



BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ İCRASI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DOĞRUDAN VE DOLAYLI “ÇAĞRI KARARLARI” ÜZERİNE BİR İNCELEME

The Execution of Individual Application Decisions: An Overview of the Direct and Indirect “Appeal Decisions” of the Constitutional Court

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE*

ÖZ

Merkezîleşmiş anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin işlevi ister norm denetimi ister bireysel başvuru hakkı söz konusu olsun sadece düzeltici adalet anlayışıyla sınırlı şekilde düşünülemez. Özellikle bireysel başvuru hakkı gibi hem subjektif hem de objektif etkiye sahip olan bir yetki türünde Anayasa Mahkemesi öncelikle hak ihlalinin tespit etmekle yükümlüdür. Ama bunun da ötesinde benzer türdeki hak ihlallerinin önüne geçmek için ihlalin nedenleri doğrultusunda Mahkeme'nin “doğrudan” ya da “dolaylı çağrı” kararları vermesi ve ihlalin tekrar gerçekleşmemesi için ilgili kurumları göreve çağırması söz konusu olabilir. İlk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmaya başlanan bu yöntem, bireysel başvuru kararları kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da dogmatik olarak konumlandırılmamış olsa da kullanılmaya başlanmıştır. Bu çalışmada önce kavramsal çerçeve çizilmiş, sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin kararları bu kavram çerçevesinde kategorize ve analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru kararlarının icrası, Anayasa Mahkemesi'nin “çağrı kararları”, anayasa yargısının işlevi, yasama organının icra yükümlülüğü, bireysel başvurunun objektif etkisi.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, goztepe@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2057-2957.

ABSTRACT

In centralized constitutional judicial review systems, irrespective of whether norm control or individual complaint, the function of constitutional courts cannot be regarded as being limited to only the notion of corrective justice. The Constitutional Court is first and foremost responsible to ascertain the violation of right(s), if any, in exercising its authority as regards individual complaints that carry both subjective and objective impact. Further, in order to prevent similar future violations of right(s), it is possible for the Constitutional Court to make direct and indirect "appeal decisions" and to require relevant institutions and organizations to take necessary actions. This legal method, first employed by the Federal Constitutional Court of Germany, has been also implemented by the Turkish Constitutional Court within the scope of individual complaint decisions even though the latter did not doctrinally and dogmatically positioned this authorization of "appeal decisions". In this study, firstly conceptual framework has been drawn and then the Turkish Constitutional Court's decisions have been categorized and analyzed accordingly.

Keywords: Execution of individual application decisions, "appeal decisions" of the Constitutional Court, function of constitutional justice, execution duty of the Parliament, the objective effect of individual application.

GİRİŞ

23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla kesinleşmiş olan yargı kararları aleyhine gidilebilen¹ olağanüstü bir hukuki çare olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, geçtiğimiz sekiz yılda Türk anayasa yargısı tarihinde önemli izler bıraktı. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) göreve başladığı 1962 yılından 2021 yılının Haziran ayına kadar geçen dönemde yaklaşık 3.600 olan norm denetimi karar sayısına karşılık bireysel başvuru kararları 9.000 sınırına dayanmıştır. Salt bu sayısal karşılaştırma bile bireysel başvurunun Türk anayasa yargısındaki önemini ve Mahkeme'nin iş yükü kapsamındaki ağırlığını göstermektedir.

Merkezleşmiş anayasa yargısının kabul edildiği her ülkede olduğu gibi Mahkeme'nin verdiği bütün kararlar, hukuk camiasında ya da uzman olmayan kamuoyunda aynı oranda ilgi çekmemekte ve tartışılmamaktadır. Bu durum, karara konu hukuki meselenin muhataplarının sayısı kadar, karara esas teşkil eden konunun devletin temel anayasal değerlerine etkisi, siyasal çatışmalara ne oranda konu olduğu vb. pek çok faktörle ilintilidir. Türk hukuk sisteminde görece yeni olan bireysel başvuru yolunda verilen ihlal kararlarının yararlanıcısı ve ihlalin giderilmesinin muhataplarının kim olduğu sorusu ise hukuk düzeninde henüz etraflı şekilde tartışılmış ve bütünlüklü olarak anlaşılabilmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez 30/5/2019 tarihli Y.T. kararıyla² uyguladığı “pilot karar” usulü, aynı zamanda ihlal kararının gereğinin yapılması için kararın TBMM'ye gönderilmesine karar verilmesiyle de bir ilk olma özelliğini taşımaktadır. Mahkeme, TBMM'ye yönelik bu “doğrudan çağrıda bulunma” uygulamasını, ihlalin yapısal sorunlardan kaynaklandığı ve sorunun ancak ihlale esas teşkil eden kanunun değiştirilmesiyle mümkün olduğu gerekçesiyle, kararın gereğinin yapılması için TBMM'ye yollandığı dört kararla³ sürdürmüştür.

¹ Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, madde 76/1 a.

² Y.T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.

³ Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019; Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 5/3/2020; Sabri Uhrağ, B. No: 2017/34596, 29/12/2020; Süleyman Kurtel, B. No: 2016/1808, 22/1/2021. Son iki karar, makale teslim edilip hakem incelemesinden geçtikten sonra yayımlandığından ayrı bir başlık altında incelenememiştir. Son baskı öncesinde bilgi amaçlı olarak dipnota eklenmiştir. Ancak bu iki karar açısından da ayrıntılı olarak ele alınan kararlardan farklı bir durum söz konusu değildir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararların icrası için doğrudan TBMM'ye yönlendirdiği karar sayısı Haziran 2021 itibarıyla sadece beş olmakla birlikte bireysel başvurularda verilen ihlal kararları yakından incelendiğinde ve ihlal kararlarının gerekçesine bakıldığında TBMM'nin hemen harekete geçmesini ve kanunlarda değişiklik ya da somutlaştırma yapmasını gerektiren pek çok karar olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, ilk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) tarafından kullanılan "çağrı kararı" (*Appellentscheidung*) kavramı esas alınarak Almanya'da başlayan kavramsal tartışma ile uygulama karşılaştırmada "iyi örnek" olarak incelenecektir (I). Kavramsal çerçeve çizildikten sonra TBMM'ye yöneltmiş "doğrudan çağrı kararları" incelenecek, sözü edilen üç karar ışığında çağrı kararlarının işlevi, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlar ve genel olarak kuvvetler arası iş birliği esas alınarak anayasal düzenin korunmasının nasıl sağlanması gerektiği tartışılacaktır (II). Ancak Türkiye örneğinde Anayasa Mahkemesi'nin sadece doğrudan çağrı kararları değil bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararlarının gerekçesi okunduğunda aslında yine TBMM'nin ya da yürütme ve derece mahkemelerinin harekete geçip yapısal sorunu düzeltmesi gereken pek çok "dolaylı çağrı kararı" örneğine de rastlanmaktadır. Bu bağlamda bu türün belli başlı örnekleri ele alınarak (III) sonuç bölümünde TBMM başta olmak üzere diğer organların yükümlülükleri ve kurumlar arası iş birliğinin etkili şekilde hayata geçirilebilmesi için alınması gereken önlemler değerlendirilecektir. Alt başlıklarda ele alınan kararların tüketici olması mümkün değildir. Ele alınan kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin 8300 karara yaklaşan Kararlar Bilgi Bankası'ndan önemli örnek teşkil edecek olanlar arasından seçilmiştir.

I. BAŞLANGIÇ: FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "ÇAĞRI KARARI"NI YARATMASI VE SONUÇLARI

Dünyanın en prestijli ve geniş yetkili anayasa mahkemelerinden birisi olan Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), kuruluş kanununda düzenlenmeyen pek çok karar türünü yıllar içindeki geniş içtihadı çerçevesinde geliştirmiş ve hukuk literatürüne kazandırmıştır. Norm ve anayasa teorisinin normatif olarak düzenlenmek üzere öngöremediği bu karar türleri, dava türleriyle amaçlanan hukuki korumanın etkisini sağlamayı ve anayasa yargısının etkili bir başvuru yolu olarak kalmasını

güvence altına almayı hedeflemektedir. Yani FAYM'nin amacı, yetki alanını genişletmekten çok kararının etkisini azaltacak ya da ortadan kaldıracak etkenlerin önüne geçmek olmuştur. Bu çerçevede bugün Alman anayasa yargısı öğretisinde genel kabul gören “icat edilmiş” karar türlerinin başında “anayasayla bağdaşmazlık kararları” (*Unvereinbarkeitserklärung*) ve “çağrı kararları” (*Appellentscheidungen*) gelmektedir.

Almanya'daki “çağrı kararları”, soyut ya da somut norm denetimi doğrudan yasaya karşı yapılan ya da mahkeme kararlarına karşı gidilmiş olan bireysel başvuru sürecinde işlemin dayanağını oluşturan kanunun anayasaya aykırılığı iddiasının incelenmesi yoluyla ortaya çıkan bir karar türüdür. FAYM, kanunda öngörülen karar türlerinden birisi olan yokluk kararının yanı sıra (*Nichtigkeitstheorie*), salt tespit edici bir karar olarak yokluk sonucunu yumuşatan pek çok karar türünü içtihadi olarak geliştirmiştir. Bu karar türleri, anayasayla bağdaşmazlık (*Unvereinbarerklärung*)⁴, yasa koyucunun ihmalinin anayasaya aykırılığının tespiti, normu iptal etmeyen anayasaya uygun yorum (*normerhaltende verfassungskonforme Auslegung*), hâlâ anayasaya uygun (*noch verfassungsmäßig*) tespitiyle birlikte çağrı kararlarıdır⁵.

Ortaya çıkış nedenine bakıldığında yasama organına çağrı kararları, Almanya'nın II. Dünya Savaşı sonrasındaki özel anayasal statüsünden doğmuştur. 1945-1949 arasındaki anayasa-öncesi döneme ilişkin olarak galip devletlerin koymuş olduğu yasaların 1949 tarihli Bonn Anayasası'na uygunluğunun incelenmesinden doğan bu kararlar, Mahkeme'nin anayasaya aykırı olduğu açık olan normu hukuk düzeninde hemen ortadan kaldırmanın yaratacağı ağır sonuçlar (mesela düzenleme yokluğundan doğacak kaos) ile anayasaya aykırılığı tespit edip yasa koyucuya bunu gidermek için belli bir süre tanımasıyla ortaya çıkacak zarar arasında bir denge bulma çabasından doğmuştur.

İlk karar⁶ İngiliz denetimi altındaki bölgede yer alan çiftliklerin öncelikli olarak erkek murislere geçmesini öngören kanuni

⁴ Önce içtihadi olarak geliştirilen bu karar türü, 1970 tarihli FAYM Kanunu madde 31 ve 79'da yapılan değişiklikle yasal bir dayanağa kavuşmuştur.

⁵ Tablo hâline getirilmiş mevcut bütün karar türlerinin ayrıntılı bir açıklaması için bkz. Yang, T. (2002). *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos, s. 30.

⁶ BVerfGE 15, 337 (*Höfeordnung für die britische Zone*) (20/3/1963). Bu kararda, yukarıda anılan dengenin ilk kez formüle edildiği Saarland kararına da atıf yapılmıştır (BVerfGE 4, 157 (170) (*Annäherungstheorie*)).

düzenlemesine ilişkindir. Bu düzenlemenin anayasaya uygunluğu uluslararası hukuka göre Alman mahkemeleri tarafından denetlenemiyordu ama işgal artık sona erdiği için norm Alman kamu makamlarının düzenleme tekeline geçmişti. 1949 yılında kabul edilmiş olan Alman Anayasası'nın eşitlik ilkesine açıkça aykırı olan bu normun yürürlükte kalmaya devam edip edemeyeceği yapılan norm denetiminin asıl konusunu oluşturmaktaydı. Mahkeme "Saarland kararı"ndaki denge formülüne atıfta bulunarak yasa koyucunun anayasaya aykırı normları ortadan kaldırma yükümlülüğüne atıfta bulunmuştur. Bunu yaparken de hem yasa koyucunun AY madde 20/3'ten⁷ kaynaklanan anayasaya bağlı olma yükümlülüğünü hem de Mahkeme olarak bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetleme yetkisini aynı argüman içinde birleştirerek gerekçesini oluşturmuştur⁸. Mahkeme yine bir ilk olarak yasa koyucuya 1965 yılının sonbaharında sona eren yasama döneminin sonuna kadar anayasaya aykırı kanuni düzenlemenin kaldırılması için süre tanımış, Federal Meclis de 24 Ağustos 1964 tarihli yasayla⁹ bu kararın gereğini yerine getirmiştir.

İkinci karar ise ilk kararla aynı yılda, 22 Mayıs 1963'te verilmiş olup seçim hukukuna ilişkindir¹⁰. 1949 yılında belirlenen seçim bölgeleri, 1963 yılına kadar yapılan iki seçim yasası değişikliğinde aynen bırakılmış ve aradan geçen sürede eyaletler arasındaki göç hareketleri seçim bölgelerindeki seçmen sayıları ile çıkarılacak milletvekili sayısını orantısız bir hâle sokmuştur. FAYM başvuruyu incelemeye başladığında 1961 genel seçimleri, anayasaya aykırılığı ileri sürülen seçim yasasına uygun şekilde yapılmıştı ve seçim dönemi hâlâ devam etmekteydi. Yani Mahkeme'nin seçim yasasının anayasaya aykırılığına ve FAYM Kanunu'ndaki karar türlerine göre "yokluğu"na karar vermesi durumunda anayasaya uygun bir seçim yasasını yapacak bir yasama organı da ortadan kaldırılmış olacaktı. Bu nedenle Mahkeme, 1961 seçimlerinde anayasaya aykırılığın henüz bu boyutta görülmesinin mümkün olmadığına ama yasa koyucunun bu yasama dönemi sona ermeden önce seçim bölgelerinin yeni nüfus yoğunluğunu dikkate alan bir seçim yasası değişikliği yapması gerektiğine karar vermiştir. Yasa

⁷ AY madde 20/3: "Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır."

⁸ BVerfGE 15, 337 (350).

⁹ Erstes Gesetz zur Änderung der Höfeordnung vom 24/8/1964 (BGBl. I S. 693).

¹⁰ BVerfGE 16, 130.

koyucu 1964 yılında ilgili yasayı kabul ederek “çağrı kararı”nın gereğini yerine getirmiştir¹¹.

Görüldüğü üzere “çağrı kararı” kavramı ilk kez norm denetiminde ortaya çıkmış olmasına rağmen Almanya’da bireysel başvurunun (anayasa şikâyeti) hem kesinleşmiş yargı kararlarına hem de belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde doğrudan kanunlara karşı yapılabilmesi ve bir kamu gücü işleminin anayasaya aykırılığının bireysel başvuru incelemesi sırasında da mümkün olması nedeniyle “çağrı kararları” belli bir yetki türüyle sınırlı değildir.

Çağrı kararlarının sıkça uygulandığı bir başka durum, Mahkeme’nin bir normu denetlediği anda normu (henüz) anayasaya aykırı bulmadığı ama gelecekteki uygulamaların neredeyse kesin bir şekilde anayasaya aykırılığının öngörüldüğü hâllerdir. Burada amaç, yasa koyucuya hukuk düzenini yakın gelecekte tehdit edecek anayasaya aykırı durumu ortadan kaldıracak yasal düzenlemeleri yapması için uyarıda bulunmak ve zaman vermektir¹². Ancak *obiter dictum* olarak okunabilecek bu karar türünün bağlayıcılığı ve sonuçları konusunda hâlâ belirsizlikler söz konusudur.

Özellikle eşitlik ilkesinin ihlali niteliğindeki yasalarda FAYM, incelediği normun iptali hem yasanın kapsamına alınması gerekirken anayasaya aykırı şekilde alınmamış olan kişilerin otomatik olarak kapsama alınması sonucunu doğurmayacağından hem de yasadaki hâlihazırda yararlananların mevcut haklarını ihlal edeceğinden yasa koyucuya çağrıda bulunarak kapsamın genişletilmesi yolunu tercih etmektedir¹³.

¹¹ Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14/2/1964 (BGBl. I S. 61), Anlage. FAYM’nin Federal Seçim Kanunu’na ilişkin vermiş olduğu 25 Temmuz 2012 tarihli kısmi anayasaya aykırılık kararının (2 BvF 3/11) gerekleri ise 2013 ve 2017 tarihinde yapılan genel seçimlere kadar yapılamamış, 14/11/2020 tarihli “mini reformla” FAYM’nin işaret ettiği hususların bir kısmı giderilmeye çalışılmışsa da muhalefet partileri bu yasa değişikliğine karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. 2021 sonbaharında yapılacak olan genel seçimler öncesinde FAYM’nin kanun değişikliğine ilişkin bir karar verip vermeyeceği ya da yürürlüğü durdurma kararı vererek 2021 seçimlerinin eski düzenlemeye göre yapılmasını sağlayıp sağlamayacağı bilinmemektedir.

¹² Scherzberg, A. (2009). Individualverfassungsbeschwerde, içinde Ehlers, D., Schoch, F. (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, München: C.H.Beck, s. 341 § 194; Hillgruber, Chr./Goos, Chr. (2012). *Verfassungsprozessrecht*, s. 226 § 544a; Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, s. 560 § 1406. Ayrıca bkz. BVerfGE 101, 158 (159 vd.; 237 vd.); 85, 80 (93); 78, 249 (251).

¹³ Örneğin BVerfGE 8, 28 (36 vd.).

Çağrı kararlarını daha geniş yorumlayan yazarlar da vardır. Buna göre FAYM'nin yasa koyucuyu yeni bir düzenleme yapmaya davet ettiği her kararı "çağrı kararı" olarak nitelendirilmektedir. Bu çağrı belli bir zamanla sınırlı, kesin bir tarih verilerek yapılabileceği gibi genel ve zaman sınırı çizilmeksizin ya da maddi içeriği konusunda somut direktiflerle de yapılabilir¹⁴. Ancak bu yazarlar da anayasaya aykırılığı saptanmış olan bir normun belli bir süre daha hukuk sisteminde yürürlükte kaldığı durumla (henüz) anayasaya aykırı bulunmayıp gelecekteki muhtemel anayasaya aykırı durumdan dolayı çağrı yapılan kararları birbirinden ayırmaktadır. Çünkü ilkindeki çağrı, anayasaya aykırılığın giderilmesi için kararın etkisine içkin iken ikinci durumda henüz bu türden bir anayasa aykırılık tespiti olmadığından yasa koyucu bakımından bağlayıcı olmayan, kararların icrası başlığı altında ele alınmaması gereken bir *obiter dictum* söz konusudur.

Anayasa usul hukuku bakımından sorun hem bu karar türünün yasa koyucu bakımından bağlayıcılığı hem de bununla ilintili olarak çağrıya uyulmaması durumunda hukuk düzenindeki yaptırım olanaklarının sınırlılığı hatta imkânsızlığı nedeniyle karşımıza çıkmaktadır. Ancak hem Alman hem de Türk hukuk düzeninde yasa koyucunun da anayasayla ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlı olduğu göz önüne alınarak iki kurum arasındaki iş birliğinin korunacağını düşünmek ya da ummak yanlış olmayacaktır.

Çağrı kararlarının en önemli özelliği, yasa koyucunun harekete geçmesini gerektirmesidir¹⁵. Bu doğrultuda çağrı kararlarının salt *obiter dictum* olmadığını, bir nevi "düzenleme direktifi" olarak anlaşılması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır¹⁶. Bu doğrultuda Alman öğretisinde "basit" ve "nitelikli" (*qualifiziert*) çağrı kararları ayrımı yapılmaktadır. İlki yasa koyucuya zaman ve içerik konusunda geniş takdir yetkisi tanıyan kararlar iken ikincisi yasa koyucuya düzenlemenin maddi unsurları konusunda da direktifler vermektedir.

¹⁴ Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). s. 559 § 1405.

¹⁵ Schlaich, K., Koriath, S. (2018). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. Auflage, München: C.H.Beck, § 431. Yazarlar çağrı kararlarının istisnai olarak ve *obiter dictum* mahiyetinde kullanıldığını ve kavramın ilk kez FAYM üyesi Wiltraut Rupp-v. Brünneck tarafından formüle edildiğini belirtmektedir. Bkz. Rupp-v. Brünneck, W. (1970). Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, içinde Ritterspach, Th., Geiger, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller* (ss. 355-378).

¹⁶ Bethge, H. (2020). §§ 31, 35, içinde Maunz, Th., Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bethge u.a. (Hrsg.) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 59. EL § 56; § 180 (sırasıyla).

Sonuç olarak iyi işleyen bir hukuk devletinde “henüz” anayasaya aykırı olmasa da yakın gelecekte anayasaya aykırı olabilecek yasal düzenlemeler, yasa koyucunun eksik düzenlemeleri, somutlaştırılması gereken normlar ya da doldurulması gereken boşluklar ile ilgili olarak FAYM’nin verdiği kararların yasa koyucu tarafından dikkate alınıp gerekli işlemlerin yapılacağı varsayılmaktadır. Almanya’da geçmişteki bütün uygulamalar, vergi hukukundaki siyasal tercihlerden kaynaklanan örnekler bir kenara bırakılırsa bu iş birliğinin iyi işlediğini göstermektedir.

Ancak tahmin edileceği üzere “çağrı kararları”nın anayasa ve yasaya uygunluğunun yanında etkisi ve bağlayıcılığı konusunda da öğretide tartışmalar vardır. Buna rağmen Mahkeme’nin bu türe dâhil edilebilecek kararları aracılığıyla yasa koyucunun anayasaya uygun normatif düzenleme yapması sağlandığından bu karar türüne ilkesel bir karşı çıkış olduğunu söylemek mümkün değildir. Çağrı kararlarının bağlayıcılığı konusunda öğretideki tartışmalar bitmiş değildir ve her bir somut olayda tartışmalar tekrar alevlenebilmektedir. Alman kamu hukuku öğretisinin kavramsal ayrıştırma konusundaki tutkusu dikkate alındığında bu durum şaşırtıcı değildir. Heusch, FAYM’nin “çağrı kararları”nın da diğer esasa ilişkin kararlar gibi bağlayıcı olduğunu belirtirken¹⁷ Klein bu bağlayıcılığın ek koşulu olarak, karar tarihinde anayasaya aykırılığın mevcut ve yasa koyucunun harekete geçmesinin zorunlu olmasını öngörmektedir¹⁸. Literatürde çağrı kararlarının sadece “henüz” anayasaya aykırı bulunmamış/hâlâ anayasaya uygun (*noch verfassungsmäßig*) normların yakın gelecekte anayasaya aykırı hâle gelmemesi için mi yapılabileceği yoksa artık anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiş norma mı ilişkin olacağı konusunda görüş birliği olduğunu da söylemek mümkün değildir¹⁹. Mahkeme’nin yasa koyucunun belli bir süreye kadar harekete geçmesini öngördüğü kararların ise bir yasal

¹⁷ Heusch, A. (2005). § 31, içinde, Umbach, D.C., Clemens, Th., Dollinger, F-W. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller, s. 513 § 55.

¹⁸ Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). § 1280.

¹⁹ Graßhof’un (2005) verdiği bütün FAYM kararları örneği, “hâlâ anayasaya uygun” bulunan norm denetimine eşlik eden mahkeme kararlarıdır. Bkz. Graßhof, K. (2005). § 78, içinde Umbach, D.C., Clemens, Th., Dollinger, F-W. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, s. 960 § 10 dn. 10 (BVerfGE 39, 169; E 39 107, 218; E 53, 257 (312 vd.); E 54, 11 (37); E 78, 249 (287 vd.).

dayanağı mevcut değildir²⁰. Buna karşılık Alman uygulamasında, dolaylı biçimde bir yasanın anayasayla bağdaşmazlığına karar verilmişse (*implizite Unvereinbarerklärung*) ve hüküm kısmında yasa koyucuya belli bir süre tanınmışsa bu sürenin sonunda yasanın yürürlüğünün sona ereceği kabul edilmektedir ve uygulama da bu yönde olmuştur²¹.

Yang çağrı kararlarını ve işlevini, FAYM ile yasa koyucu arasındaki iş birliği ilişkisi ve Mahkeme'nin yasa koyucunun anayasaya uygun davranma yükümlülüğüne yardımcı olması biçiminde açıklamakta, kurumlar arasında herhangi bir hiyerarşi ya da emir ilişkisi kurmamaktadır²². FAYM'nin argümanının da bu görüşü tamamladığı söylenebilir. Mahkeme'ye göre *"Yasa koyucunun anayasal düzene bağlılık yükümlülüğü kanun koyma faaliyeti sırasında anayasaya uygunluğu sağlamakla sona ermemektedir, aksine yasa koyucu çıkarılan bir kanunun anayasaya uygunluğunun devam etmesini de sağlamakla yükümlüdür"*²³. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde Mahkeme kendisini "yardımcı" rolünde görmektedir. FAYM'nin çağrı kararlarının kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından eleştirilebileceğini, bir yargı organının yasama organına direktif ya da emir vermesinin birbirinden üstün olmayan kuvvetler açısından düşündürücü olabileceğini belirten ama son kertede FAYM'nin çağrı kararlarının yasa koyucunun görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olan, destekleyici nitelikte kararlar olduğunu kabul eden yazarlar da bu işlevi öne çıkartmaktadır²⁴.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucunun harekete geçmesi için kesin bir son tarih belirlediği kararların yanı sıra²⁵ yasa koyucunun kararını ileriki dönemlerde gözden geçirmesi gerektiğini belirten²⁶, yasanın uygulanmasıyla birlikte oluşan ve tespit edilebilen

²⁰ a.g.e., s. 960 § 10.

²¹ Bkz. BVerfGE 101, 158 (159 vd.).

²² Yang, T. (2002). s. 348 vd. Aynı doğrultuda Stettner de çağrı kararlarını yasama yetki ve görevinin yerine getirilmesinin bir boyutu olarak düşünmektedir. Stettner, R. (2013), Art. 76, içinde Dreier, H. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 1731 kn. 10.

²³ BVerfGE 88, 203 (310).

²⁴ Kreutzberger, S. (2007). *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a. M.: Peter Lang s. 215, 220, 228.

²⁵ BVerfGE 37, 38 (56 vd.); E 78, 249 (251 ve 265); E 85, 386 (402); E 101, 158.

²⁶ BVerfGE 49, 89 (Atom Yasası); E 50, 290 (iş yerlerinde çalışanların oy hakkına ilişkin yasa); E 92, 365 (kısa çalışma ücreti) vb.

anayasaya aykırı durumları takip edip bunların yasa koyucu tarafından en kısa sürede düzeltilmesi gerektiğini vurgulayan²⁷ ya da yasa koyucunun yasayı düzeltmesi (*Korrektur*) ya da iyileştirmesi (*Nachbesserung*) gerektiğini belirten²⁸ kararları mevcuttur. Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasındaki iş birliği ilişkisinin ya da başka bir deyişle, anayasa mahkemelerinin yasama organı karşısındaki icra gücünün sınırını gösteren iyi bir örnek, FAYM'nin 29 Eylül 2020 tarihli kararına²⁹ bakılarak anlaşılabilir. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayanan bir anayasa şikâyeti başvurusu üzerine verilen kararda FAYM, 6 Aralık 2016 tarihli kararında³⁰ Atom Yasası'nda yeni bir düzenleme yapması için yasa koyucuya 30 Haziran 2018'e kadar bir süre verildiğini ve yasa koyucunun bu doğrultuda 10 Temmuz 2018 tarihli 16. Atom Yasası değişikliğini kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak bu yasa henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte içerdiği hükümler, FAYM'nin 6/12/2016 tarihli kararında vurguladığı “*anayasaya aykırılıkları giderecek nitelikte değildir*” ve bu anlamda kararın gerekleri yerine getirilmemiştir. FAYM 2020 tarihli son kararında yasa koyucunun “en kısa zamanda” 2016 tarihli kararında belirtilmiş olan anayasaya aykırılığı giderecek kanun değişikliklerini yapması çağrısında bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Mahkeme, 2016 tarihli kararının gereklerinin hangi ölçüde yerine getirilmiş olduğunu denetlemekle birlikte bunun eksik bırakılmış olması durumunda “çağrı kararlarına uyulması çağrısı” dışında FAYM'nin elinde başka bir icrai araç bulunmamaktadır.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN “DOĞRUDAN ÇAĞRI” KARARLARI

Türk Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri Anayasa'nın 148., 69. ve 85. maddelerinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (AYMK) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde düzenlenmektedir. Almanya ile karşılaştırıldığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin yetki kataloğunun da hayli geniş olduğunu söylemek mümkündür. Bu yazının konusu bakımından önemli olan karar türleri ve AYM'nin içtihadındaki genişlemelere bakılacak olursa

²⁷ BVerfGE 43, 291 (Üniversiteler Yasası); E 45, 187 (Ceza Yasası); E 53, 257 (Emeklilik Yasası).

²⁸ BVerfGE 65, 1 (Nüfus Sayımı Yasası); E 68, 155 (Ağır Engelli Yasası). Çağrı kararlarının alt başlıklarının ayrıntılı bir tasnifi için bkz. Yang, T. (2002). s. 37 vd.

²⁹ 1 BvR 1550/19 (29/9/2020).

³⁰ BVerfGE 14, 246.

AYM'nin "karar türü yaratıcılığı"nın Almanya'ya göre daha sınırlı olduğu saptaması yapılabilir.

AYM kararlarının bağlayıcılığı ve etkisi konusundaki anayasal düzenlemeler, 2010 yılı anayasa değişikliğinde herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Dolayısıyla norm denetiminden yapısal farklılıklarına ve Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğunun göreceleştirilmiş olmasına rağmen bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı konusunda farklı bir anayasal kural söz konusu değildir ve genel kurallara tabidir.

Anayasa'nın 153. maddesindeki ilkeler, gözetilen amaç dikkate alarak şöyle kategorize edilebilir:

1. Fıkra: *"Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz."* Öncelikle norm denetimi kararları için geçerli olan bu düzenlemeden beklenen ilk etki, yasa koyucunun tekrar aynı türden bir anayasaya aykırı norm koymasını önlemektir. Gerekçe, yasa koyucuya maddi anlamda yön gösterici bir işleve sahiptir ve anayasal düzende sürekli olarak aynı nitelikte anayasaya aykırı normların konulmasını engellemeyi amaçlar.

2. Fıkra: *"Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."* Bu hüküm, Alman öğretisinde tipik örnek olarak gösterilen, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin eşlerin soyadı seçimindeki Medeni Kanun hükmünün anayasaya aykırılığını saptadıktan sonra yasa koyucu yeni düzenleme yapmaya dek doğacak boşluğu önlemek için yeni yasal düzenleme yürürlüğe girinceye kadar geçerli olacak ilkeleri belirlediği³¹, aslında bir yasa normu niteliğindeki "geçici düzenleme" (*Auffangregelung*) benzeri bir uygulamayı engelleme amacını taşımaktadır. Türkiye bağlamında ise bu normun özellikle siyasal organlarla yargı arasındaki demokratik meşruluk gerilimini azaltmayı amaçladığı söylenebilir. Gerçi kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, bu norm olmasaydı da AYM'nin bu türden bir norm koyma faaliyetine girişeceğini düşündürecek bir durum zaten hiç mevcut olmamıştır.

³¹ BVerfGE 84, 9 vd. Bu Mahkeme kararının da ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz. Göztepe, E. (1999). "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, s. 101 vd.

3. Fıkra: “Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hâllerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” Bu fıkra, anayasaya aykırı normun iptalinin etkilerini erteleme olanağı tanıyarak, AYM kararda açıkça belirtmese de yasa koyucuya “düzenleme çağrısı” yapılmasının anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Burada AYM, iptal kararının doğuracağı hukuki boşluktan kaynaklanabilecek zarar ile anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiş olan normun belli bir süre daha hukuk düzeninde yürürlükte kalmasından dolayı ortaya çıkabilecek zarar arasında bir tercih yapmakta ve kamu yararı açısından siyasal iradeye anayasaya uygun bir çözüm bulması için zaman tanımaktadır. Türk hukuk tarihinde ilk akla gelen örnek, TCK’de suç olarak düzenlenen ama kadın ve erkek eş arasında suçun unsurları bakımından asli farklılıklar içeren zina düzenlemelerinin AYM tarafından iki kararla iptal edilmesidir. İlk karardan³² sonra TBMM kendisine yapılan “düzenleme çağrısı”na uymamış, böylelikle iptal kararı yürürlüğe girdikten sonra eşler arasındaki hukuki eşitsizlik daha da büyüdüğünden, önüne gelen ikinci somut norm denetiminde AYM kadının zinasını düzenleyen normu da iptal ederek³³ zinayı suç olmaktan çıkarmıştır. Yasa koyucu bu hukuki sonuca “negatif yasa koyma iradesiyle” katkıda bulunmuştur.

4. Fıkra: “İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.” Bu fıkroda ise AYM’nin “düzenleme çağrısı”nın muhatabı olan Meclis’e ilgili düzenlemeye öncelik verme yükümlülüğü getirilmektedir.

5. Fıkra: “İptal kararları geriye yürümez.” 153. maddenin, bireysel başvuru usulünün kabulünden sonra yapısal bir değişikliğe uğramadığı dikkate alındığında bu maddenin uygulama alanının norm denetimi kararları olduğunu tespit etmek yanlış olmayacaktır. Bireysel başvuru kararlarında verilen ihlal kararlarının zamansal etki ve sonucu ile ilgili

³² AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996 (726 sayılı TCK madde 441’e ilişkin). İptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

³³ AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998 (726 sayılı TCK madde 440’a ilişkin).

olarak Anayasa'da benzer bir düzenleme yer almamaktadır. AY madde 148/5 düzenlemeyi kanuna bırakmaktadır ("*Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.*").

6. Fıkra: "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" Bu fıkra Mahkeme'nin verdiği her türden kararı kapsamaktadır. Her ne kadar bütün bireysel başvuru kararlarının tamamı Resmî Gazete'de yayımlanmasa da kamuoyuna duyurulma koşulu Mahkeme'nin internet sitesi üzerinden gerçekleştirildiğinden bağlayıcılığın koşulu olan bilinebilirlik ve öngörülebilirlik sağlanmaktadır. Bireysel başvuru kararları dikkate alındığında asıl sorun, kararların subjektif ve objektif etkisinin bir arada düşünülmesinin gerekmesi ve salt subjektif etkinin hukuki/siyasal tartışmaların odağını oluşturmamasının sağlanmasıdır³⁴.

FAYM'nin icat ettiği ve Alman hukukunda "çağrı kararları" olarak kavramsallaştırılan olgu, Türk hukuk düzenine uyarlanıp yukarıda anılan normlar ve aşağıda ele alınacak bireysel başvuru kararları ışığında incelenecek olursa, Türk hukukunda bireysel başvuru usulü kapsamında Mahkeme'nin "doğrudan" ve "dolaylı" çağrı kararları ürettiği gözlenmektedir.

Türk anayasa hukuku bakımından norm denetimi kararlarında iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi ve yasa koyucunun doğacak boşluğu doldurması için kendisine zaman tanınmasına ya da bireysel başvuru kararlarında özellikle *kanundan* kaynaklanan "yapısal soruna" dikkat çekilerek kararın bu sorunun giderilmesi için yasama organına yollanmasına "*doğrudan çağrı kararı*" denebilir. Burada hem muhatap hem de yapılması gereken işlem açık şekilde belirtilmektedir.

Buna karşılık eğer bireysel başvurularda ihlal kararı verilmesine rağmen ne kanundan kaynaklanan yapısal soruna değinilmiş ne de sorun uygulamanın yeknesak olmamasından dolayı tekrar birçok ihlale yol açabilecek nitelikte olsa bile son kertede yasama organının ya da yürütme ve idarenin yapması gerekenlere değinilmemişse yani kararın gereklerinin yerine getirilmesi uygulayıcı ve öğreti görüşlerinin

³⁴ Aynı doğrultuda bkz. Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 258: "*Bu kural böylelikle AYM'nin iş yükünün azalmasına ve öncekinin tekrarı niteliğindeki çok sayıda olayda AYM'ye başvuruyu önleyecektir.*"

yorumuna bırakılmışsa “*dolaylı çağrı kararı*” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Çünkü bu durumda da yasama organının ya da yürütmenin sorunun kaynağıyla ilgilenmesi, önleyici tedbirler alması, anayasaya uygun ve bir örnek hukuk uygulamasının sağlanması için zorunludur.

Yukarıda değinilen norm denetiminin sonucuna ilişkin anayasal düzenlemeler ışığında sorulması gereken ilk soru, yasa koyucunun soyut ya da somut norm denetimi kapsamında verdiği iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesini müteakip yasa koyucunun hareketsiz kalmasının bir yaptırıma bağlanıp bağlanmadığıdır. Aslında bütün anayasal sistemler için sorulması gereken bu nihai soru, kurumlar arası ilişkilerin hangi oranda anayasal normlara uygun yürütüldüğüne ve bir kurum “oyunun” kuralını bozduğunda sistemin kendisini nasıl koruyabildiğine ilişkin olup hem anayasa hukukunun hem de siyaset biliminin asli sorunlarından bir tanesidir. Almanya gibi güçlü bir hukuk devletinde bile hükûmetlerin kendi sabit seçmen tabanlarının taleplerini karşılamak için özellikle vergi politikasıyla ilgili “*çağrı kararlarında*” siyasal takdir yetkisini son derece geniş yorumladığı görülmektedir. Bu siyasal takdir yetkisi Türkiye örneğinde ceza hukuku, medeni hukuk ya da siyasal partiler hukuku gibi alanlara doğru da genişleyebilmektedir.

Son olarak FAYM ve AYM arasındaki normatif yetki farkından bahsetmek, AYM’nin normatif hareket alanını saptamak ve bazı kısır döngülerin nedenini anlamak için faydalı olacaktır. Almanya’da yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru yapma olanağı vardır (FAYMK, mad. § 93/3); bunun yanı sıra bireysel başvuruda verilen ihlal kararının anayasaya aykırı bir kanundan kaynaklandığına karar verilirse bu kanun hakkında bireysel başvuru incelemesi kapsamında iptal kararı verilmektedir³⁵. Oysa AYM Kanunu’nda buna benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun’un tasarı aşamasında “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.*” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm Anayasa

³⁵ § 95/3 of the Act of the Federal Constitutional Court: “If the Court grants a constitutional complaint which challenges a law, that law shall be voided. The same shall apply if a constitutional complaint is granted pursuant to subsection 2 ***because the reversed decision was based on an unconstitutional law.*** § 79 shall apply accordingly.”, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (Erişim Tarihi: 15/12/2020).

Alt Komisyonunda çıkarılmış, Genel Kurulda da tekrar gündeme getirilmediğinden Kanun'da yer almamıştır. Komisyon çalışmalarında "yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapacağı" belirtilse de³⁶ bu düzenleme eksikliğinin anayasal düzenin anayasaya aykırı normlardan arındırılması için çok dolambaçlı bir yolu zorladığı ortadadır. Çünkü normun anayasallığını bireysel başvuru üzerinden inceleyemeyen AYM, bireysel başvurudaki ihlal kararı sonrasında yeniden yargılama için kararı ilk derece mahkemesine gönderecek ve bu mahkeme tekrar AYM'ye norm denetimi için başvurabilecektir. Bireysel başvuru dolayısıyla somut norm denetimi yapılamamasının normatif olarak açıkça düzenlenmemiş olması, Türk hukuk düzeninde aşağıda ele alınacak bazı sorunların da kaynağını oluşturmaktadır.

A. KANUNİ DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİNİN HÜKÜM FIKRASINDA KARARA BAĞLANIP TBMM'YE BİLDİRİLDİĞİ KARAR ÖRNEKLERİ

1. Y.T. Kararı

AYM'nin pilot karar usulünü uyguladığı ilk kararı, aynı zamanda kararın bir örneğinin TBMM'ye bildirilmesine karar verdiği bu anlamda da ilk "doğrudan çağrı" kararıdır. Karara konu düzenlemenin geçirdiği evreler ve sonrasındaki hukuki düzenlemeler bakımından Y.T.³⁷ kararı özel bir öneme sahiptir. Başvuru, sınır dışı edilmesine karar verilen başvurucunun kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye geri gönderilmesini engellemek için etkili bir yargı yolu bulunmadığı iddiasına dayanmaktadır. AYM tarafından geçici tedbir kararı alınarak geri gönderme işleminin durdurulması talebini de içeren başvuru kapsamında kabul edilebilirlik incelemesini yapan Bölüm, İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin tedbiren durdurulmasına karar vermiştir. Daha sonra Bölüm tarafından pilot karar usulünün resen başlatılmasına karar verilmiş ve konunun önemi nedeniyle başvurunun Genel Kurula sevk edilmesine karar verilmiştir. Daha sonra da görüleceği üzere sonraki iki "doğrudan çağrı kararı" da Genel Kurul tarafından karara bağlanmıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 20.

³⁷ Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Başvurunun esas konusu, 4 Nisan 2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 53/3 maddesinde düzenlenen, yargı yoluna başvurmaya bağlanan otomatik sonuca ilişkindir. Kanunun ilk düzenlemesine göre *"Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."*

Görüldüğü üzere bir yabancıların idarenin verdiği sınır dışı etme kararına karşı açtığı davanın sonuçlanmasına kadar bu kararın icrasının yasa gereği durması öngörülerek başvuru yargı yolunun etkili sonuç doğurması güvence altına alınmıştı. Ancak 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra çıkarılan 3 Ekim 2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin (OHAL KHK)³⁸ 35. ve 36. maddeleriyle 6458 sayılı Kanun'un 53. ve 54. maddeleri değiştirilerek dava sonuçlanıncaya kadar kanunun sağladığı, kararın icrasının durdurulmasına ilişkin otomatik koruma kaldırılmıştır³⁹. OHAL KHK'si ile yapılan değişikliğe göre 54. maddenin ilk fıkrasında sayılan kişiler, haklarında verilen sınır dışı etme kararına karşı idari yargı yoluna başvursalar dahi idare mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulması kararı verilmedikçe karar kesinleşmeden önce de her aşamada sınır dışı kararının icrası olanaklı hâle gelmiştir. Bu durumda AYM'ye

³⁸ 676 sayılı OHAL KHK'sinin ilgili maddeleri, 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 31. maddesi uyarınca aynen kabul edilmiştir. Bkz. RG: 8.03.2018, S. 30354 (mükerrer).

³⁹ 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrasında 6458 sayılı Kanun'un 53. ve 54. maddelerinin konuyla ilgili düzenlemesi şu hâle getirilmiştir:

Madde 53/3, 3 son cümlesi: *"Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde **54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki** hariç yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."*

"Madde 54 (1):

b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,

k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

*(2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında **uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir.**"*

yapılan bireysel başvurudaki etkili yargı bulunmadığı şikâyetinin yargı organlarının farklı yorum ya da uygulamalarından değil kanundan kaynaklandığı açıktır.

AYM de bu doğrultuda ilk kez İçtüzük'ün 75. maddesindeki pilot karar usulünü uygulama kararı vererek daha önceki iki kararında⁴⁰ sınır dışı ile ilgili olarak usul güvencelerini ortaya koyduğu ilkelerin hukuk düzeninde yeniden tesis edilebilmesinin ilk adımını atmıştır. Mahkeme, önünde bekleyen diğer 1.545 başvurunun (§ 73) da aynı gerekçeyle yapısal sorundan kaynaklanması sebebiyle kararın bir örneğinin yasama organına yollanmasına karar vermiştir. Mahkeme aynı zamanda 8 Nisan 2019 tarihine kadar yapılmış olan 1.545 başvuru ile *"bu tarihten sonra gelmeye devam edecek aynı mahiyetteki yeni başvuruların İçtüzük'ün 75. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca **bir yıl süreyle incelemesinin ertelenmesine** ve ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesine"* karar vermiştir (§ 78). Mahkeme her ne kadar kararın ne gerekçesinde ne de hüküm kısmında düzenleme yapması için yasa koyucuya herhangi bir zaman kısıtlaması getirmemişse de dosyaları bir yıl süreyle bekletme kararının dolaylı biçimde yasama organına tanınan maksimum düzenleme süresi olarak düşünüldüğü söylenebilir.

Yasama organı, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından yaklaşık dört buçuk ay sonra 7196 sayılı Torba Kanunu'nun 75. maddesiyle, 6458 sayılı Kanun'un 53/3 maddesindeki on beş günlük dava açma süresini yedi güne düşürmüştü ama 54/1 maddesinin b, d ve k bentlerine atıf yapan istisna hükmünü kaldırarak dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde karar kesinleşinceye kadar davacının sınır dışı edilmesini engelleyen eski düzenlemeyi tekrar yürürlüğe sokmuştur. Mahkemenin "doğrudan çağrı" kararlarının ilki olan bu karar, yargı ile yasama organı arasındaki olumlu iş birliği için de iyi bir örnek teşkil etmektedir.

2. Süleyman Başmeydan Kararı

AYM'nin yasama organına yönelik ikinci "çağrı kararı" *Süleyman Başmeydan* başvurusudur⁴¹. Bu karar, ceza muhakemesindeki hükmün

⁴⁰ Kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı kararı ve bununla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkına ilişkin usul güvencelerinin ortaya konduğu bu iki karar için bkz. A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017; Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

⁴¹ *Süleyman Başmeydan*, B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

açıklanmasının geriye bırakılması (HAGB) kararının bağlı sonuçları konusunda kanuni düzenleme boşluğunun tespitine ilişkindir. Başvurucuya 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93/1 ve 2 fıkralarında düzenlenen işgal ve faydalanma suçunu işlemesinden dolayı verilen on aylık hapis cezası için HAGB'ye karar verilirken ormanlık alandaki boşluklara dikilmiş olan fındık fidanlarının ise müsadere karar verilmiştir. Bu karardaki kritik nokta, HAGB kararına itiraz ile müsadere kararına itiraz ve temyiz farklı dosyalar içinde ele alınması ama HAGB'nin kesinleşmesinin müsadere kararı için de geçerli olduğunun kabul edilmesidir. Yargıtay ise temyiz talebini incelerken müsadere kararının HAGB'ye ilişkin hükmün bir parçası olduğunu, müsadere tedbirinin hüküm açıklanmaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmadığını belirtmiştir. Bu içtihadı karşılık HAGB kararı ile birlikte verilen müsadere kararının hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamasının sonucunda ilk derece mahkemesinin HAGB kararının kesinleşmesini müteakip Orman İşletme Şefliği müsadere kararının infazına girişmiştir.

AYM mevcut yasal belirsizliğin ve yeterli olmayan güvencelerin mülkiyet hakkı üzerinde ölçülü olmayan bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. İhlalin kaynağı olarak görülen "kanun hükmündeki belirsizliğin" ise müsadere tedbirinin ne zaman, nasıl, hangi koşullarda infaz edileceği ya da durdurulacağının, zorunlu durumlarda hangi tür mekanizmalarla (örneğin tazminat) infazın başlatılabileceğinin TBMM tarafından düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴². Haziran 2021 itibarıyla yasa koyucu bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamıştır.

Bu kararla ilgili olarak -açık kanuni düzenleme eksikliği yanında- mahkemelerin HAGB'nin işlevi ve amacı üzerinde hiç düşünmediklerinin, müsadere gibi HAGB verilen dava konusuna sıkı sıkıya bağlı bir tedbirin infazının HAGB ile amaçlanan sonuçla birlikte düşünülmesine hiç itibar edilmemiş olmasının vurgulanması gerekir. Bu nedenle de yargı organı mensuplarının hukuki yorum yöntemleri konusundaki bilgi eksikliğinin giderilmesi için mesleki eğitim vermenin de aşağıda ele alınacak olan Adalet Bakanlığı yükümlülükleri arasında yer aldığını belirtmek gerekir.

⁴² Süleyman Başmeyer, §§ 63, 72-73.

3. Bedrettin Morina Kararı

AYM'nin yasama organına yönelik üçüncü "çağrı kararı" *Bedrettin Morina* başvurusudur⁴³. Başvurunun konusu, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 1. ve 3. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan, mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanan bir Yugoslavya vatandaşı olup 1973-2003 tarihleri arasında yurt dışında çalışmıştır. 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışı hizmet sürelerinin borçlanması talebinde bulunmuş, SGK önce işlemi gerçekleştirip 2009 yılından itibaren yaşlılık aylığı bağlamış olmasına rağmen 2015 yılında aylığı kesmiştir. Bu kararının gerekçesi olarak da başvurusunun "*Türk vatandaşlığını kazandığı tarihten önce yurt dışında geçen çalışma süresini borçlanmasının mümkün olmaması*" gösterilmiştir. Kalan süreler de aylık bağlanmasının koşulları için yeterli olmadığından yaşlılık aylığı tamamen kesilmiştir. SGK'nin hem yaşlılık aylığının kesilmesi hem de ödemelerin iadesi işleminin iptaline ilişkin davalar reddedilmiştir⁴⁴. AYM yapılan başvuruyu mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağı iddiası yönünden değerlendirmeye almıştır.

SGK'nin kararı vatandaşlığın kazanılması biçimine dayandığından Mahkeme, 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki düzenlemenin doğumla ve sonradan Türk vatandaşı olma arasında ayırım yaptığı tespitinde bulunup incelemenin vatandaşlık temelinde farklı muamele yapılıp yapılmadığı incelemesinde somutlaşması gerektiğine karar vermiştir⁴⁵. Mahkeme yurt dışı hizmet borçlanmasında iki tür vatandaşlık arasında ayırım yapılmasının haklı ve objektif bir nedene dayanmamasından hareketle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Süleyman Başmeyer* kararına atıfla ihlal anayasaya uygun

⁴³ *Bedrettin Morina*, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.

⁴⁴ SGK kararlarına dayanak teşkil eden 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir: "*Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.*"

⁴⁵ *Bedrettin Morina*, § 47.

yorumu olanak tanımayan bir kanun hükmünden kaynaklandığı için yeniden yargılama yapılmasının ihlali giderici bir araç olmadığına ve ilgili yasa hükmünün gözden geçirilmesi için yasama organına bildirimde bulunulması gerektiğine karar vermiştir⁴⁶.

AYM bunun dışında eski hâle getirme kuralı çerçevesinde başvurucudan SGK tarafından geri istenen ödenmiş aylıkların tahsilinin durdurulmasına ya da tahsil edilmiş ise başvurucuya iadesine karar vermiştir⁴⁷. Ancak Mahkeme'nin kararında aynı paragrafın son cümlesi yeterince açık olmayıp TBMM ile AYM'nin ihlal kararı arasındaki ilişkinin kurulması bakımından cevaplandırılması gereken sorular içermektedir. Mahkeme kararının 63. paragrafında *"Başvurucunun da aralarında olduğu bu durumda olan kişiler yönünden aylık bağlanması hususunda keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi gerekir."* denmektedir. Öncelikle somut olay bakımından sorulması gereken soru şudur: Başvurucudan tahsil edilen ya da edilecek aylık ödemelerinin iadesine ya da durdurulmasına karar verilmiş ve kararın bir örneğinin hem SGK'ye hem ilk derece mahkemesine hem de Yargıtay'a gönderilmesine karar verilmiştir. Acaba SGK ihlal kararına dayanarak kanun değişikliği yapılmadan önce de başvurucuya yaşlılık aylığı bağlama yetkisine sahip olacak mıdır, yoksa başvurucunun ileriye dönük aylık bağlanması talebine karar verilmesi ancak kanun değişikliği sonrasında mı mümkün olacaktır? Haziran 2021 itibarıyla kendisine doğrudan çağrıda bulunan yasa koyucunun henüz yeni bir kanuni düzenleme yapmadığı dikkate alındığında AYM'nin verdiği ihlal kararının etkisinin korunması için açık bir çözüm önerisi üretilmesi gerektiği açıktır. AYM, hâlâ yürürlükte olan kanuna dayanılarak tesis edilen bireysel işlemi (tahsilin iadesi ya da durdurulması) *ex tunc* etki doğuracak şekilde, doğan zararı eski hâle getirme ilkesi çerçevesinde ortadan kaldırmışsa verdiği ihlal kararının bütün hüküm ve sonuçlarıyla etki doğurabilmesi için başvurucuya kanun değişikliği yapılmadan da yaşlılık aylığı bağlanması gerekir. Aksi durumda başvurucuya aylık bağlanması kanun değişikliğine bırakılacak olursa arada geçen süredeki zarar giderilemeyeceği gibi vatandaşlıktan kaynaklanan haksız farklı muamele başka birçok hak ihlaline neden olacaktır.

⁴⁶ Bedrettin Morina, §§ 52, 60, 62.

⁴⁷ Bedrettin Morina, § 63.

Bu karar özelinde dikkate alınması gereken bir diğer husus da özellikle karşı oylarda dile getirilen ve 3201 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin anayasaya uygun yorumunun mümkün olduğu tezidir. Karşı oy yazan altı üye, kanunun lafzının doğumla ya da sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı arasında ayırım yapmadığını, yurt dışında çalışılan sürenin Türkiye'de dikkate alınmasının somut olayı ilgilendiren koşulunun yurt dışında "Türk vatandaşı olarak" geçen süre olduğunu vurgulamıştır. Bu durumda da hem ilk derece mahkemesinin hem de Yargıtay'ın yurt dışında çalışılan sürenin 1996 tarihinde Türk vatandaşlığına geçildikten sonraki kısmının yaşlılık aylığına esas alınmasında Anayasa'ya bir aykırılık yoktur.

Kararın hem çoğunluk görüşü hem de karşı oyları dikkate alındığında ikili bir çözüm akla gelmektedir. AYM'nin ihlal kararından sonra kanun değişikliği yapıldığı takdirde (ki bu değişikliğin kapsamı şu anda bilinmemektedir) başvuruca buna göre belirlenecek prim ve gün sayısına göre yaşlılık aylığına hak kazanacaktır. Kanun değişikliği yapılmadığı takdirde önceden aldığı aylıkların iadesi işleminin durdurulması ya da tahsilin yapılmamasından sonra başvuruçunun elindeki tek olanak, tekrar SGK'ye başvurarak Türk vatandaşı olduğu tarihten itibaren yaşlılık aylığının hesaplanmasını istemektir.

B. İHLALİN KANUNDAN KAYNAKLANDIĞI KARARIN GEREKÇESİNDE YA DA KARŞIOYLARDA BELİRTİLMEKLE BİRLİKTE HÜKÜM FIKRASINDA TBMM'YE ÇAĞRI YAPILMAYAN KARARLAR

AYM yukarıda incelenen üç kararıyla, 6216 sayılı Kanun'un 50/1'in 2. cümlesinde düzenlenen karar yetkisini "*İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir*" hükmü çerçevesinde yargı organlarından yasama organına doğru genişletmiştir. Bu hüküm kısmı AYM'nin yetkilerini öngörülme-yen şekilde genişletmemekle birlikte yasama organıyla doğrudan ilişkiye geçmesi ve yasamanın yetki alanı içinde olan bir zorunluluğa işaret etmesi sebebiyle "mini-maksimalist"⁴⁸ bir karar türü olarak

⁴⁸ Amerikalı hukukçu Yvonne Tew, farklı ülkelerdeki yüksek mahkemelerin ya da anayasa mahkemelerinin çığır açıcı kararlarındaki yaklaşımları iki üst başlık altında kategorize etmektedir: "Maxi-minimalism" ve "mini-maximalism". ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1803 tarihli *Marbury v. Madison* davası bu kategoride "maxi-minimalism" örneği olarak ele alınmaktadır. Mahkeme, önündeki somut olayda ret kararı verirken yani somut tartışma konusu bakımından bir başarı söz konusu olmazken karar gerekçesinde kendi yetkilerini

nitelendirilebilir. Mahkeme klasik-muhafazakâr bir yaklaşımla kanundan kaynaklanan yetkilerine dayanmakta ama yasa koyucunun öngörmediği ve yasama organıyla yeni bir diyalog olanağı sunan genişleme alanı yaratmaktadır. Bu içtihadını geliştirdiği kararların kamuoyunda siyasal bir bölünme ve tartışmayı da beraberinde getiren konulara ilişkin olmaması, AYM'nin kamuoyu baskısından uzak bir şekilde bireysel başvurunun objektif etkisini⁴⁹ genişletmesine olanak tanımaktadır. Mahkeme'nin bu türden bir "çağrı kararı" verme aşamasına dogmatik bir tartışmadan dolayı değil verdiği yüzlerce bireysel başvuru kararının etki ve sonuç doğurmasının gereklerinin her bir kararda daha da fazla berraklaşması nedeniyle yani yargısal "deneyim kazanma" sonucunda ulaştığı hatırd tutulmalıdır.

Bu başlık altında AYM'nin "çağrı kararı" verme aşamasında etkili olduğu söylenebilecek yani Mahkeme'nin kararlarının etki ve sonucu konusunda daha geniş kapsamlı düşünmesini sağlayan örnek kararlar ele alınacaktır. Bu amaçla sürecin aşamalarını göstermek bakımından sadece çoğunluk görüşü değil karşı oylar da dikkate alınmıştır.

1. Aile Konutunun Korunması ile İcra Satışındaki Yararın Dengelenmesi

Yıldız Eker⁵⁰ başvurusunda başvuru, eşi aleyhine başlatılmış olan icra takibi kapsamında haczedilen ve sonrasında açık artırma usulüyle değerinin yarısına satılan taşınmaz üstündeki aile konutu şerhiyle ilgili itirazının icra takibinde taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi sebebiyle özel hayata saygı hakkının, ihaledeki usulsüzlük itirazının reddedilmesinden dolayı satış bedelinin %10'u miktarındaki

genişleten argümanlar ortaya koymaktadır. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Eylül 2019'da Başbakan Boris Johnson'ın Avam Kamarasını tatile sokma kararının iptaline ilişkin kararı ise "mini-maximalism" kategorisinde ele alınmaktadır. Burada Mahkeme, gerekçesini klasik bir çerçeveye sınırlanarak sunmakta ama somut olayda bu gerekçeye dayanarak verdiği karar Mahkeme'nin yetkilerini genişletmektedir. Bkz. Tew, Y. (2020a). "Losing the Battle to Win the War: Judicial Self Empowerment Through Maxi-Minimalism", Int'l J. Const. L. Blog, Oct. 7, 2020, at: <http://www.iconnectblog.com/2020/10/losing-the-battle-to-win-the-war-judicial-self-empowerment-through-maxi-minimalism/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020); Tew, Y. (2020b). "Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court", Int'l J. Const. L. Blog, Dec. 9, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-theunited-kingdom-supreme-court/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

⁴⁹ Bireysel başvurunun objektif etkisi hakkında bkz. Göztepe, E. (1998), *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 17-20.

⁵⁰ Yıldız Eker, B. No: 2015/18872, 22/11/2018.

para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM aile konutuna ilişkin olarak verdiği önceki kararlarında⁵¹ aile konutuna ilişkin haklara mutlak bir üstünlük tanımamış ve devletin farklı menfaatler arasında denge kurması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesiyle mahkemenin itirazları inceleme yetkisinin konu bakımından hazırlık ve satış işlemlerinin usulüne göre yapılıp yapılmadığı hususuyla sınırlandırılmış olduğu belirtilerek aile konutu güvencesinden doğan hakları inceleme yetkisi bulunmadığı tespit edilmiştir⁵². Bunun yanı sıra ihalenin feshine karşı açılan davanın reddi hâlinde ihale bedelinin %10'unun Hazineye irat kaydedilmesinin amacı, icra sürecinin süruncemede bırakılmasını önlemek ve kesinleşmiş alacağın tahsilini hızlandırmaktır⁵³. Mahkeme bu düzenlemenin elverişli bir araç olduğunu tespit ettikten sonra, icra takibinde bulunan ile icra takibini durdurmaya çalışan kişinin çıkarları ve hukuki olanakları bakımından orantılı olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Satılan malın satış bedeli ile icra takibi yapılan borç arasındaki orantısızlık, başvurunun ev kadını olması, mülkün aile konutu olarak manevi değeri vb. hususlar karşısında uygulanan kanun hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımamaktadır⁵⁴.

Somut olaydaki ölçüsüz müdahale de gerçekte doğrudan kanundan kaynaklandığından, AYM bunu şöyle ifade etmiştir:

*"İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlal nedenini ortadan kaldıran yeni bir karar verilmesi, bu mümkün olmadığında ise yeterli bir giderim sağlayan ve somut olayın özelliğine uygun, telafi edici birtakım tedbirlerin alınması gerekmektedir"*⁵⁵.

⁵¹ İlkeler konusunda yerleşik içtihat niteliğinde bkz. *Melahat Karkin*, B. No: 2014/17751, 13/10/2016, §§ 48-57, 65-68.

⁵² *Yıldız Eker*, §§ 40-41.

⁵³ *Yıldız Eker*, § 69.

⁵⁴ *Yıldız Eker*, § 75.

⁵⁵ *Yıldız Eker*, § 83.

Mahkeme'nin 22/11/2018 tarihli bu ihlal kararının da aslında hâkimlere somut olayın koşullarına göre nispi oranda bir para cezası vermesine, ihlalin feshi davasında taraf ehliyetini genişleten, usulden başka itirazların da değerlendirilmesine olanak tanıyacak şekilde 134. maddenin yeniden düzenlenmesi hususunu TBMM'ye sunması gerekirdi. Çünkü mevcut durumda kanun metninde herhangi bir değişiklik yapılmaması, kaçınılmaz olarak bu türden bütün davaların aynı ihlal kararlarıyla sonuçlanmasına neden olacaktır. Yani derece mahkemelerinin yetkilerinde değişiklik yapılmaması, tıpkı Y.T. kararında olduğu gibi yüzlerce ihlal kararının gerekçesini oluşturmaya devam edecektir.

Başvurudaki bir başka ilginç husus, başvurucaının aynı zamanda ihlal kararına dayanak olan normun Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüş ve ihlale neden olan normun iptalini talep etmiş olmasıdır. Ancak Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un 45/3⁵⁶ maddesindeki genel düzenlemeye dayanarak bu talebi reddetmiştir⁵⁷. Oysa burada kanunun yasakladığı "doğrudan başvuru" söz konusu değildir, bireysel başvuruda ileri sürülen "ihlalin dayanağı olan normun" anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla Mahkeme'den en azından dogmatik olarak somut norm denetimi yetkisi olup olmadığını tartışması beklenirdi.

2004 sayılı Kanun'un 134/3 maddesine dayanan bir başka yargı kararına karşı bireysel başvuruda ise Mahkeme, bir davada yetkisizlik kararına itiraz süresi ve davacıya bildirimle ilgili normdan kaynaklanan bir ihlal olduğu sonucuna varmış, normu neredeyse bireysel başvuruyla eş zamanda somut norm denetimi yoluyla iptal etmiş olduğundan yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir⁵⁸. Bu örnekte de açıkça görüldüğü üzere, ihlal kararının gerekçesi işleme dayanak oluşturan normun anayasaya aykırılığından kaynaklanıyorsa Mahkeme'nin normun anayasaya aykırılığını incelemesi usul ekonomisi bakımından kaçınılmaz görünmektedir. Aksi hâlde Mahkeme ya her seferinde TBMM'ye doğrudan çağrı kararı vererek düzenlemenin değiştirilmesini bekleyecek ya da kendi iş yükünü birbirini tekrar eden ihlal gerekçeleriyle

⁵⁶ Madde 45/3: "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

⁵⁷ Yıldız Eker, §§ 44-47. Aynı kanun maddesiyle ilgili bir başka ihlal kararı için bkz. *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı*, B. No: 2016/738, 4/7/2019, §§ 53, 71. Norm denetimi talebinin reddedildiği benzer bir başvuru için bkz. *Devrim Alyüz*, B. No: 2017/40383, 16/9/2020, §§ 40-41.

⁵⁸ *Yusuf Büyükeleş*, B. No: 2016/9878, 6/2/2019, §§ 19, 47, 53-54.

artırarak yargılamanın yenilenmesi kararından sonra davaya yeniden bakmaya başlayan mahkemenin (ilk derece ya da temyiz mercii fark etmeksizin) somut norm denetimi yoluna başvurmasını bekleyecektir. Oysa bireysel başvuru dolayımıyla somut norm denetimini yapmak hem usul ekonomisi bakımından hem de hak ihlallerinin en hızlı şekilde engellenmesini sağlayacağından en etkili çaredir.

2. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve Ölçülülük İlkesi

AYM'nin basın açıklaması da yapılan *Mohamed Kashet ve diğerleri*⁵⁹ başvurusuna ilişkin kararında sadece karşı oylarda TBMM'ye doğrudan çağrı yapılması gerektiği belirtildiği hâlde kanununun kendisinden kaynaklanan yapısal soruna işaret ettiği için bu başlık altında ele alınabilir.

Başvurunun konusu, izin almadan Türkiye'den nakit döviz çıkışı yapmaya teşebbüs edilmesi üzerine Kabahatler Kanunu'na dayanılarak verilen idari para cezasının ölçüsüz olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Suriye uyruklu başvuruçular yaptıkları şirket satışı sonrasında 630 bin ABD doları ve 11.200 TL parayı araçlarıyla yurt dışına çıkarmak isterken Mersin'de yapılan gümrük çıkış kontrolleri sırasında yakalanmıştır. Bulunan paraya savcılık kararıyla el konmuş ve karar Sulh Ceza Hâkimliği tarafından onaylanmıştır. Daha sonra Sulh Ceza Hâkimliği tarafından kaldırılan elkoyma işlemi üstüne savcılık, 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Kanunu'nun 3. maddesine dayanarak kabahat işledikleri gerekçesiyle her bir başvuruçunun 715.196 TL idari para cezası ödemesine karar vermiştir.

Sonuç olarak başvuruçular, ele geçirilen paranın yaklaşık 3,5 katı oranında idari para cezası ödemek zorunda kalırken haklarında herhangi bir ceza soruşturması da açılmamıştır. Mahkeme Heyetinin çoğunluğu, ele geçirilen paranın yaklaşık 3,5 katı oranındaki idari para cezasının başvuruçulara "aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği"⁶⁰ gerekçesiyle mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahalede bulunulduğuna karar vermiştir.

Bu karara yazılan karşı oylarda ise kanundan kaynaklanan yapısal soruna işaret edilerek *Süleyman Başmeydan* başvurusu ile aynı gün

⁵⁹ *Mohamed Kashet ve diğerleri*, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

⁶⁰ *Mohamed Kashet ve diğerleri*, § 64.

karara bağlanan bu başvurunun da TBMM'ye gönderilmesi gerektiğini vurgulanmıştır. Çünkü ihlal aslında yargı organlarının açık bir kanun hükmünü uygulamasından yani ihlal bizzat kanun hükmünün kendisinden kaynaklanmaktadır. Mahkemelerin takdir yetkisi olmayan bir konuda başka davalarda da benzer yönde karar vermek zorunda kalacakları açık olduğundan yasa koyucunun ölçülü müdahale ilkesinin sınırlarını aşan sonuçlar doğuran düzenlemeyi gözden geçirmesi gerekmektedir.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraznamesinin Sanığa Tebliğ Edilmemesinin Yapısal Sorun Niteliğinde Olması

Hacı Karabulut başvurusunda⁶¹ uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûm edilen başvurucunun kararı temyiz aşamasında Yargıtay tarafından bozulmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesi gereği itiraz yoluna başvurmuştur. Ancak Başsavcılığın bu itiraznamesi başvurucuya tebliğ edilmemiştir. Yargıtay Dairesi itirazı kabul ederek bozma kararını kaldırmış ve ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir. AYM kararında itiraznamenin hukuki niteliği ile sonuçları üzerinde durulmuş ve bu esaslı nitelikteki usul işleminin kararı değiştirecek nitelikte olmasından dolayı içeriğinden haberdar olmanın başvurucunun savunma hakkı (çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi) bakımından büyük önem taşıdığı belirtilmiştir⁶².

Bu çalışmanın konusu bakımından önem taşıyan husus, AYM'nin itiraznamenin sanığa tebliğ edilmemiş olmasını münferit bir olay olarak görmeyip yapısal bir uygulama sorunundan kaynaklandığını tespit etmiş olmasıdır. Mahkeme, 5271 sayılı Kanun'da itiraznamenin tebliği konusunda açık bir (kanuni) düzenleme bulunmaması sebebiyle Yargıtay daireleri arasında farklı uygulamaların olduğunu belirttikten sonra hak ihlallerinin önlenmesi için "uygulamanın" gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun amacı da "*bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının bireysel mağduriyetleri gidermenin yanında benzer olaylarda hak ihlallerinin yaşanmasının önlenmesi*"⁶³ olarak ifade edilmiş olup bireysel başvurunun objektif etkisinin güvence altına alınması talep edilmektedir.

⁶¹ *Hacı Karabulut*, B. No: 2017/17871, 9/10/2019.

⁶² *Hacı Karabulut*, § 37.

⁶³ *Hacı Karabulut*, § 49.

AYM her ne kadar itiraznamenin sanığa tebliğ edilmemesi "uygulanmasının" hak ihlallerini önleyecek şekilde Yargıtay Başkanlığı tarafından temin edileceğini düşünse de kararında belirttiği gibi 5271 sayılı Kanun'da da bu hususun açıkça düzenlenmesi yapısal sorunun giderilmesinde etkili olacaktır. Ancak AYM bu kararın gereği için sadece Yargıtay Başkanlığı'na gönderilmesini yeterli bulmuş, yasa koyucuya doğrudan çağrıda bulunmamıştır.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "DOLAYLI ÇAĞRI" KARARLARI

AYM'nin yukarıda incelenen "doğrudan çağrı" kararları yanında "dolaylı çağrı" adını verdiğimiz kararlarında yasa koyucunun harekete geçmesini gerektiren bir durumun varlığı açıkça dile getirilmemektedir. Bu sonuca ancak kararın bütün mantıksal sonuçları analiz edildikten sonra varılabilmektedir. Ancak AYM'nin kararının objektif bir etki doğurabilmesi için gerekli olan işlemlere dair bu sessizliği karara içkin, yasama organına "dolaylı çağrıyı" ortadan kaldırmamaktadır. Kısaca tanımlamak gerekirse "dolaylı çağrı" kararları, AYM'nin doğrudan TBMM'ye çağrıda bulunmasa da ihlal kararının mantıksal sonucu olarak Meclisin ya da yürütmenin harekete geçmesini gerektiren ihlal kararlarıdır. Bu çerçevede pek çok karar ele alınabilecek olmasına rağmen sadece kategorik örnek teşkil etmesi bakımından önce AYM'nin kanunilik şartı gerçekleşmediğinden verdiği bazı ihlal kararları ele alınacak, sonra da idarenin uygulamasından kaynaklanan yapısal sorun nedeniyle verilen ihlal kararlarının ne biçimde objektif etki doğurmasının sağlanabileceği üzerinde durulacaktır. Son olarak da R.G.⁶⁴ kararı örneğinde görüldüğü gibi yargı organı için meslek içi eğitim gerekliliğini ortaya koyan durumlar el alınacaktır.

1. Kanunilik Şartının Gerçekleşmemiş Olması Nedeniyle Verilen İhlal Kararlarının Gerekliliği

AYM'nin Kararlar Bilgi Bankası'nda "ihlal" ve "kanunilik şartını/koşulunu taşımadığı/sağlamadığı" anahtar sözcükleriyle tarama yapıldığında Haziran 2021 itibarıyla toplam 57 karar bulunmaktadır. Verilen ihlal kararlarında saptanan, müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunilik şartını taşımadığı tespiti hukukun pek çok

⁶⁴ R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

alanını ilgilendirmektedir. Güvenlik soruşturması yapılması⁶⁵, kamu görevinden çıkarılan hukukçunun isminin baro levhasından silinmesi⁶⁶, ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan başvuruçuya kardeşi ve avukatından gelen mektupların sakıncalı görülerek verilmemesi⁶⁷, forma reklam gelirinden pay alınması⁶⁸, Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği⁶⁹, bazı bebeklik dönemi aşılarının zorunlu olarak uygulanması⁷⁰, evli kadınların evlilik öncesi soyadlarını kullanamamaları⁷¹, kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idari makamlara açıklanması⁷², avukatlara başörtüsü yasağı uygulanması⁷³ ve daha birçok konuda verilen ihlal kararının gerekçesi, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının koşulu olan şekli ve maddi anlamda kanunla sınırlandırma şartının gerçekleşmemiş olmasıdır.

Bu durumda yasa koyucu hem Anayasa’da öngörülen özel sınırlama nedenlerini kanuni düzenlemelerde somutlaştırmak hem de kanunda düzenlenmiş olan sınırlama nedenlerinin ötesine geçen idari uygulamaları engellemek için gereken önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür. Öğretide, AYM’nin kararlarına daha çok subjektif bir etki atfedilmesi ve aslında yasa koyucunun kararın kapsamlı biçimde icrası için harekete geçmesi gereken durumlarda hareketsiz kalması eleştirilmektedir⁷⁴. Çünkü bu hareketsizlik hem AYM kararlarının gereklerini yerine getirmeme hem de AY madde 13’teki pozitif edimin

⁶⁵ *Abdurrahim Kaya ve diğerleri*, B. No: 2019/12271, 3/12/2020 (aynı konuya ilişkin kırk üç başvuru bu dosyada birleştirilmiştir).

⁶⁶ *Nesrin Demirel*, B. No: 2018/2020, 18/11/2020; *Hatice Özer*, B. No: 2018/37091, 3/12/2020. Aynı konuda verilmiş on ihlal kararı daha mevcuttur.

⁶⁷ *İrfan Kaplan*, B. No: 2017/34518, 23/6/2020.

⁶⁸ *Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği*, B. No: 2017/4483, 13/2/2020.

⁶⁹ *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

⁷⁰ *Halime Sare Aysal*, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.

⁷¹ *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16/4/2015; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç*, B. No: 2013/4439, 6/3/2014. AYM’nin kanunilik şartının sağlanmadığına ilişkin argümanını dayandırdığı “zımni ilga” gerekçesinin eleştirisi için bkz. Ergül, O. (2014). *Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir*, içinde Erdal, M. (Der.), *Yıldırım Uler’e Armağan* (ss. 65-86). Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay.

⁷² *Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29/5/2019; *Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.

⁷³ *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

⁷⁴ *Karan, U. (2018). Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 174 vd. (evli kadınların soyadı ile ilgili olarak yasal düzenleme yapılmamış olması hakkında).

ihlali anlamına gelmektedir. 2020 sonu itibarıyla TBMM'de AYM'nin bu türden kararlarını takip edip gereğini Meclis Başkanlığı'na, siyasi parti gruplarına ya da ihtisas komisyonlarına rapor eden bir birim oluşturulmuş değildir. Dolayısıyla milletvekillerinin TBMM'nin düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmek için harekete geçmesi, tamamen tesadüfi ve kişisel çabalarla sınırlı kalmak zorunda gibi görünmektedir⁷⁵.

2. Cezaevlerinde Süreli Yayınların Denetimi ve Yasakların Ölçülülüğü

AYM'nin verdiği ihlal kararının aslında sonuçsuz kaldığı ve ihlalin kaynağı olarak gösterilen kanun hükmünün düzeltilmesi için ne TBMM'ye "doğrudan çağrı" yapılan ne de idareye izlenmesi gereken uygulama birliği konusunda yol gösterilen kararlardan birisi de cezaevlerindeki tutuklu ya da hükümlülerin satın aldıkları süreli yayınların kendilerine teslim edilmemesine yönelik olan 134 başvurunun birleştirildiği karardır⁷⁶. Sorun kısaca 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. maddesinde⁷⁷ düzenlenen tutuklu ve hükümlülerin süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkının ceza infaz kurumlarının yönetimi ve itiraz mercii olan infaz hâkimliklerinin ağırlıklı olarak hakkı aşırı ve keyfî derecede sınırlandıran kararlarından kaynaklanmaktadır.

Başvurucuların şikâyeti, ücretini ödeyerek abone oldukları ya da satın aldıkları süreli yayınların çeşitli nüshalarının "İnfaz Kurumu Eğitim Kurulları"nın kararları doğrultusunda kendilerine teslim edilmemesinden dolayı ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Başvuruculara teslim edilmeyen süreli yayınların hiçbir

⁷⁵ Başka kurumsal önerilerin de geliştirildiği bir çalışma için bkz. GÖZTEPE, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, s. 93-118.

⁷⁶ *Recep Bekir ve diğerleri*, B. No: 2016/12936, 27/3/2019.

⁷⁷ 5275 sayılı Kanun'un "Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı" kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

"(1) Hükümlü, **mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla** süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.

(2) Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayımlar, hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.

(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez."

hakkında bir mahkeme tarafından verilmiş toplatma ya da elkoyma kararı bulunmamaktadır.

Recep Bekik ve diğerleri başvurusunda AYM, üçlü test kapsamında kanunilik ve meşru amacı tespit edip demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğun incelenmesine yoğunlaşmıştır (aynı kararda bkz. §§ 34-61). Bu kapsamda Mahkeme öncelikle kendi ilkesel kararlarına atıf yaparak⁷⁸ tutuklu ve hükümlülerin yararlanabileceği yayınları ve yararlanma koşullarını kendi içtihadı doğrultusunda kategorize etmiştir. Birleştirilen başvuru dosyalarının incelenmesi sonucunda AYM içtihadındaki ilkelerin kısmen ya da tamamen uygulanmadığı, kararların gerekçelendirilmediği, başvuru sahiplerinin kişisel durumlarına göre norm somutlaştırması yapılmadığı, bu sebeple de “mevcut sistemde bir yeknesaklığın sağlanamadığı” tespit edilmiştir⁷⁹. Bunun sonucunda infaz hâkimliklerinin verdiği birbiriyle uyumsuz kararlara karşı AYM’ye inceleme kapasitesini aşan sayıda başvuru yapılmaktadır.

Mahkeme’ye göre bu konudaki asıl yetkili ve görevli makam, ceza infaz kurumu idareleri, sonrasında ise verilen kararlara itirazları değerlendiren infaz hâkimlikleridir. Ancak bu sorumluluk silsilesi içinde “keyfiliği engelleyecek, aynı hukuki durumda bulunanlara aynı uygulamanın yapılmasını sağlayacak, açık, yol gösterici ve istikrarlı idari uygulamaları garanti edecek bir mekanizmanın bulunmadığı” kanaatine varılmıştır. İdari faaliyetlerin belirliliği ilkesine de aykırılık teşkil eden bu durum karşısında Mahkeme “farklı uygulamaların doğmasını engelleme potansiyeline sahip bir mekanizmanın kurulması gerektiğine” karar vermiştir⁸⁰. Ancak Mahkeme’nin yerleşik içtihadına rağmen süreli yayınlar konusunda yeknesak bir uygulama sağlanamamış olması “uygulamadan kaynaklanan yapısal bir soruna” işaret etmektedir. Mahkeme somut bir muhataba (yasama ya da idare) çağrıda bulunmaksızın uygulamadan kaynaklanan yapısal sorunların yarattığı durumun başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁸¹.

⁷⁸ *İbrahim Kaptan* (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018; *Diyadin Akdemir*, B. No: 2015/9562, 4/4/2018; *Eşref Arslan*, B. No: 2014/14655, 18/7/2018; *Halil Özhan Koral*, B. No: 2017/18895, 9/1/2019; *Sinan İyit* (2), B. No: 2013/1495, 30/11/2017; *Halil Bayık*, B. No: 2014/20002, 30/11/2017; *Cengiz Nergiz*, B. No: 2015/2866, 18/4/2018.

⁷⁹ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 49-50.

⁸⁰ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 54-57.

⁸¹ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 59-60.

Mahkeme'nin verdiği ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda seçtiği araçlar ilginçtir. AYM yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görmezken başvurularda sadece 500 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Yanıtsız bırakılan en önemli husus ise başvuru sahiplerinin infaz kurumu tarafından el konulan süreli yayınlara erişimlerinin bu ihlal kararından sonra sağlanıp sağlanmayacağı ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması için hangi kurum ve organın yükümlü kılındığıdır. Eğer tutuklu ve hükümlülere uygulanan kısıtlamalar AYM'nin ilkelerini açıkça ortaya koymasından ve yeknesaklığın sağlanması yükümlülüğünün açıkça belirtilmesinden sonra aynen devam edecek olursa, kararın gereklerinin yerine getirilmemesinden dolayı ikinci bir ihlal kararı verilmesi olasıdır⁸². Bunun da ötesinde yasa koyucunun 5275 sayılı Kanun'da düzenlediği sınırlama nedenlerini tüketici şekilde sayması ve bu sayılan hususlar dışında idareye bir takdir yetkisi bırakmaması da üzerinde düşünülebilecek bir başka çözüm olabilir.

3. Yapısal Sorunların Giderilmesi ve Adalet Bakanlığı'nın Hâkim ve Savcılara Eğitim Vermesi Gerekliliği

Bireysel başvuru hakkının kabul edildiği devletlerde bütün derecelerdeki yargı organları, yargı kararlarına karşı gidilen bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi hâlinde içtihadını gözden geçirme, daha sonra vereceği kararlarda benzer bir ihlalin gerçekleşmemesi için yapılması gereken değişiklikleri saptama yükümlülüğündedir. Bazı hâllerde ise Adalet Bakanlığı'nın yargı sisteminin yapısal sorunlarına çare bulmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin Kararlar Bilgi Bankası'nda "Kızıltepe", "adil yargılanma" ve "ihlal" anahtar sözcükleriyle yapılan taramada Haziran 2021 sonu itibarıyla 198 ihlal kararı bulunmaktadır. İhlal kararlarının neredeyse tamamının makul sürede yargılanma hakkından kaynakladığı dikkate alındığında Adalet Bakanlığı'nın Kızıltepe mahkemelerinde hâkim sayısının artırılmasından başlayarak bir dizi yapısal önlem alması gerektiği ortadadır. Eğer mahkemelerin karar vermesinin bu denli uzaması güvenlik sebeplerinden kaynaklanıyorsa yine Adalet Bakanlığının İçişleri Bakanlığı başta olmak üzere diğer idari makamlarla iş birliği

⁸² Bkz. *Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

içinde yapısal çözümler üretmesi gerekir. Aksi hâlde AYM'nin önüne gelecek ihlal kararlarının artması dışında bireysel başvurunun sistemsel ve objektif bir etkisinden bahsedilemeyecektir.

Bu başlık altında son olarak yasal mevzuatın somutlaştırılmasının yanı sıra hâkim ve savcılarının meslek içi eğitimlerinin gerekliliğini ortaya koyan R.G. başvurusu⁸³ ele alınacaktır. Bütün sürecin yaklaşık iki buçuk yıla yayıldığı ve Kafkaesk bir yargılamayı anıştıran bu başvuru, yürütme ve yasama organının acilen harekete geçmesini gerektiren hususları bütün açıklığıyla ortaya koyduğundan gebeliğin sonlandırılması gibi zamana karşı yarışılan bir konuda kurumların zamanı nasıl çarçur ettiğini gösterdiği için olayların gelişim aşamalarının ayrıntılı şekilde anlatılması önem taşımaktadır.

Olayların geçtiği tarihte on sekiz yaşından küçük olan başvuru 15/5/2017 tarihinde bir devlet hastanesinde yapılan muayene sonucunda on hafta üç günlük gebe olduğunu öğrenmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirilen durumda ebeveynler kızlarını istismar edenlerden hem şikâyetçi olmuş hem de kollukta verdikleri ifadelerinde gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Başsavcılık, Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi'ne (ŞÖNİM) teslim edilen başvuru ile ilgili olarak kürtaj öncesi Başsavcılığa bilgi verilmesi ve DNA örnekleri alınmadan işleme başlanmaması yönünde bildirimde bulunmuştur. Başsavcılığın bu yazısıyla aynı tarihte başvuru ebeveyni, Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunarak TCK madde 99/6⁸⁴ kapsamında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesini talep etmiştir.

Sulh Ceza Hâkimliği talebi “usulden” reddetmiş ve Başsavcılık tarafından soruşturma yürütüldüğünden gebeliğin sonlandırılması talebinin bu makam tarafından yapılması gerektiğini, ebeveynin başvuruda bulunma hakkının bulunmadığını belirtmiştir. Anne ve baba aynı tarihte Hâkimliğin kararını gerekçe göstererek Başsavcılığın talepte bulunmasını istemiştir. Başsavcılık ise taleplerin takdir ve ifası için Hâkimliğin karar vermesi gerektiğini belirterek soruşturma dosyasını Hâkimliğe yollamıştır. Başsavcılığın bu talebi Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

⁸³ R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

⁸⁴ “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

Mahkeme ret kararında özetle şu hususları vurgulamıştır:

- Başsavcılığın soruşturma dosyasında, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan gebeliğin sonlandırılması ve tıbbi müdahaleye ilişkin olarak başvurusunun talep ya da rızasına ilişkin bir bilgi yoktur.
- 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, on haftayı geçmiş olan gebeliğin başvuru açısından hayati tehlike ile fiziksel ya da ruhsal zarar oluşturup oluşturmadığına ilişkin sağlık raporu alınmamıştır.
- Bu eksikler giderilmeden gebeliğin sonlandırılması hâlinde ceninin yaşam hakkı ihlal edilecektir.
- TCK madde 99/6'ya göre gebe kadının bir suçun mağduru olması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu madde kapsamında olan bir suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği "açık ve belirli değil"dir.

Başsavcılığın tekrar Sulh Ceza Hâkimliği'ne yaptığı başvuru, aynı gerekçelerin yanı sıra başvuru ile ebeveynlerinin dilekçelerinin farklı tarihli olduğu, birlikte müracaat etmedikleri gerekçesini de içermektedir.

Başsavcılık bu ret kararından sonra yerel üniversitenin Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı'ndan alınan ve başvurusunun fiziki ve ruhsal durumundan dolayı gebeliğinin sonlandırılmasının hem anne hem de cenin için yararlı olacağı yönündeki raporu ve başvuru ile ebeveynlerinin birlikte yazdıkları talep dilekçesini de ekleyerek tekrar Hâkimliğe başvurmuştur. Talep, "*adli tıp raporunun yeterince ayrıntılı olmadığı*" gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz başvurusu, itiraz mercii olan Sulh Ceza Hâkimliği tarafından, 2827 sayılı Kanunda geçen "*sulh hâkimi*" ibaresinin sulh "hukuk" hâkimini ifade ettiği, çekişmesiz yargı niteliğindeki bu talebin, "*mevzuatta sulh ceza hâkimliğinin görevli olduğuna dair bir düzenleme bulunmadığından sulh hukuk mahkemesine yöneltilmesi gerektiği*" gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurulan sulh hukuk mahkemesi ise görevsizlik nedeniyle talebin reddine ve dosyanın tekrar Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar vermiştir. Baştaki her aşamada değişik gerekçelerle Başsavcılığın taleplerini reddeden Mahkeme, daha önce aynı konuda karar verildiği ve

kararın kesinleştiği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir⁸⁵.

Yukarıda açıklanan hukuk girdabı sürerken başvuru 11/12/2017 tarihinde doğum yapmıştır. Vekilinin başvurusu üzerine kanun yararına bozma yoluna gidilmiş ve Yargıtay lehe verdiği kararında esasen 5395 sayılı Kanun'un 5/1 d maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bireysel başvuru aşamasında ise AYM'nin Sağlık Bakanlığı'nın Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünden aldığı bilgiye göre, *"5237 sayılı Kanun'un 99/6 maddesinde gebeliklerin sonlandırılması ile ilgili hususları açıklığa kavuşturacak bir düzenleme bulunmamaktadır"*⁸⁶.

AYM verdiği ihlal kararında, uygulanacak mevzuatı açık şekilde ortaya koymuş; birbirini tamamlayıcı nitelikteki farklı norm kaynaklarını ilişkilendirmiştir⁸⁷. Ancak verilen bu önemli kararın gelecekteki muhtemel ihlalleri önlemesi için hem Adalet Bakanlığı'nın meslek içi eğitimlerle hâkim ve savcılarının bir uyuşmazlığa uygulanacak normu bulma konusunda pratik şekilde eğitilmeleri, Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir iş akış planı hazırlanmasının sağlanması ve nihayetinde yasama organı tarafından değişik normların kuşku ve itiraza meydan vermeyecek şekilde somutlaştırılması için yasama organına çağrıda bulunulması, kararın amacına ulaşmasını sağlamadaki etkili araçlar olabilirdi. Bunun da ötesinde tıpkı AYM'nin bireysel başvuru incelemesi aşamasında yaptığı gibi ilgili kurum ya da makamlardan doğrudan bilgi alma pratiğinin yargı organı mensupları bakımından geliştirilmesi de etkili karar alma mekanizmasını destekleyici bir araç olarak düşünülebilir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkı kapsamında son sekiz yılda verdiği karar sayısının çokluğu ve kararlara esas mevzuatın çeşitliliği yeni karar tür ve türevlerini de kaçınılmaz şekilde dayatmaktadır. Bu durum aslında kurumsal bir öğrenme sürecine ve anayasa yargısının işlevine içkin bir durumdur. Türk hukuk öğretisinde sıkça yapıldığı üzere yargının kendini sınırlaması (*judicial self-restraint*)

⁸⁵ R.G., §§ 10-31.

⁸⁶ R.G., § 37.

⁸⁷ R.G., §§ 90-91.

ya da yargısal aktivizm tartışmasının başlatılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi, peş peşe ve aynı konuda verdiği birçok ihlal kararından sonra kanundan kaynaklanan yapısal sorunların yani uygulayıcıların Anayasa'ya uygun yorum yaparak ya da takdir yetkisini kullanarak başka türlü bir sonuca ulaşma şanslarının olmadığı durumlarda kanunun değiştirilmesi için TBMM'ye çağrı yaptığı bir karar türü geliştirmiştir. Kanundan değil ama uygulamadan doğan yapısal sorunların giderilmesi için de sorumlu kurumlara "dolaylı çağrı" olarak nitelendirilebilecek yön gösterici kararlar, Mahkeme'nin Bilgi Bankası'nda giderek artmaktadır.

Mesele, sistematik hak ihlallerini gelecekte önlemeye yönelik bu karar biçiminin kendisinde değil, kararın muhataplarıyla ilişkilerin kurumsallaştırılması ve hızlı bir bilgi akışı sağlanması konusunda düğümlenmektedir. Merkezîleşmiş anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin sistemsel etkisini ve rolünü tek bir işleve indirgemeyen, mahkemelere holistik bir kurum olarak bakan yaratıcı yaklaşımlar mevcuttur. Bir devletin anayasal ve siyasal sisteminin gelişmişliğine bağlı olarak anayasa mahkemeleri siyasal karar alma süreçlerine eşlik eden bir danışman (*tutor*), temel hak ve özgürlükleri koruyan bir bekçi, demokratik iletişimin sağlanmasında aracı bir kurum⁸⁸ olarak görev yapabilir. O hâlde AYM'nin görev ve yetkisi sadece düzeltici şekilde hak ihlallerini tespit edip onarıcı adaleti sağlamaya çalışmakla sınırlı olamaz. Mahkeme aynı zamanda mevcut deneyimlerini, önleyici bir adalet anlayışını gerçekleştirecek şekilde gelecekteki hak ihlallerini önlemek için de kullanmak zorundadır. "Doğrudan" ve "dolaylı çağrı kararı" adını verdiğimiz kararlar tam da bu göreve ilişkin olup bireysel başvurunun sekizinci yılında kaçınılmaz şekilde ortaya çıkmıştır.

Karan'ın AYM kararlarının icrası konusundaki kapsamlı çalışmasında kararların icrası konusunda pek çok yapısal öneri getirilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 29/2 maddesi kapsamında Genel Sekreterliğe bağlı bir izleme birimi kurulması bunlar arasındaki en etkili araçlardan birisi

⁸⁸ Volkman, U. (2013). Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, içinde Bäuerle, Michael, Dann, Philipp, Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 124 vd.; Volkman, U. (2013). *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck s. 167 vd.

olarak görünmektedir⁸⁹. Bunun yanında öncelikle TBMM, bunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı'nda ve her bir bakanlığın merkez birimlerinde bir "Anayasa İzleme Birimi"nin kurulması ve bunların koordine edilmesi, kurumların kendilerine verilen ödev ve yetkileri etkili şekilde kullanmasına olanak tanıyacaktı. "Çağrı kararı" kavramının mucidi eski FAYM yargıcı Wiltraut Rupp-von Brünneck'in en basit neden olarak ileri sürdüğü usul ekonomisi⁹⁰ de hiç kuşkusuz anayasa yargısının işlevselliği bakımından güçlü bir argüman olmaya devam etmektedir.

⁸⁹ Karan, U. (2018). s. 260 vd.

⁹⁰ Rupp-v. Brünneck, W. (1970). s. 367, 377.

KAYNAKÇA

- BENDA, Ernst, KLEIN, Eckart, KLEIN, Oliver (2012). *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller.
- DREIER, Horst (Hrsg.) (2013). *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ERGÜL, Ozan (2014). Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir, içinde Erdal, Muhammed (Der.), *Yıldırım Uler'e Armağan* ss. (65-86), Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014.
- GÖZTEPE, Ece (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- GÖZTEPE, Ece (1999). "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, ss. 101-131.
- GÖZTEPE, Ece (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, 2011, ss. 13-40.
- GÖZTEPE, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 93-118.
- HILLGRUBER, Christian/Goos, Christoph (2015). *Verfassungsprozessrecht*, 4. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası. Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KLEIN, Eckart (1983). *Verfassungsprozessrecht – Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, ss. 412-444; 561-624.
- KREUTZBERGER, Sonja (2007). *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.

- MAUNZ, Theodor., SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, KLEIN, Franz, BETHGE, Herbert u.a. (2020). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München: C.H.Beck, 60. Ergänzungslieferung.
- RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut (1970). "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", içinde Ritterspach, Theodor, Geiger, Willi (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller* (355-378), Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHERZBERG, Arno (2009). Individualverfassungsbeschwerde (§ 13), içinde Ehlers, Dirk, Schoch, Friedrich (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (ss. 273-342), München: C.H.Beck.
- SCHLAICH, Klaus, KORIOH, Stefan (2018). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. Auflage, München: C.H.Beck.
- SCHULTE, Marin (1988). Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsches Verwaltungsblatt*, ss. 1200-1206.
- SIMON, Sven (2016). *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- STARCK, Christian (2009). Auslegung und Fortbildung der Verfassung und des Verfassungsprozessgesetzes durch das Verfassungsgericht, içinde Starck, Christian, *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung* (ss. 153-166), Tübingen: Mohr Siebeck.
- STARCK, Christian (2009). Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, içinde Starck, Christian, *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung* (ss. 107-152), Tübingen: Mohr Siebeck.
- TEW, Yvonne (2020a), "Losing the Battle to Win the War: Judicial Self Empowerment Through Maxi-Minimalism", *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct. 7, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/10/losing-the-battle-to-win-the-war-judicial-self-empowerment-through-maxi-minimalism/> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- TEW, Yvonne (2020b), "Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court", *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 9, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-theunited-kingdom-supreme-court/> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- UMBACH, Dieter C., CLEMENS, Thomas, DOLLINGER, Franz-Wilhelm (Hrsg.) (2005). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller.

- VOLKMANN, Uwe (2013a). Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, içinde Bäuerle, Michael, Dann, Philipp, Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag* (ss. 118-138), Tübingen: Mohr Siebeck.
- VOLKMANN, Uwe (2013b). *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- YANG, Tzu-hui (2002). *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017.
- Abdurrahim Kaya ve diğerleri, B. No: 2019/12271, 3/12/2020.
- Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.
- Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.
- Cengiz Nergiz, B. No: 2015/2866, 18/4/2018.
- Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı, B. No: 2016/738, 4/7/2019.
- Devrim Alyüz, B. No: 2017/40383, 16/9/2020.
- Diyadin Akdemir, B. No: 2015/9562, 4/4/2018.
- Eşref Arslan, B. No: 2014/14655, 18/7/2018.
- Fatih Saraman, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.
- Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği, B. No: 2017/4483, 13/2/2020.
- Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.
- Hacı Karabulut, B. No: 2017/17871, 9/10/2019.
- Halil Bayık, B. No: 2014/20002, 30/11/2017.
- Halil Özhan Koral, B. No: 2017/18895, 9/1/2019.
- Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.
- Hatice Özer, B. No: 2018/37091, 3/12/2020.
- İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018.
- İrfan Kaplan, B. No: 2017/34518, 23/6/2020.

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan, B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

Melahat Karkin, B. No: 2014/17751, 13/10/2016.

Mohamed Kashet ve diğerleri, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

Nesrin Demirel, B. No: 2018/2020, 18/11/2020.

R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

Recep Bekik ve diğerleri, B. No: 2016/12936, 27/3/2019.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

Sinan İyit (2), B. No: 2013/1495, 30/11/2017.

Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019.

Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019.

Y.T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.

Yıldız Eker, B. No: 2015/18872, 22/11/2018.

Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

Yusuf Büyükcelep, B. No: 2016/9878, 6/2/2019.

