

- Korneyeva/Russia*, App. No: 72051/17, 8/10/2019.
- Mihalache/Romania* [GC], App. No: 54012/10, 8/7/2019.
- Matthildur Ingvardsdóttir/Iceland (committee) (dec.)*, App. No: 22779/14, 4/12/2018.
- Kadusic/Switzerland*, App. No: 43977/13, 9/1/2018.
- Johannesson and Others/Iceland*, App. No: 22007/11, 18/5/2017.
- A and B/Norway* [GC], App. No: 24130/11 and 29758/11, 15/11/2016.
- Österlund/Finland*, App. No: 53197/13, 10/2/2015.
- Lucky Dev/Sweden*, App. No: 7356/10, 27/11/2014.
- Marguš/Croatia* [GC], App. No: 4455/10, 27/5/2014.
- Glantz/Finland*, App. No: 37394/11, 20/5/2014.
- Nykänen/Finland*, App. No: 11828/11, 20/5/2014.
- Zolotukhin/Russia* [GC], App. No: 14939/03, 10/02/2009.
- Carlberg/Sweden*, App. No: 9631/04, 27/1/2009.

Jussila/Finland, App. No: 73053/01, 23/11/2006.

Nikitin/Russia, App. No: 50178/99, 15/12/2004.

Rosenquist/Sweden, App. No: 60619/00, 14/9/2004.

Manasson/Sweden, App. No: 41265/98, 20/7/2004.

Ponsetti and Chesnel/France, App. No: 36855/97 and 41731/98, 14/9/1999.

Bendenoun/France, App. No: 12547/86, 24/2/1994.

Öztürk/Germany, App. No: 8544/79, 21/2/1984.

Engel and Others/The Netherlands, App. No: 5100/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976.

Constitutional Court of The Republic of Türkiye Decisions

TCC, E.2014/120, K.2015/23, 5/3/2015.

TCC, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017.

TCC, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021.

TCC, E.2019/100, K.2020/62, 22/10/2020.

E.T.Y.İ. A.Ş., App. No: 2013/596, 8/5/2014.

Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., App. No: 2013/4324, 7/7/2015.

B.Y.Ç., App. No: 2013/4554, 15/12/2015.

Ünal Gökpınar [GK], App. No: 2018/9115, 27/3/2019.



TEHLİKELİ SALGIN HASTALIKLAR SEBEBİYLE SEÇİMLERİN ERTELENMESİ

*The Postponement of Elections due to the Outbreak of Dangerous
Epidemic Disease*

Dr. Öğr. Görevlisi Fatih GÜLER*

ÖZ

Tehlikeli bir salgın hastalık olarak kabul edilen Covid-19 salgını, birçok alanda farklı etkileri olduğu gibi seçme ve seçilme hakkı üzerinde de bir takım sonuçlar doğurmuştur. Covid-19 salgınının başladığı dönemden bugüne kadar Türkiye’de süresi gelen ulusal çapta milletvekili seçimi, Cumhurbaşkanlığı seçimi, halkoylaması veya yerel seçimin olmaması sebebiyle seçimlerin ertelenmesi konusu ciddi bir gündem oluşturmamıştır. Fakat dünyada birçok ülke süresi gelen genel veya yerel seçimlerini ertelemek veya salgın tedbirleri çerçevesinde seçimleri gerçekleştirmek durumunda kalmıştır. Tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle seçimlerin hangi koşullar altında ertelenebileceğinin veya hangi şartlarda gerçekleştirilebileceğinin anayasal ve yasal düzenlemeye konu edilmesi seçimlerin sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesine imkân sağlayacaktır. Salgının başladığı zamandan bugüne kadar geçen yaklaşık bir buçuk yıl içerisinde süresi gelen yerel ara seçimler ile siyasi parti, sendika, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimleri ile ilgili olarak Yüksek Seçim Kurulu birtakım kararlar almıştır. Çalışmada bu kararlar bir sistematik çerçevesinde değerlendirilmiş, bu kararların ortaya koyduğu anayasal ve yasal boşluklara işaret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yüksek Seçim Kurulu, Seçimlerin Ertelenmesi, Sokağa Çıkma Kısıtlaması, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Seçme ve Seçilme Hakkı.

* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Çan Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi, fatih.guler@comu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5365-5700.

ABSTRACT

The Covid-19 epidemic, which is considered a dangerous epidemic disease, has had different effects in many areas, as well as some consequences on the right to vote and be elected. Since the beginning of the Covid-19 epidemic, the postponement of the elections has not created a serious agenda due to the lack of a national-scale parliamentary, presidential elections, referendums or local election in Turkey. However, many countries in the world have had to postpone their general or local elections or hold elections within the framework of epidemic measures. The constitutional and legal regulation of the conditions under which the elections can be postponed or held due to dangerous epidemics will enable the elections to be held in a healthy way. In the year and a half that has passed since the beginning of the epidemic, the Supreme Election Council has taken some decisions regarding the local by-elections and the organ elections of political parties, trade unions and public institutions. In the study, these decisions were evaluated in a systematic framework, and the constitutional and legal gaps revealed by these decisions were pointed out.

Keywords: Supreme Election Council, Postponement of Elections, Curfew, Limitation of Fundamental Rights and Freedoms, Right to Vote and to be Elected.

GİRİŞ

Tarihi süreçte veba, kolera, grip, sarıhumma, tifo, tifüs, kızamık, frengi ve tüberkülozun büyük çaplı insan ölümlerine yol açan salgın hastalıklar olduğu söylenebilir¹. Antibiyotiğin keşfi ve aşuların geliştirilmesi 20. yüzyılda salgınların yıkıcı etkilerinin azaltılmasında önemli rol oynamıştır². Bu çerçevede 20. yüzyılın salgınlar açısından bir unutmama ve hatırlamama yüzyılı olduğunu söylemek mümkündür³. Toplumsal ihtiyaçlara cevap verme ve değişen koşullara uyum sağlamayı hedefleyen hukuk düzeni⁴, salgınların güncel süreçteki (Covid-19 salgını öncesi) silikliğinden kaynaklı olarak hareketsiz kalmayı tercih etmiştir.

2019 yılının sonlarında ortaya çıkan ve küresel bir salgına dönüşen Covid-19 hastalığının hayatın neredeyse bütün alanlarına doğrudan veya dolaylı olarak etkisi olmuştur. Salgından kaynaklı ilk şoku atlaman insanlık bir taraftan bu salgını durdurmaya, geriletmeye ve ortadan kaldırmaya çalışırken diğer taraftan da sosyal hayatı Covid-19 salgınının sınırlılıkları ile yeniden düzenleme gayretine girmiştir. Covid-19 salgınının ekonomi, eğitim, ticaret, uluslararası ilişkiler, turizm vb. alanlarda etki düzeyi akademik anlamda cazip görülmüş ve araştırılmaya başlanmıştır. Her doktrin açısından ilgili konunun Covid-19 ile etkileşim düzeyi ayrı bir başlık haline gelmiştir.

Covid-19 salgını ile mücadele, her şeyden önce tıbbi bir konu olup tıp bilimi argümanları çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Salgınla mücadele ederken alınacak tedbirlerin etkinliği ve sürekliliğini sağlayacak argümanlar ise hukuk biliminden kaynaklanmaktadır. Tıp bilimi argümanları çerçevesinde alınacak tedbirlerin yerindeliği, gerekliliği, bilimsel meşruiyeti ve bu tedbirlerin toplumsal meşruiyeti ayrı bir konu, bu tedbirlerin hukuki meşruiyeti ayrı bir konudur. Salgının yayılımını durdurmak amacıyla halk sağlığı uzmanları örneğin sokağa çıkma kısıtlamasını gerekli görüyorsa bu konu ancak tıp bilimi

-
- 1 Şeker, M., Özer, A. ve Korkut, C. (2020). Küresel Salgının Anatomisi İnsan ve Toplumun Geleceği, içinde Kılıç, O. (Der.), *Tarihte Küresel Salgın Hastalıklar ve Toplum Hayatına Etkileri*, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, s. 48.
 - 2 Aslan, R. (2020). "Tarihten Günümüze Epidemiler, Pandemiler ve Covid-19", *Göller Bölgesi Aylık Ekonomi ve Kültür Dergisi Ayrıntı*, C. 8, S. 85, s. 36.
 - 3 Türk Tabipleri Birliği, (2020). Covid-19 Pandemisi Altıncı Ay Değerlendirme Raporu, içinde Artvinli, F. (Der.), *Salgınlar Tarihi: Toplumsal ve Siyasal Açından Kısa Bir Bakış*, Türk Tabipleri Birliği, s. 54.
 - 4 Yüksel, M. (2013). "Modern Toplumlarda Hukuk Kültürü", *Yaşar Üniversitesi E- Dergi*, C. 8, S. Özel, s. 3247.

argümanları çerçevesinde bu konuyla ilgili bilimsel yetkinlikleri olan kişilerce tartışılabilir. Fakat bu kısıtlama kararının nasıl alınması ve/veya uygulanması gerektiği, anayasal gereklilikler başta olmak üzere hukuk biliminin ilgi alanındadır. Toplum sağlığı kadar hukukun sağlıklı işlemesi de bir ülke için elzemdir⁵.

Tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi ile ilgili Türk hukuku açısından temel norm 24.4.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Bu kanunun yaklaşık üçte biri salgın hastalıklara ayrılmıştır⁶. Yapıldığı dönem itibarıyla oldukça başarılı olan bu kanunun güncel ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu söylenebilir⁷. Kanun, 1960 yılından bugüne kadar 13 kez değişikliğe uğramış olmasına rağmen değişikliklerin salgın hastalıklarla mücadeleyle ilgili güncel durumla bağlantılı olmadığı söylenebilir. Bu değişiklikler daha ziyade uygulama kabiliyeti kalmayan hükümlerin ilga edilmesi, cezai hükümlerin mevcut ceza mevzuatıyla uyumlaştırılması, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi sebebiyle diğer kanunlarda yapıldığı gibi Bakanlara ve Bakanlar Kurulu'na yapılan atıfların düzenlenmesi gibi tali nitelikte konular olduğu görülmektedir.

Salgından kaynaklı mevzuatın güncel olmaması uluslararası bir sorundur. Ebola salgınının hemen sonrasında gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde gerekli tedbirlerin alınmadığı vurgulanarak bir sonraki salgının daha yıkıcı sonuçlar doğurabileceği işaret edilmiştir⁸. Benzer şekilde 2016 yılında Ebola salgını sonrası Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin aldığı tavsiye kararında ülkelerin küresel halk sağlığı sorununu ele almaya hazırlıklı olmadığına işaret edilmiştir⁹. Zira yukarıda ifade edildiği gibi salgınlar geçen yüzyılda (Ebola gibi bölgesel salgınlar dışında) eskisine nazaran insanlığın başına daha az bela olmuştur. Bu durumun salgınla ilgili mevzuatın hiç olmaması,

5 Şirin, M. C. (2020). "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 2, s. 1012.

6 Şirin, T. (2020). "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 17, s. 79.

7 Metin, S. (2021). "Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu", *Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi*, Erken Görünüm, s. 12.

8 Moon S., vd. (2015). "Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola" *The Lancet*, C. 386, S. 10009, s. 2205.

9 The handling of international public-health emergencies, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22755&lang=en> (Erişim Tarihi: 5/11/2021).

yetersiz olması, güncel olmaması gibi doğal sonuçları vardır. Bazı ülkeler, salgın başladıktan sonra bu eksikliği göz önünde bulundurarak alınacak tedbirlerle ilgili kanuni düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Örneğin Fransa'da 23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı Covid-19 Epidemisiyle Mücadele Hakkında Olağanüstü Hâl Kanunu çıkarılmış ve bu kanunla "sağlık olağanüstü hâli (état d'urgence sanitaire)" ilân edilmesi öngörülmüştür¹⁰.

Covid-19 salgını, sağlık sorunları yanında birçok yeni hukuki uyuşmazlığı da beraberinde getirmiştir¹¹. Bunlardan bir tanesi de seçimlerin salgın sebebiyle ertelenmesi konusudur. Tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle seçim ertelenebilir mi veya ertelenmeli midir?

Covid-19 salgını başladığı günden bu yana iletişim kanallarının sağladığı yardım ve kolaylıkla bireyler salgınla ilgili asgari düzeyde bilgi sahibi olabilmektedir. Bu sınırlı bilgi dahi salgınla ilgili şu gerçeğin idrakine imkan sağlamaktadır. Salgına sebep olan hastalığın bulaştırıcılığı ve ölüm oranı oldukça değişken bir yapıda olup, salgına sebep olan virüsün dinamik yapısı nedeniyle bu konularla ilgili öngörülebilirlik oldukça düşüktür. Yakın tarihte görülen EBOLA salgınında ölüm oranı %62,⁹¹², SARS salgınında ölüm oranı %11, MERS salgınında ölüm oranı %34 iken¹³. Covid-19 salgınında ölüm oranı (değişkenlik göstermekle birlikte) % 3,5'tur¹⁴. Covid-19 salgınının güncel hali seçimlerin yapılmasına kısmen elverişli bir imkan sağlamaktadır. Fakat Covid-19'un salgınının veya ilerde ortaya çıkabilecek farklı bir salgının EBOLA, SARS ve MERS ölüm oranlarına yaklaşması veya geçmesi durumunda seçimler ertelenebilecek midir?

10 Gözler, K. (2020). "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)" www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm (Erişim Tarihi: 1/11/2021).

11 Şirin, M. C. (2020). "Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ın 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 19, s. 114.

12 Garske, T., Cori, A., Ariyarah, A., Blake, I. M., Dorigatti, I., Eckmanns, T., Fraser, C., Hinsley, W., Jombart, T., Mills, H. L., Nedjati-Gilani, G., Newton, E., Nouvellet, P., Perkins, D., Riley, S., Schumacher, D., Shah, A., Van Kerkhove, M. D., Dye, C., Ferguson, N. M., ... Donnelly, C. A. (2017). "Heterogeneities in the case fatality ratio in the West African Ebola outbreak 2013-2016", *Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological Sciences*, C. 372, S. 1721, s. 1-2.

13 Bas, K. ve Yılmaz, F. (2021). "Analysis of Scientific Productivities on the Three Most Famous Outbreaks of Betacoronavirus Genus: SARS, MERS and COVID-19", *Kafkas Tıp Bilimleri Dergisi*, C. 11, S. Ek-1, s. 164.

14 Chandra, A. and Chandra, B. S. (2020). "A Comparative Analysis on SARS, MERS, and COVID-19", *Journal of Contemporary Medicine*, C. 10, S. 3, s. 465.

Salgının başladığı süreçten 2021 yılı Mayıs ayına kadar 69 ülke süresi gelen genel veya yerel seçimlerini ertelemek durumunda kalmıştır¹⁵. Covid-19 salgınının başladığı günden bu yana Türkiye’de süresi gelen bir Cumhurbaşkanlığı seçimi, milletvekili genel seçimi, yerel seçim veya halkoylaması olmaması bir şanstır. Zira salgınla ilgili bilimsel bilginin ve idari tecrübenin sınırlı olduğu koşullar altında gerçekleştirilecek bir seçim kamu sağlığı açısından azımsanmayacak bir risk teşkil edeceği gibi bu konuyla ilgili paydaşların etkili bir pratiğinin olmayışı da süreç kalitesi açısından negatif bir etki ihtiva edecektir. Çünkü seçim süreci sadece seçim günü işlemlerinden ibaret olmayıp propaganda süreciyle birlikte zamana yaygın, çok paydaşlı ve Covid-19 hastalığının yayılımını arttırmaya müsait insan ilişkilerini zorunlu kılan bir çerçevede yürütülmektedir. Bununla birlikte, hareket kısıtlamaları, sokağa çıkma yasağı ve toplu toplantı yasakları gibi Covid-19’un yayılmasını engellemeye yönelik önlemler, seçim faaliyetlerinin sunumunu önemli ölçüde bozabilir¹⁶. Salgından kaynaklı seçimlerin ertelenmesi ise azımsanamayacak düzeyde toplumsal, ekonomik ve siyasal sorunlar doğurma potansiyelini haizdir.

Salgınlarla ilgili olağanüstü durum ortaya çıkmadan konuyla ilgili kanunun düzenlenmiş olması¹⁷, kanunun normatif soyutsallığı ile uygulama arasındaki makası daraltacağı gibi ideal bir hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlayacaktır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Covid-19 Salgınına Etkili ve Hak Temelli Bir Müdahaleden Gelecek İçin Dersler başlıklı kararında da mevcut salgından gerekli dersler çıkarılması ve bu kazanımların gelecekteki halk sağlığı acil durumlarına uygulanması amacıyla mevcut salgınla mücadele için alınan önlemlerin etkinliğinin ve tali zararlarının değerlendirilmesi gerekliliğine işaret edilmiş olması bu anlamda önemli görülmektedir¹⁸.

15 https://www.ifes.org/sites/default/files/elections_postponed_due_to_covid-19.pdf, Elections Postponed Due to COVID-19 - As of May 11, 2021, International Foundation for Electoral Systems (Erişim Tarihi: 1/11/2021).

16 The Commonwealth (2021). *Commonwealth Elections and Covid-19 Briefing Paper: COVID-19 and Election Management in Africa: Challenges, Innovations and Opportunities*, s. 8.

17 Düğer, S. (2021). “Kamu Sağlığı ve İstimval: Koronavirüs Salgınının Düşündürdükleri Çerçevesinde Bir Kamu Sağlığı Kanunu Önerisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, s. 2650.

18 Lessons for the future from an effective and rights-based response to the Covid-19 pandemic, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28676&lang=en> (Erişim Tarihi: 5/11/2021).

Salgının başladığı zamandan bugüne kadar geçen yaklaşık bir buçuk yıl içerisinde süresi gelen yerel ara seçimler ile siyasi parti, sendika, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimleri ile ilgili olarak Yüksek Seçim Kurulu (YSK), birtakım kararlar almıştır. Çalışmada bu kararlar bir sistematik çerçevesinde değerlendirilmiş, bu kararların ortaya koyduğu anayasal ve yasal boşluklara işaret edilerek salgın şartlarında gerçekleştirilecek ulusal çapta genel seçim, cumhurbaşkanlığı seçimi, yerel seçim ve halkoylaması için bazı hususlara dikkat çekmek hedeflenmiştir.

I. SALGIN DÖNEMİNDE YSK KARARLARI

YSK kararları, Resmi Gazete’de ve/veya YSK’nun web adresinde yayınlanmaktadır. Önceki dönemde bu kaynaklardan YSK kararlarının yaklaşık %10’una ulaşılabiliyordu¹⁹. Bunun dışında YSK’da görev yapmış üyelerin derleme kaynaklarından elde edilen kararlar ise boşluğu doldurmaktan uzak kalmaktaydı²⁰. Bu durum hem konuyla ilgili akademik çalışmalar açısından yeterli argüman sağlamayarak seçim hukukunun gelişmesi önünde bir engel teşkil ediyor hem de şeffaflık anlamında oluşturduğu ikilem ile YSK’nın Türkiye’de seçimlerin güvenilirliğinin teminatı olma noktasındaki kilit rolünü örseliyordu.

YSK yakın dönemde bu uygulamasını değiştirerek 1999 yılından itibaren alınan YSK kararlarını YSK’nun web adresinde yayınlanmaya başlamıştır²¹. Örneğin YSK 2021 yılı içerisinde 01.01.2021-17.06.2021 tarihleri arasında 250 karar almış olup bu kararlardan 238’ini (%95,2) YSK’nun web adresinde yayınlanmıştır. YSK’nun bu uygulama değişikliği bir önceki paragrafta ifade edilen hususlar açısından oldukça önemlidir. Bu uygulama değişikliğinin şekli ile ilgili birkaç eleştirinin ifade edilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Birinci olarak YSK web adresinde kararlar hiçbir sınıflandırmaya tabi tutulmadan yayımlanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası örneğinde olduğu gibi karar türleri (siyasi parti kapatma, siyasi parti ihtar, siyasi parti mali denetim, değişik işler), karar türü (dosya sonucu) gibi seçeneklerinin eklenmesi sistemin işlevselliğini

19 Güler, F. (2021). *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 103-104.

20 Gönenç, L. (2008). *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 10

21 <https://ysk.gov.tr/tr/ysk-kararlari/1524>, (Erişim Tarihi: 6/11/2021).

arttıracaktır. İkinci olarak kararların %95'nin yayımlanması oldukça önemli olmasına rağmen, yayımlanmayan %5 oranındaki kararın en azından konuların yayımlanması (idari, iç işleyiş, kişisel vb) şeffaflığı arttıracaktır. Kararlar ayrıntılı incelendiğinde yayımlanmayan kararların bir kısmının YSK'nın iç işleyişi ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır²². Buna rağmen 2021 yılı için içeriği bilinmeyen yedi adet karar bulunduğu ifade edilmelidir. Üçüncü olarak, YSK kararları siyasi parti, il, ilçe, aday vb. adları boşluk bırakarak yayımlanmaktadır. Bu durum bazı kararların anlaşılmasını imkânsızlaştırdığı gibi kararların yayımlanmasından beklenen şeffaflık algısını azaltabilecek niteliktedir.

YSK, salgından kaynaklı ilk kararı 13.03.2020 tarihinde vermiş olup 17.06.2021 tarihine kadar toplam 714 karar almıştır. Bu kararlardan 273'ü (%38) salgınla ilgili konulardan kaynaklanmaktadır. Bu döneme ait salgınla ilgili olmayan kararlardan 35'i (%7) oyçokluğu ile karara bağlanmış iken salgınla ilgili alınan kararlardan 154'ü (%56) oyçokluğu ile karara bağlanmıştır. Salgınla ilgili oyçokluğu ile alınan kararlardan 137'si (%88) en az iki üyenin karşı oyu ile verilmiş olup, 25'i (%16) en az üç üyenin karşı oyu ile verilmiştir. Salgınla ilgili olmayan kararlara göre belirgin düzeyde yüksek oyçokluğu oranı salgınla ilgili mevzuatın eksikliğine işaret etmesi açısından oldukça önemlidir.

Aşağıdaki tablolardan görüldüğü gibi YSK, salgından kaynaklı ağırlıklı olarak ilçe seçim kurulu başkanlıkları tarafından iletilen görüş taleplerine bağlayıcı nitelikte hüküm verme yönünde bir eğilim sergilemiştir. Salgının başladığı dönem baroların ve siyasi partilerin genel kurul dönemlerine rastlaması sebebiyle kararların çoğunluğu bu başlıklarla ilgili olmuştur.

22 YSK web adresinde yayımlanan 2021/22 sayılı karardan YSK web adresinde yayımlanmayan 2021/10 sayılı kararın, seçimlere katılma yeterliliğini taşıyan siyasi partilerin tespiti amacıyla kurulan komisyon olduğu, YSK web adresinde yayımlanan 2021/88 sayılı karardan YSK web adresinde yayımlanmayan 2021/9 sayılı kararın, "Kategori Düzeyinde Veri Paylaşım Tablosu"nun güncellenmesi hususunda çalışma yapmak amacıyla kurulan komisyon olduğu, YSK web adresinde yayımlanan 2021/121 sayılı karardan YSK web adresinde yayımlanmayan 2021/106 sayılı kararın, 04/02/2016 tarih ve 2016/81 sayılı YSK kararının yeniden değerlendirilmesi hususunda çalışma yapmak amacıyla kurulan komisyon olduğu, YSK web adresinde yayımlanan 2021/125 sayılı karardan YSK web adresinde yayımlanmayan 2021/52 sayılı kararın, illerin çıkaracağı milletvekili sayısı ile seçim çevresine bölünmesi gereken illerin hangi ilçelerden oluşacağı ve bu seçim çevrelerinin kaç milletvekili çıkaracağına ilişkin çalışma yapmak amacıyla kurulan komisyon olduğu, YSK web adresinde yayımlanan 2021/127 sayılı karardan YSK web adresinde yayımlanmayan 2021/82 sayılı kararın, yerel ara seçimleri ile ilgili kurulan komisyon olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo-1: Salgınla İlgili YSK kararlarının Hükümlerine Göre Dağılımı

Görüş talepli hüküm	161
Kurul kararlarına itiraz	67
Görüş	36
İdari	6
Genelge	3

Tablo-2: Salgınla İlgili YSK kararlarının Konularına Göre Dağılımı

Baro	109
Siyasi parti	55
Yerel ara seçimleri	40
Sendika	37
Baro dışındaki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları	19
Halkoylaması (plebist)	7
İdari	6

YSK'nın salgın döneminde verdiği bazı idari nitelikte kararlar da bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı salgın sebebiyle idari izinli olan ilçe seçim kurulu başkanları ile ilgili YSK'nın yetkili hakimın tespitine yönelik kararları olup,²³ diğerleri ise yabancı seçim yönetim ve denetim organları tarafından YSK'ya gönderilen uluslararası seçim gözlemci davetlerine ilişkin taleplerden oluşmaktadır²⁴. YSK, salgın döneminde alınan tedbirler çerçevesinde uluslararası gözlemci daveti taleplerine olumsuz cevap vermeyi tercih etmiştir.

Bazı ülkelerin ulusal seçim yönetim ve denetim organları salgın döneminde aday ve seçmenlerden talep edilen imza sayısının azaltılması, karantina altında olan seçmenler için acil durum vekili tespit edilmesi gibi alternatif uygulamalar geliştirdiği görülmektedir²⁵. Seçmenlere ve seçim görevlilerine HES kodu²⁶ sorgulaması yapıp yapılmayacağı,

23 YSK'nın 17.09.2020 tarihli ve 2020/426 sayılı kararı; YSK'nın 15.10.2020 tarihli ve 2020/521 sayılı kararı.

24 YSK'nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/87 sayılı kararı; YSK'nın 20.11.2020 tarihli ve 2020/573 sayılı kararı; YSK'nın 02.10.2020 tarihli ve 2020/439 sayılı kararı; YSK'nın 24.09.2020 tarihli ve 2020/435 sayılı kararı.

25 Johnston, N. (2021). *Coronavirus: elections Briefing Paper: Number 08856*: The House of Commons Library, s. 3.

26 HES (Hayat Eve Sığar) Kodu, Kontrollü Sosyal Hayat kapsamında, ulaşım ya da ziyaret gibi işlemlerde kurumlara ve kişilerle, kod sahibi kişinin Covid-19 hastalığı açısından herhangi bir risk taşıyıp taşımadığını güvenli şekilde paylaşmaya yarayan bir kod olup, paylaşılan HES kodları uygulama üzerinden ya da kurumlara sağlanan servisler aracılığı ile

karantina altında olması gerekenlerin oy kullanıp kullanamayacağı, kullanacaksa nasıl oy kullanılacağı²⁷, seçmenlerden Covid-19 testi pozitif çıkan veya temaslı olanlara oy kullandırılıp kullandırılmayacağı, oy kullanmak istemeleri halinde ne şekilde kullandırılacağı²⁸, oy kullanmaya gelen seçmenlerin ateş ölçümünün yapıp yapılmayacağı, ateş ölçümü yapılması durumunda ateş ölçümü yüksek çıkan seçmenlere oy kullandırılıp kullandırılmayacağı²⁹, seçmenlerden Covid-19 testi pozitif çıkan veya temaslı olanlara sağlık ekipleri gözetiminde kapalı ortamda oy kullandırılıp kullandırılmayacağı³⁰, Covid-19 testi pozitif çıkan ile temaslı olan seçmenler için ayrı bir sandık kurulu oluşturulup oluşturulamayacağı³¹ yönündeki ilçe seçim kurulu başkanlıkları tarafından YSK'ya gönderilen görüş talepleri ile ilgili olarak YSK genel bir uygulama koymamış, konunun ilçe seçim kurulu başkanlıklarının takdirinde olduğu yönünde karar vermiştir. YSK'nın salgın döneminde gerçekleştirilecek seçimlerde uygulanacak tedbirlerle ilgili görüş bildirmemesinin altında salgınla ilgili mevzuatın eksikliğinden ve bu konuyla ilgili YSK'ya verilmiş bir yetki olmamasından kaynaklanabilir. Özellikle karantina altında olan seçmenlerin oy kullanması oldukça hassas bir konudur. Zira 2019 yılı mahalli idare seçimlerindeki seçmen sayıları, seçim sonuçları ve 2021 yılı Nisan ayı Covid-19 pozitif vakalar ile tahmini yakın temaslılarına ilişkin sayısal veriler harmanlanarak elde edilen seçim günü salgın sebebiyle karantina altında olabilecek tahmini seçmen sayısının, seçim sonuçları üzerinde etki edebilecek nitelikte olduğu gözlemlenmiştir³².

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 84. maddesinin 3. fıkrasının "... üye sayısı dört yüzü aşan barolarda ... seçimlere pazar günü dokuzda başlanır ve oy verme işi saat on yedide sona erer..." hükmü çerçevesinde üye sayısı dört yüzü aşan barolarda ilçe seçim kurulunun gözetim ve denetiminde yapılacak olan seçimin yalnızca Pazar günü yapılabileceği açıkça

sorgulanmaktadır. <https://hayatevesigar.saglik.gov.tr/hes.html>, (Erişim Tarihi: 22/10/2021).

27 YSK'nın 03.03.2021 tarihli ve 2021/74 sayılı kararı; YSK'nın 02.06.2021 tarihli ve 2021/220 sayılı kararı.

28 YSK'nın 27.05.2021 tarihli ve 2021/214 sayılı kararı.

29 YSK'nın 13.04.2021 tarihli ve 2021/186 sayılı kararı.

30 YSK'nın 02.06.2021 tarihli ve 2021/220 sayılı kararı.

31 YSK'nın 04.06.2021 tarihli ve 2021/224 sayılı kararı.

32 Güler, F. (2021). "Covid-19 Salgınının Oy Verme Hakkına ve Seçim Sonuçlarına Muhtemel Etkisinin Değerlendirilmesi", *International Marmara Social Sciences Congress (Spring 2021)*, s. 145.

hükme bağlanmışken, YSK salgın döneminde üye sayısı dört yüzü aşan barolarda haftanın diğer günlerinde de organ seçiminin yapılabileceğine karar vermiştir³³. Kanunun açık hükmüne rağmen verilen bu kararların hukukiliği ayrı bir tartışma konusudur. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere YSK siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin askı tarihlerinden herhangi bir günü tam gün sokağa çıkma kısıtlamasına denk gelmesi halinde, kongre gününde sokağa çıkma kısıtlaması olmasa dahi kanunun açık hükmü sebebiyle askı tarihlerinin değiştirilemeyeceğine işaret ederek kongrenin toplanamayacağına karar vermektedir. Baroların organ seçimleri açısından uygulanan bu esnekliğin askı tarihlerinin sokağa çıkma yasağına denk gelmesi durumlarında uygulanmaması YSK kararlarının istikrarı ve öngörülebilirliği açısından düşündürücü olup salgınla mevzuat eksikliğine işaret etmesi anlamında oldukça önemlidir.

Salgın sürecinde gerçekleşmesi gereken yerel ara seçimler, siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongreleri ile ilgili YSK içtihatları salgınla ilgili mevzuatın eksikliğine işaret etmesi açısından oldukça önemlidir. Salgınla ilgili YSK kararlarında görece yüksek tam kanunsuzluk uygulamaları ve yüksek oyçokluğu oranları bu bağlamda değerlendirilebilir. Seçimlerin yönetilmesi çerçevesinde karantina altında olan seçmenlerin oy kullanması, HES kodu sorgulama gibi salgına özel tereddütlerin YSK tarafından giderilememesi de yine salgınla ilgi mevzuatın eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

II. YEREL ARA SEÇİMLER

2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanununun 33. maddesinin “*Köy veya mahalle muhtarlığının herhangi bir sebeple boşalması halinde ... boşalan muhtarlıklar için her yıl haziran ayının ilk pazar günü seçim yapılır...Seçim döneminin sona ermesinden önce ihtiyar meclisi veya heyeti üye sayısının yedeklerinin de getirilmesinden sonra üye tamsayısının, köylerde tabii üyeler hariç, yarısına düşmesi halinde, ilgili seçim kurulu başkanlığına ... (yapılan) bildirim üzerine ilçe seçim kurulu başkanlığınca durum 48 saat içinde ilan edilir. İlan tarihinden sonra gelen 60 ıncı günü takip eden ilk pazar günü oy verilir. İhtiyar meclisi veya heyeti seçiminin yapılması gerektiği hallerde köy veya mahalle muhtarlığı*

33 YSK'nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/91 sayılı kararı; YSK'nın 17.03.2021 tarihli ve 2021/119 sayılı kararı; YSK'nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/169 sayılı kararı.

da boşalmış ise, haziran ayı beklenmeksizin her iki seçim beraber yapılır.” hükümleri çerçevesinde ihtiyaca göre yerel ara seçimleri yapılmaktadır.

YSK, salgının ilk dönemlerinde aldığı kararlarla herhangi bir nedenle boşalma sonucu yapılması gereken muhtarlık ve ihtiyar meclisi/heyeti seçimlerinden 22 Mart 2020 tarihinden sonra yapılması gerekenleri, 2020 yılı ara seçim tarihi olan 7 Haziran 2020 tarihinde yapılmasına karar vermiştir³⁴. YSK devam eden süreçte sokağa çıkma kısıtlamalarını da göz önünde bulundurarak 7 Haziran 2020 tarihinde yapılacak yerel ara seçimleri için askı sürelerini ve seçmen hareket sürelerini genişletmiştir³⁵.

Burada üzerinde durulması gereken konulardan bir tanesi tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle yerel seçimlerin ertelenip ertelenemeyeceğidir. Milletvekili genel seçimlerinin savaş sebebiyle bir yıl ertelenebileceği anayasal düzenlemeye konu olmuştur. Yerel seçimlerin savaş sebebiyle veya başka bir sebeple ertelenmesi ile ilgili anayasada herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Milletvekili seçimleri için öngörülen erteleme yetkisinin yerel seçimler için öngörülmemiş olması durumunda cevaplanması gereken bir soru ortaya çıkmaktadır. Bu soru; anayasada yerel seçimlerle ilgili erteleme hükümlerine yer verilmemiş olması anayasa koyucunun tercihi mi yoksa ihmali mi olduğudur. Eğer yerel seçimlerin ertelenmesi ile ilgili anayasal düzenlemenin olmaması yerel yönetimlerin özerk niteliği, varlık nedeni ve işlevi nedeniyle anayasa koyucunun bir tercihinden kaynaklandığı değerlendirilse yerel seçimlerin gerek savaş sebebiyle gerekse de tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle ertelenemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır³⁶. Diğer taraftan yerel seçimlerin ertelenmesi ile ilgili anayasal düzenlemenin olmaması anayasa koyucunun ihmalden kaynaklanıyorsa bu konunun yasal düzenleme alanında kaldığı anlamına gelmektedir. Anayasa'nın sistematığı ve telosu birinci argümanı daha güçlü kılmasına rağmen³⁷, TBMM ikinci argüman çerçevesinde hareket ederek 2972 sayılı Kanun'a 1997 yılında eklenen bir hükümle savaş sebebiyle yerel seçimlerin ertelenebileceğini öngörmüştür. Kanun teklifinin gerekçesi, komisyon raporları ve TBMM Genel Kurulu görüşmeleri incelendiğinde bu değişikliğin gerekçesi ile ilgili bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir.

34 YSK'nın 17.03.2020 tarihli ve 2020/203-204-205-206-207-208 sayılı kararları.

35 YSK'nın 09.04.2020 tarihli ve 2020/234-236-237-240-242-243-251 sayılı kararları.

36 Olgunsoy, F. (2020). "Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertenilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 627.

37 Şirin, T. (2020). s. 72.

TBMM 1997 yılındaki yaklaşımı doğrultusunda, 16.4.2020 tarih ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının g bendinin "18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 33 üncü maddesine göre yapılması gereken seçimler 2020 yılında yapılmaz." hükmü çerçevesinde 2020 yılında yapılacak yerel ara seçimler ertelenmiştir. Kanun teklifi Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekilleri tarafından verilmiş olup³⁸, gerek Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmeleri gerekse Genel Kurul görüşmeleri esnasında kanunun değişik maddeleri hakkında muhalefet şerhleri³⁹ ve değişiklik önerileri⁴⁰ verilmesine rağmen yerel ara seçimlerinin ertelenmesini öngören mezkur hükümlerle ilgili bir muhalefet şerhi bildirilmediği veya değişiklik önergesi verilmediği görülmektedir. Bu çerçevede TBMM'de grubu bulunan siyasi partiler açısından yerel ara seçimlerinin tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle ertelenmesinin bir anayasaya aykırılık teşkil etmediği kanaatine sahip oldukları söylenebilir. Bu yaklaşım fiili bir durumdan kaynaklansa da ileride yerel nitelikli salgınlar sebebiyle dahi seçimlerin ertelenmesine emsal teşkil edecek niteliktedir. Salgınla ilgili bilimsel bilginin bulanık ve oldukça sınırlı olduğu bir dönemde alınan bu yasama tasarrufu dönemin şartları altında makul kabul edilse de, salgından kaynaklı mevzuat eksikliğine işaret etmesi açısından oldukça önemlidir. Dönem dönem yapılan bazı yerel ara seçimlerin siyaset sahnesine yeni çıkan siyasi partiler açısından ayrı bir önemi olduğu, genel seçim sürecine yakın bir zamanda gerçekleşen bazı yerel ara seçimlerin yaklaşan genel seçimlerin provası olarak değerlendirildiği gerçeği de göz önünde bulundurulmalıdır.

7244 sayılı kanunla yapılan düzenlemelerin ardından YSK yerel ara seçimlerinin 2020 yılı içerisinde yapılamayacağına karar vermiştir⁴¹. YSK, 2020 yılında yapılamayan yerel ara seçimlerinin 1 Ocak 2021 tarihi

38 Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanlığı'nın 14.4.2020 tarih ve 107 sayılı Manisa Milletvekili Uğur Aydemir ve 115 Milletvekilinin Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2812).

39 Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 15.4.2020 tarih ve Esas No: 2/2812 Karar No: 23 sayılı Raporunda yer alan muhalefet şerhleri için bkz. s. 23-48.

40 Yerel ara seçimlerinin ertelenmesini düzenleyen ikinci madde ile ilgili verilen değişiklik önerileri ve tartışmalar için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 3. Yasama Yılı 86. Birleşim 15 Nisan 2020 Çarşamba s. 265-276.

41 YSK'nın 17.04.2020 tarihli ve 2020/254 sayılı kararı; YSK'nın 17.09.2020 tarihli ve 2020/423 sayılı kararı; YSK'nın 05.11.2020 tarihli ve 2020/547 sayılı kararı.

esas alınmak suretiyle ilan tarihinden sonra gelen 60. günü takip eden ilk pazar günü yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁴². 2021 yılı içerisinde yapılması gereken yerel ara seçimleri ile ilgili olarak seçim yapılacak yerlerde salgından kaynaklı karantinada olan vatandaşların sayısının fazla olması gerekçesiyle ilçe seçim kurulu başkanlıkları tarafından yapılan erteleme taleplerini YSK reddetmiştir⁴³. YSK, salgın sürecinde yapılacak yerel seçimlerinde sandık kurulu sayısının artırılması başta olmak üzere seçimin usulü dairesinde yapılmasına yönelik takdir yetkisinin ilçe seçim kurullarında olduğuna işaret etmiştir⁴⁴. YSK yerel ara seçim yapılacak yerlerde yapılması planlanan seçimlerde görev alacak kişiler ile seçmenlerin belirtilen tarihlerde sokağa çıkma kısıtlamasından muaf tutulmasını talep etmiş ve bu talep İçişleri Bakanlığınca uygun görülerek ilgili illerde gerekli Hıfzıssıhha Kurulu kararları alınmıştır⁴⁵.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunu'nun 14. maddesine 2018 yılında eklenen hükümlerle " ...hastalığı veya engeli sebebiyle yatağa bağımlı olan seçmenlerin, muhtarlık seçimleri hariç, oy kullanmalarını sağlamak için ..." seyyar sandık kurulu kurulabileceği ilkesi kabul edilmiştir. Salgın döneminde karantina altında olan seçmen sayısının fazla olması sebebiyle gerek muhtarlık seçimlerinde gerekse de organ seçimlerinde seyyar sandık kurulması amacıyla ilçe seçim kurulu başkanlıkları tarafından YSK'dan görüş talep edilmiştir. YSK muhtarlık seçimlerinde seyyar sandık kurulmasına kanunun açık hükmünün cevaz vermemesi sebebiyle muhtarlık seçimleri açısından seyyar sandık kurulmasının yasal olarak mümkün olmadığına işaret etmiştir⁴⁶.

5393 sayılı kanuna göre belediye kurma koşulları oluşan bir veya birden fazla köyün köy ihtiyar meclisinin kararı veya seçmenlerin en az yarısından bir fazlasının mahallin en büyük mülki idare amirine yazılı başvurusu ya da Vali'nin kendiliğinden gerek görmesi durumunda veya bir belde veya köyün veya bunların bazı kısımlarının meskûn sahasının, komşu bir beldenin meskûn sahası ile birleşmesi veya bu sahalar arasındaki mesafenin 5.000 metrenin altına düşmesi ve buralarda

42 YSK'nın 20.11.2020 tarihli ve 2020/578-580 sayılı kararları; YSK'nın 03.12.2020 tarihli ve 2020/594 sayılı kararı; YSK'nın 10.12.2020 tarihli ve 2020/619 sayılı kararı; YSK'nın 17.12.2020 tarihli ve 2020/634-636-637 sayılı kararları; YSK'nın 29.12.2020 tarihli ve 2020/643-644-654-658 sayılı kararları.

43 YSK'nın 14.01.2021 tarihli ve 2021/13 sayılı kararı.

44 YSK'nın 26.03.2020 tarihli ve 2020/231 sayılı kararı; YSK'nın 29.12.2020 tarihli ve 2020/649 sayılı kararı, YSK'nın 07.04.2021 tarihli ve 2021/180 sayılı kararı

45 YSK'nın 03.03.2021 tarihli ve 2021/74-75-77 sayılı kararları.

46 YSK'nın 04.06.2021 tarihli ve 2021/224 sayılı kararı.

oturan seçmenlerin yarısından bir fazlasının komşu beldeye katılmak için başvurması halinde, ilçe seçim kurulları gözetim ve denetiminde halkoylaması yapılır. YSK 7244 sayılı kanun ile 2972 sayılı kanuna göre yapılacak seçimlerin ertelendiğini, 5393 sayılı kanun çerçevesinde yapılan halkoylaması ile ilgili hususların 7244 sayılı kanun kapsamında olmadığına hükmederek 5393 sayılı kanun çerçevesinde yapılacak olan halkoylamalarının 2020 yılı içinde yapılabileceğine hükmetmiştir⁴⁷. YSK'nın bu kararı almasında bu nitelikteki halkoylamalarının propaganda sürecinin olmamasından kaynaklandığı düşünülebilir.

Tehlikeli salgın hastalık tehdidi altındaki bir atmosferde milletvekili seçimi, Cumhurbaşkanlığı seçimi, halkoylaması veya yerel seçimin seçimlerin ertelenmesi ile ilgili anayasal bir hüküm olmaması Covid-19 salgını sürecine kadar bir eksiklik, sonrasındaki süreç açısından bir ihmal olarak değerlendirilebilir.

Anayasal ve yasal hükümlerin, düzenlemeye konu olacak sorunlar ortaya çıkmadan önce ve soyut bağlamda kodifiye edilmesi, seçim ve erteleme gibi oldukça iki hassas başlığı ilgilendiren hukuk kurullarının sağlıklı ve etkin işlemesi açısından kilit bir role sahiptir. Bu çerçevede tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle seçimlerin hangi koşullar altında ertelenebileceği veya hangi şartlarda gerçekleştirilebileceğinin düzenlemeye konu edilmesi oldukça önemlidir.

31.3.2022 tarih ve 7393 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda tehlikeli salgın hastalık sürecinde gerçekleşecek seçimlerin (siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelerini de kapsayacak şekilde) yönetim ve denetimi ile ilgili temel ilkelerin (seyyar sandık, karantina altındaki seçmenlerin oy kullanması vb.) eklenmemesi, seçim yönetim ve denetim organlarının tehlikeli salgın hastalık sürecinde görev ve yetkilerinin tereddütte mahal bırakmayacak şekilde düzenlenmemesinin bir eksiklik olduğu ifade edilebilir.

III. ORGAN SEÇİMLERİ

Salgının başlangıcından itibaren teması azaltma ve sosyal mesafeyi koruma amacıyla hareket eden genel yaklaşım, sosyal hayatın birçok alanında tedbirler öngörmüştür⁴⁸. Sosyal hayatın işleyişi ile ilgili

47 YSK'nın 29.07.2020 tarihli ve 2020/361 sayılı kararı.

48 Erdem, İ. (2020). "Koronavirüse (Covid-19) karşı Türkiye'nin Karantina ve Tedbir Politikaları", *Turkish Studies*, C. 15, S. 4, s. 377-388.

kısıtlamaların özü ise bireylerin bir araya gelmesini önlemek olmuştur. Niteliği gereği organ seçimleri bireylerin toplu olarak icra ettikleri faaliyetlerden olması sebebiyle salgın kısıtlarından ilk etkilenen başlıklardan biri olmuştur.

Siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetim, denetim organı üyeliği, delegelik vb. ile ilgili seçimlerin yargı gözetim ve denetiminde gerçekleştirilmesi anayasal ve/veya yasal zorunluluktur. Bu organ seçimleri ile ilgili hususlar ve yargı gözetim ve denetiminin çerçevesi ayrı ayrı kanunlarda düzenlenmiştir⁴⁹. İlgili kanunlar siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongreleri ile ilgili ilçe seçim kurulu başkanına yetki vermiş olup tam kanunsuzluk halleri dışında

49 Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu madde 81. Kanun Numarası: 5174 Kabul Tarihi: 18.5.2004 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 1.6.2004 Sayı: 25479 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43, Türk Eczacıları Birliği Kanunu ek madde 2 Kanun Numarası: 6643 Kabul Tarihi: 25.1.1956 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 2.2.1956 Sayı: 9223 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 37 Sayfa: 250, Noterlik Kanunu ek madde 1. Kanun Numarası: 1512 Kabul Tarihi: 18.1.1972 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 5.2.1972 Sayı: 14090 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 11 Sayfa: 408, Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu madde 49 Kanun Numarası: 5362 Kabul Tarihi: 7.6.2005 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 21.6.2005 Sayı: 25852 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 44, Avukatlık Kanunu ek madde 3. Kanun Numarası: 1136 Kabul Tarihi: 19.3.1969 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 7.4.1969 Sayı: 13168 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 8 Sayfa: 1694, Türk Tabipleri Birliği Kanunu ek madde 3. Kanun Numarası: 6023 Kabul Tarihi: 23.1.1953 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 31.1.1953 Sayı: 8323 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 34 Sayfa: 374, Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu madde 34 Kanun Numarası: 3224 Kabul Tarihi: 7.6.1985 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 25.6.1985 Sayı: 18792 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 24 Sayfa: 491, Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun ek madde 2. Kanun Numarası: 6343 Kabul Tarihi: 9.3.1954 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 18.3.1954 Sayı: 8661 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 35 Sayfa: 1461, Turist Rehberliği Meslek Kanunu madde 10. Kanun Numarası: 6326 Kabul Tarihi: 7.6.2012 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 22.6.2012 Sayı: 28331 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 52, Tohumculuk Kanunu madde 36. Kanun Numarası: 5553 Kabul Tarihi: 31.10.2006 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 8.11.2006 Sayı: 26340 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 46, Sigortacılık Kanunu madde 25. Kanun Numarası: 5684 Kabul Tarihi: 3.6.2007 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 14.6.2007 Sayı: 26552 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 46, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu madde 40. Kanun Numarası: 3568 Kabul Tarihi: 1.6.1989 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 13.6.1989 Sayı: 20194 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 28 Sayfa: 297, Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu madde 8. Kanun Numarası: 6964 Kabul Tarihi: 15.5.1957 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 23.5.1957 Sayı: 9614 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 38 Sayfa: 1226, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu ek madde 2. Kanun Numarası: 6235 Kabul Tarihi: 27.1.1954 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 4.2.1954 Sayı: 8625 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 35 Sayfa: 280, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 14. Kanun Numarası: 6356 Kabul Tarihi: 18.10.2012 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 7.11.2012 Sayı: 28460, Siyasi Partiler Kanunu madde 21. Kanun Numarası: 2820 Kabul Tarihi: 22.4.1983 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 24.4.1983 Sayı: 18027 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 22 Sayfa: 290

ilçe seçim kurulu başkanının vermiş olduğu kararlara karşı yapılan itirazları bir üst kurula inceleme yetkisi ve görevi vermemiştir. YSK bu çerçevede siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongreleri ile ilgili ilçe seçim kurulu başkanı tarafından alınan kararları değiştiren ve/veya kaldıran ilçe seçim kurulu kararlarını tam kanunsuzluk olarak değerlendirmiş ve ilgili ilçe seçim kurulu kararlarının kaldırılmasına karar vermiştir⁵⁰. YSK'nın bu güne kadar uyguladığı tam kanunsuzluk içtihadı birçok sakıncayı ihtiva etmektedir. Zira tam kanunsuzluk içtihadı müstakar seçim hukuku ve seçim yargısı uygulamalarından önemli bir sapma teşkil etmekte olup oldukça istisnai bir durumdur. Fakat bu tam kanunsuzluk içtihat ve uygulamasının en azından sadece YSK kararları ile sınırlı olması ve ilçe seçim kurulunun ilçe seçim kurulu kararları üzerinde böyle bir yaptırıma sahip olmamasını teminen YSK'nın mevcut uygulamasının yerinde olduğu ifade edilebilir.

YSK, gerek salgın döneminde gerekse de salgın öncesi dönemde 298 sayılı Kanununun 14. maddesinin “*İl seçim kurulları başkanlıklarınca seçim işlerinin yürütülmesi hakkında sorulacak hususları derhal cevaplandırmak*” görev ve yetkisi çerçevesinde organ seçimleri ile ilgili olarak gerek doğrudan ilçe seçim kurulu başkanlıklarınca gerekse ilçe seçim kurulu başkanlığı aracılığıyla kendisine iletilen görüş talepleri doğrultusunda karar vermektedir.

YSK, salgın döneminde gerek ilçe seçim kurullarınca gerekse de siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının salgından kaynaklı organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin yapılması ile ilgili görüş taleplerini değerlendirirken somut bir olay olup olmadığına ve konunun seçim kurullarının yetki ve görev alanı içerisinde olup olmadığına göre karar vermiştir. Görüş talebi organ seçimlerine ilişkin kongrenin zamanında yapılmaması durumunda yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı, salgın tedbirleri ile ilgili genel hususlar gibi seçim kurullarının doğrudan görev alanına girmeyen konular ile ilgili ise görüş vermeme eğiliminde olmuştur⁵¹. Bunun yanında ilçe seçim kurulunda

50 YSK'nın 07.04.2021 tarihli ve 2021/175 sayılı kararı; YSK'nın 07.04.2021 tarihli ve 2021/178 sayılı kararı.

51 YSK'nın 24.02.2021 tarihli ve 2021/69 sayılı kararı; YSK'nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/100 sayılı kararı; YSK'nın 24.03.2021 tarihli ve 2021/133 sayılı kararı, YSK'nın 31.03.2021 tarihli ve 2021/152 sayılı kararı; YSK'nın 03.06.2020 tarihli ve 2020/270 sayılı kararı; YSK'nın 06.10.2020 tarihli ve 2020/491 sayılı kararı; YSK'nın 15.10.2020 tarihli ve 2020/531 sayılı kararı; YSK'nın

görüş talep edilmeden doğrudan YSK'dan görüş talep edilmesi durumunda ve organ seçimlerine ilişkin kongrenin yerinin uygun olup olmadığı gibi ilçe seçim kurulunca değerlendirilmesi gereken konularda da YSK görüş vermemiştir⁵². İlçe seçim kurulu başkanlıklarınca salgın sürecinde yapılan organ seçimlerine ilişkin kongrelerde bulaş riskini azaltmak amacıyla sandık kurulu sayısının artırılması yönünde talepler YSK'ya iletilmiştir. YSK salgın öncesi dönemde belirlenen sandık kurulu sayısının salgın döneminde arttırılması ile ilgili bir sakınca olmadığına işaret ederek yetkinin ilçe seçim kurullarında olduğuna karar vermiştir⁵³.

Covid-19 salgını sebebiyle getirilen kısıtlamalarla ilgili olarak siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelerle ilgili il seçim kurulu ve ilçe seçim kurulu başkanlıklarınca verilen kararlara muhatapları tarafından yapılan itirazlar sonucu YSK, il seçim kurulu ve ilçe seçim kurulu başkanlıkları kararları ile ilgili itirazları reddetme yönünde bir eğilim ortaya koymuştur. Bu itirazlar üzerine daha ziyade seçilme yeterliği ile ilgili başvurduğu "tam kanunsuzluk" gerekçesiyle il seçim kurulu ve/veya ilçe seçim kurulu başkanlığı kararlarını kaldırdığı da görülmektedir⁵⁴.

01.01.2021- 17.06.2021 tarihleri arasında salgınla ilgili ilçe seçim kurulu başkanlıklarınca verilen on bir karara YSK'ya yapılan itirazlardan beşi (%45) ile ilgili tam kanunsuzluk içtihadı çerçevesinde kaldırılmasına rağmen aynı tarih aralığında salgınla ilgili olmayan ilçe seçim kurulu başkanlıklarınca verilen yirmi beş karara YSK'ya yapılan itirazlardan üçü (%12) ile ilgili tam kanunsuzluk içtihadı çerçevesinde kaldırılmasına karar verilmiştir. Salgınla ilgili kararlara yapılan itirazlarda görece yüksek tam kanunsuzluk uygulamasının salgınla ilgili mevzuat eksikliğinden kaynaklı olduğu söylenebilir.

03.12.2020 tarihli ve 2020/598-603 sayılı kararları; YSK'nun 10.12.2020 tarihli ve 2020/624 sayılı kararı.

52 YSK'nun 02.04.2021 tarihli ve 2021/165 sayılı kararı; YSK'nun 05.03.2021 tarihli ve 2021/86 sayılı kararı.

53 YSK'nun 09.07.2020 tarihli ve 2020/325 sayılı kararı; YSK'nun 14.07.2020 tarihli ve 2020/330 sayılı kararı; YSK'nun 03.09.2020 tarihli ve 2020/403 sayılı kararı; YSK'nun 17.09.2020 tarihli ve 2020/425 sayılı kararı; YSK'nun 02.10.2020 tarihli ve 2020/447 sayılı kararı.

54 YSK'nun 06.10.2020 tarihli ve 2020/462 sayılı kararı; YSK'nun 15.10.2020 tarihli ve 2020/523 sayılı kararı; YSK'nun 22.10.2020 tarihli ve 2020/534 sayılı kararı; YSK'nun 10.06.2021 tarihli ve 2021/225 sayılı kararı; YSK'nun 07.04.2021 tarihli ve 2021/175 sayılı kararı; YSK'nun 07.04.2021 tarihli ve 2021/178 sayılı kararı; YSK'nun 17.03.2021 tarihli ve 2021/119 sayılı kararı; YSK'nun 13.04.2021 tarihli ve 2021/188 sayılı kararı.

A. ORGAN SEÇİMLERİNE İLİŞKİN KONGRELERİN ERTELENMESİ

Demokrasi için yadsınamaz öneme sahip siyasi partilerin, çalışma hayatı için kilit rol oynayan sendikaların ve ifa ettikleri görevin önemi itibarıyla yargı gözetim ve denetimi altında organ seçimi yapacakları anayasal düzenlemeye konu olmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin hangi şartlar altında ve hangi organ tarafından ertelenebileceği ile ilgili açık bir kanuni düzenlemenin olduğunu söylemek güçtür. Bu husus YSK içtihatları ile şekillenmiştir.

YSK'nun organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi konusunda yerleşik bir içtihadının olduğunu söylemek güçtür. Gerçekten de YSK, 1995 yılında genel ve yerel seçim sürecine rastlayan organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesine karar vermişken⁵⁵, 2008 tarihli diğer bir kararında ise yerel seçim sürecine rastlayan organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi konusunda YSK'nun bir yetkisi olmadığı yönünde hüküm kurmuştur⁵⁶.

YSK, salgının ortaya çıktığı ilk dönemde tarihsel olarak verdiği daha yakın kararı takip ederek organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ancak ilgili siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun talebi üzerine veya resmi kurumlarca organ seçimlerine ilişkin kongrenin iptal edilmesine yönelik bir karar alınması durumunda ertelenebileceğini, böyle bir talep ve/veya karar yok ise organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁵⁷. Fakat buradaki resmi kurumdan kastın ne olduğu YSK'nun zaman içerisindeki içtihatları ile şekillenmiştir.

YSK, kısa bir süre sonra verdiği kararlarda YSK'nun organ seçimlerine ilişkin kongrelerin düzen içerisinde yaptırmak için her türlü tedbiri alma yetki ve görevinin olduğu, bu tedbir alma görev ve yetkisinin seçimlerin düzen içinde yapılmasını imkânsız kılan “açık ve yakın tehlike” arzedenden somut sebeplerin varlığı halinde; sakıncalı halin ortadan kalkmasına

55 YSK'nın 1995/341 sayılı kararı, Gönenç, L. (2008). s.152.

56 YSK'nın 06.12.2008 tarihli ve 2008/317 sayılı kararı.

57 YSK'nın 13.03.2020 tarihli ve 2020/195 sayılı kararı. Bu karar YSK'nun seçimlerin ertelenmesine yönelik aldığı kararlara muhalif kalan YSK üyelerinin referans karar olarak kabul ettiği bir karar olmuştur. Örneğin YSK'nın 26.01.2021 tarihli ve 2021/130 sayılı kararına muhalif kalan YSK Başkanvekili Erhan ÇİFTÇİ ve YSK üyesi Kürşat HAMURCU'nun karşıoyları; YSK'nın 24.02.2021 tarihli ve 2021/61 sayılı kararına muhalif kalan YSK Başkanvekili Erhan ÇİFTÇİ ve YSK üyesi Kürşat HAMURCU'nun karşıoyları.

kadar amaçla uyumlu ve ölçülü olacak şekilde seçimleri ilçe seçim kurulu başkanlıklarınca erteleme kararı verilmesini de kapsadığına işaret etmiştir⁵⁸. Bu çerçevede YSK, organ seçimlerine ilişkin kongrelerde insanların toplu olarak bir araya gelmesi ve çok yakın bir mesafede bir arada bulunması kaçınılmaz olduğundan bu koşullarda yapılacak organ seçimlerine ilişkin kongrelerin her türlü tedbir alınsa bile yaşama hakkı ve kamu sağlığını tehdit etmeksizin düzen içinde ve yeterli katılımıla yapılmasının mümkün olamayacağını ifade ederek, ilçe seçim kurulu başkanlıkları tarafından organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenebileceğine karar vermiştir⁵⁹. Fakat YSK, ilçe seçim kurulu başkanlıklarının organ seçimlerine ilişkin kongreleri erteleme yetkisinin yeni bir toplantı tarihini belirleme yetkisini kapsamadığına işaret ederek, erteleme kararının ardından toplantı tarihini belirleyen ilçe seçim kurulu başkanlığı kararının tam kanunsuzluk sebebiyle kaldırılmasına karar vermiştir⁶⁰.

Türkiye’de Covid-19 salgınının önlenmesi amacıyla alınan kararlar dört aşamalı şekilde yürütülmüştür. Birinci olarak Sağlık Bakanlığı bünyesinden kurulan ve başkanlığı Sağlık Bakanı tarafından yürütülen “Koronavirüs Bilim Kurulu (Bilimsel Danışma Kurulu)” tarafından salgınla ilgili alınan tavsiye niteliğinde kararlar Cumhurbaşkanlığı Kabinesine iletilmekte, ikinci olarak Cumhurbaşkanlığı Kabinesinde salgınla ilgili kararlar alınmakta, üçüncü olarak Cumhurbaşkanlığı Kabinesinde alınan kararlar İçişleri Bakanlığı tarafından “genelgeye” dönüştürülmekte, dördüncü olarak genelge hükümleri doğrultusunda İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları tarafından salgının önlenmesi amacıyla gerekli tedbirler alınmaktadır. Salgın sürecinde siyasi iradenin “Koronavirüs Bilim Kurulu” tarafından verilen tavsiye kararları ışığında hareket etmesi alınan tedbirlerin uyumu açısından ciddi bir önemi olduğu söylenebilir⁶¹.

2020 yılı Haziran ayı itibariyle salgından kaynaklı tedbirlerin

58 YSK’nın 19.03.2020 tarihli ve 2020/213 sayılı kararı.

59 YSK’nın 19.03.2020 tarihli ve 2020/214 sayılı kararı.

60 YSK’nın 06.10.2020 tarihli ve 2020/462 sayılı kararı.

61 Güreşçi, M. (2020). “Covid-19 Salgınında Türkiye’de Kriz Yönetimi İletişimi: T.C. Sağlık Bakanlığı”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD)*, C. 7, S. 5, s. 63.

Cumhurbaşkanlığı Genelgesi⁶² ve İçişleri Bakanlığı genelgeleriyle⁶³ (özellikle umuma açık istirahat ve eğlence yerleri ile ilgili tedbirlerin) kademeli olarak azaltılmasının ardından, YSK siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin yapılmasında bir sakınca olmadığına karar vermiştir⁶⁴.

Toplumsal aşılamanın başlamadığı ve salgından kaynaklı vaka artışlarının yaşandığı 2020 yılı sonbaharında toplumsal hareketliliğin azaltılmasını sağlamak amacıyla ilave bir takım tedbirler alınmıştır. Bu çerçevede 2020 yılı Ekim ve Kasım ayında yayımlanan İçişleri Bakanlığı genelgeleriyle⁶⁵ sivil toplum kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından düzenlenecek genel kurul toplantılarının 01.03.2021 tarihine kadar ertelenmesine yönelik İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları kararı alınması istenmiştir. YSK, salgın sürecinin başında organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesine yönelik verdiği ilk kararda değindiği resmi kurumun İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu olduğuna işaret ederek, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararlarını organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesinin temel gerekçesi olarak değerlendirmiştir. YSK, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından alınan genel kurul toplantılarının ertelenmesi kararına rağmen genel kurulun ilgili odanın talep ettiği tarihte yapılacağına dair kararı ile salgından kaynaklı organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi hakkında yetkili resmi kurumun İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu olduğu yönündeki iradesi olarak değerlendirmek gerekir⁶⁶.

YSK, ilk önce İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu tarafından organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi yönünde karar alması halinde

62 29.5.2020 tarih ve 31139 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete’de yayımlanan 2020/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi.

63 30.05.2020 tarih ve 89780865-153-bila sayılı 18 Yaş Altı ve 65 Yaş Üzeri Kişilerin Sokağa Çıkma Kısıtlaması konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi, 30.05.2020 tarih ve 89780865-153-bila sayılı Şehir Giriş/Çıkış Seyahat Kısıtlamaları konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi, 30.05.2020 tarih ve 89780865-153-bila sayılı Koronavirüs Tedbirleri- Lokanta, Restoran, Kafe vb. İşyerleri, Park/Piknik Alanları/Mesire Yerleri, Sosyete Pazarları Hakkında konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

64 YSK’nın 03.06.2020 tarihli ve 2020/259-260-261-263-264-265-266 sayılı kararları; YSK’nın 10.06.2020 tarihli ve 2020/280-281 sayılı kararları; YSK’nın 27.08.2020 tarihli ve 2020/395 sayılı kararı.

65 02.10.2020 tarih ve 16230 sayılı Koronavirüs Tedbirleri- Ek Genelge konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi; 27.11.2020 tarih ve 19961 sayılı Geniş Katılımlı Etkinliklerin Ertelenmesi konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

66 YSK’nın 23.06.2020 tarihli ve 2020/297 sayılı kararı.

organ seçimlerine ilişkin kongrelerin yapılamayacağına dair görüş bildirmiştir⁶⁷. YSK, süreç içerisinde bu görüşünü istikrarlı bir şekilde takip etmiş ve İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu tarafından organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi yönünde karar alınması halinde organ seçimlerine ilişkin kongrelerin yapılamayacağına karar vermiştir⁶⁸. Fakat İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu tarafından bildirilen erteleme sürelerinin sonraki tarihler için talep edilen organ seçimlerine ilişkin kongre tarihleri açısından kongrelerin toplanmasında bir sakınca olmadığına işaret etmiştir⁶⁹. YSK, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulunun erteleme kararına istinaden organ seçimlerine ilişkin kongrelerin yapılamayacağına dair karar veren ilçe seçim kurulu başkanlıklarının kararlarına yapılan itirazları da reddetmiştir⁷⁰.

YSK, Covid-19 salgını döneminde İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları çerçevesinde hareket ettiği ifade edilmişti. Bazı İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelerini ertelemişken bazı İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları sendika ve/veya siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin ertelenmesi yönünde karar almamıştır. YSK, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu tarafından siyasi parti ve/veya sendikaların organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin ertelenmesi yönünde karar almamasına rağmen ilçe seçim kurulu başkanlıklarınca sendika ve/veya siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin ertelenmesi yönünde karar alması durumunda bunu tam kanunsuzluk olarak değerlendirerek ilgili ilçe seçim kurulu başkanlığı kararlarının kaldırılmasına karar vermiştir⁷¹.

67 YSK'nun 02.10.2020 tarihli ve 2020/446-452-454-455-456-457-460 sayılı kararları.

68 YSK'nun 06.10.2020 tarihli ve 2020/462-487-489 sayılı kararları; YSK'nun 09.10.2020 tarihli ve 2020/504 sayılı kararı, YSK'nun 03.12.2020 tarihli ve 2020/588-590-591-592-596-602-604-605-609 sayılı kararları; YSK'nun 10.12.2020 tarihli ve 2020/613-614-622 sayılı kararları; YSK'nun 17.12.2020 tarihli ve 2020/632 sayılı kararı; YSK'nun 18.12.2020 tarihli ve 2020/641 sayılı kararı; YSK'nun 03.03.2021 tarihli ve 2021/84 sayılı kararı; YSK'nun 10.03.2021 tarihli ve 2021/101 sayılı kararı.

69 YSK'nun 05.11.2020 tarihli ve 2020/544 sayılı kararı; YSK'nun 20.11.2020 tarihli ve 2020/569 sayılı kararı.

70 YSK'nun 06.10.2020 tarihli ve 2020/463-464-465-468-469-470-471-472-473-474-475-477-478-480-481-482-484-485-486-488-490-492-493-494 sayılı kararları; YSK'nun 09.10.2020 tarihli ve 2020/496-498-499-502-503-507-508-509-510-511-512-513-514-516-518-519-520 sayılı kararları; YSK'nun 15.10.2020 tarihli ve 2020/528-530 sayılı kararları; YSK'nun 22.10.2020 tarihli ve 2020/536-537 sayılı kararları; YSK'nun 10.12.2020 tarihli ve 2020/615-617-625-626 sayılı kararları; YSK'nun 06.05.2021 tarihli ve 2021/196 sayılı kararı,

71 YSK'nun 15.10.2020 tarihli ve 2020/523 sayılı kararı; YSK'nun 22.10.2020 tarihli ve 2020/534 sayılı kararı. YSK 2020/523 sayılı kararında kongre tarihinin YSK karar tarihinden sonra

Bazı İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin ertelenmesine yönelik aldıkları kararlarda “sivil toplum kuruluşları” ibaresini kullanmayı tercih etmiştir. YSK, sendika organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi için ilgili kararda ertelenen seçimler arasında sarahaten “sendika” ibaresi geçmiyor ise “sivil toplum kuruluşları” ibaresinin sendikaları kapsamadığına işaret ederek sendikaların organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin toplanabileceğine karar vermiştir⁷². YSK, benzer şekilde siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin ertelenmesi için ilgili kararda ertelenen seçimler arasında sarahaten “siyasi parti” ibaresi geçmiyor ise “sivil toplum kuruluşları” ibaresinin siyasi partileri kapsamadığına işaret ederek siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin toplanacağına karar vermiştir⁷³.

YSK'nın genel uygulaması kararlarına mesnet teşkil eden idari kararlarla ilgili yetkili idari yargı organlarınca yürütmeyi durdurma veya iptal kararı verilmesi durumunda, idari yargı organının kararına göre hareket edilmesi yönündedir⁷⁴. Hatta bazen karara mesnet teşkil eden idari kararlarla ilgili açılmış bir idari dava varsa en azından yürütmeyi durdurma talebi hakkında bir karar verilene kadar esas hakkında bir karar almamayı tercih etmektedir⁷⁵. Benzer şekilde salgın sürecinde YSK, kararlarına dayanak teşkil eden İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları ile ilgili idari yargı organlarınca verilen yürütmeyi durdurma kararları çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğine işaret etmiştir⁷⁶. YSK, organ seçimleri ile ilgili kongrenin ertelenmesine ilişkin İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararının ve bu karara göre organ seçimine ilişkin kongrenin ertelenmesi gerektiğine dair YSK kararının oylamanın sona erdiği, sayımın ise henüz başlamadığı 17:00 sıralarında ilçe seçim kuruluna

olması sebebiyle kongre sürecinin kaldığı yerden devamına hükmetmişken, 2020/534 sayılı kararında kongre tarihinin YSK karar tarihinden önce olması sebebiyle başvuru olması halinde kongre sürecinin yeniden başlatılmasına hükmetmiştir.

72 YSK'nın 24.03.2021 tarihli ve 2021/137 sayılı kararı; YSK'nın 02.10.2020 tarihli ve 2020/458 sayılı kararı; YSK'nın 06.10.2020 tarihli ve 2020/461-466-467 sayılı kararları; YSK'nın 09.10.2020 tarihli ve 2020/500 sayılı kararı; YSK'nın 15.10.2020 tarihli ve 2020/527 sayılı kararı; YSK'nın 03.12.2020 tarihli ve 2020/589-600 sayılı kararları; YSK'nın 10.12.2020 tarihli ve 2020/623 sayılı kararı; YSK'nın 14.12.2020 tarihli ve 2020/630 sayılı kararı.

73 YSK'nın 20.01.2021 tarihli ve 2021/20 sayılı kararı; YSK'nın 17.12.2020 tarihli ve 2020/633 sayılı kararı. YSK'nın 29.12.2020 tarihli ve 2020/659 sayılı kararı.

74 YSK'nın 04.06.2021 tarihli ve 2021/223 sayılı kararı.

75 YSK'nın 05.03.2020 tarihli ve 2020/169 sayılı kararı.

76 YSK'nın 15.10.2020 tarihli ve 2020/532 sayılı kararı.

ulaştığı bir baro seçiminde, sayım aşamasına gelen organ seçimine ilişkin kongreye ait seçim iş ve işlemlerinin sonuçlandırılması gerektiğine dair kararıyla salgından kaynaklı alınan erteleme kararlarını kongreye sakatlayan bir unsur olarak değil bir tedbir olarak değerlendirmesinden kaynaklandığı söylenebilir⁷⁷.

Covid-19 salgını kaynaklı alınan tedbirler kapsamında yaşanan toplu izolasyonun ardından gelen normalleşme⁷⁸ süreciyle birlikte çok yüksek riskli iller dışında kalan diğer illerde İçişleri Bakanlığının⁷⁹ genelgesinin “... kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ... tarafından düzenlenecek genel kurul dahil kişilerin bir araya gelmesine neden olan her türlü etkinlikleri ... aynı anda bulunabilecek azami kişi sayısı 300’ü geçmemek üzere ... yapılabilecektir.” hükmü çerçevesinde organ seçimlerine ilişkin kongrelerin yapılabilmesinin önü açılmış ve İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları bu doğrultuda karar almıştır. YSK da çok yüksek riskli iller dışındaki illerde İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları doğrultusunda organ seçimlerine ilişkin kongrelerin yapılabileceğine işaret etmiştir⁸⁰. Bazı ilçe seçim kurulu başkanlıkları İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararlarından belirtilen 300 kişi sınırını delege sayısı olarak değerlendirmiş ve delege sayısı 300’ü geçen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve sendikaların organ seçimlerine ilişkin kongrelerinin yapılmasına izin vermemiştir. YSK, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları tarafından alınan kararlarla sadece aynı anda bir arada bulunacak katılımcı sayısına sınırlama getirildiğine işaret ederek⁸¹ delege sayısının 300’ün üstünde olmasının organ seçimlerine ilişkin kongrenin toplanmasına engel teşkil etmediğine hükmederek aksi yöndeki ilçe seçim kurulu kararlarını tam kanunsuzluk olarak değerlendirmiş ve ilgili ilçe seçim kurulu başkanlıklarının kararlarının kaldırılmasına karar vermiştir⁸².

77 YSK’nın 02.10.2020 tarihli ve 2020/459 sayılı kararı.

78 Hotar, N., Omay, R. E., Bayrak, S., Kuruüzüm, Z. ve Ünal, B. (2020). “Covid-19 Pandemisinde Normalleşme Sürecinin Toplumsal ve Ekonomik Açından Değerlendirilmesi”. *İzmir İktisat Dergisi*, C. 35, S. 4, s. 662.

79 02.03.2021 tarih ve 3514 sayılı Koronavirüs ile Mücadelede Kontrollü Normalleşme Süreci konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

80 YSK’nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/97-98-103 sayılı kararları; YSK’nın 24.03.2021 tarihli ve 2021/139 sayılı kararı; YSK’nın 18.03.2021 tarihli ve 2021/141 sayılı kararı; YSK’nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/172 sayılı kararı.

81 YSK’nın 13.04.2021 tarihli ve 2021/184 sayılı kararı.

82 YSK’nın 17.03.2021 tarihli ve 2021/119 sayılı kararı; YSK’nın 13.04.2021 tarihli ve 2021/188 sayılı kararı.

Salgının niteliği gereği dinamik bir süreç işlemektedir. Gerek İl Umumi Hıfzıssıhha Kurullarının erteleme kararları gerekse de sokağa çıkma kısıtlamaları sebebiyle organ seçimlerine ilişkin kongrelerin tarihlerinin değişmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı durumlar söz konusu olmuştur. Bunun yanında toplu etkinliklerde İçişleri Bakanlığı'nın⁸³ genelgesiyle kişi başına 8 m² alan bırakma gibi zorunluluklar getirilmesi sebebiyle organ seçimine ilişkin kongrenin yapılacağı adresin değişmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı durumlar da söz konusu olmuştur. YSK, salgın sebebiyle organ seçimine ilişkin kongrenin adresinin veya tarihinin değiştirilmesi talep edilmesi halinde seçim sürecinin tekrar başlaması gerektiğine işaret ederek ya kongre adresi veya yerinin değişmemesi yönünde ya da bu değişikliklerin yapılamayacağı yönünde hüküm kurmuştur⁸⁴.

İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongreleri ile ilgili daha sınırlayıcı bir yaklaşım ortaya koymuşken, sendika ve özellikle siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerine ilişkin daha az sınırlayıcı bir yaklaşım ortaya koymayı tercih etmiştir. YSK'nın kararlarının gerekçesini ağırlıklı olarak İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları oluşturması sebebiyle bu durum YSK kararlarına da yansımış ve sendika ve siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongreleri kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelere göre daha az ertelenmiştir.

Siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimlerine ilişkin kongrelerin genelge ve idari bir organ olan İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararıyla ertelenmesinin siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının anayasal ve özerk yapıları ile bağdaşmadığı YSK'ya yapılan itirazların temel gerekçesini oluşturmuştur. Salgınla ilgili mevzuatta bu konuyla ilgili bir hüküm olmamasının doğal sonucu bu duruma sebebiyet vermiştir. Siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek

83 02.03.2021 tarih ve 3514 sayılı Koronavirüs ile Mücadelede Kontrollü Normalleşme Süreci konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

84 YSK'nın 17.03.2020 tarihli ve 2020/199 sayılı kararı; YSK'nın 29.07.2020 tarihli ve 2020/356 sayılı kararı; YSK'nın 27.08.2020 tarihli ve 2020/398 sayılı kararı; YSK'nın 17.09.2020 tarihli ve 2020/421 sayılı kararı; YSK'nın 03.02.2021 tarihli ve 2021/37 sayılı kararı; YSK'nın 10.06.2020 tarihli ve 2020/279 sayılı kararı; YSK'nın 10.06.2020 tarihli ve 2020/282 sayılı kararı; YSK'nın 23.06.2020 tarihli ve 2020/300 sayılı kararı; YSK'nın 03.12.2020 tarihli ve 2020/584 sayılı kararı; YSK'nın 03.12.2020 tarihli ve 2020/606 sayılı kararı; YSK'nın 31.03.2021 tarihli ve 2021/142 sayılı kararı.

kuruluşlarının anayasal önemleri ve bunların organ seçimlerinin yargı gözetim ve denetimi altında yapılacağına dair anayasal hükümler göz önünde bulundurularak organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ertelenmesi yetkisinin doğrudan YSK veya il/ilçe seçim kurullarınca kullanılmasının daha doğru olacağı söylenebilir.

B. SOKAĞA ÇIKMA KISITLAMALARININ ETKİSİ

YSK'nın salgın sürecinde dikkate aldığı temel kriterlerden bir tanesi ilgili tarihte alınmış olan bir sokağa çıkma yasağının / kısıtlamasının olup olmadığıdır. Covid-19 salgını öncesi gerek doktrinde gerekse de idari pratikte sokağa çıkma yasağı kavramı tercih edilmiştir⁸⁵. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ise sokağa çıkmanın sınırlandırılması veya yasaklanması kavramlarını kullanmıştır. Covid-19 salgınının erken döneminde de İçişleri Bakanlığı genelgelerinde sokağa çıkma yasağı kavramı tercih edilmesine rağmen sonraları İçişleri Bakanlığı genelgelerinde sokağa çıkma yasağı yerine sokağa çıkma kısıtlaması kavramı tercih edilmiştir.

Bu kavramsal değişikliğin altında, gerek tıbbi tedarik zincirinin gerekse de genel tedarik zincirinin sekteye uğramaması adına sokağa çıkma kısıtlamasından muaf olan kişilerin genişlemesi yönündeki eğilim ve bireylerin birtakım zaruri ihtiyaçlarını karşılaması amacıyla (zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması ile sınırlı olmak ve araç kullanmamak şartıyla ikamete en yakın market, bakkal ve manava gidiş serbestisi, ikametinin önü ile sınırlı olmak kaydıyla evcil hayvanlarının zorunlu ihtiyacını karşılamak üzere dışarı çıkarılması gibi) sağlanan esneklikler olduğu söylenebilir. Uygulaması itibariyle birbirinden farklılık arz etseler dahi gerek sokağa çıkma yasağı gerekse de sokağa çıkma kısıtlaması seyahat özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır⁸⁶. 1982 anayasasında seyahat hürriyetinin sınırlandırılması gerekçeleri arasında genel sağlığa veya tehlikeli salgın hastalıklara yer verilmemiş olması sebebiyle salgın sürecinde alınan kısıtlama tedbirlerinin anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir⁸⁷.

85 Kırışik, F. ve Durdu, M. (2016). "Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 47.

86 Aslan, V. (2020). "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 2, s. 815.

87 Yavuzdoğan, S. (2020). "Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Bir Kaç Not", *Adalet Dergisi*, S. 64, s. 134; Turhan, M. K. (2020). "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle

Esasen tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla seyahat hürriyetinin sınırlandırılması ile ilgili tartışma anayasa hukuku doktrini açısından yeni değildir. 1924 Anayasası ve 1961 Anayasası salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla seyahat hürriyetinin sınırlandırılabilirliğini öngörmüştür. 1982 Anayasasının ilk halinde de temel hak ve özgürlükler açısından genel sınırlama sebebi olarak genel sağlığın yer alması salgın hastalıklar açısından uygulanabilecek genel ve/veya özel karantinalar açısından bir gerekçe teşkil etmiştir. Fakat temel ve hak özgürlükler için genel sınırlama sebeplerinin varlığının oluşturduğu siyasi ve hukuki rahatsızlığın mesnet teşkil ettiği 2001 anayasa değişiklikleri ile temel hak ve özgürlükler için genel sınırlama sebepleri ortadan kaldırılmış ve temel hak ve özgürlüğün ancak ilgili maddede belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilirliğine işaret eden özel sınırlama sebepleri ilkesi kabul edilmiştir.

2001 anayasa değişikliği sürecinin öncesinde ve hemen sonrasında bu anayasal değişikliğin temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi amacına matuf olsa da pratikte bazı temel hak ve özgürlükler açısından öngörülmesi gereken sınırlama sebeplerinin kalmaması gibi trajik bir sonuç doğurduğu ifade edilmiştir⁸⁸. Hatta bu sakıncayı işaret etmek için verilen en klasik örneklerden birisi de seyahat hürriyetinin suç işlenmesini önlemek ve suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilirliği ilgili maddede öngörülmesine rağmen salgın hastalıkların veya genel sağlığın sınırlama sebebi olarak öngörülmemesi sebebiyle salgın hastalıklar sebebiyle uygulanacak genel veya özel karantina uygulamalarının anayasaya aykırılık teşkil edeceğine dair verilen örnek olmuştur⁸⁹.

2001 yılından sonra değişik kurum ve kuruluşlarca hazırlanan anayasa değişikliği önerilerinde genel sağlığın veya salgın hastalıkların önlenmesinin seyahat hürriyetinin sınırlandırılmasının bir sebebi

Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, s. 560; Dalgıç, M. Y. (2021). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Seyahat Özgürlüğünü Sınırlandırma Biçimleri Olarak Sokağa Çıkma Yasağı ve Karantina Uygulamaları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, C. 4, S. 7, s. 355.

88 Gözler, K. (2002). “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştial Örneği”, *Anayasa Yargısı*, C. 19, s. 352-353. Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 322.

89 Arslan, Z. (2002). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, C. 19, s. 142.

olarak kabul edildiği görülmektedir⁹⁰. Benzer şekilde 24. Dönem TBMM’de kurulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun üzerinde uzlaştığı maddelerden biri olan seyahat hürriyeti ile ilgili maddede genel sağlığın korunması seyahat hürriyeti açısından bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmiş olup bu eksiklik komisyon görüşmeleri sırasında ifade edilmiştir⁹¹. 2001 yılından bu yana on üç anayasa değişikliği kanunu kabul edilmiş ve bunlardan 2010 yılında yapılan değişiklikte yerleşme hürriyeti ile ilgili maddede düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerde seyahat hürriyetinin kısıtlanması sebepleri arasında tehlikeli salgın hastalıkların veya genel sağlığın eklenmemesinin tali kurucu iktidarın bunu bir hukuki sorun olarak görmemesinden kaynaklandığı düşünülebilir.

Tehlikeli salgın hastalıkların bireylerin yaşama hakkına doğrudan etki etme potansiyelleri sebebiyle diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması sonucunu doğurabilmektedir. Bu durum mantıki bir tutarlılık barındırmaktadır⁹². Temel hak ve özgürlüklerin ancak anayasada belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilmesi gerçeği karşısında öne sürülen ve yukarıdaki mantıki tutarlılığı besleyen kavram temel hak ve özgürlüklerin nesnel sınırlılığı tezidir⁹³. Bu teze göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin bazı sınırlamalar hakkın doğasından kaynaklanmakta olup⁹⁴, anayasanın ilgili maddesinde sınırlama sebebi öngörülme dahi ilgili temel hak ve özgürlüğün doğası gereği sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir⁹⁵. Buna verilen klasik örneklerden birisi de hakaret içerikli ifadelerin düşünceyi açıklama hürriyetince korunmayacağına ilişkin olanıdır. Benzer şekilde tehlikeli salgın hastalıkların da yerleşme hürriyetinin objektif sınırını oluşturduğu, anayasanın ilgili maddesinde genel sağlık veya tehlikeli salgın hastalıklar

90 Erdem, F. H. ve Heper, Y. (2016). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri*, Ankara: Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 102-103.

91 Barın, T. (2013). *Uzlaşma Yolunda: Komisyon’un Uzlaştığı Maddeler ve Anayasa*, Ankara: Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 21.

92 Gözler, K. (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 353.

93 Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 506, Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 4.

94 Atakan, A. (2010). “Friedrich Müller’in Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, s. 3.

95 Hakyemez, Y. Ş. (2002). “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2, s. 22-24.

sınırlama sebebi olarak kabul edilmese dahi bu sebeplerle seyahat hürriyetinin niteliği gereği sınırlandırılabilenleri sürülmektedir⁹⁶.

Salgın bir hastalığa yakalanmış kişinin seyahat etmesinin sınırlandırılmaması hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Aksi yorum temel hak ve hürriyetlerinin kötüye kullanılmasını engelleyen 1982 Anayasası'nın 14. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine de aykırı olacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi birçok kararında temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğuna işaret etmiştir⁹⁷. Fakat salgın süreçlerinde bir çok sınırlamanın sokağa çıkma kısıtlamalarına dayanması ve bununda tartışmalı bir alanda kalması bazı hukuki tasarrufların meşruiyetine gölge düşürebilmesi sebebiyle tehlikeli salgın hastalıkların seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması sebeplerine eklenmesi daha tutarlı bir yaklaşım olacaktır.

Bazı resmi iş ve işlemlerden önce yetkililer tarafından yapılan kontrollerde tespit edilemeyen hususların belirlenmesini sağlamak amacıyla "askıya çıkarma" müessesesi uygulanmaktadır. Buradaki temel amaç "askıya çıkarılan" konuyla ilgili olarak şeffaflığı ve aleniliği arttırmak, varsa itirazları öğrenmek ve nihai olarak karara bağlamaktır. İmar planları bu konuya verilebilecek klasik örneklerden biridir. Benzer şekilde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların ve siyasi partilerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerinden önce oy kullanma hakkına sahip olan delegelere ait listelerle ilgili kanunlarda belirtilen yerlerde askıya çıkarılmaktadır. Buradaki amaç kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, sendika ve siyasi partilerin yetkili organları tarafından oy kullanma hakkına sahip olduğu yetkili seçim kuruluna bildirilen delegelerle ilgili delegelikten ve/veya üyelikten kaynaklı itirazları karara bağlamak ve delege listesinde olma hakkına sahip kişilerden listede bulunmayanların ilave edilmesini sağlamaktır.

96 Sağlam, F. (2002). "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı*, C. 18, S. 1, s. 7; Sezer, T. D. (2014). "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 5, s. 383; Sağlam, M. (2002). "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 18, S. 1, s. 33.

97 AYM, E.2013/114, K.2014/184, 4/12/2014, § 76.

Delege listelerinin askı süreleri siyasi partiler için 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ve sendikalar için 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 14. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde toplantı tarihinden yedi gün önceden başlamak suretiyle üç gün olarak belirlenmiştir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimleri ile ilgili hususlar her kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun kuruluş kanununda ayrı olarak düzenlenmiş olup çoğunluğunda benzer şekilde ilan süresi üç gündür.

YSK, sokağa çıkma kısıtlamalarını askıda kalan delege listelerinin incelenmesinin önünde bir engel olarak değerlendirmiştir. YSK delege listelerinin askıya çıktığı tarihlerin herhangi bir gününde tam gün sokağa çıkma kısıtlaması olması halinde delege listelerinin askıya çıkarılmasının amacına ulaşmayacağına işaret ederek organ seçimlerine ilişkin kongrenin yapılamayacağına hükmetmiştir⁹⁸. Salgın döneminde sokağa çıkma kısıtlamaları günün tamamını kapsayacak şekilde uygulandığı gibi belirli saatleri kapsayacak şekilde (21:00 – 05:00 veya 09:00 -15:00 gibi) kısmi sokağa çıkma kısıtlaması şeklinde de uygulanmıştır. YSK, askı tarihlerinde kısmi sokağa çıkma kısıtlaması olmasını askıya çıkarılan delege listelerinin incelenmesine bir engel teşkil etmediğine karar vermiştir⁹⁹.

YSK, tam gün sokağa çıkma kısıtlamasının olduğu günlerde organ seçimlerine ilişkin kongrelerin toplanamayacağı yönünde görüş bildirmiştir.¹⁰⁰ Bu doğrultuda tam gün sokağa çıkma kısıtlamalarına istinaden organ seçimlerine ilişkin kongrelerin yapılamayacağına dair karar veren ilçe seçim kurulu başkanlıklarının kararlarına yapılan itirazları da reddetmiştir¹⁰¹. YSK, organ seçimlerine ilişkin kongre günü

98 Siyasi partiler için YSK'nın 29.12.2020 tarihli ve 2020/645-652-653 sayılı kararları; YSK'nın 04.01.2021 tarihli ve 2021/1-2 sayılı kararları; YSK'nın 26.01.2021 tarihli ve 2021/21 sayılı kararı; YSK'nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/171 sayılı kararı. Sendikalar için YSK'nın 24.02.2021 tarihli ve 2021/65-66 sayılı kararları; YSK'nın 03.03.2021 tarihli ve 2021/83 sayılı kararı; YSK'nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/94 sayılı kararı; YSK'nın 31.03.2021 tarihli ve 2021/155 sayılı kararı; YSK'nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/164 sayılı kararı. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için YSK'nın 24.02.2021 tarihli ve 2021/61 sayılı kararı; YSK'nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/104 sayılı kararı; YSK'nın 17.03.2021 tarihli ve 2021/115 sayılı kararı; YSK'nın 20.05.2021 tarihli ve 2021/202 sayılı kararı.

99 YSK'nın 23.06.2020 tarihli ve 2020/306 sayılı kararı.

100 YSK'nın 03.12.2020 tarihli ve 2020/591-595-601-608-609 sayılı kararları.

101 YSK'nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/170 sayılı kararı; YSK'nın 10.06.2021 tarihli ve 2021/226 sayılı kararı; YSK'nın 17.06.2021 tarihli ve 2021/250 sayılı kararı.

olarak belirlenen iki günden birinin İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararı ile sokağa çıkma kısıtlamasının olduğuna karar verilen günlerden bir tanesi olmasına rağmen organ seçimlerine ilişkin kongrenin yapılmasına izin veren ilçe seçim kurulu başkanlığı kararını tam kanunsuzluk olarak değerlendirek ilgili ilçe seçim kurulu başkanlığı kararlarının kaldırılmasına karar vermiştir¹⁰².

Günün belirli saatlerinde sokağa çıkma kısıtlamasının olduğu kısmi sokağa çıkma kısıtlamasının olduğu günlerde toplanacak olan organ seçimlerine ilişkin kongrelerle ilgili olarak YSK, kongrenin başlangıç saati belirlense de bitiş saatinin belirlenmemesi nedeniyle kısmi sokağa çıkma kısıtlamasının başlangıç ve bitiş saati gözetilerek bildirilen gün içinde sokağa çıkma yasağı sona ermesinin ardından veya sokağa çıkma kısıtlaması başlamadan önce organ seçimlerine ilişkin kongrenin tamamlanabileceğine karar vermiştir¹⁰³.

2021 yılı Mart ayında iller vaka sayılarına göre düşük, orta, yüksek ve çok yüksek olarak sınıflandırılmış olup hafta sonu sokağa çıkma kısıtlamasının uygulanıp uygulanmayacağına illerin risk durumlarına göre il bazlı olarak karar verilmesi uygulamasına geçilmiştir¹⁰⁴. YSK, bu dönemin dinamik yapısını göz önünde bulundurarak organ seçimlerine ilişkin kongrenin yapılacağı tarihte sokağa çıkma kısıtlaması uygulanmaması halinde kongrenin toplanabileceğine karar vermiştir¹⁰⁵.

YSK'nın salgın döneminde İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararlarını temel hareket noktası olarak belirlediği ifade edilmişti. YSK, organ seçimlerine ilişkin kongrelere katılım açısından İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararıyla bir esneklik sağlanması durumunda aynı eğilimi gerçekleştirdiği söylenebilir. YSK, tam gün sokağa çıkma kısıtlamasının olduğu günde toplanacak olan organ seçimlerine ilişkin kongreye katılacak olan delegelere İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararıyla

102 YSK'nın 10.06.2021 tarihli ve 2021/225 sayılı kararı.

103 YSK'nın 22.06.2020 tarihli ve 2020/262 sayılı kararı; YSK'nın 23.06.2020 tarihli ve 2020/290-291-298-299-300-306 sayılı kararları; YSK'nın 20.11.2020 tarihli ve 2020/558-559-560-561-570-571 sayılı kararları.

104 02.03.2021 tarih ve 3514 sayılı Koronavirüs ile Mücadelede Kontrollü Normalleşme Süreci konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi, 29.03.2021 tarih ve 5673 sayılı Koronavirüs Tedbirlerinin Gözden Geçirilmesi konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

105 YSK'nın 24.02.2021 tarihli ve 2021/62-63-68 sayılı kararları; YSK'nın 10.03.2021 tarihli ve 2021/99 sayılı kararı; YSK'nın 17.03.2021 tarihli ve 2021/110-120 sayılı kararları; YSK'nın 31.03.2021 tarihli ve 2021/143-146-151-153-154-157-158 sayılı kararları; YSK'nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/161-163 sayılı kararları; YSK'nın 07.04.2021 tarihli ve 2021/181 sayılı kararı.

üye olduklarına dair belgelerini ibraz etmek şartıyla sokağa çıkma kısıtlamasından muaf tutması sebebiyle ilgili organ seçimlerine ilişkin kongrenin toplanabileceğine karar vermiştir¹⁰⁶.

Sokağa çıkma kısıtlamalarından kaynaklı olarak YSK'ya farklı görüş talepleri de gelmiştir. Sokağa çıkma kısıtlamasının olduğu günlerde yapılması planlanan siyasi parti ve sendika organ seçimlerine ilişkin kongrelerin online veya e-kongre olarak yapılmasına dair taleplerle ilgili olarak YSK, konuyla ilgili kanuni düzenleme olmaması ve mevcut kanuni düzenlemelerin organ seçimlerine ilişkin kongrelerin ancak fiziksel olarak yapılmasını öngörmesi sebebiyle reddetmiştir¹⁰⁷.

Genel sokağa çıkma kısıtlaması olmamasına rağmen Covid-19 hastası/temaslısı/yakın temaslı olması hasebiyle karantina altında olan ve sokağa çıkma kısıtlaması altında olan siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının delegeleri için seyyar sandık talepleri ile ilgili YSK'ya görüş talepleri ulaşmıştır. İlgili kanunlarda seyyar sandık kurulmasına dair açık bir hüküm bulunmamasına rağmen 298 sayılı kanunun seyyar sandık ile ilgili hükümlerinin uygulanmasında bir sakınca olmadığı düşünülebilir. YSK, belli sayıda delegenin karantina altında olmasının organ seçimlerine ilişkin kongrenin toplanmasına engel teşkil etmeyeceğini¹⁰⁸, organ seçimlerine ilişkin kongrelerde de seyyar sandık kurulmasının mümkün olmadığına karar vermiştir¹⁰⁹.

SONUÇ

Covid-19 salgını sürecinde Türkiye'de süresi gelen bir genel seçimin olmaması bir şans olarak değerlendirilmelidir. Zira birçok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de salgından kaynaklı anayasal ve yasal düzenlemelerde eksiklikler söz konusudur. Bu eksiklik salgının genel seyri açısından genelge ve İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararlarıyla, seçim hukuku açısından YSK kararlarıyla doldurulmaya çalışılmıştır.

Salgınla ilgili YSK kararları sayısal olarak incelendiğinde görece yüksek tam kanunsuzluk uygulamaları ve yüksek oyçokluğu oranları göze çarpmaktadır. Her iki durumun temel sebebi salgın döneminde

106 YSK'nın 02.04.2021 tarihli ve 2021/162 sayılı kararı.

107 YSK'nın 03.12.2020 tarihli ve 2020/597 sayılı kararı; YSK'nın 09.07.2020 tarihli ve 2020/323 sayılı kararı.

108 YSK'nın 20.08.2020 tarihli ve 2020/376 sayılı kararı.

109 YSK'nın 02.10.2020 tarihli ve 2020/448 sayılı kararı.

yapılması gereken seçimlerle ilgili anayasal/yasal düzenlemelerin eksikliğidir. Bunun yanında il ve ilçe seçim kurulları tarafından salgınla ilgili talep edilen sayıca yüksek görüş talepleri de yasal boşluğun doğal bir sonucudur.

Seçimlerin her ne sebeple olursa olsun ertelenmesi hassas bir konudur. Tehlikeli salgın hastalık sebebiyle seçimlerin ertelenmesinin Covid-19 salgını sürecinde olduğu gibi geçici yasal düzenlemelerle sağlanması hukuki ve siyasi öngörülebilirliği önemli ölçüde düşürmektedir. Bu hassasiyet göz önünde bulundurularak seçimlerin tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle ertelenmesine ilişkin esas ve usullerin anayasal ve yasal düzenlemeye konu edilmesi önemlidir. Salgın tehdidinin olmadığı veya daha az olduğu bir dönemde konuyla ilgili yapılacak bir düzenleme, salgın sebebiyle seçimlerin ertelenmesinin kötüye kullanılmasını da engelleyecektir.

Covid-19 salgını ile ilgili YSK kararları daha çok siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimleri ile ilgilidir. Bu kararlar incelediğinde YSK'nın birkaç kez içtihat değiştirdiği, karantina altında olan seçmenlerin oy kullanması, HES kodu sorgulama gibi salgına özel tereddütleri tam anlamıyla gideremediği görülmüştür. Bu yasal boşlukların idari bir organ olan İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararıyla doldurulmasının siyasi parti, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının anayasal ve özerk yapıları ile bağdaşmamasının yanında, salgın tehdidi altında gerçekleştirilmesi gereken muhtemel bir genel seçimde benzer sakıncaları doğuracağı ifade edilmelidir. Bunun yanında seyahat özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin anayasal sebepler arasına tehlikeli salgın hastalıkların eklenmesi salgın sürecinde alınan tedbirlerle ilgili bazı tartışmaların ortadan kaldıracığı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Zühtü (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, C. 19, ss. 139-155.
- ASLAN, Recep (2020). "Tarihten Günümüze Epidemiler, Pandemiler ve Covid-19", *Göller Bölgesi Aylık Ekonomi ve Kültür Dergisi Ayrıntı*, C. 8, S. 85, ss. 35-41.
- ASLAN, Volkan (2020). "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 2, ss. 809-835.
- ATAKAN, Arda (2010). "Friedrich Müller'in Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı Teorisine Üzerine Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, ss. 3-27.
- BARIN, Taylan (2013). *Uzlaşma Yolunda: Komisyon'un Uzlaştığı Maddeler ve Anayasa*, Ankara: Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- BAŞ, Koray ve YILMAZ, Fulya (2021). "Analysis of Scientific Productivities on the Three Most Famous Outbreaks of Betacoronavirus Genus: SARS, MERS and COVID-19 ", *Kafkas Tıp Bilimleri Dergisi*, C. 11, S. Ek-1, ss. 163-169.
- CHANDRA, Atiksh ve CHANDRA, Sathees B. (2020). "A Comparative Analysis on SARS, MERS, and COVID-19", *Journal of Contemporary Medicine*, C. 10, S. 3, ss. 464-470.
- DÜĞER, Sırrı (2021). "Kamu Sağlığı ve İstimval: Koronavirüs Salgınunun Düşündürdükleri Çerçevesinde Bir Kamu Sağlığı Kanunu Önerisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, ss. 2625-2653.
- DÜNDAR SEZER, Tijen (2014). "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 5, ss. 375-411.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü ve HEPER, Yunus (2016). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri*, Ankara: Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları.

- ERDEM, İzzet (2020). "Koronavirüse (Covid-19) karşı Türkiye'nin Karantina ve Tedbir Politikaları", *Turkish Studies*, C. 15, S. 4, ss. 377-388.
- GARSKE, Tini vd. (2017). "Heterogeneities in the case fatality ratio in the West African Ebola outbreak 2013-2016", *Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological Sciences*, C. 372, S. 1721, ss. 1-9.
- GÖNENÇ, Levent (2008). *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2002). "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştial Örneği", *Anayasa Yargısı*, C. 19, ss. 326-354.
- GÖZLER, Kemal (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2020). *Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)*, www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm (Erişim Tarihi: 1/11/2021)
- GÜLER, Fatih (2021). "Covid-19 Salgınının Oy Verme Hakkına ve Seçim Sonuçlarına Muhtemel Etkisinin Değerlendirilmesi", *International Marmara Social Sciences Congress (Spring 2021)*, ss. 145-150.
- GÜLER, Fatih (2021). *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÜREŞÇİ, Murat (2020). "Covid-19 Salgınında Türkiye'de Kriz Yönetimi İletişimi: T.C. Sağlık Bakanlığı", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD)*, C. 7, S. 5, ss. 53-65.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2, ss. 17-40.
- HOTAR, Nükhet, OMAZ, Rabia Ece, BAYRAK, Serdar, KURUÜZÜM, Ziya ve ÜNAL, Belgin (2020). "Covid-19 Pandemisinde Normalleşme Sürecinin Toplumsal ve Ekonomik Açından Değerlendirilmesi", *İzmir İktisat Dergisi*, C. 35, S. 4, ss. 660-675.
- JOHNSTON, Neil (2021). *Coronavirus: Elections Briefing Paper: Number 08856* The House of Commons Library.
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine (2020). "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, ss. 550-566.

- KIRIŞIK, Fatih ve DURDU, Muhammed (2016). "Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 47, ss. 167-183.
- METİN, Sevtap (2021). "Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu", *Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi*, Erken Görünüm, ss. 1-14.
- MOON Suerie vd. (2015). "Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola", *The Lancet*, C. 386, S. 10009, ss. 2204-2221.
- OLGUNSOY, Feyzan (2020). "Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertenilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, ss. 586-634.
- SAGLAM, Fazıl (2002). "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı*, C. 18, S. 1, ss. 1-17.
- SAGLAM, Fazıl (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 506, Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 4.
- SAGLAM, Mehmet (2002). "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 18, S. 1, ss. 1-34.
- ŞEKER, Muzaffer, ÖZER, Ali ve KORKUT, Cem (2020). Küresel Salgının Anatomisi İnsan ve Toplumun Geleceği, içinde Kılıç, O. (Der.), *Tarihte Küresel Salgın Hastalıklar ve Toplum Hayatına Etkileri*, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, ss. 17-58.
- ŞİRİN, Memduh Cemil (2020). "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 2, ss. 1009-1046.
- ŞİRİN, Memduh Cemil (2020). "Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 19, ss. 103-114.

- ŞİRİN, Tolga (2020). "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 17, ss. 43-146.
- THE COMMONWEALTH (2021). *Commonwealth Elections and Covid-19 Briefing Paper: COVID-19 and Election Management in Africa: Challenges, Innovations and Opportunities*.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ, (2020). Covid-19 Pandemisi Altıncı Ay Değerlendirme Raporu, içinde Artvinli, F. (Der.), *Salgınlar Tarihi: Toplumsal ve Siyasal Açından Kısa Bir Bakış*, Türk Tabipleri Birliği, ss. 43-59.
- YAVUZ DALGIÇ, Melike (2021). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Seyahat Özgürlüğünü Sınırlandırma Biçimleri Olarak Sokağa Çıkma Yasağı ve Karantina Uygulamaları", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, C. 4, S. 7, ss. 349-379.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin (2020). "Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Bir Kaç Not", *Adalet Dergisi*, S. 64, ss. 125-139.
- YÜKSEL, Mehmet (2013). "Modern Toplumlarda Hukuk Kültürü", *Yaşar Üniversitesi E- Dergi*, C. 8, S. Özel, ss. 3239- 3261.

GENELGELER

29.5.2020 tarih ve 31139 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayımlanan 2020/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi.

30.05.2020 tarih ve 89780865-153-bila sayılı 18 Yaş Altı ve 65 Yaş Üzeri Kişilerin Sokağa Çıkma Kısıtlaması konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

30.05.2020 tarih ve 89780865-153-bila sayılı Şehir Giriş/Çıkış Seyahat Kısıtlamaları konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

30.05.2020 tarih ve 89780865-153-bila sayılı Koronavirüs Tedbirleri-Lokanta, Restoran, Kafe vb. İşyerleri, Park/Piknik Alanları/Mesire Yerleri, Sosyete Pazarları Hakkında konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

02.10.2020 tarih ve 16230 sayılı Koronavirüs Tedbirleri- Ek Genelge konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

27.11.2020 tarih ve 19961 sayılı Geniş Katılımlı Etkinliklerin Ertelenmesi konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

02.03.2021 tarih ve 3514 sayılı Koronavirüs ile Mücadelede Kontrollü Normalleşme Süreci konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

29.03.2021 tarih ve 5673 sayılı Koronavirüs Tedbirlerinin Gözden Geçirilmesi konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

SALGINLA İLGİLİ YSK KARARLARININ TARİH VE SAYILARI

13.03.2020	195	14.07.2020	330	06.10.2020	482	20.11.2020	560	17.12.2020	634	10.03.2021	103
17.03.2020	199	29.07.2020	356	06.10.2020	484	20.11.2020	561	17.12.2020	636	10.03.2021	104
17.03.2020	204	29.07.2020	360	06.10.2020	485	20.11.2020	569	17.12.2020	637	17.03.2021	110
17.03.2020	205	29.07.2020	361	06.10.2020	486	20.11.2020	570	18.12.2020	641	17.03.2021	115
17.03.2020	206	20.08.2020	376	06.10.2020	487	20.11.2020	571	29.12.2020	643	17.03.2021	119
17.03.2020	207	20.08.2020	382	06.10.2020	488	20.11.2020	573	29.12.2020	644	17.03.2021	120
17.03.2020	208	27.08.2020	395	06.10.2020	489	20.11.2020	578	29.12.2020	645	18.03.2021	128
17.03.2020	209	27.08.2020	398	06.10.2020	490	20.11.2020	580	29.12.2020	646	24.03.2021	133
19.03.2020	213	03.09.2020	403	06.10.2020	491	03.12.2020	582	29.12.2020	649	24.03.2021	137
19.03.2020	214	17.09.2020	421	06.10.2020	492	03.12.2020	584	29.12.2020	652	24.03.2021	139
19.03.2020	215	17.09.2020	423	06.10.2020	493	03.12.2020	585	29.12.2020	653	18.03.2021	141
19.03.2020	216	17.09.2020	425	06.10.2020	494	03.12.2020	588	29.12.2020	654	31.03.2021	142
19.03.2020	218	17.09.2020	426	09.10.2020	496	03.12.2020	589	29.12.2020	658	31.03.2021	143
19.03.2020	219	24.09.2020	435	09.10.2020	498	03.12.2020	590	29.12.2020	659	31.03.2021	146
26.03.2020	231	02.10.2020	439	09.10.2020	499	03.12.2020	591	04.01.2021	1	31.03.2021	151
09.04.2020	234	02.10.2020	446	09.10.2020	500	03.12.2020	592	04.01.2021	2	31.03.2021	152
09.04.2020	236	02.10.2020	447	09.10.2020	502	03.12.2020	593	14.01.2021	13	31.03.2021	153
09.04.2020	237	02.10.2020	448	09.10.2020	503	03.12.2020	594	20.01.2021	20	31.03.2021	154
09.04.2020	240	02.10.2020	452	09.10.2020	504	03.12.2020	595	26.01.2021	21	31.03.2021	155
09.04.2020	242	02.10.2020	454	09.10.2020	507	03.12.2020	596	26.01.2021	30	31.03.2021	157
09.04.2020	243	02.10.2020	455	09.10.2020	508	03.12.2020	597	26.01.2021	33	31.03.2021	158
09.04.2020	251	02.10.2020	456	09.10.2020	509	03.12.2020	598	03.02.2021	37	02.04.2021	161
17.04.2020	254	02.10.2020	457	09.10.2020	510	03.12.2020	599	24.02.2021	61	02.04.2021	162
03.06.2020	259	02.10.2020	458	09.10.2020	511	03.12.2020	600	24.02.2021	62	02.04.2021	163
03.06.2020	260	02.10.2020	459	09.10.2020	512	03.12.2020	601	24.02.2021	63	02.04.2021	164
03.06.2020	261	02.10.2020	460	09.10.2020	513	03.12.2020	602	24.02.2021	65	02.04.2021	165
22.06.2020	262	06.10.2020	461	09.10.2020	514	03.12.2020	603	24.02.2021	66	02.04.2021	169
03.06.2020	263	06.10.2020	462	09.10.2020	516	03.12.2020	604	24.02.2021	68	02.04.2021	170
03.06.2020	264	06.10.2020	463	09.10.2020	518	03.12.2020	605	24.02.2021	69	02.04.2021	171
03.06.2020	265	06.10.2020	464	09.10.2020	519	03.12.2020	606	03.03.2021	73	02.04.2021	172
03.06.2020	266	06.10.2020	465	09.10.2020	520	03.12.2020	608	03.03.2021	74	07.04.2021	175
03.06.2020	270	06.10.2020	466	15.10.2020	521	03.12.2020	609	03.03.2021	75	07.04.2021	178

10.06.2020	279	06.10.2020	467	15.10.2020	523	10.12.2020	613	03.03.2021	76	07.04.2021	180
10.06.2020	280	06.10.2020	468	15.10.2020	527	10.12.2020	614	03.03.2021	77	07.04.2021	181
10.06.2020	281	06.10.2020	469	15.10.2020	528	10.12.2020	615	03.03.2021	78	13.04.2021	184
10.06.2020	282	06.10.2020	470	15.10.2020	530	10.12.2020	616	03.03.2021	83	13.04.2021	186
23.06.2020	290	06.10.2020	471	15.10.2020	531	10.12.2020	617	03.03.2021	84	13.04.2021	188
23.06.2020	291	06.10.2020	472	15.10.2020	532	10.12.2020	619	05.03.2021	86	06.05.2021	196
23.06.2020	297	06.10.2020	473	22.10.2020	534	10.12.2020	622	10.03.2021	87	20.05.2021	202
23.06.2020	298	06.10.2020	474	22.10.2020	536	10.12.2020	623	10.03.2021	91	20.05.2021	208
23.06.2020	299	06.10.2020	475	22.10.2020	537	10.12.2020	624	10.03.2021	94	27.05.2021	214
23.06.2020	300	06.10.2020	477	05.11.2020	544	10.12.2020	625	10.03.2021	97	02.06.2021	220
23.06.2020	306	06.10.2020	478	05.11.2020	547	10.12.2020	626	10.03.2021	98	04.06.2021	224
09.07.2020	323	06.10.2020	480	20.11.2020	558	14.12.2020	630	10.03.2021	99	10.06.2021	225
09.07.2020	325	06.10.2020	481	20.11.2020	559	17.12.2020	632	10.03.2021	100	10.06.2021	226
						17.12.2020	633	10.03.2021	101	17.06.2021	250



“Yüzüncü Yılında Cumhuriyet ve Anayasa Yargısı ”
Konulu Sempozyum Bildirileri

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİNİN
61. KURULUŞ YILDÖNÖMÜ TÖRENİ**

25 Nisan Salı, 11.00

Açış Konuşması

Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan

**“Yüzüncü Yılında Cumhuriyet ve Anayasa Yargısı”
Konulu Sempozyum**

12.00-13.00 BİRİNCİ OTURUM

“Cumhuriyet Türkiye’sinde Anayasa Yargısının Gelişimi”

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN, İstanbul Medipol
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi
Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Konuşmacılar : Prof. Dr. Ece GÖZTEPE, İhsan Doğramacı Bilkent
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Abdullah ÇELİK, Anayasa Mahkemesi Başraportörü

Soru – Cevap

13.00-14.30 Yemek Arası

14.30-15.30 İKİNCİ OTURUM

*“Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Temel
Niteliklerine İlişkin Yorumu”*

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Mustafa KOÇAK, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Konuşmacılar : Prof. Dr. Yüksel METİN, Süleyman Demirel Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ, Galatasaray
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim
Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Öğretim Üyesi Selçuk Abdullah EVLİYAOĞLU,
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Soru – Cevap

15.30-15.45

Ara

15.45-16.45

ÜÇÜNCÜ OTURUM

“Türk Anayasa Mahkemesinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi”

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Aydın GÜLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

Konuşmacılar : Prof. Dr. Yücel OĞURLU, Balıkesir Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Ankara Hacı Bayram Veli
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ,
Türk-Alman Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Soru – Cevap

17.00

Kapanış Konuşması

Hasan Tahsin GÖKCAN,
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

**ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'IN
ANAYASA MAHKEMESİNİN 61. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ
AÇIŞ KONUŞMASI**

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıldönümü vesilesiyle düzenlediğimiz törene hoş geldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularıyla, saygıyla selamlıyorum.

Bu yıl Cumhuriyet'imizin yüzüncü yılını kutluyoruz. Bu nedenle düzenlediğimiz sempozyumun konusunu "*Yüzüncü Yılında Cumhuriyet ve Anayasa Yargısı*" olarak belirledik. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle *Cumhuriyet'in anayasal kimliği* üzerine bazı değerlendirmeleri sizlerle paylaşmak istiyorum.

Öncelikle belirtmek gerekir ki her anayasanın zaman ve mekân içinde oluşan, gelişen ve yaşayan bir kimliği vardır. Bir milletin geçmişi ve bugünü arasındaki etkileşim, kırılmalar ve süreklilikler bu kimliğin şekillenmesinde etkili olmaktadır. Başka bir ifadeyle anayasal kimlik başta anayasayı yorumlamak ve uygulamakla görevli anayasa mahkemeleri olmak üzere hukuksal ve siyasal aktörlerin kararlarıyla şekillenmekte, toplumsal ihtiyaçlar ve gelişmeler dikkate alınmak suretiyle sürekli yenilenmektedir¹.

Bu bağlamda Türk anayasa kimliğinin en belirleyici niteliği hukuk devletidir. Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 14. maddelerini birlikte okuduğumuzda Cumhuriyet'in diğer vasıflarının aynı zamanda hukuk devletini nitelediğini görürüz. Buna göre *Türkiye Cumhuriyeti, milli egemenliğe, kuvvetler ayrılığına, adalete ve insan haklarına dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir*. Esasen Anayasa'nın kalan kısmı bir anlamda bu cümlelerin hatta *hukuk devleti* ilkesinin açıklaması mahiyetindedir.

1 Bu konuda bkz. Jacobsohn, G. F. (2010). *Constitutional Identity*, Cambridge: Harvard University Press.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini Anayasa'nın *ana* ilkesi olarak belirlemiştir. Mahkemeye göre hukuk devleti *Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir*².

Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti aynı zamanda *sosyal* bir hukuk devletidir. Asırlar önce ünlü düşünür Fârâbi, erdemli ya da ideal devletin insanın mutluluğunu sağlayan devlet olduğunu belirtmiştir³.

Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, bu amaçla sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayan engelleri kaldırmak devletin görevleri arasındadır. Anayasa Mahkemesine göre de kişilerin refah ve mutluluğunu sağlamaya yönelik olarak sosyal devletin *herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirilmesi gerekmektedir*⁴.

Sayın Cumhurbaşkanım,

2010 anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize giren bireysel başvuru, insan haklarına dayalı hukuk devletinin daha etkili şekilde hayata geçirilmesine hizmet etmektedir. Bu kapsamda bireysel başvurunun on yılı aşan uygulaması, Cumhuriyet'in niteliklerinin hak eksenli bir yaklaşımla yorumlanmasına çok önemli katkılar yapmıştır.

Bu katkının en bariz örneğini laiklik ilkesinin yorumunda bulabiliriz. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ilkenin hâkim olduğu bir hukuk düzeninde dinî tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzının *devletin müdahalesi dışında ancak koruması altında* olduğu belirtilmektedir⁵. Mahkememiz, hak eksenli laiklik yorumuyla bir yandan avukatın başörtülü olduğu için duruşma salonundan çıkarılmasını, diğer yandan da gayrimüslim bir azınlık cemaatinin dinî liderinin seçimine devletin müdahale etmesini din özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür⁶.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi sıklıkla *demokratik hukuk devleti* terkinini kullanarak günümüzün geçerli demokrasi anlayışı

2 Kenan Kalkan [GK], B. No: 2018/36174, 15/2/2023, § 48.

3 Fârâbi (2020). *İdeal Devlet*, 9. Baskı, Çev. A. Arslan, İstanbul: İş Bankası Yayınları, s. 98.

4 AYM, E.2022/51, K.2022/94, 20/7/2022, § 17.

5 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

6 Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014; *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

olan anayasal demokrasiye vurgu yapmaktadır. Anayasa'nın Başlangıç kısmında *egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu* ancak egemenliği millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi veya kuruluşun *hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin* dışına çıkamayacağı belirtilmiştir⁷.

Kuşkusuz *hürriyetçi demokrasinin* gereklerinden biri ve belki de en önemlisi temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıdır. "*Demokratik anayasanın temeli özgürlüktür.*" sözüyle Aristoteles bundan yaklaşık 2.500 yıl önce demokratik rejimlerin yönünü belirlemiştir⁸.

Bilindiği üzere demokratik anayasalar esas olarak özgürlükleri korumak amacıyla, egemenliği kullanan güçlerin birbirinden ayrılmasına ve sınırlandırılmasına yönelik anayasal ilke ve kurallara yer vermiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi Anayasa'da yer verilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin gayesi *yetki aşımının ortaya çıkmasını ve temel hakların ihlal edilmesini engellemektir*⁹.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Cumhuriyet'in herkesin eşit ve özgür bireyler olarak kendilerini ait hissettikleri demokratik bir hukuk devleti olarak yoluna devam etmesi hepimizin ortak hedefidir. Bu hedefin tam olarak gerçekleşmesinin biri toplumsal, diğeri de hukuksal ve siyasal düzlemde olmak üzere iki temel şarta bağlı olduğunu düşünüyorum.

Öncelikle toplumsal düzeyde bizim gibi olmayanlarla, bizden farklı düşünen ve yaşayanlarla sağlıklı bir ilişki kurmak durumundayız. "*Öteki*" olarak gördüklerimizin ontolojik varlığını kabul etmedikçe bu sağlıklı ilişkiyi kurma imkânı da yoktur. Kendimize hak gördüğümüzü "*öteki*" ne de hak görerek, adaleti ve özgürlüğü sadece kendimiz için değil başkaları için de isteyerek, farklılıklarımızla bir arada yaşamının iklimini hep birlikte oluşturmak zorundayız.

Diğer yandan demokratik Cumhuriyet'in geleceği hukuksal ve siyasal düzlemde kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve bu kapsamda yargı bağımsızlığının tam manasıyla hayata geçirilmesine bağlıdır. Belirtmek

7 AYM, E.2018/81, K.2021/45, 24/6/2021, § 34.

8 Aristoteles (2014). *Politika*, 16. Baskı, Çev. M. Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, s. 220.

9 AYM, E.2006/113, K.2011/102, 16/6/2011.

gerekir ki hangi hükümet sistemi benimsenmiş olursa olsun demokratik anayasalarda yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'mızın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinde; hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere -tavsiye ve telkinde bulunmak dâhil- hiçbir surette müdahale edilemeyeceği ve mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin yerine getirileceği belirtilmektedir. Bu hâliyle 138. maddeye demokratik hukuk devletinin sigortası diyebiliriz.

Bu maddeyi yorumlayan Anayasa Mahkemesine göre yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı hâkimin çekinmeden ve endişe duymadan, herhangi bir dış etki altında kalmadan, tarafsız tutumla ve özgürce karar verebilmesini gerektirmektedir¹⁰. Bu da hâkimler için coğrafi teminat gibi birtakım anayasal ve yasal güvencelerin yanında sağlam bir kişilik ve kirlenmemiş bir yargısal vicdanla mümkündür.

Esasen anayasal kimliğin birçok unsuru gibi yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi de yeni değildir. Söz gelimi ilk anayasamız olan Kanun-i Esasî'deki "Mahkemeler her türlü müdahelâttan azadedir (mad. 86)." hükmüyle yargı bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

Meşrutiyet Dönemi'nde bu hükmün uygulamasını bizzat yaşayarak gören kişilerden biri Namık Kemal'dir. Ünlü şair, yazılarında devletin devamının ve halkın bahtiyar olmasının yolunun adaletten geçtiğini ifade eder. Örneğin bir şiirinde şöyle der: "Bulunmazsa adalet milletin efrâdı beyninde, Geçer bir gün zemîne arşa çıksa pâye-i devlet."

Kısacası adaletin olmadığı yerde devletin payesi veya gücü arşa çıksa bile bir gün yerle bir olur. Namık Kemal, adaletin sağlanmasının birinci şartının yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatı olduğunu belirtmiştir¹¹.

Ancak Namık Kemal, adaletin ve yargı bağımsızlığının aslında söylem değil bir eylem meselesi olduğunu tutuklu yargılandığı bir davada tecrübe etmiştir. Bunu ona öğretecek olan da birkaç yıl önce yazdığı mektupta kendisinden "nebbâş" yani "mezar soyguncusu" diye bahsettiği İstinaf Mahkemesi Başkanı Abdülatif Suphi Paşa'dan başkası değildir.

10 AYM, E.2022/50, K.2022/107, 28/9/2022, § 133.

11 Namık Kemal, "Adlün sâatün hayrun min ibâdeti elfi sene", *Hürriyet Gazetesi*, S. 52, 21 Haziran 1869. Topal, A. E. (Der.). (2018). *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi Cilt 2 (1869-1870)*. İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, s. 11.

Duruşma yoğun bir ilgi altında gerçekleşir. Yapılan telkinlerin de etkisiyle başta Namık Kemal olmak üzere hemen herkes mahkûmiyet kararı beklemektedir. Ancak beklenenin tersine Namık Kemal'i hürriyetine kavuşturan bir karar verilmiştir.

Akşam evde kızı bu kararı verirken korkup korkmadığını sorduğunda Mahkeme Başkanı Suphi Paşa, tüm zamanların hâkimlerine unutulmaz bir ders niteliğinde olan şu cevabı vermiştir: “*Yarın Hünkârın da, benim de huzuruna çıkacağımız bir hâkim vardır ki, yalnız ondan korkarım!*”¹²

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasal kimliğimizi oluşturan tüm bu ilke ve değerlerin en büyük güvencelerinden biri bağımsız ve tarafsız yargıdır. Bu nedenle demokratik hukuk devleti olarak Cumhuriyet bizden yargı alanında da Mustafa Kemal Atatürk'ün ifadesiyle “*fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür*” yargı mensupları ister.

Diğer yandan bireysel başvuru gibi Cumhuriyet'in hukuk alanındaki kazanımlarını ve insan haklarına dayanan devlet olma niteliğini korumak için egemenliği kullanan kurumların iş birliği içinde olması bir zorunluluktur. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre kuvvetler ayrılığı ilkesi erklerin birbirleriyle bağlantısız bir şekilde çalışmalarını değil aksine Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtildiği üzere “*medeni bir işbölümü ve işbirliği*” içinde çalışmalarını gerektirmektedir¹³.

Kurumsal “*iş birliği*” bilhassa bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak varlığını devam ettirmesi, bu suretle temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunabilmesi bakımından hayati derecede önemlidir. Zira iş birliği yoluyla bireysel başvurunun objektif etkisi hayata geçirilmediği takdirde artan başvuru sayısını azaltmak ve ihlalleri önlemek mümkün olmayacaktır.

Her vesileyle belirttiğimiz üzere bireysel başvuruyu başarılı şekilde uygulamanın en etkili yolu ihlallerin kaynağını kurutmaktır. Bunun için Anayasa Mahkemesince ihlale neden olduğu tespit edilen kanun hükümlerinin idari veya yargısal kararların süratle ortadan kaldırılması, bu suretle yeni ihlallerin önlenmesi gerekmektedir.

12 Kuntay, M. C. (1956). *Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında Cilt 2*, İstanbul: Maarif Basımevi, s. 217.

13 AYM, E.2017/20, K.2018/75, 5/7/2018, § 28.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda kendisine verilen görevleri yerine getirirken Anayasa ile çizilen yetki haritasının dışına çıkmamaya özen göstermektedir. Bu anlamda Mahkememiz ne yargısal aktivizme tevessül etmekte ne de anayasal ve yasal yetkilerini kullanmaktan imtina ederek kendini sınırlamaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Hiç kuşkusuz tüm yargı kararları gibi Anayasa Mahkemesi kararları da eleştirilebilir. Dahası eleştirilmelidir zira eleştirinin olmadığı yerde yargısal içtihadın gelişmesi mümkün değildir. Bu bağlamda kararlarımızı okuyup analiz eden ve böylece bize ayna tutan eleştirilerden faydalanıyoruz. Bunu yapanlara da gerçekten müteşekkirimiz.

Bununla birlikte özellikle bireysel başvuruda verilen kararları içtihat bütünlüğünden soyutlamak suretiyle bunlarla ilgili olarak yüzeysel şekilde yapılan genellemelerden fayda sağlanmayacağını bilmek gerekir. Aynı şekilde çoğu kez doğru düzgün okumadan en hassas ve teknik konulara dair kararları bile 140 karakterle yorumlamaya çalışanların da temel hakların korunmasına yönelik içtihadın gelişimine herhangi bir katkısı olamamaktadır.

Ayrıca kararları eleştirmek yerine kararlara imza atanları hedef alan, insaf ve izanla bağdaşmayan, son tahlilde kişisel ve kurumsal itibarı zedelemeye yönelik olan ithamların da hiçbir faydası yoktur. Aksine Anayasa Mahkemesine ve mensuplarına yapılan ağır saldırılar toplumun yargıya güvenini sarsarak en fazla demokratik hukuk devletine ve onu korumakla görevli olan yargıya zarar vermektedir.

Bu vesileyle her türlü olumsuzluğa ve zorluğa rağmen büyük bir fedakârlıkla görev yapan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize ve tüm çalışanlarımıza şükranlarımı sunuyorum. Emeklilerimizden geçtiğimiz dönem içinde vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Son olarak kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlediğimiz sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Oturum başkanlarına, tüm konuşmacılara, katılımcılara ve sempozyumun

düzenlenmesinde emeği geçen herkese katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle, törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize bir kez daha şükranlarımı sunuyor; sağlık ve afiyet diliyorum.

Birinci Oturum

“Cumhuriyet Türkiye’inde Anayasa Yargısının Gelişimi”

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türk Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Konuşmacılar

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana
Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Abdullah ÇELİK

Anayasa Mahkemesi Başraportörü

Birinci Oturum

Oturum Başkanı Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN*

Anayasa Mahkemesinin Saygıdeğer Başkanı,

Anayasa Mahkemesinin Sayın Mensupları,

Yüksek Yargının Değerli Mensupları ve Saygıdeğer Hukukçular,

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 61. yıldönümü dolayısıyla böyle bir sempozyumun organize edilmesinin gayet güzel olduğu kanaatindeyim. Hayırlı uğurlu olsun. Bu Mahkemenin nice altmış yıllar boyunca Türkiye'nin hukuk düzenine katkıda bulunmaya devam etmesini temenni ederim. Şimdi bugünlerde basında çokça kullanılan bir tabir var. Biraz menfi bir bağlamda kullanılıyor. Ama ben onu nötr bir bağlamda kullanmak istiyorum. Karbon ayak izi bırakmaktan bahsediliyor. Şimdi bu geçtiğimiz altmış yıl içerisinde Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarıyla aslında hukuk tarihinde menfi yönde de, müspet yönde de karbon ayak izlerini bırakmışlardır. Bu izler hiç kaybolmuyor efendim. Gerçekten Mahkemenin bundan sonraki gelişimine bu ayak izlerinin çok büyük etkisi var. Bu bakımdan izin hangi yönde olduğu önem kazanmaktadır.

Şimdi ben branş olarak Anayasa hukukçusu değilim, ben hukuk tarihçisiyim. Elli yıla yaklaşan meslek kariyerim Osmanlı hukukunu incelemekle geçti. Kullandığımız malzemeler arasında Osmanlı mahkeme defterleri çok önemli bir yer tutar. Bizim farkına varmadığımız bir tarihî zenginliğimiz var. Birçok devlette böyle bir zenginlik yok. Nedir o? Osmanlı Devleti'nden bugüne gelen otuz bin kadar orijinal mahkeme defteri var efendim. Yani mahkemelerde tutulmuş dava kayıtları, yargılama kayıtları, diğer kayıtları ihtiva eden yirmi bini Türkiye'deki arşivlerde bulunan, on bini -belki biraz daha fazlası- Türkiye dışındaki Osmanlı coğrafyasında bulunan mahkeme defterleri. Diğer belgelerle

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi)

birlikte benim hayatım bunları okumakla geçti. Gerçekten burada sadece günümüzdeki kararların değil, günümüzdeki hâkimlerin değil, 1500'lü yıllardan itibaren Osmanlı Devleti'nde karar veren hâkimlerin karbon ayak izlerini takip etme imkânımız oldu. Çok ilginç yani 1500'lü yıllardan itibaren başlıyor bugüne intikal eden mahkeme defterleri. "1500'lü, 1600'lü, 1700'lü, 1800'lü yıllarda mahkemelere hangi davalar intikal etmiş?" "Yargılama nasıl yapılmış?", "Müslüman-gayrimüslim, şehirli-köylü, zengin-çiftçi nasıl bir işlem görmüş?" bunun izleri mahkeme defterlerinde var. Biz İstanbul mahkeme defterlerinden yüz tanesini Latin harflerine çevirdik "*Kadı Sicilleri*" diye. İnternete de koyduk. Eğer o dile biraz aşinalığınız varsa çok ilginç bilgiler var efendim. Osmanlı Devleti'nin en az üç tane dinin, bir o kadar fazla mezhebin, kültürün, dilin, ırkın bulunduğu bu karmaşık coğrafyayı nasıl bir arada tuttuğunun izleri var. Karbon ayak izleri... Dolayısıyla bunu niye söylüyorum? Gerçekten bu ayak izleri geleceğe yön veriyor. Bu bakımdan aslında altmış sene içerisinde Anayasa Mahkememizin tarihe bıraktığı ayak izleri Mahkemenin gelecekteki tavrını da etkileyecektir. Bu konuda hâkimlerin hakikaten şükranla anılacak rolleri var. Biz vicdanımıza uyan, hoşumuza giden mahkeme kararlarından çok mutlu oluyoruz ama aslında o mahkeme kararlarının yükünü hâkimler çeker. Çünkü mahkeme kararlarında zaman zaman birilerine karşı mücadele etmeniz, tavır koymanız gerekir. Bu da masa başında değerlendirme yapmak kadar kolay değildir. Netice itibarıyla bu altmış yıl içerisinde ve bundan sonra gerek Anayasa Mahkemesinde gerek diğer yüksek yargı organlarında, mahallî mahkemelerde adil kararlara imza koyan hukukçulara şükran borcumuz olacak. Bunu burada belirtmek istiyorum. İnşallah biz tarihe güzel karbon izleri bırakarak devam ederiz. Çünkü gerçekten milletlerin ve devletlerin hayatında en önemli kurumların başında yargı geliyor. Yargısı güçlü ve adil olan bir devletin payidar olması diğerlerine nazaran daha çok mümkündür. Bunu geçmiş örneklerde gördük. Bu bakımdan bu kuruluşun gelişerek görevine devam etmesini temenni ediyorum.



YENİ-KURUMSALCI TEORİ İŞİĞİNDA ANAYASA MAHKEMESİNİN NORMATİF DÜZENLEMELER YOLUYLA DÖNÜŞÜMÜ

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE*

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun altmış birinci, Cumhuriyet'in ise yüzüncü yılı vesilesiyle yapılan bir sempozyumda, Cumhuriyet'in ikinci yüz yılındaki yeni ufukları ve beklentileri dikkate alarak hep alışık olduğumuz şeyleri yapmayı sürdürmek yerine, yeni yaklaşımları öğrenme, farklı pratiklerle Mahkemeyi anlama çabamıza yön verme denemesi yapmanın daha faydalı olacağını düşündüm. Hep alışageldiğimiz ve kolaylıkla uyguladığımız içtihat incelemesini bir kenara bırakarak disiplinler arası bir perspektifle hem hukuk perspektifinden Anayasa Mahkemesinin normatif çerçevesine bakmak, hem de siyaset bilimi perspektifinden bu alanın araştırma soruları ve teorileriyle Mahkemenin kurum olarak çalışmasına ve gelişmesine eşlik etmeyi denemek daha anlamlı görüldü.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesini kurum olarak ele alan iki öncü çalışmanın yapıldığı görülmektedir: Artun Ünsal'ın "*Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*" (1982) ile Ozan Ergül'ün "*Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*" (2007) kitapları bir yüksek mahkemeye siyaset bilimi teorilerinin süzgecinden bakma çabası olarak görülebilir. Elbette her sosyal bilim teorisinde olduğu gibi teoriyle uyumlu olmayan, ondan sapan olgular da ayrıca açıklanmaya muhtaçtır ama sadece Mahkemenin verdiği kararların gerekçesine ve sonucuna odaklanan bir hukuk gözlüğüne belli bir zaman aralığından, daha geniş bir bağlamda kurumsal gelişim perspektifinden bakmak da ek açıklama örüntülerini fark etme, ortaya çıkartma potansiyelini içinde barındırmaktadır.

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, goztepe@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2057-2957.

Bu kitaplar dışında ne yazık ki hukukçuların daha çok Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların sonucu ve gerekçesiyle ilgilendiği, Anayasa Mahkemesiyle ilgilenen az sayıdaki siyaset bilimcinin de daha çok Ran Hirschl'in "hegemonik koruma tezini" ya da "Cumhuriyetçi İttifak" tezini savunan ama ampirik olarak bütünsellik arz etmeyen çalışmalar yaptığı görülmektedir. Yakın zamanda yazılan, hukukçu Mert Albaz'ın "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kemalizm ve Otoriterlik: Analitik Bir İnceleme" (2019) ve Almanca olarak yayınlanan siyaset bilimci Maria Abad Andrade'nin "Anayasa Mahkemelerinde Karar Alma Süreçleri ve Sonuçları. Çoğunluk Mantiği ile Uzlaşma Prosedürü Arasında Türk Anayasa Mahkemesi" (*Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung und ihre Folgen. Das Türkische Verfassungsgericht zwischen Mehrheitslogik und Konsensverfahren*) (2020) başlıklı doktora tezleri bütün Mahkeme kararlarını sistematik olarak tarayıp yukarıda belirtilen iki temel, genelleme tezi sorgulayan ve çürüten sonuçlara varmıştır. Bu anlamda da anılan çalışmalar sistematik bir bütünsellik arz etmekte, bütün Mahkeme içtihadının sistematik olarak taranmış olmasından alınan güçle tezleri, açıklama gücü yüksek bir seviyeye ulaşmaktadır.

Özellikle Almanca yazılan tez, Almanya'da aldığı iki prestijli tez ödülüyle öncü ve özgün niteliğini ispatlamıştır. Halen yaşamakta olan, biri hariç, bütün emekli Anayasa Mahkemesi üyeleriyle derinlemesine mülakatlar yapılan bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi sadece içtihatlarının tüketici şekilde incelenmesiyle değil, üyelerin kuruma bakışını, kurum içi işlev ve faaliyetlerini değerlendirmelerini, kurumsal pratiklerin bilinçli ve bilinçli olmayan akışlarını da ortaya koyduğu için özgün bir nitelik taşımaktadır. Karşı oy pratiğini anlamak ve açıklamak için yeni-kurumsal teorinin ön kabullerinden ve ampirik bulgularından yararlanan bu çalışma Türk Anayasa Mahkemesinin daha birçok çalışmaya konu edilmesi gerektiğinin de bir kanıtı niteliğindedir.

Bu tebliğde yapılacak olan şey ise çok daha sınırlı bir kapsama sahiptir. Önce yeni-kurumsal teorinin ve ilişkili olduğu diğer teorilerin temel varsayım ve tezleri tarihsel bağlamı içinde kısaca özetlenecektir. Bu yapılırken bu teorilerin bir "kurum" olarak değerlendirilen mahkemelerin, özellikle de yüksek mahkemelerin analizinde nasıl kullanıldığı kısaca ele alınacaktır. Son kısımda ise bu teori ışığında Türk Anayasa Mahkemesinin iki anayasa döneminde üç kanun ve üç içtüzük düzenlemeleri (1962-1983; 1983-2011 ve 2011 sonrası) karşılaştırılarak

normatif kurumsal gelişimi incelenecektir. Teorinin ampirik örnekleri olarak dört örnek ele alınacaktır.

I. HUKUKUN KURUMSAL TEORİSİ

Hukukun kurumsal teorisi 19. yüzyıl sonunda Fransız hukukçu Maurice Hauriou (1856-1929) ve İtalyan hukukçu Santi Romano (1875-1947) tarafından ortaya atılmış, 20. yüzyılın sonlarında da Çek hukukçu Ota Weinberger (1919-2009) ve İskoçyalı hukuk felsefecisi Neil MacCormick (1941-2009) tarafından eleştirilerle yeniden hukuk felsefesinin önemli bir tartışma konusu yapılmıştır. ABD'deki muadillerine göre çok daha soyut, hukuk felsefesinin temel sorularına cevap bulmaya çalışan bu akımı kısaca özetlemek, ABD'deki ve günümüzdeki tartışmanın uzantılarını anlamak bakımından yararlı olacaktır.

Hauriou'nun hukukun kurumsal teorisi, tıpkı Ota Weinberger ve Neil MacCormick'in hukukun kurumsal teorisi gibi ideal nesnel (*ideal objects*) ile sosyal gerçekler (*social realities*) arasındaki ilişkiye odaklanır. Buna göre hukukun iki kurumsal unsuru vardır:

1. Şey olarak kurum (*institution-things*)

2. Kişi olarak kurum (*institution-persons*)

Hauriou'ya göre kurumlar hukuk kuralları doğrultusunda yaşar ve/veya ölürlür. Varlıkları ve sonları kendilerini yaratan hukuk normlarına bağlıdır. Ancak kurumların sosyal gerçeklikleri hukuk normlarına bağlı değildir. Yazara göre kurumların sosyal gerçekliğini sağlayan şey *idée directrice'dir* (yönlendirici fikirdir/*governing idea*). Kurumlar bu fikir sayesinde işleyen sosyal gerçekliğin görece sabit bir unsuru ve güç sahibi hâline gelirler. Örgütlü güçleri toplum içinde meşruluk kazanır ve sosyal varlıklarının sürdürülebilir olmasını sağlar. Bu anlamda kurumları var eden hukuk normları değildir, daha çok kurumlar hukuk normlarına çekim kuvvetleriyle varlık kazandırır¹. Hauriou'nun görüşleri özellikle "yönlendirici fikir" kavramının belirsizliği, hatta mistikliği nedeniyle eleştirilmiştir.

1 Hauriou'nun görüşlerinin kendi kurumsal hukuk teorileriyle ilişkisini anlatan güzel bir özet için bkz. MacCormick, N. ve Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Springer, s. 24-27; Gray, Chr. B. (2010). *The Methodology of Marice Hauriou: Legal, Sociological, Philosophical*, Amsterdam: Rodopi, s. 1-43 ve 53-79.

Santi Romano'nun görüşüne göre ise her normativist görüşte olduğu gibi hukuki kurumsalci yaklaşımlar da son derece selektif ve indirgemeci bir hukuk anlayışına hapsedilmiştir. Mahkeme-merkezli görüşler hukuku hak -hakkında karar verilen hak- olarak kategorize etmektedir. Bu yaklaşım pratik açıdan gerekli ve hatta yeterli olabilir. Ama hukukun özellikle kamu hukukunun dava edilemeyen yargı kararlarının dışında bırakılan unsurlarına karşı kördür². Massimo La Torre, Santi Romano'nun hukuki kurumsalci yaklaşımının metodolojik olarak anti-bireyselci olduğunu, bireyler arası hukuk yaratılması tezini reddettiğini, bu anlamda da liberal anayasa teorisine bir alternatif olarak anlaşılabilirliğini belirtmektedir³. La Torre kendi eserinde de normu eylemle bağlantılı olarak anlamaktadır, yani norm ancak pratikle bağlantısı içine kavranmaktadır (*action-relative*). Bununla ilgili olarak kurallar ve toplumsal pratikler ya da norm ve kurumlar da birbiriyle içsel bir bağlantı içindedir. Belli kural ya da normlar belli toplumsal pratikleri ve kurumları "kurarlar" (*constitute*)⁴. Burada dilbilimci John Searle'ün "düzenleyici" ve "kurucu" norm ayırımına da atıf yapılabilir. İlkinde düzenlenen şey, normdan bağımsız iken ya da onu öncelerken, kurucu norm, düzenlediği şeyin de varlık sebebini oluşturur. Bu doğrultuda "kurumsal olgular" (*institutional facts*) belli kurumların varlığını ön gerektirir. Searl, evlilik örneğini vererek Bay Smith'in evli olduğu olgusunun evlilik kurumunun varlığına bağlı olduğunu belirtmektedir⁵.

La Torre modern dönem yeni-kurumsalciğının norm ve kurum arasındaki açıklama biçiminin bir tür fasit daireye neden olduğunu ileri sürmektedir. Kurumlar bir yandan normların geçerliliğinin kaynağı iken, kendileri de bir normun varlığına ihtiyaç duymaktadır, çünkü normlar kurumların varlığının ön koşuludur. La Torre, Ota Weinberg'in dünyasında eylem bağlamında anlaşılabilir birey ve toplum arasındaki ilişkinin kurumlar aracılığıyla gerçekleştiği, bu ilişkiyi olanaklı kılanın kurumlar olduğu ve kurumların aynı zamanda bu ikili ilişkinin ve eylemselliklerinin ürünü olduğu tezinin de çelişkisiz olmadığını belirtmektedir⁶.

2 Tschorne S. I. (2020). "What Is in a Word? The Legal Order and The Turn From 'Norms' to 'Institutions' in Legal Thought", *Jurisprudence*, Vol. 11, No. 1, s. 121.

3 La Torre, M. (2020). "Institutionalism As Alternative Constitutional Theory: On Santi Romano's Concept of Law and His Epigones", *Jurisprudence*, Vol. 11, No. 1, s. 92.

4 La Torre, M. (2010). *Law as Institution*, Dordrecht: Springer, s. 115 vd.

5 John Searle, *Speech Acts*, s. 51-52'den aktaran La Torre, M. (2010). *Law as Institution*, Dordrecht: Springer, s. 116.

6 La Torre, M. (1993). "Institutionalism Old and New", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, s. 200.

Ota Weinberg ve Neil MacCormick ise 1986 yılında birbirlerinden bağımsız olarak geliştirdikleri hukukun kurumsal teorisi tezlerini “*An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*”⁷ başlığı altında ortak metinlerini tekrar gözden geçirip yayımlamışlardır. 19. yüzyıl sonundan itibaren hukukun geçirdiği evrimleri de dikkate alan bu güzide ortak çalışma, tek bir başlık ve teori altında toplanamasa da hukuki kurumsalcılığın ana parametrelerini ortaya koymaktadır. Ota Weinberg kurumların insanların davranışlarının sınırlarını/olanaklarını belirleyen bir olgu olduğunu belirtmektedir. Davranışlara yön veren ikinci unsur ise betimsel (*descriptive*) ve pratik bilgidir (*information*). İlki olana işaret ederken, ikincisi olması gerekene ilişkindir. Kurumlar; normlar, roller/statüler ve amaçlar tarafından oluşturulmuş olup eylemlerin (*action*) ve potansiyel eylemlerin çerçevesini oluştururlar. Bireylerin bu kurumsal çerçeve içinde neler yapabileceği normlar tarafından belirlenmiş olup kurumlar da normlar tarafından oluşturulmuştur. Hukuk düzeni de bir kurum olarak ele alınmalıdır ve dinamik bir normatif sistemi oluşturur. Toplumsal süreçler, hukuki eylem ile işlemler arasında karşılıklı bir etkileşimle işler⁸. Romano için kurum, toplum ya da hukuk düzeni/sistemiyle eş değerken, Ota Weinberger ve MacCormick’in görüşüne göre hukuk kurumsal bir olguya işaret eder ve her kurumsal olgu toplumu ya da hukuk sistemini yaratamayacağından birbirinden farklılaşır⁹.

Avrupa’daki hukuku kurum ve normlar ekseninde açıklamaya çalışan bu düşünce akımının ABD ayağında ise ABD’deki “Hukuk ve Siyaset” (*Law&Politics*) geleneğinin etkisiyle her iki disiplinden araştırmacılar özellikle yüksek mahkemeleri inceleme konusu yapmıştır. 1960’lardan itibaren geliştirilen davranışsalcılık teorisi (*behavioralism*) aktör merkezli ve kişisel çıkarların maksimizasyonunu esas alan bir teori iken, buna ek olarak ve tüketici olmayan şekilde tarihsel kurumsalcılık (*historical institutionalism*), rasyonel seçim kurumsalcılığı (*rational choice institutionalism*), sosyolojik kurumsalcılık (*sociological institutionalism*), organizasyon teorisi olarak kurumsalcılık (*organizational institutionalism*), siyasal yeni-kurumsalcılık (*political neo-institutionalism*) gibi pek çok yeni alt başlık eklenmiştir. Rasyonel seçim kurumsalcılığına yakın olan

7 MacCormick, N. ve Weinberg, O. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Springer.

8 Ota Weinberg’in düşüncesini ve eleştirilerini özetleyen iyi bir eser için bkz. Herget, J. E. (1997). *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, s. 93-103.

9 La Torre, M. (1993). “Institutionalism Old ad New”, *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, s. 196.

görüşler, amaçlanan yararın gerçekleştirilmesi yoluyla (*aggregative kurumsallaşma*) kurumsalcılığı açıklarken, sosyolojik kurumsalcılar ve diğerleri kurallara uyma suretiyle kurumsallaşmayı (*entegratif kurumsallaşma*) öne çıkartmaktadır.

ABD’de “political jurisprudence” olarak ifade edilen yaklaşımda yargı organları siyasal organlar, yargıçlar da siyasal aktörler olarak kabul edilmektedir. Yargı kararları da bu yaklaşıma göre yargısal süreçlerdeki bireysel seçimlerin doğrudan sonuçlarıdır. Bu anlamda yargı kararları bir kazananı ve kaybedeni olan sıfır toplamlı bir oyunun çıktılarının toplamından ibarettir. Sonuç olarak yargısal faaliyet, “oyuncuların” bencil kişisel tercihlerinin toplamı ve sonuçlarından oluşur¹⁰.

Bu yaklaşıma sistematik eleştiri getiren ilk ve öncü yazarlar March ve Olsen, bireylerin siyaset aracılığıyla kendilerini ve ait oldukları toplulukları ve kamu yararı anlayışının kendisini geliştirdiğini, dolayısıyla siyasetin bir keşfetme, geliştirme, anlam, ortak ya da karşıt deneyim ve değerler üretme mekânı olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede hukuk ve siyaset de basitçe güçlünün güçsüz üzerinde tahakküm kurduğu araçlar değildir, yorumsal düzenin (*interpretive order*) araçlarıdır¹¹. Bu kapsamda kurumsal yapılar, anlamların üretilmesinde de etkili olacaktır. Yazarlar kurumsal yaklaşımda sembolik davranışların araçsal davranışlarla etkileşimine ve birbirlerini karşılıklı olarak dönüştürmesine tanıklık edildiğini vurgulamaktadır¹². Bu görüşü destekler biçimde başka çalışmalar da kişisel tercihler tamamen ortadan kaybolmasa da kurumsal yapıların (karar alma süreçleri, kurum içi belli davranışlara yüklenen anlamlar vb.) kurum çıktılarını ve kişisel tercihleri etkilediğini göstermektedir¹³.

Buna ek olarak “yorumsalcı yeni-kurumsalcılar” (*interpretive new institutionalist*), kurumlara araçsal bakan görüşlere daha eleştirel yaklaşmaktadır. Bu görüşe göre yargısal karar alma, yargısal değer ve

10 Smith, R. (1988). “‘Political Jurisprudence’, the ‘New Institutionalism’, and the Future of Public Law”, *American Political Science Review*, Vol. 82, No. 1, s. 96; Burgess, S. R. (1993). “Beyond Instrumental Politics: The New Institutionalism, Legal Rhetoric, & Judicial Supremacy”, *Polity*, Vol. XXV, No. 3, s. 446.

11 March, J. ve Olsen, J. P. (1984). “The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life”, *American Political Science Review*, Vol. 78, No. 3, s. 741.

12 a.g.e. s. 742.

13 Hall, M. ve Brace, P. (1989). “Order in the Courts: A Neo-Institutional Approach to Judicial Consensus”, *Western Political Quarterly*, Vol. 42, No. 3, s. 393.

davranışların yargıçların profesyonel rolleri, sorumluluk anlayışları ve asli (*salient*) kurumsal perspektifleri aracılığıyla şekillendiği süreçlerdir. Bu anlayışta daha dinamik ve esnek/geçirgen (*porous*) bir kurum anlayışı hâkimdir. Kurumlar, güç ve otoritenin temsil edildiği biçimsel ve *statik* olgular olmak yerine biçimsel varlığının enformel kurallar, davranış alışkanlıkları ya da anlam örüntüleri ile etkileşim içinde olduğu *hareket alanları* olarak anlaşılmalıdır¹⁴. “Kurumlar hukuki aktörlerin davranışlarını belirlerken aktörlerin davranış örüntüleri de kurumlara etki eder. Saf rasyonel seçim teorisinden farklı olarak yeni-kurumsalcı yaklaşımda yargıçlar kendi amaçlarını/hedeflerini korusalar da, stratejik kararlar almaya yönelmektedirler. Bunun sonucunda yargı kararları belli bir pozisyonu ya da kişisel gücü korumanın rasyonel bir hesabının sonucu olup doğrudan siyasal hedefe ulaşmanın/sonuç elde etmenin aracı olmamaktadır”¹⁵.

Rasyonel seçim ya da oyun teorileri kurumları, aktörlerin stratejik seçimlerinin salt bir aracı olarak görürken, kurumsalcı yaklaşım kurumları oyunun kurallarının bizzat parçası olarak kavrar. Bu anlamda kurumlar, aktörlerin davranışlarını biçimsel ya da enformel kurallar aracılığıyla düzenlerken aktörlerin seçimleri üzerinde de sınırlayıcı bir etki geliştirirler¹⁶. Yani aktörler bir yandan kural koyarken öte yandan da kurallar tarafından şekillendirilirler, aktör ve kurumlar karşılıklı olarak birbirleri üstünde yapıcı (*constitutive*) bir etki doğururlar. Aktörlerin kural koyucu rolünün kabulünde dahi başlangıç noktaları, içinde hareket ettikleri kurumun kurallarıdır. Bu anlamda dinamik ve karşılıklı bağımlılık (*interdependent*) içinde olan bir süreçten bahsetmek gerekir. Karşılıklı etkileşimin statik bir duruma işaret etmediğinin, sürecin her daim dinamik şekilde ilerlediğinin de vurgulanması gereklidir: Aktörler kurumlara sosyalizasyon sonucunda derhal adapte olabilir, kurumsal kurallardan kopabilir ya da kuralları farklı yorumlayarak dönüşümün öncüsü olabilir ancak akılda tutulması gereken husus bunun süregiden ve tekrarlanan bir süreç olduğudur¹⁷.

14 Clayton, C. ve May, D. A. (1999). “A Political Regime Approach to the Analyses of Legal Decisions”, *Polity*, Vol. 32, No. 2, s. 239 vd.

15 a.g.e. s. 238 vd.

16 Jackson, G. (2010). “Actors and Institutions”, içinde Glenn Morgan et. al. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, s. 64.

17 a.g.e. s. 65, 68.

Sosyolojik kurumsalcı anlayış ise, bilinçli ya da bilinçsiz şekilde aktörlerin davranışlarının mevcut normlar ve kurumlar aracılığıyla düzenlendiğini ileri sürmektedir. Tekrar eden davranış ve eylemlerin yerleşik hâle gelmesi, sosyal bir olgu olarak kurumu ifade etmektedir. Hall ve Taylor'a göre de bu yaklaşım sadece formel kural, prosedür ve normları dikkate almaz, kurumsallaşmanın bir parçası olarak sembolik sistemler, bilişsel metinler (*cognitive script*), ahlaki davranış kalıpları (*moral templates*) da insan davranışlarına yön veren anlam çerçeveleri olarak işlev görürler¹⁸.

II. BİR KURUM OLARAK ANAYSA MAHKEMESİNİN DÖNÜŞÜMÜ

Yukarıda kısaca özetlenen kurumsal bütün analizlerin başat sorusu aslında şudur: Kurumlar bireylerin davranışlarını nasıl belirler? Bireyler kurumsal dönüşüme nasıl katkıda bulunur? Kurumsal teorinin cevaplamaya çalıştığı üç soru şöyle sıralanabilir:

1. Aktörler nasıl davranırlar?
2. Kurumlar ne yaparlar?
3. Kurumlar zaman içinde nasıl ayakta kalırlar?¹⁹.

Bireylerin davranışları yoluyla kurumlar, sistemsel siyasal çıktıları etkilemekle birlikte karşılıklı etkileşimin nasıl gerçekleştiğinin mahkemeler düzeyinde incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Kurumsal miraslar (*institutional legacies*) bir kurumun şekillenmesinde olduğu kadar gelişmesinde de başat bir rol oynar. Dolayısıyla sadece normların konması, yeni hedeflerin belirlenmesi kurumların gelişiminde tek başına etken değildir. Bu anlamda da yeni-kurumsalcı teori, kurumların yapısal gelişimini ve kırılmaları açıklamada iyi bir teorik çerçeve sunmaktadır.

Doğu Avrupa'daki dönüşüm süreçlerini inceleyen siyaset bilimi çalışmalarında eski düzenin rutinlerinin, kurallarının ve sosyal bağlantılarının yeni kurumları şekillendirmeye devam ettiği genel

18 Schulze, H. (1997). "Neo-Institutionalismus: ein analytisches Instrument zur Erklärung gesellschaftlicher Transformationsprozess", *SSOAR Arbeitspapier*, s. 16, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/44038> (Erişim Tarihi: 14/4/2023); Hall, P. ve Taylor, R. C. R. (1996). "Political Science and the Three New Institutionalisms", *Political Studies*, Vol. XLIV, s. 947.

19 a.g.e. s. 939.

kabul gören bir görüştür. Kurumsalcı yaklaşım, bireysel aktörlerin davranışlarının salt kişisel bir saik tarafından belirlenmediği, kurumsal çerçevenin de bu kararlarda belirleyici olduğundan hareketle iki yaklaşımı, birini diğerine feda etmeden bağdaştırmaya çalışmaktadır. Yani kurumlar bireylerin davranışlarına etki ederken, bireylerin davranışları da kurumsal bağlamın yapısında esaslı değişikliklere neden olmaktadır²⁰.

Bu anlamda 1962 yılında faaliyete geçen, iki anayasa döneminde üç farklı kanun (44, 2949 ve 6216 sayılı Kanunlar) ve üç farklı içtüzükle faaliyet gösteren Anayasa Mahkemesini her bir Anayasa, Kanun ve İchtüzük döneminde, bir önceki dönemden yalıtılmış bir şekilde faaliyet gösteren bir kurum olarak incelemek mümkün değildir. Kurumsal miras, anayasal dönemler fark etmeksizin kesintisiz şekilde devam etmiş; kurumun varlığı, içindeki siyasal aktörlerin kurum algısı ve pratikleri etkileşim ve dönüşümünü sürdürmüştür. Anılan Kanun ve İchtüzüklerin kapsam ve içeriği de kurumsal gelişimin göstergelerinden birisi olarak kabul edilebilir. 44 sayılı ilk Kanun 58 madde ve 7 geçici maddeden oluşurken, 2949 sayılı ikinci Kanun 65 madde ve 6 geçici maddeyle genişlemiş, hâlen yürürlükte olan 6216 sayılı Kanun ise 77 madde ve 2 geçici maddeyle şu ana kadarki en kapsamlı Kanun olmuştur.

1962 tarihli Kanun'un yapım sürecinde yeni kurulan ve henüz üyeleri seçilmemiş olan bir Mahkemenin Kanun'un yapım sürecine katılması mümkün değildi. Bu nedenle de Kurumun oluşması salt norm aracılığıyla olmuş ama Kurumun içinde yer alıp görev yapacak olan aktörlerin katkısı sağlanamamıştır.

12 Eylül 1980 askerî darbesi sonrasında olağanüstü hâl devam ederken Millî Güvenlik Kurulu (MGK) ve Danışma Meclisi tarafından hazırlanan 2949 sayılı Kanun'un yapım sürecinde dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı Ahmet Boyacıoğlu'nun MGK tarafından "dinlendiği" bilinmekle birlikte bu kanunlaşma sürecinde de etkili bir katılım sürecinden bahsetmek mümkün değildir. Kayıtlardan Anayasa Mahkemesi Başkanı'nun herhangi bir metin önerisi sunduğuna ilişkin bir bilgi de edinilememektedir.

20 Schulze, H. (1997). "Neo-Institutionalismus: ein analytisches Instrument zur Erklärung gesellschaftlicher Transformationsprozess", *SSOAR Arbeitspapier*, s. 6-7, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/44038> (Erişim tarihi: 14/4/2023).

Bu anlamda 6216 sayılı Kanun ilk kez Mahkemenin etkin katılımıyla yapılan ve kurum içi aktörlerin normatif kurumsal dönüşüme katkıda bulunduğu bir kanun olma niteliği taşımaktadır²¹. Mahkemenin yaklaşık elli yıllık deneyimi kanundaki boşlukların doldurulmasına, belirsizliklerin giderilmesine, içtihatla geliştirilmiş olan bazı pratiklerin normatif hâle getirilmesine ve kurum deneyiminin bizzat kurumun aktörleri tarafından norm yoluyla kurumsallaştırılmasına katkıda bulunmuştur. Kanun'un yürürlüğe girmesinden yaklaşık 15 ay sonra yürürlüğe giren İktüzük ise kurumların kurum içi aktörler tarafından dönüştürülmesinin daha ileri örneklerini sunmaktadır. Bu kapsamda aşağıda dört husus örneklem olarak ele alınacaktır:

A. KARŞI OY YAZMA SÜRESİNİN BELİRLENMESİ

Anayasa Mahkemesinin özellikle 1980'li ve 1990'lı yıllarda verdiği pek çok kararda esas ve karar numaraları arasındaki büyük yıl farkının temelinde, özellikle karşı oy yazılan kararlarda, ayrık görüşlerin sahiplerinin gerekçelerini Başkanlığa geç teslim etmesi ve Mahkeme başkanının elinde de bu süreci hızlandıracak bir yaptırım gücünün olmaması gelmekteydi. Hem Mahkemenin çoğalan iş yükü, hem de özellikle soyut norm denetiminde önemli siyasal sonuçları olabilecek konuların bir an önce karara bağlanıp yayımlanmasının aciliyeti dikkate alındığında, bu gecikme nedeninin normatif olarak çözüme kavuşturulması büyük önem taşımaktaydı.

Bu doğrultuda 6284 sayılı Kanun'un 66/7²² ve 12/7/2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan İktüzüğün 57/6²³ maddelerindeki düzenlemelerle, önceki iki kanun ve içtüzük döneminde büyük gecikmelere yol açan bir uygulamanın engellenmesi sağlanmıştır. Düzenlemelere göre,

21 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c097/tbmm23097083s-s0696ek01.pdf> ("**Anayasa Mahkemesinden yetkililer katılmışlardır**") ; <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c097/tbmm23097080ss0696.pdf> ("**Anayasa Mahkemesinden yetkililerin katılımıyla Tasarı incelenmiştir**") (Son erişim tarihi 23/4/2023) (Erişim Tarihi: 20/5/2023).

22 Madde 66/7: "Kararlar, inceleme veya yargılamaya katılan başkan ve üyeler tarafından imzalanır. **Muhalef kalanlar, kararda muhalefet nedenlerini İktüzükte belirtilecek süre içinde yazılı olarak teslim ederler.** Kararlar ilgililere bu şekliyle tebliğ olunur".

23 Madde 57/6: "Heyete katılan üyeler, birlikte veya ayrı ayrı varsa karşı oy yazısı veya farklı ya da ek gerekçesini, Genel Kurulca **karara son şeklinin verilmesinden itibaren on gün içinde** Başkanlığa verdikleri takdirde, bunlar karara eklenir. Karşı oy, farklı ya da ek gerekçelerin bu süre içinde Başkanlığa ulaştırılmaması hâlinde karar, bunlar eklenmeksizin yayımlanır".

karara muhalif kalanlar gerekçeli karşı oylarını karara²⁴ son şeklinin verilmesinden itibaren **10 gün içinde** Başkanlığa vermekle yükümlüdür. Bu gerçekleşmediği takdirde karar, bu karşı oy ya da farklı gerekçelere yer verilmeksizin yayınlanabilecektir. Esas ve karar numaraları arasında bazı hâllerde altı yılın geçtiği karar yayımlanma dönemleri, Mahkemenin olumsuz kurumsal deneyiminin normatif düzenlemeye dönüşmesiyle engellenmiştir²⁵.

B. GENEL KURULA BİREYSEL BAŞVURULARI KARARA BAĞLAMA YETKİSİNİN TANINMASI

Anayasa'nın 149/2. maddesine göre "Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, *bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır*". Buna göre, Genel Kurul bireysel başvuruları karara bağlama yetkisine sahip değildir.

Ancak 6216 sayılı Kanunun 21. maddesinde Genel Kurulun görevleri arasında bireysel başvurulara bakma yetkisi sayılmamışken 50/4 maddesinde "Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler, *bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır*. Buna ilişkin diğer hususlar içtüzükle düzenlenir" denilerek Genel Kurulun Anayasada bireysel başvurular dışındaki hususlarla sınırlı olarak belirlenen yetkisi, Anayasa Mahkemesinin münhasır yetki alanında olan içtüzükte düzenlenmek üzere genişletilmiştir.

Bu yetki genişlemesi İçtüzüğün 10/1 bendinde başkanın yetkilerinin düzenlendiği maddede "*Bölümlerin kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun oluştuğu ya da oluşacağı kanaatine varıldığı veya Bölümlerce Genel Kurul tarafından karar alınmasının gerekli görüldüğü hâllerde Genel*

24 Her ne kadar İçtüzük'te "**Genel Kurulca**" karara son şeklinin verilmesinden bahsedilse de, bu on günlük sürenin hem karşı oy içerebilen Bölüm kararları, hem de Genel Kurul kararları için geçerli olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bireysel başvuruları karara bağlamaya yetkili Bölümlerin oybirliğiyle karar alma yükümlülüğü yoktur. Karşı oy içeren Bölüm kararı örnekleri için bkz. *Atilla Taş*, B. No: 2016/30220, 29/5/2019; *İrfan Yıldız*, B. No: 2020/6653, 13/1/2022.

25 25 Nisan 2023 tarihinde yapılan Anayasa Mahkemesi Sempozyumu'nda Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan, tebliğin sunulması sonrasında Mahkemenin "muhafeft şerhi süresini düzenleyici süre olarak değerlendirdiğini ve üyelerle baskı yapılmamaya çalışıldığını" belirtmiştir. Yine de Mahkemenin bazı kararlarında yer almayan karşı oy ya da farklı görüşlerin varlığı, Mahkemenin hızlı çalışmasının önüne geçen etkili bir normatif düzenleme yapıldığını göstermektedir.

Kurulu toplantıya çağırma” biçiminde somutlaştırılmıştır (5/3/2014 değişikliği ile)²⁶. Bu düzenlemenin bir uzantısı olarak İçtüzük madde 25/d’de Genel Kurulun yetkileri “Bireysel başvurulara ilişkin olarak Bölümlerin kararları arasında oluşmuş veya oluşabilecek farklılıkları gidermek; Bölümlerce Genel Kurula sevk edilen konuları karara bağlamak” olarak düzenlenmiştir (5/3/2014 değişikliği ile)²⁷.

Kanunla gerçekleştirilen bu yetki genişlemesi iptal davasına konu edilmediğinden, içtüzüğün de kanuna ve Anayasa’ya uygunluğunu denetleyecek bir üst merci olmadığından, Mahkeme kurumsallaşma ve aktörlerle kurum arasındaki etkileşim pratiğini yetki genişlemesi biçiminde hayata geçirmiştir. Kamuoyunda yankı uyandıran, kapsamlı etkileri olacak ve yerleşik içtihat oluşturmayı gerektirecek konularda Mahkemenin Genel Kurul olarak karar vermesinin yararlı olacağı kabul edilmekle birlikte bu yetkinin anayasal ve yasal dayanaklarının oluşturulmasının daha yararlı olacağı düşünülmektedir.

C. BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA TEDBİR ALMA YETKİSİNİN KAPSAMI ve NORM DENETİMİNDE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI YETKİSİNİN DÜZENLENMESİ

Yukarıda belirtilene benzer bir yetki genişlemesi, bireysel başvuru incelemesi sırasında alınabilen tedbir kararlarının kapsamında görülmektedir. Kanun’un 49/5 maddesinde “Bölümler, esas inceleme aşamasında, *başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere* resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar” denmektedir. Görüldüğü üzere kanun metninde, tedbir kararının ancak belli bir hak kategorisinin ihlalinin ileri sürüldüğü hâllerde verilebileceğine ilişkin bir maddi sınırlama mevcut değildir. Sadece tedbirin yöneldiği amaç belirtilmiş, ama herhangi bir hak sınırlandırması yapılmamıştır.

26 Maddenin ilk halinde ise başkanın yetkisi şöyle düzenlenmiştir: “ı) Bölümlerin kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun oluştuğu ya da oluşacağı kanaatine varıldığı hâllerde, Genel Kurulu bu konuyu görüşmek üzere toplantıya çağırma”.

27 Aslında maddenin ilk halinde de Genel Kurula bireysel başvuruları karar bağlama yetkisi tanınmıştır: (d) “Bireysel başvurulara ilişkin Bölümlerin verdiği kararlar arasındaki içtihat farklılıklarını karara bağlamak”.

Buna karşılık İçtüzüğü'nün 73/1 maddesindeki düzenlemeye maddi bir sınır getirilmiştir. Buna göre, *“Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığına”* üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir”. Yukarıda belirtilen etkili başvuru yolunun yokluğu, burada yine kurum içi aktörlerle kurumun iş yükü gereklilikleri arasında bir etkileşim ve denge kurulmasına neden olmuş, ancak bu etki temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki tedbirlerin koruma alanının daraltılmasıyla sonuçlanmıştır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin ilk olarak 1972 yılında tartışıp kanunla verilmiş olan açık bir yetki olmadığı gerekçesiyle reddettiği²⁸, 1993 yılında ise içtihat oluşturarak norm denetimi yaparken vermeye başladığı yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi²⁹, ilk kez 6216 sayılı Kanun döneminde çıkarılan 12/7/2012 tarihli İçtüzük'te düzenlenmiştir. İptal davası dilekçesinde yer alması gereken belge ve hususların düzenlendiği İçtüzüğü'nün 45/1 c) bendinde, *“Yürürlüğü durdurma talebi varsa, yürürlüğü durdurulmaması durumunda doğacak olan telafisi imkânsız zararların açıklanması”* hükmü yer almaktadır. Yine İçtüzüğü'nün 46/1 b) maddesinde de aynı hüküm, itiraz yoluna başvuru kararı ve eklerinin düzenlendiği maddede tekrar edilmektedir.

Görüldüğü üzere, yürürlüğü durdurma kararı verilmesi yetkisi kanunda değil içtüzükte, doğrudan Mahkeme eliyle düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra yürürlüğü durdurma kararı verilebilmesi için aranacak koşullar olabildiğince geniş bir şekilde formüle edilmiş, koşulların somutlaştırılmasından çok talepte bulunan makamın *“açıklaması gereken hususlar”* şeklinde düzenlenmiştir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 32. maddesinde yedi fıkrada hayli kapsamlı biçimde düzenlenen Mahkemenin her türlü yetkisini kapsayacak şekilde koşullarının, karar alma sürecindeki duruşma olanağının, bildirimde bulunulması gerekenlerin, itiraz yetkisinin, sürelerin ve kararın etkisinin olabildiğince ayrıntılı düzenlendiği dikkate alındığında İçtüzük'teki bu kısa yetki düzenlemesinin *“sessiz”* kalmaya çalışan önemi daha iyi anlaşılabilir. Mahkeme hem yürürlüğü durdurma yetkisinin

28 AYM, E.1972/13, K.1972/18, 6/4/1972, RG: 24/7/1972 - 14255, s. 1 vd.

29 AYM, E.1993/33, K.1993/40-1, 21/10/1993, RG: 23/10/1993 - 21737, s. 7 vd.

kullanulmasının beraberinde getirdiği meşruiyet tartışmasını kurumsal hafızasında muhafaza etmekte, hem de bu tedbir türünün norm denetimindeki önemini yadsıyamamaktadır. İçtüzük'teki bu "mahcup" düzenlemenin kurumsal öğrenme ve gelişmenin zorunlu bir sonucu olmakla birlikte minimum düzeyde tutularak yasa koyucuyla açık bir çatışmaya girilmemesi saikiyle bir orta yol bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ç. ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİĞİNE SEÇİLENLERİN SEÇİLME YETERLİLİĞİNE SAHİP OLMADIĞINA İLİŞKİN İTİRAZLAR ve ETKİLİ BAŞVURU YOLUNUN YOKLUĞU SORUNU

44 sayılı Kanun'un 3/2 maddesi, Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilenlerin seçilme yeterliliğine sahip olmadığına ilişkin itirazların Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanmasını öngörmektedir. İtirazın yapılması, incelenmesi ve karara bağlanması usulü İçtüzük'te gösterilmektedir (madde 6). Bu ilk Kanun'da üyeliğe ilişkin itirazlar için etkili bir başvuru yolu düzenlenmiş ve itirazları karara bağlama yetkisi Mahkemeye tanınmıştır. İtiraza yetkisi olanlar ise aday gösterme ve seçme hakkına ya da seçilme yeterliliğine sahip olan kurum ve kişiler olup hayli geniş bir yetki ve hak sahibi topluluğa karşılık gelmektedir.

2949 ve 6216 sayılı Kanunlarda ise bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 2949 sayılı Kanun döneminde YÖK'ün üyelik için gösterdiği üç aday arasından Cumhurbaşkanı Turgut Özal tarafından üyeliğe seçilen Prof. Dr. Süleyman Aslan'ın atanma işlemi Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından ilgiliye tebliğ edilmiş ve Cumhurbaşkanlığı kararı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır³⁰. Ancak Mahkeme Başkanı Yekta Güngör Özden 17/11/1992 tarihinde Anayasa Mahkemesi heyetini toplantıya çağırarak, Prof. Dr. Süleyman Aslan'ın öğretim üyeliği süresinin on beş yıl olmadığı gerekçesiyle konunun tekrar değerlendirilmesi için YÖK'e bildirimde bulunulmasına karar verilmiştir. YÖK, 20/11/1992 tarihli bir yazıyla yeni seçilen üyenin on altı yıl öğretim üyeliği yaptığını, bunun yanı sıra yirmi üç yıllık kamu hizmeti olduğunu belirterek durumu Anayasa Mahkemesine yazıyla bildirmiştir. Bu yazıya rağmen Mahkeme Başkanı "yeni YÖK kararının

30 Cumhurbaşkanlığı Karar Sayısı: 92/22, RG: 10/9/1992 – 21341, s. 4.

gözetilemeyeceğini” belirten bir cevap yollamıştır³¹. Bu atamayla ilgili yetki tartışması bir kenara bırakılacak olursa, en önemli sorun hiç kuşkusuz Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ve YÖK arasındaki bu uyuşmazlığı çözecek bir makamın 2949 sayılı Kanun’da düzenlenmemiş olmasıdır. Kanun’da bir düzenleme olmamasına rağmen etkili bir başvuru yolu olarak bazı yazarlar, Mahkeme Genel Kurulunun seçilen üyelerin yeterli koşulları taşımadığı itirazlarına bakabileceğini savunmuştur³².

2949 sayılı Kanun dönemindeki bu tartışmalı durum bilinmekle birlikte 6216 sayılı Kanun’da da üye seçimine ilişkin bildirim prosedürü bir önceki kanundakine benzer şekilde düzenlenmiş³³ ama uyuşmazlık hâlinde etkili bir başvuru yolu öngörülmemiştir. 6216 sayılı Kanun döneminde üye atanmak için yeterlilik koşullarının gerçekleşmediği tartışması Sayıştay kontenjanından atanan üye Hicabi Dursun için 45 yaş koşulunun aranıp aranmayacağı hususunda çıkmış ama bu konuda herhangi bir makama itirazda bulunulmadığı gibi itiraz makamı ve yetkisiyle ilgili olarak literatürde bir tartışmaya da rastlanmamıştır. Mahkemenin ilk kuruluş Kanunu’nda yer alan bir etkili başvuru yolunun neden sonraki iki kanunda düzenlenmediği mevzuatların oluşum süreçlerinin incelenmesinden anlaşılmamaktadır. Olası bir açıklama, Anayasa Mahkemesi üyeliğine yapılan atamaların TBMM ve Cumhurbaşkanı eliyle yapılan ve siyasal boyutu haiz atamalar olması sebebiyle yargısal bir itiraz mekanizmasının kurulmasının sorunu hukukileştirmekten çok verilecek yargı kararının siyasallaşmasına neden olacağı düşüncesi olabilir. Ancak yine de Anayasa Mahkemesine böyle

31 Konunun TBMM gündeminde tartışıldığı oturum için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c027/tbmm19027057.pdf> (Erişim Tarihi: 26/05/2023).

32 bkz. Başlar, K. (2012). “The Fifty Years of the Constitutional Court of Turkey (1962-2012)”, *Law & Justice Review*, Year. 3, Issue. 4, s. 28-30; 54.

33 6216 sayılı Kanun Madde 8:

Üye seçilenlere tebligat ve seçilenlerin görevi kabul etmemesi

(1) Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilen üyeler Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca, Cumhurbaşkanlığı tarafından seçilen üyeler ise Cumhurbaşkanlığınca, Mahkemeye yazıyla bildirilir. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı durumu, seçilenlere yazı ile tebliğ eder.

(2) Seçilenlerin ad ve soyadları Resmî Gazetede yayımlanır.

(3) Mahkeme üyeliğine seçilenin görevi kabul etmemesi durumunda, bu husus ilgilinin Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilmiş olması hâlinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına, Cumhurbaşkanlığına seçilmiş olması hâlinde Cumhurbaşkanlığına ve aday gösterilmesi söz konusu ise ilgili kurum ya da kurula Başkan tarafından yazıyla bildirilir.

(4) Bildirimden itibaren 7 nci maddedeki usule göre bir ay içinde yeni üye seçilir. Aday gösterecek kurulların tatilde bulunması hâlinde, bu süre tatilin bitiminden itibaren başlar.

bir karar yetkisinin verilmesinin ve Prof. Dr. Süleyman Aslan örneğinde olduğu gibi sorunun kendiliğinden çözülmesinin beklenmesinin (geri çekilme) daha fazla gerginlik potansiyelini içinde barındırdığı düşünülmektedir.

DEĞERLENDİRME

Yukarıda ele alınan örnekler, yeni-kurumsal teori'nin temel varsayımları dikkate alındığında Mahkemenin aktörlerinin içine dâhil edildikleri kurum/mahkeme tarafından şekillendirildiğini, kurumun ihtiyaçlarının bireylerin davranışlarını etkilediğini gösterirken diğer yandan da aktörlerin kurumsal ihtiyaçları olanak ölçüsünde yetki genişlemesi yoluyla çözmeye çalıştığını göstermektedir. Mahkeme içi karar alma süreçlerindeki aksaklıklara normatif çözümler getirme çabası bazı hâllerde, karşı oy yazma sürelerinin süreye bağlanması örneğinde olduğu gibi aktörlerin takdir alanını kurumsal süreç lehine daraltılmıştır. Buna karşılık tedbir yetkisinin kullanılmasında olduğu gibi kurum içi aktörlerin yetkilerinin genişletilmesine de tanık olunmaktadır. Hukukçuların kurum ve aktörler arasındaki etkileşimin nedenlerini ve saiklerini ortaya çıkarmaları yöntemsel olarak çok sınırlı araçlarla mümkündür. Bu araştırma sorularının sosyal bilimlerin diğer yöntemleriyle desteklenmesinin Anayasa Mahkemesinin kurum olarak anlaşılmasına ve kurum-aktör etkileşiminin dinamiklerinin kavranmasına katkıda bulunacağı kuşkusuzdur.

KAYNAKÇA

- BAŞLAR, Kemal (2012). The Fifty Years of the Constitutional Court of Turkey (1962-2012), *Law & Justice Review*, Year. 3, Issue. 4, ss. 13-58.
- BURGESS, Susan R. (1993). Beyond Instrumental Politics: The New Institutionalism, Legal Rhetoric, & Judicial Supremacy, *Polity*, Vol. XXV, No. 3, ss. 445-459.
- CLAYTON, Cornell ve MAY, David A. (1999). A Political Regime Approach to the Analyses of Legal Decisions, *Polity*, Vol. 32, No. 2, ss. 23-252.
- GRAY, Christopher Berry (2010). *The Methodology of Maurice Hauriou. Legal, Sociological, Philosophical*, Amsterdam: Radopi.
- HALL, Melinda ve BRACE, Paul (1989). Order in the Courts: A Neo-Institutional Approach to Judicial Consensus, *Western Political Quarterly*, Vol. 42, No. 3, ss. 391-407.
- HALL, Peter ve TAYLOR, Rosemary C. R. (1996). Political Science and the Three New Institutionalisms", *Political Studies*, Vol. XLIV, ss. 936-957.
- HERGET, James E. (1997). *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- JACKSON, Gregory (2010). Actors and Institutions, içinde Glenn Morgan et. al. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, ss. 63-86.
- LA TORRE, Massimo (1993). Institutionalism Old and New, *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, ss. 190-201.
- LA TORRE, Massimo (2010). *Law as Institution*, Dordrecht: Springer.
- LA TORRE, Massimo (2020). Institutionalism As Alternative Constitutional Theory: On Santi Romano's Concept of Law and His Epigones, *Jurisprudence*, Vol. 11, No. 1, ss. 92-100.
- MACCORMICK, Neil ve WEINBERGER, Ota (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Springer.
- MARCH, James ve OLSEN, Johan P. (1984). The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life, *American Political Science Review*, Vol. 78, No. 3, ss. 734-749.

- SCHULZE, Holger (1997). Neo-Institutionalism: ein analytisches Instrument zur Erklärung gesellschaftlicher Transformationsprozess, *SSOAR Arbeitspapier*, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/44038> (Erişim Tarihi: 14/4/2023).
- SMITH, Roger (1988). 'Political Jurisprudence', the 'New Institutionalism', and the Future of Public Law, *American Political Science Review*, Vol. 82, No. 1, ss. 89-108.
- TSCHORNE, Samuel I. (2020). What Is in a Word? *The Legal Order* and The Turn From 'Norms' to 'Institutions' in Legal Thought", *Jurisprudence*, Vol. 11, No. 1, ss. 114-130.



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA YABANCI VE ULUSLARARASI İÇTİHATLARIN YERİ

*The Place of Foreign and International Precedents in the
Decisions of the Turkish Constitutional Court*

Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI*

ÖZ

Anayasa Mahkemesi kararlarında yabancı ve uluslararası içtihatların yerine odaklanan bu çalışmada, öncelikle yabancı ve uluslararası içtihat kategorileri tanımlanmakta, sonrasında karşılaştırmalı anayasa yargısında yabancı ve uluslararası içtihatlarla yönelik çeşitli eğilim ve arayışlar, zamanlama ve işlevler yönünden açıklanmakta ve tartışılmaktadır. Takip eden adımda, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında yer alan yabancı içtihatlara atıflar niceliksel bir analize, uluslararası içtihatlara atıflar ise niteliksel bir analize konu edilmekte ve ulaşılan temel bulgular, grafikler ve örnek kararlar üzerinden okuyucular ile paylaşılmaktadır. Bu bulgulardan hareketle Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bu yana geçen 61 yıllık zaman diliminde yabancı ve uluslararası içtihatlarla yönelik ilgisinin esasen sınırlı ve parçalı bir görünüm arz ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Çalışmada, Mahkemenin gelecek perspektifi içinde yabancı ve uluslararası içtihatlarla açıklık meselesinin salt hukuksal işlevleri yönünden değil buna ek olarak demokratik toplumlarda anayasal ortak değerlerin pekişmesine olan muhtemel katkıları yönünden de analiz edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, gittikçe çoğalan silahlı çatışmalar, kontrolsüz ve kitlesel insan hareketlilikleri, iklim krizi, küresel ölçekte yükselen popülizm ve bunun demokratik değerler ve anayasal güvenceler üzerindeki yıkıcı etkisi, gelir dağılımı adaletsizliği ve küresel yoksulluk

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, kontaci@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9643-4801.

ile salgın hastalıklar gibi devasa sorunların tüm dünyayı etkilemekte olduğu gerçeği karşısında Anayasa Mahkemesinin dünyadaki diğer demokratik hukuk devletlerinin deneyimlerinden yararlanmasının önünde hiçbir ilkesel engel bulunmadığı ileri sürülmektedir. Çalışma; Anayasa Mahkemesinin küresel ölçekte etkiler doğuran anayasal krizlerin çözümüne katkılar sunan, çağdaş demokrasinin, hukuk devletinin ve insan haklarının korunması alanındaki içtihatlarıyla örnek alınan bir mahkeme hâline dönüşmesi hedefine işaret edilerek noktalanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, yabancı içtihatlar, uluslararası içtihatlar, norm denetimi, bireysel başvuru.

ABSTRACT

This article focuses on the place of foreign and international precedents in the decisions of the Constitutional Court. Within the context of this research, the differences between “foreign” and “international” precedents are explained, followed by an analysis of existing attitudes towards the use of foreign and international precedents in comparative constitutional law. The next step is an in-depth analysis of the Turkish Constitutional Court’s practice of referring to foreign and international precedents in its decisions on abstract and concrete review and individual applications. From a methodological perspective, two different approaches are adopted for each category; namely, quantitative analysis regarding foreign precedents and qualitative analysis for international precedents. Based on these findings, it is concluded that the Turkish Constitutional Court’s focus on foreign and international precedents within 61 years of its existence presents a *limited* and *fragmented* appearance. One of the main arguments of this study is that the future perspective of the practice of referring to foreign and international precedents should be analyzed not only in terms of its legal functions, but also in terms of its possible contributions to the consolidation of shared constitutional values of democratic societies. In this context, in the face of enormous challenges such as increasing armed conflicts, uncontrolled and mass human movements, climate crisis, the rise of populism on a global scale and its devastating effect on democratic values and constitutional guarantees, unjust income distribution, global poverty, epidemics and the like; there seems to be no obstacle before the Constitutional Court to benefit from the experience of other democratic states. The final objective, however, should be the creation of a constitutional court, the precedents of which will contribute to democracy, the rule of law, and the protection of human rights worldwide.

Key Words: Turkish Constitutional Court, foreign precedents, international precedents, abstract review, individual application.

I. GİRİŞ: KAVRAMSAL VE YÖNTEMSEL ZORLUKLAR

Anayasa Mahkemesi kararlarında “yabancı” ve “uluslararası” içtihatların yerine odaklanan bir çalışmada çözülmesi gereken ilk sorun, günlük dilde olduğu kadar hukuk dilinde de sıklıkla *bir arada ve birbirinin yerine geçecek şekilde* kullanılan bu iki kavram arasındaki farkların ortaya konulması sorunudur. Zira anılan kavramların semantik olarak içerdiği ortak *dışsallık* vurgusu bir tarafa bırakılırsa bu çalışmanın konusunu oluşturan “ıçtihatlar”ın bağlamda birbirinden çok farklı iki kategoriye denk düşüklerini belirtmek gerekmektedir. Söz konusu kategoriler arasındaki farkın ortaya konulabilmesi için de öncelikle anılan kavramlara yüklenen bilimsel anlamın açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin kararlarında atıf yapılan “yabancı içtihatlar”dan söz edildiğinde, Mahkemenin *gönüllü olarak* yani bu yönde davranmasını zorunlu kılan bir hukuki gerekçe olmaksızın dikkate aldığı içtihatlar ifade edilmektedir. Bu anlamda yabancı içtihatlar, esasen Anayasa Mahkemesi kararlarında yer verilen *diğer ülke (anayasa) mahkemelerinin içtihatlarını* karşılamak için kullanılmaktadır¹.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin kararlarında yer bulan “uluslararası içtihatlar”dan söz edildiğinde ise Türkiye Cumhuriyeti’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde kurulmuş olup yargısal usullere göre çalışan ve hukuken bağlayıcı nitelikte kararlar verme yetkisiyle donatılmış bulunan uluslararası mahkemelerin içtihatlarına yer verilmesi durumundan söz edilmektedir².

1 Bu tanım için bkz. Kontacı, A. E. (2021). *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 26, dn. 3.

2 “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, “Avrupa Birliği Adalet Divanı” ve “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi” gibi uluslararası sözleşmelerle kurulmuş yargı organlarının “uluslararası mahkemeler” (*international courts*) yerine “ulusüstü mahkemeler” (*supranational courts*) olarak isimlendirildikleri çeşitli kaynaklara da rastlanmaktadır. Örneğin bkz. Scribner, D. ve Slagter, T. (2017). “Recursive Norm Development: The Role of Supranational Courts”, *Global Policy*, Vol. 8., Issue 3., s. 322-332; Pildes, R. H. (May 2018). “Supranational Courts and The Law of Democracy: The European Court of Human Rights”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9., Issue 2., s. 154-179; Brems, E. ve Vrielink, J. (2019). Floors or Ceilings: European Supranational Courts and Their Authority in Human Rights Matters, içinde Lemmens, K, Parmentier, S. ve Reyntjens, L. (Der.), *Human Rights with a Human Touch: Liber Amicorum Paul Lemmens* (ss. 281-312), Cambridge: Inttersentia Publishers. Ancak, bu terminolojik tartışmaların bu çalışmada ele alınan konunun aydınlatılması açısından pratik bir katkısı olmadığı düşüncesinden hareketle daha yerleşik bir kavram seti olan “uluslararası mahkemeler” ve “uluslararası içtihatlar” kavramlarının kullanılması tercih edilmiştir.

Bu ayırım çerçevesinde nasıl konumlandırılacağı tartışmalı olan bir kategori ise Anayasa Mahkemesinin Anayasa ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince *zaten dikkate almakla yükümlü olduğu içtihatlar dışında kalan uluslararası içtihatlar* (örneğin Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarına) yaptığı atıfların oluşturduğu kategoridir. Zira bu türden atıflar, *yabancı içtihatlar* ile *uluslararası içtihatlar* arasına çizilen sınırın bulanıklaşmaya başladığı bir gri alan oluşturmakta ve Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınan *uluslararası içtihatlar*, yukarıdaki tanım uyarınca aslen birer *yabancı içtihat* hâline dönüşmektedir³. Buna karşın bu çalışmada, okuyucuya kolaylık olması amacıyla ve Anayasa Mahkemesi uygulamasında çok sınırlı sayıda olmalarından hareketle bu türden atıfların da “uluslararası içtihatlar” başlığı altında incelenmesi yolu benimsenmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda anılan başlığa ilişkin açıklamaların bilimsel tanımlama ve sınıflandırma kaynaklı kısmi bir yer saptamasına uğradığını peşinen kabul etmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında yabancı ve uluslararası içtihatların yerine odaklanan bir çalışmanın çözmesi gereken ikinci sorun ise bu “yerin” nasıl tespit edileceğidir. Daha somut olarak ifade etmek gerekirse bu bağlamda cevaplanması gereken asıl soru, Mahkemenin içtihadında yabancı ve uluslararası içtihatlarla kurulan *hangi tür etkileşimlerin* dikkate alınacağıdır.

Bu bağlamda elimizdeki çalışmada, Mahkemenin yabancı ve uluslararası içtihatlarla yönelen ve *gözlemlenebilir nitelikte olan* tüm ilgi ve etkileşim biçimleri inceleme kapsamına alınmış bulunmaktadır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi kararlarında bir diğer ülke anayasa mahkemesinin veya uluslararası bir yargı organının içtihadı birikimine yapılan genel referanslar; bir diğer ülke anayasa mahkemesinin veya uluslararası bir yargı organının belli bir kararına, ilgili kararı ayırt etmeye yarayacak katalog bilgileri de verilmek suretiyle yapılan metin içi ve/veya dipnot atıfları; bir diğer ülke anayasa mahkemesi veya uluslararası bir yargı organının kararının ilgili kararda ayrıntılarıyla analiz edilmesi veya karşılaştırmaya ve/veya elemeye tabi tutulması gibi akla gelebilecek tüm ilgi ve etkileşim biçimleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Buna

3 Kontacı, A. E. (2021). s. 35. Bu türden ilgi ve etkileşimlere örnek olarak, kararlarında zaman zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yer veren Meksika Yüksek Mahkemesi, İsrail Yüksek Mahkemesi ve Hindistan Yüksek Mahkemesine ilişkin kaynaklar hakkında ayrıca bkz. a.g.e. s. 35, dn. 41, 42, 43.

karşın doktrinde “zımnı etkileşimler”, “örtülü atıflar”, “sessiz diyaloglar” veya “ihtiyatlı atıflar” olarak isimlendirilen⁴ etkileşim biçimleri yani ancak ilgili Mahkeme kararlarının niteliksel analizi suretiyle varlığı ileri sürülebilen zihinsel köprüler, bu çerçevenin dışında bırakılmış olmaktadır.

Bütün bu kavramsal tartışmalar, yalnızca incelenen kategorilerin bilimsel netliğe kavuşturulması açısından değil farklı kategorilere giren atıfların tek bir çalışmada ele alınmasından kaynaklı bazı zorluklarla yüzleşmenin kaçınılmaz hâle geldiğinin vurgulanması bakımından da önem taşımaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarında yabancı ve uluslararası içtihatlar verilen yerin analiz edilmesini hedefleyen bir çalışmada, hem içeriksel hem de yöntemsel bazı sorunlarla karşılaşılması kaçınılmaz olmaktadır.

Bu kapsamda karşılaşılan içeriksel (maddi) zorluk, bu iki konunun farklı dinamiklerle tetiklenen ve farklı sonuçlara yönelen yargısal tutumlarla ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, Türkiye Cumhuriyeti’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler düzeninden ve bu çerçevede görev yapan yargı yerlerinden gelen içtihatlar yönelen atıflar daha ziyade hukuki gerekliliklerle ilişkilendirilebilirken yabancı içtihatlar bakımından neredeyse mutlak bir takdir yetkisinden söz etmek mümkün hâle gelmektedir. Benzer şekilde uluslararası içtihatlar yapılan atıfların hukuki sonuçlarının “bağlayıcılık” bağlamında açıklanması mümkünken yabancı içtihatlar bağlamında daha ziyade bir “esinlenme” kavramından söz etmenin daha uygun olabileceği düşünülebilir. O hâlde ve bütün bu öncüllerden hareketle, sayılan bütün bu farklılıkların, her iki kategoriye mensup atıfların tek bir bağlam içine açıklanmasını önemli ölçüde güçleştirdiğini görmek gerekmektedir.

Bütün bu güçlüklerin bilincinde olunmasına rağmen bu metinde iki ayrı konunun yine de aynı çalışma kapsamında incelenmesi yolu tercih

4 Bu türden bazı kullanımlar için bkz. Resnik, J. (2005). “Law’s Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism’s Multiple Ports of Entry”, *Yale Law Journal*, Vol. 115 / *Yale Law School, Public Law Working Paper No. 110*, s. 1564-1670; özellikle de 1612 vd. ve Jackson, V. (2010). *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press, s. 192. Yine bu türden bazı etkileşim örnekleri için bkz. Ekima, A. (2019). *Use of Foreign and Comparative Law by the Supreme Court of Japan*, içinde Ferrari, G. F. (Der.), *Judicial Cosmopolitanism, The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems* (ss. 804-808), Leiden and Boston: Brill Nijhoff; Mazza, M. (2019). *The Russian Constitutional Court and the Judicial Use of Comparative Law: A Problematic Relationship*, içinde Ferrari, G. F. (Der.), *Judicial Cosmopolitanism, The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems* (ss. 547-549), Leiden and Boston: Brill Nijhoff.

edilmiş bulunmaktadır. Bu tercihin nedeni, Türk Anayasa Mahkemesi özelinde, bu kategorilerden ilkinin giren kararların ikinci kategoriye giren kararların seyri üzerinde açıkça gözlemlenebilir etkiler doğurduğunun düşünülmesidir. Daha açık bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin uluslararası içtihatlarla yer verilen kararları ile yabancı içtihatlarla yer verilen kararları arasında zaman içinde değişen bir ağırlıktan ve bu kategorilerden ilkinin ikincisini yavaş yavaş silikleştirmesi gibi bir eğilimden söz etmenin mümkün olduğu görülmektedir. İşte bu ilişki biçimi, yukarıda anılan tüm güçlüklerle rağmen, bu çalışmada her iki kategorinin bir arada ele alınmaya çalışmasının bilimsel meşruluk gerekçesini oluşturmaktadır.

Yapılan inceleme kapsamında karşılaşılan *yöntemsel zorluk* ise kendisini her şeyden önce bir kapsam sorunu olarak ortaya koymaktadır. Zira farklı dinamiklerle tetiklenen ve farklı sonuçlara yönelen bu yargısal tutumların tüm örnekleriyle ve tüm boyutlarıyla tek bir makale kapsamında ele alınması, esasen imkânsız bir çaba olacaktır. Bu sorun, özellikle *niteliksel analiz* (içerik analizi) yaklaşımı tercih edildiğinde daha da belirgin hâle gelmektedir. Zira bu başlıklar altında karşılaşılabilecek tüm kararların tek tek incelenmesi, ciltler dolusu kitabı dolduracak verinin ortaya konulmasını gerektirecektir. Buna karşılık, anılan kararların *salt niceliksel (rakamsal)* bir analize tabi tutulması da Mahkemenin yabancı ve uluslararası içtihatlarla atfettiği gerçek değerın açıklanması açısından elverişsiz bir yöntem olacaktır.

Tespit edilen bu yöntemsel zorluğu aşmak için bu çalışmada benimsenen yöntemse yabancı içtihatlarla yer verilen kararların *niceliksel yaklaşımla*, uluslararası içtihatlarla yer verilen kararlarınsa *niteliksel yaklaşımla* incelenmesi olarak benimsenmiş bulunmaktadır.

II. ANAYASA YARGISINDA YABANCI VE ULUSLARARASI İÇTİHATLAR: ARAYIŞLAR VE İŞLEVLER

Karşılaştırmalı anayasa yargısında yabancı ve uluslararası içtihatlarla verilen yer konusundaki genel eğilimlere bakıldığında küresel ölçekte hâkim olan tek bir yaklaşımdan veya tek tip bir anlayıştan söz etmenin mümkün olmadığı görülmektedir. Gerçekten karşımızda bir yanda 1995 tarihli bir kararında⁵ ölüm cezasının Anayasa'ya aykırı olduğuna

5 Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, *The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6/6/1995).

hükmederken, 11 farklı ülkenin anayasa mahkemesi ile 3 farklı uluslararası mahkeme tarafından verilmiş toplam 220 karara atıf yapan Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi⁶ veya 1937 yılından bu yana verdiği ve anayasal uyumsuzluk niteliği taşıyan toplam 902 kararın 396 tanesinde (yani tüm kararların %43,9’unda) yabancı içtihatlara atıflar yapan İrlanda Yüksek Mahkemesi⁷ gibi örnekler dururken, diğer yanda ise kuruluşundan bu yana imza attığı 11.000 kararın yalnızca 6 tanesinde (ve hepsi de karşı oy yazılarında) yabancı içtihatlara yer veren Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi ile kuruluşundan bu yana geçen 60 yılda hiçbir yabancı ve uluslararası içtihatlara atıf yapmayan Japonya Yüksek Mahkemesi⁸ gibi örnekler bulunmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin kararlarında yabancı ve uluslararası içtihatlara yapılan atıfların ilgili yüksek mahkemelerin hangi “arayışlarıyla” ilişkilendirilerek açıklanabileceği sorusuna ise hem bu atıfların zamanlaması hem de bunlara yüklenen işlevler yönünden çeşitli cevaplar vermek mümkündür. Bu bağlamda yabancı ve uluslararası içtihatlara yönelik içtihatların zamanlaması bakımından etki doğuran arayışlara bakıldığında bilgi ve meşruiyet arayışındaki genç mahkemelerden, çare arayışlarına yol açan kriz dönemlerinden ve entegrasyon arayışlarıyla sonuçlanan bölgesel ve küresel eğilimlerden söz etmek mümkün görünmektedir. Benzer şekilde, yabancı ve uluslararası içtihatların işlevlerinin neler olabileceği düşünüldüğünde de esasen verilmiş olan bir kararı “süslemeye” yarayan dekoratif atıflardan, verilen bir karara siyasal/yargısal aktörler ve/veya genel olarak toplumun gözünde haklılık kazandırma amacına yönelik meşruiyet atıflarından, karşılaştırmalı hukukun penceresinden bakışla bilgilenme ve esinlenme amacıyla yapılan atıflardan ve en nihayetinde somut bir hukuki sorunun çözümüne yönelik olarak doğrudan içtihat ve çözüm transfer etmeye yönelik atıflardan söz etmek mümkün hâle gelmektedir⁹.

6 Rautenbach, C. (2014). South Africa: Teaching an ‘Old Dog’ New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010), içinde Groppi, T. ve Ponthoreau, M-C. (Der.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (s. 190) Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

7 Groppi, T. ve Ponthoreau, M-C. (2014). Conclusion - The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, içinde Groppi, T. ve Ponthoreau, M-C. (Der.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (s. 412) Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

8 a.g.e, s. 413. Bu paragrafta yer alan bilgiler ve ilgili kaynaklar (dn. 6, 7, 8 ve 9) şu kaynakta kullanılan bilgilerden derlenmiş ve alınmıştır: Kontacı, A. E. (2021), s. 27-28.

9 Bu kategorilerin ayrıntılı bir tartışması için bkz. Kontacı, A. E. (2021). s. 97-133, 159-192.

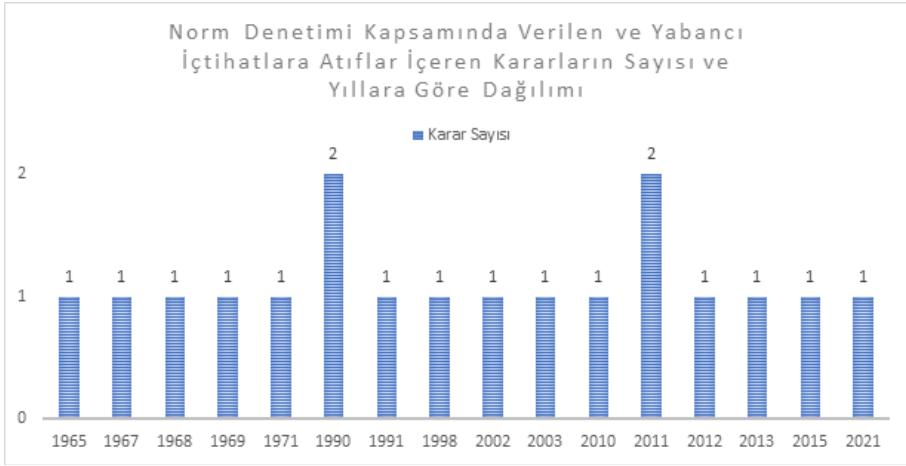
Anayasa yargısında yabancı ve uluslararası içtihatlarla yüklenen tüm bu anlam, arayış ve işlevlerin, Türk Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yargısal tutumunu analiz etmek için de yeterli ve elverişli bir zemin sunduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda, takip eden sayfalarda önce Anayasa Mahkemesi kararlarında yabancı içtihatlarla yapılan atıfların, devamındaysa uluslararası içtihatlarla yapılan atıfların üzerinde durulmaktadır. Bu inceleme kapsamında ilk adımda yabancı içtihatlar konusunda *kapsamlı bir niceliksel (sayısal) analiz* yapılmakta, devamındaysa uluslararası içtihatlar konusuna *sınırlı bir niteliksel analiz* yapılmaktadır. Bu anlamda ikinci analiz kapsamında örnek olarak saptanan bazı kararlar tartışmaya açılmakta ve bunlar üzerinden başlangıç mahiyetinde bazı tespit ve gözlemler sunulmaktadır.

Bu bağlamda son olarak belirtilmesi gereken bir husus da makale formatındaki bir çalışmanın makul sınırlarını aşmamak adına, bu incelemenin Anayasa Mahkemesinin “norm denetimi” ve “bireysel başvuru” alanlarında vermiş olduğu kararlarla sınırlı tutulmuş olduğudur. Ancak bu kapsam belirlemede dikkate alınan tek ölçüt, elbette ki pratik bir sınırlama ihtiyacı değildir. Aksine bu kapsamın belirlenmesinde genelde anayasa yargısının ve özelde de Türk Anayasa Mahkemesinin en eski ve temel görevi olan norm denetimi kapsamında verilen kararlar ile anayasa yargısı alanındaki en yeni ve yenilikçi faaliyet alanı olan bireysel başvurular kapsamında verilen kararların kendi içinde dengeli bir bütün oluşturduğu ve sonuç olarak anlamlı bir gösterge işlevi taşıyacağı düşüncesinden hareket edilmiştir.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA YABANCI İCTİHATLAR

A. NORM DENETİMİ SONUCUNDA VERİLEN KARARLAR

Anayasa Mahkemesi tarafından kuruluşundan bu yana geçen 61 yıl içinde verilen norm denetimi kararlarına¹⁰ bir bütün olarak bakıldığında yabancı içtihatların buralarda oldukça sınırlı bir yer sahibi olduğu görülebilmektedir:

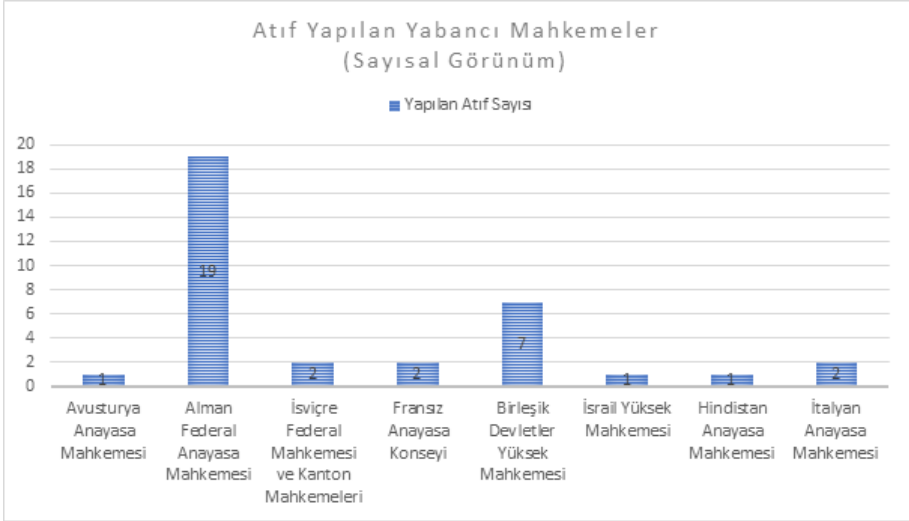


Grafik-1: Norm Denetimi kapsamında verilen ve yabancı içtihatlara atıflar içeren kararların sayısı ve yıllara göre dağılımı

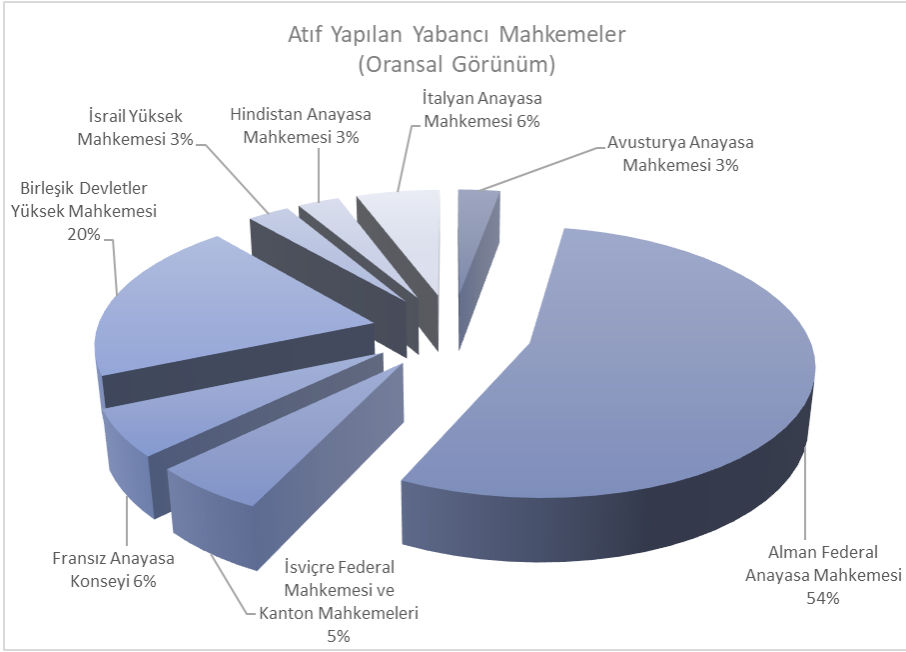
Gerçekten Mahkemenin faaliyetinin ilk yıllarında neredeyse her yıl yabancı içtihatlara atıf içeren bir karara rastlanması, “genç mahkeme” olgusuna yönelik bir gösterge olarak değerlendirilebilecekken 1971-1990 arası dönemde bu içerikte hiçbir karara rastlanmadığı görülmektedir. Bu 20 yıllık dönem boyunca yabancı içtihatların Mahkemenin gündemine hiçbir şekilde girmemiş olmasını herhangi bir somut sebeple açıklamak kolay değildir. 2010 yılından itibaren bu türden kararların tek tük

¹⁰ Bu değerlendirmede, bu çalışmaya son şeklinin verildiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi resmî internet sitesinde (Kararlar Bilgi Bankası) yer alan ve erişime açılmış olan 3.903 norm denetimi kararı esas alınmıştır. bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 4/6/2023).

de olsa tekrar ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Bu sınırlı gelişmeyi, bireysel başvuru usulünün kabulüyle birlikte Mahkemenin entelektüel gündeminde *diğer yargı çevrelerine* dair yenilenen bir ilgi ile açıklamak söz konusu olabilir. Ancak her durumda Anayasa Mahkemesinin norm denetimi işlevi bağlamına yabancı içtihatlar atıflar içeren kararların sayısının yalnızca 18 olduğu düşünüldüğünde bu oranın Mahkemenin bugüne kadar norm denetimi kapsamında vermiş olduğu 3.099 karar arasında *ihmal edilebilir* bir orana denk düştüğünü kabul etmek gerekmektedir. Bu rakamların ortaya koyduğu bir diğer sonuçsa Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında yabancı içtihatlar yönelik açıklamalarının sistemli ve metodolojik bir arayışı yansıtmaktan ziyade, büyük ölçüde rastlantısal bir faaliyet görünümü arz ettiğiidir.

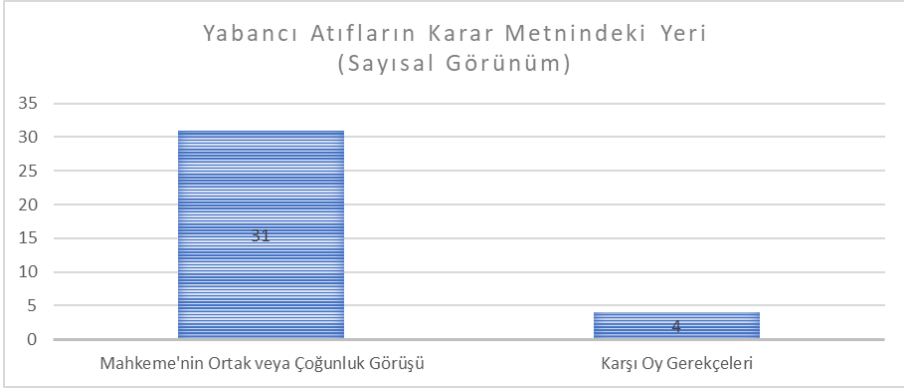


Grafik-2: Norm Denetimi kapsamında verilen ve yabancı içtihatlar atıflar içeren kararlarda atıf yapılan mahkemeler ile bunlara yapılan atıflar (Sayısal Görünüm)

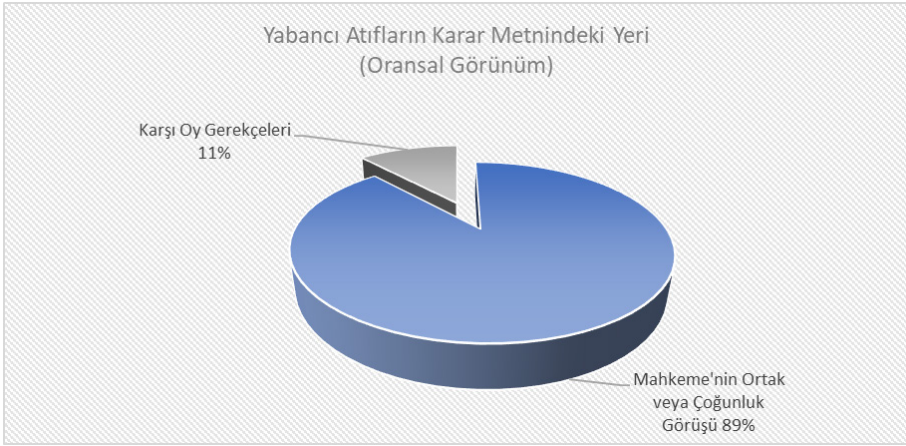


Grafik-3: Norm Denetimi kapsamında verilen ve yabancı içtihatlara atıflar içeren kararlarda atıf yapılan mahkemeler ile bunlara yapılan atıflar (Oransal Görünüm)

Yukarıdaki iki grafikte yer alan veriler, Anayasa Mahkemesi kararlarında yer verilen yabancı içtihatlar konusunda Alman Federal Anayasa Mahkemesinin açık ara önce olduğunu (%54) göstermektedir. Bu Mahkemeyi Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (%20) izlemektedir. Genel olarak bakıldığında ise Kıta Avrupası Mahkemelerine yapılan atıfların önemli bir ağırlığa sahip olduğu görülmektedir. Bu durumun, Türk hukukunun yakın ilişki içinde olduğu hukuk ailesi düşünüldüğünde, şaşırtıcı olmadığı söylenebilir. Yine bu bağlamda gözlemlenen bir husus, Anayasa Mahkemesinin Afrika, Güney Amerika, Güney Doğu Asya ve İskandinavya gibi bölgelerde görev yapan anayasa mahkemeleri ile hiçbir yargısal temasının bulunmadığıdır. Ancak burada asıl dikkat çekici husus, 61 yıllık bir sür boyunca Mahkemenin norm denetimi kararlarında yer verilen yabancı atıfların toplam sayısının sadece 35 olmasıdır.



Grafik-4: Norm Denetimi kapsamında verilen ve yabancı içtihatlarla atıflar içeren kararlardaki atıfların yeri (Sayısal Görünüm)



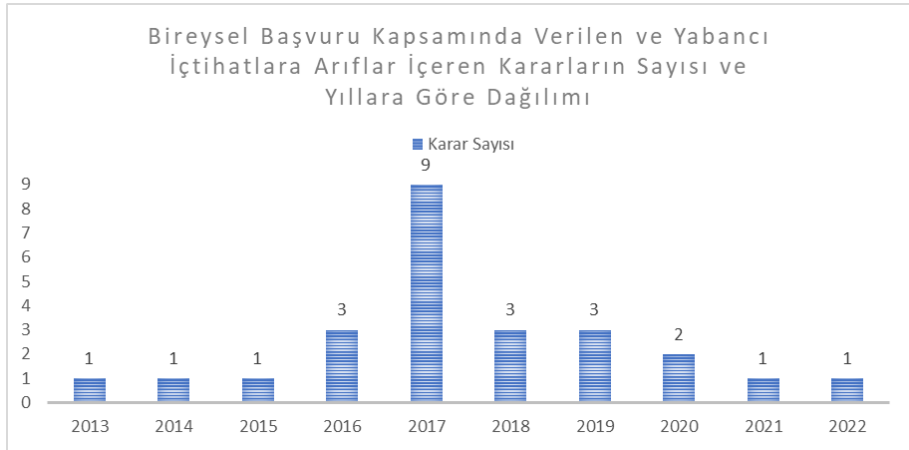
Grafik-5: Norm Denetimi kapsamında verilen ve yabancı içtihatlarla atıflar içeren kararlardaki atıfların yeri (Oransal Görünüm)

Yukarıdaki iki grafik, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kapsamında vermiş olduğu kararlarda atıf yapılan yabancı içtihatların çok büyük bir bölümünün verilen kararlara muhalif kalan Üyelerin karşı oy gerekçelerinde yer aldığını göstermektedir. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaparken vardığı sonuçları desteklemek

için genel olarak yabancı içtihatlardan yararlanma yoluna gitmeyi gereksiz bulduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu bağlamda, Yüksek Mahkemenin *dekoratif amaçlı* veya *meşruiyet sağlama amaçlı* dahi olsa, yabancı içtihatlara kapı açma eğiliminde olmadığını söylemek mümkündür. Buna karşın çoğunluk kararlarına muhalif kalan bazı Üyelerin yargısal pozisyonlarını kuvvetlendirmek ve savundukları görüşlerin meşruiyetini arttırmak için yabancı içtihatlardan yararlanma yoluna gittikleri net bir biçimde görülebilmektedir.

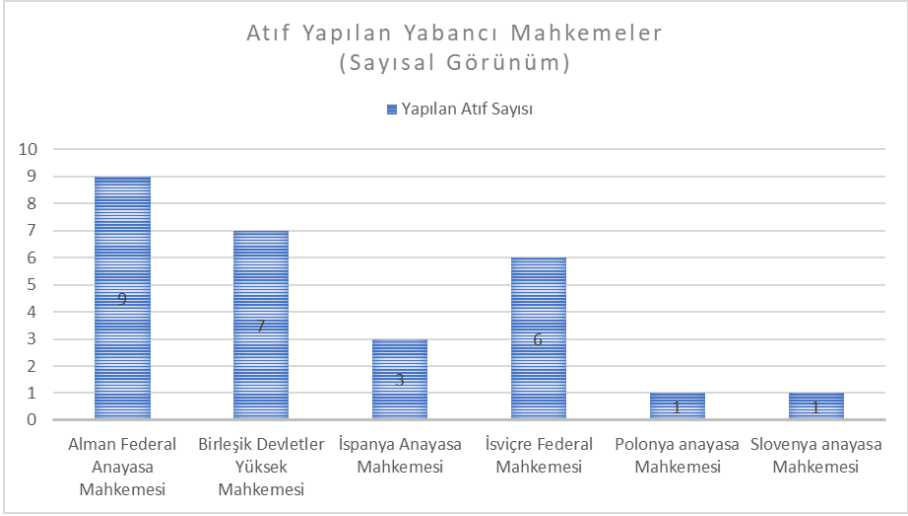
2. BİREYSEL BAŞVURULAR NETİCESİNDE VERİLEN KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, 2012 yılının Eylül ayından beri bireysel başvuruları karara bağlamakta olup 10 yılı biraz aşan bu dönem boyunca vermiş olduğu kararların sayısının yüksekliği hemen göze çarpmaktadır. Gerçekten bu dönemde verilen ve Mahkemenin karar arama motorunda listelenen karar sayısı 12 bin sınırına dayanmış bulunmaktadır¹¹. Buna karşın ulaşılan bu yüksek karar sayısına rağmen Mahkemenin yabancı içtihatlara atıflar içeren kararlarının sayısının çok sınırlı kaldığı da daha ilk bakışta kolaylıkla görülebilmektedir:

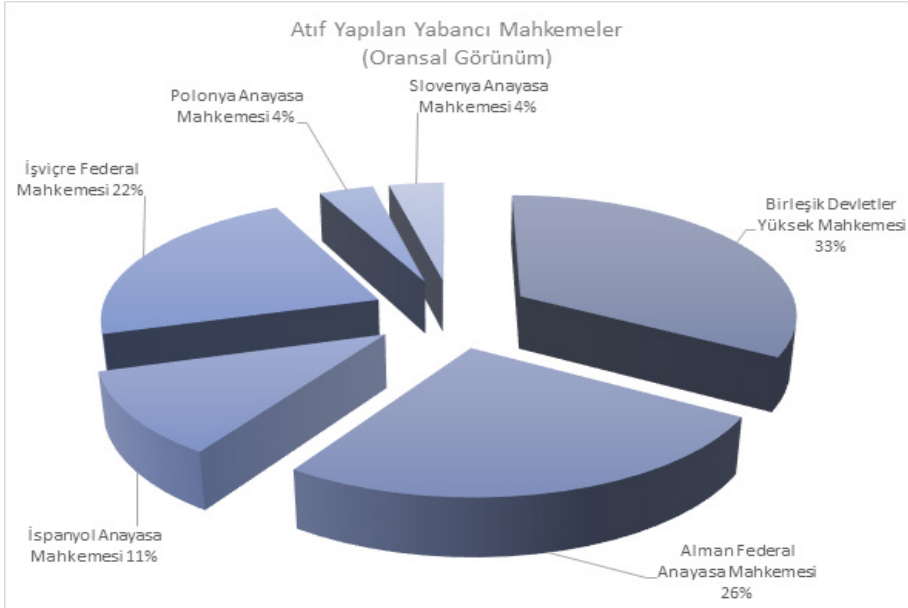


Grafik-6: Bireysel Başvurular kapsamında verilen ve yabancı içtihatlara atıflar içeren kararların sayısı ve yıllara göre dağılımı

11 Bu değerlendirmede, bu çalışmaya son şeklinin verildiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi resmî internet sitesinde (Kararlar Bilgi Bankası) yer alan ve erişime açılmış olan 11.777 bireysel başvuru kararı esas alınmıştır. bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 4/6/2023).

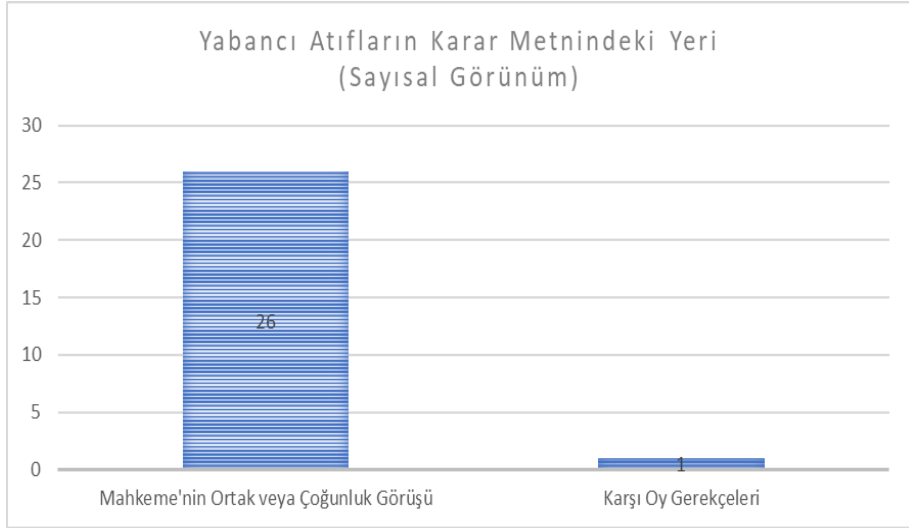


Grafik-7: Bireysel Başvuru kapsamında verilen ve yabancı içtihatlarla atıflar içeren kararlarda atıf yapılan mahkemeler ile bunlara yapılan atıflar (Sayısal Görünüm)

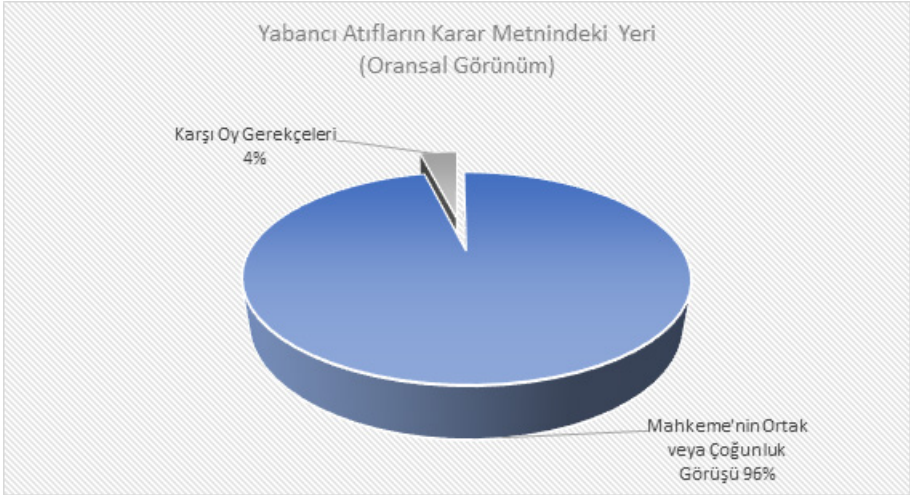


Grafik-8: Bireysel Başvuru kapsamında verilen ve yabancı içtihatlarla atıflar içeren kararlarda atıf yapılan mahkemeler ile bunlara yapılan atıflar (Oransal Görünüm)

Yukarıdaki iki grafikte yer alan veriler bir arada değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu kararlarda yabancı içtihatlara yapılan atıfların genel seyrinin norm denetimi sonucunda verilen kararlarda gözlemlenen eğilimlere paralel olduğu görülmektedir. Buna karşın bireysel başvuru kararlarında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi içtihadına yönelen ve Alman Federal Anayasa Mahkemesine yapılan atıfları dahi aşan ilgi, not edilmesi gereken bir husus olarak karşımızda durmaktadır. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesine yapılan atıfların oluşturduğu ayrık durum bir tarafa bırakıldığında ise Kıta Avrupası hukuk düzeninde yer alan mahkemelerin tartışılmaz üstünlüğü bu alanda da devam etmektedir.



Grafik-9: Bireysel Başvuru kapsamında verilen ve yabancı içtihatlara atıflar içeren kararlardaki atıfların yeri (Sayısal Görünüm)



Grafik-10: Bireysel Başvuru kapsamında verilen ve yabancı içtihatlarla atıflar içeren kararlardaki atıfların yeri (Oransal Görünüm)

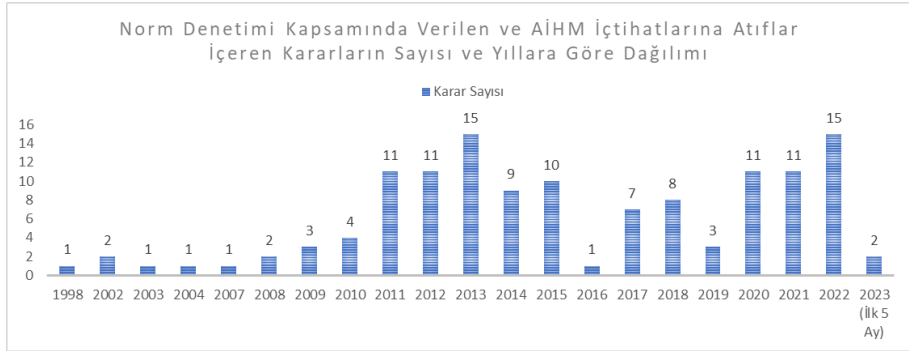
Yukarıdaki iki grafikte yer alan veriler, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular neticesinde vermiş olduğu kararlarda yer alan yabancı atıfların yeri ile norm denetimi kapsamında vermiş olduğu kararlarda yer alan yabancı atıfların yeri arasında tam bir tezat bulunduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten bireysel başvurular sonucunda verilen kararlarda yer verilen yabancı içtihatların %96'sı Mahkemenin ortak veya çoğunluk görüşlerinde bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle bireysel başvuru kararlarında gözlemlenen toplam 27 yabancı atıftan 26 tanesi Mahkemenin ortak veya çoğunluk kararlarında, yalnızca 1 tanesi ise karşı oy yazısında yer almaktadır. Bu hususun Mahkemenin yargısal davranış analizinin yapılacağı başka çalışmaların konusu olabilecek bir husus olarak not edilmesinde fayda olacaktır.

IV. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ULUSLARARASI İÇTİHATLAR

1. NORM DENETİMİ SONUCUNDA VERİLEN KARARLAR

Bu çalışmada tanımlandığı şekliyle “uluslararası içtihatlar”, Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde kurulmuş olup yargısal usullere göre çalışan ve hukuken bağlayıcı nitelikte kararlar verme yetkisiyle donatılmış bulunan uluslararası mahkemelerin içtihatlarını ifade etmektedir. Bu tanım uyarınca Türkiye’de akla gelen ilk uluslararası yargı organınınınsa “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” olduğuna kuşku yoktur. Nitekim, aşağıda da görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesinin yargılama pratiği de bu yargıyı destekler nitelikte sonuçlar ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonucunda vermiş olduğu ve “Kararlar Bilgi Bankası” üzerinden erişilebilen 3.903 karar¹² üzerinde bir kavram araması yapıldığında, içinde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramı geçen 129 karara rastlanmaktadır. Bu kararlardan ilki 1998, sonuncusu ise 2023 karar sayılıdır. Söz konusu kararların yıllara göre dağılımına bakıldığında 1998-2009 yılları arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla kurulan sınırlı bir etkileşimin ardından 2010 yılından itibaren belirgin bir yükseliş eğilimi gözlemlenmektedir:



Grafik-11: Norm Denetimi kapsamında verilen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına atıflar içeren kararların sayısı ve yıllara göre dağılımı

12 Bu değerlendirmede, bu çalışmaya son şeklinin verildiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi resmî internet sitesinde (Kararlar Bilgi Bankası) yer alan ve erişime açılmış olan 3.903 norm denetimi kararı esas alınmıştır. bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 4/6/2023).

Bununla birlikte salt niceliksel (rakamsal) bir analiz yoluyla ulaşılan bu sonuçların yanıltıcı olma potansiyeli de bulunmaktadır. Zira Mahkemenin arama motoru, aranan kavramların karar metinlerinin hangi kısmında yer aldığı konusunda herhangi bir bilgi sunmamaktadır. Bu anlamda arama terimi olarak belirlenmiş olan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramının;

- İptal davası dilekçesinin veya itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçesinin özetlendiği kısımda,
- Karar gerekçesinde veya
- Karşı Oy veya Farklı Gerekçe kısımlarında yer alması mümkündür.

Nitekim bu kapsamda bulunabilen en eski tarihli karara¹³ bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına yapılan gerçek bir atıftan ziyade, iptal davası dilekçesinden yapılan bir alıntının arama parametresine takıldığı görülmektedir. Gerçekten, dönemin ana muhalefet partisi olan Refah Partisi Meclis Grubu adına “...6.8.1997 günlü, 4306 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu, Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun ile 24.3.1988 tarihli ve 3418 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması ve Bazı Kağıt ve İşlemlerden Eğitime Katkı Payı Alınması Hakkında Kanun’un...” iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, “10-Anayasa’nın 13. Maddesi Yönünden İnceleme” başlığı altında, dava dilekçesini aşağıdaki şekilde özetlemektedir:

“Dava dilekçesinde, Yasa’nın 1. ve 5. maddelerinin Anayasa’nın 13. maddesine aykırılığı konusunda özetle;

Dava konusu Yasa ile eğitim ve öğrenim hakkı sınırlanmıştır. Bunun haklı bir nedeni yoktur. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmaması kural, sınırlanması ise istisnadır. Dava konusu Yasa, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve uluslararası kurallara da aykırıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için öncelikle geçerli bir sınırlandırma nedeni bulunmalıdır. Bu sınırlandırma kanunla yapılmalı ve demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

13 AYM, E.1997/62, K.1998/52, 20/10/2000.

Bu sınırlama koşullarına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihatlarında “orantılılık ilkesi” de eklenmiştir. Yeni düzenlemenin yapılmasından önce meşru bir sebebin var olduğu kabul edilemez. Toplumun bu yönde bir isteği olmadığı gibi Devletin temel niteliklerine aykırılık da söz konusudur. Bu nedenle, demokratik bir toplumda gerekli ve geçerli bir sınırlama nedenine dayanmayan Yasa Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

denilmektedir.”

Görüldüğü üzere burada Mahkeme tarafından yapılan bir uluslararası atıf söz konusu olmadığı gibi, dava dilekçesinde yapılan belirleme de genel bir bilgi aktarımı olmaktan öteye geçmemektedir. Kararın kalan kısımlarında ve özellikle de söz konusu iptal isteminin incelendiği kısımlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına ilişkin başka bir tespit ve değerlendirmeye yer verilmemiş olması da ayrıca dikkat çekicidir. Sonuç olarak bu karar, uluslararası içtihatlarla yapılan atıflar konusunda salt “kavram araması” yöntemiyle yapılacak bir analizin hata oranına ilişkin fikir vermesi bakımından dikkat çekici bir örnek olarak karşımızda durmaktadır.

Yukarıdaki örneğin tam aksi yönünde bir yargısal tutuma ise çok ilginç bir biçimde Mahkemenin, içinde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramı geçen en eski ikinci kararında¹⁴ rastlanmaktadır. Bu kapsamda Danıştay Dokuzuncu Dairesinin “26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafının, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla...” yaptığı Anayasa'ya aykırılık itirazını inceleyen Mahkeme, esasın incelenmesi aşamasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına doğrudan hüküm fıkrasına bağlanan bir çerçevede (*stare decisis*) başvurmaktadır:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlanmasının adil

14 AYM, E.2001/5, K.2002/42, 28/3/2002.

yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.”

Görüldüğü üzere burada artık gerçek anlamda bir uluslararası atıftan ve karar bir bütün olarak incelendiğinde, yapılan atfın ulaşılan sonuç üzerinde doğrudan etkili olduğu bir yargısal akıl yürütme biçiminden söz etmek mümkün hâle gelmektedir.

Bu çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla Mahkemenin uluslararası içtihatlarla atıf içeren en yeni kararına¹⁵ bakıldığında ise bu sefer Mahkeme çoğunluğunun görüşüne muhalif kalan Sayın Başkan ve bir Sayın Üye'nin karşı oy yazılarında, oldukça ayrıntılı bazı değerlendirmelere yer verildiği görülmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 134 milletvekili tarafından 6/6/2020 tarihli ve 7246 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un çeşitli maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Mahkeme çoğunluğu; iptal istemine konu olan Kanun’un bazı maddelerin iptaline, bazı maddelere yönelik iptal istemininse reddine karar vermiştir.

Kanun’un iptali istenen hükümleri arasında yer alan 4. maddeye ilişkin talep, çoğunluk tarafından reddedilirken karara muhalif kalan Sayın Başkan Zühtü Aslan’ın karşı oy yazısında, konut dokunulmazlığı hakkının kapsamına ilişkin olarak aşağıdaki paragrafa yer verilmektedir:

“10. Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) ve Anayasa Mahkemesi kararlarında konut dokunulmazlığı hakkı -bazı istisnalarla birlikte- işyerlerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu bağlamda, bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri, şubeleri ve diğer işyerleri “konut” kapsamında görülebilmektedir (Petri Sallinen/Finlandiya, B. No: 50882/99, 27/12/2005, § 70; Günay Dağ ve diğerleri [GK], B.No: 2013/1631, 17/12/2015, § 133).”

Benzer şekilde Üyelerden Sayın Engin Yıldırım’ın karşı oy yazısı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından yapılan belirleyici bir alıntıyla desteklenmektedir:

15 AYM, E.2020/67, K.2022/139, 9/11/2022.

“6. *AIHM, Soci t  Colas Est kararında konuta saygı hakkının öznesinin gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabileceğini kabul ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin bir şirketin genel merkezi, şubesi veya iş yerine saygı gösterilmesi hakkını içerir bir şekilde yorumlanmasının zamanının geldiğini belirterek ilgili başvuruda müfettişlerin, başvuruculara ait yerlere, arama izni olmadan girmelerinin 'konuta' tecavüz teşkil ettiğine karar vermiştir.*”

Burada incelenen bu örnekler ile diğer pek çok örneğin topluca değerlendirilmesi, bize Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kapsamında verdiği kararlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını kullanma biçiminin gittikçe sonuca daha etkili hâle geldiğini ve özellikle karşı oy yazılarındaki kullanım biçimlerinin, zaman zaman *içtihat ve üzüm transfer etmenin* sınırlarında dolanan bir etkileşim seviyesine ulaştığını ortaya koymaktadır. Bu atıfların sayısının 2010 yılı sonrasındaki artışının da bireysel başvurunun kabulüyle birlikte Mahkemenin zihin dünyasında daha sık dolaşmaya başlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının sadece bireysel başvuru alanıyla sınırlı kalmadığı, aksine Mahkemenin diğer alanlardaki faaliyetlerine de yayılmaya başladığı şeklinde yorumlanması söz konusu olabilir. Mahkemenin kimi kararlarında görünen bu ileri düzey fikr  entegrasyonun, bugüne kadar norm denetimi bağlamında verilen kararların toplam sayısı düşünüldüğünde yine de sınırlı bir alana sıkışmış olması ise bu etkileşim biçiminin bir paradoksu olarak görülebilir.

Bu kapsamda not edilmesi gereken son bir husus da Mahkemenin norm denetimi bağlamında uluslararası içtihatlarla olan etkileşiminin münhasıran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla sınırlı kalmış olmasıdır. Bu bağlamda;

- Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı,
- Avrupa Birliği Adalet Divanı,
- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi,
- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ve
- Uluslararası Ceza Mahkemesi

gibi yargı organlarının içtihatlarının anılan kararların hiçbirinde kendisine yer bulamamış olduğu görülmektedir. Bu tespitin “Türkiye Cumhuriyeti’nin bu yargı organlarını kuran sözleşmelere taraf olmadığı” gibi bir itirazla karşılaşması mümkün olsa da takip eden başlıkta bireysel başvuru bağlamında yapılan incelemelerin bu itirazı karşılamaya elverişli bazı ilginç bulgular içerdiğini söylemek mümkündür.

2. BİREYSEL BAŞVURULAR NETİCESİNDE VERİLEN KARARLAR

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu ve “Kararlar Bilgi Bankası” üzerinden erişilebilen 11.777 karar¹⁶ üzerinde bir kavram araması yapıldığında içinde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramı geçen 4.489 karara rastlanmaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular neticesinde vermiş olduğu kararlarda yer alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi atıflarının rakamsal ve/veya grafiksel bir analizini yapmaya dahi gerek bulunmamaktadır. Zira anılan atıfların sayısının, bireysel başvuru kurumunun Anayasa’nın 148. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne doğrudan atıfla düzenlenmiş olmasına da paralel olarak bu yola damgasını vurduğunu söylemek mümkündür.

Ancak bu noktada asıl ilgi çekici görünen husus, Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yer verme, bunları değerlendirme biçiminde gözlemlenen evrimdir. Bu evrimin ana hatlarını ortaya koyabilmek içinse Mahkemenin vermiş olduğu ve içinde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramı geçen ilk kararlar ile günümüze uzanan süreçte verilen kararlar arasındaki ton farkına bakmak yeterli olacaktır.

Bu kapsamda Mahkemenin vermiş olduğu ve içinde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramı geçen en eski tarihli iki kararı incelendiğinde, çok dikkat çeken bir durumla karşılaşılmaktadır. Zira Mahkemenin *Hasan Taşlıyurt başvurusu*¹⁷ ile *Ali Kemal Renklioğlu başvurusu*¹⁸ sonucunda verdiği kararlara bakıldığında “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kavramının

16 Bu değerlendirmede, bu çalışmaya son şeklinin verildiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi resmi internet sitesinde (Kararlar Bilgi Bankası) yer alan ve erişime açılmış olan 11.777 bireysel başvuru kararı esas alınmıştır. bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 04.06.2023).

17 *Hasan Taşlıyurt*, B. No: 2012/947, 12/2/2013, § 12.

18 *Ali Kemal Renklioğlu*, B. No: 2012/171, 12/2/2013, § 12.

yalnızca başvuruçunun iddialarının özetlendiği kısımlarda geçtiği görölmektedir. Gerçekten *Hasan Taşlıyurt başvurusunda* Mahkeme;

“A. Başvuruçunun İddiaları

12. *Başvuruçucu, 4/11/1981 tarihinde tesis edilen işleme yargı yolu açık olarak TSK’dan ilişğinin kesildiğini, ancak yargı yoluna başvurmak için yasal olarak engel bulunmasa da fiili engellerin bulunduğunu, işten çıkarılmasının 12 Eylül döneminde meydana geldiğini ve bu dönemde kışla içinde görev yaptığını, hakkını aramak üzere savcıya gittiğinde savcının kendisini tehdit ettiğini, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de yargı yolu şeklen açık olsa bile olağanüstü dönemlerde yapılan işlemlere karşı başvuruları kabul ettiğini belirterek** işe iade talebinin reddedilmesi nedeniyle Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin, 35. maddesindeki mülkiyet hakkının ve 36. maddesindeki hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.”*

derken Ali Kemal Renklioğlu başvurusunda ise;

“A. Başvuruçunun İddiaları

12. *Başvuruçucu, otuz yedi yıl prim ödemek suretiyle Fransız sosyal güvenlik sisteminden emekli olduğunu, daha önce aylık 667,00 Avro olan emekli maaşında bu devlet tarafından 9/9/2009 tarihinden itibaren kesinti yapılarak aylık 250,00 Avro ödeme yapılmaya başlanıldığını ve büyük oranda maddi kayba uğradığını, **bu işleme ilişkin olarak yaptığı başvurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de reddedildiğini belirterek**, Anayasa’nın 35. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.”*

bilgisini vermektedir. Üstelik Ali Kemal Renklioğlu başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararından söz eden başvuruçunun bile kendi pozisyonunu destekleyen herhangi bir içtihadı atıf yapmadığı, sadece kendisiyle ilgili olarak daha önce verilmiş bir karara, Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurusu öncesinde yaşananları açıklarken değindiği görölmektedir.

Mahkemenin bunları takip eden kararı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının kullanımı açısından oldukça ironik bir sonuca yol açmış görünmektedir. Gerçekten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına atıf içeren en eski tarihli üçüncü başvuru olan *Onurhan Solmaz*

*başvurusunda*¹⁹ Mahkeme, adil yargılanma hakkının kapsamında ilişkin “ortak koruma alanı” teorisi açıklarken anılan hakkın kapsamının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde farklı şekillerde düzenlendiğini belirtmekte ve sonuç olarak daha dar kapsamlı koruma sağlayan Sözleşme hükmünün sağladığı koruma kapsamının uygulanması yönünde karara varmaktadır²⁰. Bu akıl yürütme kapsamında Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına da aşağıdaki şekilde atıf yaptığı ve bu Mahkemenin Sözleşme hükmünü yorumlama biçimini, kendi vardığı sonucu desteklemek amacıyla kullanma yoluna gittiği görülmektedir:

“24. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme’nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (Perez/Fransa, 47287/99, § 70).”

Bu aşamalardan sonra Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını kullanma konusunda günümüzde geldiği noktanın ise ayrıntısıyla tartışılmaksızın üzerinde uzlaşılabilir bir seviyeyi yansıttığı söylenebilir. Gerçekten de bugün itibarıyla Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına yaptığı atıflardan değil bazı alanlarda bunun çok daha ötesine giden bir içtihat bütünleşmesi sürecinden söz etmek dahi mümkün hâle gelmiş bulunmaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi, bir yandan temel haklar alanındaki yorumunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile eşitlemekte, diğer yandan da kendi içtihadı birikimini derinleştirmekte ve yerleşik standartlar inşa etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular sonucunda verdiği kararlarda gözlemlenen ilgi çekici bir diğer eğilim ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ek olarak başka bazı uluslararası yargı organı içtihatlarının da Mahkeme içtihadında zaman zaman kendisine yer bulmaya başlamış olmasıdır. Miktar ve kapsam itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına yönelik açıklamalarla karşılaştırılması elbette

19 Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 24.

20 Söz konusu kararın bir eleştirisi için bkz. Kontacı, A. E. (2014). “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4., s. 105-117.

ki mümkün olmayan bu atıfların yine de kısaca ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda öncelikle bakılması gereken yargı organı ise Avrupa Birliği Adalet Divanıdır.

“Avrupa Birliği Adalet Divanı” kavramı, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu 4 kararda geçmektedir. Bu kararlardan ilki, N.B.B. başvurusu²¹ sonucunda verilen karar olup Avrupa Birliği Adalet Divanının çok ünlü bir içtihadına; esas yönünden yapılan incelemenin “a. Genel İlkeler” başlığı altında, “1. Kişinin Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı” bağlamında yapılan açıklamalar çerçevesinde atıf yapılmaktadır:

“46. İnternet’in yaygın kullanımı ile ortaya çıkan bu durum basının İnternet’i etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengelyi ilkinin lehine bozmuştur. İfade ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması hakkı, eşit düzeyde koruma gerektiren temel hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle bozulan dengenin her iki temel hak arasında tekrar kurulması zorunluluk olmuştur. İnternet haberciliği ile birlikte unutulmanın zor olduğu günümüzde anılan dengenin tekrar kurulabilmesi şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabilir. Bu bağlamda unutulma hakkı adil dengenin kurulması için vazgeçilmez niteliktedir (Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google Spain SL, Google Inc/İspanya Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, Mario Costeja Gonzales, C-131/12, 13/5/2014).”

Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadına atıf yapılan ikinci karar, S.K.(B.) başvurusu²² sonucunda verilen karardır. Divanın içtihadına yapılan atıf, bu sefer “IV. İlgili Hukuk” kısmında ve “2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihadı ve Diğer Yüksek Mahkeme Kararları” başlığı altında yer almaktadır. Bu anlamda Divanın içtihadının Anayasa Mahkemesinin gözünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile aynı kategori içinde görüldüğü anlaşılmaktadır:

“32. Avrupa Birliği Adalet Divanı ise gümrük makamlarına bildirmeme fiili sebebiyle bildirme konu nakit paranın %60’ı

21 N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 46.

22 S.K.(B.), B. No: 2014/18275, 4/7/2018, § 32.

tutarında para cezası verilmesinin yaptırımla amaçlanan sonuçlar ile karşılaştırıldığında ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır (Chmielewski, C-255/14, 16/7/2015)."

Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadına atfı yapılan son iki başvuru olan *Orhan Gürel başvurusu*²³ ile *Mohamed Kashet ve diğerleri başvurusu*²⁴ incelendiğinde de Mahkemenin bu atfı usulünün yerleşik hâle geldiği görülmektedir. Gerçekten her iki kararda da Divanın aynı içtihadına bir kez daha "2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı ve Diğer Yüksek Mahkeme Kararları" başlığı altında yer verilmektedir:

"35. Avrupa Birliği Adalet Divanı ise gümrük makamlarına bildirmeme fiili sebebiyle bildirim konu nakit paranın %60'ı tutarında para cezası verilmesinin yaptırımla amaçlanan sonuçlar ile karşılaştırıldığında ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır (Robert Michal Chmielewski (Macaristan), C-255/14, 16/7/2015)."

Mahkemenin bu 4 atfı genel olarak değerlendirildiğinde ise Divanın içtihadının genellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının sonuna eklendiği, bu anlamda büyük ölçüde netleşen uluslararası standartları desteklemek amacıyla kullanıldığı ve sistematik bir kullanım amacı gütmekten ziyade, sınırlı bir kullanımı yansıttığı görülmektedir. Bu anlamda ve çalışmanın başında sunulan çerçeveye referansla, Anayasa Mahkemesinin bu yargısal tutumundan hareketle Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyeliği anlamında bir *bölgesel veya küresel entegrasyon* sonucu çıkarmak da elbette ki mümkün olmamaktadır.

Bu kapsamda not edilmesi gereken bir diğer ilginç açılımsa "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi" içtihadına yapılan bir atfın da Anayasa Mahkemesi kararları arasında yer bulmuş olmasıdır. *Delali Özdemir ve Leyla Paldır başvurusunda*²⁵ gerçekten Bölüm tarafından verilen karara muhalif kalan Sayın Üye Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısında "zorla kaybetme" konusunda uygulanması gereken standartlar tartışılırken, anılan Mahkemenin içtihadına da iki ayrı yerde atfı yapılmaktadır:

"13. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesine göre ağır insan hakları ihlalleri meydana geldiğinde zamanaşımı

23 *Orhan Gürel*, B. No: 2015/15358, 24/5/2018, § 32.

24 *Mohamed Kashet ve diğerleri*, B. No: 2015/17659, 20/6/2019, § 35.

25 *Delali Özdemir ve Leyla Paldır*, B. No: 2015/19218, 4/7/2019, Engin Yıldırım, karşı oy, § 13, 17.

kurallarının ve failerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yönelik getirilen diğer tüm tedbirler ağır insan hakları ihlalleri faillerine cezasızlık zırhı tanımaktadır. (dn. 6: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Barrios Altos/Peru, 14 Mart 2001, aktaran Çalı ve Hakikat Adalet Hafıza Merkez, s.13.)

(...)

17. Uluslararası insan hakları denetim organları, zorla kaybetme mağduru kişinin yakınlarının yaşadığı acı, ıstırap ve süregiden bekleyişin, kaybetme olgusundan bağımsız bir temel insan hakkı ihlali olduğuna karar vermişlerdir. **Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AmİHM) zorla kaybetmeyi konu alan bir başvuruda “kayıp bir kişi hakkındaki hakikatten sürekli biçimde mahrum bırakılma, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturur” sonucuna ulaşmıştır.** (dn. 10: AmİHM, Bamaca Velasquez v. Guatemala, para. 164, aktaran Dinçer, s. 24.)”

Özellikle Güney Amerika Kıtası’nda yer alan kimi ülkelerin 20. yüzyılın ikinci yarısına damga vuran soğuk savaş dönemi boyunca yaşadıkları darbeler, uzayan otoriter yönetimler ve bu ülkelerdeki gündelik yaşama damgasını vuran sistematik insan hakları ihlalleri düşünüldüğünde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin zorla kaybetmeler de dâhil olmak üzere pek çok alanda çok acılı bir geçmişi yargılamakta olduğu görülebilir. Bu anlamda Sayın Yıldırım’ın karşı oy yazısında yer alan bu atfın salt bir *dekoratif atıf* olmaktan öteye geçen ve karşılaşılan soruna uygulanacak hukuki standartların belirlenmesinde gerçekten etkisi olan bir arayış olarak değerlendirilmesi mümkündür.

V. SONUÇ

Böyle bir çalışmanın sonuç bölümünde söylenebilecek ilk şey, Türk Anayasa Mahkemesinin yabancı ve uluslararası içtihatlarla açıklığı konusunun *sınırlı ve parçalı bir görünüm* arz ettiğiidir.

Bu tespitteki *sınırlılık*, 60 yılı aşan bir yargılama pratiği içinde Anayasa Mahkemesi kararlarında rastlanan bu türden atıfların, takip eden paragrafta incelenen ayrıksı durum hariç olmak üzere, *bindelik dilimlerle* ifade edilebilecek kadar istisnai bir alana sıkışmış olmasından kaynaklanmaktadır²⁶. Bu anlamda özellikle yabancı içtihatlarla açıklığın

26 Bu kapsamdaki tespitlere bir örnek olarak, Mahkemenin 1998 yılından 2012 yılına kadarki

hem norm denetimi hem de bireysel başvuru alanlarında Anayasa Mahkemesinin öne çıkan özelliklerinden biri olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Bu sınırlılık, örneğin, 2009-2017 yılları arasında karara bağladığı 533 davanın 157 tanesinde (yani toplam kararların yaklaşık %35'inde) yabancı içtihatlarla yer veren Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesiyle²⁷ karşılaştırıldığında daha da net bir biçimde görülür hâle gelmektedir.

Aynı tespitteki *parçalı görünüm* ise Mahkemenin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu kararlarında bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi atıfları ile *diğer her şey* arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Gerçekten, yukarıdaki kısa analizlerin de gösterdiği üzere, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu kararlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına yapılan atıflar, uluslararası atıflar kategorisini tek başına domine etmekte ve adeta "içtihat bütünleşmesi" seviyesine doğru evrilmiş bulunmaktadır. Bu anlamda bireysel başvuru sonucunda verilen kararların bu alanda alışlagelmiş bütün kalıp ve standartları altüst ettiğini söylemek mümkündür.

Bu parçalı görünüm, aynı zamanda yabancı ve uluslararası içtihatlarla verilen bağlayıcı güç ve değer ayrışması noktasında da göze çarpmaktadır. Bu ayrım çerçevesinde, yabancı içtihatlarla ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dışında kalan uluslararası içtihatlarla yapılan atıfların daha ziyade birer "*destek ölçü norm*" olarak kullanıldığı gözlemlenirken özellikle bireysel başvuru kararlarında atıf yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının doğrudan sonuca etkili dayanaklar olarak işlev gördükleri anlaşılmaktadır.

Bu noktada söylenebilecek olan bir diğer husus da Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özelinde uluslararası içtihatlarla kurduğu zihinsel köprülerin yabancı içtihatlarla yönelik zaten sınırlı olan ilgiyi yavaş yavaş ortadan kaldırmakta olduğudur. Bu bağlamda

15 yıllık bir dönemde yabancı içtihatlarla yaptığı atıfların %0,4'ün altında kaldığı hakkında bkz. Qoraboyev, I. ve Turkut, E. (2017). "International law in the Turkish legal order: Transnational judicial dialogue and the Turkish Constitutional Court", *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 26., No. 1., s. 60. Mahkemenin 1962 yılından 2017 yılına kadar geçen bir zamanda kurduğu bu türden etkileşimlerin rakamsal ve istatistikî analizlerini içeren bir çalışma için bkz. Yıldırım, E. ve Güleler, S. (2018). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67., No. 1., s. 105-144.

27 Tyrrell, H. (2020). "Foreign Jurisprudence as a Persuasive Authority: Judicial Comparativism at the UK Supreme Court", *Newcastle Law School Research Briefing*, No. 15., s. 7.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile kurulan yoğun yargısal diyalogun yabancı mahkemelerle kurulabilecek içtihadi temasları durduran bir *baraj işlevi* gördüğünden söz etmek mümkün hâle gelmektedir. Buna karşın ve biraz da ironik bir biçimde, *atıf yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında atıf yapılan yabancı mahkeme içtihatlarının* Anayasa Mahkemesi kararlarında bu dolayımın yer almasının sonucu olarak anılan kararların yabancı içtihatlarla Anayasa Mahkemesi kararları arasında –trafiği çok yoğun olmayan– bir *köprü işlevi* gördüğü de söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin yabancı ve uluslararası içtihatlar alanındaki 61 yıllık birikimine ve bugün geldiği noktaya ilişkin bu kısa analizlerden sonra, çalışmayı biraz da geleceğe bakarak tamamlamak uygun olacaktır. Bunun için de yabancı ve uluslararası içtihatlar açıklığının salt hukuksal anlam ve işlevlerinin yanında, demokratik toplumlarda anayasal ortak değerlerin pekişmesine olan muhtemel katkılarına dikkat çekmek gerekmektedir.

Hukuk normlarının meşruluğunu münhasıran yerel/ulusal aidiyetlik vurgusu üzerinden açıklayan romantik yaklaşımların²⁸ aksine gerçek hayatta hiçbir hukuk geleneği tümüyle içe dönük (*self-referential*), kendi kendine yeterli (*self-sufficient*) ve dış perspektiflere kapalı değildir²⁹. Bu bağlamda hukuk sitemleri tarihinin de büyük ölçüde diğer hukuk sistemlerinden ödünç alınan hukuki materyaller ile hukuk dünyası dışından alınan materyallerin içselleştirilme (*asimilation*) tarihi olarak okunması mümkündür³⁰. Bu çerçevede diğer pek çok şey gibi anayasal fikirler, kurumlar ve çözümler de mahkemelerin ve diğer hukuk aktörlerinin zihin dünyalarında dolaşmakta; bir anlamda farklı ülkeler, bölgeler ve sistemler arasında göç etmektedir³¹. İşte bu “göç”ün ayak izleri takip edildiğinde mahkemeler arasındaki bu diyalogun münhasıran liberal demokratik rejimlerdeki yargı organlarının arasındaki bir pratik

28 Anılan yaklaşımların karşılaştırmalı anayasa çalışmalarına yaklaşımları üzerinden yapılan bir analizi için bkz. Tushnet, M. (2006). Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law, içinde Choudhry, S. (Der.), *Migration of Constitutional Ideas* (ss. 67-83), New York: Cambridge University Press.

29 Örcü, E. (2007). “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde Yargısal Karşılaştırmacılık ve Mahkemeler Arası Diyalog”, *Anayasa Yargısı*, C. 24., s. 453.

30 Pound, R. (1938), *The Formative Era of American Law*, Boston: Little, Brown & Co., s. 94.

31 Choudhry, S. (2006). Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law, içinde Choudhry, S. (Der.), *Migration of Constitutional Ideas* (s. 13), New York: Cambridge University Press.

olduğu ortaya çıkmaktadır³². Gerçekten baskıcı rejimlerin, içe kapalı toplumların, hukuk devleti ilkesinin tanınmadığı ve temel hakların korunmadığı ülke mahkemelerinin, *uzak diyarlardan* öğrenecek pek az şeyleri olduğuna inandıkları ve bu anlamda böyle bir çabaya dahi girişmedikleri gözlemlenmektedir³³. Demokratik hukuk devletlerinin anayasal belgelerini dolduran “özgürlük”, “eşitlik” ve “insan onuru” gibi anayasal değerlerin; “*kuvetler ayrılığı*”, “*yargı bağımsızlığı*” ve “*siyasi sorumluluk*” gibi anayasal kurumların ve “*demokrasi*”, “*insan hakları*” ve “*hukuk devleti*” gibi rehber anayasal ilkelerin, ortak bir değerler sistemine ve genel kabul gören asgari standartlara bakılmaksızın anlaşılmasının ve uygulanmasının güçlüğü de³⁴ bu “açıklığın” anlam ve değerinin anlaşılmasına katkı yapmaktadır.

İşte, Türk Anayasa Mahkemesinin yabancı ve uluslararası içtihatlarla açıklığı meselesinin de ancak bu geniş perspektifin denkleme dâhil edilmesiyle birlikte tam olarak anlaşılabileceğini ve değerlendirilebileceğini ileri sürmek pekâlâ mümkün görünmektedir. Zira Cumhuriyet’in ikinci yüzüylüne girerken dünyada ve bölgemizde gittikçe çoğalan silahlı çatışmalar, kontrolsüz ve kitlesel insan hareketlilikleri, iklim krizi, küresel ölçekte yükselen popülizm ve bunun demokratik değerler ve anayasal güvenceler üzerindeki yıkıcı etkisi, gelir dağılımı adaletsizliği ve küresel yoksulluk ile salgın hastalıklar gibi devasa sorunlar, tüm dünyayı etkisi altına almaya devam etmektedir. Böyle bir dünya resmi karşısında bazılarını bugünden öngörmek mümkün olmayan çeşitli meselelerle baş etmek durumunda kalacak olan Türk Anayasa Mahkemesinin de dünyadaki diğer demokratik hukuk devletlerinin deneyimlerinden yararlanmasının önünde hiçbir ilkesel engel bulunmamaktadır.

Ancak elbette ki ideal olan; Türk Anayasa Mahkemesinin yalnızca farklı yargı çevrelerinde geliştirilen çözümlerden yararlanan bir mahkeme olmanın ötesine geçmesi ve küresel ölçekte etkiler doğuran anayasal krizlerin çözümüne katkılar sunan, çağdaş demokrasinin, hukuk devletinin ve insan haklarının korunması alanındaki içtihatları örnek alınan bir mahkeme hâline dönüşmesidir. Anayasa yargıçlarının

32 McCrudden, C. (2003). Human Rights and Judicial Use of Comparative Law, içinde Örucü, E. (Der.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases* (s. 9), Great Britain: The United Kingdom National Committee of Comparative Law.

33 Kontacı, A. E. (2021). s. 345.

34 Kontacı, A. E. (2021). s. 340.

Cumhuriyet'in ikinci yüzyılına en büyük hediyesi de hiç kuşkusuz ki böyle bir mahkeme kimliğinin inşası ve pekişmesi olacaktır.

KAYNAKÇA

Makaleler ve Kitaplar

- BREMS, Eva ve VRIELINK, Jogchum (2019). Floors or Ceilings: European Supranational Courts and Their Authority in Human Rights Matters, içinde Lemmens, K, Parmentier, S. ve Reyntjens, L. (Der.), *Human Rights with a Human Touch: Liber Amicorum Paul Lemmens* (ss. 281-312), Cambridge: Inttersentia Publishers.
- CHOUDHRY, Sujit (2006). Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law, içinde Choudhry, S. (Der.), *Migration of Constitutional Ideas* (ss. 1-35), New York: Cambridge University Press.
- EJIMA, Akiko (2019). Use of Foreign and Comparative Law by the Supreme Court of Japan, içinde Ferrari, G. F., (Der.), *Judicial Cosmopolitanism, The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems* (ss. 804-808), Leiden and Boston: Brill Nijhoff.
- GROPPI, Tania ve PONTTHOREAU, Marie-Claire (2014). Conclusion - The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, içinde Groppi, T. ve Ponthoreau, M-C. (Der.) *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (ss. 411-431), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- JACKSON, Vicki (2010). *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press.
- KONTACI, Ali Ersoy (2014). "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4., ss. 105-117.
- KONTACI, Ali Ersoy (2021). *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- MAZZA, Mauro (2019). The Russian Constitutional Court and the Judicial Use of Comparative Law: A Problematic Relationship, içinde Ferrari, G. F., (Der.), *Judicial Cosmopolitanism, The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems* (ss. 547-549), Leiden and Boston: Brill Nijhoff.

- McCRUDDEN, Christopher (2003). Human Rights and Judicial Use of Comparative Law, içinde Örucü, E. (Der.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases* (ss. 1-22), Great Britain: The United Kingdom National Committee of Comparative Law.
- ÖRÜCÜ, Esin (2007). “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde Yargısal Karşılaştırmacılık ve Mahkemeler Arası Diyalog”, *Anayasa Yargısı*, C. 24., ss. 433-459.
- PILDES, Richard H. (2018). “Supranational Courts and The Law of Democracy: The European Court of Human Rights”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9., Issue. 2., ss. 154-179.
- POUND, Roscoe (1938), *The Formative Era of American Law*, Boston: Little, Brown & Co.
- QORABOYEV, İkboljon ve TURKUT, Emre (2017). “International law in the Turkish legal order: Transnational judicial dialogue and the Turkish Constitutional Court”, *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 26., No. 1., ss. 41-62.
- RAUTENBACH, Christa (2014). South Africa: Teaching an ‘Old Dog’ New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010), içinde Groppi, T. ve Ponthoreau, M-C. (Der.) *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (ss. 185-209), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- RESNIK, Judith (2005). “Law’s Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism’s Multiple Ports of Entry”, *Yale Law Journal*, Vol. 115 / *Yale Law School, Public Law Working Paper No. 110*, ss. 1564-1670.
- SCRIBNER, Druscilla ve SLAGTER, Tracy (2017). “Recursive Norm Development: The Role of Supranational Courts”, *Global Policy*, Vol. 8., Issue 3., ss. 322-332.
- TUSHNET, Mark (2006). Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law, içinde Choudhry, S. (Der.), *Migration of Constitutional Ideas* (ss. 67-83), New York: Cambridge University Press.
- TYRRELL, Hélène (2020). “Foreign Jurisprudence as a Persuasive Authority: Judicial Comparativism at the UK Supreme Court”, *Newcastle Law School Research Briefing*, No. 15.

YILDIRIM, Engin ve GÜLENER, Serdar (2018). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67., No. 1., ss. 105-144.

Mahkeme Kararları

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, *The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6/6/1995).

AYM, E.1997/62, K.1998/52, 20/10/2000.

AYM, E.2001/5, K.2002/42, 28/03/2002.

AYM, E.2020/67, K.2022/139, 9/11/2022.

Ali Kemal Renklioğlu, B. No.: 2012/171, 12/2/2013.

Hasan Taşlıyurt, B. No: 2012/947, 12/2/2013.

Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013.

N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016.

S.K.(B), B. No: 2014/18275, 4/7/2018.

Orhan Gürel, B. No: 2015/15358, 24/5/2018.

Mohamed Kashet ve Diğerleri, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

Delali Özdemir ve Leyla Paldır, B. No: 2015/19218, 4/7/2019, Engin Yıldırım, Karşı Oy.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 4/6/2023).

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 4/6/2023).



HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI VE BİREYSEL BAŞVURU

Constitutionalisation of Law and Individual Application

Dr. Abdullah ÇELİK*

ÖZET

Anayasa'nın birçok hükmü -diğer devlet organları gibi- yargı organlarının da faaliyetlerini Anayasa'ya uygun yürütmelerini emretmektedir. Yargı organları egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisini kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihadında yargı yetkisi *bir hukuki uyumsuzluğun esastan çözümlenerek karara bağlanması* olarak tanımlanmıştır. Bir uyumsuzluğun esastan çözümü için yapılan asıl faaliyet ise hukuk kurallarının yorumlanması ve o uyumsuzluğa uygulanmasıdır. Dolayısıyla yargı yetkisini kullanan mahkemelerin uyumsuzlukları çözüme kavuşturdukları sırada hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken *Anayasa'nın koyduğu esaslara göre hareket etmeleri* anayasal bir zorunluluktur. Aslında bu husus Anayasa'nın 138. maddesinin "*Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" şeklindeki hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Anayasa hukuku dışındaki hukuk alanlarında yargı yetkisi kullanan yargı organları da Anayasa'ya uygun karar vermek durumunda olduklarından bu hukuk alanlarının her birinin de Anayasa ile teması, diğer bir ifadeyle "anayasallaşması" bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'ya uygun yorumu zorunlu kılan Anayasa hükümleri bireysel başvurudan önce de bulunmasına rağmen hukuk kurallarının Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması ve uygulanması şeklinde yaygın bir uygulama bulunduğunu söylemek güçtür. Bireysel başvuruyla birlikte yargı organlarının hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun yorumlama

* Anayasa Mahkemesi Başraportörü, abduallah.celik@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-6759-1269.

ve uygulama zorunluluğunu denetleyen bir başvuru yolu açılmıştır. Bu mekanizma sayesinde yargı organları Anayasa'ya uygun yorum ve uygulama geliştirmeye hem fiilen hem hukuken mecbur kalmaktadır. Bu durum hukukun anayasallaşması sürecini hem hızlandırmakta hem de kaçınılmaz kılmaktadır. Hukukun anayasallaşmasının Anayasa'ya uyumu sağlama şeklinde olmazsa olmaz bir faydası bulunmakla birlikte bu alanda yanlış yorum ve uygulamalara neden olabilecek riskler de bulunmaktadır.

ABSTRACT

Many provisions of the Constitution prescribe the judicial organs, like other state organs, to carry out their activities in accordance with the Constitution. Judicial organs exercise judicial power, a part of sovereignty. In the case-law of the Constitutional Court, jurisdiction is defined as the resolution of a legal dispute on the merits. The main activity within the scope of the resolution of a dispute is the interpretation of the law and its application to the dispute. Therefore, it is a constitutional obligation for the courts exercising judicial power to act in accordance with the principles laid down in the Constitution while interpreting and applying the law in resolving disputes. Indeed, this issue is expressly regulated in the provision of Article 138 of the Constitution stipulating: *“Judges ... shall give judgment in accordance with the Constitution, laws, and their personal conviction conforming to the law.”*. In this framework, since the judicial organs exercising jurisdiction in branches of law other than the constitutional one shall give judgments in accordance with the Constitution, the interaction of each of these branches of law with the Constitution, in other words, *“constitutionalisation”* of them emerges as a necessity.

Although the provisions of the Constitution requiring interpretation of rules of law in accordance with the Constitution were in force before the individual application, it was difficult to say that there had been a common practice in interpretation and application of them in accordance with the Constitution. Through the individual application mechanism, a remedy has been introduced which reviews the obligation of judicial organs to interpret and apply the rules of law in accordance with the Constitution. By means of this mechanism, the judicial organs are obliged both *de facto* and *de jure* to develop interpretation and application of the law in accordance with the Constitution. This situation both accelerates the process of constitutionalisation of law and makes it inevitable. While the constitutionalisation of law has an indispensable benefit in terms of ensuring compliance with the Constitution, it also carries risks that may lead to misinterpretations and mispractices.

I. GİRİŞ

Bugüne kadar *anayasaya uygun yorum ilkesi* daha çok norm denetimi kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte Anayasa'ya uygun olarak faaliyette bulunmak durumunda olan sadece yasama organı değildir. Kanunlar ve diğer hukuk kurallarını yorumlayıp uygulayan yargı organları da şüphesiz Anayasa ile bağlıdır. Bu nedenle yargı organlarının hukuk kurallarını yorumlayıp uygularken Anayasa'ya aykırı sonuçlar doğurmamaları gerekir. Ancak bu husus literatürde etraflıca ele alınmamış bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konunun önemi bireysel başvuru yolunun hukukumuzda girmesi ve bu yolda yargı organlarının somut uyuşmazlıklarda hukuk kurallarını yorumlayıp uygulamalarının Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmeye başlaması sonucu daha da artmıştır. Bu durum da *hukukun anayasallaşması* tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Bu sunum kapsamında şu sorulara cevap aranacaktır. Hukuk -örneğin medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, vergi hukuku, usul hukukları, icra ve iflas hukuku- anayasallaşmak zorunda mıdır? Diğer bir ifadeyle farklı hukuk alanlarındaki hukuk kurallarının yorumu ve uygulamasının Anayasa'ya uygun olarak yapılması gerekir mi? Cevap evetse ikinci soru: Bireysel başvurunun buna etkisi nedir? Bireysel başvurunun hukukun anayasallaşmasına etkisi varsa üçüncü soru: Bu anayasallaşma sürecinin beraberinde getirdiği riskler ve çözüm önerileri nelerdir?

II. ANAYASA'YA UYGUN YORUM ZORUNLULUĞU

İlk soru "Hukuk anayasallaşmak zorunda mıdır?" idi. Bunun cevabını tabii olarak Anayasa'nın kendisinde aramak gerekir.

Birincisi Anayasa'nın "Egemenlik" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında Türk milletinin egemenliğini "Anayasa'nın koyduğu esaslara göre" yetkili organları eliyle kullanacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 9. maddesine göre ise egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisi "...mahkemelerce kullanılır." Anayasa Mahkemesi kararlarında¹

1 Anayasa Mahkemesinin kararlarında yargı yetkisinin anlamına ilişkin şu değerlendirmeler yapılmıştır: "Yargı fonksiyonu, bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır." (AYM, E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; AYM, E.2021/4, K.2021/86, 11/11/2021, § 6); "Anayasa'da yargı yetkisinin

yargı yetkisi “bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması” olarak ifade edilmiştir. Bir uyuşmazlığın esastan çözümü için yapılan asıl faaliyet ise hukuk kurallarının yorumlanması ve o uyuşmazlığa uygulanmasıdır. Dolayısıyla egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisini kullanan mahkemelerin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturdukları sırada hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken Anayasa’nın 6. maddesinde ifade edildiği şekliyle “Anayasa’nın koyduğu esaslara göre” hareket etmeleri anayasal bir zorunluluktur.

İkincisi Anayasa’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrasına göre “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Danışma Meclisinin maddeye ilişkin gerekçesinde “Devlet faaliyetlerinin Anayasaya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği”, hatta “yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabileceği” ifade edilmiştir². Buna göre “devlet faaliyetleri” arasında yer alan yargılama faaliyetinin, yani hukuk kurallarının yorumu ve uygulamasının “Anayasa’ya uygun olarak” yapılması Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin de bir gereğidir.

Üçüncüsü Anayasa’nın etkili başvuru hakkını güvence altına alan 40. maddesine göre “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen” kişiler, “yetkili makama başvurma imkânı”na sahip olmalıdır. Bu “yetkili makama başvurma imkânı” -bazı idari başvuru yolları bir tarafa bırakılacak olursa- uygulamada asıl olarak yargı mercilerine başvurabilmeyi ifade eder. Kanunlarla kişilere tanınmış olan mahkemeler önünde dava açma, itiraz etme, şikâyette bulunma şeklindeki haklar aslında -eğer uyuşmazlık “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetler” ile ilgiliyse- tam da Anayasa’nın 40. maddesinde güvence altına alınmış etkili başvuru hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre bir yolun etkili

bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmakla beraber yargı işlevinin ne olduğu tanımlanmamıştır. Doktrinde yargı işlevi, genel olarak hukuki anlaşmazlıkların yargısal yöntemlerle çözüme kavuşturulması fonksiyonu olarak nitelendirilmektedir.” (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 159; AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021, § 13).

2 Danışma Meclisinin maddeye ilişkin gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Bu madde ile Anayasanın üstünlüğü bir ilke halinde açıklanmakta ve Devlet faaliyetlerinin Anayasaya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. / Anayasa, sadece Devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecekler.”

başvuru hakkının gerekliliklerini karşılayabilmesi için -diğer bazı unsurların yanında- Anayasa’da tanınmış *temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının esasını inceleyebilme* kapasitesine sahip olması gerekir³. Buna göre etkili başvuru hakkının somut yansıması olarak yargı mercileri önünde görülen, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan uyuşmazlıklar (ki uyuşmazlıkların çoğu bir temel hak ve özgürlükle bağlantılıdır) aslında aynı zamanda *anayasal uyuşmazlıktır*. Anayasa’da tanınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının esasını incelemek durumunda kalan yargı mercilerinin bu uyuşmazlıkları kaçınılmaz olarak ilgili temel hak ve özgürlüğü güvence altına alan Anayasa hükümlerine uygun olarak çözümlenmesi gerekir⁴.

Dördüncüsü (üçüncü dayanakla bağlantılı olarak) Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre “... *Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*” Bu hüküm bireysel başvurunun ikincil nitelikte olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda verdiği bir kararında (K.V., § 53) belirttiği üzere “... *bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincilik ilkesi ile bunun yansıması olarak Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa’ya uygun korumanın sağlanmadığının*

3 Birçok Anayasa Mahkemesi kararı arasında örnek olarak bkz. Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 47. Ayrıca AİHM kararları için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 13 Rehberi- Etkili Başvuru Hakkı (Güncelleme 31 Ağustos 2021), §§ 34, 57.

4 Bu arada şuna değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 148. maddesi gereğince bireysel başvurularda temel hak ve özgürlüklerinin ihlali iddialarını inceleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edildiği üzere 40. maddede güvence altına alınan etkili başvuru hakkı Anayasa Mahkemesi dışındaki mercilerin kural olarak da yargı mercileri önünde tanınan bir haktır. Anayasa Mahkemesine göre “*Bireysel başvuru, hak ve özgürlüklerin korunmasının en önemli araçlarından biridir. Bireysel başvuru sisteminin etkili işlemesi bakımından başvuru yollarının tüketilmesinin kısa süre içinde incelenmesi gerektiği de açıktır. Bu aşamada belirtmek gerekir ki Anayasa’nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı, Anayasa’nın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının kullanılmasını ve bu yolun etkili bir şekilde işlemesini sağlayan, bireysel başvurudan önce başvurulabilecek idari ve yargısal başvuru yollarının oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuru sayıları dikkate alındığında bu iddiaların ilk elden Anayasa Mahkemesince incelenmesi, Anayasa’nın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının kullanılmasını ve bu yolun etkili bir şekilde işlemesini de önemli ölçüde güçleştirmektedir.*” (Neuriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022, § 90)

ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir.” Başvuru yollarının tüketilmesi kriteri ve ikincillik ilkesi ile Anayasa’nın 40 maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı arasında yakın bağlantı bulunmaktadır. Zira bir yolun tüketilmesinin gerekmesi için onun etkili bir başvuru yolu olması gerekir. Buna göre Anayasa’nın 40. maddesinin Anayasa’ya uygun yorumu zorunlu kılmasına ilişkin açıklamalar Anayasa’nın 148. maddesinde yer verilen başvuru yollarının tüketilmesi kriteri ve ikincillik ilkesi yönünden de geçerlidir.

Sonuncusu ve en önemlisi Anayasa’nın farklı hükümlerinin yorumuyla varılan “mahkemeler önündeki uyuşmazlıkların Anayasa’ya uygun olarak çözümlenmesi gerektiği” şeklindeki sonuca Anayasa’nın 138. maddesinin açık lafzından hareketle herhangi bir yoruma ihtiyaç olmadan da varabilmek mümkündür. Zira Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrasında “Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.” hükmüne yer verilmiştir.

Sonuç olarak egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisini kullanan, Anayasa’da tanınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını inceleyen ve Anayasa hükümleri ile bağlı olan yargı organlarının bu yetkileri çerçevesinde hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken Anayasa’nın 6. maddesinde ifade edildiği şekliyle “Anayasa’nın koyduğu esaslara göre”, 138. maddesinde ifade edildiği şekliyle ise “Anayasa’ya ... uygun olarak” hareket etmeleri anayasal bir zorunluluktur.

“Anayasa’ya uygun yorum” olarak kavramsallaştırılabilecek olan bu zorunluluk Anayasa’da hiçbir istisnası olmamak üzere tüm yargı organları bakımından geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir. Böyle olunca kadastro mahkemesinden icra mahkemesine, ticaret mahkemesinden aile mahkemesine, ceza mahkemesinden infaz hâkimliğine, idare mahkemesinden vergi mahkemesine ve bunların her derecedeki kanun yolu mercilerine kadar -özellikle adli ve idari yargı kollarında yer alan tüm yargı mercilerinin önlerindeki uyuşmazlıkları Anayasa’ya uygun olarak çözüme kavuşturmaları gerekmektedir. Bu da eşya hukukundan icra ve iflas hukukuna, ticaret hukukundan medeni hukuka, ceza hukukundan infaz hukukuna, idare hukukundan vergi hukukuna kadar her bir hukuk alanının Anayasa ile temasını, diğer bir ifadeyle “anayasallaşmasını” mecbur kılmaktadır.

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI SÜRECİNE ETKİSİ

Anayasa'ya uygun yorum mecburiyetinin, diğer ifadeyle hukukun anayasallaşmasının yukarıda belirtilen anayasal dayanakları (başvuru yollarının tüketilmesi kriteri dışında) bireysel başvurudan önce de vardı. Ancak bireysel başvurudan önce bu açık anayasal zorunluluğa rağmen hukuk kurallarının Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması şeklinde yaygın bir uygulama geliştirildiğini söylemek güçtür.

Tam burada “Giriş” başlığı altında cevabını aradığımız ikinci soruya gelinebilir. Bireysel başvuru hukukun anayasallaşmasında Türk hukukuna katkı sunmakta mıdır?

7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle bireylere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma imkânı getirilmiştir. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Kanun) 45-51 maddeleriyle de bireysel başvurunun usul ve esasları düzenlenmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası, 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve 47. maddesinin (2) numaralı fıkralarında kullanılan ifadelerden bireylerin kamu gücünün “işlem, eylem ya da ihmal”leri nedeniyle bireysel başvuru yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Buna göre bireysel başvuruyla birlikte kamu gücünün bireyselleştirilmiş somut faaliyetleri Anayasa yargısının denetimine açılmıştır. Kamu gücü kavramına dahil olduğunda kuşku bulunmayan yargı organlarının hukuk kurallarını yorumlayıp uyguladıkları somut yargısal faaliyetleri de kuşkusuz bu denetim kapsamındadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi daha önce kural olarak belirli bazı soyut hukuk kurallarının (normların) Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bireysel başvuruyla birlikte bu kuralların somut olaylar ve uyuşmazlıklar bağlamında yorumlanmasının ve uygulanmasının da Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır.

Bunun yargı organları bakımından anlamı şudur: Bir önceki başlık altında açıklandığı üzere yargı mercileri bireysel başvuru öncesinde de

“Anayasaya ... uygun olarak” karar vermek zorundalardı. Ancak bunların Anayasa’ya uygun olarak karar verip vermediklerini denetleyecek Anayasa hukuku alanında uzmanlığı olan belli bir mercii bulunmamaktaydı. Bireysel başvuruyla birlikte Anayasa Mahkemesi, yargı mercilerinin en azından Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma alanındaki temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa hükümlerine uygun olarak karar verip vermediklerini incelemeye başlamıştır. Böyle bir denetim mekanizmasının olması ise mahkemeleri Anayasa’ya uygun yorum yapmaya zorlamaktadır.

Peki, bu denetim mekanizması yargı mercilerini Anayasa’ya uygun yorum yapmaya ne şekilde zorlamakta; hukukun anayasallaşmasına nasıl katkı sunmaktadır?

6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında “Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.”; (2) numaralı fıkrasında ise “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verip giderim olarak yeniden yargılamaya hükmettiği ve kararın bir örneğini ilgili mahkemeye gönderdiği durumlarda derece mahkemesinin ne yapması gerektiği aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında “Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre bir önceki başlık altında yer verilen Anayasa hükümleri ve özellikle Anayasa’nın 138. maddesi uyarınca Anayasa’ya uygun karar vermek zorunda olup bunun gereğini yerine getirmeyen derece mahkemesi bireysel başvuru ve bunun içindeki yeniden yargılama mekanizmasının işlemesi sonucu Anayasa’nın 138. maddesindeki ifadeyle “Anayasa’ya ... uygun”, Kanun’daki ifadeyle “ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde” karar vermek zorunda kalmaktadır (subjektif etki). Böylelikle hukukun Anayasa’ya uygun yorumlanması, diğer bir ifadeyle anayasallaşması bireysel başvuruyla birlikte soyut bir anayasal zorunluluk olmanın ötesine geçmiş, yargı mercilerini hukuken ve fiilen zorlayan bireysel başvuru mekanizması sayesinde kaçınılması mümkün olmayan bir olgu olarak ortaya çıkmıştır.

Öte yandan bireysel başvurunun yukarıda yeniden yargılama bağlamında tarif edilen subjektif etkisi dışında objektif etkisi de bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında açıklandığı üzere⁵ bireysel başvurunun “Anayasa’yı yorumlama” şeklinde ortaya çıkan objektif yönünün gereği olarak kamu makamları ve derece mahkemelerinin benzer olaylardaki “...uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir.”

Adli ve idari yargı mercileri tarafından da kabul edilen bireysel başvurunun objektif etkisi gereği mahkemeler, aynı uyumsuzluk dışında benzer olaylara ilişkin uyumsuzluklarda da Anayasa Mahkemesinin anayasal yorumunu benimseyip uygulama yapmak durumunda olacaklarından, bireysel başvuru yoluyla hukuk kurallarının Anayasa’ya uygun yorumlanması, diğer bir ifadeyle hukukun anayasallaşması süreci daha da hızlanmaktadır.

IV. BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI SÜRECİNİN RİSKLERİ

Hukukun anayasallaşmasının Anayasa’ya uyumu sağlama şeklinde olmazsa olmaz bir faydası bulunmakla birlikte bu alanda yanlış yorum ve uygulamalara neden olabilecek riskler de bulunmaktadır. Bu riskler özellikle Anayasa’nın asgari güvence sağlaması ilkesi, Anayasa’yı

5 Anayasa Mahkemesi K.V. ([GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016) kararında bireysel başvurunun subjektif ve objektif etkileri, diğer bir ifadeyle işlevleri şöyle açıklamıştır:

“52. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Mahkemenin objektif işlevi Anayasa’nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif yönü ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmektir.

53. Mahkemenin Anayasa’yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir. Zira bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincilik ilkesi ile bunun yansımaları olarak Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa’ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa’yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır. Söz konusu yolun işlerliğini devam ettirmesinde Mahkemenin Anayasa’yı yorumlaması kritik öneme sahiptir. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Mahkemenin daha önce Anayasa’yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.”

yorumlama ve uygulamada takdir payı, kanunların uygulanmasının ihmali ve kanun yolu denetimi konularıyla bağlantılıdır. Bu başlık altında anılan konular üzerinden ortaya çıkma potansiyeli bulunan riskler ile bunların gerçekleşmemesi için alınması gereken tedbirler açıklanmaya çalışılacaktır.

Anayasa temel hak ve özgürlükler bakımından *asgari güvence* sağlamakta olup kanun koyucu bunun üzerinde güvence sağlama imkanına sahiptir. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla dilediği kanuni düzenlemeyi yapabilir⁶. Zira kanunla düzenleme yapmayla ilgili sınır Anayasa'nın 11. maddesinde "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" şeklindeki ifade edilmiştir. Anayasa'nın yasaklamadığı daha ileri güvenceler söz konusu olmadıkça burada sözü edilen Anayasa'ya aykırılık ancak Anayasa ile konulan asgari güvencelerin altında güvenceler sağlanması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla bireysel başvuru sonrası uygulamada bazı örnekleri görüldüğü üzere Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler kapsamında öngördüğü asgari güvenceleri yorumlayan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları dikkate alınarak kanunun sağladığı daha ileri güvencelerin kişilere sağlanmaması Anayasa'nın asgari güvence sağlaması ve yasamanın genelliği ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Dahası Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin sadece "*Anayasa'ya*" değil onunla birlikte "*kanuna ve hukuka*" uygun olarak hüküm verecekleri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla sadece Anayasa'nın asgari güvencelerini dikkate alan, dolayısıyla sadece Anayasa'ya uygun olarak hüküm veren, kanundaki daha ileri güvenceleri dikkate almayan hâkim Anayasa'nın 138. maddesine aykırı hareket etmiş olur. Bu da Anayasa'ya uygun değil aykırı yorum yapılması, diğer bir ifadeyle hukukun anayasallaşması değil Anayasa dışına çıkması sonucunu doğurur. Nitekim Anayasa'nın yorumu ve işin mahiyetinin gerektirdiği bu durum bazı uluslararası sözleşmelerde açıkça yasaklanmıştır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlıklı 53. maddesinde Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerin kanunlarıyla tanınan haklara sınırlama getirecek veya onlara aykırı olacak şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir⁷.

6 Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2008/31, K.2011/94, 9/6/2011

7 Sözleşme'nin 53. maddesinin (Sözleşme'nin ek protokollerle değiştirilmeden önceki orijinal metninde 60. madde) resmî çevirisi şöyledir:

Kamu makamları ve mahkemeler Anayasa'daki asgari güvenceleri sağlama konusunda belli bir *takdir payı*na sahiptir⁸. Hukukta matematiksel kesinliğe sahip sınırlar bulunmamaktadır. Herhangi bir hukuk metninin farklı kişiler ve makamlar tarafından yapılan yorumları arasında doğal olarak farklılıklar olabilir. Bu yorumlardan birinin mutlak olarak doğru olduğunu söyleyebilmek kahir ekseriyetle mümkün değildir. Bu nedenle yüksek mahkemeler alt derece mahkemeler tarafından yapılan yorumları denetleme imkanına sahip olmakla birlikte -kendi yorumları da mutlak doğruyu ifade etmeyeceğinden- belli bir takdir payı içinde onların yorumlarına müdahale etmemeleri gerekir. Anayasa'yı nihai olarak yorumlama yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi⁹ ile diğer mahkemeler arasında somut bir olay bağlamında Anayasa'nın asgari güvencelerine riayet edilip edilmediğinin yorumunda ortaya çıkabilecek farklılıklar konusunda da diğer mahkemelerin takdir payının olması işin tabiatı gereğidir. Bu bağlamda bireysel başvuru vasıtasıyla hukukun anayasallaşması sürecinde Anayasa Mahkemesi yönünden ortaya çıkabilecek risk Mahkemenin diğer mahkemelerin Anayasa'yı yorumlama konusunda sahip oldukları takdir payını aşırı sınırlandırmasıdır. Böyle bir sınırlandırma ise Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı nihai olarak yorumlamanın ötesinde yorum tekeli yetkisine sahip olması anlamına gelir. Bu da Anayasa'nın başka makamlar ve kişiler tarafından özgün olarak yorumlanmasını, yorumda çeşitlilik ve zenginliğin oluşmasını engeller. Ayrıca böyle bir yaklaşım bireysel başvuru sonrası temel hak ve özgürlüklerin daha etkili hayata geçirilmesi için güçlenmesi gereken yargısal diyaloga da zarar verilebilir. Dolayısıyla Mahkemenin bireysel başvuruları incelerken kamu makamlarının ve derece mahkemelerinin takdir payına mümkün olduğunca riayet etmeye özen göstermesi gerekir.

"İşbu Sözleşmenin hükümlerinden hiçbiri her Âkid Tarafın kanunlarına veya bu Âkidin, taraf olduğu diğer bir Sözleşmeye teofikan tanınabilecek İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri tahdit veya ihlâl eder mahiyette tefsir olunamaz." <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>.

- 8 Takdir payının farklı yönleri için birçok karar arasında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 73; *Halil Bayık* [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017, § 38; *Durmuş Fikri Sağlar* (2) [GK], B. No: 2017/29735, 17/3/2021, § 47; *Göksal Çetin ve İsmail Temel* [GK], B. No: 2018/13305, 15/12/2021, § 59; *Seyid Narin* [GK], B. No: 2018/20156, 18/5/2022, § 93.
- 9 *"Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir."* (Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 71)

Hukukun anayasallaşmasının beraberinde getirdiği bir başka risk *Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilen kanunun uygulanmaması* şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Anayasa'da, Anayasa'ya aykırı olan kanun hükümlerinin uygulanmaması, diğer bir ifadeyle *kanunun ihmali yetkisi* mahkemelere verilmemiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde sadece *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"* ile kanunların çatışması hâlinde kanunun ihmaline izin verilmiştir. Anayasa koyucu, Anayasa ile kanun hükümlerinin çatışması hâli bakımından başka bir usul öngörmüştür. Gerçekten de Anayasa'nın *itiraz yolunu düzenleyen* 152. maddesine göre *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."* Buna göre Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelere yüklenen Anayasa'ya uygun olarak karar verme yükümlülüğü Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması mümkün olmayan, bu nedenle Anayasa'ya aykırı olan bir kanun hükmünün Anayasa'nın öngörmediği bir şekilde uygulanmamasını değil o kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmasını gerektirir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesine ilişkin Danışma Meclisi gerekçesinde anılan maddede yer verilen Anayasa'ya uygun karar verme yükümlülüğü ile Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen itiraz yoluna başvuruma yetkisi arasında bağlantı kurularak *"Hâkim ... kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa veya kendisi aykırılık görürse Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir."* denilmiştir. Meselenin Anayasa Mahkemesine bakan boyutu ise şöyle açıklanabilir. Mahkemenin bireysel başvuruda tespit ettiği ihlalin kaynağı Anayasa'ya uygun yorumlanması mümkün olmayan bir kanun hükmü olduğunda, giderim yönünden kanun koyucuya düzenleme yapması için çağrı yapmak yerine yeniden yargılamaya hükmederek derece mahkemelerini -Anayasa'ya aykırı olsa bile- yürürlükte olan kanun hükmünü uygulamamaya (ihmale) zorlamaması gerekir.

Bireysel başvuru yoluyla anayasallaşma süreci içinde ortaya çıkan risklerden bir diğeri anayasallık denetiminin sınırlarının aşılması *kanun yolu denetimi* yapılmasıdır. Nitekim bu riski gören anayasa koyucu Anayasa'nın 148. maddesinde açıkça *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."* hükmüne yer

vermiştir. Aslında bu hüküm bir yönüyle başvuruçulara bir yönüyle de Anayasa Mahkemesine hitap etmektedir. Başvuruçuların ancak Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapmaları, bunun dışındaki hukuki ihtilafları Anayasa Mahkemesi önüne getirmemeleri, Mahkemenin de bireysel başvuru adı altında yapılan başvurular üzerinden Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan hukuki ihtilafları çözüme kavuşturmaması gerekir. Başvuruçuların bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri Anayasa Mahkemesi önünde gereksiz iş yükü oluşmasına neden olmaktadır. Mahkemenin kanun yolu denetimi yapması ise kendi uzmanlık alanı olmayan hukuk alanlarına müdahale etmesi ve o alandaki hukukun kendi içinde derinleşmesine ve dengesini bulmasına engel olma riski taşımaktadır. Ayrıca bu durum mahkemeler arasındaki iş bölümü ile diyalogun zedelenmesi tehlikesini barındırmaktadır. Bireysel başvurunun olduğu her ülkede olduğu gibi bu alanda kimi tartışmalar yaşansa da Mahkeme Anayasa ile kendisine çizilen alanda kalmaya özen göstermeye çalışmakta, başvuruların önemli bir bölümünü kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.

V. SONUÇ

Hukukun anayasallaşması Anayasa'nın birçok maddesinin zorunlu kıldığı sağlam teorik alt yapısı bulunan bir anayasal zorunluluktur. Bireysel başvuru da -ortak koruma alanındaki temel hak ve özgürlüklerle sınırlı olarak- bu zorunluluğu fiilen hayata geçiren bir mekanizma olarak işlemektedir. Dolayısıyla hukukun anayasallaşmasının tek yöne giden mecburi istikamet olduğunun kabul edilmesi dışında bir seçenek bulunmamaktadır. Ancak bu tek yönlü mecburi istikamette yürünecek olan yol dikensiz değildir. Hukukun anayasallaşması süreci riskleri de barındırmaktadır. Buna göre ideal olan yargı mercileri başta olmak üzere tüm kamu makamları ve akademisyenler arasında diyalogun geliştirilmesi, bu mecburi yolun mümkün olduğu kadar dikenlere basmadan birlikte yürünmesidir.

BİRİNCİ OTURUM: SORU-CEVAP

- **Mehmet Akif AYDIN:** Abdullah Çelik Bey'e teşekkür ediyorum. Ayrıca her üç konuşmacıya da değerli tebliğlerinden dolayı müteşekkirim. Şimdi zannediyorum soru-cevap veya katkı şeklinde belirli bir süremiz var. Söz almak isteyenler kendinizi de tanıtırsanız zannediyorum daha iyi olur, buyurun.

- **Hamit YELKEN (Yargıtay Üyesi):** Ben bütün sunumculara değerli sunumları için çok teşekkür ediyorum. Benim sorum Sayın Abdullah Çelik'e olacak. Sunumdan gerçekten çok faydalandım. Özellikle bu yorum meselesinde, bu takdir marjıyla ilgili kısma Anayasa Mahkemesinin de çok müdahale etmemesi hususuyla ilgili bir soru soracağım. Bunu çok değerli buluyorum ve katılıyorum ancak bir meseleyi sormak istiyorum. Özellikle ilgili kararlarda Anayasa Mahkemesinin kanımca yorumu ret yapması çoğu zaman onun için de bir zorunluluk. Abdullah Bey'in söylediği gibi Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin Anayasa'yı birinci referans olarak kabul etmeleri gerekiyor. Dolayısıyla kanunu yorumlarken Anayasa'ya uygun yorumlanması mümkün ise Anayasa'ya uygun yorum yapmaları bir tercih değil, bana bir zorunluluk gibi geliyor. Tam bu noktada acaba anayasa yargıcının "*Ben takdir alanına müdahale etmeyeyim.*" diyerek bu yorumu yapmaması ne kadar uygundur ya da bu çok gri bir alan, bu konuda bir kriteriniz var mı yani nasıl yapacağız, hangi konularda çekineceğiz? Siz tabii "*Yapılabilecekse yapılması gerekir.*" dediniz ama daha net bir ölçü koymamız mümkün müdür? Bunu sormak istedim. Çok teşekkür ederim.

- **Abdullah ÇELİK:** Teşekkür ediyorum sorunuz için Hamit Bey. "*Daha net bir ölçü koymamız mümkün müdür?*" dediniz ama ben sunumda şundan bahsettim: Yani hukuk söz konusuysa, yorum söz konusuysa matematiksel sınırlar koymak mümkün değil. Tabii ki yani burada en temel birtakım ilkeler belirleyebilirsiniz. Norm denetiminde anayasa yargıcının kanunu yorumlayarak "*Aslında şöyle yorumladığımız zaman bu kanun anayasaya aykırı olmuyor dolayısıyla iptal talebini reddediyorum.*" dediği mesele, aslında o kanun hükmünün ayakta tutulmasına ilişkin bir şey. O da zaten anayasal yorumu kavramsallaştırdığımızda çıkıyor. Yani kanunu Anayasa'ya uygun olarak yorumlamak mümkünse o ayakta kalsın ama Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekilde uygulansın. Buradaki takdir

marjı ise bundan daha başka bir şey bana göre. Aslında Anayasa'ya aykırılığı ne belirliyor? Asgari sınırın altında kalması belirliyor. O asgari sınır nedir? O konuda Anayasa Mahkemesinin tek belirleyici olmaması gerekir. Kendisinden önceki derece mahkemelerinin yorumlarına, akademisyenlerin yorumlarına -herkes yorumlayabilir Anayasa'yı, hepimizin Anayasa'sı zaten, hepimiz yorumlayabiliriz- mümkün olduğu kadar belirli sınırı aşmıyorsa müdahale etmeyecek. Tam da dediğiniz gibi orada gri alan olacak zaten, o gri alana karışmayacak. Sarı, yeşil, kırmızıdan sarı alana dokunmayacak, yeşilde sorun yok, kırmızıya geçince "Dur." diyecek Anayasa Mahkemesi.

- **Nahit GEZGİN (Anayasa Mahkemesi Raportörü):** Öncelikle çok teşekkür ederim sunumlarınız için. Sayın Abdullah Çelik'in konuşmasında değindiği bir hususa ben de değinmek, aslında kendisine ve diğer katılımcılara soru sormak isterim. Abdullah Bey özellikle hukukun anayasallaşması üzerinde durdu ve söylediklerinin bir kısmına ben de katılıyorum ancak kendisine sormak istediğim ve cevabını merak ettiğim husus şu: Anayasa'nın 148. maddesinde "[h]erkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabil"eceği hükmü yer aldığına göre -kendisinin sunumunda da belirttiği üzere- bu Anayasa, temel hak ve hürriyetler, bunların korunması ve Anayasa maddeleri daha önce var olmasına rağmen ve hukukun anayasallaşmasında, bireysel başvuru mekanizmasında çok etkili olduğunu bildiğimize göre aslında bu 148. maddenin hukukun anayasallaşmasında bir engel olup olmadığını kendisi düşünmekte midir ya da başka bir anlatımla biz aslında bireysel başvurudan bahsederken hukukun anayasallaşmasından değil hukukun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yorumlanmasından mı bahsetmek durumunda kalacağız? Çünkü bilindiği üzere Anayasa'da yer almış bazı haklar Sözleşme'de korunmadığında bireysel başvurunun konusu dışında kalmaktadır. İkincisi, sadece Anayasa değil acaba bazı Anayasa Mahkemesi kararlarının hukukun anayasallaşmasının önünde bir engel olduğunu düşünüyorlar mı? Örneğin -sayın konuşmacının da belirttiği üzere- Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 36. maddesine ilişkin olarak adil yargılanma kapsamında ceza yargılamalarını, mağdurlara ilişkin başvuruları incelememesi, bireysel başvuru dışında bulması hukukun anayasallaşması önünde bir engel olarak durmakta mıdır hâlâ? Teşekkürler.

- **Abdullah ÇELİK:** Anayasa'nın 148. maddesinin ortak koruma alanına referansla söylediniz. Ortak koruma alanına yaptığınız referansın sebebi de orada Sözleşme'ye bir gönderme yapılmış olması. Oradan kaynaklı olarak "Aslında bu hukukun anayasallaşmasından ziyade uluslararasılaşması mıdır?" diyorsunuz. Ben tam Hocam sunum yaparken onu not almıştım. Bu anayasallaşma aynı zamanda uluslararasılaşmayı da gerektiriyor. Bu kaçınılmaz bir sonuç zaten. Neden? Yeryüzünde tek başınıza yaşamıyorsunuz. -Hani biraz önce dediğimiz gibi- Anayasa Mahkemesi Anayasa'yı yorumlarken tek başına ve tekel değil. Anayasa'yı başkaları da yorumlayabilir. Çeşitlilik olacak, özgünlük olacak. Şimdi sizin de imza attığınız, tarafı olduğunuz uluslararası sözleşmeler yani aslında uluslararası toplum bir hukuki meseleyi belli bir seviyede anlıyor. Siz bu uluslararası toplumdaki daha altta mı anlayacaksınız yoksa onlarla aynı seviyede mi -aynı hukuki meseleyi- anlayacaksınız? Aslında burada yapılan şey Anayasa'nın yorumlanması. Anayasa'yı yorumlarken uluslararası sözleşmeleri, yabancı mahkeme kararlarını da dikkate alıyorsunuz. Aslında onları uygulamıyorsunuz. Uyguladığınız şey, yorumladığınız şey Anayasa ama onları da dikkate alarak uluslararası toplumun geldiği seviyeye bakıyorsunuz. Buna AİHM de bakıyor Sözleşme bakımından. AİHM de kendinin altındakilere bakıyor: "Avrupa hukuku ne diyor acaba? Karşılaştırmalı hukuk ne? Eğer Avrupa ülkelerinin çoğu bir meselede belli bir aşamaya gelmişse Avrupa konsensüsü var" diyor. "Artık ben yorumumu değiştiriyorum, aynı Sözleşme metnini şu şekilde yorumluyorum" diyor. Dışarıyla bağlantıyı kesmek anlamında değildir anayasallaşma süreci. Anayasallaşma süreci dışarıyla birlikte, uluslararası toplumla birlikte anayasayı yorumlamadır. Anayasa Mahkemesi -kendisinden sonra AİHM denetimi de olduğu için- bireysel başvuru kanalıyla aslında uluslararasılaşmayı, uluslararası hukuku yorumlarında epey dikkate aldı. Ciddi bir zenginlik kattı. Siz daralttığı yerden bahsediyorsunuz, ben de genişlettiği yerden bahsedeyim. O daralttığı yerde Anayasa hükmünü daraltmıyor. Sadece ortak koruma alanını almak zorunda olduğu için... "O anayasa hükmü, onu söylüyor." demiyor. "Ben sadece ortak koruma alanına bakarım." dediği için Anayasa hükmünü orada alıyor. Mülkiyet hakkına gelelim: Şimdiye kadar Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkına normalde hukuk fakültelerinde öğrendiğiniz o klasik mülkiyet bakışıyla bakıyordu ama şimdi mülkiyet hakkına çok geniş bir çerçevede bakıyor. Bunun nedeni ne? Bunun nedeni AİHM içtihatları. Bunu da inkâr etmeyelim. Yani uluslararası hukuktan beslenmek kötü bir şey değil. Bence iyi bir

şey. Anayasallaşma sürecini zedelediğini hatta zenginleştirdiğini düşünüyorum.

- **Mehmet Akif AYDIN:** Abdullah Bey, teşekkür ediyorum. Efendim, program sarkıyor, yeni soru-cevap almayacağız. Yalnız önce Ece Hanım'ın, sonra Ali Bey'in katkıları var. Onları alayım ve sonrasında mecburen oturumu kapatacağız.

- **Ece GÖZTEPE:** Ben sadece iki hususa değineceğim. Uluslararası hukuk elbette ki önemli bir genişleme ama uluslararası hukukun maddi olarak ne söylediğini saptamak da çok önemli. İki husus var. Bir tanesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi. Doğrudan talep edilebilir bir hak değil ancak Mahkeme -biliyorsunuz- taraf devletleri kendi iç hukuk normları ya da başka uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir iç hukukun parçası hâline getirilmiş sözleşmelerdeki daha üstün koruma sağlayan şeyleri, kendisini gerekçe göstererek uygulamamayı yasaklıyor. Şimdiye kadar iki başvuru olmuş ve ikisinde de bireysel başvuru konusu olamayacağı için reddedilmiş. Dolayısıyla bize yargısal olarak korunabilir bir hak sağlamasa da bence bütün ulusal mahkemelerin uyması gereken bir norm. Bu anlamda daralma sadece -demin Ersoy Hocamızın söylediği- Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'in 6. maddesi bakımından değil AİHS'in 5. maddesi ve Anayasa'nın 19. maddesi bakımından da uygulanıyor ve bu gerçekten de üzücü. Çünkü bizim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. ve devamı maddelerindeki tutuklama ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki şüpheli-sanık-hükümlü ayrımı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS'in 5. maddeyi yorumlamasından çok daha geniş ve Türkiye de suni bir şekilde yanıtlar. Hükmen tutukluluk kavramı tamamen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin düşük standartlı korumasına endekslenmiş bir korumadır. Bu anlamda da aslında bir daraltmadır ve bizim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulanmaması, aslında Anayasa'nın 19. maddesindeki güvencelerin de daha geriye düşürülmesi anlamına gelmektedir. Aynı şekilde 6. madde ile 36. madde arasında da yine benzer bir daraltma söz konusu. Ortak koruma alanı konusunda Anayasa Mahkemesi eski üyesi değerli hocamız Fazıl Sağlam ortak koruma alanının nasıl suni bir kavram olduğu ve aslında bireysel başvurunun bu ortak koruma alanı üzerinden koruyacağı alanın nasıl daraltıldığı üzerine "*Metin Günday'a Armağan*"da -galiba seksen sayfalık- bir makale yazdı. Ben her satırına katılıyorum. Çünkü -galiba 2016'da

burada yine benzer değerlendirme yaparken söylemiştim- üç olasılık vardı ve ne yazık ki Anayasa Mahkemesi en küçük ortak bölende karar kıldı. Bir defa Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi yapıyor. Sözleşme'ye uygunluk denetimi yapmıyor. Üç olasılıktan birisi neydi? Sadece Anayasa'daki hükmü, adil yargılanmayı -bizdeki karşılığı 36. maddeyi- esas almaktı. İkinci olasılık bence anayasal olmayan olasılık: Sadece Sözleşme'yi esas almaktı. Ya da ortak koruma alanı deniyorsa da aynı hakkın her iki belgedeki toplamını esas almaktır ki maksimum korumayı sağlayan da bu olacaktır. Çünkü adil yargılanma hakkının birçok alt unsuru 6. maddede düzenleniyor. 36. madde buna -özellikle de davacı lehine adil yargılanma hakkı ilkelerinin korunması bakımından destek sağlayacaktır. Ben yine bu görüşümün arkasındayım ve anayasaya uygunluk denetimi yapılan bireysel başvurudaki ortak koruma alanının her iki metnin -Sözleşme ve Anayasa metni- kümülatif değerlendirmesi sonucunda gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

- **Ali Ersoy KONTACI:** Teşekkür ederim Başkanım. Ece Hocam zaten benim aklımdan geçenlerin çok büyük bir bölümünü söyledi. Ben de çok küçük bir katkı yaparak sizleri daha fazla öğle molasından alıkoymayacağım. Bu ortak koruma alanına ilişkin yorumda aynı zamanda uluslararası sözleşmelerin varlık sebeplerini ve kaleme alınış biçimini de düşünmek lazım. Uluslararası sözleşmeler mahiyeti gereği minimum konfigürasyonunda kaleme alınır. Amaç, mümkün olan en fazla sayıda devletin katılımını sağlamaktır. Bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki korunan hakların bir buçuk satır, sınırlama sebeplerinin on satır olmasında bile görülebilen bir şey. Ama mesela nerede görülebiliyor? Sözleşme'ye ek 1. Protokol madde 3, seçme hakkı meselesi... Ne diyor Sözleşme, neyi koruyor? "*Taraf devletler makul aralıklarla düzenli şekilde ulusal parlamento seçimleri yapmalıdır*" diyor. Neden -mesela- Cumhurbaşkanlığı seçimi hiçbir şekilde Sözleşme'de geçmiyor? Neden yerel seçim geçmiyor? Bunlar hukuken korunmaya layık olmayan değerler oldukları için falan değil. Şimdi Avrupa Konseyine üye ve Sözleşme'ye taraf devletlerin bazılarında anayasal monarşi var. Yani devlet başkanı kral/kraliçe. O zaten veraset usulüyle geliyor. Şimdi siz oraya kalkıp "*Devlet başkanı seçme hakkı vardır.*" falan yazarsanız bir sürü imzacı devleti belki kışkırtırsınız veya geriye itersiniz. Yerel seçimler dediğiniz zaman -bizdeki gibi üniter devlet olan- kimi ülkede belediye seçimi anlaşılır, köy idaresi anlaşılır; -mesela İtalya, İspanya gibi bölgesel

devlet olan- kimi ülkede de yerel seçimler başka anlama geliyor. Federal devlet var: Almanya. Dolayısıyla yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile aslında Türkiye'nin taraf olduğu ve Mahkememizin referans alabileceği diğer sözleşmelerdeki yazımları da korunan hukuki değer yönünden de algılamakta ve böyle değerlendirmekte fayda var. Oradaki amaç, dediğim gibi bizim Anayasa'mızdaki fazla korumayı ortadan kaldırmak tabii ki değildir. Uluslararası sözleşmeyi yazmanın kaçınılmaz bir üslubudur. Yani bunun ayağımıza dolanmasına izin vermemek gerekiyor. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk denetiminde esas alacağı Anayasa'yı ve belki diğer ölçü normları bu anlamda daha özgürlükçü, daha genişletici yoruma tabi tutması mümkündür diye düşünüyorum. Çok teşekkür ediyorum.

- **Zühtü ARSLAN (Anayasa Mahkemesi Başkanı)** Ben öncelikle arkadaşlara teşekkür ediyorum. Çok istifade ettik. Gerçekten güzel sunumlar oldu. Oturum Başkanımızı da çok özgürlükçü yönetiminden dolayı tebrik ediyorum. Kadir Bey'e dedim ki *"Ben olsaydım keserdim sözlerini arkadaşların. Akif Hoca'm oldukça toleranslı davrandı."* Ama iyi ki öyle yaptınız, güzel şeyler dinledik, sağ olun. Ben Ece Hanım'ın sunumuna kısa bir katkı yapmak istiyorum. Mahkemenin pratik anlamda kurumsal gelişmesinin ne durumda olduğunu belki daha iyi kavrayabilmek için bazı şeyleri ifade etmek lazım. Şimdi özellikle son on yılda bireysel başvuru anayasa yargısında çok öne çıktı. Bu panelde bile onu gördük. Yani ağırlıklı olarak bireysel başvuru konuşuluyor. Norm denetimi sanki biraz ikinci planda kalmış gibi. Ama anayasa yargısının asli alanı hepimiz biliyoruz ki norm denetimi. Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya uygunluğunun denetimi, anayasa yargısının esas alanını oluşturuyor ve anayasa mahkemeleri bu temel işlevi yerine getirmeye çalışıyor. Şimdi söyleyeceklerimin Ali Bey'in de aslında sunumuyla bağlantılı bir kısmı var. Norm denetiminde 2015 yılından itibaren kurumsal anlamda çok radikal değişiklikler oldu. Kamuoyu bunu çok iyi takip etti mi emin değilim ama akademik dünyada takip edenler var. Bunlardan biri Ece Hanım, bunu biliyorum. Bir kere 2015 yılına kadar Anayasa Mahkemesinde karar okuma pratiği vardı. Birçok kişiye bu yabancı gelebilir ama karar okuma pratiğimiz şuydu: Genel Kurul bir araya geliyor, işte altı ay önce veya bir yıl önce, bazen daha da uzun süre önce verilmiş bir kararı yansıtıyor powerpoint'te, paragraf paragraf onu okuyor ve karara son hâlini veriyordu. Böylece karar yayımlanmaya

hazır hâle geliyordu. Bu tabii bütün bir günü alabiliyordu. Bazen ikinci güne de sarkabiliyordu, okunacak karar sayısına bağlı olarak. Doğrusu çok da verimli geçmiyordu. Dedik ki biz bunu kaldıralım. Bize pratik, çok fazla faydası yok. Tersine kararların yayımlanmasını geciktiriyordu. Dolayısıyla karar okuma seanslarını kaldırdık. Artık Mahkemede 2015 yılından beri karar okuma pratiği yok. Bunun yerine üyelerimize dağıtıyoruz karar taslaklarını. Her üyemiz katkısını yapıyor ve nihai olarak Anayasa Mahkemesi Başkanı okuyor ve imzalandıktan sonra karar Resmî Gazete'ye gönderiliyor. Fakat 2015'te daha önemli bir adım atıldı. Biz raportör arkadaşlara dedik ki *"Karar taslaklarınızı Heyet'e artık raporla birlikte sunacaksınız."* Raportör arkadaşlar karar taslaklarını hazırlayarak Heyete girmeye başladılar. Sunulan taslak üzerinde bir mutabakat oluşuyorsa ve o yönde bir karar çıkıyorsa hızlı bir şekilde gerekli düzeltmeler, eklemeler, çıkarmalar yapılarak kararın yayına hazırlanması söz konusu olabiliyor. Böylece artık -Ece Hanım'ın bahsettiği anlamda- karar verdikten sonra yıllar geçip kararın yayımlanması uygulaması da sona ermiş oldu. Bugün itibarıyla baktığımızda çok nadiren karar verildikten beş altı ay sonra kararın yayımlandığını görebiliriz. Bu çok azdır, istisnadır. Karar verildiği andan itibaren en geç iki üç aylık süre içinde Anayasa Mahkemesinin kararları yayımlanıyor. Bazen burada muhalefet şerhleri gecikebiliyor. Üyemiz muhalefet şerhini, on gün içinde göndermediyse o zaman *"Muhalefet şerhini koymadan yayımlayalım."* diye bir uygulamaya gitmedik. Ancak üyelerimiz biraz geciktiğinde onlara muhalefet şerhlerini hatırlatıyoruz ve çok hızlı bir şekilde tamamlayarak onları Resmî Gazete'ye gönderiyoruz. Bu da kararların yayımlanma sürecini hızlandırdı. Üçüncü bir değişiklik daha oldu. Bu da çok önemli. Yine kamuoyunun ben çok fark ettiğini sanmıyorum ama akademisyenler bunu takip ediyorlardır. Biz karar metinlerinden dava dilekçelerini ve başvuru kararlarını çıkardık. Bunun çok ciddi komplikasyonları oluyordu. Biraz önce Ali Bey bunların birinden bahsetti. İşte arama motorundan aradığınızda dava dilekçesinden bir cümle alabiliyorsunuz, bir kavram bulabiliyorsunuz. Hatta bazı akademisyenler bile -geçmişte bunun örneğine rastladık- *"Anayasa Mahkemesi şöyle diyor, bu kararda böyle söyledi."* diye dava dilekçesinden bölümler alıntılatabiliyorlardı. Bunun da önüne geçmek için biz dedik ki bunu ayıralım. Temel iddiayı tabii ki metinde özetliyoruz, ama bir bütün olarak dilekçeyi metne koymuyoruz. İsteyen kişi onu internette ayrıca bulabiliyor, okuyabiliyor. Bu çerçevede baktığımızda bu kurumsal değişikliklerin çok önemli olduğunu

düşünüyorum. Hepinize tekrar çok teşekkür ediyorum.

- **Mehmet Akif AYDIN:** Ben teşekkür ederim. Tabii şu var Sayın Başkan, ben şöyle de anlamış olabilirim: Anayasal kuralların diğer kurallara üstünlüğü olduğu gibi Anayasa Mahkemesindeki görevlilerin diğer hukukçulara da belki üstünlüğü vardır diye Abdullah Bey'in sözünü kesemedim. Kusura bakmayın. Efendim sabahki oturumumuz burada bitiyor. Öğleden sonra buluşmak üzere tekrardan her üç konuşmacıya ve sizlere çok teşekkür ediyorum.

İkinci Oturum

**“Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin
Cumhuriyetin Temel Niteliklerine İlişkin Yorumu”**

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

**İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku
Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi**

Konuşmacılar

Prof. Dr. Yüksel METİN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi**

Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah EVLİYAOĞLU

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi**

İkinci Oturum

Oturum Başkanı Prof. Dr. Mustafa KOÇAK*

Anayasa Mahkememizin Değerli Başkanı, Başkan Yardımcıları,
Değerli Üyeleri,

Anayasa Mahkememizde Görev Yapmış Emekli Hâkimlerimiz,
Raportörlerimiz,

Değerli Akademisyenler

Bugün Anayasa Mahkememizin kuruluşunun 61. yılı nedeniyle tertip edilen sempozyumun ikinci oturumunu yönetmek üzere buradayım. Bildiğiniz gibi Anayasa Mahkememiz 1961 Anayasası'yla bizim anayasa hukukumuzda girdi ve altmış bir yıldır da Anayasa Mahkememiz varlığını sürdürüyor, devam ettiriyor. Aradan altmış bir yıl geçti ve bugün ne mutlu bir tesadüf ki Mahkememizin 61. yılıyla Cumhuriyet'imizin 100. yılını birlikte kutluyoruz. Aynı yıla isabet etti. Bu özel toplantıda bu özel sempozyuma davet edildiğim için başta Sayın Başkan'a ve Anayasa Mahkememizin değerli üyelerine teşekkür ediyorum.

Değerli katılımcılar, değerli dinleyenler 1921, 1924 Anayasaları döneminde egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu bir dönem yaşadık. Genel anlamda -her ne kadar eleştiriler de olsa- Rousseaucu anlayışa yakın bir dönem yaşadık. Rousseau'nun "*demokraside çoğunluğu alanın, sandıktan çıkanın haklı olduğu, azınlıkta kalanların hiçbir haklarının olmadığı, onların yanıldıkları, onları çoğunluk gibi düşünmeye zorlamanın bile meşru olduğu*" yolundaki görüşleri düşünülürse 1961 Anayasası'yla Türkiye'de bir dönüşüm yaşandığını da söylemek mümkün. Yalnız şunu tespit ediyoruz bu altmış bir yıl içinde: Biliyorsunuz anayasal demokrasi çelişkili iki kavramın birleşmesinden meydana geliyor. Bir taraftan çoğunluğun yönetimi olan demokrasi, öbür taraftan da birey hak ve özgürlüklerin korunması, iktidarın sınırlandırılması, kuvvetler

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

ayrılığı gibi kavramlar. Bu çelişkiyi çok yoğun bir biçimde Türkiye yaşıyor, yaşamaya da devam ediyor. Hatta o noktaya geldiği oluyor ki altmış bir yıldır varlığını sürdüren Anayasa Mahkememizin siyaseten de olsa ortadan kaldırılması ve gereksizliği bile dillendirilebiliyor. Bu arada anayasal devleti kurumsallaştıracak, ayakta tutacak, koruyacak kurum olarak Anayasa Mahkemesinin bu gerilimi en çok yaşayan kurum olduğunu da bizler biliyoruz, anlıyoruz. Bir taraftan siz anayasal devleti, temel hak ve özgürlükleri, kuvvetler ayrılığını, iktidarların Anayasa'ya uygun davranmalarını, siyasetin sınırını Anayasa'yla çizmeye çalışırken tabii ki kolay bir görev yapmıyorsunuz. Büyük bir gerilim altındasınız. Bu siyasetten gelebiliyor. Bu bizzat yargıdan gelebiliyor. Bu medyadan gelebiliyor ama yaptığınız görevin de çok şerefli bir görev olduğunu biz biliyoruz ve çalışmalarınızı da bu açıdan takdir ediyoruz. Şimdi ikinci oturumda tabii oturum başkanları mikrofonu ele alınca korsan tebliği sunarlar. Ben öyle yapmayacağım. İkinci oturumumuzun başlığı *“Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Temel Niteliklerine İlişkin Yorumu”*. Üç değerli konuşmacımız var. Bunlardan Prof. Dr. Yüksel Metin, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanımız. Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi ve üçüncü konuşmacımız da Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah Evliyaoğlu. O da Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi. Saatimiz 15.00. Bir saatlik süremiz var. Soru cevap da olacak. Konuşmaları 15-16 dakikayla ben sınırlandırma düşüncesindeyim. Çünkü bizden sonra bir oturum daha var. Ondan sonra da kapanış konuşmaları var. O nedenle süreye dikkat etmelerini konuşmacılardan rica ediyorum. Zaten konuşma metninizin tamamı genişletilmiş olarak Anayasa Mahkemesi Dergisi'nde yayımlanacak. İlk sözü Sayın Metin'e veriyorum, buyurun efendim.



ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ KARARLARINDA HUKUK DEVLETİNİN UNSURU OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Prof. Dr. Yüksel METİN*

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi konusunda bir tez veya makale yazmak isteyen birinin cevaplama gereken ilk soru, bu konuda söylenebilecek yeni bir şeyin kalıp kalmadığı sorusudur. Eğer bu soruya muhatap olan Alman veya İsviçreli bir hukukçu olsaydı cevap vermekte tereddüt ederdi¹. Zira başta bu iki ülke olmak üzere birçok ülkede ölçülülük ilkesine dair zengin bir kaynakça ve içtihat bulunmaktadır. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin öneminin giderek artması ve hukukun birçok alanında uygulanması nedeniyle yeni çalışmaların ortaya çıktığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesinin evrensel bir ilke hâline geldiği söylenebilir. Kuşkusuz bu gelişmeler Türk hukukunu da etkilemiştir. Ölçülülük ilkesinin 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ilke olarak Anayasa'nın 13. maddesine eklenmesi ve 2012 yılında bireysel başvuru yolunun uygulamaya geçirilmesi ülkemizde de ölçülülük ilkesinin önemini artırmış, anayasa yargısı alanındaki uygulamasında bir sıçramaya yol açmıştır. Son yıllarda Anayasa Mahkemesinin özellikle bireysel başvuru kararlarında ölçülülük ilkesini daha sık kullanmaya başladığı görülmektedir. Ancak ölçülülük ilkesine ilişkin bilimsel eserlerin sayısında aynı oranda bir artışın yaşandığı söylenemez. Diğer ülkelerde olduğu gibi bizde de ölçülülük ilkesine ilişkin bilimsel çalışmalar daha çok ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturmaya odaklanmaktadır. Oysa ölçülülük ilkesi sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı, yukselmetin@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2551-8661.

1 Bununla birlikte İsviçre'li hukukçu David Hofstetter, 2014 tarihli "Hukuk Devletinin Bir İlkesi Olarak Ölçülülük İlkesi" başlıklı eserinde şaşırtıcı olmayan bir şekilde bu soruya "evet" cevabı verileceğini belirtmektedir. Bkz. Hofstetter, D. (2014), *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV)-Ausgewählte Aspekte*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band. 216., Zürich: Verlag Schulthess, s. 1.

ölçüt değildir. Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken denetlenen kanun hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanun olmasa bile ölçülülük ilkesini Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak uygulayabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararda kanun koyucunun düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu vurgulamıştır².

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaparken Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen normun hukuk devleti ilkesine uygunluğunu incelerken ölçülülük ilkesini nasıl uyguladığı ele alınacak ve Anayasa Mahkemesinin uygulaması hakkında bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÖLÇÜ NORM OLARAK UYGULANMASI

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması, demokrasinin “*olmazsa olmaz*” şartlarındandır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, yasa koyucunun Anayasa'da gösterilen sınırlama sebeplerine dayanarak hak ve özgürlükleri ne ölçüde ya da nereye kadar sınırlayabileceğini gösteren ilke ya da kuralların olmasını da zorunlu kılar. Bir başka deyişle anayasada sınırlamanın ölçüsünün ne olacağı gösterilmelidir. Anayasalar sınırlamanın ölçütlerini ve sınırlamanın sınırını belirleyerek, yasama organına tanınan hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin anayasal sınırlarını çerçeveslendirirler. Hak ve özgürlükleri yasama organına karşı koruyan, yasama organının takdir yetkisini sınırlayan güvencelerden biri de ölçülülük ilkesidir.

Ölçülülük ilkesi dışında sınırlamanın ölçüsünü ve sınırlamanın sınırını belirleyen ilkeler de vardır. Sınırlamanın sınırını belirlemede ölçülülük ilkesi dışında yaygın olarak iki temel ölçüt kullanılmaktadır. Bunlardan biri, Alman Anayasası'nda (m. 19/2) yer alan ve 1961 Anayasası ile 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra 1982 Anayasası'nın da benimsediği “*öze dokunma yasağı*”dır. Diğeri ise Avrupa İnsan Hakları

2 Örnek olarak bkz. AYM, E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020, § 71; AYM, E.2021/97, K.2022/36, 24/3/2022, § 25; AYM, E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015, § 10; AYM, E.2017/14, K.2017/83, 29/3/2017, § 12.

Sözleşmesi'nin kullandığı ve 1982 Anayasası'nda da yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütüdür. Türk Anayasa Mahkemesi, bu üç ölçütle ilgili şu tespiti yapmaktadır³: "Aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "demokratik bir hukuk devleti"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır."

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında⁴, "Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan temel hak ve hürriyetlerin özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi kavramları, bir bütünün parçaları olup demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır" dedikten sonra temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre;

"...öze dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri,

3 AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/3/2017.

4 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 95 vd.

iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir⁵.”

Bu üç ölçütün ortak özelliği, temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerde sınırlanması gerektiğini ifade etmeleridir. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” güvenceleri, özgürlüklerin sınırlanmasında en son çizgiyi gösteren güvencelerdir; başka bir deyişle bu güvenceler artık daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı gösterirler. Oysa demokratik hukuk devletinde özgürlük asıl, sınırlama istisnadır. Bu ilke, hak ve özgürlüklerin maksimum düzeyde değil, sınırlama sebebindeki amaca ulaşabilecek ölçüde sınırlanmasını, sınırlamanın en az düzeyde tutulmasını gerektirir. İşte ölçülülük ilkesi, hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama noktasından önceki sınırlama alanının denetlenmesini sağlar. Sınırlamanın en son nereye varabileceğinden önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşabileceğinin tespiti gereklidir. Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmasını sağlayarak, özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfî olarak sınırlanmasını engeller. Ölçülülük ilkesi, sınırlamayla güdülen amaca erişmek için hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlanmasının yeterli olacağını belirleyen bir ilkedir. Ölçülülük ilkesinin diğer güvencelerden bir farkı da hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı konusunda yasama organını yönlendirici bir işleve sahip olmasıdır. Bir başka deyişle ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlükleri

5 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 95 vd.

koruyucu bir ilke olmanın yanında, sınırlamanın nasıl yapılacağını da gösteren bir ilkedir⁶.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde birbirleriyle ilişkili üç kriteri de (öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi) benimseyen bir uluslararası sözleşme veya anayasa bulmak güçtür. Bu üç ölçütün uygulama alanı tamamen örtüşmemekle birlikte, uygulama alanlarının kısmen kesiştiği görülmektedir. Bu noktada 2001 Anayasa değişikliği sırasında zaten var olan demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri yanına ölçülülük ilkesi dışında ayrıca bir de öze dokunma yasağının eklenmesine gerek olup olmadığı sorgulanabilir. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere, öze dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine de aykırılık oluşturur. Dolayısıyla 2001 değişikliği yapılırken Anayasa'nın 13. maddesine öze dokunma yasağının eklenmesine gerek olmadığı, öze dokunma yasağı eklenmemiş olsaydı bile sonucun değişmeyeceği söylenebilir.

Ne var ki anayasa koyucunun tercihi, üç kriteri de birlikte benimsemek yönünde olmuştur. Bu durumda Anayasa Mahkemesi hak ve özgürlükleri sınırlandıran yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken her üç ölçütü de göz önünde bulundurmak zorundadır. Ancak her olayda bu üç ölçüt bakımından ayrı ayrı inceleme yapmasına gerek yoktur. Anayasa Mahkemesinin öncelikle getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakması, öze dokunan bir sınırlama yapıldığını tespit etmesi hâlinde, daha ileri bir inceleme yapmaksızın iptal kararı vermesi yeterli olacaktır. Gerçekten öze dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek yoktur. Eğer öze dokunma yasağı ihlal edilmemişse, öncelikle ölçülülük ilkesi yönünden bir inceleme yapılması, ölçülülük ilkesine de aykırılık yoksa demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olup olmadığının araştırılması gerekir. Sınırlamanın öze dokunma yasağını ihlal etmediğinin tespitinden sonra

6 Metin, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 15-16.

öncelikle ölçülülük ilkesinin mi yoksa demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin mi uygulanması gerektiği konusunda çok katı bir hiyerarşi kurmak mümkün değilse de ölçülülük denetimine öncelik vermenin daha doğru olacağı kanaatindeyim. Ancak ölçülülük denetimi yapılırken sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri yönünden bir inceleme yapılması gerekir. Alınan tedbirin amaca ulaşmak için elverişli olup olmadığı belirlenmeden gereklilik ilkesine uygunluktan ya da aykırılıktan söz edilemez. Aynı şekilde alınan tedbirin gerekli olup olmadığı araştırılmadan doğrudan orantılılık ilkesi yönünden bir inceleme yapılmaması gerekir.

Ölçülülük ilkesinin esas uygulama alanı temel hak ve özgürlükler alanıdır. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “*sınırlamanın sınırı*”nı teşkil eder. Hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir işlev üstlenen ölçülülük ilkesi, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin yalnızca yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda bireysel hakların mümkün olduğu kadar korunarak kalması gerektiğini ifade eder. Ölçülülük ilkesinin amacı ve işlevi, kamu gücünün sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır⁷. Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında ölçülülük ilkesinin amacını, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesi şeklinde ifade etmektedir⁸.

Ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi yatmaktadır. Ölçülülük ilkesinin temelinde yatan bu düşünce, hukukun kendisi kadar eskidir. Bununla birlikte günümüzdeki anlamıyla ölçülülük ilkesi ilk defa 19. yüzyılda Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Başlangıçta polis hukuku alanında etkili olan ilke, zamanla idare hukuku alanına ve buradan da anayasa hukuku alanına geçmiş ve yayılmıştır. Ölçülülük ilkesinin klasik uygulama alanı idare hukuku olmakla birlikte, anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra anayasa hukukunda giderek yaygınlık kazanmış ve günümüzde en çok kullanılan anayasal denetim ölçütlerinden biri hâline gelmiştir⁹. Ölçülülük ilkesinin

7 Katz, A. (1989). *Staatsrecht*, 9. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 92.

8 AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

9 Meyer-Blaser, U. (1985). *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, Bern: Stämpfli, s. 8.

giderek yaygınlaşması ve öneminin artması, hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, adalet gibi kavramların gelişimiyle paralellik arz etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, kamu gücünün sınırlanması sorunuyla ilişkili olup temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında en çok kullanılan denetim ölçütlerinden biridir. Ölçülülük ilkesi, bireyleri devletin ölçüsüz müdahalelerine karşı korumaya yönelik bir fonksiyona sahiptir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin amacı ve fonksiyonu, kamu gücünü sınırlamak ve temel hakları optimum olarak güvence altına almaktır.

Ölçülülük ilkesi, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde önemi son yıllarda sürekli artan ve “*münferit olaylarda düzeltici*” olarak hemen hemen hukukun her alanında kendini gösteren bir ilkedir. Ölçülülük ilkesi, özellikle Alman ve İsviçre hukukunda devletin bütün faaliyetlerinde geçerli olan bir ilkedir. Bu ülkelerde ölçülülük ilkesinin uygulanması bakımından kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin yürütmeden, yargıdan veya yasamadan kaynaklanmasının önemi yoktur. Her iki ülkede ilke en geniş biçimde uygulama alanı bulmuştur. Bu ülkelerde ölçülülük ilkesi devletin bütün faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir.

Günümüzde ölçülülük ilkesi, Federal Alman anayasal düzeninde “*anayasaya içkin*” bir ilke olarak geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ölçülülük ilkesinin gelişimi Alman hukukuyla sınırlı kalmamış, ulusal hukukun sınırlarını aşarak Avrupa'nın tamamında geçerli bir ilkeye dönüşmüştür. Araç-amaç ilişkisinin aşamalı bir şekilde denetlenmesi ve tartışılması düşüncesi, çok sayıda Avrupa ülkesinin anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Daha 1990'lı yıllarda o dönemin bir fenomeni olarak ölçülülük ilkesinin Avrupalılaştırmadan bahsedilmeye başlanmıştır. Bu arada ölçülülük ilkesi gelişimini sürdürmüş ve Avrupa hukukunun dışına taşarak farklı birçok hukuk sisteminde uygulanmaya başlanmıştır. Avrupa kıtası dışında diğer kıtalardaki hukuk düzenlerinde de keza uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesi benimsenmiştir. Böylelikle ölçülülük ilkesi evrensel düzeyde ortak bir denetim ölçütü hâline gelmiştir¹⁰.

Özellikle temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından sınırlandırılmasında, söz konusu özgürlüğün kullanımının aşırı derecede

10 Saurer, J. (2012). “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, Band. 51., Heft. 1., s. 4.

kısıtlanmasını engellemek amacıyla geliştirilen ölçülülük ilkesi, kamu hukukunun temel ölçütlerinden biri hâline gelmiştir. Günümüzde bu ilke, özellikle de Avrupa hukuk sistemlerinde başta idare, anayasa ve hatta ceza hukuku olmak üzere pek çok hukuk ve yargılama alanında kullanılmaktadır. Günümüzde, ölçülülük ilkesinin neredeyse tüm hukuk dallarında özellikle de kamu hukuku alanında genel kabul görmüş temel bir ölçüt olduğunu söylemek mümkündür¹¹.

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, hukukun genel bir ilkesi şeklinde gelişmiştir. Ölçülülük ilkesi Almanya'da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. Tarihsel gelişim çerçevesinde, ölçülülük ilkesinin Alman hukukunda öneminin artmasında özellikle iki faktör etkili olmuştur. Birincisi, devletin faaliyet alanlarının sınırlanması ve devlete karşı kişisel hak ve özgürlüklerden daha fazla taviz verilmemesi yönündeki görüşlerin ağır basmaya başlamasıdır. Ölçülülük ilkesinin tanınmasında etkili olan diğer faktör ise devlet faaliyetlerinin yargı yoluyla denetlenmesidir. Bu denetim, idari yargı alanında 19. yüzyıldan beri, anayasa yargısı alanında ise 20. yüzyılın ikinci yarısından beri geçerlidir. Federal Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla yasa koyucunun ölçülülük ilkesine bağlılığını sağlamıştır¹².

1949 tarihli Federal Alman Anayasası m. 1/3, yasa koyucuyu anayasal düzenle bağlı kılmıştır. Buna karşılık Anayasa, ölçülülük ilkesini yasamanın sınırı olarak açıkça düzenlemiş değildir. Ancak yasa koyucunun ölçülülük ilkesiyle bağlılığı 50'li yıllardan beri tartışılmaktadır¹³. Ölçülülük ilkesinin hukuki temeli konusunda Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve doktrinde hâkim olan görüş, ilkenin hukuk devleti ilkesinden türediği şeklindedir¹⁴. Bunun yanında Federal Anayasa Mahkemesi ilkeyi temel hakların varlığından da türetmektedir. İlkenin hukuki temeli konusunda ileri sürülen diğer görüşler (insan onuru, eşitlik ilkesi, öze dokunma yasağı) kabul görmüş değildir¹⁵.

11 Erdem, J. G. (2013). "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", *AÜHFHD*, C. 62., S. 4., s. 972.

12 Heinsohn, S. (1997). *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg, s. 74.

13 a.g.e. s. 66.

14 Philip, K. (2019). "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi" (Çev. Çelik, B., Doğan, G., Yıldız, A. Ç.), *TAÜHFHD*, S. 1., s. 165.

15 Hill, H. (1989). "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlanmasına ve temek hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder¹⁶. Son yıllarda ölçülülük ilkesinde olduğu gibi çok az hukuki kavram böylesine bir gelişime ve yükselişe mazhar olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük ilkesi hemen hemen bütün kararlarda denetim kriteri olarak kullanılmış ve birçok kanun Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir¹⁷. Federal Almanya'da hem anayasa hukuku doktrininde hem de yargısal ve idari pratikte ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ve temel hakların en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda devletin her türlü eylem ve işleminin ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği konusunda, bazı eleştirel yaklaşımlar olmakla birlikte, bir uzlaşmanın bulunduğu söylenebilir¹⁸.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında çok önemli bir rol oynayan¹⁹ ölçülülük ilkesi, Anayasa'ya uygunluk denetiminde en çok kullanılan ölçütlerden biridir. Mahkeme ölçülülük denetimini iki aşamalı olarak gerçekleştirmektedir. İlk aşamada ulaşılmak istenen amaç veya hedef belirlenmektedir. Ölçülülük ilkesinin temelini amaç ve araç arasındaki ilişki oluşturur. Dolayısıyla araç-amaç ilişkisi belirleyici bir unsurdur. Amaç veya hedef belirlenmeden ölçülülük denetiminin yapılması mümkün değildir. Zira amaç belirlenmeden kullanılan aracın amaca ulaşmak bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı tespit edilemez. Bir başka deyişle amaç belirlenmemişse ölçülülük denetimi referans noktasının eksikliğinden dolayı havada kalır. Amaç, açıkça belirtilmemişse kanunun gerekçesinden, Meclis görüşmelerinden ve kanunun düzenlediği hususlardan yorum yoluyla belirlenir. Bu aşamada aynı zamanda ulaşılmak istenen amacın hukuken meşru ve izin

Strafgewalt", içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Edt.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Freiheitsrechte, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 1315-1316.

16 Katz, A. (1989). s. 93.

17 Stein, E. (1993). *Staatsrecht*, 14. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag, s. 240; Ress, G. (1985). "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", içinde Kutscher/Ress/Ermacora/Ubertaini (Edt.), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 7; Wendt, R. (1979). "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot", *AöR*, Band. 104., Heft. 3., s. 414.

18 Klatt, M. ve Meister, M. (2012). "Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip", *Der Staat*, Vol. 51., No. 2., s. 159.

19 Heper, A. (1996). "Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı", içinde Ökçesiz, H. (Der.), *Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti*, HFSA/3, İstanbul, s. 113.

verilmiş bir amaç olup olmadığı da denetlenir. Eğer ulaşılmak istenen amaç hukukun izin verdiği meşru bir amaç değilse daha ileri bir denetime gerek kalmaksızın müdahalenin hukuka aykırı olduğu yönünde bir karar verilmesi gerekir²⁰. Ölçülülük denetiminin ikinci aşamasında ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygunluk yönünden bir inceleme yapılır. İkinci aşamada ilk olarak yasa koyucunun müdahale için seçtiği aracın yasa koyucu tarafından istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı araştırılır. Alınan tedbirin yardımıyla istenilen neticeye ulaşılabiliyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa araç elverişsizdir. Kullanılan aracın ulaşılmak istenen amacı bütünüyle gerçekleştirmesi zorunlu olmayıp istenilen sonuca bir katkıda bulunması yeterlidir. İkinci alt ilke olan gereklilik ilkesi uyarınca kullanılan elverişli aracın amaca ulaşmak için aynı zamanda gerekli de olması gerekir. Gereklilik denetiminde ulaşılmak istenen amaca daha yumuşak başka bir araçla ulaşıp ulaşılamayacağı araştırılır. Kullanılan aracın gerekli olabilmesi için, aynı derecede etkili, ancak sınırlamaya konu olan hak ve özgürlüğü hiç sınırlamayan veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan alternatif bir aracın bulunmaması gerekir. Gereklilik denetiminde seçilen aracın gerekli olup olmadığı, yani amacın bireye daha az yük getirecek başka bir araçla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği incelenir. Alman hukukunda gereklilik ilkesi “aşırılık yasağı” olarak da adlandırılmaktadır. Üçüncü alt ilke olan orantılılık ilkesine göre amaç ile araç arasında ölçüsüz bir orantı bulunmamalıdır. Alınan tedbir bireylere ölçüsüz yükümlülükler getirmemeli, müdahale katlanılabilir nitelikte olmalıdır. Orantılılık ilkesi, araç ve amacın karşılıklı tartılmasını gerektirir. Bu tartım sonucunda aracın kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan sakıncaların ağır basması hâlinde, tedbirin orantısız olduğu sonucuna ulaşılır. Orantılılık ilkesi, kamu müdahalesinin yoğunluğu ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin gerekliliği ve önemi arasında bir dengelemeyi, hangi unsurun ne kadar ağır bastığının araştırılmasını gerektirir.

İsviçre hukukunda ölçülülük ilkesi pozitif hukuka 1999 Anayasasıyla girmiştir. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin ortaya çıkışı ve uygulanmaya başlanması 1800’li yılların sonlarına kadar geriye girmektedir. Ancak başlangıçta ölçülülük ilkesi açıkça zikredilmiş

20 Maurer, H. (2010). *Staatsrecht I*, 6. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, s. 228.

değildir. Federal Mahkeme ölçülülük ilkesini; “*kamu hukukunun bütün alanlarında*” etkili olan, idare hukukunun tamamına hâkim olan ve hem hukukun uygulanmasında hem de hukukun yaratılmasında geçerli olan temel bir ilke olarak kabul etmiştir²¹. Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin artan önemini dikkate alarak, ilkeyi anayasa hukukunun yazılı olmayan bir prensibi olarak nitelemiş ve bundan böyle ilkeyi anayasal değerde kabul etmiştir²².

Yeni İsviçre Anayasası, ölçülülük ilkesine hem hukuk devleti faaliyetlerinin temel ilkelerini düzenleyen 5. maddesinde hem de temel hakların sınırlanmasını düzenleyen 36. maddesinde yer vermiştir. 5. maddenin 2. bendinde, devlet faaliyetlerinde kamu yararının bulunmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, bu faaliyetlerin ölçülü olması gerektiği öngörülmüştür. 36. maddenin 3. bendinde ise temel haklara yönelik sınırlandırmaların ölçülü olmak zorunda olduğu ifade edilmiş, 4. bentte ise “*temel hakların özüne dokunulamaz*” hükmüne yer verilmiştir. Böylece ölçülülük ilkesi, anayasada yazılı olmayan hukukun genel bir ilkesi olmaktan çıkarak normatif bir anayasal ilke hâline dönüşmüştür. Bu ilkenin hem temel ilkeler altında hem de temel hakların sınırlanmasını düzenleyen maddede yer alması anlamlıdır. Anayasa koyucu, ölçülülük ilkesinin uygulama alanını temel haklarla sınırlı tutmamış, devletin bütün eylem ve işlemlerinde bu ilkenin geçerli olmasını istemiştir. Aslında anayasa koyucu, yeni bir şey getirmekten ziyade, bir anlamda mevcut durumu teyit etmektedir. Zira Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin kamu hukukunun bütün alanlarında geçerli olduğunu kabul etmekteydi²³.

1961 Anayasası, temel hakların sınırlanmasında temel sınırlama ölçütü olarak öze dokunma yasağını benimsemiştir. Anayasa metninde ölçülülük ilkesini işaret eden herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin korunmasında sınırlama sebep ve amaçlarına aykırılıktan dolayı verdiği çok sayıda iptal kararına rağmen ölçülülük ilkesinden ziyade öze dokunma yasağını kullanmıştır²⁴. Bununla birlikte 1961 Anayasası

21 Zimmerli, U. (1978). “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band. 97., Heft. 1., Halbband 2, s. 10.

22 Metin, Y. (2017). “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke midir?”, *SDÜHFD*, C. 7., S. 1., s. 23.

23 a.g.e. s. 24.

24 Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları, s. 159.

döneminde, Anayasa Mahkemesinin bu ilkeye tamamen yabancı kalmış olduğu da söylenemez. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında, açıkça zikredilmemekle birlikte, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına rastlanmaktadır. Ancak bu uygulamalar çoğu kez, incelenen olayla sınırlı kalmıştır. Ölçülülük ilkesi bu dönemde “ilerde karşılaşılabilecek sorunlara yön veren gelişmiş bir ilke” düzeyine çıkabilmiş değildir²⁵. Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 13. maddesinde, Anayasa’nın bu maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar açıkça yer almamaktaydı. Bununla birlikte bu ilkenin dolaylı olarak tanındığını gösterir ipuçları bulunmaktaydı. Doktrinde bu ilkenin hukuki temelini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna karşılık 2001 değişikliğiyle yeniden düzenlenen Anayasa’nın 13. maddesi, ölçülülük ilkesini açıkça temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak düzenlemiş ve böylece doktrinde ortaya çıkan tartışmalara son vermiştir. Böylelikle 2001 değişikliğinden sonra ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ölçüt olduğu, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını söyleyen 13. madde karşısında Anayasa Mahkemesinin ölçülülük testini uygulamak zorunda olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin norm denetimi esnasında ölçülülük ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görüp ölçü norm olarak kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin bir gereği olduğu yönündedir. Örneğin Sağlam, ölçülülük ilkesini pozitif bir anayasal temele dayandırırken hukuk devleti ilkesinden yararlanmıştır. Hukuk devleti ilkesi yazara, “ölçülülük ilkesinin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temel olarak gözükmektedir”. Yazara göre²⁶, “ölçülülük ilkesi, temel hakların somut olarak sınırlanmasını belli rasyonel ilkelere bağlayarak bir yandan hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmekte, öte yandan temel hak ve özgürlükleri koruyarak yine hukuk devletinin önemli bir unsuru olan “devlete karşı temel hak ve özgürlükler” düşüncesinin somutlaşmasına hizmet etmektedir.” Memiş’e göre ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur ve hukuk

25 Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları, s. 120-121.

26 a.g.e. s. 118.

devletinin içeriğini somutlaştırma amacına yöneliktir²⁷. Hatipoğlu'na göre ölçülülük ilkesi, her şeyden önce hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira bir hukuk devleti, her alanda, sınırlamalara başvururken ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket etmelidir²⁸. Küçük'e göre hukukun genel ilkeleri, pozitif olarak ölçü normlar arasında yer almasa da bu ilkelerin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinden hareketle dikkate alınmasına bir engel bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, önündeki kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken hukuk devleti ilkesinin içeriğini belirlemede hukukun genel ilkelerinden yararlanabilir. Çünkü hukuk devleti kavramı, hukukun genel ilkelerini de kapsamaktadır. Yazar, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti açısından son derece önemli olduğunu vurgulamakta ve ölçülülük ilkesini hukuk devletinin gerekleri arasında saymaktadır²⁹.

Buna karşılık Gözler, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinden çıkarılamayacağını söylemektedir. Gözler'e göre³⁰, *"eğer ölçülülük ilkesi hukuk devleti ilkesinden çıkarılabiliyorsa, daha pek çok şey hukuk devleti ilkesinden çıkarılabilir. Bu ise bizatihi hukukun belirliliği ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesini sarsar. Anayasada geçen ve dolayısıyla pozitif bir varlığa sahip bir ilkenin içine her şey sokulduğunda, o kavramın aslında fonksiyon olarak bir tabii hukuk ilkesinden farkı kalmamaktadır"*.

Görüldüğü üzere doktrindeki hâkim görüşe göre hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de ölçülülüktür. Anayasa Mahkemesi de birçok kararında ölçülülük ilkesinin Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olduğunu kabul etmiştir³¹. Örneğin bir kararında Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: *"Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve*

27 Memiş, E. (2011). *Anayasa Hukuku Notları*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 310.

28 Hatipoğlu, M. (2019). "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", *TBB Dergisi*, S. 143., s. 184.

29 Küçük, A. (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", içinde *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Çoban, A., Canatan, B. ve Küçük, A. (Der.), Ankara: Adres Yayınları, s. 359, 376.

30 Gözler, K. (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 250.

31 Örnek olarak bkz. AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 17.

orantılılık ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir³².”

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir³³.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında kanun koyucunun düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunun altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında yasal düzenlemeler yapılırken kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu belirtildikten hemen sonra kanun koyucunun takdir yetkisinin ölçülülük ilkesiyle sınırlı olduğu hep vurgulanmaktadır. Örneğin bir kararında şöyle demiştir: *“Asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların tek hâkimle ya da heyet olarak karara bağlanması hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kanun koyucunun bu takdir yetkisini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanması gerekir³⁴.”*

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaparken ölçülülük ilkesine başvurduğu konuların başında suç ve ceza politikası gelmektedir. Anayasa Mahkemesine göre *“Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.*

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak

32 AYM, E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020, § 71.

33 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 38.

34 AYM, E.2018/143, K.2019/39, 15/5/2019, § 11, 16.

üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılma istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşılma istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılma istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılma istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur³⁵.”

İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir olayda başvuruyu yapan derece mahkemesi başvuru kararında, kanun koyucunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu ve kanunla öngörülen bir yaptırım ile ulaşılma istenen amaç arasında ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğunu, emniyet teşkilatının personel eksikliği gibi bir sorunla karşılaşmaması ve buna bağlı olarak güvenlik hizmetinin etkin ve süratli bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu kuralın mecburi hizmete hiç başlanılmayan ya da başlandıktan kısa süre sonra ayrılan hâllerde öğrenim giderinin altı katı kadar bir tazminatı söz konusu kılması nedeniyle ölçülü olduğundan söz edilemeyeceğini belirterek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararda itiraz yoluna başvuran mahkemenin ileri sürdüğü kanun koyucunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu yönündeki tespitine katılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Anayasa Mahkemesi bu hususları vurguladıktan sonra kanun koyucunun yasal düzenleme yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu, yapılan düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğinin altını çizmiştir³⁶.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasal bir ilke olarak hukuk devleti ilkesine uygunluğunu denetlerken ölçülülük

35 AYM, E.2018/151, K.2019/36, 15/5/2019, § 11-13.

36 AYM, E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013.

ilkesine uygun olup olmadığı yönünden de bir inceleme yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini hukuk devletinin bir gereği olarak görmüş ancak bunun gerekçesini açıklamamıştır.

Anayasa Mahkemesinin hukuk devletinin bir unsuru olarak ölçülülük ilkesini ölçü norm olarak uyguladığı konulardan biri de disiplin hukukudur. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir olayda başvuruyu yapan derece mahkemesi başvuru kararında, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12/5/1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 57. maddesinin birinci fıkrasının *"Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir."* biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, yerleşik hâle gelen hukuk devleti tanımına yer verdikten sonra kanun koyucunun hukuk devletinde kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebileceği ve bu kurallara uyulmasını temin etmek amacıyla çeşitli disiplin yaptırımları getirebileceği tespitinde bulunmuştur. Daha sonra Mahkeme, disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerektiğini ve bunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil dengenin *"ölçülülük ilkesi"* olarak da adlandırıldığını belirttikten sonra ölçülülük ilkesine ilişkin kararların hemen hepsinde olduğu gibi ölçülülük ilkesinin elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğunu ifade etmiştir. Diğer kararlarda olduğu gibi bu kararda da somut olay bakımından bir değerlendirme yapmadan önce alt ilkelere ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Mahkemeye göre *"elverişlilik ilkesi"*, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *"zorunluluk ilkesi"* öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını, *"orantılılık ilkesi"* ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir³⁷.

37 AYM, E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlerken itiraz konusu kuralın orantılılık ilkesine uygun olmadığı hemen anlaşıldığından olsa gerek elverişlilik ve gereklilik ilkeleri yönünden bir değerlendirme yapmaksızın doğrudan orantılılık ilkesi yönünden bir inceleme yapmış ve sonuçta orantılılık ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre “İtiraz konusu kuralda disiplin cezası gerektiren farklı fiiller için ayırım yapılmaksızın tek bir yaptırım benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle uyarma cezasını gerektirecek bir fiil karşılığında uygulanacak yaptırım ile daha ağır bir disiplin cezasını gerektirecek bir davranış aynı sonuca bağlanmıştır. Buna göre bireyin kamu hizmetinde kalmasının, disiplin cezası gerektiren eylemlerin ağırlığına uygun herhangi bir kademelendirme yapılmayarak, adil ve makul bir denge gözetilmeksizin ölçüsüz bir biçimde memuriyetten çıkarılma yaptırımına tabi tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır³⁸.”

A. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Denetiminde İlkenin Bir Bütün Olarak Uygulanması

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında ölçülülük ilkesinin alt ilkeler yönünden ayrı ayrı ve ayrıntılı bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararda ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesi üzerinden bir inceleme yaparak neticede ölçülülük ilkesine uygundur ya da aykırıdır şeklinde bir sonuca ulaşmıştır.

Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında anayasaya aykırılığı ileri sürülen kuralın ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlerken genel olarak ölçülülük ilkesinden söz etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre dava konusu kural, kapatılan vakıf yükseköğretim kurumlarında bulunan öğrencilerin eğitim ve öğrenime devam etmelerini sağlamaya yönelik olduğundan kuralın kamu yararı amacıyla çeliştiği söylenemez. Ayrıca kapatılan vakıf üniversitelerine ödenen ücretin yerleştirilen üniversiteye mezun olana kadar ödenmesi zorunluluğunu öngören kural, muhatapları yönünden eğitim ve öğrenim hakkından yararlanma imkânını ortadan kaldırmamakta veya bunun kullanımını ciddi şekilde zorlaştırmamaktadır. Bu yönüyle kuralın eğitim ve öğrenim hakkının özüne dokunmadığı açıktır.

38 AYM, E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013.

Kuralın yer aldığı fıkrada kapatılan vakıf yükseköğretim kurumlarında kayıtlı öğrencilerin üniversitelere yerleştirilmesi ile ilgili usul ve esasların Yükseköğretim Kurulu tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle kural kapatılan yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilerin kayıt yaptırdıkları yıldaki sıralamalarından daha yüksek sırada öğrenci kabul eden yükseköğretim kurumlarına yerleşmelerine de imkân verebileceğinden bu öğrencilerin daha önceden ödedikleri ücretleri yerleştikleri yükseköğretim kurumlarına ödemelerinin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı söylenemez. Bunun yanı sıra bu öğrencilerin eğitimin ücretli olarak verildiği vakıf yükseköğretim kurumlarına daha önceden ödedikleri ücretleri ödeyerek devam etmeleri de ölçülülük ilkesi ile çelişmemektedir. Ancak kural, kapatılan yükseköğretim kurumlarına kayıt yaptırdıkları yılda yapılan sınavda aldıkları puana eşit ya da daha düşük puanla öğrenci kabul eden devlet üniversitelerine söz konusu öğrencilerin yerleşmesini de kapsar niteliktedir. Kural uyarınca bu durumdaki öğrenciler kapatılan yükseköğretim kurumlarına ödedikleri ücreti yerleştirildikleri devlet üniversitelerine ödemeye devam edecektir³⁹.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi dava konusu olayda öncelikle kuralın kamu yararı amacıyla çelişmediğini tespit etmiş, ardından hakkın özüne dokunan bir düzenleme yapılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Son olarak kuralın ölçülülük ilkesine uygunluğunu incelemiş ve bunu yaparken de alt ilkeler üzerinden ayrıntılı bir inceleme yapmamış, sadece kuralın ölçülülük ilkesiyle çelişmediğini belirtmekle yetinmiştir.

B. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Denetiminin Tek Bir Alt İlke Üzerinden Yapılması

Ölçülülük ilkesi; sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracının sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ölçülülük ilkesi yalnızca tek bir ilkeden değil, aksine birbirleri arasında kendine özgü bir ilişki içinde bulunan üç alt ilkeden yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşur. Dolayısıyla ölçülülük testi uygulanırken sırasıyla bu alt ilkelere uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Amaca ulaşmak için seçilen araç elverişli değilse veya gerekli değilse ya da araç

39 AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 56-62.

ile amaç arasında ölçsüz bir orantı var ise ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi kimi durumlarda dava konusu olayda ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden birine aykırılık kendini hemen gösteriyorsa diğer alt ilkeler yönünden bir değerlendirme yapmadan sadece tek bir alt ilke üzerinden inceleme yaparak karar vermektedir. Orantılılık ilkesinin uygulama alanı daha geniş olduğundan birçok olayda sadece orantılılık ilkesi üzerinden yapılan incelemeyle yetinilmektedir.

Bu durum Anayasa Mahkemesinin şu kararında bariz bir şekilde görünmektedir: *“Ancak anayasal bağlamda meşru bir amaca sahip sınırlamaların da Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülüğün alt ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uygun olması gerekir. Orantılılık ilkesi kamu yararının korunması ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Öngörülen tedbirin bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda getirilen sınırlamanın orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla uygulanan tedbirle bireye aşırı ve orantısız bir yük yüklenmemesi gerekmektedir.*

Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı olan avukatın hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasına ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet eden müdafinin, müdafilik görevini üstlendiği kişinin işlediği ileri sürülen suçla herhangi bir bağlantısı bulunmaksızın veya müdafilik görevini kötüye kullandığına ilişkin herhangi bir olgu mevcut olmaksızın basit bir suç şüphesi nedeniyle müdafilik görevinden yasaklanmasına imkân tanıyan kurallar, müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkı bağlamında bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokmakta; dolayısıyla müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir.

Bu itibarla söz konusu kurallar anılan haklar bağlamında ölçülülük ilkesini ihlal ettiği gibi hukuk devletinin adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, *“getirilen sınırlamanın mülkiyet hakkının kullanımını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına*

40 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 42, 45-46.

engel oluşturmadığı, sınırlandırma aracının sınırlandırma amacına göre orantılı olmadığına söylenemeyeceği, dolayısıyla noterler arasındaki rekabetin önlenmesi ve aşırı gelir farkının ortadan kaldırılması şeklindeki kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki makul dengenin kurallarda gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu yönleriyle sınırlamanın hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi bunun demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez⁴¹ demek suretiyle ölçülülük denetimini sadece orantılılık ilkesi üzerinden gerçekleştirmiştir.

Benzer şekilde 2018/84 karar sayılı kararında da ilk olarak yapılan düzenlemenin kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu belirlemiş, ardından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacına dönük olmasının yeterli olmayacağını, ayrıca ölçülü olması, malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklememesi gerektiğini söylemiştir. Neticede Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında gözetilmesi gereken makul dengeyi malik aleyhine bozan düzenlemenin ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmadığı sonucuna ulaşarak itiraz konusu kuralın kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi bozmak suretiyle mülkiyet hakkını ve hak arama özgürlüğünü ölçüsüz biçimde sınırladığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir⁴².

Örnek olarak verilen bu kararların da gösterdiği gibi, ölçülülük denetiminde orantılılık ilkesi diğer alt ilkelere oranla daha sık uygulanmaktadır. Ölçülülük denetiminin kilit unsurunu orantılılık ilkesi oluşturduğundan bunu doğal karşılamak gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesinin orantılılık denetimine geçmeden önce elverişlilik ve gereklilik ilkeleri yönünden de bir denetim yapması, bu iki ilkeye aykırılık yok ise orantılılık denetimine geçmesi gerekir.

C. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Denetiminin Elverişlilik, Gereklilik ve Orantılılık İlkeleri Yönünden Ayrı Ayrı Yapılması

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesiyle ilgili kararlarında çoğunlukla en başta ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğu belirtilir ve sonrasında bu alt ilkelere ne anlaşılması gerektiği açıklanır. Anayasa Mahkemesine göre *elverişlilik*, öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli

41 AYM, E.2017/163, K.2018/90, 6/9/2018, § 27-28.

42 AYM, E.2018/9, K.2018/84, 11/7/2018, § 29-30.

olmasını, *gereklilik*, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁴³.

Anayasa Mahkemesi bir kararında beyandan sonra mal ve kazançta olan artışı bildirmeyen borçlunun cezasını düzenleyen İcra ve İflas Kanunu'nun 339. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken ölçülülük ilkesine de başvurmuştur. Ölçülülük ilkesini uygularken düzenlemenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığını, sırasıyla ve ayrı ayrı sorgulamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre sonradan kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışı bildirmeyen borçlunun disiplin hapsiyle cezalandırılması alacaklının mülkiyet hakkının korunması amacına ulaşılması bakımından elverişli bir araçtır⁴⁴.

Mahkeme daha sonra müdahalenin gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda *gereklilik* ilkesinden ne anlaşılması gerektiği ve ilkenin nasıl uygulanması gerektiği açıklanmıştır. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasının yanında gerekli olması da gerekir. *Gereklilik*, hakka müdahale teşkil eden birden fazla araç arasından hakkı en az zedeleyen aracın seçilmesini ifade etmektedir. Hak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlerden hangisi diğerlerine nazaran hakkın norm alanına daha az müdahale edilmesi sonucunu doğuruyorsa o tedbirin tercih edilmesi gerekir. Bununla birlikte hakka müdahale oluşturacak aracın seçiminde kanun koyucunun belli ölçüde takdir payının bulunduğu da kabul edilmelidir. Zira kanun koyucu, öngörülen amaca ulaşılması bakımından hangi aracın etkili ve verimli sonuçlar doğuracağına ilişkin olarak isabetli karar verme noktasında daha iyi bir konumdadır. Özellikle alternatif aracın bulunmadığı veya mevcut alternatiflerin öngörülen meşru amaca ulaşılması bakımından etkili olmadığı ya da daha az etkili olduğu durumlarda kanun koyucunun araç seçimi hususundaki tercih yetkisinin *gereklilik* kriterini sağlamadığının söylenebilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekir.

43 Örnek olarak bkz. AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016.

44 AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 20.

Dava konusu kuraldaki disiplin hapsi, hukuki niteliği itibariyle borçlunun 2004 sayılı Kanun uyarınca yapmaya mecbur olduğu beyandan sonra kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışı icra dairesine bildirmemesi nedeniyle öngörülen bir yaptırımdır. Bu bağlamda kuralın Kanun'da yer alan bir emrin yerine getirilmesini sağlayarak borcun ödenmesi dolayısıyla alacaklının hakkının ve cebri icra düzeninin korunması amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bir düzenleme olduğu açıktır. İtiraz konusu kuralda öngörülen disiplin hapsinin borçlunun hürriyetinden yoksun bırakılması sonucunu doğurduğundan nispeten ağır bir yaptırım olduğu söylenebilir. Ancak borçlunun sonradan edindiği mal varlığının tespiti bakımından alacaklının ve cebri icra idaresinin imkânlarının kısıtlı olduğu gözetildiğinde bildirim yükümlülüğünü ihlal eden borçluya disiplin hapsi uygulanmasının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurulabilecek araçlar arasında olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla disiplin hapsi uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiği kabul edilmiştir⁴⁵.

Elverişlilik ve gereklilik ilkelerine aykırılık tespit edilemeyince en son orantılılık ilkesi yönünden bir inceleme yapılmıştır. Mahkemeye göre orantılılık, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve kişinin mülkiyet hakkından yararlanmasındaki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir.

Alacaklı ve icra dairesinin tüm teknolojik imkân ve araçlara rağmen borçlunun tüm mal varlığından, üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının tamamından haberdar olması mümkün değildir. Bu nedenle borçlunun yapmaya mecbur olduğu beyandan sonra kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışı icra dairesine bildirmesi suretiyle cebri icranın normal işleyişinin korunmasına sağlayacağı katkıyla kuralın öngördüğü yaptırımın niteliği ve miktarı göz önünde

45 AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 21.

bulundurulduğunda, elde edilecek yarar ile borçluya yüklenen külfet arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmadığı, diğer bir ifadeyle kuralın öngördüğü yaptırımın orantısız olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁶.

Anayasa Mahkemesinin yakın tarihte verdiği bir başka kararda da ölçülülük ilkesine uygunluk denetiminin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri yönünden ayrı ayrı yapıldığı görülmektedir. Dava konusu olay, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını incelemiştir. İptali istenen kanun hükmü şöyledir: *"Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır."*

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak dava konusu olayda ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğini gerekçesiyle birlikte şöyle açıklamıştır⁴⁷: *"Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar ve bu kapsamda disiplin cezaları açısından da cezalandırmaya ilişkin temel prensiplerin belirlenmesi anayasal ilke ve sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Ancak kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamındaki bu tür düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır."*

Mahkeme daha sonra meşru bir amacın izlendiğini tespit etmiştir: *"Hükümlülerin disiplinsizlik teşkil eden bazı tutum ve davranışlarının cezalandırılmasını öngören kuralla ceza infaz kurumlarında düzenli bir yaşamın sürdürülmesi ile güvenliğin ve disiplin sağlanmasının, böylece kurumun görev alanındaki kamu hizmetinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın kamu düzeninin korunması ve sağlanması şeklindeki meşru bir amaca yönelik olduğu görülmektedir"*⁴⁸.

Bu aşamadan sonra Mahkeme, dava konusu kuralın, bu kuralla ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişli ve gerekli olduğu sonucuna varmıştır: *"Kusurlu davranış veya tutumlarıyla ceza infaz kurumlarının*

46 AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 26-27.

47 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 12-13.

48 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 14.

kurumsal düzeninin bozulmasına yol açabilecek disiplinsizlik hâllerinde bulunan hükümlülerin eylemin niteliği ve ağırlık derecesine göre Kanun'da belirtilen kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma disiplin cezalarından biri ile cezalandırılmasının öngörülmesi söz konusu cezaların etki ve sonuçları gözetildiğinde bu tür fiillerde bulunulmasını engelleyici ve caydırıcı nitelikte olduğundan dava konusu kuralın, bu kuralla ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır⁴⁹."

Mahkeme en sonunda kuralın orantılılık ilkesine uygun olup olmadığını incelemiş ve orantılılık ilkesine aykırılık görmemiştir: "Kuralda uygulanması öngörülen Kanun'da belirtilen disiplin cezaları bakımından alt ve üst sınırların belirlenmiş olduğu görülmekte olup bu itibarla olayın oluş şekli ve hükümlünün kusurunun ağırlığına göre cezanın bireyselleştirilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan kural, uygulayıcının somut olayın özelliğini ve hükümlünün kusurunun derecesini gözeterek eylemi nitelendirmesine ve bu nitelendirmeye göre bir ceza takdir etmesine engel bir düzenleme de içermemektedir. Bu itibarla farklı kusur oranlarının kademeli olarak ağırlıklarına göre cezalandırılmasına imkân tanıyan kuralın korunmak istenen kamusal yarar karşısında bireye makul olmayan, orantısız bir külfet yüklediği söylenemez. Ayrıca kural kapsamında uygulanması öngörülen disiplin cezalarına karşı yargısal denetimin mümkün olduğu, dolayısıyla fiil ile ceza arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilip gözetilmediğinin yargı mercilerince denetlenebileceği de dikkate alındığında, kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁵⁰."

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE İLİŞKİN UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini uygulayarak ulaştığı sonuç veya ölçülülük ilkesine ilişkin tespitleri kimi zaman tartışma konusu olmakta ve ulaşılan sonucun veya değerlendirmelerin isabetsiz olduğu dile getirilmektedir. Bu tartışma ve eleştirileri en başta Anayasa Mahkemesi kararlarındaki karşı oy yazılarında görüyoruz. Keza doktrinde de birçok karar eleştirilmiştir.

49 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 15.

50 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 16-17.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde pozitif olarak Anayasa'da açıkça yer almamış olsa da adını açıkça zikretmeden ölçülülük ilkesini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini kullandığı karar sayısı oldukça azdır. Bu az sayıdaki kararlardan bazıları doktrinde eleştirilmiştir. Eleştirilen kararlardan biri, 28/6/1966 tarihli karardır. Anayasa Mahkemesi bu kararında⁵¹ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin (A) bendinde yer alan *"Tart cezası ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın ... hizmet esnasında kazanılmış olan sair hakların kaybedilmesini mucip olur"* kuralının Anayasa'ya aykırılığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre *"(E)lbetteki tart cezası da birtakım yoksunluklar getirecek ve bu yoksunlukların ağırlığı, askerlik şerefine lekelemek gibi bir eylemin ağırlığı ile orantılı olacaktır"*. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin kararda yer alan şu görüşleri, orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır: *"Askerlik şerefli bir görevdir. Bu şerefin korunması kaygısı en ağır yaptırımları bile haklı kılar. Askerlik şerefine leke sürenlerin yerine göre hapis, ağır hapis, hatta idam cezası ile cezalandırılmaları yeterli değildir. Böylelerinin bir daha geri alınmaksızın asker topluluğundan dışarı atılmaları, askerlik hizmetinden doğan bütün ilişkilerinin kesilmesi gerekir"*. Anayasa Mahkemesinin bu sözlerinden askerlik şerefi söz konusu olduğunda orantılılık ilkesi göz önüne alınmasa da olur gibi bir anlam çıkmaktadır⁵².

Eleştirilen kararlardan bir diğeri de 2/11/1965 tarihli karardır. Anayasa Mahkemesi, cezaların eylemin ağırlığı ve suçlunun kusuruyla orantılı olarak düzenlenmesini ilke olarak kabul etmesine karşılık, Anayasa'ya uygunluk denetiminde bunu uygulama yönünde pek istekli davranmamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, daha eski tarihli bir kararında *"suçlunun fiilinin ağırlığı ile orantılı bir cezaya çarptırılması lüzumu aşıkardır"* dediği hâlde, söz konusu olayda kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapanların öteki hırsızlık suçlularına oranla 3 misli şiddette cezalandırılmasını öngören 5617 sayılı yasanın 13. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. İlk derece Mahkemesi, 5617 sayılı yasanın 13. maddesinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerken özellikle şu hususun altını çizmiştir: *"Hâlbuki olaydaki suç konusu ineğin değeri azami 200 lira olduğuna göre suç, sübuta erdiği takdirde sanıklara (...) en az altışar sene hapis ve birer yıl da sürgün cezası hükmedilmesi lazım gelecektir. Eğer bu sanıklar inek sahibinin bir kolunu koparsalar veya gözünü kör etseler idi uzuv*

51 AYM, E.1963/132, K.1966/29, 28/6/1966.

52 Metin, Y. (2002). s. 200.

tatilinden cezaları 5 sene hapsi geçmeyecekti, böyle olunca da sözü edilen 5617 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi hakkaniyete ve cezanın fiile uygun olduğu kanaatini vermemektedir". Anayasa Mahkemesi, bu olayda söz konusu düzenlemenin orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığını araştırmamış, sadece "suç ile ceza oranının adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır" demekle yetinmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "suçlunun işlediği suçun toplum hayatındaki etkileri göz önünde tutularak gereken cezanın konulması da yasama organının yetkisi içinde bulunmaktadır⁵³".

Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. T.T. Yüce, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararını ele alıp incelediği makalesinde, ilk olarak karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak suç ile ceza arasındaki oran konusuna değinmekte ve sonra Anayasa Mahkemesi kararına yönelik eleştirisini "hukuk devleti prensibine aykırılık" ve "hukuka ve vicdani kanaate aykırılık" başlıkları altında toplamaktadır⁵⁴. Yazarın ileri sürdüğü görüşlerin temelinde ölçülülük düşüncesi yatmaktadır. Ancak yazar, ölçülülük ilkesini sınırlamanın temel ilkesi olarak değil, daha ziyade ceza hukukuna özgü bir ilke olarak ele almıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı F. Sağlam tarafından da eleştirilmiştir. Yazara göre Anayasa Mahkemesinin ceza alanında yasa koyucunun yetkisine saygı konusunda gösterdiği titizlik haklı görülebilir. Ancak Mahkeme bunu, hukuk devletinin gerektirdiği ölçülülük denetiminden vazgeçerek yerine getirmemelidir. Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun iradesine saygı gösterirken ölçülülük ilkesini göz ardı etmemelidir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesinin eleştiriye açık bir diğer kararı da Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan "karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta" ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına hükmolunur şeklindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına dair kararıdır⁵⁶. İtiraz başvurusunda, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesinin benimsenmiş

53 AYM, E.1965/30, K.1965/58, 2/11/1965.

54 Yüce, T. T. (1973). "Suç ile Ceza Arasındaki Nispetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 47., S. 3-4., s. 294 vd.

55 Sağlam, F. (1982). s. 124.

56 AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.

olduğu, buna göre kanun koyucunun ceza normlarını düzenlerken ceza hukukunun genel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğu, ölçülülük ilkesinin ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu, ölçülülük ilkesiyle devletin cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğu, kuralla suç sayılan eylem için öngörülen cezanın ağır olduğu ve amaçlanan sosyal faydanın bu suretle sağlanamayacağı, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacağı, kişinin özel hayatı ve aile hayatının askerlik hizmetinin ötesinde tutulması gerektiği, özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğü bulunan devletin bu alana müdahale ederek kişileri cezalandırmasının yerinde olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2, 20 ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre;

“Ceza hukuku, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olduğundan suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken diğer bir ifade ile herhangi bir konuda düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Dolayısıyla kanun koyucu, kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözeterik değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. “Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.

İtiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezasıdır. Bunun dışında asker kişiler açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartı da aranmaktadır. Ayrıca sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeni ile de çelişmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.

Diğer yandan özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez. Bu anlamda kural, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu açıktır⁵⁷."

Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle oy çokluğuyla itiraz konusu kuralı Anayasa'ya aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir. Karar, birkaç yönden eleştiriye açıktır. Bunlardan ilki, ölçülülük denetiminin aşamalı bir şekilde yapılmamış olmasıdır. Bilindiği üzere ölçülülük denetiminde öncelikle izlenen amacın meşru bir amaç olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de meşru bir amacın izlenip izlenmediğini incelemiş ve neticede ulaşılmak istenen amacın meşru olduğunu tespit etmiştir. Ancak hemen arkasından "bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararı ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur" demek suretiyle ölçülülük denetimini orantılılık denetiminden ibaretmiş gibi göstermiştir. Kararda geçen "Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta" cümlesi de bunu teyit etmektedir. Oysa izlenen amacın meşru olduğu belirlendikten sonra bu amaca erişmek için alınan önlemin elverişli olup olmadığı, alınan önlemin zorunlu olup olmadığı, bir başka deyişle daha az sınırlayıcı ve elverişli başka bir aracın bulunup bulunmadığının sorgulanması gerekirdi. Eğer alınan önlem elverişli ve gerekli ise ondan sonra alınan önlemin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığı denetlenmesi gerekirdi.

57 AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.

Kararın eleştiriyeye açık bir diğere yönü de demokratik toplum düzeninin gerekleri, öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkelerinin birbirinden ayrılmadan iç içe geçmiş bir şekilde uygulanmış olmasıdır. Mahkemeye göre “İtiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK’dan çıkarma cezasıdır. Bunun dışında asker kişiler açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartı da aranmaktadır. Ayrıca sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeni ile de çelişmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.” Kararda geçen bu ifadeler bize her şeyin birbirine karıştığı, gereksiz yere ve hatalı bir şekilde denetim ölçütleri arasında ilişki kurulduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ulaşılan sonucun isabetsiz olması yani ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusu iken, tam aksi yönde bir sonuca ulaşılmış olması yönüyle de eleştirilebilir. Nitekim çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerden beşi düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olmadığını açıklamışlardır. Çoğunluk görüşüne katılmayan iki üye ise, düzenlemenin hakkın özünü zedeleyen bir düzenleme olduğunu düşünmektedir. Kanaatimize göre bu davada ölçülülük ilkesine aykırılıktan dolayı iptal kararı verilmesi daha isabetli olurdu.

Anayasa Mahkemesinin eleştiriyeye açık bir diğere kararı da 4533 sayılı “Gelibolu Yarımadası Tarihi Millî Parkı Kanunu”nun 6. maddesinde yer alan “Belirlenen yerler dışında ateş yakmak” suçu için öngörülen iki yıldan aşığı olmamak üzere hapis, yüz altmış milyon liradan sekiz yüz milyon liraya kadar ağır para cezasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmadığı karardır. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, diğere yasalarda yangına dönüşmeyen ateş yakma eylemi cezalandırılmadığı hâlde, düzenlemeyle Gelibolu Yarımadası Tarihi Millî Parkı'na özgü yeni bir suç tipinin oluşturulduğu, bu coğrafya içinde yaşayanlarla bunun dışındakiler arasında eşitsizlik yarattığı, fiile aşırı ceza öngörüldüğü, suçun oluşumunun idareye bırakıldığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların, Anayasa'nın 10 ve 38. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁵⁸.

58 AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yaptığı inceleme sonucunda, yasa koyucunun itiraz konusu kurallarla, tarihin en büyük savaşlarından birine sahne olmuş ve savaşta ölen yüzbinlerce insanın anısını ulus ayırımı gözetmeden yaşatan bir bölge olan Gelibolu Millî Parkını korumak amacıyla özel bir düzenleme getirdiğini, bölgenin, tarihsel geçmişi, sert rüzgârlara açık konumu ve buna bağlı olarak korumada genel hükümlerin yetersiz kalması, daha önce büyük bir orman yangını geçirmiş olması, bölgenin tüm çevresiyle özel bir korumaya alınmasını gerekli kıldığını, bu özelliği nedeniyle Gelibolu Millî Parkından yararlananlarla, bu bölge ile farklı özellikler taşıyan diğer bölgelerden yararlananların aynı hukuksal kurallara tabi tutulmamasında eşitlik ilkesine aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralı 38. maddede düzenlenen suçta kanunilik ilkesi yönünden de Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre yasa koyucu, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen ilkeler ile ceza hukukunun genel ilkelerini ve kamu yararını gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bu suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi cezaların nasıl uygulanacağını saptayabilir. Kaldı ki suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile "belirlenen yerler dışında ateş yakmak" olarak tespit edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü idareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez⁵⁹.

Anayasa Mahkemesinin dava konusu kuralın Anayasa'ya uygunluğunu incelerken ölçülülük ilkesi yönünden bir inceleme yapmaması kanaatimizce kararın sonucunu etkileyecek nitelikte önemli bir eksikliklerdir. Karara muhalif kalan F. Sağlam'ın karşı oy yazısında belirttiği gibi, her ne kadar 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'ndaki düzenlemelere göre millî park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesinde idareye yetki verilmiş olması ve bu

59 AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004.

şekilde belirlenmiş bulunan yerler dışında salt ateş yakma eyleminin suç olarak düzenlenmiş bulunması, Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa da, bu fiil için öngörülen cezanın gerek fiilin niteliği ve çevrenin özellikleri göz önünde tutulduğunda ve gerekse benzer eylemlerde öngörülen cezalarla karşılaştırma yapıldığında, söz konusu fiil için öngörülen cezanın suç ve cezaların orantılılığı ilkesine uygun olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi, dava konusu olayda ölçülülük ilkesini uygulamış olsaydı hem gereklilik hem de orantılılık ilkesine aykırı olmasından dolayı iptal kararı verebilirdi. Bilindiği üzere gereklilik ilkesi, amaca ulaşma bakımından aynı derecede etkili araçlar arasından en az sınırlayıcı aracın seçilmesini zorunlu kılar. Gelibolu Yarımadası'nın tarihsel özelliği, Çanakkale Savaşı'nda şehitlerin anılarının korunması ve bu anıların yaşatıldığı çevrede geçmişte yaşanan orman yangınların tekrarlanmaması gibi düşünceler, ateş yakma eylemini başlı başına suç olarak tanımlamayı haklı kılabilir ama bu eyleme böylesine ağır bir yaptırım öngörülmesine dayanak teşkil edemez. Kaldı ki bu amaçlara ulaşmanın tek yolu hapis cezası yaptırımı da değildir. Daha sıkı bir denetimle ve buna bağlı olarak uygulanacak idari ve/veya cezai nitelikte para cezalarıyla anılan amaçlara daha etkili bir biçimde ulaşmak mümkündür. Bunun yerine anılan amaçları hapis cezasının yüksekliği ile sağlamaya yönelmek, çağdaş ceza siyasetine aykırı olduğu gibi ölçülülük ilkesinin ikinci alt ilkesi olan gereklilik ilkesini ihlal eder.

Orantılılık ilkesine gelince yasa koyucu suç olarak kabul ettiği bir eylemin cezasını belirlerken suç ve cezalarda orantılılık ilkesini göz önünde tutması ve "ölçüsüz" bir yükümlülük getirecek düzenlemelerden kaçınması gerekir. Kabul etmek gerekir ki yasa koyucunun suçları belirleme ve yaptırımlara bağlama konusunda bir takdir yetkisi bulursa da bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Oysa Anayasa Mahkemesi, dava konusu olayda yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını son derece geniş tutmuş ve itiraz konusu kuralı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Kanaatimizce dava konusu kural orantılılık ilkesine de aykırı bir düzenlemedir. Öngörülen ceza çok yüksek olduğu gibi cezanın başka bir yaptırıma dönüştürülmesi veya ertelenmesi de mümkün değildir. Sonuç olarak işlenen eylem ile ceza arasında büyük bir oransızlık mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi 2004/69 sayılı kararında 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri

Hakkında Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir. Dava konusu Kanun'un 2. maddesinde, bu Kanun'a aykırı hareket edenler için cezalar öngörülmekte, itiraz konusu üçüncü fıkrasında da bu suçlardan mahkûm olanların cezalarının tecil edilemeyeceği belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu eylemleri işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasa koyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamlayan ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezalara erteleme olanağının sağlanacağı veya sağlanmayacağı konusunun yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir. Suçu, cezayı ve ertelemeyi takdir ve tayin etmek yasama meclisinin yetkisindedir. Toplumda değişen koşullar gereği suçun sınırlarının genişletilmesi ve cezalarının artırılıp erteleme dışı bırakılması da doğaldır. Bu nedenle cezası erteleme dışı bırakılan suçlarla diğerlerinin doğurduğu sonuçların aynı olduğu kabul edilemeyeceği gibi onlara verilen cezalarla korunmak istenen hukuki yararın da farklı olduğu açıktır. Bu durumda, getirilen kuralın adil olmadığı ileri sürülemeyeceği gibi hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir sonucuna ulaşmıştır⁶⁰.

Anayasa Mahkemesindeki çoğunluk görüşüne katılmayan iki üye, itiraz konusu düzenlemenin ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara katılmamışlar ve karşı oy kullanmışlardır. Karşı oy yazısında ölçülülük ilkesinin yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gereken bir ilke olmayıp hukuk devletini de somutlaştıran bir ilke olduğu vurgulanmıştır. Buradan hareketle itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karşı oy yazan üyeler iki noktanın altını çizmektedirler. Bunlardan ilki, ceza normunun gönderme yaptığı Türk Ceza Kanunu'nun 567. maddesinde umuma açık yerlerde kumar oynatma için bir aydan altı aya kadar hapis cezasının öngörüldüğü, kumar oynatmaya altı aya kadar hafif hapis cezası verilirken kumar oynatmaksızın oyun ağırlıklı bir aletin "bulundurulması, çalıştırılması, yurda sokulması ya da yahut imal edilmesine" en az bir yıl hapis cezasının öngörülmesinin günümüz koşullarında başlı

60 AYM, E.2003/12, K.2004/69, 16/6/2004.

başına bir oransızlık arz etmesidir. İkincisi, bu oransızlık kumar oynatma suçuna ilişkin cezanın ertelenebilmesine karşılık itiraz konusu kurala esas teşkil eden cezanın ertelenememesi yönünden daha büyük bir boyut kazanmaktadır. Ayrıca bilgisayarlarda ve bilgisayarların kullanıldığı umuma açık yerlerde (internet-kafelerde) oynanabilecek oyunların içerik ve kullanım yönünden 1072 sayılı Kanun'un yasakladıklarından çok daha cazip ve etkili olması, 1072 sayılı Kanun'un koruma iddiasında olduğu değeri, bugün büsbütün anlamsız kılan bir gelişme olarak gözükmektedir. Buna bağlı olarak bilgisayarda oyun kullanımı yönünden 1072 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırımların söz konusu olmaması, itiraz konusu kuraldaki ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koyan bir başka göstergedir⁶¹.

Kanaatimizce karşı oy yazısında ileri sürülen argümanlar ikna edici nitelikte olup Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesine aykırılıktan dolayı iptal kararı vermesi daha doğru olurdu.

Anayasa Mahkemesinin eleştiriye açık bir diğer kararı da 1999/14 karar sayılı karardır. Bu kararda Mahkeme 3843 sayılı Kanun'un 7. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "*öğrencinin Yükseköğretim Kurumu ile ilişkisi kesilir*" ibaresinin, Anayasa'ya aykırılığını incelemiş ve ret kararı vermiştir.

İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı beşinci fıkraya göre paralı ve isteğe bağlı olan ikinci öğretimde, öğrenim ücretlerinin ikinci taksitlerini ödemeyen öğrencilerin önce bir aylık ek ödeme süresinden yararlanmaları sağlanmakta, bu süre içinde de ücretlerini yasal faiziyle birlikte ödememeleri durumunda yükseköğretim kurumu ile ilişkileri kesilmektedir.

Üniversite veya yüksek teknoloji enstitülerinde ikinci öğretimle ilgili planlamaların yürütülebilmesi öğrenim ücretlerinin düzenli ödenmesine bağlı olduğundan bu konudaki aksaklıkların ikinci öğretimin getiriliş amacının gerçekleşmesini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.

Anayasa Mahkemesine göre ikinci öğretimde, ikinci taksitlerini verilen bir aylık ek süreye karşın ödemeyen öğrencilerin yükseköğretim kurumu ile ilişkilerinin kesilmesini öngören düzenleme, kamu yararına yöneliktir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı değildir.

61 Anayasa Mahkemesi üyesi Cafer Şat ve Fazıl Sağlam'ın ortak karşıoy yazısı. Bkz. AYM, E.2003/12, K.2004/69, 16/6/2004.

Anayasa Mahkemesi dava konusu olayda ölçülülük ilkesi yönünden bir denetim yapmamıştır. Buna karşılık karara katılmayan iki üye itiraz konusu kuralı ölçülülük ilkesine uygunluk yönünden de ele almışlar ve neticede ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Haşim Kılıç ve Sacit Adalı'nın ortak karşı oy yazısına göre⁶², "Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının bir diğer sınırı da sınırlamaların "öngörüldükleri amaç dışında kullanılamamasıdır". Bu da "ölçülük" ilkesinin ifadesidir.

Bir sınırlama, ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için, elverişli, gerekli ve orantılı olmalıdır.

Öğrenim ücretinin birinci taksitini yatırmayanlar için kabul edilen "kayıtları yapılmaz ve yenilenmez" biçimindeki önlem, ikinci taksiti yatırmayanlar için öngörülen "kaydın silinmesi"ne göre daha yumuşaktır. Zira, daha sonraki aşamada öğrenim ücretini yasal faiziyle ödeyen kimse öğrenim hakkından yararlanabilme imkanına sahiptir. Oysa, yükseköğrenim kurumu ile ilişkisi kesilen kişinin böyle bir hakkı kalmamaktadır.

Asıl maksat, mümkün olduğu kadar herkesin yükseköğretimden yararlanmasını sağlamaktır. Öğrenim ücretinin zamanında ödenmesi ve ücrete dayalı sistemin aksamadan yürütülmesi isteniyorsa, bu, ikinci dönem ücretini ödemeyenlerin kurumla ilişkisi kesilerek gerçekleştirilemez. Çünkü, ilişkisi kesilen her öğrenci para kaynağı açısından bir kayıptır. Dolayısıyla, "ilişği kesilmesi"ne göre daha yumuşak ve amaca ulaşmaya da elverişli olduğu düşünülen "kayıdın yenilememe" suretiyle eğitim süresini belirli bir süre uzatma biçimindeki önlem, ikinci taksiti ödemeyenler için de geçerli olmalıdır.

Öte yandan, belli bir yasal önlemin uygulandığı kişiye "ölçüsüz bir yükümlülük" getirilip getirilmediğinin araştırılması da gerektir. Kullanılan araç ile güdülen amaç uyumlu bir oran içinde olmalıdır. İtiraz konusu ibare ile ulaşılmak istenilen hedef öğrenim ücretinin zamanında ödenmesini sağlamak, bunun için kullanılan araç ise yükseköğretim kurumu ile ilişğinin kesilmesidir. Herhangi bir sebeple ikinci dönem öğrenim ücretini yatırmayan kişinin kurum ile ilişkisinin kesilmesi ağır ve onarılması imkânsız maddi ve manevi zararlara yol açacak nitelikte bir düzenlemedir, bu bir önlem değil belki bir ceza niteliğindedir, ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul ve kabul edilebilir bir oran bulunmamaktadır.

Sosyal hukuk devleti'nin görevi, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ve

62 Haşim Kılıç ve Sacit Adalı'nın karşıoy yazısı. Bkz. AYM, E.1998/59, K.1999/14, 11/5/1999.

adâlet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Bunun için Devlet, yurttaşların eğitim ve öğrenim ihtiyaçlarını kaliteli şekilde ve yeterince karşılamak zorundadır. Bunları sağlamak devlet için amaç ise, bunları gerçekleştirmek görevini üstlenen yükseköğretim kurumları da vatandaşın hizmetinde olan birer araçtır.

Bu sebeplerden dolayı, öğrenim ücretinin ikinci taksitini yatırmayanların "yükseköğretim kurumu ile ilişkisi kesilir" ibaresi, bir başka ifadeyle, paralı eğitim esasına dayanan sistemin aksamadan işleyebilmesi için öğrenim ücretlerinin zamanında tahsil edilmesini gerçekleştirmek üzere getirilen kısıtlama gerekli ve zorunlu değildir; haklı bir nedene dayanmamaktadır; amaç-araç arasında kabul edilebilir âdil bir oran yoktur; kullanılamaz duruma getirilerek hakkın özüne dokunulmakta, kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağı ilkesine tezat teşkil etmekte, dolayısıyla, Anayasa'nın 42., 13., 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır."

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı gibi ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biridir. Dolayısıyla kanun koyucu yapacağı yasal düzenlemelerde ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmak zorundadır. Ölçülülük ilkesi, tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlanmasına ve temek hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder. Ölçülülük ilkesi, devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminde yaygın olarak kullanılan ölçütlerden biridir.

Ölçülülük ilkesinin muhatabının öncelikle yasa koyucu olduğu kuşkusuzdur. Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında yasal düzenlemeler yapılırken kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu belirtildikten hemen sonra kanun koyucunun takdir yetkisinin ölçülülük ilkesiyle

sınırlı olduğu hep vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre kanun koyucu, sahip olduğu takdir yetkisini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi, ölçülülük denetimini iki aşamada gerçekleştirmelidir. İlk aşamada ölçülülük denetimine tabi tutulacak devlet müdahalesinin hangi hedefi ve amacı izlediği tespit edilmelidir. Zira mantıksal olarak bir müdahalenin elverişliliği, gerekliliği ve orantılılığı yalnızca öngördüğü amaç bakımından değerlendirilebilir. Bu aşamada aynı zamanda ulaşılmak istenen amacın hukuken meşru ve izin verilmiş bir amaç olup olmadığı da denetlenir. Eğer ulaşılmak istenen amaç hukukun izin verdiği meşru bir amaç değilse, daha ileri bir denetime gerek kalmaksızın müdahalenin hukuka aykırı olduğu yönünde bir karar verilmesi gerekir. Ölçülülük denetiminin ikinci aşamasında ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygunluk yönünden bir inceleme yapılır. Söz konusu aşamalar gelişigüzel değil, bir mantık silsilesi çerçevesinde sıralanmıştır.

Kanunların denetlenmesinde belirsiz hukuk kavramları, denetim yapan mahkemeye ölçülülük testinin belirli aşamalarında, özellikle de son aşama olan orantılılık değerlendirmesinde önemli bir takdir alanı sağlar. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin bir denetim organı olarak kendi rolünü nasıl yorumlayacağı önem arz etmektedir. Son kertede bu sorun yasama ve yargı arasındaki güçler dengesinin sağlanmasıyla ilişkilidir. Bu konuda genel bir çerçeve çizmek gerekirse, Zühtü Arslan'ın da belirttiği üzere⁶³, Anayasa Mahkemesi, kendisine verilen görevleri yerine getirirken Anayasa ile çizilen yetki haritasının dışına çıkmamaya özen göstermelidir. Anayasa Mahkemesinden beklenen yargısal aktivizme tevessül etmeden demokratik hukuk devletini ve özgürlükler rejimini korumak üzere anayasal ve yasal yetkilerini sonuna kadar kullanmasıdır.

63 bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıldönümünde yaptığı açış konuşması. <https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-61-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi>

KAYNAKÇA

- ÇAĞLAR, Bakır (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları.
- ERDEM, Jülide Gül (2013). "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", *AÜHFD*, C. 62., S. 4., ss. 971-1005.
- GÖZLER, Kemal (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- HATİPOĞLU, Mehmet (2019). "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", *TBB Dergisi*, S. 143., ss. 181-220
- HEINSOHN, Stephanie (1997). *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg.
- HEPER, Altan (1996). "Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı", içinde HFSA/3, Ökçesiz, H. (Der.), *Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti*, İstanbul, ss. 108-120.
- HILL, Hermann (1989). "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt", içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Edt.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. VI, Freiheitsrechte, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, ss. 1305-1351.
- HOFSTETTER, David (2014). *Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV)-Ausgewählte Aspekte*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band. 216., Zürich: Verlag Schulthess.
- KATZ, Alfred (1989). *Staatsrecht*, 9. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- KLATT, Matthias ve MEISTER, Moritz (2012). "Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip", *Der Staat*, Vol. 51., No. 2., ss. 159-188.
- KÜÇÜK, Adnan (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", içinde Çoban, A., Canatan, B. ve Küçük, A. (Der.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ankara: Adres Yayınları.
- MAURER, Hartmut (2010). *Staatsrecht I*, 6. Auflage, München: Verlag C. H. Beck.
- MEMİŞ, Emin (2011). *Anayasa Hukuku Notları*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- METİN, Yüksel (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

- METİN, Yüksel (2017). “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke midir?”, *SDÜHFD*, C. 7., S. 1., ss. 1-74.
- MEYER-BLASER, Ulrich (1985). *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, Bern: Stämpfli.
- PHILIP, Kunig (2019). “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi” (Çev. Çelik, Burak, Doğan, Gökçen ve Yıldız, Ahmet Çağrı), *TAÜHFD*, S. 1., ss. 159-178.
- RESS, Georg (1985). “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht”, içinde Kutscher/Ress/Ermacora/Ubertazzi (Edt.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, ss. 5-46.
- SAĞLAM, Fazıl (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları.
- SAURER, Johannes (2012). “Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, Band. 51., Heft. 1., ss. 3-33.
- STEIN, Ekkehart (1993). *Staatsrecht*, 14. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.
- WENDT, Rudolf (1979). “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot”, *AöR*, Band. 104., Heft. 3., ss. 414-474.
- YÜCE, Turhan Tufan (1973). “Suç ile Ceza Arasındaki Nispetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 47., S. 3-4., ss. 294-302.
- ZIMMERLI, Ulrich (1978). “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band. 97., Heft. 1., Halbband. 2., ss. 1-131.



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA DEMOKRATİK DEVLET

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ*

GİRİŞ

1961 Anayasası'ndan beri, demokratik devlet ilkesi Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmaktadır. Demokratik devlet, demokrasiye uygun devlet demektir. Ancak demokrasi bir siyasi yönetim biçimi, karar alma süreci, değerler kümesi ve hatta bir yaşam biçimi¹ olarak da değerlendirilebilen çok boyutlu bir kavramdır ve herkes tarafından kabul edilen bir tanımı ve ölçütleri bulunmamaktadır². Cumhuriyet'in yüzüncü yılında, Cumhuriyet'in niteliklerinden demokratik devlet ilkesinin Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl yorumlandığı belirlenirken bu farklı boyutların dikkate alınması gerekir ancak genişliği nedeniyle konuyu tüketici bir biçimde ele almak da mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi; kararlarında demokratik devletin ne olduğunu tanımlamak yerine, demokratik devletin unsurlarına işaret etmekte ve demokratik devlet ilkesini Anayasa'nın diğer hükümleriyle birlikte bir bütün olarak ele almaktadır. Bu durumun bir nedeni de Anayasa'nın çok sayıda maddesinin demokratik devlet ilkesiyle doğrudan ilişkili olmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerden siyasi parti rejimine, yasama ve yürütmenin işleyişinden yargı bağımsızlığına hatta Sayıştay denetimine kadar birçok madde demokratik devlet ile ilişkilendirilmekte ancak anayasallık denetimi daha çok ilgili özel madde kapsamında gerçekleştirilmektedir. Bu durum demokratik devletin nadiren tek başına bir ölçüt olarak kullanılmasına neden olmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre bir devlet sisteminin demokratik sayılabilmesinin ilk koşulu egemenliğin kayıtsız şartsız millette

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, oulgen@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6246-9128.

1 AYM, E.2007/66, K.2008/157, 6/11/2008.

2 Uygun, O. (2015). Devlet Teorisi, On İki Levha Yayınları, s. 357.

olmasıdır³. Darbe girişimleri, demokratik devlet yapısına karşı oluşan tehdit olarak nitelendirilmektedir⁴.1982 Anayasası döneminin demokrasi anlayışına yönelik en önemli tartışmalardan biri, Anayasa'nın çağdaş batılı demokrasi anlayışını mı, bu Anayasa'da belirtilen "millî" demokrasi anlayışını mı koruduğu yönünde olmuştur⁵. Anayasa Mahkemesi, istisna sayılabilecek bir kararı⁶ dışında genel kabul gören çağdaş demokrasi anlayışını benimsediğini ifade ettiği için bu tartışmanın artık yeri olmadığı düşünülebilir. Yine Anayasa Mahkemesine göre demokratik devlet ilkesi, demokrasiyi seçimlere katılma ve oy verme hakkına indirgeyen klasik temsili demokrasi anlayışının ötesinde, toplumsal sorunların, tüm tarafların aktif olarak katılımıyla çözümlenmesini öngören katılımcı demokrasi anlayışını ifade etmektedir⁷.

Varlığının doğal sonucu olarak anayasal demokrasiyi esas alan Anayasa Mahkemesinin demokratik devlete, demokrasi anlayışına yönelik değerlendirmelerinin genel çerçevesi çizildikten sonra uygulamada özellikle son dönemde demokratik devlet ilkesinin yorumlandığı iki karar grubundaki sorunlar ele alınacaktır.

I- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Devlet İlkesinin Kullanımına İlişkin Genel Çerçeve

Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan demokratik devlet ilkesini Cumhuriyet'in diğer nitelikleri, özellikle de hukuk devleti ilkesiyle bir bütün olarak ele almaktadır. Bunun bir nedeni, demokratik devlet ile hukuk devleti ilkesi arasındaki yakın ilişki olmakla birlikte, bir diğer nedeni de hukuk devletinin öngörülebilirlik/belirlilik ve ölçülülük ilkelerini somut olaya uygulama gereksinimidir. Demokratik devlet ilkesinin aksine, Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti ilkesi daha somut bir şekilde ele alınmakta ve temel hak rejimiyle hukuk

3 AYM, E.1977/123, K.1978/16, 16/2/1978.

4 AYM, E.2018/78, K.2022/114, 13/10/2022, § 23 ve § 97.

5 Konuya ilişkin olarak bkz. Çağlar, B. (1990). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 7, s. 95-98.

6 AYM, E.1985/21, K.1986/23, 6/10/1986.

7 AYM, E.2011/106, K.2012/192, 29/11/2012. Bu kararda, katılımcı demokrasinin, tüm vatandaşların görüşlerini açıklama hakkına sahip olduğu, kendi yaşamlarını etkileyen çevresel, ekonomik, sosyal ya da politik karar alma süreçlerine çeşitli araçlarla katılabildiği bir sistemi öngördüğünü belirten Anayasa Mahkemesi, koruma amaçlı imar planlarının hazırlık safhasına, ilgili meslek odalarının, sivil toplum kuruluşlarının ve plandan etkilenen hemşerilerin katılımını sonlandıran düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

devleti arasındaki ilişki daha açık bir şekilde ortaya konmaktadır⁸. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre *“Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliği sağlayan, Anayasa’ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.”* Hukuk devletinin unsurları olan yargı denetimi, yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri, aynı zamanda demokratik hukuk devletinin de olmazsa olmaz koşulları arasında kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre demokratik hukuk devleti, devlet içinde kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Yargı denetimi, demokrasinin olmazsa olmaz koşuludur¹⁰. Keza yargı bağımsızlığı sadece hukuk devletinin değil, demokrasinin ögesi durumuna yükselmiştir. Demokratik bir toplumda, yalnız yürütme organına karşı değil devlet yapısı içinde yer alan tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da yargı bağımsızlığı sağlanmalıdır¹¹.

Eşitlik ilkesi, özellikle yasama organı üyelerine üstünlük/ayrıcılık sağlamaya yönelik normlar bakımından ele alındığında yine demokratik devlet perspektifiyle yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, *“demokratik hukuk devleti ilkesini Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayan devlet yapısı içinde yasama meclisi üyelerine sırf bu sıfatları nedeniyle, katıldıkları sosyal güvenlik kuruluşunun öteki iştirakçilerine göre üstünlük ve ayrıcalık tanınmasının haklı bir nedeni bulunmamaktadır”*¹². Emeklilik ve sosyal güvenlik alanında yasama organı üyelerinin kendilerine ayrıcalık getiren düzenlemelerini bu gerekçelerle Anayasa’ya aykırı bulan Anayasa Mahkemesinin bu içtihadını sürdürmesi elbette kendisine başvuru yapılmasına bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi yatay hesap verebilirlik mekanizmalarına da önem vermekte, Sayıştay denetimi, Kamu Denetçiliği Kurumu, Merkez Bankası bağımsızlığı gibi birçok alanda demokratik devlet ilkesine atıf yapmaktadır. Özellikle Sayıştay denetimi, demokratik devletin

8 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 24 Eylül 2012 tarihli toplantıda kabul edilen metnin 5.paragrafında da insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi arasındaki birbirine bağımlı ve karşılıklı olarak birbirini güçlendiren ilişkiye vurgu yapılmıştır. (A/RES/67/1)

9 AYM, E.2018/85, K.2022/127, 26/10/2022, § 166.

10 AYM, E.2010/55, K.2011/140, 20/10/2011; AYM, E.2022/14, K.2022/70, 1/6/2022.

11 AYM, E.2022/50, K.2022/107, 28/9/2022; AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/2/1989.

12 AYM, E.1988/11, K.1988/11, 24/5/1988.

bir gereği olarak yürütmenin halka ve yasama organına hesap verme sorumluluğunun işlevselleştirilmesinin en önemli araçlarından olarak değerlendirilmiştir¹³.

Bütün bu geniş demokrasi yaklaşımı içinde, temel hak ve özgürlük rejimi ile yasama organının oluşum ve işleyişinde seçim ve siyasal parti rejimiyle birlikte ele alınan demokrasinin özü olarak nitelendirilebilecek konular önemli bir ağırlığa sahiptir.

A- Temel Hak ve Özgürlükler Rejiminde Demokratik Devlet

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13.maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin güvencelerin hemen hepsini demokratik devlet ilkesiyle bir bütün olarak ele almaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, sınırlamada kanunilik ölçütünün esas alınması demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir¹⁴. Temel hak ve özgürlükler ancak demokratik bir şekilde seçilmiş yasama organının işlemiyle sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların temel hak ve özgürlüklerin kullanımını aşırı derecede zorlaştırmaması ya da ortadan kaldıracak düzeye vurdurulmaması gerekir¹⁵. Başka bir ifadeyle demokratik hukuk devletinde hakkın özüne dokunulamaz. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ele alınırken de demokratik devlet yaklaşımında olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde güvenceye alındığı düzen esas alınmaktadır¹⁶. Demokratik toplum; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temeline dayanmaktadır¹⁷.

Ülkelerin demokrasi seviyelerinin ölçülmesinde ifade, basın, internet, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin dikkate alınması oldukça sık rastlanılan bir yaklaşımdır. Anayasa Mahkemesi de bu yaygın anlayışına paralel olarak söz konusu hakları demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemde kabul etmekte, bu hakları demokratik toplumun zorunlu temeli ve vazgeçilmez unsuru olarak ele almaktadır¹⁸. Ancak Anayasa

13 AYM, E.2013/114, K.2014/184, 4/12/2014, § 213, 214.

14 AYM, E.2018/93, K.2021/69, 13/10/2021, § 69.

15 AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, § 26; AYM, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986; AYM, E.1999/33, K.1999/51, 29/12/1999; AYM, E.1987/16, K.1988/8, 19/4/1988.

16 AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 53.

17 AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 48.

18 AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020; AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020; AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022; AYM, E.2018/78, K.2022/114, 13/10/2022, § 86, 95; AYM, E.2015/62, K.2015/84, 30/9/2015, § 12.

Mahkemesi sadece bu haklar için değil eğitim hakkından grev hakkına, mülkiyet hakkından dilekçe hakkına kadar Anayasa'da yer alan hemen hemen tüm haklar olmadan demokratik toplum düşünülemediğini belirtmektedir¹⁹. Hak arama özgürlüğü demokrasinin vazgeçilmez koşulu olarak kabul edilirken, sendika kurma ve üye olma hakkı Cumhuriyet'in nitelikleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesiyle de ilişkilendirilmiş ve demokratik sosyal hukuk devletinin vazgeçilmez ögesi olarak nitelendirilmiştir²⁰.

Demokratik toplum, demokrasi ve demokratik devlet kavramlarının zaman zaman iç içe ve birbirinin yerine de kullanılabilirdiği bu alanda, çoğunlukla demokrasiye ve demokratik topluma vurgu yapılmaktadır. Ancak din ve vicdan özgürlüğü istikrarlı bir şekilde demokratik devletin vazgeçilmez unsuru olarak ifade edilmiştir²¹. Bu farkın din ve vicdan özgürlüğünün laik devlet ile ilişkisinden kaynaklandığı düşünülebilirse de Anayasa Mahkemesi kararlarında bu farkın nedenine ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır. Yine seçimler ve siyasi haklar da Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilmiştir²².

Siyasi parti faaliyetlerinin denetimi bakımından Anayasa Mahkemesi militan/mücadeleci demokrasi anlayışını benimsemiştir. Ancak bu sadece Anayasa Mahkemesinin tercihi değildir. Anayasal hükümler de bu anlayışı benimsemiş, siyasal çoğulculuk anayasal düzen çerçevesinde sınırlı bir alanda düşünülmüştür²³. Dolayısıyla siyasi parti faaliyetlerine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları değerlendirilirken dönemin anayasal hükümlerinin ve anlayışının da göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerine paralel olarak son yıllarda siyasi parti rejiminde demokratik ilkeleri ön plana almaktadır.

19 Eğitim hakkı: AYM, E.2018/76, K.2022/125, 26/10/2022; Grev hakkı: AYM, E.2013/24, K.2013/133, 14/11/2013; Mülkiyet hakkı: AYM, E.2016/36, K.2016/187, 14/12/2016, § 15; Dilekçe hakkı: AYM, E.2008/111, K.2010/22, 28/1/2010.

20 Hak arama özgürlüğü: AYM, E.2021/34, K.2022/21, 24/2/2022, § 11-12; Sendika hakkı: AYM, E.2017/156, K.2019/37, 15/5/2019, § 59.

21 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 51, *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/5/2015, § 43.

22 AYM, E.2002/38, K.2002/89, 8/10/2002; BB, *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 65.

23 Detaylı inceleme için bkz. Oder B. E. (2009). "Turkey" in *The Militant Democracy Principle in Modern Democracies*, içinde Thiel, M., (Ed.), Ashgate Publishing, s. 263-309.

Siyasi Partiler Kanunu'na yönelik verilen çok sayıda iptal kararında, partilere yaptırım uygulanması demokratik toplumda zorunlu son çare olması hâlinde kabul edilmektedir²⁴. 1982 Anayasası'nın ilk döneminde ise parti kapatma rejimiyle Cumhuriyet'in korunması arasında sıkı bir bağ olduğu değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi üyeleri bu alanda yapılan demokratikleşme hareketlerine tepki duymuş, uzun süre kapalı siyasal alan anlayışını sürdürmüştür. Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında gördükleri değerlere yönelik tehditleri ortadan kaldırmak Anayasa Mahkemesinin en önemli işlevi olarak görülmüştür²⁵.

Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesi koruduğunu ileri sürdüğü merkez değerler laiklik ilkesi ile devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü üzerine yoğunlaşmaktadır. Laiklik ilkesinin hak temelli olmaktan ziyade ideolojik bir şekilde yorumlandığı bu dönemin sona erdiği görülmektedir²⁶. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü temeline dayanan içtihat grubunun son kararının yakın dönemde verilmesi beklenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında terörle etkin mücadelenin terörizmin yıkmak istediği demokratik hukuk devletinin temel ilkeleri korunarak yapılabileceğini belirtmektedir²⁷. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla şekillenen demokratik ölçütleri dikkate alarak karar vermesi beklenir.

B- Devlet Organlarının Oluşum ve İşleyişinde Demokratik Devlet

Seçimler ve siyasi haklar demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasi haklar, seçimlerde oy kullanma, aday olma ve seçilme haklarının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını da kapsar. Anayasa Mahkemesi, isabetli bir şekilde seçimleri demokrasinin olmazsa olmaz kuralı, kaynağı ve dayanağı olarak nitelendirmektedir²⁸. Klasik demokrasi anlayışında demokrasinin özünü oluşturan bu konular Anayasa Mahkemesi içtihadında da önemli bir yere sahiptir.

24 Bu kapsamda özellikle hakkında kapatma davası açılan partinin dava süreci devam ederken kapanma kararı vermesi hâlinde dahi davaya devam edilmesini düzenleyen 108. maddenin iptali önemlidir. AYM, E.2010/17, K.2010/112, 8/12/2010.

25 Ergül, O. (2007). s. 338.

26 Konuya ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 108; Arslan, Z. (2002), "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11, S.1, s. 9-25.

27 BB, *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 105.

28 AYM, E.1994/83, K.1994/78, 16/11/1994.

Anayasa Mahkemesinin seçim kanunlarına ilişkin çok sayıda kararı mevcuttur. Özellikle seçim sistemine yönelik 1961 Anayasası döneminde verilen bir karar²⁹, Anayasa Mahkemesinin aktivist bir tutum sergilediği, kanun koyucu gibi hareket ettiği eleştirileriyle karşılaşmasına neden olmuştur. Oysa Anayasa Mahkemesinin seçme/seçilme hakkı ve seçim sistemlerine ilişkin verdiği kararlar bir bütün olarak incelendiğinde yüksek mahkemenin yargısal sınırlılık yaklaşımını benimsediği tespit edilmektedir³⁰. Seçim sistemlerine ilişkin kararlarda Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun geniş takdir yetkisini kabul etmekle birlikte demokratik hukuk devleti ilkesini bu takdir yetkisinin sınırları arasında kabul etmektedir³¹. 1961 Anayasası döneminde temsilde adalete öncelik veren Anayasa Mahkemesi'nin, 1982 Anayasası döneminde tercihini yönetilebilir demokrasiden yana kullandığı görülmektedir³². Yerel seçimler bakımından da yönetimde istikrar gerekmediği halde, onda birlik barajın Anayasa'ya uygun bulunması³³ demokratik devlet yaklaşımında büyük partileri destekleme rolünü benimsediğini ortaya koymaktadır.

Demokrasinin temeli kabul edilebilecek olan genel, eşit, serbest oy hakkı, adil seçim ve seçimlerin dürüstlüğü bakımından Anayasa Mahkemesi etkili bir aktör değildir. Seçimlerin yönetimi ve denetiminin Yüksek Seçim Kurulunun yetki alanında olması Anayasa Mahkemesini bu alandan önemli ölçüde uzaklaştırmaktadır. İptal davası açılmadığı takdirde Mahkeme, adeta bu alanın tamamen dışında kalmaktadır. İtiraz yolunda YSK'nın kendisini davaya bakan mahkeme olarak nitelendirmemesi³⁴, YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağına kabul edilmesi, yerel seçimlerin bireysel başvuru kapsamında olmaması³⁵ Anayasa Mahkemesinin seçim yargısında

29 AYM, E.1968/15, K.1968/13, 6/5/1968.

30 Türk, E. (2022). *Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 216-233.

31 a.g.e. s. 228.

32 Çağlar, B. (1990). s. 78-83.

33 AYM, E.1984/1, K.1984/2, 1/3/1984, AYM, E.1984/2, K.1984/3, 1/3/1984.

34 Anayasa Mahkemesinin 1992 yılında verdiği bir karar nedeniyle Yüksek Seçim Kurulu kendisinin Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvuramayacağına karar vermiştir. Süreç içinde Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin ölçütleri değişmişse de Yüksek Seçim Kurulundan bir başvuru gelmediği için konu hakkında yeni bir karar verilmesi mümkün olmamıştır. AYM, E.1992/12, K.1992/7, 18/2/1992.

35 YSK Kararları için: *Atıla Sertel* [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, § 40. Yerel seçimler için: *Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi*, B. No: 2014/5425, 23/7/2014, § 35.

demokratik devlet ilkesini korumasını engelleyen hususlar olarak sayılabilir.

Yasama organının işleyişine ilişkin temel kuralların belirlendiği İçtüzük hükümleri Anayasa Mahkemesi denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesi, demokratik bir devlette, meclislerin kendi iç çalışmalarını serbestçe düzenleme konusundaki yetkilerinin Anayasa ile sınırlı olduğunu vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kapsamda İçtüzük hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle yetinmemiş, 1961 Anayasası döneminden itibaren eylemli İçtüzük değişiklikleri üzerinde de bir denetim gerçekleştirmiştir. Ancak, son yıllarda bu kapsamda bir inceleme yapılmadığı görülmektedir. Kanunların ve Anayasa değişikliklerinin denetiminde şekil denetimine getirilen sınırlar, bunların kabul edilmesi sürecinde gerçekleşen eylemli İçtüzük değişikliklerinin denetlenememesine gerekçe gösterilmektedir³⁶. 1982 Anayasası'nın şekil denetimine getirdiği bu sınırlar, yasamanın işleyişinde demokratik devlet ilkesine uygunluğun denetiminde önemli bir engel teşkil etmektedir. Eylemli içtüzük değişikliğinin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmayan bir parlamento kararının kabulü sırasında gerçekleşmesi halinde de Mahkeme'nin denetim yetkisi kullanması eleştirilere neden olmaktadır.

Demokratik devletin önemli bir bileşenini de muhalefetin hakları oluşturmaktadır³⁷. Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan günümüze temelde muhalefetin parlamento bünyesindeki haklarının koruyucusu rolüne önem vermiştir. Yönetilebilir demokrasi anlayışı çerçevesinde, TBMM'nin karar alma süreçlerine aşırı engel olmadan meclisin müzakere işlevini yerine getirmesi demokratik devlet ilkesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, milletvekillerinin yasama faaliyetlerine katılımını engelleyen ya da aşırı zorlaştıran düzenlemeler demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır³⁸. Getirilen kuralın katılımı ne derece zorlaştırdığı ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenmektedir.

36 Anayasa değişikliği için: AYM, E.2007/62, K.2007/66, 5/7/2007; Kanunlar için: AYM, E.2008/56, K.2011/58, 30/3/2011.

37 Örnek olarak: AYM, E.2001/129, K.2002/24, 31/1/2002; AYM, E.2003/30, K.2003/38, 29/4/2003. Bu kapsamda özellikle siyasi parti gruplarının, grubu olmayan milletvekillerine göre Anayasa Mahkemesi tarafından avantajlı konumda değerlendirildiği görülmektedir.

38 E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 38.

II- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Devlet İlkesinin Kullanımına İlişkin Sorunlar

Anayasa Mahkemesi kararlarında demokrasi yaklaşımı ve buna ilişkin sorunlar daha önce pek çok başka çalışmanın yanı sıra iki değerli çalışmada özel olarak etraflıca ele alınmıştır³⁹. Konuyu sınırlamak bakımından bu çalışmaları tekrara yol açmayacak şekilde, Anayasa Mahkemesinin demokratik devlet ilkesi kullanımına ilişkin daha güncel sorunlar üzerinde durulması tercih edilmiştir. Bunlardan biri Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "*Çoğulcu Demokrasiyi Geliştirmede Türk Anayasa Mahkemesinin Rolü*" başlıklı konuşmasında örnek verdiği üç karardan biri olan milletvekillerinin disiplin cezalarının demokratik devlet üzerinden değerlendirildiği karardır⁴⁰. Diğerleri ise kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının üst kuruluşlarında temsiline yönelik kararlardır.

A- Yasama Organının İşleyişinde Demokratik Devlet – TBMM İçtüzüğünde Disiplin Cezalarının Denetimi

2017 yılında yapılan İçtüzük değişikliğinde milletvekillerine uygulanacak disiplin cezalarının tür ve yaptırım olarak arttırılması, bunların demokratik devlet ilkesi kapsamında incelenmesini gerektirmiştir. İptal davası yeni eklenen fiillere değil kınama ve geçici çıkarma cezalarına ek yaptırım olarak getirilen ödenek ve yolluğun kesilmesine yönelik hükmün (madde163) Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu hükmü ilgili disiplin cezasını gerektiren fiiller yönünden ayrı ayrı değerlendirmiş ve bu fiillerden biri yönünden Anayasa'ya aykırılık kararı vermiştir⁴¹.

Anayasa Mahkemesine göre, aynı değişiklik ile İçtüzüğe eklenen "*Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak*" fiilinin meclis çalışmalarının belirli bir düzen içinde yapılmasının sağlanmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır; belirsiz, soyut ve öngörülemez niteliktedir. Belirsiz olduğu için ifadenin bu kapsamda olup olmadığına Meclis

39 Çağlar, B. (1990); Ergül, O. (2007).

40 Zühtü Arslan'ın İslam İşbirliği Teşkilatına Üye Devletlerin Anayasa Mahkemeleri 2. Yargı Konferansı Konuşması, Bandung, Endonezya, 16 Eylül 2021. Tam metin: www.anayasa.gov.tr sitesinde Başkan'ın konuşmaları sekmesi altında yer almaktadır (Erişim Tarihi: 24/04/2023).

41 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.

çoğunluğu tarafından karar verilecektir. Bu durum ise özellikle muhalif milletvekillerinin çoğunluk tarafından cezalandırılma tehdidi altında kalmalarına, böylelikle yasama ve denetim faaliyetlerine gereği gibi katılamamalarına yol açacak niteliktedir. Muhalif milletvekillerinin cezalandırılma tehdidiyle susturulmaları sonucunu doğurabilecek kural, demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁴².

Demokratik bir devlette özellikle milletvekillerinin ifade özgürlüğünün önemini vurgulayan Anayasa Mahkemesi; kullanılan ifadelerin ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı ve terör eylemlerini haklı göstermek gibi demokratik devlet düzeninde korunması mümkün olmayan bir içeriğe sahip olmasının tek sınır olduğunu ifade etmiştir⁴³.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın da ifade ettiği gibi, parlamento içinde özellikle azınlık milletvekillerinin ifade özgürlüğünün korunmasına yönelik önemli tespitler içeren bu kararda, Anayasa Mahkemesinin dünyadaki diğer mahkemeler için öncü ve örnek olma fırsatını kaçırdığı düşünülebilir.

Kınama ve Meclisten geçici çıkarma cezası gerektiren fiiller arasında ifade özgürlüğü ile ilgili çok sayıda hüküm vardır. Bunların belirliliği, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan düzenleme ile benzer düzeydedir. Uygulamada, geçmişten günümüze bu hükümlerin muhalefet aleyhine keyfî bir biçimde kullanıldığı rahatlıkla tespit edilebilmektedir⁴⁴. Hâl böyleyken Anayasa Mahkemesinin bu hükümleri ifade özgürlüğüyle ilişkilendirmemesi demokratik devlet ile ilgili tespitlerinin bu hükümler bakımından geçerli olmaması sonucunu doğurmuştur. Nitekim iptal kararına karşı oy kullanan üyeler de iptal edilen fiille, İçtüzüğü'nün 160 ve 161. maddelerinde sayılan diğer fiiller arasında ifade özgürlüğüne müdahale riski ve belirsizliğe dayalı keyfî uygulama bakımından bir fark bulunmadığını belirtmişlerdir⁴⁵. Keyfî uygulamaların bu kadar çok olabildiği bir alanda, keyfiliğe karşı usule ilişkin güvenceler, itiraz hakkı ve hatta yargısal denetim bulunmadığı, başka bir ifadeyle eksik

42 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 114, 115.

43 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 117.

44 Bkz. Ülgen Adadağ, Ö. (2019). "Türk Hukukunda Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 200, s. 3237-3289.

45 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018 Hicabi Dursun, M. Emin Kuz, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel Karşı oyu.

düzenleme olduğu gerekçesiyle iptal kararı verilmemesi, yasama organında demokratik hukuk devletinin korunması bakımından önemli bir kayıp olmuştur.

B- Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Üst Kuruluşlarının Oluşumunda Demokratik Devlet

Anayasa Mahkemesi, çoğulculuk ve yönetilenlerin yönetime dengeli bir şekilde katılımının sağlanmasının demokratik devlet ilkesinin en önemli unsurları olduğunu belirtmiş, bu ilkelerin genel ve yerel seçimlerde olduğu gibi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu seçimlerinde de geçerli olduğunu vurgulamıştır⁴⁶. Ancak, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının üst kuruluşlarının oluşumunda demokratik devlet ilkesi istikrarlı ve öngörülebilir bir şekilde kullanılmamaktadır.

Türk hukukunda kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının hepsi aynı esaslara göre düzenlenmemiştir. Bunlar arasında Türk Tabipler Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türk Diş Hekimleri Birliği, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ve Türkiye Barolar Birliği meslek örgütlenmesi olarak birbirine benzeyen bir grup oluşturmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin üst kuruluşların oluşumunda temsil hususu üzerinden demokratik devlet değerlendirmesi yaptığı kararlar da bu kuruluşlara ilişkindir.

Anayasa'nın 135.maddesi, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarının amaçları arasında bir ayırım yapmamaktadır. Temel işlevi mesleğe kabul ve meslek kurallarını belirleme olan bu kurumların ulusal ölçekteki organlarının oluşumunda yerel organların temsilinin demokratik devlet esaslarına uygun olması beklenir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında Türk Eczacılar Birliğinin oluşumunda adil katılım ilkesinin gözetilmemesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. İptal edilen düzenleme üye sayısı kaç olursa olsun iki yüzden fazla üyesi olan eczacı odalarının Büyük Kongreye katılımını yedi temsilciyle sınırlandırmaktaydı⁴⁷. Bu karardan dört yıl sonra Türk Diş Hekimleri Birliği bakımından benzer bir düzenlemenin Anayasa'ya

46 KKNMK için AYM, E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020, § 74; Mahalli İdareler için: AYM, E.1992/17, K.1992/30, 21/4/1992.

47 AYM, E.1991/4, K.1991/45, 3/12/1991.

aykırı olmadığına karar verilmiştir⁴⁸. Ancak aynı düzenleme 2011 yılına gelindiğinde, bu sefer ilk karardaki gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulunmuştur⁴⁹. Bu iki karar arasındaki dönemde ise önce Türk Tabipler Birliği ardından Türk Veteriner Hekimler Birliğinin Genel Kurullarına katılacak delege sayılarının belirlenmesinde adil temsil ilkesinin gözetilmemesini Anayasa'ya aykırı kabul etmiştir⁵⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu kararları sonrasında yasama organı tarafından kademeli olarak artan delege sayılarının belirlendiği yeni düzenlemeler yapılmıştır (Ek Tablo 1). Anayasa Mahkemesinin bu kararları, demokratik devlet ilkesinin bir gereği olarak kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının merkez organlarında adil katılımın sağlanmasının bir gereklilik olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmasına neden olmuştur. Adil katılım esasında hem sayıca az üyesi olan kuruluşların etkili temsili gözetilmekte, hem de üst kuruluş sonuçta bir meslek örgütü olduğundan üye sayısı fazla olan kuruluşların da nispeten fazla üye göndermesi sağlanmaktadır. Bu durum, az üyeli kuruluşların söz hakkını koruyup, onların birliğin karar süreçlerinde daha etkili olabilmelerini gözeterek mesleğin temsilde çoğulculuğu korumaktadır.

2020 yılında Avukatlık Kanunu'nun 114.maddesinde değişiklik yapılarak her baronun kayıtlı üye sayısına bakılmaksızın üç delege ve başkanları ile temsil edilmesi esası kabul edilmiş, ayrıca her beş bin üye için birer delege daha seçileceği düzenlenmiştir. 2019 yılı verileri dikkate alındığında, beş bin üyenin üzerinde sadece üç baro (Ankara-İstanbul-İzmir) bulunduğu görülmektedir. Otuz beş baro 300 üyenin altında, on üç baro 300-500 üye aralığında, on bir baro 500-1000 üye aralığında, on sekiz baro ise 1000-5000 üye aralığında yer almaktaydı⁵¹. Bütün bu farklılığa rağmen beş bin üyenin altındaki baroların eşit temsili adil katılım ilkesiyle bağdaştırmak mümkün görünmemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi çoğunluğu söz konusu düzenlemeyi yasa koyucunun takdir yetkisinde kabul ederek Anayasa'ya

48 AYM, E.1994/82, K.1995/9, 15/2/1995. Bu düzenlemedeki fark 200 ila 500 üye için 7 delege, 500 üzerindeki üye içinse 10 delege esasının kabul edilmesidir.

49 AYM, E.2011/55, K.2011/146, 27/10/2011.

50 Türk Tabipler Birliği, AYM, E.2000/78, K.2002/31, 19/2/2002; Türk Veteriner Hekimleri Birliği, AYM, E.2006/143, K.2009/98, 25/6/2009.

51 2022 yılı verilerine göre, yirmi beş baro 300 üyenin altında, on üç baro 300-500 aralığında, on sekiz baro 500-1000 aralığında, yirmi iki baro 1000-5000 aralığında, beş baro ise 5000'in üzerinde üyeye sahiptir. Bunlar arasında İstanbul Barosunun 60000 üyeye yaklaştığı da gözden kaçırılmamalıdır.

aykırı bulmamıştır⁵². Elbette Anayasa Mahkemesi zaman içinde hukuki ve fiili değişiklikleri dikkate alarak içtihadında değişikliğe gidebilir. Ancak kararında bu değişimin gerekçesini açıklaması beklenirdi. Anayasa Mahkemesinin kendi kararlarında da belirtildiği gibi *“Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir”*⁵³. Önceki düzenleme değil diğer meslek örgütlerinin delege belirleme yöntemleri, baroların üye sayıları ve meslek örgütü üst kuruluşunun temel işlevi gözetilerek bir inceleme yapılsaydı, gerekçeli kararda bu takdir yetkisinin nasıl ölçülü kullanıldığı anlaşılabilirdi. Oysa Anayasa Mahkemesi, demokratik hukuk devleti ilkesi ve bu bağlamda ölçülülük ilkesini ihlal eden bir yön olmadığını belirterek somutlaştırma yapmaksızın sonuca varmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin demokratik devlet ilkesine yaklaşımı konusunda öngörülebilir ve tutarlı bir inceleme yapma olanağı da kalmamaktadır.

Mahkemenin demokratik devlet ilkesine yönelik değerlendirmelerinde tutarsızlığın en dikkat çektiği örnek ise bir Anayasa değişikliği düzenlemesinin şekil denetimi sınırlarını aşma pahasına yapılan incelemesinde, demokratik devletin gereği olarak verilen iptal kararından sadece dört yıl sonra aynı yöndeki bir kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı bulunmamasıdır. 2010 Anayasa değişikliğinin, Anayasa Mahkemesine (madde 146) ve Hâkimler ve Savcılar Kuruluna (madde 159) üye belirlenmesi sürecinde sadece bir aday için oy kullanılabileceğine ilişkin hükümler, değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen demokratik hukuk devleti ilkesini etkisiz hâle getireceğinden iptal edilmiştir⁵⁴. Dört yıl sonra Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu’nun aynı yöndeki düzenlemesi ise yasa koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilmiştir⁵⁵.

52 AYM, E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020, § 81-87.

53 AYM, E.2019/112, K.2020/35, 25/6/2020, § 6.

54 AYM, E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010.

55 AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014. Her iki karar da oybirliğiyle verilmiş olmakla birlikte, sadece altı üye her iki karara da katılmıştır. Üye değişimine paralel bir içtihat değişikliği olduğu düşünülebilir. Ancak, Mahkeme’nin içtihadını değiştirmesine yol açan gerekçeleri açıklaması, önceki karardan ayrılmasını gerektiren hukuki ve fiili değişiklikleri ortaya koyması beklenirdi.

SONUÇ

Demokrasi farklı boyutlarıyla bir bütün oluşturur. Bu bütünü bir parçası bile eksik olduğunda, demokrasinin de ortadan kalktığı düşünülebilir⁵⁶. Demokrasi ölçütleri zaman içinde evrilmekte, gelişmektedir. Dolayısıyla demokrasiye uygun devlet de bu sürecin parçası olarak değişime, dönüşüme, gelişmeye açık bir ilkedir. Anayasa Mahkemesi demokratik devlet ilkesini, sadece kendisine başvuru yapılması hâlinde koruyabilir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun takdir yetkisini sorgulayacak derecede aktivist davranmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düştüğü gibi demokratik devlet ilkesiyle de bağdaşmadığını belirterek demokratik devlet ilkesini yargısal sınırlılık tutumu için bir gerekçe olarak görmektedir⁵⁷. Dolayısıyla, Cumhuriyetin demokratik olma niteliğinin belirlenmesinde ikincil ve sınırlı bir yetki kullanmaktadır. Yine de sistemin bütünü içinde demokratik devletin korunmasında Anayasa Mahkemesinin önemini yadsımamak gerekir.

İlkesel düzeyde bakıldığında, çoğulcu, hoşgörülü, katılımcı demokrasi anlayışının benimsenmesi, demokratik devletin önemine ve vazgeçilmezliğine yapılan vurgular Anayasa Mahkemesinin çağdaş standartları takip etme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Özellikle son dönemde bireysel başvuru kararlarıyla demokratik devlet ilkesinin hak boyutu zenginleştirilmiştir. Dolayısıyla asıl sorun, bu ilkeler çerçevesinde istikrarlı bir içtihat oluşturulmamasındadır. İstikrarlı ve gerekçeli kararlar uygulamada karşılaşılan sorunların bir kısmına çözüm oluşturabilir. Elbette Anayasa Mahkemesi kararlarının özellikle yasama organı tarafından dikkatle takip edilmesi, kararların gereğinin zamanında yerine getirilmesi ve kararların objektif etkilerinin sağlanması bütüncül bir demokratik hukuk devleti için elzemdir. Demokratik Cumhuriyetimizin 100. yılı kutlu olsun.

56 Sosyal, M. (1997). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayınları, s. 178.

57 AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Zühtü (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11, S. 1, ss. 9-25.
- ÇAĞLAR, Bakır (1990). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", *Anayasa Yargısı*, C. 7, ss. 57-127.
- ERGÜL, Ozan (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınları.
- ODER, Bertil Emrah (2009). "Turkey" in *The Militant Democracy Principle in Modern Democracies*, içinde Thiel, M. (Ed.), Ashgate Publishing, ss. 263-309.
- ÖZBUDUN, Ergun, (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- SOYSAL, Mümtaz (1997). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- TÜRK, Ender (2023). *Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- UYGUN, Oktay (2015). *Devlet Teorisi*, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- ÜLGEN ADADAĞ, Özen (2019). "Türk Hukukunda Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 200, ss. 3237-3289.

Ek Tablo 1- Anayasa Mahkemesi Kararları Sonucunda, Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşlarının Üst Kuruluşlarında Temsili

Türk Tabipler Birliği	Türk Eczacılar Birliği	Türk Diş Hekimleri Birliği	Türk Veteriner Hekimleri Birliği	Türkiye Barolar Birliği
K.2002/31(iptal)	K.1991/45(iptal)	K.1995/9 (ret) K. 2011/146 (iptal)	K.2009/98 (iptal) K.2011/178 (ret)	K.2020/54 (ret)
±100.000 kayıtlı üye	39.430 kayıtlı üye	30.366 kayıtlı üye	±24.000 kayıtlı üye	174.533 kayıtlı üye
482 delege (2022)	362 delege (2021)	352 delege (2022)	420 delege (2022)	348 delege (2021)
Son hâli: 200> 3 delege 200-500> 5 delege 500-1.000> 7 delege Sonraki her 1.000 üye için +1 delege	Son hâli: 200> 5 delege 350> 6 delege 500> 7 delege Sonraki her 500 üye için +1 delege	Son hâli: 200> 5 delege 500> 7 delege 1.000> 10 delege Sonraki her 500 üye için +1 delege	Son hâli: 150> 4 delege 151-300 – 5 delege 301-600 – 6 delege 601-1.000 – 8 delege Sonraki her 500 üye için + 1 delege	Son hâli: Baro başkanları ile eski TBB başkanları Her baro üçer + her 5.000 için 1 delege



GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN CUMHURİYETİN LAİK DEVLET NİTELİĞİNE İLİŞKİN YORUMU

The Turkish Constitutional Court's Interpretation of the Secular State
Character of the Republic from the Past to the Present

Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Abdullah EVLİAYOĞLU*

* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup sunum hakemli makaleler kısmında ss. 105-158 arasında yayımlanmıştır.

İKİNCİ OTURUM: SORU-CEVAP

- **Mustafa KOÇAK:** Sayın Hoca'm çok teşekkür ediyoruz. Tam, dakik, zamana uygun bir biçimde bitirdiniz ve ilgiyle de dinlenen bir tebliğ sundunuz. Ben her üç konuşmacıya da çok çok teşekkür ediyorum. Süreye riayet ettiler. Tebliğlerini de çok nezih bir biçimde sundular. Şimdi 20 dakikalık bir sarkma var ama Sayın Başkan'ım bu bizden kaynaklanmıyor, biliyorsunuz. Biz süreye uyduk. Şimdi soru-cevap faslına geçiyoruz. Evet, buyurun. Soruyu hangi konuşmacıya soracaksak onu da belirtirsek...

- **Abdullah ÇELİK:** Evet, aslında ben sorudan ziyade yanlış anlaşılmaya müsait olan bir hususu açıklamak isterim. Şöyle yani son tebliğ sunan Hoca'mız Anayasa'nın açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü bir karar verdiğini ama kendisinin bundan memnun olduğunu ifade etti. Eğer böyle olsaydı ben aslında memnun olmazdım. Çünkü Anayasaya rağmen Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesi aslında anayasaya aykırı bir karar vermesi anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi orada anayasaya uygun bir karar verdi. Anayasanın hükmünü yorumladı. O hüküm de şuydu: Yani Anayasa'nın 24. maddesinde zorunlu ders olarak söylenen şey, din kültürü ve ahlak "öğretimi". "Eğitimi" değil ama Anayasa Mahkemesi bu hükmü yorumladı ve somut müfredata, o zaman geçerli olan müfredata baktı ve bunun bir "öğretim", din kültürü, kültür ve ahlak "öğretimi" değil belli bir dinin "eğitimi" olduğunu, çoğunlukla bunu ifade ederek bir sonuca vardı.

- **Mustafa KOÇAK:** Hatta mezhebin, dinin ötesinde.

- **Abdullah ÇELİK:** Evet, aynen. Katkı sunmak açısından şunu da söyleyeyim: Anayasa Mahkemesi belli bir dine, çoğunluğun dinine ve çoğunluğun mezhebine göre karar vermiyor. Mezhep yönünden bir karar örneği verildi, din yönünden bir örnek vermek lazım. O da 2019 yılında Ermeni Patrikliğinin seçimine ilişkin karar var. Anayasa'nın 24. maddesinin ihlal edildiğine Anayasa Mahkemesi karar verdi. Bu da Müslümanlık dışında başka bir dinle ilgili de Anayasa Mahkemesinin tarafsız tutumunu, temel hak ve özgürlükler lehine laiklik ilkesini yorumlama tutumunu başka dinler yönünden de sergilediği somut bir örnek olarak ifade etmek istedim. Arz ederim.

- **Selçuk Abdullah EVLİYAĞLU:** Evet, Raportörümüzde değil mi? Evet, beyefendinin değindiği nokta şu: Ben orada aslında “*rağmen*” derken “*İhlal ederek bu kararı verdi.*” demedim dikkat ederseniz. Yani “*orada yer alan hükme rağmen*” derken “*Hükmü ihlal etmiştir, anayasal bir aktivizm, yargısal bir aktivizm yapmıştır.*” dahi demedim. Böyle bir tartışmaya da girmedim. Ben sadece “*oradaki hükme rağmen*” derken -aslında düzeltmeye de gerek yok ama- açıklama yapmış olayım. Değerli Raportörümüz değindi. Aslında “*oradaki hükmün orada bulunmasına karşın*” diyelim bari. Yoksa “*ihlal ederek*” demedim çünkü vardığı sonucu anlattık. Aslında konunun detayları da var. Süre yetmeyeceği için giremedik. Olay aslında söylenildiği gibidir. Yani “*din kültürü ve ahlak bilgisi*” derken burada tarafsız olması gereken bir dersten bahsediliyor. Vardığı sonuca binaen belirli bir dinin eğitimi olduğu kanaatine varıyor. Yoksa anayasa hükmünü ihlal ederek böyle bir durum söz konusu değil. Yargısal bir aktivizmden bahsetmedim. Açıklama getirmiş olalım. “*O hüküm orada duruyor iken*” -diyelim- böyle bir karar vermiştir.

- **Ayhan KILIÇ (Anayasa Mahkemesi Raportörü):** Teşekkür ederim. Benim sorum ilk iki konuşmacımız olan Sayın Metin ve Sayın Ülgen Adadağ’a yönelik olacak. Şimdi Anayasa’nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak üç farklı kavrama yer veriyor. Aslında birbirinin alternatifi olarak kullanılabilir ve belki de sadece birinin bulunması yeterli olabilecek üç kavrama yer verilmiş. İşte, birincisi hakkın özü, ikincisi demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, üçüncüsü ise ölçülülük. Bilindiği üzere demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, daha çok Anglosakson hukuk sisteminde kullanılan bir kavram ve Kanada Anayasası’nda -bildiğim kadarıyla- açıkça geçiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde birçok hâkim de bu kavramı kullanıyor ve genellikle iki alt kriterin olduğu, testin olduğu kabul ediliyor. Birincisi işte “*Zorunlu toplumsal ihtiyaca cevap veriyor mu, vermiyor mu?*” İkincisi orantılılık. Bu orantılılık “*proportional*” yani dar manada orantılılık biçiminde anlaşılıyor. Bir de ölçülülük var. Bu da Alman Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği bir kavram ve Kıta Avrupası’nda yaygın. Diğer anayasa mahkemelerince de kullanılıyor. Burada da üç alt ilkeye yer veriliyor. İşte elverişlilik, gereklilik ve orantılılık biçiminde. Bir de hakkın özü kavramı var. Aslında Alman Anayasası’na baktığımızda ölçülülük biçiminde bir kavrama yer vermiyor. Hakkın özü kavramı yer alıyor ve o hakkın özü kavramı yorumundan ölçülülüğü çıkarıyor. Şimdi üç kavram. Aslında biri olsa yeterli ama bizim Anayasa’ımızda üçüne de yer verilmiş. Şimdi bu kavramlar arasındaki entegrasyonu nasıl sağlayacağız yani bu konuda bir görüşünüz olur mu acaba veya Anayasa Mahkemesinin

bu konuda bulduğu çözüm tatmin edici midir? Ne düşünüyorsunuz? Bu konuda görüşlerinizi merak ediyorum. Teşekkürler, sağ olun.

- **Yüksel METİN:** Yani Anayasa Mahkemesi burada -biraz önce ben değinmiştim- bu üç ölçüt arasında sıkı bir ilişki bulunduğundan bahsediyor ve temel ölçütler olarak nitelendiriyor ama ben sizin “*Bunlardan birisi olsa yeterlidir.*” görüşünüze pek katılmıyorum. Şundan dolayı: Olacaksa hangisi olacak peki yani bunlardan biri olacaksa siz hangisini tercih edersiniz? Ben ona göre cevap vereyim.

- **Ayhan KILIÇ:** Fark etmez. Önemli olan içerik, kavramın kendisi değil. Biz kavramların büyüüne çok kapılıyoruz. Örneğin 1982 Anayasası’nda önce hakkın özü kavramı vardı. O zaman “*Çok genişletici yorumlar yapıyor Anayasa Mahkemesi hak ve özgürlükler yerine, daha dar bir kavram olan demokratik toplum düzenininin gerekleri kavramına yer verelim.*” dendi. Bu sefer hakikaten daraltıcı yorumlar yapıldı. Dendi ki “*O hâlde eski kavramları geri getirelim.*” Geri getirdiler. Yetinilmedi ve ölçülülük de konuldu fakat bir tekrar var gibi. Bence önemli değil hangisinin getirildiği. Önemli olan yorum. Ben sadece “*Bunlar arasında bir entegrasyonu nasıl sağlayacağız?*” konusundaki görüşleri merak ediyorum.

- **Yüksel METİN:** Yani şundan dolayı ilave olarak size yönelttim soruyu. Örneğin hakkın özü kriteri, sınırlamada ulaşılabilecek son noktayı gösteriyor. Eğer bu noktaya ulaşılmış ise yani hakkın özüne dokunan bir sınırlama var ise Anayasa Mahkemesinin de söylediği gibi bunun demokratik toplum düzenininin gereklerine de aykırı olduğu rahatlıkla söylenebilir ama ölçülülük ilkesi -biraz önce de bahsettim- bu noktaya varmadan daha önceki aşamalarda denetim yapılmasına imkân veriyor. Dolayısıyla hani bu açıdan ölçülülük ilkesi çok operasyonel bir ilkedir. Yani burada ölçülülük ilkesi ifade edilirken “*düşmanı ön cephede karşılamak*” gibi bir ifade de kullanılır. Yani daha baştan amaca ulaşmak bakımından hiçbir işe yaramayan, hiçbir katkı sunmayan, elverişsiz bir aracın kullanılması durumunda ölçülülük ilkesine aykırılık vardır. Dolayısıyla burada boşu boşuna bir sınırlama yapılmış oluyor. Ulaşılmak istenen amaç da gerçekleşmiyor. Kısmen de olsa gerçekleşmiyor. Burada belki şu noktada haklısınız yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden, “*demokratik toplumda gerekli olma*” kriterinden hareketle oradaki *gereklilik* ve *ölçülülük* ilkesi arasında bir ilişki kurulabilir, kuruluyor da. İç içe geçmiş gibi görülebilir belki ama orada sadece kısmen bir örtüşme var. Tam bir örtüşme de yok. Dolayısıyla burada, uygulamada öncelikle öze dokunma yasağının ihlal edilip edilmediğine bakılması gerekir.

Bu varsa zaten demokratik toplum düzeninin gerekleri veya ölçülülük ilkesi yönünden ayrıca bir inceleme yapmaya gerek yok artık. Ama öze dokunmayan bir sınırlama var ise ondan sonraki aşamada demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Biraz önce söyledim ama tekrar vurgulamak istiyorum: Ölçülülük ilkesi yönünden inceleme yapılırken de elverişlilik ve gereklilik yönünden bir incelemenin mutlaka yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında olduğu gibi daha bakıldığı zaman orantılılık ilkesine aykırılık hemen görülebiliyor. Sadece buradan bir inceleme yapılmış ve ölçülülük ilkesine aykırılık kararı verilmiş ama orantılılık ilkesinde ulaşılan sonuç, herkesi ikna eder nitelikte olmayabilir çünkü bu bir tartım meselesidir. Bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir denge kurulup kurulmadığı çoğu zaman tartışmaya açık olabilir. Dolayısıyla o olayda elverişlilik veya gereklilik ilkesine aykırılık var ise bu tartışma yaratmayacaktır. Bu açıdan elverişli değilse, gerekli değilse orantılılık ilkesi yönünden zaten bir incelemeye yapmaya gerek yok. Ölçülülük ilkesine aykırılık vardır şeklinde bir karar verilir zaten. Bilmiyorum sorunuza tam bir cevap olabildi mi ama ben bu kadar söylemiş olayım. Gerisini de Hocam tamamlasın, buyurun.

- **Özen ÜLGEN ADADAĞ:** Zorunlu toplumsal ihtiyacı, ölçülülüğün elverişlilik ve gerekliliğiyle özdeşleştirip orantılılığı da ölçülülüğün üçüncü orantılılığıyla eşleştiriyor Anayasa Mahkemesi son dönemde. Bence makul. Daha yapabilecek bir şey yok. "Bu ikisinden biri yetmez miydi?" sorusunun da bence şöyle bir cevabı var. Yetmezdi çünkü her meşru amaç, demokratik toplum düzeniyle ilişkili değil. İdari yaptırımları falan incelerken bazen aslında orada sadece ölçülülük incelemesi yapmak yeterli olabiliyor. Elverişlilik, gereklilik, zorunluluk... Tamam ben söyledim, bütün hakları Anayasa Mahkemesi demokratik toplumla ilişkilendiriyor ama aslında değil. Hani her şeyi de demokratik toplumla... İşte bilmem petrol tankerinin şeyinde nasıl bir idari yaptırım uygulayacağınız aslında daha çok elverişlilik, gereklilik yani tam bir ölçülülük incelemesini gerekli kılar. Keza ceza normları bakımından da takdir yetkisini aşabilirsek ölçülülük incelemesi -hele hele bunların alt başlıklarının iyi gerekçelendirildiği bir ölçülülük incelemesi- çok geliştirici olur. Bizim demokratik toplumu biraz tüm haklara yaymamız sebebiyle ikisi arasında tam bir özdeşleşme oldu. Tutarlı olduğu müddetçe ben destekliyorum. Bu şekilde anlatıyorum derslerde de. Benimsedim yani.

- **Ece GÖZTEPE:** Çok teşekkür ederim. Ben Özen Hocama bir soru soracağım. Aslında demokratik toplum ilkesini koruma konusunda galiba en güçsüz halka Anayasa Mahkemesi diye düşünüyorum. Çünkü Meclisin elinde

çok güçlü yetkiler var ve Anayasa Mahkemesinin yetkileri sınırlı. Benim en çok kafamı yoran kararlardan bir tanesi de Garo Paylan'ın açtığı eylemli iç tüzük değişikliği kararı. Anayasa Mahkemesinin elinde o kararı -istediğimiz gibi diyeyim- demokratik toplum ilkesinin korunmasını sağlayacak bir şekilde çözmesinin hiçbir anayasal aracı yoktu. Burada aslında demokratik toplum ilkesini korumanın asıl yeri Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Meclisin çoğunluğunun bu konuda Anayasa'ya uygun davranmasını sağlamak zannedersen büyük önem taşıyor. O nedenle de hani belki onu tartışmak ya da yollamak isteyebilirsiniz ama dediğim gibi Anayasa Mahkemesi zaten elinde olan hiçbir şey olmadığı için orada sadece ret kararı vermekle yetindi.

- **Özen ÜLGEN ADADAĞ:** Çok teşekkür ediyorum Ece Hocam. Katılıyorum. Garo Paylan'ın tabi başvuru yetkisi yoktu yani her şeyden önce bütün sorun bunun üzerine kuruluydu ama tam da o nedenle aslında Anayasa Mahkemesi uygulamayı biliyordu. Bu iç tüzük değişikliği de o yüzden yapıldı. O sırada *"var olmayan bir iç tüzük"* hükmüne dayanarak o ceza verilmişti yani bu kadar keyfî uygulandığını bildiğiniz bir alanda -o yüzden diyorum- bunun çaresi bu değil. Bu keyfiliği önleyecek bir mekanizma kurmaya zor... Bu mekanizmanın ne olduğunu belirleyecek olan da Anayasa Mahkemesi değil. Elbette Meclis ama o böyle bir mekanizma kurup işte o olmayan hükme dayanılarak verilen cezanın ortadan kalkabileceği bir güvencenin getirilmesi gerekiyor demokratik hukuk devletinde. Anayasa Mahkemesinin tüm kararları bunu söylerken biz bunu gördüğümüzde, hele hele Parlamentoda demokrasinin olmadığını gördüğümüzde bunun topluma yansımaları kaçınılmaz oluyor ister istemez. Teşekkür ediyorum.

- **Şeref İBA (TOBB Ekonomik ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi):** Teşekkür ederim Hocam. Ben sorumu Özen Hocama yönlendirmek istiyorum izninizle. Biraz önce Anayasa Mahkemesinin eylemli iç tüzük ile ilgili dönüşümünden bahsetti Hocam ve disiplin cezaları konusundaki değerlendirmelerine ben de katılıyorum. Son dönemde aslında yasama fonksiyonuyla alakalı Anayasa Mahkemesinin hayli dikkat çeken kararları var. Onlardan bir tanesinde de tarihimizde ilk defa bir parlamenterin üyelik sıfatı sona erdikten sonra geri dönmesi söz konusu oldu. Ne sayesinde? Bireysel başvuru, evet. Bildiğiniz üzere kesinleşmiş mahkeme kararlarının Genel Kurula bilgiye sunulması, okunmasıyla milletvekilliği sıfatı sona ermişti o somut olayda. Sonra bireysel başvuru yolu çalıştırıldı ve Anayasa Mahkemesi hak ihlali kararı verdi. Hak ihlalinin giderilmesiyle alakalı da -hatta tereddütler yaşandı ama en sonunda ilk uygulaması oldu *Berberoğlu* kararı. Sonra ikinci bir örneği daha oldu.

Demokratik devlet ilkesi bağlamında -sunumunuzla da alakalı olduğu için- bu konuyu nasıl değerlendiriyorsunuz? Çok teşekkür ediyorum.

- **Özen ÜLGEN ADADAĞ:** Bireysel başvuru alanında zaten Anayasa Mahkemesinin hak koruma, demokratik toplumu ve devleti koruma konusunda daha başarılı olduğu açık. Evet, açıkça söyledim, siyasi faaliyette bulunmak demokrasinin hani o çekirdek kısmında yer alıyor Anayasa Mahkemesinin isabetle belirttiği gibi. Evet, yan koşulları olmadan, sınırlı iktidar olmadan demokrasi olmaz ama seçim ve siyasi faaliyet olmadan hiç olmaz ve Anayasa Mahkemesi onu çok isabetle tespit ediyor. Ben şuna şaşırdım açıkçası çünkü yasama organının Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarını uygulamakta çok başarılı olmadığını düşünüyorum. Objektif etki... Yasama organı mesajların hiçbirini almıyor ve burada o yüzden endişelenmedim değil. Uygulamayabilirlerdi. Biz hiçbir şekilde şaşırmayacaktık. Hani o anlamda sevindirici buluyorum Türk demokrasisi adına o kararın gereğinin yerine getirilmesini. Sonrasında Meclise geri dönmeleri bakımından da çok olumlu buluyorum.

- **Mustafa KOÇAK:** Bundan sonra da bir oturum var. Soru-cevap kısmını da burada bitirelim ki onlara da zaman kalsın. Ben bu oturuma katılan, güzel tebliğler sunan tüm meslektaşlarıma teşekkür ediyorum. Oturumu kapatıyorum.

Üçüncü Oturum

“Türk Anayasa Mahkemesinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi”

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

Konuşmacılar

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Balıkesir Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ

Türk-Alman Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Üçüncü Oturum

Oturum Başkanı Prof. Dr. Aydın GÜLAN*

Efendim, katılımcılara saygılarımı sunuyorum. Biraz gecikmiş bir oturum oldu fakat bütün konuşma konuları birbiriyle bağlantılı. Hem konuşma bölümleri içindeki konuşmacıların hem de farklı oturumlardakilerin... İlk oturumda gündeme gelen anayasallaşmanın somut örneklerinin tartışılacağı bir noktaya geldik. Bu konuda genel olarak idare kültüründen, idare hukuku kültüründen gelenlerle Anayasa hukuku kültüründen gelenler arasında farklı kavramlaştırmalar oluyor. Bu Fransa'da idare hukuku alanında kullanılan iki malzemede çok gündeme geldi. Bu anayasallaşma Vedel'in "*Les Bases Constitutionnelles Du Droit Administratif (İdare Hukukununun Anayasal Temelleri)*" isimli çok meşhur bir çalışmadan yola çıkılarak konuşuluyordu. Son zamanlarda bir tez hazırlandı. O tez de "*Les Bases Administratives Du Droit Constitutionnelles (Anayasa Hukukununun İdare Hukuku Temelleri)*" başlığını taşıyor ve esasında idare hukuku kültüründen etkilenme, anayasallaşmanın belki bir tersi kavramlaşmayla idari yargılaşma, adli yargılaşma gündeme geliyor özellikle bu bireysel başvuru ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi eliyle. Bazı noktalarda da dikkat çekici bir biçimde idari yargının katkısı söz konusu. Mesela bu yürürlüğü durdurma içtihadında idari yargı pratiğinin gündeme gelmesi... Anayasa Mahkemesi kararlarının ilanı hususunda idari yargının bir kere hukuka aykırılığı tespit edilmiş kanun maddesinin tekrar uygulanmayacağına ilişkin hususlar... Aysel Pekiner Hanımefendi de burada, idari yargı kökenli Anayasa Mahkemesi üyesi, eşi Visalettin Bey ile. Bu alan idari yargı kültürünün esasında alt kavramları oluşturmak bakımından önemli katkısının olabileceği bir alan hâline geldi. Çünkü kavramlar genişleyince farkları gösterebilecek genişlik nedeniyle etkisini kaybetmeye başladılar. Alt kavramlaştırmaya ihtiyaç var. O yüzden şimdi

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı.

sayın konuşmacıların da ben bir dinleyici olarak tepkilerini dinlerken esasında Anayasa Mahkemesinin norm denetimi veya bireysel başvuru dolayısıyla yaklaşımını kendi alanlarında bu hukuk dallarını nasıl kavramlaştırdığına, nasıl devşirdiğine ilişkin bir merakla dinleyeceğim. Yoksa Anayasa Mahkemesi kararlarını veya kullandığı kriterleri tekrar kullanmak şeklinde değil. Burada esasında Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının, içtihadını ortaya koyduğu kavramların ceza hukukunun, idare hukukunun, özel hukukun kendi kavramlarının içeriğine ilişkin etkisi önem taşıyor. O yüzden fazla uzatmadan konuşmacılara sözü arz edeyim. Yücel Oğurlu Hocamız, “İdare Hukuku Bakımından Anayasa Mahkemesi Kararlarının İdare Hukukuna Etkisi”ni sunacak. Buyurun Hocam.



ANAYASA HUKUKU VE YARGISI İLE İDARE HUKUKU VE YARGISININ BENZERLİKLERİ VE KARŞILIKLI ETKİLEŞİMLERİ ÜZERİNE

Prof. Dr. Yücel OĞURLU*

ÖZET

Anayasa hukuku ile idare hukuku arasında, anayasa yargısı ile idari yargı arasında kamu hukukunun alt dallarından olmaları dolayısıyla kapsamları, odakları, yaklaşım ve anlayışları ile uygulama usulleri bakımından benzerlikler vardır. Her iki disiplinin uyguladığı yargılama usulü, denetim teknikleri ve denetim içeriği bakımından benzerlikler yanında, hukukun genel ilkelerine başvurulması önemli bir yakınlaşmayı sağlamaktadır. Diğer bir yakınlaşma alanı ise kamu hukuku alanındaki milletlerarası seviyede başta insan hakları konusu olmak üzere doğan ve gelişen içtihadın genişliği, söz konusu benzerlikleri artırmaktadır. Her iki alan da içtihadın yeni yorumlarıyla gelişmelerini sürdürürken birbirlerine katkı sağlamaya devam etmektedir. Daha uzun süreli bir içtihat geçmişi olan idari yargının başta idare hukukundakiler olmak üzere kamu hukukunun anahtar terimlerinin yorumlamasındaki köklü pratik tecrübesi, anayasa yargısının öncelikle temel hak ve özgürlüklerin korunması ve Anayasa'nın korunması bakımından ortaya koyduğu yorumlar ve içtihat birikimi iki disiplinin birbirinden olumlu yönde etkilenmesini sağlamaktadır.

Bu çalışmada bu iki disiplinin gelişmesinde birbirlerine olan katkıları ve karşılıklı etkileşimleri konusu ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Anayasa hukuku, anayasa yargısı, idare hukuku, idari Yargı, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, kamu hukuku,

* Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı, yogurlu@balikesir.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7922-9841.

ABSTRACT

The similarities between constitutional law and administrative law and between constitutional and administrative jurisdiction are striking in terms of their scope, focus, approach and understanding, and method of practice, since they are sub-branches of public law. In addition to the similarities in terms of the trial procedure, techniques and scope of judicial review applied by both disciplines, reference to the general principles of law provides an important convergence. Another field of convergence is the international developments in the field of public law, especially regarding the human rights issues whereby the broadness of the developing case-law increase the said similarities. It is clear that both fields continue to make contributions to one another while maintaining their development through new interpretations of jurisprudence. The well-established practical experience of the administrative jurisdiction, with a longer history of jurisprudence in interpreting key terms of public law, particularly those of administrative law, and the interpretations and the accumulation of jurisprudence by the constitutional jurisdiction primarily in terms of the protection of fundamental rights and freedoms and the protection of the Constitution ensure that these two disciplines are positively affected by each other.

In this study, the contribution of these two disciplines to one another and their mutual interactions are discussed.

Keywords: Constitutional Law, Administrative Law, Constitutional Jurisdiction, Administrative Jurisdiction, Constitutional Court, Council of State, Public Law.

GİRİŞ

Hukukun neredeyse bütün alanları arasında güçlü ya da zayıf bağlantılar, ilişkiler ve benzerlikler olduğu söylenebilir. Bu bildiride, aralarındaki bağların ve ilişkinin oldukça yoğun olduğu anayasa hukuku ve anayasa yargısı ile idare hukuku ve idari yargı arasındaki benzerlikler ve karşılıklı etkileşim üzerinde durulmuştur.

Alman Federal İdare Mahkemesi eski başkanlarından Prof. Fritz WERNER 1959 tarihli makalesinde “*idare hukukunu, somutlaştırılmış anayasa hukuku*” olarak niteler¹. Gülan’ın “*Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi*” adlı makalesinde de² Vedel’e atıfla ifade edildiği gibi *İdare hukukunun ana başlıkları anayasa hukukunda, anayasa hukukunun ana başlıkları ise idare hukukundadır*.

Bu çalışmada da bu denli ortak bir kaynak temeli üzerine kurulu olan kamu hukukunun bu iki disiplinin, konulara yaklaşımları ve odakları ile uygulamadaki usullerindeki benzerlikler, uyguladıkları yargılama usulleri, yargılama sırasında başvurdukları denetim teknikleri ve denetimin içeriği, hukukun genel ilkelerinden benzer şekilde yararlanılması aşağıda incelenecek olan yakınlaşma ve benzerlik alanlarını doğurmaktadır.

I. KAPSAM VE ODAK YAKINLIĞI İLE KESİŞME ALANLARI

Anayasa hukukunun öncelikle Yasama eliyle ve her zaman idare tarafından somutlaştırıldığı ve bunun “*demokratik hukuk devleti ilkesi*”nin bir gereği olduğu ifade edilmiştir. 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasası’nın yasama alanını sınırlayarak idare alanını genişletmesiyle Anayasa hukuku ile idare hukuku arasında Anayasa üzerinden doğrudan bir bağ kurulmasını sağlamıştır. Vedel, idare hukukunun temel kaynağının Anayasa olduğunu vurgulamıştır³.

- 1 Aktaran Azrak, A. Ü. (1992). “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9., S. 1., s. 323; Werner, F. (1959). “Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht”, in *DVBl*, s. 527. Bkz. Lorenz L. V. (1888). *Handbuch der Verwaltungslehre*, C. 1, 3. Baskı, s. 5.
- 2 Gülan, A. (2018). “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 35., S. 1., s. 105 vd.
- 3 Vedel, G. (1968). *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, s. 9, 21 vd.; Vedel, G. (1954). “Les Bases Constitutionnelles du Droit Administratif”, in *EDCE*, s. 21 vd. Aktaran Azrak, A. Ü. (1992). s. 323.

Ülkemizdeki duruma açısından bakarsak Anayasa maddelerinin yaklaşık üçte ikisinin doğrudan veya dolaylı olarak idare hukuku ve onun yargısı olan idari yargı ile ilişkilendirilmesi mümkündür. Devletin siyasal yapısını ve rejimini, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, ülkedeki yargı sistemini ve işleyişini, devletin hukuk sisteminin genel işleyişi ile ilgili temel ilke ve kurallar ile hukuk sisteminin ana sütunlarını belirleyen ve devlet ile toplum arasında veya toplumun birbiriyle akdettiği “sosyal sözleşme” olarak görülen Anayasa’nın⁴ ve onu inceleme konusu yapan anayasa hukukunun, kamu hukuku ve hatta özel hukukun bütün branşlarını az ya da çok etkilemesi şaşırtıcı değildir. Bunun yanında, kamu hukuku-Özel ayırımında her iki hukuk disiplinin de kamu hukukunun alt disiplinleri olması önemli ortaklık, benzerlik ve kesişme alanlarını ortaya çıkarmaktadır. Her ikisinin de Yürütme ve İdarenin hukuk rejimi konusunda kesişen alanlarının olması dolayısıyla aralarında ciddi seviyede benzerlikler olduğu açıktır.

Gerek Anglo-Sakson sistemi uygulayan gerekse *idari rejim* uygulayan ülkelerde, Anayasa hukuku ile idare hukuku, Anayasa yargısı ile idari yargı arasında diğer hukuk disiplinleri ve yargıları arasındaki bağlardan çok daha güçlü bağların olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. Hatta Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı ülkelerin genelinde yakın zamana kadar Anayasa ve idare hukuku kürsülerinin tek bir kürsüde toplanması tesadüf değildi. Birbirine en yakın dal olarak kabul edilen bu iki disipline zaman zaman vergi hukuku da katılır; kürsü adları *Anayasa ve idare hukuku*⁵ veya *idare ve vergi hukuku*⁶ gibi kombinasyonlarla kurulur, işletilir ve kitaplar bu adlarla yazılırdı. Bu ülkelerde bu tür örnekler gün

4 Anayasa, iktidarın bir tahsisi olmasının yanı sıra, halkın egemenlik yetkilerini ortak yarar için Devlete teslim ettiği bir sosyal sözleşme olduğu düşüncesi, halk ile Devlet veya Hükümet arasındaki sosyal bir sözleşme olarak anlaşılmalıdır. Eğer bu düşünce, büyük sosyal sözleşme teorisyenlerinin özgün düşünce ve anlayışlarıyla tutarlı olacaksa, bu, halkın kendi arasında bir Devlet kurmayı kabul ettikleri ve bazı yetkilerini ortak fayda için Devlete teslim etmiş oldukları bir sosyal sözleşme olarak anlaşılmalıdır; Sosyal Sözleşme teorilerinin eleştirisi için bkz. Gözler, K. (2020). *Devletin Genel Teorisi- Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, Onuncu Baskıdan Tıpkı Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

5 Örnekler için bkz. Carroll, A. (1998). *Constitutional and Administrative Law*, Longman; Barnett, H. (2004). *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish; Alder, J. (2005). *Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan; Taylor, C. (2009) *Constitutional and Administrative Law*, Longman; Loveland, I. (2015), *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights (A Critical Introduction)*, Oxford University Press; Thompson, B. ve Gordon, M. (2014). *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press.

6 Örnekler için bkz. Chuong, J. (2018). *Administrative and Tax Law in Use, (Master 300+ Administrative and Tax Law Terms and Phrases Explained with Examples in 10 Minutes A Day)*.

geçtikçe azalmaya başlamıştır ve son yirmi yıl içindeyse her bir hukuk disiplininin bağımsız ana bilim dalları olarak kurulmasına başlanmıştır.

Anayasa'ya aykırılık iddiaları Anayasa Mahkemesi önüne her ne şekilde gelirse gelsin Anayasa'ya uygunluk denetimi sırasında ortaya konulan yaklaşım, yorum ve anlayış, hassasiyetler bütün yargı kolları için ışık tutucu olur. Özellikle idari yargı, Anayasa Mahkemesi kararlarını takip etmek durumundadır. Oldukça istisnai bir örnek olarak Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı veya uygun bulacağı bir konuda farklı ve karşı yorumun geliştirilmesi için idari yargının çok özel ve haklı gerekçelere sahip olması gerekir.

Anayasa Mahkemesine *bireysel başvuru* kararlarından idari yargının içerik olarak yararlanabileceği ve idari yargının geliştirdiği yaklaşımlardan da anayasa yargısının etkileneceği açıktır. Bireysel başvuru özelinde diğer bir yakın ilişkinin Anayasa'da belirlenen temel hakların idari işlemlerle ihlal edilmesi hâlinde idari yargının devreye girmesi ve bu konudaki çözüm arayışlarının Anayasa yargısıyla yakın bir bağ oluşturacak olmasıdır⁷.

Kamu hukukunun bu iki disiplininden ilki olan anayasa hukuku; devletin öncelikle *anayasaya uygun*, hukuk devleti sınırları içinde adil, düzenli ve güvenilir bir şekilde işlemlerini amaçlar. Aynı şekilde, devlet erklerinden yürütmenin içinde yer alan idarenin işleyişini ve idarenin hukukunu düzenleyen idare hukuku da idarenin *hukuka uygun* şekilde, yine hukuk devleti sınırları içinde *adil, düzenli ve güvenilir* şekilde işlemlerini hedefler. Anayasa yargısı ve idari yargı kendi alanlarında anayasayla belirlenen görevlerini anayasaya uygunluk ve hukuka uygunluk çerçevesinde denetimleriyle farklı seviyelerde yargı denetimi yaparak ifa ederler.

Danıştay kararlarının Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanması ve bunun tam aksi yönünde Anayasa Mahkemesi kararlarının da Danıştay kararlarından yararlanması mümkün ve hatta bir ölçüde gereklidir. Bu arada, Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alınmadan idare hukuku alanında akademik çalışma yapmanın eksik kalacağını da ifade etmek gerekir.

7 Gülan, A. (2018). s. 105 vd.

Türkiye örneği açısından göreceli olarak genç olan Anayasa yargısının devletin temel esasları ve kuruluş tercihleri, siyasi rejimi, yürütme ve idaresinin işleyişi ile ilgili Anayasa'da belirlenen temel hak ve özgürlükleri koruma çerçevesinde görevleri vardır. Anayasa yargısının, Anayasa'nın ve kamu hukukunun yazılı olan veya olmayan bütün anahtar terimlerini devlet ile kişi hak özgürlükleri çerçevesinde bir denge içinde yorumlaması beklenir. Anayasa yargısının demokratik toplum düzenin gerekleri, hukuk devleti, demokrasi, insan hakları, hakkın özü, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, laiklik, hukuk güvenliği vb. gibi birçok terimi söz konusu dengeyi gözeterek adalet temel ilkesi ve *genel toplum çıkarlarıyla* dengelenerek özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlaması, idare hukuku ve idari yargının için de destekleyici ve çağır açıcı nitelikte olabilmektedir. İdari yargının bu terimlerin uygulanmasında yine adalet temel ilkesini gözeterek *kamu hizmeti* ve *kamu yararı* gibi kendine özgü anahtar terimler ışığında yorumlayarak kullanması beklenir.

Her ne kadar idare hukuku ve idari yargının da genç bir hukuk dalı olarak nitelendirilmesi alışkanlığı olsa da yeterli tecrübe birikiminin oluştuğunu ifade etmek gerekir. Türkiye ölçeğindeki bir ülkede sayıları yılda bir milyarı geçen idari işlem ve eylemin hukuk yoluyla denetlenmesi pratiği ve tecrübesindeki belirli anahtar terimler, zamanla Anayasa yargısının özellikle idare hukuku ile ortak başlıklarında yaptığı soyut ve somut norm denetimi sırasında yararlandığı araçlara dönüşmüştür.

Anayasa Mahkemesi tarafından **bariz takdir hatası veya açık keyfîlik** gibi Conseil d'Etat tarafından geliştirilmiş olan idare hukuku kavramlarının doğrudan kullanılması da⁸ diğer bir ortak noktaya işaret etmektedir. Aşağıda da ifade edileceği gibi iç hukukta gelişen veya milletlerarası mahkemelerce geliştirilen terim ve ilkelerin kullanılmasında diğer ortaklıklar da göze çarpmaktadır.

Anayasa yargısının idari yaptırım, kazanılmış hak, haklı beklenti, kamu hizmeti, kamu yararı vb. gibi idare hukuku kavramlarını tanımlamasında ve kullanmasında idare hukuku literatüründe kamu hukuku perspektifiyle yorumlanıp geliştirilen kamu hizmeti, kamu yararı, kazanılmış hak, haklı beklenti, idari yaptırım vb. gibi tanımlardan

8 Gülan, A. (2018). s. 105 vd.'den 2018-1668 sayılı 22.2.2018 tarihli Anayasa Mahkemesi karşı oy yazısına atfen.

-doğrudan içeriklerini alarak- yararlandığı görülmektedir⁹. Aynı durum, idare hukuku literatürünün oluşturulmasında ve idari yargının Anayasa Mahkemesi kararlarından etkilenecek vermiş olduğu çok sayıda kararda da kendisini göstermektedir.

II. ANAYASA YARGISI VE İDARİ YARGININ POLİTİK VE KONJONKTÜREL ETKİLEŞİMİ

Azrak Almanya'da konuya dair eski ancak hâlen güncel tartışmalara atıfla şunları ifade ediyor: *“İdari yargı mercilerinin kararları, günümüzde Anayasa problemlerinin İdare Hukuku alanında da daha önce rastlanmadık boyutlarda önem kazandığını açıkça ortaya koymaktadır. Anayasa Hukuku alanında ortaya çıkan değişimin, İdare Hukukuna büyük ölçekte yansımadağı savını ileri süren Alman İdare Hukuku bilgini Otto Mayer'in 1920'lerde ortaya attığı “Anayasa Hukuku değişir. İdare hukuku içeriğini korur” biçimindeki söylemin doktrinden Anayasa Hukukunun kararlılıktan yoksun ve siyasal dalgalanmalara teslim olmuş bir hukuk alanı olduğu, İdare Hukukunun ise siyasal gelgitlerin etkisinden uzak ve Anayasa Hukukundan da bağımsız olarak varlığını sürdürdüğü biçiminde yorumlandığına tanık olunur”*.

Aslında açıkça ifade etmek gerekir ki söz konusu iki disiplinin siyasal konjonktürle ilişkisi bu kadar keskin çizgilerle ayrılmayacak kadar iç içe ve paraleldir. Her iki alandaki dalgalanmalar birbirini kesinlikle ve doğrudan etkilemektedir. Anayasa yargısının yukarıda bahsi geçen terimlerle ilgili dönemlik yorumları, idare hukukunun politik dalgalanmaların dışında kalmasına izin vermemektedir. Türkiye örneği üzerinden genel olarak bakıldığında 1960, 1971, 1980, 1997 vb. yıllarında yaşanan her askerî darbe veya darbe teşebbüsü sonrasında yargının yorum farklılıklarına gittiği ve genellikle özgürlüklerle ilgili güne kadarki genel içtihadın dışında farklı yorumlar ortaya koyduğu görülmektedir. Bu konu bir tez konusu olacak kadar geniş olup karar örnekleriyle incelenmeye layık olduğundan başka bir çalışmanın konusudur.

Conseil d'Etat ve Şurayı Devletin kurulmasından bu yana, idari yargının yapmakta olduğu hukuka uygunluk denetiminin konjonktürel ve siyasal dalgalanmalarla değişip farklılaşan inişli-çıkışlı bir çizgi

9 AYM, E.2014/61, K.2014/166'den farklı gerekçe; Danıştay kararlarından örnekler için bkz. D. 15. D., E.2018/4318, K.2018/8323; D. 10. D., E.2006/5584, K.2007/2233; D. 12. D., E.2013/10902, K.2014/2399; D. 13. D., E.2016/2970, K.2022/622; D.2.D., E.2016/9965, K.2021/5386.

üzerinde ilerlemenin gerçekleştiği¹⁰ bununla birlikte denetim içeriği, yorum, anlayış ve denetim tekniği bakımlarından bu ilerlemenin hâlen sürdüğü ortadadır.

Anayasa yargısının belirleyeceği çerçeve ve yorumların ülkelerdeki genel özgürlükler rejimi ve siyaseti etkilediğinde şüphe yoktur. Türkiye’de bir gözlem olarak ifade etmek isterim ki örneğin 1988-2006 arasında Anayasa Mahkemesi verilen birçok kararın idari yargı tarafından da izlendiği ve aynı anlayışın paylaşıldığı görülüyor.

III. ANAYASA YARGISI VE İDARİ YARGININ MİLLETLERARASI SEVİYEDEKİ GELİŞMELERDEN KAYNAKLANAN ETKİLEŞİMİ

Anayasaya veya hukuka uygunluk denetimi denildiğinde “*hukuk*” teriminin yalnızca anayasayı içermediğini, bunun ötesinde ülke içinde ihdas edilen hukuk kurallarının yani meri mevzuatın tamamının yanında, milletlerarası hukuk belgelerini ve milletlerarası sözleşmeleri de içerdiği tartışmasızdır. Hele ki insan hakları gibi konularda bu belgelerin bağlayıcılığı, artık bir hukuk müzakeresi konusu olmaktan çıkmıştır.

Gülan’a göre mevzuatın varlığına rağmen ilkelerin kullanılmasının sürekli değişen ve gelişen bir içerikle doldurulması dolayısıyla anayasa yargısı ve idari yargı yerleri birbirlerinden doğal olarak etkilenir. Bireysel başvuru kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında kullanılanlara benzer şekilde, Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin benzer uyuşmazlık çözüm tekniklerini kullandığı görülmektedir. Bunun yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve onun içtihadını kuran AİHM kararları AB hukukunun bir parçası olması ve AİHS’ne taraf olunması gereğince Anayasa Mahkemesi ve idari yargının ortak referansları arasında yer almıştır. Bu konuda bir hedef ortaya koyan Gülan, Danıştay ve idari yargı mercilerinin AİHM ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından yoğun ve sürekli olarak etkilenip yararlandığını ifade ettikten sonra, “*İdari yargı alanında Anayasa Mahkemesinin AİHM’den farklı ve belki onun da esinleneceği özgün kararlar geliştirmesine de ihtiyaç bulunmaktadır. Sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidişi azaltması ve bir süzgeç olması işlevi yeterli ve tatmin edici bir işlev sayılamaz*” olduğu yönündeki kanaatini ifade etmiştir. Devamla

10 Gedikli, F. (2018). *Şura-yı Devlet*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

İsviçre Yüksek Mahkemesini etkileyen Türk yargı kararları ve doktrini gibi anayasa yargısı ile idari yargının da içtihat ve doktrinle bunu gerçekleştirebileceğini vurgulamıştır¹¹.

Hukuk alanında yaşanan milletlerarası gelişmeler bu iki disiplin arasındaki ilişkiyi pekiştirmektedir. AB hukukuna uyumlaştırma kapsamında 1999-2013 yılları arasında yapılan reformlarla müktesebatın iç hukuka aktarılmasının kamu hukukunun bu iki disiplinin ortak paydalarını artırdığını ayrıca belirtmek gerekir. Bunun yanında, AİHS'in AB müktesebatı içine alınması ile temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında AİHM kararlarının Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına da dayanak oluşturması, Türkiye'de Anayasa yargısı ve idari yargının bigâne kalmadığı gelişmeler arasında olmuştur. Adı geçen Mahkemelerin içtihatlarının temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında Türk mahkemelerinin yorumlarına katkı sağladığı açıktır. AİHM ve ABAD'ın Türkiye ile ilgili kararlarında istisnai olmakla birlikte çelişkili kararları söz konusu mahkemelerin tarafsızlığı hakkında şüphe uyandırsa da genel olarak kararlarındaki titiz ve adil yaklaşımın, ayrıca yüzbinlerce sayfayı bulan detaylı müktesebatın Türk hukuku bakımından gerekli görülen yerlerde dikkate alınması ve örnek alınması son derece makuldür.

Bunun yanında, AİHM'in ve özellikle ABAD'ın uyguladığı yargı denetim araçları, diğer bir ifadeyle dava türleri, büyük ölçüde kara Avrupası idari yargı uygulamasından etkilenmiştir. ABAD'ın uyguladığı iptal davaları ve tam yargı davalarının (tazminat davaları) niteliği, idari yargı mantığı ve hatta süreler bakımından bile benzerlik gösterir. Türk anayasa yargısında norm denetimlerinde ise idari yargıdaki iptal davalarına, bireysel başvurularda ise tazminat taleplerine benzer bir usul ve denetim yolu işletilmektedir. Diğer yandan ABAD tarafından yapılan yargı denetiminde ilk incelemeden esas bakımından incelemeye ve davanın karara bağlanmasına kadar yargılama usulleri büyük ölçüde birbiriyle benzeşmektedir. Bütün bu sayılan mahkemelerde dosyaların ilk incelemesi tamamlandıktan sonra esas denetimine geçilir.

11 Gülan, A. (2018). s. 120.

IV. ANAYASA YARGISI VE İDARİ YARGININ YARGILAMA USULÜ VE DENETİM İÇERİĞİNDE ETKİLEŞİMLERİ

Anayasa yargısı, bilindiği üzere *genel düzenlemeler* olan kanunların anayasaya uygunluk denetimi yaparak *yasamayı* anayasaya uygunluk sınırları içinde tutmaya çalışır. İdari yargı da benzer şekilde idarenin düzenleyici işlemlerinin idari karar, idari sözleşme ve idari eylemlerin denetlenmesi yoluyla *İdareyi* hukuka uygunluk sınırları içinde tutmaya çalışır. Anayasa yargısında kanunların anayasaya uygunluk denetimi ile idari yargının idarenin düzenleyici işlemleri üzerinde hukuka uygunluk denetiminin nitelik olarak birbirine benzer oluşu her iki disiplinin önemli benzerliklerindedir.

Bunun da ötesinde, içerik denetimi bakımından odağın kaçınılmaz olarak benzer olduğunu hatırlatmak gerekir. İdari yargı, idarenin düzenleyici işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini yaparken "*hukuk*" kavramı içinde olan "*Anayasa*'ya uygunluk denetimini de dolaylı olarak yapmaktadır.

İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu denetleme sırasında idari yargının ortaya koyduğu kamu hukuku perspektifli denetim ile önemli ölçüde **ortak mantık ve usullere sahip olduğundan bu iki disiplinin karşılıklı etkileşimi** son derece doğaldır. Anayasaya uygunluk denetimi veya hukuka uygunluk denetiminin sağlıklı ve doğru şekilde yapılabilmesi için "*hukuk*" kavramının doğru anlaşılması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği gibi "*hukuk*"; anayasa, kanun, yönetmelik, yönerge gibi iç hukuk düzenlemeleri olan *meri hukuk/yürürlükteki hukuktan* daha fazlasını içerir.

V. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİ KULLANIMLARINDA ANAYASA YARGISI VE İDARİ YARGININ ETKİLEŞİMİ

Hukukun evrensel ilkeleri de denilen hukukun genel ilkelerinin bir kısmını yaklaşık 140 yıldır uygulayan idari yargının bu konuda ciddi bir tecrübe birikimi vardır. Anayasanın koymuş olduğu genel ilkeler ve dayanaklar yanında **hukukun genel ilkeleri hukukun bir parçası olması bakımından** idari yargı tarafından temel bir değerlendirme kıstası olarak başvurulmuş anahtar araçlara dönmüştür. Bu ilkeler genellikle doktrin tarafından geliştirilen ve içtihadın da yorum yoluyla kabul edip kullandığı, zaman içinde Anayasa yargısına da taşınmış

ilkelere dönüşmüştür. Anayasa yargısının bir yandan kendi dinamikleri ile gelişmesini sürdürürken kardeş disiplin sayılabilecek idari yargı ile etkileşimi belirli konularda kaçınılmazdır. Bu iki kamu hukuku alanındaki terim ve kavramların gelişmesindeki yakınlık ve transferler konusunda iki tipik örneğe değinerek daha detaylı incelemeye geçebiliriz:

İdari yargının geliştirmiş olduğu **yürütmeyi durdurma kurumunun** zamanla anayasa yargısında da kanuni dayanağı olmaksızın yorum yoluyla **yürürlüğü durdurma** adıyla başlatıldığı görülüyor. Bugün anayasa yargısında bu kurum eskisine göre değerini kaybetmesine rağmen böylesi bir pratik aracın transferinde beis görülmemesi, idari yargının Anayasa yargısına bu konudaki açık etkisinin sonucudur.

Bunun tersine, çift yönlü geçişkenlik örneği olarak *ölçülülük ilkesi* ve onun özellikle *orantılılık alt ilkesi* gösterilebilir. İlkenin öncelikle ceza hukuku ve idare hukukunun kolluk ilişkileri çerçevesinde geliştirilerek idari yargı tarafından kullanıldığını biliyoruz. Daha sonra kanunların anayasa yargısı tarafından denetiminde sınırlandırmanın bir sınırı olarak bu ilkenin alt üç unsuru olan orantılılık, gereklilik ve elverişlilik ile birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edildiğini, yıllar sonra ise Anayasa değişikliği ile ilkenin Anayasa'ya girdiğini görüyoruz. Diğer bir ifade ile belirli konulardaki ortak yaklaşım ve mantalitenin bir disiplinden diğer disipline geçişi ve daha sonra geliştirilerek her iki disiplin açısından da uygulanıyor olması bu etkileşimin güzel bir örneğidir.

Türkiye'de ise dünyadakinin aksine kamu hukuku sahasında "*ölçülülük*" kavramının alt boyutlarına dikkat çekilerek gelişinin Danıştay kararlarıyla başlasa da¹² bugünkü gelişkin içeriğiyle kabulün anayasa hukuku üzerinden olduğunu¹³, idare hukukçularının ise ölçülülük konusunda monografik çalışmalarının 2000'li yıllar itibarıyla başladığını¹⁴, ilkenin bir yandan Anayasa yargısı pratiğinin diğer

12 Danıştay'ın ölçülülük ilkesine bugünkü şekliyle başvurduğu ilk kararı 1970 yılında verilmiştir. D. 11. D., E.1970/2401, K.1970/3088, 24/12/1970 gün

13 Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 114; Metin, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

14 Oğurlu, Y. (2002). *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 124. bkz. Oğurlu, Y. (2004). "İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı", içinde *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl. Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Danıştay Matbaası, s. 146.

yandan AİHM içtihadının ve Türk idari yargı pratiğinin ortaya koyduğu tecrübe birikimi ile bugünkü titiz ve ince denetim aracına dönüştüğü görülmektedir.

Yürütmeyi durdurma ve ölçülülük ilkesi dışında diğer önemli bir kesişim alanının hukukun genel ilkeleri olduğunu ifade etmek gerekir. Hukukun genel ilkelerinin anayasal ya da mevzuatta bir karşılığı olsun ya da olmasın anayasa yargısı ve idari yargı tarafından ortak şekilde kullanıldığını görmekteyiz.

Türkiye'deki gibi hukuk devleti veya ölçülülük ilkesi gibi anayasal zemini olan terim ve kavramlar dışında da vardır ve hatta anayasal ya da kanuni bir dayanak olmadan da kullanılabilirler.

Burada da, adli yargının ve idari yargının özellikle 1870'lerde bile *adalet, hakkaniyet ve nasfet* terimleri çerçevesinde mevzuatta dayanağı olmasa bile somut olay adaletini tesis etmek üzere yararlandığı kavramlar olarak kullanılmış olması dikkat çeker ve bu kavramların hukukun genel ilkeleri arasında olduğunda hukukun ulaşmak istediği nihai amaç noktasında durduğunda şüphe yoktur. Dolayısıyla Anayasa yargısının ve idare hukukunun adli yargıda da olduğu gibi ulaşmak istediği amaç olan *adalet, hakkaniyet ve nasfetin tesisi* hukukun adı geçen genel ilkelerinin her türlü hukuk metni ve eylemin incelenmesinde ortak bir zemin oluşturur.

Hukukun genel ilkeleri, idare hukuku, anayasa hukuku, ceza hukuku, vergi hukuku, milletlerarası hukuk gibi kamu hukukunun bütün disiplinlerinde kullanılacak ortak terim ve araçlardır. Danıştay kararlarında hukukun genel ilkeleri olarak başvuru eşitlik, hakkaniyet, adalet, nasfet, kazanılmış haklara saygı, haklı beklenti, ölçülülük, adil yargılanma hakkı, geçmişe yürüme yasağı, hukuki güvenlik, savunma hakkı, idarenin tarafsızlığı, idarenin bütünlüğü, idari işlemlerin geriye yürüme yasağı, idari istikrar ilkesi, tabii hâkim ilkesi vb. sayılabilir. Bu ilkelerin büyük çoğunluğundan anayasa yargısı, kamu hukuku ortak anlayışı çerçevesinde yararlanmaktadır.

SONUÇ YERİNE

İdare hukuku, Anayasa hukukunun bir anlamda "somutlaşmış" hâlidir ve kamu hukukunun iki dalı olan bu iki hukuk disiplini arasında yoğun ve anlamlı ilişkiler olduğu ortadadır. Aynı şekilde, anayasa

yargısı ile idari yargı arasında da yargılama usulleri, konulara yaklaşım ve denetim teknikleri bakımından önemli benzerlikler vardır. Her iki hukuk disiplinin ve yargı kolunun uyuşmazlıkların çözümü sırasında genel anlamda hukuku ve özelde ise anayasayı yorumlarken ulaştıkları sonuçların birbirinden hiç de uzak olmadığı görülür. Bunun yanında, her iki hukuk disiplinin politik ve konjonktürel olarak değiştiği eleştirisi haklı olmakla birlikte, hukukun temel amacı olan adaletin tecellisi hedefi her zaman istikrarlı ve ideal bir arayış olmalıdır.

Kamu hukukunun ortak terimlerinin kullanılmasındaki benzerlikler veya bazen idare hukuku uyuşmazlıklarında anayasa hukukunun, anayasa hukukunda ise idare hukukunun kavram ve terimlerinden yararlanılması bu yakınlaşmayı artırmaktadır. Bunun yanında, hukukun genel ilkeleri olarak doktrin ve içtihadın üretmiş olduğu kavram ve terimlerin bir kısmı, pozitif hukuk temeline kavuşmuş olsun veya olmasın hâlen idare hukuku ve idari yargı tarafından ortak olarak kullanılmaktadır.

Yine, demokratik toplum düzeninin gerekleri, hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, hakkın özü, hukuk güvenliği, yargı bağımsızlığı, yargı tarafsızlığı, kamu hizmeti, kamu yararı, idari yaptırım, bariz takdir hatası, açık keyfîlik, ölçülülük, kazanılmış hak, haklı beklenti vb. gibi birçok kavram ve terim ortak kullanılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle iki disiplinin birbirinden yararlandığı ve birbirinin gelişimine katkı sağladığı bir vakiadır.

Bunun yanında, milletlerarası seviyede yaşanan hukuki gelişmelerin anayasa yargısı ve idari yargı alanlarında yine ortak bir zemin oluşturduğunu ve bu iki bölgesel mahkemenin ortaya koyduğu içtihadın iç hukuku ve millî yargı sistemlerini etkilediği inkâr edilemez bir tespittir. Gelecekte de anayasa yargısı ve idari yargının, başta temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanması olmak üzere, Türk pozitif hukuku, içtihat ve doktrin tarafından ortaya konulan kavram ve terimlerin yorumunda milletlerarası gelişmelerle uyumlu bir yol izlemesi muhtemeldir.

KAYNAKÇA

- ALDER, John (2005). *Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan.
- AZRAK, Ali Ülkü (1992). “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9., S. 1., ss. 323-340.
- CARROLL, Alex (1998). *Constitutional and Administrative Law*, Longman.
- CHUONG, Johhny (2018). *Administrative and Tax Law in Use (Master 300+ Administrative and Tax Law Terms and Phrases Explained with Examples in 10 Minutes A Day)*.
- GEDİKLİ, Fethi (2018). *Şura-yı Devlet*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal (2020). *Devletin Genel Teorisi- Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, Onuncu Baskıdan Tıpkı Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÜLAN, Aydın (2018). “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 35., S. 1., ss. 105-120.
- BARNETT, Hilaire (2004). *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish.
- LOVELAND, Ian (2015). *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights (A Critical Introduction)*, Oxford University Press.
- MAYER, Otto (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht*, C. 1, 3. Baskı, München/Leipzig: Duncker & Humblot.
- METİN, Yücel (2002). *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- OĞURLU, Yücel (2002). *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- OĞURLU, Yücel (2004). “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, içinde *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl. Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Danıştay Matbaası, ss. 133-154.
- PARTSCH, Karl Josef (1958). “Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen”, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen: Mohr Siebek.
- SAĞLAM, Fazıl (1982). *Temel Hakların Smurlanması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

- STEIN, Lorenz Von (1888). *Handbuch der Verwaltungslehre*, C. 1, 3. Baskı.
- TAYLOR, Chris (2009). *Constitutional and Administrative Law*, Longman.
- THOMPSON, Brian ve GORDON, Michael (2014). *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press.
- VEDEL, Georges (1954). “Les Bases Constitutionnelles du Droit Administratif”, in *EDCE*.
- VEDEL, Georges (1968). *Droit Administratif*, Paris: Presses Universitaires de France.
- WERNER, Friez (1959). “Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht”, in *DVBl*.



ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ KAPSAMINDA VERDİĞİ KARARLARININ CEZA HUKUKUNUN GELİŞİMİNE ETKİSİ

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ*

GİRİŞ

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemekte, buna karşılık bireysel başvuru yoluyla ise Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve bu Sözleşmeye ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü kullanılmak suretiyle ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu çerçevede, ceza normlarını anayasaya uygunluk yönünden denetlemekte ve yine bireyler tarafından ceza normların kendisiyle ilgili olarak uygulandığı safhada muhatap olduğu muameleyle veya kendisiyle ilgili olarak verilen kararlar, temel hak ve hürriyetlerinden birinin veya birkaçının ihlal edildiği yolundaki bireysel başvuruları değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru kapsamında vermiş olduğu bu kararların ceza hukukunun gelişimine önemli bir katkı sağladığı muhakkaktır. Bu nedenle ceza hukuku alanında yapılan çalışmalarda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar dikkate alınmakta ve göz önünde bulundurulmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru üzerine verdiği kararlardan ceza hukukuyla ilgili olanlarını; maddi ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve ceza infaz hukukuyla ilgili olanlar şeklinde üç ayrı başlık altında ele almak mümkündür. Ancak bu çalışmada, konuyu sınırlayabilmek için Anayasa Mahkemesinin norm denetimi

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3668-7110.

yoluyla verdiği kararlardan sadece maddi ceza hukukuyla ilişkili olanlar ele alınıp değerlendirilmeye konu edilecektir.

A- ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ YOLUYLA VERDİĞİ KARARLARIN MADDİ CEZA HUKUKU AÇISINDAN TASNİF SORUNU

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yoluyla verdiği kararlardan maddi ceza hukuku ile ilgili olanlarını irtibatlı olduğu müesseseden hareketle bir tasnife tabi tutulabilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin maddi ceza hukuku alanında norm denetimi yoluyla vermiş olduğu kararların bu kuralların doğrudan somut bir olaya uygulanmasıyla ilgili olmadığı, ceza hukukuna yön veren ve şekillendiren ilkelerle irtibatlı olduğu görülmektedir. Bu bağlamda bir fiilin kanun koyucu tarafından suç teşkil eden bir haksızlık olarak düzenlenip düzenlenmeyeceğinin, suç teşkil eden haksızlığın karşılığı olarak öngörülen yaptırımın ölçülülük ilkesi ihlal edip etmediğinin ve hukuk devleti ilkesini ceza hukuku alanında somutlaştıran suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirildiği kararlar verildiği görülmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin maddi ceza hukukuyla ilgili olarak verdiği kararların geneli ve karar içerikleri göz önünde bulundurularak;

- Bir fiilin suç teşkil eden bir haksızlık olarak düzenlenmesinin değerlendirildiği kararlar,
- Anayasa Mahkemesinin maddi ceza hukukuyla ilgili ölçülülük ilkesi bağlamında verdiği kararlar,
- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi ile ilgili kararlar,
- Zaman bakımından uygulama alanıyla ilgili kararlar,
- Ceza sorumluluğunu şahsiliği ilkesi ile ilgili kararlar,

şeklinde bir ayırım yapılması mümkündür. Farklı noktalardan hareketle başkaca sınıflandırma da yapılabilir.

B- FİİLİN HAKSIZLIK TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ HUSUSUNDA ANAYASA MAHKEMESİNİN DEĞERLENDİRME YETKİSİ

Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nda, özel ceza kanunlarında veya ceza normu içeren özel kanunlarda belli fiillerin suç teşkil eden bir haksızlık olarak tanımlanmasının veya bu suç tanımının muhteviyatı itibarıyla belli açılardan Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddiaları

değerlendirmekte ve bu sırada zorunlu olarak bir fiilin suç teşkil eden haksızlık olarak düzenlenmesiyle ilgili değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu kapsamda aşağıdaki kararlar örnek olarak zikredilebilir.

1- Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla 5237 sayılı TCK'nın, "*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindeki 104. maddesi birinci fıkrası hükmüne "*suçun mağdurunun kim olduğu ile şikâyet hakkının kime ait olduğu hususlarının açık biçimde anlaşılacağı; fiilden önce rızası bulunan mağdurun sonradan şikâyeti üzerine sanığın cezalandırılmasının öngörüldüğü, açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğinden bu durumun hukuka uygun olmadığı; şikâyetin varlığı veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının eşitsizliğe neden olduğu*" gerekçesiyle yöneltilen Anayasa'nın 10 ve 38. maddelerine aykırılık iddiasını değerlendirmiş ve aşağıdaki gerekçe ile iptal talebini reddederek ilgili hükmü iptal etmemiştir:¹

"Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasa koyucu, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır. Soruşturma, kovuşturma ve sonucunda sanığın cezalandırılabilmesi mağdurun şikâyetine bağlı tutulmaktadır. Bu nedenle, şikâyete bağlı olarak sanığın cezalandırılmasıyla şikâyet yokluğu nedeniyle cezasız kalması biçiminde bir eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Yasa koyucunun suç ve ceza

1 AYM, E.2006/17, K.2009/33, 26/2/2009.

siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir.

Hukuk düzeni, kişiyi, kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılabilir. Böyle bir durumda rıza, **hukuka uygunluk sebebi** sayılmaktadır. Ancak bunun için rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufa ilişkin olması gerekir.

İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin "cebir, şiddet ve hile olmaksızın", bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, **belli yaş grubuna dâhil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı** anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi **mümkün değildir**. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikâyet hakkının kime ait bulunduğu dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu hâliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmesine elverişli olduğu anlaşılmakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir."

Kararda öncelikle yasa koyucunun suç ihdas etme ve karşılığında yaptırım belirleme konusundaki yetkisine ve bu yetkiye yön veren temel prensiplere değindikten sonra, iptal istemine konu hükmün bu yetki çerçevesinde kalıp kalmadığına ilişkin değerlendirmeye yer verilmiş, iptal istemine konu hükmün sevk amacından bahsedilmiş ve düzenlemeye bu yönü itibarıyla herhangi bir eleştiri getirilmemiştir. Kararın anayasaya aykırılık iddialarının değerlendirmesiyle ilgili olan ve bu bağlamda teknik ceza hukuku bilgilerinin kullanıldığı sonraki kısımları sorunludur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar arasındaki cinsel birleşme, ceza hukukunun sorumluluk alanı dışında tutulmuştur. İptali istenen hükümde, on sekiz yaşını tamamlamış bir

kişinin cinsiyeti ne olursa olsun on beş yaşını tamamlamış olan bir çocukla rızaya dayalı cinsel birliktelik yaşaması suç olarak tanımlanmıştır². Bu nedenle karardaki sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmadığı yolundaki değerlendirme sorunludur. Bu değerlendirme, 765 sayılı Kanun döneminde bu suçların failinin erkek olabileceği yolundaki yerleşik kabul doğrultusunda uygulama geliştirilmesini destekler bir mahiyet taşımaktadır. Yeni TCK'nın sistematığı ve teorik kabulleri, bu tür suçların hem erkek hem kadın tarafından işlenebileceğini, aynı yaş grubunda yer alanların birbirlerine yönelik olarak rızaen gerçekleştirdikleri cinsel davranışların ceza hukukunun ilgi sahasına girmediğini ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında bu hususun göz ardı edilmiş olması, önemli bir eksiklik³.

Keza söz konusu kararda, ilgilinin rızası ile ilgili olarak yapılan açıklamalar da sorunludur. Kararda kendisine ceza hukukunda yüklenen işlev göz önünde bulundurulmaksızın ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak konumlandırıldığı, iptal istemine konu olan hükümde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmediğinden bahsedildiği görülmektedir. Oysa ilgilinin rızası, cinsel suçlarda, tipikliğin maddi unsurları kapsamında değerlendirilmesi gereken bir nitelik taşımaktadır. Örneğin cinsel saldırının (TCK m. 102, f. 1) tipikliğinin oluştuğundan bahsedilebilmesi için ilgilinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışa rıza göstermediğinin tespit edilebilmesi gerekir. Kişi bu davranışa rıza göstermişse artık ortada cinsel saldırı bakımından tipik bir davranışın bulunmadığından bahsedilmektedir.

İlgilinin rızası, iptal istemine konu olan maddede düzenlenen suç tipi bakımından suçun maddi unsurları bağlamında değerlendirilmesi gereken bir özellik arz etmektedir. Ancak bu suç tipi bakımından ilgilinin rızası, on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocuk üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranış, cinsel istismar olmaktan çıkararak ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak nitelendirilmesini

2 Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 426-427; Özgenç, İ. (2020). "Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar" *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24., S. 1., s. 265-267.

3 Özgenç, İ. (2020). s. 260; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2022). s. 426.

gerektiren bir işleve sahiptir. Kanun koyucu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, ilgilinin rızasına geçerlilik tanımadığını ve ilgilinin rızası bulunsa bile bu türden davranışların suç teşkil eden bir haksızlık teşkil edeceğini kabul etmiş ancak ceza siyaseti gerekçeleriyle failin cezalandırılabilmesi için ilgilinin şikâyetini aramıştır⁴.

Buna göre cinsel suçlarda ilgilinin rızası, işlenen fiili hukuka uygun hâle getiren değil, fiilin haksızlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini veya hangi haksızlık tipini oluşturduğunu belirleyen bir işleve sahiptir. Bir fiilin ilgilinin rızası nedeniyle haksızlık teşkil etmediği sonucuna varıldığında, aynı zamanda hukuka aykırılık değerlendirilmesine konu olan ve ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir davranışın bulunmadığı da belirlenmiş olmaktadır. Ancak bu fiilin hukuka uygunluk değerlendirmesine konu olamaması ve ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalması, bu davranışın ahlaka aykırılığı üzerinde etkili değildir. Buna göre ilgililerin rızası çerçevesinde gerçekleşen gayri meşru cinsel ilişki, rıza nedeniyle cinsel saldırının tipikliğini oluşturmasa ve cezalandırılmasa bile yine ahlaka aykırı bir fiildir. Rıza bu fiilin ahlaka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak rıza bu tür fiiller bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecek olursa bu kez ahlaka aykırı olduğu kabul edilen fiilin, hukuk nazarında meşru olduğundan bahsedilecek ve aynı amaca hizmet eden iki norm arasında bir çatışmadan bahsedilecektir⁵.

Anayasa Mahkemesinin kararında, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bağlamında değerlendirmeye tabi tutulmuş ve somut kuralda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmediği belirtilmiştir.

2- Anayasa Mahkemesinin bir fiilin suç teşkil eden haksızlık olarak düzenlenmesini değerlendirdiği diğer karar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun *"herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçiren"* asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngören hükmüyle (m. 67, f. 1, bent A) ilgilidir.

Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Donanma Komutanlığı Askerî Mahkemesi, somut norm denetimi yoluna başvurarak bu hükmün

4 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2022). s. 429.

5 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2022). s. 386.

Anayasa'nın 2, 10 ve 23. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini talep etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle bu hükmü iptal etmiştir^{6,7}:

*“Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak **kanun koyucunun kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.**”* (pn. 10)

...

*“İtiraz konusu kuralla asker kişilerin yurt içinde izinli olsalar bile yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkarak yabancı memlekette üç günden fazla bulunma eylemi yaptırma bağlanmış olup kuralın bu hâliyle kişinin seyahat hürriyetine sınırlama getirdiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralda korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında söz konusu sınırlamanın amacının **askerî disiplinin sağlanması ve askerî hizmete bağlı olan kamusal menfaatin korunması** olduğu anlaşılmaktadır.”* (pn. 17)

“... Kanun koyucu, askerî disiplinin sağlanması ve korunması amacıyla asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında belirli yükümlülükleri yerine getirmeleri konusunda takdir yetkisine sahiptir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarının “izin koşuluna” bağlanması da bu kapsamdadır.” (pn. 18)

“Diğer taraftan bir hukuk devletinde kanun koyucu, ceza alanında herhangi bir eylemi suç olarak belirlerken, bu suçu işleme kastı olanlarla olmayanları ayırt etmeye elverişli düzenlemeler

6 AYM, E.2016/11, K.2016/132, 14/7/2016,

7 Hemen belirtelim ki bu hüküm daha önce de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti (AYM, E.2002/166, K.2004/3, 21/1/2004). Ancak bu karar henüz Resmî Gazete’de yayımlanmadan çıkarılan bir kanunla, söz konusu hükümdeki cezanın alt sınırını üç yıldan bir yıla indiren bir değişiklik yapılmıştı. Bu hükme göre izinli veya raporlu olursa dahi yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkma ve yurt dışında üç günü geçirmek, **bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasını** gerektirmekte idi.

yapmakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralda düzenlenen yabancı memlekete firar suçunu oluşturan eylem, herhangi bir nedenle yurt içinde izinli olursa dahi yabancı ülkeye gitme izni bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günden fazla süre geçirilmesidir. Bu kapsamda suçun işlenmesi bakımından hiçbir şekilde izinli olmaksızın üç günden daha uzun bir süreyi ülke sınırları dışında geçiren askerler ile izinli olmakla birlikte yurt dışına çıkış izni bulunmayan ve söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçiren askerler, hukuki durumlarındaki farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırıma tabi kılınmıştır.” (pn. 19)

“Silahlı kuvvetlerin iç düzeninin sağlanması amacıyla askerî hizmetin gerekleri gözetilerek yabancı memlekete firar suçunu işleme kastı olmayan izinli asker kişilerin yurt dışına çıkış izni bulunmaksızın söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçirme biçimindeki eylemlerinin disiplin hukuku kapsamında bir disiplin ihlali olarak nitelendirilmesi ve bu ihlali gerçekleştiren asker kişilere **disiplin yaptırımını** öngörülmesi mümkündür.” (pn. 20)

“Bu itibarla askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli asker kişilerin salt yurt dışı izni almadıkları veya alamadıkları gerekçesiyle yurt dışında üç günü geçirmelerinin itiraz konusu kuralla yabancı memlekete firar suçu olarak nitelendirilmesi ve bu eylemleri gerçekleştiren asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen bu sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği de taşımamaktadır.” (pn. 21)

“Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2, 13 ve 23. maddelerine aykırıdır.” (pn. 22)

Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararında “suç işleme kastı”ndan bahsedilmektedir. Mahkemeye göre bu suç düzenlenirken kastı olanlarla kastı olmayanları ayırt etmeye sağlayacak bir formülasyon yapılması zorunludur. Bu değerlendirmelerin suç teorisine ilişkin teknik bilgi eksikliğinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Zira iptali istenen ve iptal edilen hüküm bakımından sorun, söz konusu suçun kast olmaksızın da işlenebileceği değildir. Tanımı itibarıyla söz konusu suç ancak kasten işlenebilir (m. 21, f. 1). Anayasa Mahkemesinin kast bağlamında işaret ettiği husus, esasen kastla ilgili değil, haksızlık bilincinin varlığını

veya yokluğu ile ilgilidir. İzinli olsa dahi izin almaksızın yurt dışına çıkan kişi, bu davranışının yasaklandığını yani haksızlık teşkil ettiğini bilmiyor olabilir. İşlediği fiilin yasak olduğunu yani haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen bir kişi, bu hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kusurlu addedilemeyeceği için cezalandırılmayacaktır⁸. Dolayısıyla konu aslında TCK'nın 30. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen haksızlık yanlığıyla ilgilidir. Bu değerlendirme de her bir somut olay bağlamında faille ilgili olarak yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında, bu fiilin adli suç olarak değil, **disiplin suçu** olarak tanımlanmasının ölçülülük ilkesine daha uygun olacağı yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Dikkat edilmelidir ki asker kişinin görevi başında bulunup da herhangi bir şekilde izinli almaksızın askerî birliği terk etmesi, suç oluşturmaktadır (bkz. Askerî CK, m. 66). Bu kişinin yurt dışına çıkması, bu suçtan dolayı verilecek cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak tanımlanabilirdi.

Anayasa Mahkemesinin izinli olarak görevi başından ayrılan asker kişinin izinde geçirdiği süre zarfında özel olarak yurt dışına çıkma izni almaksızın yurt dışına çıkması fiilinin, süresinde yani izin bitiminde görevi başına dönmesi kaydıyla, adli suç olarak değil, **disiplin suçu** olarak tanımlanması yönündeki değerlendirmesine biz de iştirak ediyoruz. **Ancak Anayasa Mahkemesinin sırf bu sebeple bir kanuni düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etme yetkisinin bulunmadığını değerlendirmekteyiz.**

Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, bu hükmün iptaline ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlandıktan itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında esasında bir çelişki de bulunmaktadır. İptal edilen kanun hükmündeki suç tanımının adalet, hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığı değerlendirmesinde bulunulduktan sonra, iptal kararının ileri bir tarihte yürürlüğe konulması, maddi ceza hukukundaki zaman bakımından uygulama kuralları ile çelişmektedir.

Bu dokuz aylık süre henüz dolmadan söz konusu hükümde değişiklik yapılmıştır⁹. Bu değişiklikle, izinleyken yurt dışına çıkış yapan ve yurt

8 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 454 vd.

9 5.6.2017 tarihli ve 691 sayılı KHK (m. 3) ve bu KHK'yı kanunlaştıran 31.1.2018 tarihli ve 7069 sayılı Kanun (m. 3).

dışında **üç gün veya daha fazla süre** kalarak tekrar yurda dönen asker kişinin bu fiili, yine bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararındaki iptal gerekçelerini dikkate almayan bu yeni düzenlemeyle suç daha da ağırlaştırılmıştır.

C- ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA VERDİĞİ KARARLARIN MADDİ CEZA HUKUKUNA ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi maddi ceza hukuku normlarını ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmeye tabi tutarak iptal kararları verebilmektedir. Aşağıda Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği kararlardan bazıları değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

1- Anayasa Mahkemesi, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin itiraz yoluyla başvurusu üzerine Türk Ceza Kanunu'nun çocuğun cinsel istismarını cezalandıran 103. maddesinin "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*" şeklindeki ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2 ve 10. maddelerine aykırılık iddiasını değerlendirmiş ve ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁰. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

"İtiraz konusu kuralda, kanun koyucu çocuklara cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda verilecek ceza yaptırımını öngörmektedir. Kuralın cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile konuya ilişkin tüm uluslararası

10 AYM, E.2015/26, K.2015/100, 12/11/2015.

metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli hâlini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır.” (pn. 9)

“Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde **suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır.** Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak **mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası** olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da **fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiilî birlikteliğin resmî evliliğe dönüşmesi** gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve **suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi** sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle **kuralda belirlenen ceza miktarının bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez.** Kural bu hâliyle **ölçüsüz bir yaptırım** öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.” (pn. 10)

“Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” (pn. 11)

Anayasa Mahkemesinin TCK’nın 103. maddesiyle ilgili verdiği tekrar bu değildir. Mahkeme, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin TCK’nın 103.

maddesinin birinci fıkrasının “b” bendi dışında kalan bölümünün, ikinci fıkrasının ve üçüncü fıkrasının “a” bendinin Anayasa’nın 2, 5, 10 ve 41. maddelerine aykırılık itirazını da değerlendirmiştir¹¹.

Anayasa Mahkemesi, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin başvurusunu, hükmün mahkemedeki uyuşmazlıkta uygulanabilir nitelikte olan kısmıyla sınırlandırmış, bu kapsamda yaptığı inceleme sonucunda TCK’nın 103. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin birinci fıkranın a) bendinde yer alan “... *tamamlamamış...*” sözcüğü yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında TCK’nın 103. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin 12/11/2015 tarihli ve 2015/26 E., 2015/100 sayılı iptal kararındaki gerekçelerin bu olay bakımından da geçerli olduğunu, Anayasa’nın 41. maddesi gereğince mağdur veya fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef olması gerekliliği dikkate alındığında itiraz konusu kuralın da aynı şekilde bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip olduğunu, bu sebeple kuralın ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin diğer Anayasa’ya aykırılık iddialarını ise reddetmiştir.

Hemen belirtelim ki ceza kanunlarında suçlar, kural olarak korunmak istenen hukuki değerler itibarıyla bir tasnife tabi tutulmaktadır. Korunmak istenen hukuki değerler itibarıyla suçların tasnifinde önce, insan haklarına ilişkin uluslararası belge ve sözleşmeler ile anayasalardaki hak ve özgürlükler sıralaması dikkate alınmaktadır. Buna göre örneğin hayata, vücut bütünlüğüne, vücut dokunulmazlığına ve mal varlığına yönelik saldırılara ilişkin suç tanımları arasında bir sıralama oluşturulabilmektedir. Korunmak istenen hukuki değerler arasındaki önem sırası, suçların tasnifinde de dikkate alınmaktadır.

Suçlarla ilgili olarak uygulanabilecek ceza yaptırımlarının türünün ve miktarının belirlenmesinde korunmak istenen hukuki değerler arasındaki önem sırasının göz ardı edilmesi, suçlar arasında ceza yaptırımları

11 AYM, E.2015/108, K.2016/46, 26/5/2016, § 12.

itibarıyla ölçsüz, orantısız ve adil olmayan bir durum ortaya çıkarır. Anayasa Mahkemesi, bu durumu norm denetimi bağlamında dikkate alabilir.

Keza bir suç tanımı bağlamında önce suçun temel şekli tanımlanır ve temel şekline ilişkin ceza yaptırımı veya yaptırımları belirlenir. Bunu müteakiben, suçun daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları ve bunların gerçekleşmesi hâlinde uygulanacak ceza yaptırımları belirlenir. Nihayet, bir suç tanımı bağlamında o suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâller ve bunların gerçekleştiğinde uygulanacak ceza yaptırımlarının miktarları belirlenir.

Suçun temel şekline ilişkin ceza yaptırımları, kural olarak alt ve üst sınırlar gösterilmek suretiyle belirlenmektedir. Ancak müebbet veya ağırlaşmış müebbet hapis cezası gibi maktu cezaların öngörüldüğü suç tanımları da yapılabilmektedir.

Suçun nitelikli hâllerine ilişkin cezalar, temel cezanın belli bir oranda artırılması veya azaltılması suretiyle ya da suçun temel şeklinden müstakil olarak alt ve üst sınırları gösterilerek belirlenebilmektedir.

Bu yöntemlerden hangisinin veya hangilerinin benimsendiği, ceza hukuku alanında düzenleme yapan kanun koyucunun takdirinde olan hususlardır. Ancak buna rağmen suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlarının ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanabilecek ceza yaptırımları arasında bir ölçü ve oranın olması şarttır. Bu itibarla kanuni düzenlemede suçun temel şekli ile örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri bağlamında belirlenmiş olan ceza miktarları arasında tersi yönde bir farklılık oluşturulmuş ise Anayasa Mahkemesi bu durumu norm denetimi bağlamında dikkate almalıdır. Ancak **Anayasa Mahkemesinin bir suçun nitelikli hâli ile ilgili olarak kanunda belirlenmiş olan ceza miktarını soyut bir şekilde az veya fazla bularak Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesinde bulunamaması gerekir.**

Oysa Anayasa Mahkemesi, kararına konu teşkil eden fıkra hükmündeki ceza miktarını suçun temel şekliyle veya diğer nitelikli hâlleriyle mukayese etmeden soyut bir değerlendirmeye Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, Anayasa'ya aykırılık değil, yasama organının yetki alanına girerek bir **yerindelik**

denetimi yapmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu kararının suçların her bir işleniş şeklini kazuistik olarak ayrı ayrı düzenlemeyi tetikleyecek bir nitelik taşıdığını belirtmek gerekir¹². Nitekim oy çokluğuyla alınan söz konusu karara karşı oy kullanan Başkan ve yedi Üyenin karşı oy gerekçelerinde bu hususa ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı üzerine TCK, m. 103, f. 2'de 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmış ve fıkranın iptal edilen hükmüne sadece aşağıdaki şekilde yeni bir cümle eklenmiştir.

“Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.”

TCK'da değişiklik yapan 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la cinsel suçların cezaları büyük ölçüde artırılmış ve bu cezaların infaz şartları ağırlaştırılmıştır. Bu nedenle ceza infaz kurumlarında bulunan cinsel suç hükümlüsü sayısında her geçen gün önemli bir artış meydana gelmektedir. Bu durum, önemli bir eleştiri konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki bu sorunun çözümü yine yasama organına terettüp eden bir görevdir.

Hemen belirtelim ki Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiğini kriterler çerçevesinde ölçülülük ilkesine bağlı olarak verdiği ve yerinde olduğunu düşündüğümüz aşağıdaki kararlarına değinmek gerekmektedir.

2- Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun iftira suçunun tanımlandığı 267. maddesinin bu suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmının düzenlendiği yedinci fıkra hükmünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹³. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Yasa koyucu, iftira suçunun temel şekli ve nitelikli hâlleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alması gerekir. İşlemediğini bildiği hâlde bir suç isnat ederek mağdurun mahkûm olmasına neden olan sanıklar hakkında, mağdurun hapis cezasıyla cezalandırılması

12 Benzeri bir değerlendirme ve eleştiri için bkz. Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2022). s. 403-404, dn. 99-100.

13 AYM, E.2010/115, K.2011/154, 17/11/2011.

*hâlinde, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince mahkûm olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar, mağdura uygulanan bu hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi hâlinde ise Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince 3 ile 7 yıl arası hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan kişi, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince (**mahkûm olunan cezanın üçte ikisi**) **asgari 20 gün hapis cezası ile** cezalandırılacakken; mahkemece mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması hâlinde ise iftira eden kişinin Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince **asgari 3 yıl hapis cezası ile** cezalandırılması gerekecektir. İtiraz konusu fıkra uyarınca, mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya seçimlik olarak hapis cezası ve adli para cezası öngörülen suçlar bakımından da adli para cezasının tercih edilmesi hapis cezasına mahkûm edilmesine oranla daha ağır bir şekilde cezalandırılma sonucunu doğurmaktadır.*

*Öte yandan hapis cezası dışındaki adli yaptırımlar ile idari yaptırımlar kişi üzerindeki etkileri bakımından değerlendirildiğinde hapis cezası dışındaki adli yaptırımların idari yaptırımlara göre daha ağır sonuçlarının olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca ihlalin niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibarıyla de idari yaptırımlar ile adli yaptırımlar arasında kapsamlı farklılıklar bulunmaktadır. Oysa yasa koyucu, iftira sonucunda mağdur hakkında konusu suç teşkil etmeyen ve genellikle kişiye görev ve yükümlülüklerinin hatırlatılmasından ibaret olan idari yaptırımların uygulanması hâliyle, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların uygulanması hâlini aynı ağırlıkta görerek her iki durum için de aynı miktarda cezalar öngörmüştür. Bu açıdan itiraz konusu fıkroda **suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunamadığı** ve bu hâliyle de **adalet duygularını zedeleyen bir durum** bulunduğu açıktır.*

*İtiraz konusu fıkranın suçun niteliği, mağdurun uğradığı zararın ağırlığı, mağdur hakkında uygulanan yaptırımın çeşidi ve suçla korunan hukuki fayda bakımından değerlendirilmesi yapıldığında, **iftira***

neticesinde mağdur hakkında hapis cezası uygulanması hâlinde öngörülen ceza ile mağdur hakkında hapis cezası dışında adli yaptırım veya idari yaptırım uygulanması hâlinde öngörülen cezalar arasında kabul edilebilir bir orantı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle de itiraz konusu fıkranın hukuk devletinde olması gereken adalet ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Keza Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun iftira suçunun tanımlandığı 267. maddesinin bu suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmının düzenlendiği beşinci fıkrasının "sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına" bölümünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁴. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

"5237 sayılı Kanun'da 'adliye karşı suçlar' başlığı altında 267. maddede düzenlenen iftira suçunun temel şeklinin yer aldığı maddenin (1) numaralı fıkrasında, yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; suçun nitelikli hâllerinden olan mağdurun iftira neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği ve itiraz konusu kuralı da içeren maddenin (5) numaralı fıkrasında ise mağdurun sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür.

...

Kanun koyucunun iftira suçunun temel şekli ve nitelikli hâlleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alacağı açıktır. İşlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin 5237 sayılı Kanun'un

14 AYM, E.2013/14, K.2013/56, 10/4/2013.

267. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüşken anılan Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince iftira neticesinde mağdurun yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan sanık hakkında ise mahkûm olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin sanığın hukuka aykırı bir fiili mağdura isnat etmesinden ibaret eylemini gerçekleştirmesi durumunda mağdur hakkında bu iftira nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmış olmasına bakılmaksızın sanık asgari bir yıl hapis cezası ile cezalandırılacakken; iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp üstelik hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan sanık ise itiraz konusu kural uyarınca (mahkûm olunan cezanın üçte ikisi) asgari yirmi günden başlayan hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Anlaşılacağı üzere itiraz konusu kural uyarınca, **iftira neticesinde suç isnadının gerçek dışı olduğunun ortaya çıkmaması ve mağdurun yargılanıp hakkında da hapis cezası özellikle de kısa süreli hapis cezası uygulanması hâli, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmaktadır.** Bu bakımdan **itiraz konusu kural suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi korumadığı** gibi **adalet duygularını zedeleyen bir durumun ortaya çıkmasına da neden olmaktadır.** Dolayısıyla iftira suçunun temel şekli için öngörülen ceza miktarı ile suçun nitelikli hâli olan iftira neticesinde mağdur hakkında süreli hapis cezası uygulanması hâli için öngörülen ceza miktarı arasında kabul edilebilir bir orantının bulunmadığı anlaşıldığından itiraz konusu kuralın hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun yalan tanıklık suçunun tanımlandığı 272. maddesinin bu suça ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmının düzenlendiği beşinci fıkrasının "süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına" bölümünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁵. Kararda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

15 AYM, E.2014/116, K.2015/4, 14/1/2015.

“Kanun’un yalan tanıklık suçunun düzenlendiği 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüşken suçun nitelikli hâllerinden olan aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yalan tanıklık neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, sanığın mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

...

Kanun koyucu, yalan tanıklık suçunun temel şekli ile nitelikli hâllerini düzenlerken yalan tanıklık sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü dikkate alabilir. Nitekim 272. maddenin (3) ila (8) numaralı fıkralarında, filin temel biçimlerini oluşturan ilk iki fıkraya nazaran cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hâlleri düzenlenmiştir. Buna karşın itiraz konusu kuralın yer aldığı (6) numaralı fıkroda, aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde sanık için öngörülen cezalandırma yöntemi hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Yalan tanıklık suçunun temel şekli olarak 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüş iken suçun nitelikli hâllerinden birinin düzenlendiği maddenin (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yargılanıp süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yalan tanıklık failinin söz konusu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu durum ise **suçun nitelikli hâlinin, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının süresine bağlı olarak, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmasına** yol açmaktadır. Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde daha belirgin olarak ortaya çıkan **bu durum, ceza adaletinin sağlanması bakımından adil olmayan sonuçlara sebep olmakta ve bu yönüyle kuralda, kanun koyucunun ceza siyasetini belirleme konusunda sahip olduğu**

takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken adalet ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükûmet Tasarısı'nda, iftira suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri, **mağdurun** sadece **tutuklanması** veya **hapis cezasına mahkûm edilmesi** ihtimalleri dikkate alınarak belirlenmişti. Mağdurun örneğin adli para cezasına veya seçenek yaptırımlardan birine mahkûm edilmesi, iftira suçu bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâl olarak öngörülmemektedir.

Keza iftira edilen mağdura disiplin yaptırımı uygulanması, örneğin kamu görevinden çıkarma disiplin cezası verilmesi, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olarak öngörülmemişti (m. 433). Bu eksiklik, TCK Tasarısı'nda TBMM Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikte de dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararlarında bu eksikliğe işaret etmesi önemlidir.

Özellikle 15 Temmuz 2016 tarihli "darbe teşebbüsü" suçunun işlenmesi sonrasındaki yaşanan tezvirat süreci dikkate alınırsa bunun önemli bir eksiklik oluşturduğu daha bariz bir şekilde görülür.

Hükûmet Tasarısı'nda yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri, mağdurun sadece hapis cezasına mahkûm edilmesi ihtimalleri dikkate alınarak belirlenmişti (m. 436).

TCK Tasarısı'nda TBMM Adalet Komisyonunda yapılan ve kanunlaşan değişikliklerle iftira ve yalan tanıklık suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri çeşitli ihtimaller dikkate alınmak suretiyle belirlenmiştir. Ancak bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerden bir kısmıyla ilgili olarak ne miktarda cezaya hükmedileceği hususunda **orantılılık** bakımından bir sorun ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği iptal kararlarını doğru bulmaktayız. Ancak Yüksek Mahkeme, bu iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandıktan itibaren belli bir süre sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş ve bu sürelerin çoktan geçmiş olmasına rağmen yasama organı iptal edilen bu hükümlerle ilgili olarak henüz bir düzenleme yapmamıştır. Bunun önemli bir eksiklik oluşturduğunu belirtmek gerekir.

Bu alanda düzenleme yapılırken hükmolunan cezanın infaz edilmiş olup olmamasını dikkate almak gerekir. Dikkat edilmelidir ki, şayet mağdur hapis cezasına mahkûm edilmiş olup da bu cezanın infazına başlanmış ise, ceza infaz kurumunda kaldığı süre zarfında fail mağdura karşı **ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu** dolaylı fail olarak işlemiş olmaktadır (TCK m. 109). Bu durumda **gerçek içtima** hükümlerini uygulamak gerekir. Nitekim TCK'nın 267. maddesinin dördüncü fıkrasında iftira nedeniyle mağdurun “*gözüaltına alınması veya tutuklanması hallerinde, iftira eden ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur*” hükmüne yer verilmiştir.

İftira veya yalan tanıklık nedeniyle mağdur hakkında sadece cezaya hükmedilmiş ve fakat bu cezanın infazına henüz başlanmamış ise bu suçlardan dolayı verilen temel cezanın belli bir oranda artırılması yönünde kanuni düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

D- SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE BELİRLİLİK İLKESİ İLE İLGİLİ KARARLAR

1- 1567 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3. maddesinde 24/12/2008 tarihli ve 5827 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce bir suç tanımı yer almaktaydı. Bu tanıma göre suç oluşturan fiilleri belirleme yetkisini Bakanlar Kuruluna verilmişti.

Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁶.

Anayasa Mahkemesine göre 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinin “a” bendinde düzenlenen suçun yasal unsuru, Bakanlar Kurulunun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmaktır. Dolayısıyla suçta kanunilik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Kanun koyucu tarafından suçun unsurları, suç oluşturan eylem ve ceza kanunda açıkça belirtilmişse ayrıntıların, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kanunilik ilkesini zedelemeyebilir. Ayrıca Bakanlar Kurulu kararı, öncesinde Resmî Gazete'de yayımlandığından, kişiler hangi eylemlerin yasaklandığından haberdar edilmekte ve kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Yasaklanan eylem karşılığında öngörülen ceza da yasa ile gösterildiğine göre itiraz konusu hükmün suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığından bahsedilemez.

16 AYM, E.1997/53, K.1998/62, 8/10/1998.

2008 değişikliğinden önceki düzenlemesi itibarıyla “beyaz hüküm” mahiyeti taşıyan bu tanım, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu değerlendirildiği için 5827 sayılı Kanun’la değiştirilmiş ve yapılan değişiklikle bu fiiller suç olmaktan çıkarılıp idari yaptırım gerektiren kabahat olarak nitelendirilmiştir.

Ancak hemen belirtelim ki Yeni Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girişinden sonraki süreçte, Anayasa Mahkemesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamındaki kararlarında önemli bir değişiklik meydana gelmiştir. Bu kapsamda AYM’nin TCK’nın 297. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili kararını zikretmek gerekmektedir.

2- TCK’nın 297. maddesinin ikinci fıkrasında **“yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine”** sokma, bulundurma veya kullanma fiilleri suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suç tanımında, infaz kurumuna sokulması, bulundurulması veya kullanılması yasak olan eşyayı belirleme yetkisi, idareye bırakılmıştı. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi aşağıdaki gerekçeyle Anayasa’nın 2, 7 ve 38. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir¹⁷:

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin 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 önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa’nın 7. maddesinde, ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.’ denilmektedir. Buna göre Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen

17 AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011.

konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir."

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında gerekçe olarak yer verilen açıklamalar, yasama organının ceza hukuku alanında yapacağı düzenlemeler bakımından yol göstericilik özelliği taşımaktadır.

E- ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA İLE İLGİLİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, CMK'da değişiklik yapan ve basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerin yapıldığı 7188 sayılı Kanun'la, Kanun'a eklenen geçici m. 5, f. 1, bent d hükmündeki *"kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış"* ibarelerini *"basit yargılama usulü"* yönünden iki ayrı kararla¹⁸ ve keza *"seri muhakeme usulü"* yönünden ayrı bir kararla¹⁹ Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Buna karşılık, aynı bentte yer alan *"kesinleşmiş"* ibaresini ise her iki muhakeme usulü yönünden Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği ilk kararda; ceza muhakemesi kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensibe, devletin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri düzenleme konusundaki yetkisine, bu konudaki esas alınması gereken prensiplere ilişkin açıklamalar yaptıktan sonra suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ceza miktarını etkileyen yargılama usulü kuralları bakımından da geçerli olduğunu, İHAM uygulamasının da bu yönde olduğunu, bu çerçevede *belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngören itiraza konu kuralın, CMK'nın basit yargılama usulünü düzenleyen 251. maddesinin bu usulün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde tayin edilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngören (3) fıkrası göz önünde bulundurulduğunda, Anayasanın 38. maddesini ihlal ettiğini belirterek, "kovuşturma evresine geçilmiş" ibaresinin basit yargılama yönünden iptaline karar verilmiştir*²⁰.

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, CMK'nın 251. maddesinin üçüncü fıkrasında basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde, verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasının öngörüldüğüne göre söz konusu kuralın yargılama aşamasında olup henüz kesinleşmiş hükümle sonuçlanmamış, dolayısıyla yeni yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarih itibarıyla hükme bağlanmış dosyalarda uygulanmamasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal ettiğini belirlemiştir.

18 *"Kovuşturma evresine geçilmiş"* ibaresi bakımından AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/6/2020.
"Hükme bağlanmış" ibaresi bakımından AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021.

19 AYM, E.2020/87, K.2022/44, 21/4/2022.

20 AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/6/2020.

Anayasa Mahkemesi, bu nedenle kuralda yer alan “*hükme bağlanmış*” ibaresinin “*basit yargılama usulü*” yönünden iptaline karar vermiştir²¹.

Ancak Anayasa Mahkemesi, CMK’nın geçici 5. maddesinin (d) bendinde yer alan “*kesinleşmiş*” ibaresinin aşağıdaki gerekçe ile Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir: Kesinleşmiş mahkeme kararıyla muhakeme süreci tamamlanmaktadır. Muhakeme sürecinin tamamlanması nedeniyle kesinleşmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, **kesinleşmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanmamasını öngören kural, Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir**²².

CMK’nın geçici 5. maddesinin (d) bendi hükmünü seri muhakeme usulü yönünden de inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu hükümde yer alan “*kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış*” ibarelerini “*seri muhakeme usulü*” yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiş ve fakat her ne kadar cezada indirim yapılmasını gerektirmekte ise de kesinleşmiş dosyalar bakımından seri muhakeme usulünün işletilmesinin yolunun kapatılmasını, Anayasa’ya aykırı bulmamıştır²³.

Bu kararlar, Türk hukukunda zaman bakımından uygulama kurallarının kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak işletilmesine sınırlama getirilmemesinden kaynaklanan sorunu gün ışığına çıkarmıştır. Kanaatimizce, Fransız hukukunda olduğu gibi, maddi ceza hukukuna ilişkin hükümlerde değişiklik yapılması hâlinde, zaman bakımından uygulama kurallarını kesinleşmiş hükümler yönünden sadece fiilin suç olmaktan çıkarılmasıyla sınırlı olarak uygulamak gerekir.

F- ANAYASA MAHKEMESİNİN CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ KURALIYLA İLGİLİ OLARAK VERDİĞİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, kaçakçılık suçunun işlenişinde kullanılan aracın, sahibinin bu araçla suç işleneceğini, işlenmekte olduğunu bilmemesine rağmen müsadere edilmesini öngören mülga 1918 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun ilgili hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır²⁴.

Yüksek Mahkeme kararında, yurdun ekonomik yapısında önemi küçümsenmeyecek zararlara yol açan kaçakçılığın, mali ve ekonomik

21 AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021.

22 AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021.

23 AYM, E.2020/87, K.2022/44, 21/4/2022.

24 AYM, E.1968/32, K.1968/62, 14/12/1968.

türlü tedbirler alınmasına ve suç işleyenler hakkında ağır ceza hükümleri konulmasına rağmen yine de önlenememesi ve yalnız bu suçları işleyenlerin cezalandırılmalarının yeterli olmadığını göz önünde tutan yasa koyucunun, **kimin olursa olsun, kaçakçılıkta kullanılan taşıma araçlarının zor alımına gidilmesini uygun ve etkili bir tedbir** olarak gördüğünü, ... belirtmiştir. İtiraza konu olan (zor alım) hükmü ile kişinin mülkiyet hakkının kullanmasının, belirli nedenlerle sınırlanmış olmasında, kamu yararı bulunduğu ve araç sahibinin tazminat hakkı olduğu gözetildiğinde mülkiyet hakkının özüne dokunmadığı kabul edilmiştir. Diğer yandan araç sahibinin kaçakçılık suçu ile bir ilgisi olmadığı hâlde taşıtın zor alıma tabi tutulacağını gösteren 47. maddenin birinci fıkrası hükmüne dayanılarak başkasının eyleminden taşıt sahibine ceza yükletiliyor gibi bir anlam çıkarılamayacağı, **herhangi bir nedenle taşıtını verdiği kişiyi seçerken gereken dikkat ve özeni göstermemiş olmasından doğan taşıt sahibinin kendi kusurunun bulunduğu** ve bununla meydana gelen sonuç arasında bir illiyet bağı bulunduğu, mal sahibinin iradesi dışında kalan (taşıtın zorla elinden alınması veya çalınması gibi) durumlarda taşıtın, kaçak eşya nakline tahsis edilmiş olması yüzünden kendisine bir sorum yükletilemeyeceği ve bu takdirde zor alıma gidilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, kan gütme saikiyle öldürmelerin ve kan davalarının önüne geçmek amacıyla çıkarılmış olan bir (11/6/1937 tarihli ve 3236 sayılı) kanunun, kasten ve kan gütme saikiyle öldürme fiilini işleyen, bu fiilin işlenişine iştirak eden kişilerin yanı sıra, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan belli derecedeki akrabalarının da tedbir olarak uzak bir yere gönderilerek orada ikamet ettirilmelerini sağlayan hükümlerini ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir: Anayasa Mahkemesi, 11/2/1964, E. 1963/330, K. 1964/15 (RG: 14 Temmuz 1964-11753). Yüksek Mahkeme, bu kararında **ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğunu** kabul etmiştir.



ANAYASA MAHKEMESİNİN 60 YILLIK TARİHİ İÇERİSİNDE İCRA İFLAS HUKUKUNA İLİŞKİN VERDİĞİ KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Genişletilmiş Tebliğ Metni, 25/04/2023)

Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDEÇİ*

Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanım,
Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanvekilleri,
Sayın Anayasa Mahkemesi Üyeleri,
Sayın Hocalarım,
Sayın Dinleyiciler,

Cumhuriyetimizin abide kurumlarından biri olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıldönümü gibi çok özel bir güne konuşmacı olarak katılmaktan dolayı bir kadın akademisyen olarak gurur ve onur duyduğumu belirtmek isterim.

Ayrıca bir özel hukukçu olarak da davet edilmiş olmaktan dolayı kendimi talihli hissediyorum.

Çok teşekkür ederim.

Benim Anayasa Mahkemesi ile “tanışmam” 1995 yılında öğrenci iken oldu. 1995’te Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesini ziyaret etmiştim ve çok etkilenmiştim. Bugün de bir öğretim üyesi olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine geldiğimde yine çok etkilendiğimi belirtmek isterim. Sanırım bu etkilenmenin bilinçle ilgisi var. Anayasa Mahkemesi gibi önemli bir kuruma karşı da heyecan ve etkilenme hislerimizi hiçbir zaman kaybetmememiz gerekir.

Anayasa Mahkemesinin 61. yılı vesilesiyle bugün Anayasa Mahkemesinin icra iflas hukukuna dair birtakım kararlarından bahsetmek isterim. Bundan dolayı icra ve iflas hukukuna hoş geldiniz demek istiyorum.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı, ozden.ozkaya@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2837-7953.

Bu 61 yıllık süreçte tartışmaya değer bulduğum birçok karara denk geldim. Bugün sizlerle paylaşmak istediğim kararları Anayasa Mahkemesinin son 61 yılını 20 yıllık periyotlara bölerek seçtim. Ters kronolojik sıradan yola çıkarak önce 2019 tarihli, sonra 1999 tarihli ve nihayetinde 1966 tarihli üç kararı sizlere sunmak ve aynı zamanda tarihsel bir çerçeve de çizmek istiyorum.

Kararları seçerken özellikle bireysel başvuru kararlarından sonra AYM'nin icra iflas hukukuna dair çeşitli kararlar verdiğine şahit oldum.

Ancak kısıtlı tebliğ sürem dolayısıyla bu kararlardan icra iflas hukukunu doğrudan ve derinden etkilediğini düşündüğüm üç kararı sizlerle paylaşmak istedim.

Bununla birlikte tebliğime başlamadan kısaca İcra İflas Kanunu tarihçesinden bahsetmek isterim.

1) İcra İflas Kanunu temel nitelikte bir kanundur¹.

Bu nedenle bu Kanun'da girişilecek herhangi bir değişikliğin uzun inceleme ve araştırmaların sonucu yapılması uygun olur².

Tanzimat'tan önce ve Tanzimat'tan sonra uzun bir süre icra işleri şeriat hükümleri çerçevesinde ve basit şekillerde gerçekleşmiştir³.

Bu işlemler kadılar ve yüksek idare memurları tarafından yapılmıştır. İflas ve müflisler hakkında, ticaret hukukunun gelişmemesi sebebiyle özel düzenlemeler yapılmamıştır⁴.

İflas mevzuatı ilk defa 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun 1850 yılında tercüme edilmesiyle hukukumuzda düzenlenmiştir⁵.

1879-1880 yıllarında ilamlı icraya ilişkin bir muvakkat kanun varken 8 Nisan 1914'te sadece ilamların icrasını düzenleyen ve daha çok madde içeren bir kanun yürürlüğe girmiştir⁶.

Zaman içerisinde medeni kanunun ve borçlar kanununun değişmesiyle birlikte icra iflas mevzuatının güncellenmesi ihtiyacı oluşmuştur.

1 Üstündağ, S. (1990). *İcra ve İflâs Kanununun Dünü ve Bugünü*, İstanbul: Evrim Kitabevi, s. 1.

2 a.g.e. s. 1.

3 a.g.e. s. 1.

4 a.g.e. s. 5.

5 a.g.e. s. 5.

6 a.g.e. s. 5.

Bu nedenle Alman ve İtalyan kanunlarının dikkate alınarak tasarıların hazırlandığı komisyon çalışmaları yapılmıştır.

Ancak bu tasarılar yetersiz görüldüğü için kanunlaşmamıştır.

İcra iflas kanununa duyulan ivedi ihtiyaç nedeniyle kanun koyucu İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun iktibas yoluyla gitmiştir⁷.

18 Nisan 1929 tarihinde kabul edilen 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu, İsviçre şartlarında hazırlanması ve ülkemiz gerçeklerini yansıtmaması nedeniyle eleştirilmiştir.

Bu eleştiriler ve dünya ekonomik krizinin etkisiyle yeni bir kanun ihtiyacı doğmuştur⁸.

1932 yılında bugün de yürürlükte olan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu kabul edilmiş ve 1424 sayılı Kanun ilga olmuştur⁹.

Günümüze kadar 2004 sayılı Kanun'da büyük çaplı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan bazıları şu şekildedir:

1. 1940 yılında yapılan değişikliklerle süreler yeknesaklaştırılmış, istihkak davası daha kapsamlı düzenlenmiş, icra tetkik mercilerine yeni görevler verilmiş, itirazın kaldırılmasına ve ihtiyati hacze ilişkin düzenlemeler yapılmıştır¹⁰.
2. 1956 ve 1985 yıllarında borçlunun kötü niyetiyle mücadele etmek üzere özellikle iflas hukuku bakımından değişiklikler yapılmıştır.
3. 1988 yılında yapılan değişiklikle Kanun'a borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilere ilişkin eklemeler yapılmış (madde 150/1, madde 68/b) ve toplamda altmış kanun maddesi değiştirilmiştir.
4. 2003 yılında İcra ve İflas Kanunu'nda hem genel hükümlerde hem de takiplere ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle takiplerin süresini uzatan tebligat hukukundan kaynaklanan problemlerin çözümlenmesine çalışılmıştır. Bu

7 Umar, B. (1973). *İcra İflas Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi*, İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi Yayınları, s. 136 vd.

8 Üstündağ, S. (1990). s. 15.

9 Umar, B. (1973). s. 137.

10 a.g.e. s. 48 vd.

değişiklikle icra reisliği ve icra reisi yardımcılığı kurumları da kaldırılmıştır.

5. 2004 yılında da çok sayıda maddeyi etkileyen değişiklikler yapılmıştır. İcra tetkik mercii yerine “*icra mahkemeleri*” ifadesinin kullanılması ve “*Konkordato*” üst başlığının yanına “*Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması*” ifadelerinin Kanun’a eklenmesi bu değişikliklere örnektir (IMF’nin bize şart koştuğu).
6. 2018 yılında yapılan değişikliklerden en önemlisi “*iflas erteleme*” hükümlerinin kaldırılması ve konkordato kurumunun yeniden düzenlenmesidir (mülga madde 179, 179/a, b, c). Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin özel bir takip yolunun benimsenmesi ve Merkezî Takip Sistemi’nin hayatımıza girişi de bu yılda olmuştur.
7. 2021 yılında yapılan önemli değişikliklerden bazıları şu şekildedir:
 - a. Borçluya satış yetkisi verilmesi (rızaî satış, madde 111/A)
 - b. Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış düzenlemesi (madde 111/B)
 - c. İhalenin feshi davasına ilişkin değişiklikler
 - d. Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki tesisine ilişkin hükümlerin kaldırılması (mülga madde 25, 25/a, b, 341)
8. Son olarak 5 Nisan 2023 tarihinde yapılan önemli değişikliklerden bazıları şu şekildedir:
 - a. Konutlarda yapılacak hacizlerin hâkim onayına sunulması (madde 79/a)
 - b. Haczi caiz olmayan mallar arasına ailenin ortak kullanımına hizmet eden tüm ev eşyaları ile aile bireylerine ait kişisel eşyaların alınması
 - c. Taşkın haciz yapılmasının açıkça yasaklanması (madde 85) Kanımca son yapılan değişikliklere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine başvuru söz konusu olabilir

2) İİK’nın kısaca tarihçesini inceledikten sonra tebliğime öncelikle yakın zamanlı ve oldukça önemli bir kararla başlamak istiyorum.

• **AYM'nin 2016/10454 sayılı ve 12/12/2019 tarihli Emine Göksel kararında**¹¹ borçlu eşin borcu nedeniyle haczedilen ve haciz sonrası üzerine aile konutu şerhi konulan konutun haczine dair diğer eş (başvurucu eş) tarafından şikâyette bulunulmuştur.

Ancak bu şikâyet, başvuru eş tarafından gerçekleştirildiği için ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından aktif dava ehliyetinin/dava şartının yokluğu nedeniyle reddedilmiştir.

Başvuru eş, şikâyetinde söz konusu konutun aile konutu olması nedeniyle haczedilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Şikâyetinin ilk derece mahkemeleri tarafından reddedilmesi ve kesinleşmesi üzerine başvuru eş, adil yargılanma hakkı ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia ederek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, incelemesinde bu konuya ilişkin verilmiş eski Yargıtay kararlarına atıfta bulunmuştur:

2012 tarihli bir kararında Yargıtay, borçlunun evinin hâline münasip olup olmadığını borçlunun ailesinin ihtiyaçlarını da dikkate alarak belirlemek gerektiğini ifade etmiştir¹².

2006 tarihli bir kararında Yargıtay, haczedilen konutta aile konutu şerhinin olmasının hacze engel teşkil etmediğini ve takibin tarafı olmayan eş tarafından buna şikâyet edilemeyeceğine karar vermiştir¹³.

2016 tarihli başka bir kararında ise haczedilemezlik şikâyetinde bulunma hakkının yalnızca borçluya ait olduğu ifade edilmiştir¹⁴.

Anayasa Mahkemesi incelemesinde şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Aile hayatına saygı hakkı uluslararası hukukta ve Anayasa'mızın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenmektedir.

Bu hakkın korunması için bireylerin usule ilişkin güvencelerden yararlandırılması devletin pozitif bir yükümlülüğüdür.

Anayasa hükümlerinde ifade edilen değerler, özel hukukun hüküm ve kavramlarının yorumlanmasında da dikkate alınmalıdır¹⁵.

11 RG. 08/04/2020, S. 31093.

12 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17/12/2012 tarihli ve E.2019/4497, K.2019/17050 sayılı kararı.

13 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 8/4/2006 tarihli ve E.206/5585, K.2006/8228 sayılı kararı.

14 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 9/5/2016 tarihli ve E.2016/7766, K.2016/13560 sayılı kararı.

15 *Melahat Karkin* [GK], B. No: 2014/17751, 13/10/2016, § 60.

Hakları doğrudan etkilenen aile bireylerine yargısal yollara başvurma hakkı tanınmalıdır.

Bu çerçevede İİK madde 82/1-12'de borçlunun hâline münasip evinin haczedilemeyeceğinin düzenlenmesiyle borçlunun barınma hakkı ve alacaklının mülkiyet hakkı arasında bir denge sağlandığı ve borçlunun barınma hakkına üstünlük tanındığı görülmektedir.

Haczi istenen taşınmaz, eşlerden sadece birinin mülkiyetinde olsa bile, aile konutu ailenin tüm üyeleri tarafından kullanılmaktadır ve bu kullanım nedeniyle tüm aile bireylerinin konut üzerinde zilyetlikleri vardır.

Aile konutu eşlerin mutluluğu ve çocukların geleceği için gerekli olduğu gibi ailenin yaşam merkezidir.

Bu konutun kaybı aile bireylerinin barınma hakkını etkileyeceği gibi aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği de tehlikeye girecektir.

Bu nedenlerle hâline münasip ev değerlendirmesi yaparken borçlunun ailesinin ekonomik ve sosyal ihtiyaçları da göz önünde bulundurulmalıdır.

Anayasa Mahkemesi kendi yetkisini “mevcut kuralların yorumunun temel hak ve özgürlüklere etkisini değerlendirmek” olarak sınırlamıştır.

Bu çerçevede yaptığı incelemede oy çokluğuyla şikâyetin reddi kararlarının Anayasa madde 20 ve 41'deki aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Bu karara iki de karşı oy yazılmıştır.

İlk karşı oya göre aile konutu ve hâline münasip ev kavramları arasındaki ilişki kanun metinlerinde açıkça yer almamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kanun metinlerini yorumlama yetkisinin olmadığı kabul edilmesi gerekir.

Bu nedenle iki kavram arasında özdeşlik kuran görüş tartışmaya açıktır.

Kaldı ki İİK madde 82/1-12, bilinçli olarak aile konutundan değil “borçlunun konutu”ndan bahsetmektedir.

Meskeniyet iddiasının istisnaları içinde de böyle bir husus düzenlenmemiştir.

İkinci karşı oy, ilk karşı oya benzer argümanlar ileri sürmekle birlikte "aile konutu şerhinin" taşınmaz haczinden 9 ay sonra talep edildiğini ve bu gecikmenin sebebinin başvuruda açıklanmadığını ifade etmiştir.

Öğretide Özekes ve Çiftçi bu konudaki blog yazılarında AYM kararının birçok yönden doğru olduğunu ifade etmektedir¹⁶.

Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Temel hakların korunması kapsamında çok şekli ve dar yorumlanma söz konusu olamaz, temel hakları ve özgürlükleri koruyucu yönde yorum yapmak gerekir¹⁷.

Burada yapılması gereken, söz konusu hakların özerli bakımından menfaat dengesinin/tartısının incelenmesidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları incelendiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle de ciddi bir hukuki diyalog yolu izlediği görülmektedir.

Bu kararda da AİHM'in benzer yöndeki kararlarına atıfta bulunulmuştur.

Nitekim Strazburg da konut hakkı ve alacak arasında bir denge kurulması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirildiğini gözlemlediğimiz konut hakkı ve ek Protokol'ün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı arasında bir uyumlaştırma yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

16 Özekes, M. ve Çiftçi, P. (2020). "Anayasa Mahkemesinin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler", *Lexpera Blog Yazısı*, <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-aile-konutunun-haczedilmezligi-hakkindaki-karari-degerlendirme/> (Erişim Tarihi: 20/5/2023)

17 Bahsedilen makaleden aktarılan atf: "Özgürlük asıl, sınırlandırma istisna olduğundan özgürlükler geniş, sınırlandırmalar dar yorumlanır. Bu sebeple de temel haklar geniş, temel haklara getirilen istisnalar, yapılan müdahaleler dar yorumlanır. Bu konuda bkz. Gözler, K. (2013). "Yorum İlkeleri", *Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, 29-30 Eylül 2012* (ss. 7-119), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 81 vd. Bu kuralın özel hukuk alanında dahi geçerli olduğuna ilişkin bkz. Serozan, R. (2017). *Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 140-142."

18 Örneğin bir vergi alacağı üzerine borçlunun evinin satılması işleminin borçlunun konut hakkının yeterince değerlendirilmediği gerekçesiyle ihlal oluşturduğu belirtilmiştir. bkz. *Rousk/İsveç*, B. No. 27183/04, 25/7/2013, §§ 115-127. Hatta girişte belirttiğimiz gibi 2023 yılında önerilen değişiklik konularından biri olan "aşkın haciz" ile ilgili olabilecek bir kararda da yaklaşık 124 avroluk bir vergi alacağı için borçlunun evinin satılmasının, bu dengenin kurulmadığı belirtilmiştir. *Vaskrsic/Sloventa*, B. No. 31371/12, 25/4/2017, §§ 79-88.

Mahkeme, üçüncü kişilerin hakkının korunmasını konut hakkı ve mülkiyet hakkına müdahale için demokratik toplumda gerekli, haklı gerekçelerden biri olarak görmektedir.

Yani alacaklının borcunu tahsil etmesi bir haklı gerekçe olarak kabul edilecektir.

Bu aşamadan sonra müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken müdahale ve gerekçe arasındaki denge değerlendirilecektir.

AİHM'in bu değerlendirmede borç miktarı, borçlunun haczedilen evinin kendisi için önemi, başka bir eve sahip olup olamayacağı, evini kendi rızasıyla mı ipotek gösterdiği, başvurucunun icra sürecine aktif olarak katılıp katılmadığı (örneğin evin kıymet takdiri gibi) hususları dikkate aldığını gözlemleyebiliyoruz¹⁹.

Bu bağlamda öğretide ayrıca haklı olarak ifade edildiği üzere ayrıca şikâyette taraftan değil "ilgili"den bahsedildiğini, şikâyetin sadece takibin taraflarına değil aynı zamanda takiple ilgili olup icra dairesinin işlemlerinden etkilenen ilgililere (3. kişilere) de tanınan bir hak olduğunu vurgulamak gerekir.

Bu bağlamda İİK'daki şikâyetin bir dava olmadığını, kanun yoluna benzer tali bir imkân olduğunu, zaten İİK madde 16'da bunun bu şekilde edildiğini, bundan dolayı menfaati olan her ilgilinin başvurabileceğini de eklemek gerekir.

Bu durumun yani AYM kararında "ilgili" kavramının kullanılmamasını ve ilgilinin de şikâyette hak sahibi olduğuna yer verilmemesini icra hukuku alanında Anayasa Mahkemesinin bir eksikliği olarak ifade edilebilir.

Şimdi zamansal olarak bir 20 yıl daha geriye gitmek ve Anayasa Mahkemesinin 1999 tarihli yine çok önemli bir somut norm denetimi kararından bahsetmek istiyorum.

Bunun Anayasa Mahkemesinin icra iflâs hukukuna ilişkin gündemini o dönemde meşgul eden hususları da böylece daha anlaşılır kılmanın bir yolu olduğunu düşündüm.

19 *Vrzić/Hrvatistan*, B. No: 43777/13, 12/7/2016, 63-73.

1999 tarihli²⁰, Anayasa Mahkemesinin kararına konu olayda, İcra müdürlüğü üçüncü kişi olarak belediyeye İcra İflas Kanunu'nun 89. maddesine göre (O dönemde İİK madde 89'da sadece iki haciz ihbarnamesi düzenlenmekteydi.) iki kez ihbarname göndermiş, Belediye söz konusu ihbarnamelere itiraz etmediği için takip kesinleşmiş ve belediyenin bankadaki hesaplarına haciz konmuştur.

Belediyenin açtığı menfi tespit davasını gören mahkeme, İİK madde 89'da geçen "...borçluya karşı..." ifadesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını gerçekçi bulmuş ve Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Zira belediye; Kanun'un 89. maddesine göre hakkında takip yapıldığını, bu maddede yer alan sürelere uymadığından takibin kesinleştiğini, alacaklıya ödeme yapan 3. kişi olarak borçluya dava açma imkânı olmasına karşın alacaklıya dava açma imkânının olmadığını, bu kısıtlamanın "kanun önünde eşitlik ilkesine", Anayasa'nun başlangıç hükümleriyle 11 ve 40. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmektedir.

İcra İflas Kanunu'nun 89. maddesi borçlunun üçüncü kişideki mallarının haczi bakımından alacaklı ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir.

Maddeyle üçüncü kişiye aşamalı şekilde kendisini savunma olanağı tanınmıştır.

Zira icra dairesi borçlunun üçüncü kişideki mal varlığını haczettiğine ilişkin birinci haciz ihbarnamesini gönderdikten sonra 3. kişi takip borçlusuna borcu olmadığı ya da söz konusu mal varlığı değerinin elinde bulunmadığı yahut borcun ödendiği veya malın telef olduğu yönünde yedi gün içerisinde itiraz ederek borçtan kurtulabilir²¹.

Borçlunun 3. kişilerde bulunan mal ve haklara ilişkin gönderilen ihbarnamelere üçüncü kişiler cevap vermekten kaçınamazlar (İİK m. 367)²².

3. kişi kendisine gönderilen birinci haciz ihbarnamesine cevap vermezse borçluya ait mal veya hakkın üçüncü kişide olduğu varsayılır ve 3. kişiye ikinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesi gerekir²³.

20 AYM, E.1999/7, K.1999/31, 13/7/1999.

21 Pekcanitez H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M., ve Özkes, M. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 183-184; Kuru, B. (2013). *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 496; Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 228.

22 Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M., ve Özkes, M. (2022). s. 185.

23 a.g.e. s. 186.

Bu ihbarnamenin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde 3. kişi menfi tespit davası açabilir.

3. kişi kusuru olmamasına rağmen 89. maddede yer alan haklarını kullanamazsa 65. maddede öngörülen gecikmiş itiraz yoluna başvurabilir.

Tüm bu haklarını kullanmayan üçüncü kişi genel hükümlere göre borçluya dava açabilir.

89. maddeye göre yasal süreler içinde itiraz ve (takip alacaklısına karşı) menfi tespit davası (genel mahkemelerde) açma haklarını kullanmayan ve bu nedenle borçlu olmadığı hâlde ödeme yapmak zorunda kalan 3. kişinin sadece borçluya karşı müracaat ve tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

Belirtilmelidir ki 4949 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, 30 Temmuz 2003 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 4949 sayılı Kanun’la haciz ihbarnamesini düzenleyen 89. maddede de değişiklik yapılmış ve üçüncü kişinin borca itiraz etmesi için bir aşama olarak üçüncü haciz ihbarnamesi (bildirim) düzenlenmiştir²⁴.

Anayasa Mahkemesine göre 3. kişinin takip alacaklısına istirdat davası açamaması hak arama özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak anlaşılabilirse de bu sınırlamanın amacı kamu yararı olup uyumsuzlukların uzun sürmesini engellemeyi hedeflemektedir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi ilgili hükmün hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.

Bir diğer yandan 3. kişinin borçluya dava açma hakkına sahip olup alacaklıya dava açamaması AY madde 10’da düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırı olduğu görüşüne göre eşitlik ilkesinin amacı aynı durumdaki kişilerin farklı muameleye tabi tutulmasının önüne geçilmesidir.

Anayasa Mahkemesi bu yönden ise İİK madde 89’a göre takibe itiraz etmeyen ve menfi tespit davası açmayan 3. kişinin borcu olmamasına rağmen alacaklıya ödeme yaparak

takip borçlusunun sebepsiz zenginleşmesine sebep olduğunu, borçlunun ödemesi gereken borcun 3. kişinin mal varlığından ödendiğini

24 Üstündağ, S. (2004). *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 197.

belirtmiş ve bu durumda sebepsiz zenginleşme davasının borçluya karşı açılabilmesinin eşitlik ilkesine de aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verdiği bu norm, kararın verilmesinden dört yıl sonra yapılan değişiklikle değiştirilmiştir.

Bu değişiklikle takip borçlusu ve alacaklısı arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişinin elinde bulunan mal ve hakların haczi zorlaştırılmamakla birlikte üçüncü kişiye hacze itiraz edebilmesi için bir imkân daha sunulması sağlanmıştır. Kanaatimizce alacağına kavuşmak isteyen takip alacaklısı ile borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesi bu hüküm ile güçlendirilmiştir.

Son olarak bir 20 yıl daha geriye gittiğimizde Anayasa Mahkemesinin icra iflas hukukundaki zamanının en önemli tartışmalarından birine son verdiği bir karardan bahsetmeliyiz.

1966 tarihli²⁵ somut norm denetimi kararında Anayasa Mahkemesi, icra tetkik mercii hâkimlerinin Anayasa Mahkemesine itirazda bulunup bulunamayacağı hususunu ön sorun olarak değerlendirmiştir.

Bazı üyeler, bakılmakta olan bir “dava” olmadığı gibi icra tetkik mercii Anayasa'nın nezdinde “mahkeme” niteliğinde olmadığını savunmuşlarsa da çoğunluk bu görüşe katılmamış ve icra tetkik mercii hâkiminin itiraz etmeye yetkili olduğu kararına varılmıştır.

İcra tetkik mercii hâkimlerinin Anayasa Mahkemesine itirazda bulunmaya yetkili olduğunu düşünen çoğunluğa göre Mahkeme, yargı hakkının kullanılması için kurulmuş görev ve yetkileri belli mercileri ifade eder.

Ancak gerek usul kanunlarında gerekse diğer kanunlarda hâkim ve mahkeme terimleri birbiri yerine kullanılmaktadır.

Ayrıca Yargıtay kararlarında genellikle çok hâkimli mahkemeler “mahkeme”, tek hâkimli mahkemeler ise “hâkimlik” olarak adlandırılmaktadır.

Ayrıca Anayasa'nın 36. maddesinde “Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

25 AYM, E.1966/15, K.1966/33, 20/9/1966.

“Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

İlgili hükümde yargı mercii ve mahkeme ifadeleri eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

İcra mahkemeleri kendilerine sunulan itiraz ve şikâyetleri incelemekte ve yargılamayı belli bir usule göre yürütmektedir.

Söz konusu itiraz ve şikâyetler hakkında objektif kanun hükümlerini uygulamakta ve bu hususları hükme bağlamaktadırlar.

Bu nedenle yargı fonksiyonunu gerçekleştiren icra tetkik mercilerinin mahkeme olarak kabul edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadından sonra icra tetkik merciinin hukuki niteliği hakkında tartışmalar yapılmaya devam edilmiştir ancak 5092 sayılı Kanun’la 2004 yılında yapılan değişiklikle icra tetkik mercii yasal anlamda birer mahkeme hâline getirilmiş ve icra mahkemesi adını almıştır²⁶.

Hemen şunu vurgulamak gerekir ki icra mahkemelerinin bazı kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Ancak yargısal faaliyet yapılmaktadır.

İcra mahkemesi tarafından karara bağlanan bazı hususlar yalnızca takip hukuku bakımından sonuç doğurur.

Çünkü icra mahkemesinin bu hâlde yaptığı inceleme sınırlı bir incelemedir.

Ancak istihkak davaları ile ihalenin feshine ilişkin başvurular genel hükümlere göre görüldüğünden icra mahkemelerinin bu davalarda verilen kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder²⁷.

Anayasa Mahkemesi kararında dikkat çeken bir husus Mahkemenin şikâyet kurumunu bir dava olarak adlandırmasıdır.

Belirtmek gerekir ki öğretideki çoğunluk görüşü şikâyet kurumunun bir dava olmadığı yönündedir.

Kanaatimizce de şikâyet bir dava değil hukuki çaredir²⁸.

26 Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2022). s. 45.

27 Kuru, B. (2013). s. 66.

28 Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2022). s. 52.

Karardan “dava” sözcüğünün seçiminin bilinçli bir tercih olup olmadığı anlaşılacak şekilde birlikte şikâyetin dava niteliğinde olmaması ve sonucunda verilecek kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi, icra tetkik mercisinin bir “mahkeme” olmadığı anlamına gelmez.

Bununla birlikte icra mahkemeleri veya o zamanki adıyla icra tetkik mercileri cebri icra sisteminde yargı işlerini üstlenmiş devlet kuruluşudur.

İcra tetkik mercilerinde bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerini haiz meslek sınıfından hâkimler görev yapmaktadır.

İcra mahkemeleri şikâyet üzerine icra dairelerinin işlemlerinin kanuna uyguladığını denetleyen, itirazlar hakkında karar veren asliye hukuk mahkemesi düzeyinde özel mahkemelerdir²⁹.

Takip hukuku sorunları icra iflas hukuku normları dikkate alınmak suretiyle çözülmektedir.

Bugünkü adıyla icra mahkemelerinin tatbik ettiği kanun maddelerine ilişkin somut norm denetimine başvurma imkânının bulunmamasını düşünmemek gerekir.

Zira bu hükümler de kanunlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında bulunan, kişilerin hukuki durumlarına doğrudan etki eden ve bu nedenle Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçmesi gereken hükümlerdir.

Bu sebeple bizce icra mahkemelerinin bir yargı organı olarak ihtisas alanlarını ilgilendiren hükümlere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi bağlamında başvurabileceğini kabul etmek gerekir³⁰.

Dinlediğiniz için çok teşekkür ederim, saygılarımı arz ederim.

29 a.g.e. s. 43.

30 Kuru, B. (2013). s. 67.

ÜÇÜNCÜ OTURUM: SORU-CEVAP

- **Aydın GÜLAN:** Çok teşekkür ediyorum Hocam. Bendeniz de kısa bir biçimde bitireyim. Hocalarım farklı biçimlerde ele aldılar -ki dallarına ilişkin- Anayasa Mahkemesi kararlarını. Özellikle norm denetimi açısından ele aldılar. Oldukça zengin bir malzeme olduğu anlaşılıyor her hukuk dalı bakımından. Esasında her hukuk dalının Anayasa Mahkemesinin hem kendi mevzuatına norm denetimiyle getirdiği boyutu hem de bireysel başvuru üzerine kavramlara verdiği içeriği artık incelemeyen kendi ders kitaplarını yazamayacak bir durumda olduğunu gösteriyor. Dolayısıyla bu yeni kavramlar bakımından -sadece mevzuat bakımından değil- kendi kavramlarının nasıl görüldüğünü, tekrar görmesini sağlamak için âdeta bir ayna tutma işlevi olarak değerlendirebiliriz. Önümüzde büyük bir iş olarak duruyor. Sadece Anayasa Mahkemesinin böyle toplantıları dolayısıyla değil, -tıpkı İlhan Hoca'nın söylediği gibi- Ceza Kürsüsünün buna ilişkin bir değerlendirme, ayıklama yapması gibi her hukuk dalı kendi alanına ilişkin buna bakması gerekiyor. Çok teşekkür ediyoruz. İnşallah süreyi fazla aşmış olmadık. Yarım saat doğal gecikmedir. Zaten yemekten önce bitiriyoruz. Hürmetlerimizi arz ederiz. Müsaade var mı -efendim- Organizasyon? Evet, o zaman buyurun lütfen.

- **Ece GÖZTEPE:** Çok teşekkür ederim Sayın Hocam ve değerli konuşmacılar. Benim İlhan Hocama bir sorum olacak. Yanlış anlamış da olabilirim ama konuşmanızın bir yerinde "*Hukuk kurallarının din, toplumun genel ahlaki değerleri ve ahlak kurallarına paralel bir şekilde olması gerektiğini*" söylediniz ve evlilik dışı ilişkilerin ahlak dışı olması sebebiyle aynı zamanda hukuka aykırılık teşkil ettiğini ya da etmesi gerektiğini belirttiniz. Yalnız bir önceki konuşmada laiklik ilkesini dinledik ve bu dediğinize ne yazık ki katılmamın mümkün olmadığını düşünüyorum. Çünkü Anayasa Mahkemesinin laiklikle ilgili kararlarında birçok unsurları biz alt başlıklara ayırarak anlatırız. Bu alt başlıklardan bir tanesi de hukuk kurallarının din kurallarından etkilenmemesidir ve eğer toplumun genel değer yargılarının hukukta somutlaşması gerektiğini ve bunun dine de dayandırılabilceğini söylerseniz laiklik ilkesinin Anayasa Mahkemesi eliyle yapılan yorumuna aykırı davranmış oluruz. Zina ile ilgili gelişmeleri hepimiz biliyoruz ki Anayasa Mahkemesi eliyle suç olmaktan zaten

çıkartılmıştı ama 2001 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'na göre evli kişilerin (belki bunu da özellikle vurgulamak lazım yani "bekâr kişilerin evlilik dışı ilişkileri" derken evlilik adını söylemeye bile gerek yok) evlilik dışı ilişkileri, sadece boşanma sebebi. Ama bunun ahlakla da bir ilgisi yok ve boşanma sebebi olmasının nedeni de evli kişiler arasındaki güven ve sadakat ilişkisinin tamir edilemez bir şekilde ihlal edilmiş olması. Dolayısıyla ahlaka aykırılıkla da bir ilgisi yok. O nedenle belki hani bu paralelliği kurmakta biraz daha çekinceli davranmakta yarar var diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

- **İlhan ÜZÜLMEZ:** Tabii bu yaklaşım farklılığı Hocam. Sizin Alman ekolü çerçevesinde çalışma yaptığınızı bildiğim için Almanya'da da benzer tartışmalar yapıldığını biliyorum. Ben orada -yanlış anlaşılmaya mahal vermek istemem- hukuk kurallarının din kurallarına dayanması gerektiğini söylemedim. Sadece bir hususa dikkatini çekiyorum meslektaşlarımla. O da şudur: Hukukun temel kavramları derslerinde ilk konulardan birisi toplumu düzenleyen kurallardır. Toplumu düzenleyen kuralları öğrencilerimize biz tüm Hukukun temel kavramları kitaplarında aynı şekilde anlatırız. Kapsam biraz değişir kişinin durduğu noktaya, yaklaştığı noktaya göre. Din kuralları, ahlak kuralları, hukuk kuralları, örf ve âdet kuralları ve gelenek kuralları, adabımuâşeret kuralları, görgü kuralları şeklinde beşli bir ayırım çerçevesinde anlatılır öğrencilere ve davranış durumları olarak -tırnak içinde söylüyorum- "bu kuralların amacı toplumsal düzeni sağlamaktır" yani aynı amaca hizmet ederler. Dolayısıyla bu kurallar arasında bir çelişki olduğunu, bu kararların birbirinden bağımsız olduğunu, tenakuz hâlinde olabileceğini, ahlaka aykırı olan bir durumun hukuka uygun olabileceğini söylemek işin mantığına/doğasına ters. Ben sadece buna dikkat çekmek istiyorum. Dolayısıyla benim oradaki iddiam hukuk kurallarının din kurallarına dayanması değil. Ama toplumu düzenleyen kurallar olarak bunlardan bahsediyorsak ve aynı amaca hizmet ediyorsa bu kurallar bunlar arasında bir tenakuz söz konusu olamaz. Dolayısıyla yapılacak değerlendirmelerde bu hususu göz önünde bulundurmamız gerekiyor. Benim dikkat çekmek istediğim husus bu. Dolayısıyla -yani bilmiyorum ama- gayrimeşru ilişkiyi ahlaka aykırı görmeyen -bu toplumda- ne kadar çıkar veya ne derece destek bulur bilmiyorum yani ben onun ahlaka aykırılığı konusunda herhangi bir tartışma yapılmayacağını düşünüyorum. Onu düşünerek söyledim bunu. Çünkü ister evli olsun ister bekâr olsun evlilik dışı cinsel

ilişkinin ahlaka aykırılığı konusunda biz bir tartışma yapıyorsak o zaman başka bir zeminde başka şeyler tartışmamız gerekir yani tartışılabilir, bu ayrı mesele ama o zaman farklı kodlara girmemiz, farklı bir çıkış noktası bulup kendimizce tartışma yürütmemiz lazım. Dolayısıyla benim yaklaşımım bu. Yoksa benim orada laiklik ilkesine aykırı düşecek şekilde doğrudan doğruya din kuralları esas alınsın gibi bir iddiam yok. Öyle bir iddiam da olamaz zaten. Dolayısıyla teknik ceza hukukçusu olarak benim de suç tipleriyle ilgili yaptığım/yapacağım açıklamaları da rahatlattığı için bu yorumun doğru olduğunu ve bu yorumda da yalnız olmadığımı biliyorum yani burada Alman hukukunda benzer değerlendirmeler var. Bizim hukukumuzda da benzer değerlendirme yapan meslektaşlarımız var. Dolayısıyla örneğin tartışma konusu olan 104. maddedeki suç tipiyle ilgili veya cinsel suçların tamamıyla ilgili sağlıklı bir tartışma yapılabilmesi için “*ilgilinin rızasının tipikliği kaldırdığımı, yani ilgilinin rızası çerçevesinde gerçekleşen fiilin -cinsel sağlığı suçlama bakımından söylüyorum- ilgili suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesini önlediğini ifade eden*” bir görüşe göre tipikliğin olumsuz unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylüyorum. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kararının da bu bağlamda biraz sorunlu olduğunu ancak onun -bizim hukukumuz bakımından da yeni bir tartışma olduğu için- çok sorun teşkil etmediğini söyledim zaten. Dolayısıyla orada herhangi bir sorun da yok diye düşünüyorum ama bunun uzun vadede ayakları yere basan bir değerlendirme yapılabilmesi için tartışılması gereken bir konu olduğunu da ifade etmek istiyorum.

- **Aydın GÜLAN:** Hocam, bağlamı dışında da... yani sadece bu evlilik içi evlilik dışı meselesi değil. Terim farklılığı da zaten biraz esasında sizi zorlayacak durumda. *Légitimité* ve *légalité*, yani bir şeyin kanuna uygun olması mutlaka meşru olması anlamına gelmez. O yüzden belki ona da işaret ediliyor yani arada bir nüans var.

- **İlhan ÜZÜLMEZ:** Yani şöyle Hocam: Yani bir alana hukukun müdahale etmemesi, onun hukuk nazarında meşru olduğu anlamına gelmez. Meşruiyet ayrı bir şeydir.

- **Aydın GÜLAN:** Kanuna uygunluk başka bir şeydir.

- **İlhan ÜZÜLMEZ:** Evet, ayrı bir şey yani benim söylemek istediğim...

- **Aydın GÜLAN:** Hassas bir bağlamda kullandığınız için o çok tartışılabilir bir husus. Başka, efendim, soru...

- Ece GÖZTEPE: İzniniz olursa meselenin bu kadar çizgisel olmadığını anlatmak için bir şey ekleyebilir miyim? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde *Şerife Yiğit* kararı var, belki okumuşsunuzdur. Hatırlatmak için... *Şerife Yiğit*, 35 yıl imam nikâhıyla dört çocuk yaptığı bir erkekle yaşıyor. Türk Medeni Kanunu'na göre evli değil. Dolayısıyla - o terimleri kullanırsak- evlilik dışı ilişki yaşıyor. Eşi -eşi diyorum çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre ve Anayasa Mahkemesi de aile kavramına giderek Türk Medeni Kanunu dışında ve daha özgürlükçü yorumlamaya yönelik içtihatlar geliştiriyor- Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan emekli maaşı bağlanmasını istiyor. Sosyal Güvenlik Kurumu, Türk Medeni Kanunu kapsamında evli olmadığı için, gayrimeşru bir ilişki içinde imam nikâhlı yaşadığı için reddediyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Şerife Yiğit* kararında, laiklik ilkesine dayanarak "her ülkenin din kurallarıyla kendi seküler hukuk düzeni çerçevesinde karar verme konusunda takdir marjına sahip olduğunu" söyleyip ihlal kararı vermedi. Benim vicdanımı en çok sızlatan kararlardan bir tanesidir *Şerife Yiğit* kararı. Kesinlikle Türk Medeni Kanunu seküler ve tek eşlilik bakımından devrimsel bir kazanımdır ama burada aile kavramını nasıl tanımlarsınız? Sadece bir evlilik akdi midir? Hayır, aynı zamanda evlilik birliği dışında sadakat ve güvene dayanan, süreklilik arz eden her birlikteliğe aile diyebiliriz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bunu yapıyor ve *Şerife Yiğit*'e 35 yıl beraber yaşayıp dört çocuk büyüttüğü bir insana sadakatinden dolayı bir emeklilik maaşı bağlanmadı. Şimdi burada eğer din kurallarını hukuka paralel olarak aktarırsak burada Türk Medeni Kanunu dışında tamamen evlilikle var olduğunu belirttiğimiz güven ve sadakat ilişkisini başka tür yaşayan insanları tamamen hukuk düzeni dışına itiyorsunuz. Yani burada çizgisel/tek bir yön olmadığını anlamak çok önemli ve *Şerife Yiğit* kararından sonra ben Türkiye'de bu kararın hiç tartışılmamış olmasını da hâlâ çok yadırgıyorum. Bu Türk Medeni Kanunu'nun sekülerliğini sorgulamak anlamında değil. Ama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki -AİHM'nin yaptığı anlamda- aile kavramına yüklediğimiz anlamın kapsamının genişletilmesi için bence büyük bir gereklilik. Burada eşcinsel birlikteliklere -Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini ve Almanya'yı andınız- ... daha girmiyorum bile. Biz daha heteroseksüel ilişkilerdeki eşitliği ve hak kazanımını tartışma aşamasındayız. Bundan ibaretti Hocam. Teşekkür ederim.

- **İlhan ÜZÜLMEZ:** Hocam, şöyle ifade edeyim: Aslında tabii çıkardığım metin çok uzun. Bendeki metin otuz küsur sayfa. O metnimizde biz kürsü olarak yaptığımız çalışma çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin medeni evlilikten önce nikâh kıyılması ve kıydırılmasına ilişkin iptal kararını da eleştirdik bu bağlamda. Doğru olmadığını... Gayrimeşru evliliklerin -daha doğrusu kanun dışı evliliklerin- ya da imam nikâhlı yaşamının zeminini açtığını/kolaylaştırdığını ve bunun başkaca sorunlara yol açtığını belirterek Anayasa Mahkememizin -iki kararından- eski kanun önünde verdiği kararın doğru olduğunu, yeni kanun önünde verdiği kararın da yerinde olmadığını değerlendirdik orada. Dolayısıyla yani bu bir kanayan yara. Bunun farkındayım ama benim oradaki muradım farklı. Ece Hocam, bizim şöyle bir problemimiz var: Biz ceza hukukçuları, konuya teknik yaklaşıyoruz ve bizim teknik bakış açımızla Anayasa hukukunun ve İnsan Hakları hukukunun yaklaşımı biraz farklılaşıyor. Bizim şu anda yaşadığımız sorun da buradan kaynaklanıyor. Dolayısıyla kesişme noktalarında birbirimizden ayrıldığımız... Bizim maddi ceza hukukçusu olmamızdan kaynaklı, net bir sınır koyma zorunluluğumuzdan kaynaklı bir duruşumuz var. Bizim yaptığımız değerlendirmeler biraz da buna dayanıyor. Dolayısıyla aslında bazı konularda farklı düşünmüyoruz. Mesela öyle bir karardan ben de rahatsız olurum. Herkes rahatsız olur ama bizim böyle bir evliliğin 35 yıl boyunca sürmesine zemin hazırlayan ortamı da sorgulamamız lazım yani tartışmamız gereken konular bunlar çünkü çok mağduriyetler söz konusu oluyor. Başkaca mezhep problemleri, miras problemleri, vs. vs. bir sürü probleme sebebiyet veriyor. Bunların farkındayız ama teknik ceza hukukçusu olarak ben farklı bir bakış açısıyla konuyu değerlendiriyorum. Benim yaklaşımım bu. Teşekkür ediyorum.

- **Aydın GÜLAN:** Başka soru var mı efendim?

- **Abdullah ATAY (Danıştay Tetkik Hâkimi):** Hocam, ben öncelikle sabrınıza sığınarak vakit de geçiyor olması itibarıyla teşekkür ediyorum. Ben Anayasa yargısının idari yargıya etkisi bağlamında sormak istiyorum. Şimdi öncelikle İlhan Hoca'mın da sunumunda belirttiği bir kanun var: 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun. O, üçüncü maddesine değindi. Aslında idare hukuku bağlamında da birinci maddesi idareye bu sahada -aynı üçüncü maddenin eski hâlinin ceza hukukunda tanıdığı gibi- bir çerçeve düzenleme yapma yetkisi tanıyor. O da bir beyaz hüküm niteliğinde ve bu alanda "*Türk parasının kıymetini koruma zımında her türlü kararın ittihazına eski hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu'nun yeni*

hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu"nu kurala bağlıyor. Hatta bu yetki o kadar geniş bir yetki ki idare hukukunun Türkiye'deki öncü isimlerinden Ragıp Sarıca Hoca, *"İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti"* adlı eserinde -bu kanunu incelerken- *"bunun neredeyse yasama yetkisinin bu sahada yürütmeye devredildiği bir alan olduğu"*nu ifade ediyor. Aslında Danıştayın da yakın tarihe kadar *"hukuki bir teknik ve uzmanlık gerektiren sahalarda idarenin düzenleme yapma yetkisinde buradaki takdir marjının da çok geniş olduğu"*na ilişkin yorumları ve kararları mevcut. Yani Danıştayın da aslında -neredeyse Ragıp Hoca'ya yaklaşan bir yaklaşımla- burada düzenleme yetkisinin neredeyse türevsellikten öte asliliğe yaklaşan bir boyuta geçtiği gibi bir yaklaşımı var ama çok yakın bir tarihte Danıştay 13. Dairesi bir karar verdi. *"Bu hükme dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemin ve bunun uygulanmasına ilişkin bireysel işlemlerin mülkiyet hakkı bağlamında kanunilik ilkesini sağlamadığı"* gerekçesiyle hem düzenleyici idari işlemin iptaline hem de uygulama işlemlerinde hukuka uygunluk bulunmadığına karar verdi. Aslında normatif olarak baktığımızda eskiden beri idarenin kanuniliği ilkesi, idare hukukundaki en temel anayasal ilkelerinden bir tanesi. Burada bir parantez açarsak... Birkaç gün önce de Resmî Gazete'de *Turkcell'in numara taşınabilirliğine ilişkin hususun yönetmelikle düzenlenmesi bağlamında yaptığı başvuruda benzer bir şekilde Anayasa Mahkemesi de yine mülkiyet hakkı bağlamında kanunilik şartı yönünden ihlal olduğu sonucuna ulaştığı bir bireysel başvuru kararı yayımlandı. Sonuç olarak -özetle- bunu şuraya bağlamak için soruyorum: Özellikle bireysel başvuru usulü sonrasında Anayasa yargısının idari yargı üzerindeki etkisine baktığımız zaman normatif olarak bir değişiklik olmasa da idarenin bu gibi teknik ve uzmanlık gerektiren sahalarda düzenleme ya da düzenleyici işlem yapma yetkisinde kendisine tanınan alanın içtihadı yolla daraltıldığını söylemek mümkün olur mu? Teşekkür ediyorum. İdari yargı bağlamında sormak istiyorum.*

- **Aydın GÜLAN:** Evet, esasında çok temel bir noktaya değiniyor. Bu gerçekten de bir daraltma mı yoksa bir belirleme mi onu değerlendirmek lazım yani daha önce de idari yargının -farklı ihtilaflar dolayısıyla- bu konuda kanunilik ilkesine ilişkin verdiği kararlar vardı. Esasında *"yeniden ayar yapmak gibi"* mi denilebilir? Yani bu esasında bir daraltma değil, bir bakış açısının netleşmesi, bir kavramın içinin doldurulması, takdir yetkisine ilişkin bir yaklaşımın belirlenmesi. Dolayısıyla önemli kararlar. *Turkcell* kararı da ayrıca imtiyaz sözleşmesinin atıfları vs. dolayısıyla da önemli.

-Biraz önce bahsettiğimiz gibi- artık Anayasa'ya ilişkin kavramların tekrar açılması değil, zaten o yargı dallarının kullandığı kavramların netleşmesi, tekrar içeriğinin değerlendirilmesi, kapsamının ele alınması, somut olaylar dolayısıyla belirlenmesidir. Buna ilişkin önemli bir katkı sağlıyor gerçekten de. Dolayısıyla çok veciz ifade ettiğiniz gibi norm temeli değişmese bile uygulamasına, kavramlara, yaklaşıma ilişkin değişiklik var. Bu noktada idari yargı çok erken zamanlardan biri. Hiçbir direnç göstermeden -bana göre- derhâl bu kavramları kullanmaya başladı. Hatta kendi kararlarındaki istikrarı sağlamak için doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine atıflar da başlamıştı. Şimdi Anayasa Mahkemesinin yaklaşımıyla da çok başarılı bir biçimde bu alanı işliyor ve değerlendiriyor diye düşünüyorum ama bir yandan da Anayasa Mahkemesi -bendenize göre- idealleşiyor. Duran'ın "*İdari Yargı Adlileşti*" diye meşhur bir makale serisi var. Mesela Sayın Başkan'ın işaret ettiği 2015'teki değişiklikler tamamen bir idari yargılaşma göstergesi yani karar okuma değil de önceden... Yani bunun bir adım sonrası azlık oylarını da raportörlerin yazması olabilir çünkü zannediyorum ki Danıştayda azlık oylarını da tetkik hâkimleri yazıyor. Bu nereden kaynaklanıyor? Yani eskiden norm denetimi yapan, az sayıda davayla uğraşan, daha uzun vakit ayırabilen bir Mahkeme, idari yargıda olduğu gibi çok ve değişik, atipik problemlerle uğraşmaya başladığında elbette Danıştayın yaşadığı ve geliştirdiği kültürden etkilenerek bir dönüşüm yaşayacak. Dolayısıyla burada kavramların içinin doldurulması şeklindeki katkısıyla o kavramları esasında idari yargının devşiriyor olması arasındaki alışverişi değerlendirmek ve tartışmak lazım. Çünkü olayların doğru kavramlarla tespit edilmemesi hâlinde, çok genel kavramlar kullanılması hâlinde kavramların çok genelliği onun içindeki farklılıkları ifade etmekten uzaklaşıyor ve dolayısıyla düşünmeye yarayan yeni kavramlar oluşturmuyor. Yani bunu yeni kavramlarla birlikte daha etraflı değerlendirecek, hassas farkları ortaya koyabilecek yeni kavramlaştırmalarla birlikte her yargı dalının kendi alanındaki bu istifadeyi, beslenmeyi, karşılıklı besleme ilişkisini kurması muhtemelen çok hızlı bir gelişmeye... Hem yerli ve millî olmayı hem de uluslararası standartlara uygun olmayı sağlayacak bir yol olabilir. Herkese çok teşekkür ediyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANVEKİLİ
HASAN TAHSİN GÖKCAN'IN KAPANIŞ KONUŞMASI

Sayın Başkan'ım,

Kıymetli Misafirler,

Sizleri içtenlikle ve saygılarımla selamlıyorum. Bugün Anayasa Mahkemesinin 61. yıldönümünü hep birlikte kutladık. Mahkememiz bir yıl da daha yaş aldı. Nice yıllara, nice yaşlara diyoruz. Öte yandan bu yıl Cumhuriyet'imizin 100. yılını idrak ediyoruz. Kanlarıyla, canlarıyla Cumhuriyeti kuran aziz şehitlerimizi, gazilerimizi ve büyük Atatürk'ü şükranla, minnetle anıyoruz.

Siyasal tarihe yansıyan vakalar ve tecrübeler göstermiştir ki siyasal gücün tek elde toplanması kadar denetimsiz kalması da temel hakları güvencesiz bırakmakta ve keyfiliğe meydan vermektedir. Biraz önce Yücel Hoca'nın güzel bir tespiti vardı: Hiçbir hukuk dalı birdenbire ortaya çıkmış değildir. Gerçekten toplumsal ihtiyaçlar bu hukuk branşlarını ortaya çıkarmıştır. Siyasal tarihi de böyle okumak mümkün. Temel hakların güvence altına alınması bakımından siyasal tarihteki en önemli gelişmelerin neler olduğunu soracak olursak bunları birkaç başlık altında sıralamak mümkün olabilir: İlk siyasal iktidar tarafından temel hakların anayasal belgelerle tanınıp korunacağı güvencesinin verildiğini gözlemliyoruz. İkinci gelişme olarak ise kuvvetler ayrılığı fikrinin ve uygulamasının benimsenmesini görüyoruz. Bu süreçte üçüncüsü ise anayasal denetimin kabulü olmuştur.

Günümüz anayasal demokrasilerinde yasama ve yürütmeden sonra egemenliğin üçüncü görünümü olan bağımsız yargı ile birlikte anayasal denetimin varlığı temel haklar güvencesi bakımından olmazsa olmaz unsurlar olarak kabul edilmektedir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da kurulan dördüncü anayasa mahkemesi olan Mahkememiz altmış bir yıl içinde anayasal denetimle ilgili büyük bir içtihat birikimine ulaşmıştır. Kuruluş yıldönümü törenlerini kararlarımızın değerlendirildiği bir sempozyumla taçlandırmak ise Mahkememizin bir

geleneği haline gelmiştir. Bugün de bunu yaşadık. Program gerçekten bilimsel bir ziyafete dönüştü diyebilirim. Sempozyum programımızın içeriği oldukça kapsayıcıydı. Üç oturumdaki konu başlıkları özenle seçilmişti ve farklı boyutlarıyla kararlar üçe tasnif edilerek bu başlıklarla birçok alanda değerlendirmeler yapılmasına fırsat verildi. Dolayısıyla diyebilirim ki seçilen başlıklar anayasal denetimin fotoğrafının çekilmesi amacı için *elverişli*, *gerekli* ve *orantılı*ydı. Bugün çok kıymetli katılımcılar sayesinde Mahkememizin altmış bir yılını kapsayan kararları sempozyum konuları çerçevesinde mercek altına alındı. Böylece anayasa hukuku uygulamasını yansıtan kararlar akademik gözle değerlendirildi. Konuşmaları büyük bir dikkatle izledik ve notlar aldık. Yapılan eleştirilerin bizleri beslediğini ve istifade ettiğimiz hususlar olduğunu da önemle ifade ediyorum. Bu sempozyumun amacının da böylece gerçekleşebileceğini vurgulamak isterim.

Birinci oturumda ilk konu *“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Anayasal Usul Hukukunun Gelişimi”* başlığını taşıyordu. Kararların bu boyutunun değerlendirilmesi gerçekten ilgi çekiciydi ve büyük bir ilgiyle dinlenildiğini gözlemlediğimi ifade etmeliyim. İkinci konuşma konusu *“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı Mahkeme Kararları ile Uluslararası İçtihatların Yeri”* idi. Mahkeme kararlarındaki yıllara yayılan yaklaşımı izlemek benim için çok kıymetliydi. Eminim dinleyenler için de öyleydi. Üçüncü konuşma *“Bireysel Başvuru Bağlamında Hukukun Anayasallaşması”* konusundaydı. Sunumdaki şu tespit önemliydi: Hukukun anayasallaşması, anayasanın bir talebidir. Kararların -gerçekten de özellikle bireysel başvuru kararlarıyla birlikte bu daha fazla ortaya çıktı- en önemli işlevi, hukuk uygulamasının anayasal yoruma odaklanmasına vesile olmasıdır. Bu durum elbette hukuk sistemimiz açısından memnuniyet vericidir.

İkinci oturum *“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cumhuriyetin Niteliklerine İlişkin Yorumu”* konu edinmişti. İlk konuşma *“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devletinin Bir Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi”* hakkındaydı. Anayasal denetimin en önemli kriterlerinden biriyle ilgili bu sunumun tüm dinleyenler için oldukça ilgi çekici olduğuna eminim. *“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Devlet”* başlıklı ikinci konuşma ise Mahkemenin bu anayasal ilkeyi hangi konularda ve ne şekilde kullandığını irdemesi dolayısıyla çok kıymetli bir sunum oldu. *“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik İlkesi”*ne ilişkin sunum,

Mahkemenin kuruluşundan bugüne kadar kavramla ilgili yorumlardaki değişimi ve gelişimi yansıtması bakımından oldukça önemliydi.

Üçüncü oturumda “*Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Sistemine Etkisi*” başlığı altında üç sunum dinledik. Bu sunumlarda konuşmacılardan Anayasa Mahkemesi kararlarının idare hukuku, ceza hukuku ve özel hukuk bağlamında etkilerini ve etkileşimini dinledik. Bu noktada aslında şu da ilave edilebilir: Özellikle bireysel başvuru kararları sonrasında gerçekten de bütün hukuk dallarıyla ilgili büyük bir karar birikimi oluştu. Bu kararlar özellikle yeniden yargılama vesilesiyle ilgili mahkemelerde yeniden karara bağlanan dosyalarda anayasaya uygun yorum ya da anayasa odaklı yorum bağlamında hukukun anayasallaşmasına ciddi bir katkı sundu demek mümkün. Birkaç yıl önce ceza hukuku bağlamında Feridun Yenisey Hoca’nın ifade ettiği şekliyle ki o da “*Ceza hukukunun bu kararlarla birlikte anayasallaşmaya başladığını görüyorum.*” gibi bir değerlendirme yapmıştı. Tabii ki bu değerlendirmeler hukuk sistemimiz bakımından hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi adına sevindiricidir.

Sempozyumun anayasa hukuku uygulamasına ve araştırmalarına önemli bir katkı sağlayacağına inanıyorum. Bu vesileyle sempozyuma katkı sunan tüm katılımcılarımıza teşekkür ediyorum. Yine sempozyumun organizasyonunu üstlenen Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezimize ve Genel Sekreterliğimize üstün gayretleri için teşekkür ediyorum. Tabii artık son dakikalar. Bu konuşma bir an önce sona ersin diye -yorgunluktan- bir beklenti içindeyiz. Dinlenmeye de ihtiyacımız var. Sempozyum burada sona ermiştir. Hepinize esenlikler diliyorum. İyi akşamlar.

