

T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ

ANAYASA HUKUKUNDAKİ  
GELİŞMELERİN IŞIĞINDA  
KAMU HUKUKU  
SEMPOZYUMU

30-31 TEMMUZ 2021

EDİTÖRLER

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

Dr. Öğr. Üyesi Gonca KURU

Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU

İSTANBUL 2022



maltepe üniversitesi yayınları

**T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ**

**ANAYASA HUKUKUNDAKİ GELİŞMELERİN IŞIĞINDA  
KAMU HUKUKU SEMPOZYUMU  
(30-31 TEMMUZ 2021)**

**EDİTÖRLER**

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ  
Dr. Öğr. Üyesi Gonca KURU  
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU

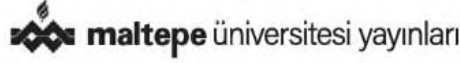
İstanbul-2022

**ANAYASA HUKUKUNDAKİ GELİŞMELERİN IŞIĞINDA  
KAMU HUKUKU SEMPOZYUMU  
(30-31 Temmuz 2021)**



Copyright © T.C. Maltepe Üniversitesi - İstanbul 2022

Bu kitabın tüm hakları T.C. Maltepe Üniversitesine aittir.  
Kaynak gösterilmeksizin kısmen veya tamamen alıntı yapılamaz, hiçbir yöntemle kopya edilemez,  
çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.



**Editörler:**

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

Dr. Öğr. Üyesi Gonca KURU

Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU

**Yayına Hazırlayan:**

Mustafa SERİN

**Kapak Tasarımı:**

Mehmet Bahadır PAÇACIOĞLU

**İletişim Adresi:**

T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Marmara Eğitim Köyü 34857 Maltepe/İstanbul

Tel: +90 0216 626 10 50

Fax: +90 0216 626 10 70

**Basım Yılı:**

Mart-2022

**e-ISBN:** 978-605-2124-55-0

**Yayıncı:** T.C. Maltepe Üniversitesi

**Yayıncı Sertifika Numarası:** 47419

E-kitap olarak güncellenmiş hali Nisan 2022 itibarıyla aşağıdaki adreste yayınlanmıştır.

<http://openaccess.maltepe.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12415/8196>

## **SEMPOZYUM BİLİM KURULU**

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Prof. Dr. Devrim ULUCAN, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Prof. Dr. Dilek YILMAZCAN, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Prof. Dr. Yusuf AKSAR, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Doç. Dr. Yıldray SAK, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR, Marmara Üniversitesi, İstanbul  
Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep KARAER GÜÇLÜ, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Mete TEVETOĞLU, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Melda KÖSE, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Bahadır APAYDIN, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Hulusi Alphan DİNÇKOL, Maltepe Üniversitesi, İstanbul

## **SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU**

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Doç. Dr. Yıldray SAK, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep KARAER GÜÇLÜ, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Mete TEVETOĞLU, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Hulusi Alphan DİNÇKOL, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Dr. Öğr. Üyesi Gonca KURU, Maltepe Üniversitesi, İstanbul  
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU, Maltepe Üniversitesi, İstanbul

## **SUNUŞ**

Günümüzde yaşanan değişim ve gelişmeler hukuk alanında sürekli sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

Anayasa ve diğer birçok temel yasalarda gerçekleştirilen değişiklikler ve bunların yorumu ile ilgili yargı içtihatlarının ele alınması, uluslararası hukuktaki gelişmeler ışığında değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Hukukçuların görevi, bu sorunlara çözüm üretmek, ülke ve insanımızın yararına olacak katkılarda bulunmaktır.

Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu bu düşüncelerle gerçekleştirilmiştir.

Sempozyumda sunulan tebliğlerden bir kısmı tam metin haline getirilerek yayınlanmak üzere gönderilmiş, gönderilen tam metinler yazarlarının talebi doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilerek veya geçirilmeksizin yayına hazırlanarak sempozyum tam metin kitabı oluşturulmuştur.

Sempozyumun organizasyonu ve gerçekleştirilmesine destek veren, emeği geçen herkese teşekkür ederken, bu kitabın ilgililere yararlı olmasını dilerim.

Saygılarımla.

**Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ**

T.C. Maltepe Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dekanı

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

## İÇİNDEKİLER

### **ANAYASAL GÜVENCELER TEMELİNDE COVID 19 SALGINI DÖNEMİNDE ACİL SAĞLIK HİZMETLERİ**

Emergency Health Services in the Period of the Covid 19 Epidemic on the Basis of Constitutional Guarantees

*Dr. Öğr. Üyesi Babadır APAYDIN*..... 7

### **ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 2020/35 ESAS 2021/26 KARAR SAYILI VE 31.3.2021 TARİHLİ KARARININ YARGI YETKİSİNİN BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMELER TARAFINDAN KULLANILMASI VE HÂKİMİN VİCDANİ KANAATİNE GÖRE HÜKÜM VERMESİ İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Evaluation of the Constitutional Court's Decision No. 2020/35, 2021/26 and Dated 31.3.2021 in Terms of the Principles of the Use of Jurisdiction by Independent and Impartial Courts and the Judge's Judgment Based on His Conscientious Opinion

*Dr. Öğr. Üyesi Özge APİŞ*..... 19

### **COVID-19 TEDBİRLERİ KAPSAMINDA UYGULANAN MASKE TAKMA ZORUNLULUĞUNUN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

The Obligation to Wear a Mask Implemented in the Scope of COVID-19 Measures Evaluation within the Limitation of Fundamental Rights and Freedoms Regime

*Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BAĞRILAÇIK*..... 33

### **CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN 3. YIL DÖNÜMÜNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN KANUN-CBK İLİŞKİSİNE YAKLAŞIMI**

The Constitutional Court's Approach to the Law-Presidential Decree Relationship in the 3rd Anniversary of the Presidential System of Government

*Mehmet Emre CAN*..... 41

### **HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN ENGELLENMESİNİN TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Assesment of Preventing the Freedom to Claim Rights within the Framework of Turkish Penal Code

*Dr. Öğr. Gör. İsmail ÇINAR*..... 55

### **2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN BÜTÇE VE KESİN HESAP KANUNLARI BAKIMINDAN GETİRDİKLERİ**

Impacts of the 2017 Constitutional Amendment on Budget and Final Account Laws

*Arş. Gör. Hasan Basri ÇİFCİ*..... 74

## **YERLEŞİK YETKİ DEVRİ REJİMİNDEN AYRILAN YÖNLERİYLE CUMHURBAŞKANININ YETKİ DEVRİ USULÜ**

The President's Delegation of Authority Procedure with Departing Aspects from Established Regime

*Arş. Gör. Talha ERDOĞMUŞ*..... 93

## **ÇAĞDAŞ HUKUK DÜŞÜNCESİNDE MADDİ-ŞEKLİ HUKUK DEVLETİ AYRIMI**

Distinction Between Substantive Theory of Rule of Law and Formal Theory of Rule of Law in Contemporary Jurisprudence

*Dr. Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN*..... 110

## **İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN ÜLKE DIŞI UYGULAMASI**

Extraterritorial Application of European Convention on Human Rights

*Doç. Dr. Yıldırım SAK*..... 119

## **KAMUSALLIK, KAMUSAL ALAN VE İNTERNET**

Publicness, Public Sphere and the Internet

*Dr. Öğr. Üyesi A. Ash ŞİMŞEK ÖNER*..... 133

## **CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN İŞLENEN FİİLİN HAKSIZLIK İÇERİĞİNİN AZLIĞI**

The Lack of Unjustness of the Committed Act In terms of Criminal Procedure Law

*Dr. Öğr. Üyesi Zabit YILMAZ*..... 157

## **BÖLÜNMÜŞ BİR MAHKEMENİN ANALİZİ: ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİNDE AZINLIK-ÇOĞUNLUK DENGESİNDEN BİR KESİT**

Analysis of a Divided Court: A Section from the Minority-Majority Balance in the Norm Review of the Constitutional Court

*Dr. Öğr. Üyesi Serkan YOLCU*..... 173

## **2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN KAMU PERSONEL HUKUKUNA BAZI YANSIMALARI (GÜNCEL ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADİ VE UYGULAMADAN HAREKETLE BİR İNCELEME)**

Some Reflections of 2017 Constitutional Amendment on Public Personnel Law (A Review Based on Constitutional Court's Current Case Law and Practice)

*Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU*..... 188

## **TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN OLAĞANÜSTÜ HAL YÖNETİMİNİ DENETİMİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ**

Strengthening the Oversight of Grand National Assembly of Turkey over State of Emergency

*Dr. Öğr. Üyesi İsmail YÜKSEL*..... 236

## ANAYASAL GÜVENCELER TEMELİNDE COVID 19 SALGINI DÖNEMİNDE ACİL SAĞLIK HİZMETLERİ

### Emergency Health Services in the Period of the Covid 19 Epidemic on the Basis of Constitutional Guarantees

Dr. Öğr. Üyesi Bahadır APAYDIN\*

#### Özet

İdare, COVID 19 salgını döneminde de sağlık hizmetleri alanında uygulamada ortaya çıkan yeni birtakım sorunlara yönelik hızlıca birtakım tedbirler alma ve başta Sağlık Uygulama Tebliği olmak üzere ek düzenlemeler veya değişiklikler yapma yoluna gitmiştir. Salgın hastalığın yarattığı yaşamsal tehdidin boyutu, anayasal ve sair mevzuat kapsamında sağlanan güvencelerin acil sağlık hizmetlerine erişim hakkı bakımından önemini ulusal ve uluslararası boyutta artırmıştır.

Ulusal ve uluslararası mevzuat ile korunan sağlık hakkına erişimin temel ayaklarından biri yukarıda değinildiği üzere “Acil Sağlık Hizmetleri”dir. Anayasal güvenceler bağlamında acil sağlık hizmetlerine erişimin sağlık hakkı yanında, “sosyal güvenlik hakkı” ve “yaşam hakkı” gibi boyutları bulunmaktadır. COVID 19 Salgını döneminde acil sağlık hizmetlerine ücretsiz erişimde bazı sorunlar yaşanmıştır. Diğer yandan idarenin, salgın döneminde zuhur eden bu sorunlara karşı etkili ve ivedi çözümler üretme kabiliyeti olduğu da ortaya çıkmıştır. Bu minvalde, salgın hastalıklar kapsamında acil sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlanmaya dair güncel sorunlar ve gelişmeler tarafımızca idare hukuku cephesinden değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Acil Sağlık Hizmeti, Sağlık Hakkı, Sosyal Güvenlik Hakkı, Yaşam Hakkı, Salgın Hastalık.

#### Abstract

During the COVID 19 epidemic, the Administration took some measures quickly for some new problems that emerged in the field of health-care services and made additional regulations or changes, especially the Health Implementation Communiqué. The size of the vital threat posed by the epidemic has increased the importance of the guarantees provided under the constitutional and other legislation in terms of the right to access emergency health services, both nationally and internationally.

As mentioned above, one of the main pillars of accessing the right to health, which is protected by national and international legislation, is the "Emergency Health Services" in case of emergency. In the context of constitutional guarantees, access to emergency health services has dimensions such as “right to social security” and “right to life”, as well as the right to health. During the COVID 19 Pandemic, there were some problems in free access to emergency health services. On the other hand, it has also been revealed that the administration has the ability to produce effective and urgent solutions against these problems that emerged during the epidemic period. In this respect, current problems and developments regarding free use

---

\* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, [bahadirapaydin@maltepe.edu.tr](mailto:bahadirapaydin@maltepe.edu.tr), Orcid: 0000-0002-1147-5824.



of emergency health services within the scope of epidemics will be evaluated by us from the perspective of administrative law.

**Keywords:** Emergency Health Service, Right to Health, Right to Social Security, Right to Life, Epidemic.

## GİRİŞ

Sağlık kamu hizmeti ulusal ölçekte planlanan temel bir kamu hizmeti alanı olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde devletin temel niteliklerinden birinin sosyal devlet anlayışı olması idarenin, sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişinde etkin rol almasını gerektirir. Sağlık kamu hizmetleri; insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması için yapılan tıbbi faaliyetler bütünü olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Devlet, sağlık kamu hizmeti yükümlülüğünü doğrudan kendisi ya da özel hukuk kişileri vasıtasıyla yerine getirmektedir. Bu nedenle özel sağlık hizmeti sunucularının faaliyetleri yakından takip edilmekte ve kolluk denetimi yapılmaktadır.

Ulusal ve uluslararası mevzuat ile korunan sağlık hakkına erişimin temel unsurlarından biri “Acil Sağlık Hizmetleri”dir. Anayasal güvenceler bağlamında acil sağlık hizmetlerine erişimin “sağlık hakkı” yanında, “sosyal güvenlik hakkı” ve “yaşam hakkı” gibi boyutları bulunmaktadır.

11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından COVID 19 virüsünden kaynaklı hastalık, pandemi ilan edilmiştir<sup>2</sup>. Bilindiği üzere aynı tarih ülkemizde de ilk vakanın görüldüğü tarih olarak duyurulmuştur<sup>3</sup>. Bu kapsamda sağlık kamu hizmeti alanında çeşitli tedbirler alındığı gibi ekonomik, idari ve hukuki alanda da bir dizi kararlar ve tedbirler alınmıştır. Ancak sağlık hizmetleri alanında uygulamada ortaya çıkan birtakım sorunlar, alınan tedbirlerin etkinliğini azaltmıştır. Bilhassa özel sağlık kuruluşlarının acil servislerine salgın kapsamında yapılan başvurulara dair şikayetler olmuştur.

COVID 19 hastalığı ve genel olarak salgın hastalıklar, tıbbi açıdan yeni bir öğrenme sürecini tetiklerken, idari ve hukuki düzeyde de yeni bir öğrenme ve uygulama sürecini gündeme getirmiştir. Yaşam hakkı, sağlık hakkı ve güvenlik hakkı<sup>4</sup> boyutu birlikte değerlendirildiğinde, konunun idarenin faaliyetleri bakımından hem kamu hizmeti hem de kolluk yönü bulunmaktadır<sup>5</sup>.

COVID 19 salgını döneminde yaşanan sorunların başında acil sağlık hizmetlerine ücretsiz erişim konusu bulunmaktadır. Diğer yandan idarenin, salgın döneminde zuhur eden bu sorunlara karşı etkili ve ivedi çözümler üretme kabiliyeti olduğu da ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan gelecekte

<sup>1</sup> Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (md. 2).

<sup>2</sup> “General's opening remarks at the media briefing on COVID-19”, <https://www.who.int>, (erişim tarihi 29.11.2020)

<sup>3</sup> Esasen bu tarihi ülkemizde ilk vakanın görüldüğü değil, tespit edildiği tarih olarak zikretmek gerekir. Zira sonraki araştırmalar bu tarihi tartışmalı kılmıştır. <https://www.haberturk.com/saglik-bakani-fahrettin-koca-dan-dr-suayip-birincinin-makalesiyle-ilgili-aciklama-> (erişim tarihi 29.11.2020)

<sup>4</sup> Covid 19'un salgın hastalık olduğu dikkate alındığında kamu düzeni bakımından idarenin kolluk tedbirleri öne çıkmaktadır. AİHM, hastalık taşıyan kişilerin tutulması tedbirinde bu kişilerin tıbbî tedavi görüp görmedikleri veya sosyal politikanın bir gereği olarak tutulup tutulmadıklarını sorgulamaktadır. Mahkeme bu hususta katı bir “gereklik” incelemesi yapmaktadır. Buna göre iki sorunun cevabı aranmaktadır: Birincisi bulaşıcı hastalığın yayılması kamu sağlığı veya güvenliği için tehlike oluşturuyor mu? İkincisi daha hafif tedbirler ile de kamu yararı sağlanabilir miydi? Mahkeme salgın hastalığın toplum için tehlike oluşturacak boyutta, yani genel sağlığı tehdit ediyor olması şartını aramaktadır. İlgili kararlar ve daha detaylı açıklamalar için bkz. Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, Ankara, 2018, s. 34, 36, 38, 123-125.

<sup>5</sup> Hüseyin Melih Çakır, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 87-93.

benzeri salgınlara karşı Türkiye’de acil sağlık hizmetlerine erişim konusunda başka hangi önlemler alınabileceğini tartışmak yerinde olacaktır. Ayrıca ülkemizdeki olumlu çalışma ve uygulamaların diğer ülkelere aktarılması ülkemiz adına insanlığa önemli bir katkı sayılacaktır. Bu minvalde, salgın hastalık döneminde anayasal güvence altındaki acil sağlık hizmetlerinden yararlanmaya dair güncel sorunlar ve gelişmeler idare hukuku cephesinden değerlendirilecektir.

## I. SAĞLIK KAMU HİZMETİ VE ACİL SAĞLIK HİZMETİ

Sağlık hizmetleri; uluslararası ve anayasal güvencelere sahip, tekelsiz yürütülen, geleneksel bir milli kamu hizmetidir<sup>6</sup>. Sağlık kamu hizmetine ilişkin açık düzenleme 1982 Anayasası’nın “*sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması*” başlıklı 56. maddesinde yer almaktadır. Buna göre herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet bu ödevi yerine getirmek için sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp, hizmeti düzenleyebilir.

Sağlık kamu hizmeti kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kurumlarından yararlanarak yerine getirilmektedir. Nitekim Sağlık Bakanlığı’nın salgın hastalık döneminde aldığı kararlar, özel hastaneler dahil ülkedeki tüm sağlık kuruluşlarını bağlayıcı niteliktedir. Örnek verecek olursak Sağlık Bakanlığı SHGM 20.03.2020 tarihli yazı ile tüm valiliklere “*pandemi hastaneleri*” başlıklı bir dizi talimat göndermiştir<sup>7</sup>. Yazıda sağlık personelinin üzerindeki yükün azaltılması amacıyla tüm sağlık hizmet sunucularını kapsayan bazı tedbirlerin alınmasına ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Buna göre;

1. Sağlık kurumlarına müracaat eden hastaların, COVID 19 tanısı kesinleşinceye kadar Sağlık Bakanlığı hastaneleri, Devlet ve Vakıf Üniversitesi hastaneleri ile tüm özel sağlık kuruluşlarınca kabul ve tedavi süreçlerinin yapılması zorunludur.

2. Bünyesinde Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji, Göğüs hastalıkları, İç Hastalıkları uzmanı hekimlerden en az ikisinin bulunduğu ve 3. seviye erişkin yoğun bakım yatağı bulunan hastaneler “Pandemi Hastanesi” olarak kabul edilmiştir.

Sağlık hizmetleri önemi ve hukuksal dayanakları dikkate alındığında bir “Anayasal Kamu Hizmeti” olarak nitelenebilir<sup>8</sup>. Nitekim 1982 Anayasası’nda doğrudan Devlet’in ödevi olarak tanımlanması bu nitelemeyi haklı kılmaktadır. Diğer yandan eleştiriler olsa da Anayasa Mahkemesi ve Danıştay sağlık hizmetini niteliği gereği kamu hizmeti olarak tanımlamaktadır<sup>9</sup>. İdarenin COVID 19 döneminde aldığı tedbirleri, anayasal dayanağı olan bu kavramsal çerçeveden hareketle değerlendirmek gerekmektedir.

Konumuz kapsamındaki *acil sağlık hizmetlerini*, idari kamu hizmetleri için öngörülen hukuksal rejime dahil etmek gerekir. Zira acil sağlık hizmetlerinin, genel sağlık hizmetlerinin

<sup>6</sup> Kamu hizmetinin tanımı, türleri ve özellikleri için bkz. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s.13-29.; Onur Karahanogulları, Kamu Hizmeti, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 45 vd.; Turan Yıldırım/ Melikşah Yasin / Nur Kaman/ Eyüp Özdemir/ Gül Üstün/ Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 502-503.; İsmet Giritli/ Pertev Bilgen/ Tayfun Akgüner/ Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 1023-1024.; Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 676-773.; Aydın Gülan, ‘Kamu Hizmeti Kavramı’, İHİD, Lütfi Duran’a Armağan, Sayı: 1-3, Yıl: 1988, s. 147 vd.; Ali Ulusoy, Yeni İdare Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 457 vd.; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 539 vd.

<sup>7</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sayı: 14500235-403.99/ Tarih: 20.03.2020, Konu: “Pandemi Hastaneleri”.

<sup>8</sup> Çakır, s. 82-83.

<sup>9</sup> Eleştiriler için ayrıntılı bilgi bkz. Çakır, s. 84-85.; AYMK, 22.11.2007 tarih, E. 2004/114, K. 2007/85.; D.5.D, 15.04.2009 Tarih, E. 2007/6860, K. 2009/2011.

dayanağı olan sağlık hakkını içeren bir yanı olduğu gibi doğrudan yaşam hakkını ve sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir yanı da vardır.

Acil sağlık hizmetleri konusunda salgın döneminde uygulamada ciddi sorunlar yaşanmıştır. Hizmetin yürütümü bakımından mevzuatın sağladığı güvencelerin gerisinde kaldığı söylenebilir. Bu durum acil sağlık hizmetlerinin aksamasına neden olmuştur. Diğer yandan COVID 19 salgınının, bireyler ve halk sağlığı üzerinde yarattığı büyük tehdit, kamu düzenini bozacak niteliktedir. Bu nedenle idare, salgının önlenmesi adına acil sağlık hizmetlerine ilişkin düzenlemelerde bazı güncel değişikliklere gitmek zorunda kalmış ve hizmetin kapsamını ihtiyaçlar doğrultusunda genişletmiştir.

## II. İLGİLİ MEVZUAT VE BELGELER

COVID 19 salgını ile mücadele kapsamında acil sağlık hizmetlerine erişimin, idari kamu hizmeti bakımından değerlendirilebilmesi için öncelikle ilgili mevzuatın ortaya konulması gerekir.

### A. Anayasa

Acil sağlık hizmetleri, Anayasa'nın "*Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması*" başlıklı 56. maddesinde düzenlenen ve sosyal haklar kategorisinde değerlendirilen, sağlık hakkının temel unsurlarından biridir. Dolayısıyla acil servislerde verilen hizmetin niteliği ve içeriği gereği bu hizmete erişimin, "*belirli ve asgari güvenceler*" kapsamında olması gerekir. Anayasa'nın ilgili maddesine göre "*Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir*". Ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi gereği devletin temel niteliklerinden biri olan sosyal devlet ilkesi, idarenin sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişinde etkin bir rol almasını ve birtakım ödevler yüklenmesini gerektirmektedir.

İdare sağlık kamu hizmetini bizzat sunmakla ödevlidir. Ayrıca kendisi dışındaki özel sağlık hizmeti sunucularını bu bağlamda denetler. Acil sağlık hizmetlerini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Bu bakımdan hizmetin etkin ve verimli şekilde yürütülmesi ve sağlanan güvencenin uygulanabilirliği acil sağlık hizmetlerine ilişkin denetimlerin sıklığına bağlıdır. COVID 19 salgını döneminde idarenin bu kolluk yetkisinin önemi daha da hissedilmiştir. Zira özellikle özel sağlık kuruluşları salgın hastalığın teşhis ve tedavi hizmetlerinin ücretlendirilmesinde standart olmayan fahiş fiyat uygulamalarına tevessül etmiştir.

Anayasa'da sağlık kamu hizmeti ile ilişkilendirilebilecek sosyal devlet ilkesi, yaşam hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi hükümler de vardır. Zira Anayasa Mahkemesi de bir kararında sağlık kamu hizmetinin, sağlık hakkını aşan ve yaşam hakkını ilgilendiren bu yönüne işaret etmiştir<sup>10</sup>.

Hizmetin içeriği düşünüldüğünde, salgın hastalık döneminde acil sağlık hizmetlerinden ücret ya da sosyal güvence gibi ön koşullardan bağımsız faydalanılabilmesi aynı zamanda Anayasa md. 17 ve AİHS md. 2 hükümleri ile korunan "*yaşama hakkı*" ile doğrudan ilgilidir. Nitekim başta yaşam hakkı olmak üzere diğer hakların kullanılabilmesi için öncelikle kişinin sağlıklı olması

<sup>10</sup> "...Dava konusu kurallarla oluşturulan çalışma alanının da kişilerin en temel hakkı olan **sağlıklı yaşam hakkı bağlamında** sağlık hizmetlerinden yaygın şekilde yararlanması yönünde yapılan bir düzenleme olduğunda kuşku yoktur. Doğrudan yaşam hakkı ile ilgili **ve diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetine**, kişilerin ihtiyaç duydukları anda ulaşabilmelerini ve bu hizmetlerden yararlanabilmelerini yaygınlaştırmaya yönelik olan dava konusu kurallar, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup **Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı** ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır." AYMK, 07.11.2014 tarih, E. 2014/61, K. 2014/166.

gerekir<sup>11</sup>. Tabiatıyla sağlık hakkına erişilememesi yaşam hakkına veya maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkına bir müdahale oluşturur<sup>12</sup>. Bu itibarla COVID 19 salgını gibi kişi yaşamının doğrudan tehlike altında olduğu durumlarda, acil sağlık hizmetlerinin sıkı güvenceler altında olması gerekir.

Acil sağlık hizmetine erişimin bir boyutunu da “sosyal güvenlik hakkı” teşkil eder. Zira acil sağlık hizmetine erişimin finansal karşılığı esasen kişilerin sahip olduğu sosyal güvenlik hakkı kapsamında, sosyal güvenlik sistemi tarafından karşılanmaktadır. Anayasa’nın 60. maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu; Devlet’in, bu güvenliğı sağlayacak gerekli önlemleri alıp örgütü kuracağı belirtilmiştir. Netice itibarıyla COVID 19 teşhis ve tedavisinde acil sağlık hizmetlerine erişimin en sorunlu noktalarından birini teşkil eden ücretlendirme ve finansman meselesi, doğrudan doğruya sosyal güvenlik hakkı ile ilgilidir<sup>13</sup>.

## B. İlgili Yasalar

Konuya ilişkin ulusal ölçekteki temel kanunlardan biri 1961 tarih ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’dur. İlgili kanunun amaç kısmına baktığımızda uluslararası nitelikteki belgelerin esas alındığı görülmektedir. Bu bağlamda kanunun amacı birinci maddede; “*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden faydalanmanın sosyal adalete uygun bir şekilde ifasını sağlamak maksadiyle tababet ve tababetle ilgili hizmetler bu kanun çerçevesinde hazırlanacak bir program dahilinde sosyalleştirilecektir*” şeklinde tarif edilmiştir<sup>14</sup>.

Acil sağlık hizmetleri ile ilgili genel ilkeler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda düzenlenmiştir. İlgili kanunun 67. maddenin ilk fıkrasına göre acil hallerde ve COVID 19 gibi bulaşıcı hastalıkların tedavisine yönelik sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için prim veya katılım şartı aranmamaktadır. Kanunun 73. maddesinin 6. fıkrasına göre *acil haller dışında sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından kişilerce satın alınan sağlık hizmeti bedellerinin Kurumca ödenmeyeceği* hüküm altına alınmıştır. Maddenin mefhumu muhalifinden anlaşıldığı kadarıyla *acil hallerde anlaşmalı olup olmamasına bakılmaksızın, sağlık kuruluşunun vereceği acil sağlık hizmetinin Kurum tarafından karşılanması* esas kabul edilmiştir.

Sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları, acil hallerde Kurumun belirlediği sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden veya Kurumdan herhangi bir *ilave ücret* talep edemez. Ancak özel sağlık kuruluşlarının uygulamada COVID 19 ve genel olarak acil hastalarına sıklıkla ek ücret çıkardığı ya da hastanın acil protokolünden girişine, örneğin tıbbi yetersizlikleri ileri sürerek, direnç gösterdikleri görülmektedir. Bir başka usulsüzlük özel sağlık kuruluşunun acil hastasını, durumunu stabil hale gelmeden sevk edip hastadan kurtulmak istemesidir. Uygulamada görülen tipik usulsüzlüklerden bir diğeri de hastadan istenen yüksek ücretin, işlem bazında fatura ile belgelendirilmeden ya da acil sağlık hizmetine girmeyen işlemler faturalandırılarak tahsil edilmesidir. Böylece görünüşte acil hallerde sunulan sağlık hizmetinden ücret alınmamış, alınan ücret ise acil protokolü dışındaki hizmetlerin karşılığı için alınmıştır. Bu tip uygulamalar hastanın can güvenliğini riske atmakta ve kimi zaman hasta yaşamını yitirmektedir.

<sup>11</sup> Oya Boyar, “Sağlık Hakkı”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Roche, İstanbul, Yıl: 2009, s. 283-284.

<sup>12</sup> Çakır, 36-37.

<sup>13</sup> “İnsan için çok gerekli olan sosyal güvenlik ve sağlık hakkının, dar gelirli bakımdan sadece öneminin kavranması/kavratılması değil, istisnasız herkesin bu haklardan yararlandırılması ve bunun göstermelik olmaktan çıkarılması zorunludur.”, İbrahim Şahbaz, ‘Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı’, TBB Dergisi, Sayı: 86, Yıl: 2009, Ankara, s. 407.

<sup>14</sup> Madde 25: “1. Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir...” 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin Resmî Gazete ile yayınlanması, yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Bildirge hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması” kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

COVID 19 salgını bağlamında alınan tedbirlerin uygulanması bakımından önemli bir kanun ise 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. İlgili kanunun 3. maddesinde Sağlık Bakanlığı taşra teşkilatı ile beraber “*Memlekete sari ve salgın hastalıkların buliüline mümnaat/önleme*” etmekle görevli kılınmıştır. Salgınla mücadele kapsamında İl Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri yetkili kılınmıştır. Valinin başkanlığında toplanan Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri COVID 19 salgını döneminde her ilin kendi ihtiyacına göre ivedi kararlar almasında önemli bir fonksiyonu icra etmiştir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na göre Türkiye limanlarına sari ve salgın hastalıkların girişine engel olmak için çeşitli tedbirler alınabilir. Buna göre COVID 19 salgını ile mücadele kapsamında bulaşık olan hastalar, tahaffuzhane<sup>15</sup> (bir çeşit karantina merkezi) veya bulaşıcı hastalıklar hastanelerinde iyileşinceye kadar tedavi ve tecrid edilecektir (md. 49). Ayrıca yolcu ve mürettebata aşı veya serum da tatbik edilebilir. Kanun'un 53. maddesinde bu sağlık hizmetleri için yapılan masrafların “*mahsus kanuna tefik*” tahsil olunacağı belirtilmekle ücretlendirildiği anlaşılmaktadır. 72. maddede ise ülke sınırları içinde salgın hastalığın önlenmesine ilişkin çeşitli tedbirlere yer verilmiştir. Buna göre hasta olanlar veya şüpheliler sağlık memurlarınca evlerinde veya sıhhi şartları haiz mahallerde tecrit ve tedavisi yapılacaktır. Kanunda ülke içindeki salgın hastalıkların tedavisinde herhangi bir karşılık öngörülmemiş, aşı ve serum gibi tedavide kullanılan ilaçların Devlet tarafından karşılanacağı belirtilmiştir.

### C. Genel Düzenleyici İşlemler

İdare tarafından doğrudan acil sağlık hizmetlerine ilişkin bir takım genel düzenleyici işlemler tesis edilmiştir. Bunlardan biri, 5510 sayılı Kanunun 71. maddesinin 3. fıkrası<sup>16</sup> gereği çıkarılan 11.05.2000 tarihli “Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği”dir<sup>17</sup>. Sağlık Bakanlığı tarafından ülke genelinde uygulanmak üzere çıkarılan Yönetmeliğin amacı; *acil sağlık hizmetlerinin yurt sathında eşit, ulaşılabilir, kaliteli, süratli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak maksadıyla, sağlık hizmeti sunan ve sağlık hizmeti ile ilgili olan bütün kurum ve kuruluşların uymakla mükellef oldukları esaslar ile bu kuruluşlar arasında koordinasyon temin edilmesine ve Bakanlık tarafından yürütülecek olan acil sağlık hizmetlerinin sevk ve idaresine dair usul ve esasları belirlemek* olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte acil sağlık hizmetleri; “*Acil hastalık ve yaralanma hallerinde, konusunda özel eğitim almış ekipler tarafından, tıbbi araç ve gereç desteği ile olay yerinde, nakil sırasında, sağlık kurum ve kuruluşlarında sunulan tüm sağlık hizmetleri*” şeklinde tanımlanmıştır.

Yönetmeliğe göre özel ya da kamu tüm sağlık hizmeti sunucuları ayırım yapmaksızın, sağlık alt yapısı ölçüsünde gereken acil tıbbî müdahalede bulunmakla sorumlu tutulmuşlardır. Bununla beraber kamu düzenini tehdit eden COVID 19 gibi salgın hastalıkların önlenmesi bakımından, uygulamada acil servislere ve yoğun bakım ünitelerine erişimde ciddi güçlükler yaşanmıştır. Her ne kadar Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 20.03.2020 tarihli yazı ile *Pandemi Hastanesi*<sup>18</sup> ilan edilen kuruluşlar belirlenmişse de teşhis ve sonra tedavi hizmetlerinin ücretlendirilmesi bakımından kamu hastaneleri ile özel sağlık kuruluşları arasında ciddi farklılıklar göze çarpmaktadır. Neticede yasal olarak acil sağlık hizmetlerinin koordinesinde özel ya da kamu ayırımı yoktur. Ancak

<sup>15</sup> Tahaffuzhane: Sefer sırasında, yolcu ve çalışanların arasında bulaşıcı hastalık görülen gemilerin karantina sürelerini geçirmeleri, gerekli sağlık önlemlerinin alınması ve hastaların iyileştirilmeleri için büyük limanlara yakın kıyılara kurulmuş sağlık kuruluşu (TDK). İlk Tahaffuzhane 1839 yılında Meclis-i Tahaffuz emrine verilen Kuleli Kışlasında faaliyete başlamış, ardından 1843 yılında Kartal, 1844 yılından itibaren de Anadolu Kavağı Tahaffuzhaneleri kurulmuştur. Osmanlı Devleti tarafından 1865'te Urla'da bulunan bir adada Fransızlara yaptırılan tahaffuzhane ise 1950 yılına kadar aktif bir şekilde çalışmaya devam etmiştir. <https://www.aa.com.tr/tr/kultur-sanat/anadolunun-saglik-kapisi-urla-tahaffuzhanesi/1783898> (erişim tarihi 25.12.2020).

<sup>16</sup> Madde 71: (...) “Bu Kanunun uygulamasında acil hallerin ve acil sağlık hizmetlerinin neler olduğuna, hangi yöntem ve ölçütlerle tespit edileceğine ilişkin hususlar, Sağlık Bakanlığının uygun görüşü üzerine Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

<sup>17</sup> Resmî Gazete Tarihi: 11.05.2000, Sayısı: 24046

<sup>18</sup> Pandemi Hastanesi: COVID 19 tanısı almış (test pozitif) vakaların tedavi sürecinin yapılmış olduğu hastane olarak tanımlanır.

salgın döneminde bu ayrımın fiilen yaşandığını, bilhassa dar gelirli grupların yaşam hakkının olumsuz etkilendiğini söyleyebiliriz. Oysa belirlenen esasların tüm sağlık hizmeti sunucularını kapsamı, asgari ve mutlak nitelikte oluşu, acil sağlık hizmetlerine erişim bakımından dokunulmaz bir alan yaratmaktadır.

COVID 19 salgını döneminde hastalığın teşhisi ve yayılımının önlenmesi bakımından önem arzeden testlerin ücretlendirilmesinde, tam bir belirsizlik yaşanmıştır. Bakanlığın sonradan acil sağlık hizmeti kapsamına aldığı COVID 19 salgınında, standart bir ücretlendirme uygulamasını tesis edemediği, bilhassa özel sağlık kuruluşlarının denetiminde eksik kaldığı görülmüştür. Bu nedenle Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünce, COVID 19 RT-PCR test ücretlerine ilişkin tüm kamu kurum ve kuruluşları ile valiliklere yazı gönderilmiştir. Yazıda fahiş alınan test ücretlerinin iade edileceği ve ilgili sağlık hizmeti sunucularına yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir<sup>19</sup>. İlgili yazıda COVID 19 testi çalışmaya yetkili tüm sağlık kuruluşları için Kamu Sağlık Hizmetleri Fiyat Tarifesinde belirlenen fiyatlar üzerinden test ücretinin (250 TL) geçerli olduğu ve RT-PCR testi için bu ücret dışında herhangi bir bedel talep edilemeyeceği ve ilave ücret alınamayacağı vurgulanmıştır. Bu yazı, acil sağlık hizmetlerine ilişkin mevzuatta yer alan asgari ve mutlak bazı güvencelere rağmen, uygulamada yaygın ve herkesçe bilinen usulsüzlüklerin devam ettiğini göstermektedir.

Acil sağlık hizmeti kapsamına giren durumları tanımlayan düzenlemelerden biri de Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'dir<sup>20</sup>. Yönetmeliğin 27. maddesi “*Acil haller ve acil sağlık hizmetleri*” başlığını taşımaktadır. Buna göre *acil haller; ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbî müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbî müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli halinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlardır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir.* Tanımlamanın açıklığı ve içeriği önemlidir. Zira hasta kişi kendisiyle ilgili tıbbi müdahalenin statüsünü buna göre nitelendirecektir. Ancak uygulamada acil sağlık hizmetinden faydalanan kişiler, çoğu zaman kendi durumunun acil hal kapsamında olup olmadığını bilmemekteyiz. Bu da COVID 19 hastalığının tedavisinde, acil sağlık hizmetleri kapsamında güvence altına alınmış olan haklardan istifade etmeyi güçleştirmiştir.

Yönetmeliğin 29. maddesinde acil hâllerde sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularının, kişilerden ilave ücret talep edemeyecekleri düzenlenmiştir. 36. maddesinde ise sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından alınan sağlık hizmeti giderlerinin sadece acil hallerde karşılanacağı ve sözleşmesiz sağlık kuruluşunun acil hâllerde sunduğu sağlık hizmetleri karşılama miktarının GSSK md. 72'deki esaslara göre belirleneceği öngörülmüştür<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> 1) Bakanlığımızın düzenlemelerine ve Bakanlığımızca yayınlanan rehber ve algoritmalar ilgili mevzuatına aykırı uygulamaların tespit edilmesi halinde tespit edilen fiilin niteliğine göre, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282'nci maddesine, Özel Hastaneler Yönetmeliği ve 992 Sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde öngörülen idari para cezaları ile ilgili sağlık tesisi sorumlu/mesul müdürleri hakkında gerekli idari yaptırımlar uygulanacak.

2) RT-PCR testi için fazladan alınan ücretin iadesi sağlanacak. Aykırı uygulamaların sürdürülmesi veya tekrarı halinde ise 992 sayılı Tahririyat ve Tahliyat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakterioloji ve Kimya Laboratuvarları Kanununun ilgili maddeleri uyarınca ilgili birimlerin faaliyetlerinin durdurulması yönünde işlem tesisi edilecek. “*Bakanlıktan fahiş fiyata test yapan kuruluşlara yaptırım kararı: Fazladan alınan ücretler iade edilecek*”. <https://www.a3haber.com/2020/11/22/bakanlik-tan-fahis-fiyata-test-yapan-kuruluslara-yaptirim-karari-fazladan-alinan-ucretler-iade-edilecek/> (erişim tarihi 27.12.2020)

<sup>20</sup> Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği, RG, Tarih: 18.04.2014, Sayı: 28976.

<sup>21</sup> Madde 36: (1) Genel sağlık sigortalısı ve bakımla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından acil hâller hariç olmak üzere aldığı sağlık hizmeti giderleri ödenmez.

(2) Sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları genel sağlık sigortalısı ve bakımla yükümlü olduğu kişilere acil hâllerde sundukları sağlık hizmetlerini, Kanunun 72 nci maddesi gereği sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları için belirlenen tutar esas alınarak kişilere fatura eder. Kurumca yapılacak inceleme sonrasında belirlenen tutarlar, fatura karşılığı kişilere ödenir. Sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları acil hâllerde, Kanunun 72 nci maddesi gereği belirlenen tutarlar dışında genel sağlık sigortalısı ve bakımla yükümlü olduğu kişilerden veya Kurumdan herhangi bir fark talep edemez.

Dünya Sağlık Örgütü'nün COVID 19 hastalığını salgın ilan etmesi, yabancı ülke vatandaşlarının acil sağlık hizmeti statüsünden ne şekilde istifade edebileceklerini gündeme getirmiştir. Zira COVID 19 salgını ile mücadelede ülkeye giriş çıkışların kontrol altına alınmasının önemi ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda ele alacak olursak:

a. Toplantı, kongre, fuar gibi ticari amaçla veya turizm amacı ile Türkiye'de bulunduğu sırada COVID 19 tanısı konan yabancıların acil sağlık hizmetlerinden yararlanma biçimi seyahat sigortası olup olmamasına göre değişmektedir. Hastanın "Seyahat Sağlık Sigortası" bulunuyorsa ve teminatlar salgın hastalığı kapsıyorsa, poliçe dahilinde acil sağlık hizmetlerinden faydalanacaktır. Ancak yabancı hastanın Seyahat Sağlık Sigortası bulunmuyor ise bu defa Sağlık Bakanlığı'nın çıkardığı Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik<sup>22</sup> hükümlerine gidilecektir. Yönetmeliğin 9. maddesi ticari ve turizm amaçlı ülkemizde bulunan yabancıların hangi durumlarda sağlık hizmetlerinden yararlanacağını düzenlemektedir. Buna göre toplantı, kongre, ticari veya turizm amaçlı süreli olarak kalan yabancılar, ülkemizde bulundukları sırada gelişen hastalıklarında ve acil durumlarında kamu, üniversite veya özel sağlık kuruluşlarında sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanabilir. Bununla beraber ilgili maddeye göre "acil sağlık hizmetleri ve acil hasta nakilleri ücreti karşılığı sunulur" denilmektedir. Acil sağlık hizmeti almak için sağlık tesisine başvuru yapan yabancı hastaların kabul edilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin kayıtsız-şartsız ve gecikmeksizin yapılması zorunludur. Hizmet bedelinin tahsiliyle ilgili işlemler, acil müdahale ve bakım sağlandıktan sonra yapılır. Kısacası bu gruba dahil olanlar için COVID 19 acil halinde ücret var, ancak önşart yoktur.

b. İlgili yönetmeliğin 9. maddesinin (2) fıkrasına göre yurtdışında yaşayan ve hiçbir sosyal güvencesi olmayan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına 112 acil sağlık hizmetleri ücretsiz sunulur. Bu hükümlere göre yurt dışında yaşayan COVID 19 hastası T.C. vatandaşları, acil sağlık hizmetlerinden hizmet bedeli ön şartı olmaksızın tamamen karşılıksız istifade edebilmektedir.

c. *Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksandan günden fazla kalacak yabancılar* ikamet izni alma zorunluluğuna tabidir<sup>23</sup>. Bu kapsamdaki yabancılarından, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 22. maddesine göre talep ettikleri ikamet izni süresini kapsayan geçerli sağlık sigortasına (*özel veya genel sağlık sigortası*) sahip olmaları şartı aranır. İkamet izni olan COVID 19 hastası yabancı, acil sağlık hizmetlerinden Türk vatandaşları ile aynı statüde faydalanabilecektir.

d. Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü, salgın döneminde yabancı hastalara sunulan tedavilerin ne şekilde ücretlendirileceğine dair ilgili birimlere gönderdiği bir yazıda *mülteci ve vatansız kişilerin* de durumlarını ele almıştır<sup>24</sup>. İlgili yazıda 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 61'inci maddesinin (b) bendinde yer alan "...uluslararası koruma başvurusu yaptıkları veya uluslararası koruma statüsü aldıkları veya vatansız kişi sayıldıkları, korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yabancı uyruklu olarak bu kapsamda olan hastalara, Sağlık Uygulama Tebliğinin (1.7) maddesine göre provizyon sorgusu yapılarak, yararlanma hakkı bulunanlara genel sağlık sigortası çerçevesinde, bulunmayanlara ise ücretli hasta olarak Kamu Sağlık Hizmetleri Fiyat Tarifesine göre hizmet sunulması gerekmektedir.

e. İdare, geçici koruma altındaki yabancıların (Suriyelilerin) tedavilerinin, Geçici Koruma Yönetmeliğinin 27'nci maddesi (ç) fıkrasında yer alan "Sunulan sağlık hizmeti bedeli, Sağlık bakanlığı kontrolünde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından genel sağlık sigortalılar için

<sup>22</sup> Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 13.07.2017, Sayı: 30123.

<sup>23</sup> 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 19: "Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksandan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder."

<sup>24</sup> Sayı: 23642684-010.99 E. 716, 01.04.2020 Tarihli Yazı.

belirlenmiş olan sağlık uygulama tebliğindeki bedeli geçmeyecek şekilde AFAD tarafından ödenir” hükmünce yerine getirileceğini belirtmiştir. Acil hallerde tüm sağlık kuruluşlarının acil sağlık hizmetlerinden istifade edebileceklerdir. Bu tür acil hallerde fatura il sağlık müdürlüğüne gönderilecektir. Netice itibarıyla geçici koruma hakkına sahip kişiler (Suriyeliler), salgın dönemi boyunca COVID 19 hastalığı kapsamında acil sağlık hizmetlerine tamamen ücretsiz ve ön şartsız erişebilmişlerdir.

### III. SAĞLIK UYGULAMA TEBLİĞİ VE COVID 19 SALGINI DÖNEMİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Acil sağlık hizmetlerine erişim sürecinde ücretlendirmeye ilişkin en ayrıntılı düzenleme, sürekli güncellenen *Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği*<sup>25</sup>’dir (SUT). Bu nedenle tebliğ, COVID 19 hastalarına yapılacak tıbbi yardımlar ve ücretlendirmeye ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulamasını gösteren temel düzenlemedir. Konumuz bakımından önemi nedeniyle, SUT’un acil sağlık hizmetlerine ilişkin hükümleri üzerinde hususiyetle durmak gerekmektedir.

Acil hallerde sunulan sağlık hizmetine dair kişilerden katılım payı alınıp alınmayacağı SUT’un “*katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler*” (1.8.5) başlıklı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, acil servislerde sunulan sağlık hizmetlerinde SUT’un 1.8.1 maddesinde tanımlanan katılım payı alınmayacaktır<sup>26</sup>. “*İlave ücret alınmayacak sağlık hizmetleri*” başlıklı madde (1.9.3) hükmüne göre ise acil servislerde verilen ve SUT eki EK-2/B listesinde yer alan “*Yeşil alan muayenesi*” adı altında kuruma fatura edilebilen sağlık hizmetleri hariç olmak üzere, *acil haller nedeniyle sunulan sağlık hizmetlerinden ilave ücret alınmayacaktır*. Bu durumda SUT hükümlerine göre acil sağlık hizmeti sunumunda provizyon şartı aranmayacak, katılım payı ve ilave ücret istenemeyecektir. Diğer yandan acil servise müracaat eden ve muayeneleri sonucunda acil olmadığı tespit edilen kişilerin tedavi giderleri, “*Yeşil alan muayenesi*” adı altında yer alan işlem bedeli üzerinden Kurumca karşılanır.

Sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları acil servislerde, acil haller nedeniyle sunulan sağlık hizmetleri için kişilerden veya Kurumdan herhangi bir “ilave ücret” talep edemez. Tebliğde, sağlık yardımlarından yararlandırılan kişilerin sözleşmesiz sağlık kurum veya kuruluşuna SUT’un 1.7 maddesinde tanımlanan acil haller sonucu oluşan sağlık giderleri, durumun müdahaleyi yapan hekim tarafından imzalanmış bir belge ile belgelendirilmesi ve Kurumca kabul edilmesi şartıyla karşılanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle COVID 19 hastalarının sözleşmesiz sağlık kurum ve kuruluşlarınca, acil sağlık hizmeti kapsamındaki tedavi bilgilerinin tıbbi açıdan kaydedilmesi ve Kurumca gerek görüldüğünde ibraz edilmesi zorunludur.

Acil sağlık hizmetine erişimin önemli bir unsuru da kullanılacak tıbbi malzeme ve ilaç bedelleridir. Sözleşmesiz sağlık kurum ve kuruluşlarında tıbbi malzeme bedellerinin ödenmesi Madde (3.2.3) düzenlenmiştir. Buna göre Kurum ile sözleşmesiz sağlık kurum ve kuruluşlarınca acil haller nedeniyle kullanılan ve SUT’un (2.3) maddesi doğrultusunda Kurumca karşılanması gereken tıbbi malzeme bedelleri, şahıs ödemesi olarak SUT hükümleri doğrultusunda Kurumca karşılanacaktır. Kurum sağlık yardımlarından yararlandırılan kişilerin, sözleşmesiz eczanelerden acil haller nedeniyle temin ettikleri ilaç bedelleri, acil halin Kurumca kabul edilmesi şartıyla karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.

Acil sağlık hizmetlerinde teşhis, tedavi, tıbbi malzeme ve ilaç gibi temel konularda Sağlık Uygulama Tebliği’nde yer alan önemli hükümleri ortaya koyduk. Ancak ilgili düzenlemelere rağmen COVID 19 hastalığının koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerine girip girmediği başlarda tereddütlere yol açmıştı. Kanaatimizce bu “tereddütlü!”

<sup>25</sup> Resmî Gazete Tarihi: 24.03.2013, Resmî Gazete Sayısı: 28597.

<sup>26</sup> 25.03.2010 Tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği, Resmî Gazete Sayısı: 27532 (Mükerrer)



durum meselenin kendisinin ya da mevzuatın karışıklığından değil, sağlık kuruluşlarının finansal ihtiraslarından kaynaklanmaktadır. Neticede ekseriyetle özel sağlık kuruluşları, bu durumu finansal açıdan lehlerine çevirmek için etik dışı ve usulsüz uygulamalara gitmişlerdir. Velhasıl salgın döneminde COVID 19 belirtisi gösteren hastalardan muayene, tahlil, tedavi ve tıbbi malzeme katılım payı ya da ilave ücret alınmıştır.

Sağlık Bakanlığı hem “tereddütlerin” kaldırılması hem de salgının yarattığı tehdidin giderek büyümesi nedeniyle, COVID 19 hastalığına ilişkin 09.04.2020 tarihli tebliğ ile SUT’ta önemli değişikliklere gitmiştir. İdare bu değişiklik ile anayasal kamu hizmeti olan sağlık kamu hizmetine ilişkin uygulamaları, halk sağlığına ve kamu düzenine sari salgın koşullarına göre uyarlamıştır. Devlet’in salgında gösterdiği bu idari refleks, sağlık kamu hizmeti alanında kamu kurumlarının ve idarelerinin hem hizmet sağlayıcı hem de kolluk faaliyeti olarak önemini bir kez daha göstermiştir.

İlgili değişikliğe göre SUT’un (1.7) numaralı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Acil hal” tanımı değiştirilmiştir. Düzenlemenin son haline göre “*Acil hal; ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbi müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli halinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlar ile pandemi süresince pandemi olgularına yönelik tanı ve tedavileri kapsamaktadır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir*”. Düzenleme ile artık “pandemi” kavramı ilk kez SUT’a dahil edilmiş, pandemi olguları pandemi süresince acil haller kapsamına alınmış ve sağlanan hizmet de acil sağlık hizmeti olarak tanımlanmıştır.

09.04.2020 tarihli tebliğ ile ayrıca SUT’un ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetleri başlıklı 1.9.3 numaralı maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi değiştirilmiştir. Değişiklik ile aynı fıkraya “*Pandemi süresince pandemi olgularının tanı ve tedavileri*” dahil edilmiştir. Aynı Tebliğin 2.1.2.B numaralı maddesi de değiştirilerek “*Sağlık Bakanlığı tarafından pandemi süresince hastanelerde temin edileceği bildirilen pandemi tedavisine yönelik ilaçlar*” günübirlik tedavi kapsamındaki işlemlere dahil edilmiştir. Buna göre COVID 19 tedavisinde kullanılan ilaçlar, Kurum tarafından acil sağlık hizmeti kapsamında karşılanan ilaçlar kategorisine alınmıştır. Böylece salgın döneminde COVID 19 belirtisi gösteren hastalardan muayene, tahlil, tedavi ve tıbbi malzeme katılım payı ya da ilave ücret alınamayacak, dahası bu kapsamdaki hizmetler acil sağlık hizmeti statüsünde değerlendirilmek suretiyle Kurumca karşılanacaktır.

Toparlayacak olursak COVID 19 pandemi döneminde hiçbir sağlık kuruluşu, acil olarak gelen hastalara yeterli personeli veya donanımı olmadığı, ilgili birimi veya boş yatağı bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi olmadığı ve benzeri sebepler ile gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınmayacaktır.

Acil vakalarında meydana gelen ölümlerin birçoğunun nakil ve sevk sırasında ambulansa gerçekleşmesi, bu sürecin de son derece şeffaf ve denetlenebilir olmasını gerektirmektedir. Salgın döneminde hastanın COVID 19 hastası olup olmaması, nakil ve sevk sürecini etkileyecek bir husustur. Eğer kişi COVID 19 hastalığı dışında bir nedenle acil servise nakil edilecekse, Komuta Kontrol Merkezi (KKM), servislerdeki yoğunluğu veya doluluğu dikkate alarak hareket etmesi gerekir. Bu minvalde hastanın dolu servisler (bilhassa kamu hastaneleri) arasında zaman kaybetmemesi için müsait olan özel veya kamu sağlık kuruluşuna nakli veya sevki yapılmalıdır. Salgının yayılım hızının yükseldiği ve kamu hastanelerinde kapasitenin dolduğu dönemlerde bu problem sıklıkla yaşanmıştır. COVID 19 salgını döneminde acil sağlık hizmetlerinin kesintiye uğramaması ve sağlıklı bir planlama ile verimliği sağlamak adına, sağlık kuruluşlarının güncel hekim ve kapasite bilgilerini Merkeze bildirmeleri zorunlu tutulmuştur.

## SONUÇ

Yukarıda belirtilen gerekçeler ve tanımlamalar bağlamında sağlık; anayasa hukuku ve idare hukuku, sorumluluk ve ceza hukuku alanları ile yakından ilgilidir. Ulusal ve uluslararası mevzuat ile korunan sağlık hakkına erişimin temel ayaklarından biri “*Acil Sağlık Hizmetleri*”dir. Acil sağlık hizmetlerinden ücret ya da sosyal güvence gibi ön koşullar aranmadan istifade edilebilmelidir. Zira ASH sadece sağlık hakkı ile ilgili değil, Anayasa md. 17 ve AİHS md. 2 hükümleri ile korunan “*yaşama hakkı*” ve sosyal güvenlik hakkı ile de ilgilidir. Bu nedenle acil sağlık hizmetlerinin sıkı güvenceler altında olması gerekir.

COVID 19 salgını döneminde ücretsiz acil sağlık hizmetine erişimi sağlayacak yeterli yasal alt yapının kurulduğu söylenebilir. Ancak mevzuatın uygulamada takibi ve denetimi noktasında yaşanan eksiklikler, yaptırım mekanizmasının hiç ya da ağır işlemesi, kişilerin acil sağlık hizmetlerinden yararlanmasında olumsuzluklar yaşamasına sebep olmaktadır. Salgın hastalığın yarattığı yaşamsal tehdidin boyutu, anayasal ve sair mevzuat kapsamında sağlanan güvencelerin acil sağlık hizmetlerine erişim hakkı bakımından önemini gerek ulusal gerek evrensel boyutta artırmıştır.

Bazı eksiklikleri olmasına rağmen yasakoyucu ya da idare, acil sağlık hizmetlerine ilişkin kuralları merkezi idare ve yerinden yönetim ya da kamu ve özel sağlık kuruluşu gibi ayrımlar yapmadan bağlayıcı müşterek hükümler ile düzenlemiştir. Acil sağlık hizmetlerinin bağlayıcı müşterek hükümler ile merkezi olarak düzenlenmesinin önemi, COVID 19 salgını döneminde iyice anlaşılmıştır. Salgına ilişkin mevzuattaki tereddütler hızlıca giderilmiş ve COVID 19 hastalığı acil sağlık hizmetleri kapsamına dahil edilmiştir. Nitekim salgının kontrol altına alınması, bireyler ve toplum üzerindeki olumsuz sonuçlarının önlenmesi ya da azaltılması ancak acil sağlık hizmeti faaliyetlerine özgü bir hukuksal rejim ile mümkün görünmektedir.

Anayasa ve ilgili diğer mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; COVID 19 salgını döneminde ücretsiz acil sağlık hizmetine erişim için yeterli yasal alt yapının varolduğu, eksikliklerin ise kısa süre içinde giderildiği söylenebilir. Bu kapsamda acil sağlık hizmetleri alanındaki mevzuatın, sosyal devlet ilkesinin temel gereklerini karşılar nitelikte ve dokunulmaz bir alan yarattığı söylenebilir. Bununla beraber yaptırımların neler olduğu ilgili mevzuatta açıkça belirtilmemiştir. En azından vatandaşın bu konuda başvuru ve şikayet mekanizmalarını ne suretle işleteceğini bilmediği söylenebilir. Şikayet, denetim ve yaptırımlara ilişkin süreçlerin daha verimli yönetilmesi, mevzuatın da daha uygulanabilir olmasını sağlayacaktır.

## **KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- BOYAR**, Oya, “Sağlık Hakkı”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Roche, Yıl: 2009, İstanbul.
- ÇAKIR**, Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- GİRİTLİ**, İsmet/ **BİLGİN**, Pertev/ **AKGÜNER**, Tayfun/ **BERK**, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/ **TAN**, Turgut, İdare Hukuku - Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- GÜLAN**, Aydın, ‘Kamu Hizmeti Kavramı’, İHİD - Lütfi Duran’a Armağan, Sayı: 1-3, Yıl: 1988, Sayı: 1-3, İstanbul.
- KARAHANOĞULLARI**, Onur, Kamu Hizmeti, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, ‘Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı’, TBB Dergisi, Sayı: 86, Yıl: 2009, Ankara.
- ŞİRİN**, Tolga, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, Ankara, 2018.
- ULUSOY**, Ali, Yeni İdare Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YILDIRIM**, Turan/ **YASİN**, Melikşah/ **KAMAN**, Nur/ **ÖZDEMİR**, Eyüp/ **ÜSTÜN**, Gül/ **OKAY TEKİNSOY**, Özge, İdare Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 2020/35 ESAS 2021/26 KARAR SAYILI VE  
31.3.2021 TARİHLİ KARARININ YARGI YETKİSİNİN BAĞIMSIZ VE  
TARAFSIZ MAHKEMELER TARAFINDAN KULLANILMASI VE HÂKİMİN  
VİCDANİ KANAATİNE GÖRE HÜKÜM VERMESİ İLKELERİ  
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Evaluation of the Constitutional Court's Decision No. 2020/35, 2021/26 and  
Dated 31.3.2021 in Terms of the Principles of the Use of Jurisdiction by  
Independent and Impartial Courts and the Judge's Judgment Based on His  
Conscientious Opinion**

*Dr. Öğr. Üyesi Özge APİŞ\**

**Özet**

Anayasa Mahkemesi'nin CMK'nın 250. maddesini incelemesi neticesinde, ceza muhakemesinin temel ilkelerinin ihlal edildiği görüşünü ortaya koyması, muhakeme hukukuna ilişkin kural ve kaidelerin hukuka uygun bir biçimde uygulanması bakımından önemli bir gelişmedir. Zira 250. maddenin 9. fıkrası mahkemeyi, salt şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olup olmadığı hususlarında yetkili kılmış, bu hususlar tamam ise, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurması konusunda ise bir takdir yetkisine yer vermemiştir. Bu ihtimalde Mahkeme'nin Cumhuriyet savcısının belirlediği yaptırımı tartışma yetkisi yoktur. Cumhuriyet savcısının belirlediği yaptırım, koşullar tamamsa hâkim tarafından bir anlamda onaylanacağından, burada savunma hakkının kullandırılmasına ilişkin bir gaye olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Bu durum, hâkimin vicdani kanaatine göre bağımsız ve tarafsız karar vermesine ilişkin genel ve adil yargılanma hakkının temelini oluşturan prensibe bu nitelikte bir istisna getirilmesini açıklamaya da yetmemektedir.

Bu nedenle çalışmamızda temel amacımız, 250. madde metninde iptal edilen “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresini, yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılması ve hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesi ilkeleri bakımından incelemek ve madde hükmünün ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüşümüze yer vermektir.

**Anahtar Kelimeler:** Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme İlkesi, Hâkimin Vicdani Kanaati, Seri Muhakeme Usulü, Talepname, Cumhuriyet Savcısı.

**Abstract**

In our study, we will examine the phrase “*in line with the sanction determined in the request*”, which was canceled in the text of article 250, in terms of the principles of the use of judicial power by independent and impartial courts, and the judge's judgment according to his conscientious opinion, without going into the serial procedure in detail, and to our opinion on how the provision of the article should be regulated. The 9th paragraph of Article 250 authorized the court to decide whether the conditions in the third paragraph were

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, [ozge.apis@gmail.com](mailto:ozge.apis@gmail.com),  
Orcid: 0000-0003-2395-7780.

fulfilled and whether the action was within the scope of the serial trial procedure, after hearing the suspect in the presence of his lawyer. If these matters are complete, it has not given any discretionary power to make a judgment in line with the sanction. In this case, the Court does not have the authority to discuss the sanction determined by the prosecutor.

In our study, we will examine the phrase “in line with the sanction determined in the request”, which was canceled in the text of Article 250, in terms of the principles of the use of judicial power by independent and impartial courts, and the judge's judgment according to his conscientious opinion, without going into the serial procedure in detail, and to our opinion on how the provision of the article should be regulated.

**Keywords:** Principle of Independent and Impartial Court, Conscientious Opinion of the Judge, Serial Procedure, Request, Public Prosecutor.

## GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, 2020/35 esas, 2021/26 karar sayılı ve 31.3.2021 tarihli kararıyla, 5237 sayılı TCK'nın 250. maddesinde ve seri muhakeme düzenlemesinde yer alan, “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresini, Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu hükmünde, Cumhuriyet Savcısı tarafından belirlenen ve talepnamele gösterilen yaptırımın, Mahkeme'nin etkisiz kılınmak ve sadece usulü birkaç işlemi gerçekleştirdikten sonra savcının iradesi yönünde “*hüküm kurması*”nı Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini açıkça kabul etmiştir. Zira 250. maddenin 9. fıkrası mahkemeyi, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olup olmadığının tespiti hususlarında yetkili kılmış, bu hususlar tam ise, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurması konusunda bir takdir yetkisine yer vermemiştir. Bu ihtimalde, Mahkeme'nin savcının belirlediği yaptırımı tartışma yetkisi yoktur. Yargılama makamı ancak üçüncü fıkradaki şartların gerçekleşmemesi ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olmaması halinde talebi reddedebilir ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir.

Burada şüphelinin müdafî huzurunda dinlenmesi bakımından, savunma makamına, savunma hakkının kullandırılmasına ilişkin bir gayenin olduğunun söylenmesi mümkün olmadığı gibi, kovuşturma makamına sorgu yapma yahut yüz yüzelik, doğrudan doğruyalık, sözlülük veya alenilik ilkelerine göre yaptırımı belirleme yetkisinin verildiğini de ifade etmek mümkün değildir.

Mahkeme'ye, şüpheliyi müdafî huzurunda dinleme yetkisinin verilmesi, şüphelinin 250. maddede belirtilen usule göre davet edilip edilmediğinin, bilgilendirilmesinin usulüne uygun yapıp yapılmadığının, haklarının ve hukuki neticelerin kendisine anlatılıp anlatılmadığının, teklifin usulüne uygun yapıp yapılmadığının, teklifi kabul etmenin doğuracağı hukuki neticeleri anlayıp anlamadığının ve seri muhakeme usulünü ve talepte yer alan yaptırımı özgür iradesi ile kabul edip etmediğinin öğrenilmesi amacını taşımaktadır. Neticede bu konuda bir eksiklik söz konusu ise, eksikliklerin giderilmesi gerekçesiyle talepname iade edilecek, söz konusu eksiklik teklifin kabul edilmesinin şüphelinin özgür iradesine aykırı olduğu üzerine yahut 250. maddede belirtilen koşulların oluşmadığı yönünde ise talepname reddedilecektir<sup>1</sup>.

Yapacağımız çalışmada, seri muhakeme usulüne ayrıntılı bir şekilde girmeksizin, 250. madde metninde iptal edilen “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresini, yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılması ve hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesi ilkeleri bakımından inceleyecek, madde hükmünün ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüşümüze yer vereceğiz.

<sup>1</sup> Ercan Yaşar, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü”, Adalet Dergisi, Cilt: 2020/2, Sayı: 65, s. 281.

## **I. CMK’NIN 250. MADDE METNİNDE YER ALAN “TALEPTE BELİRLENEN YAPTIRIM DOĞRULTUSUNDA” İBARESİNİN KISA BİR DEĞERLENDİRİLMESİ**

7188 Sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 250. maddesi ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği (CMSMY) kapsamında, seri muhakeme usulü, ceza muhakemesi hukukumuzda dahil olmuştur. Söz konusu düzenlemenin yürürlüğe girmesi, beraberinde ciddi tartışmaları da gündeme taşımıştır. Zira söz konusu kuruma ilişkin Kanun ve Yönetmelik hükümleri kapsamında düzenlenen seri muhakeme usulü, Cumhuriyet Savcısı’na bir takım tartışmalı yetkiler vermiştir.

CMK’nın 250. maddesine göre seri muhakeme, soruşturma evresinin sonunda, Kanun’da tahdidi olarak sayılmış bazı suçlar<sup>2</sup> bakımından, şüphelinin bilgilendirilmesi üzerine ve müdafî huzurunda bu usulün uygulanmasını kabul ettiği hallerde cumhuriyet savcısına, kovuşturma makamının asli görevi olan ceza/güvenlik tedbiri yaptırımını (TCK m. 61’e göre) belirleme yetkisinin devredildiği bir usuldür. Dahası, hâkimin yetkisinde olan hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) kurumları da Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanabilmektedir<sup>3</sup>. Seri muhakeme usulü, soruşturma evresinde uygulanan bir kurum olup, kanun metni gereğince, yeterli delile ulaşan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi yahut kovuşturmayla yer olmadığı kararı vermeyen Cumhuriyet Savcısı’nın, iddianame düzenlemek yerine, yetkili ve görevli mahkemeye hitaben seri muhakeme talep yazısı (talepname) düzenlediği bir kurumdur. Eğer talepname Kanun ve Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş ise, mahkemenin (hâkimin), talepnameye gösterilen cezaya hükmetmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, mahkeme bu talepnameyi onaylamak zorundadır.

Pragmatik bakış açısıyla, makul sürede yargılanma hakkını tesis etmesi, şüpheliye ceza indirimi ve seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarını vadetmesi, ceza yaptırımına hükmedildiğinde muhakeme masraflarına ya da avukatlık vekalet ücretine maruz kalınmaması, aleni yargılamada halkla yüz yüze gelinmesini engellemesi, soruşturma/kovuşturma organları bakımından ise, muhakeme ekonomisine katkı sağlayarak yargının artan iş yüküne çözüm getirmesi ve ayrıca ağır suçların yargılanmasına daha fazla vakit ve

<sup>2</sup> a) Türk Ceza Kanunu’nda yer alan;

1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),
2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),
3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),
4. Gürültüye neden olma (madde 183),
5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),
6. Mühür bozma (madde 203),
7. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),
8. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228, birinci fıkra),
9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268), suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13’üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 93’üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2’nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun ek 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

<sup>3</sup> Ayrıca bkz. Uğur Ersoy, ‘Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 2, s. 860; Yaşar, s. 258, 259.

emek harcanması, kurumun olumlu yanları olarak görülmektedir. Diğer yandan, söz konusu usul, sözlülük, yüz yüzelik, halka açıklık, vicdani kanaatin huzura getirilmiş ve tartışılmış delillere dayanılarak oluşturulacağı ilkeleriyle çatışmaktadır<sup>4</sup>.

Demek ki kurumun uygulanması birtakım ilke ve haklardan taviz verilmesine neden olmaktadır. Ancak, taviz verilen bu ilke ve hakların, yargılanmakta olan kişinin adil yargılanma hakkını ortadan kaldırmaması, adil ve eşit muamelenin özüne dokunmaması, doğal hâkim ilkesi ile uyum içinde olması, hukuk devletine yaraşır ve keyfiyetten arınmış bir yargılama olması gerekmektedir<sup>5</sup>. Anayasa Mahkemesi, “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresini iptal ederken, “*Yargı Yetkisinin Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeler Tarafından Kullanılabileceği*” ilkesi ve hatta “*Masumiyet Karinesi*” bakımından da değerlendirme yapmıştır.

Şu hâlde, adı seri “*muhakeme*” olarak belirlenmiş olsa da kolektif bir süreci yansıtmaması, daha açık bir ifadeyle, savunma makamına sınırlı yetkiler verilmesi ve özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresinin, ilk derece mahkemesini adeta bir onay merciiine dönüştürülmesi, bu prosesi savcının tekeline gerçekleştirilen bir ceza belirleme süreci haline getirmiştir. Kurumun, ceza muhakemesi hukuku tabiatıyla bağdaşp bağdaşmayacağı, muhakeme hukukuna hâkim olan prensiplerin analiz edilmesiyle ulaşılabilecek bir kanaattir.

Çalışmamız kapsamında biz, “*Hâkimin Vicdani Kanaatine Göre Hüküm Vermesi*” ve “*Yargı Yetkisinin Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeler Tarafından Kullanılması*” ilkeleri kapsamında değerlendirme yaparak, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararı değerlendirmeyi uygun buluyoruz. Aşağıda önce söz konusu ilkelere ilişkin açıklamalar yapılacak sonra ise 2020/35 Esas 2021/26 Karar Sayılı ve 31.3.2021 Tarihli karar analiz edilecektir.

## II. YARGI YETKİSİNİN BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMELER TARAFINDAN KULLANILMASI

Yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde kullanılmasına ilişkin olarak iç hukukumuzda gerek Anayasal ve gerek ise yasal düzeyde gerekli düzenlemelere yer verilmiştir. Yine iç hukukumuzun bir parçası olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 6. maddesinin 1. fıkrasında<sup>6</sup> adil yargılanma hakkı kapsamında doğrudan ve 21. maddesinin 3. fıkrasında<sup>7</sup> dolaylı olarak, söz konusu ilke düzenlenmiştir.

Nitekim Anayasa’nın 9. maddesine göre, “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” Yine Anayasa’nın 138. maddesinde, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

<sup>4</sup> Mustafa Ruhan Erdem/ Cahide Şentürk, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 41, 2019, s. 575, 581 vd.; Ersoy, s. 858, 859; Yaşar, s. 258.

<sup>5</sup> Yaşar, s. 259.

<sup>6</sup> “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir...”

<sup>7</sup> “Yargıçlar görev süreleri içinde bağımsızlık, tarafsızlık ve tam gün çalışma esasına dayalı bir görevin gerektirdiği hazır bulunma koşulları ile bağdaşmayan hiçbir görev üstlenemezler; bu fıkranın uygulanmasından doğabilecek her sorun Mahkemece karara bağlanır.”

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” düzenlemesine yer verilmişken, m. 140/2’ye göre, “Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.”

Lafzi olarak bakıldığında, Anayasa’nın yargı bağımsızlığı ibaresini tercih etmiş olduğu görülmektedir. Esas olarak mahkeme ve hâkim kavramları farklı kavramlar olup, mahkeme yargı işlevinin yerine getirildiği makamı, hâkim ise yargı işlevini yerine getiren kişiyi ifade etmektedir. Ancak genellikle bu kavramlar birbirlerinin yerine kullanılmaktadır<sup>8</sup>. Mahkemeler her zaman tek hakimli olmadıkları için tüm üyelerin bağımsızlığını anlatmak üzere, Anayasa Koyucu bağımsız mahkeme ifadesini kullanmak suretiyle, asıl olarak bağımsızlığın hakimlere özgü bir nitelik olduğunu vurgulamıştır<sup>9</sup>. Bu anlamda yargı bağımsızlığının anlatmak istediği, hâkimin süje bağımsızlığıdır. Zira bağımsızlık makamın değil, tersine süjenin bir vasfıdır<sup>10</sup>.

Bağımsızlık, çatışan menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanması görevi yerine getirilirken hâkimin, muhakeme dışı etkilere kapılmadan karar verebilmesidir. Bu anlamda hâkim görevini yerine getirirken, hiçbir etki ve baskı altında kalmamalı, hiçbir kişi yahut merciden emir almamalı ve özgür olmalıdır. Bu ise, hakimlerin yasama, yürütme, yargı ve diğer hususlara karşı (basın, kamuoyu vs. gibi) korunmasını gerektirmektedir<sup>11</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatları kapsamında da bağımsızlık, mahkemenin yasama ve yürütme organlarının etki ve baskısı altında kalmaksızın, taraflarla herhangi bir bağının bulunmamasını ve hakimlerin görevlerini yaparken emir ve talimat almamalarını zorunlu kılmaktadır. Bağımsızlık, başka bir kişiden, kuruluş veya organdan talimat alınmamasını, özellikle yürütme organı ve uyuşmazlığın taraflarının etkisinde kalınmamasını gerektirir<sup>12</sup>. Yargı erkinin bağımsız kullanılabilmesi, talimat ve emir almama, karar vermede özgürlük, sorumsuzluk ve hukuka bağlılık unsurlarının birlikte gerçekleşebilmesine bağlıdır<sup>13</sup>. Hâkimler yalnızca kanuna bağlı oldukları için bağımsız olmak zorundadırlar. Hâkimlerin emir ve talimatlarla bağlı olmaksızın, objektif ve tarafsız karar vermeleri, yalnızca hukuka bağlı kalarak karar vermeleri halinde mümkündür<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Gökçen Topuz/ Belkıs Konan, ‘Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı’, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı: 66 (4), 2017, s. 775.

<sup>9</sup> Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, 2020, s. 647.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi açıklar. Hâkimlerin bağımsızlığı ise yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini amaçlar. Mahkemelerin bağımsızlığıyla hâkimlerin bağımsızlığı birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılması imkânsız ilkelere. Anayasa’nın mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik 138. maddesinde düzenlenen yasak ve yükümlülükler Anayasa’nın 140. maddesinin ikinci fıkrasında geçen bağımsızlığın anlamını açıklamaktadır.” AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/2/1989, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 25, Ankara, 2001, [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar\\_dergisi/kd\\_25.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf), (erişim tarihi 30.08.2021), s. 115.

<sup>10</sup> Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 348.

<sup>11</sup> Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, 2010, s. 540; Faruk Turhan, ‘Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları’, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/685837>, (erişim tarihi 28.06.2021), s. 132.

<sup>12</sup> Muharrem Özen, ‘Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri’, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 32.

<sup>13</sup> Özen, s. 33.

<sup>14</sup> Metin Yüksel, ‘Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/doc\\_dr\\_yuksel\\_metin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/doc_dr_yuksel_metin.pdf), (erişim tarihi 29.06.2021), s. 219.



Bağımsızlık, hâkimin adil bir karar vermesinde çok önemli bir ölçüt olmakla birlikte, tarafsız olmayan hâkimin, bu nitelikte bir karar verebileceği düşüncesi de kuşkuludur. Zira hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirlerinden farklı olmalarına karşın, aynı zamanda birbirleriyle iç içe bulunan kavramlardır. Gerçekten, bağımsız olmayan bir hâkimden tarafsız bir hüküm beklenmesi mümkün değildir<sup>15</sup>. Anayasa Mahkemesi de yargı bağımsızlığı ile hâkim tarafsızlığı arasında organik bir bağ kurmaktadır<sup>16</sup>. Diğer yandan hâkimin tarafsız olması, hâkim bakımından bir yükümlülüğün, uyuşmazlığın tarafları bakımından da bir haktır. Bu nedenle yargılamanın tarafsız olmayan bir hâkim tarafından görülüp, hükme bağlanması halinde bir temel hak ihlalinin söz konusu olabileceği de göz ardı edilmemelidir<sup>17</sup>.

İHAM tarafsızlığı, önyargı sahibi olmamak biçiminde tanımlamakta ve tarafsızlığın Mahkemeye göre, objektif ve sübjektif olmak üzere, iki yönü bulunduğuna vurgu yapmaktadır. Bunlardan sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin birey olarak tarafsız olmasıyken, objektif tarafsızlık ise, mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünümüdür<sup>18</sup>. Böylece hâkimin objektif ve taraflara eşit mesafede bulunması, adil karar verebilmesi açısından ikinci şartı oluşturmaktadır. Bu ilke gereğince hâkim, bu sefer muhakeme içi etkilere (hâkimin reddi/çekinmesi) ve kişiliğine karşı korunacak, taraflar bakımından sübjektif davranması söz konusu olmayacaktır<sup>19</sup>.

Tarafsızlık, bağımsızlık kadar Anayasa’da vurgu yapılan bir ilke değildir. Aslında bağımsızlık, tarafsızlığı sağlamanın bir aracı olarak görülmekle birlikte, Anayasa’da yer alan (m. 9) “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*” hükmü ile Hukuk Devleti İlkesi (m. 2) ve Adil Yargılanma Hakkı (m. 36), kapsamında yargılamanın tarafsız hakimlerce yapılmasını şart koşmakta ve tarafsızlığa da anayasal koruma sağlandığını göstermektedir<sup>20</sup>.

BM'nin 2001 yılında Hindistan'ın Bangalor kentinde belirlediği ve 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul ettiği “*yargı etiği ilkeleri*” olan Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat değerinden oluşmakta ve bu değerler hâkimleri bağlayıcı özellik göstermektedirler<sup>21</sup>. Bu ilkelerin kabul edilmesinin temel amaçlarından biri, hakimlerin sahip oldukları sorumlulukları etik değerlere uygun bir biçimde yerine getirmelerini sağlamaktır. Böylece etik açıdan da hâkimlerin hesap verebilir kılınmaları gündeme gelmektedir<sup>22</sup>.

Bağımsızlık ve tarafsızlık hâkimin nitelikleri olarak kabul edilmektedir. Ancak savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “*Budapeşte İlkeleri*” Avrupa savcılarının tarafsız ve objektif olmaları gerektiğini önemle vurgulamış olup, T.C. Hakimler ve Savcılar Kurulu da bu ilkelerin benimsenmesi için karar (10.10.2006 tarih ve 424 sayılı) alarak hâkim ve savcılarımızın bu ilkelere uymasını istemiştir. Yine 30714 sayı ve 14.03.2019 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”, hakim ve savcıların bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin prensipleri açıklamıştır<sup>23</sup>. Bunun yanı sıra, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) 20.11.2007 tarih ve E.2007/5-83, K.2007/244 sayılı kararında savcıların kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, ulusal

<sup>15</sup> Nur Centel, “Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”,

<http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf>, (erişim tarihi 28.06.2021), s. 1; Nur Centel, ‘Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar’, MÜHF-HAD, Cilt: 16. S. 1-2, s. 10 vd.; Turhan, s. 137.

<sup>16</sup> Ozan Ergül, ‘Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı’, TBB Dergisi, Sayı: 54, 2004, s. 250.

<sup>17</sup> Topuz/Konan, s. 776; Yüksel, s. 221.

<sup>18</sup> Centel, “Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, s. 1; Turhan, s. 134.

<sup>19</sup> Kunter/Yenisay/Nuhoglu, s. 549.

<sup>20</sup> Centel/Zafer, s. 658; Turhan, s. 136.

<sup>21</sup> Topuz/Konan, s. 787; Serdar Güleler, ‘Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 240.

<sup>22</sup> Turhan, s. 135; Güleler, s. 240.

<sup>23</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/03/20190314-4.pdf>, (erişim tarihi 30.08.2021).

hukuk normlarının yanı sıra evrensel anlamda kendilerini bağladığında kuşku bulunmayan Budapeşte İlkeleri'ne tabi olarak yerine getirmeleri gerektiğini açıklamıştır<sup>24</sup>.

Belirtmek gerekir ki savcının, yaptığı iş gereği tarafsız olması kolay değildir. Zira suç işlenmesiyle toplumsal denge bozulmakta, bozulan denge ise failin cezalandırılmasıyla düzeltilmektedir. Bu durumda, kamu adına iddia faaliyetini yürüten ve dengeyi sağlamakla yükümlü olduğuna inanılan bir makamın, kendini taraf olarak hissetmesi kaçınılmazdır. Diğer yandan soruşturmayı yürütmekte olan veya duruşmada bulunan savcının reddedilmesi söz konusu değildir. Oysa, delil toplama, delilleri değerlendirme görevini yaparken tarafsız davranmasının beklenmesi, savcıya karşı ret güvencesi bulunmasını gerekli kılar. Tarafalı savcının çekinmesini beklemek veya amire şikayetle yetinmek her zaman amaca uygun sonuç doğurmaz. Ancak savcının objektif olmaması adil yargılama ilkesini ihlâl edeceği gibi, Anayasa'da hakimler için öngörülen güvencelerin savcılar için de aynen benimsenmiş olması onların görevlerini yaparken özellikle yürütme organından gelebilecek etkilere karşı kendilerini koruyabilecek olanaklara sahip olmalarını sağlayacaktır<sup>25</sup>.

Kanaatimiz, toplumsal iddia makamını işgal eden savcının tarafsızlığı ile yargılama makamını işgal eden hâkimin tarafsızlığının aynı niteliğe sahip olmadığıdır. Her ne kadar savcının iddianame düzenlememe, şüphelinin aleyhine olduğu kadar lehine olan delilleri toplama (CMK m. 160/2), esas hakkındaki mütalaasında beraat talep etme yahut sanık hakkında lehe kanun yoluna başvurma (CMK m. 260/3) hak ve yetkisi olsa da hâkimin tarafsızlığının tabiatında olan “objektifliği” savcıdan beklemek mümkün görünmemektedir. Zira hâkim aynı zamanda bağımsızdır; ancak aşağıda daha ayrıntılı değineceğimiz üzere, savcının bağımsızlığı tartışmalıdır. Bağımsız olmayan bir süjeden tarafsız bir hüküm teklifi vermesini beklemek ise mümkün görünmemektedir.

Son olarak, savcının duruşma başladıktan sonra sanığın beraatını talep edebilmesi ve sanık lehine kanun yoluna başvurabilmesi, makam olarak iddia makamını işgal etmesini etkilememekte ve savcının muhakemede, en azından makam olarak iddia görevini üstlenmiş olduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>26</sup>.

### III. HÂKİMİN VİCDANİ KANAATİNE GÖRE HÜKÜM VERMESİ İLKESİ

Vicdani kanaat, yargılama makamının, duruşmada yapılan muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber olarak kullanarak (kişisel hislere, keyfiliğe değil, mantığa uygun bir değerlendirme yaparak) ve hukukun belirlediği usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi gerçeğin oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir. Yargılama makamında vicdani kanaat, mutlak değil, maddi gerçeğe ilişkin olarak oluşur<sup>27</sup>.

Kanaat sözlük anlamı itibarıyla kanı, inanç, düşünce anlamına gelir<sup>28</sup>.

Hâkim kanaati ise, maddi gerçek bakımından duruşmanın sonunda oluşan hâkimin kendi görüşü, düşüncesi ya da mütalaasıdır. Kanaat, hâkimin objektif gerçeklikten (delillerden) çıkan sübjektif bilgisi, anlayışıdır (kanaat). Bu açıdan bakıldığında kanaat, şüpheden tümüyle arınmış, hiç

<sup>24</sup> Kayıhan İçel, ‘Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” Işığında “Savcıyı Ret Sorunu”’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 7, Güz 2008, s. 33.

<sup>25</sup> Centel, ‘Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar’, s. 9, 10.

<sup>26</sup> Hakan Karakehya/ Murat Arabacı, ‘Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine’, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı: 65 (4), 2016, s. 2075.

<sup>27</sup> Hakan Karakehya, ‘Ceza Muhakemesinin Amacı’, İÜHFM, Cilt: LXV, Sayı: 2, 2007, s. 127; Veli Özer Özbek, ‘Ceza Muhakemesinde Hâkimin Vicdani Kanaati’,

<http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA16-O%CC%88zbek.pdf>, (erişim tarihi 01.07.2021), s. 284.

<sup>28</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (erişim tarihi 2.07.2021).

kimse tarafından şüphelenilmeyen, matematiksel bir doğruya veya mutlak bir kesin bilgiye dayalı, karşı düşünceyi tümüyle ortadan kaldıran bir bilgi değildir. Ancak, burada kesine yakınlıktan söz etmek mümkündür<sup>29</sup>. Bu kesine yakınlık mevhumu ise, olayın ispatlanması bakımından, kanaat oluşturma görevini üstlenen makamın, o olayın varlığı ve süreci hakkında ikna edilmesidir<sup>30</sup>. Yani, hâkimin kanaati düşünsel olarak meşru ya da sadece yaşam tecrübelerine göre mümkün olan mülahazalara da dayanabilir. Hatta bir başka hâkim tarafından yenilmesi mümkün olmayan şüpheyne rağmen, davaya bakan hâkimin karar verme özgürlüğü kanaat içerisinde değerlendirilir<sup>31</sup>. Önemli olan, akli rehber olarak bir düşünme sürecinin geçirildiğinin açıkça hükmün gerekçesinden anlaşılmasıdır<sup>32</sup>.

Hâkim, belirli bir konunun sabit olduğu yönündeki hükmünü tam bir inanışla vermelidir. Bu, edinilen kanaate “*vicdani*” olma özelliğini verir<sup>33</sup>. Geçmişte gerçekleşen ve ceza muhakemesini ilgilendiren olayın nasıl gerçekleştiğinin ortaya konulabilmesinin tek yolu, olaydan arta kalan izlerin, olayla ilgili belge ve tanıkların yardımından faydalanmak olduğundan, maddi gerçek, ancak onu yansıtan delillerin yardımıyla bulunabilir<sup>34</sup>. Bir başka ifadeyle, ceza muhakemesi hukukunda vicdani kanaat, delilleri takdir yetkisi ile ilintilidir<sup>35</sup>. Ancak vicdani delil ile vicdani kanaat aynı şey değildir. Vicdani delil, ceza muhakemesinde delil serbestliğini ifade ederken, vicdani kanaat delillerin serbestçe takdir edilerek bir kanaat oluşturulmasıdır. Bir başka ifadeyle, vicdani kanaatin, delil serbestliği ilkesinin bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür<sup>36</sup>.

Böylece, vicdani kanaat oluşturma sürecinde olay mahkemesi hâkimi, ispat edilmesi gereken hususları tahlil etmekte, lehe vealeyhe bütün şartların eleştirel bir değerlendirmesini yapmaktadır<sup>37</sup>. Eğer yargıç, deliller yardımıyla, cezai uyumsuzluğa konu olan olaya ilişkin olarak, gerçeğe dayanan şüpheyi yenmişse, vicdani kanaate ulaşmış ve dolayısıyla maddi gerçeği bulmuş demektir. Ancak söz konusu delillerin, uyumsuzluk konusu fiilin nasıl gerçekleştiğine ilişkin hâkimde bir vicdani kanaat oluşturmadığı durumlarda, ceza muhakemesinde geçerli olan “*Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi*” gereğince, sanık hakkında beraat hükmü verilir<sup>38</sup>. Böylece, vicdani kanaatin delil değil, delilin sınırı, yani mevcut delillerin değerlendirilmesinde hâkimin elinde olan bir araç olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira hâkim, tek başına yalnızca vicdani kanaatine dayanarak karar vermez; kanaat delillerle oluşur<sup>39</sup>.

Bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz üzere, Anayasa’nın 138. maddesi, hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri açıkça düzenlemiştir. Böylece aslında, delillerin serbestçe değerlendirilip vicdani kanaat

<sup>29</sup> Özbek, s. 285, 286.

<sup>30</sup> Centel/Zafer, s. 796.

<sup>31</sup> Özbek, s. 285, 286.

<sup>32</sup> Aynı yönde bkz. Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/DOGAN-GEDIK.pdf>, (erişim tarihi 1.07.2021), s. 920.

<sup>33</sup> Özbek, s. 284.

<sup>34</sup> Karakehya, s. 127; Gedik, s. 917, 946.

<sup>35</sup> Özbek, s. 283.

<sup>36</sup> Özbek, s. 283, 284; Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 1327.

“Ceza muhakemesinde her şey delil olabilir, yani delil serbestliği geçerlidir. Bununla birlikte hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Hâkim, delil olarak ileri sürülen hususların delil olabilme yani ispat değerini vicdani kanaatiyle serbestçe takdir eder. Buna da delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi denilir.” Gedik, s. 916; Aynı yönde Centel/Zafer, s. 796.

<sup>37</sup> Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 1327.

<sup>38</sup> Karakehya, s. 127.

CMK m. 217/2: “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.”

<sup>39</sup> Özbek, s. 284.

oluşma sürecinin, hâkimin bağımsızlığıyla ne denli ilişkili olduğu da ortaya çıkmaktadır<sup>40</sup>. Bağımsız olmayan, iç ve dış etkilere açık olan bir sistemde hâkimin, delilleri serbestçe değerlendirerek kendi vicdani kanaatini oluşturabildiği iddia edilemez. Zira bu tür bir olasılıkta, hâkimin kanaat edinme süreci, akılcı fikir yürütme yollarının kullanılmasından ziyade, bağımlı bulunduğu etkenler altında gerçekleştirilen bir faaliyete dönüşür. Bu da hâkim tarafından yapılması ve onun zihninde gerçekleşmesi gereken düşünsel faaliyetin, dış etkenlerce gerçekleştirilmesi ve sonuç olarak bu etkenlerin kendi inanış, düşünce yahut mütalaasına dayalı bir yargılama yapılması anlamına gelir. Bu ihtimalde, kurulan hüküm de objektif gerçeklere dayanan hâkimin sübjektif düşünce ya da anlayışı olmaz.

#### IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Yargı Yetkisinin Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeler Tarafından Kullanılması ve Hâkimin Vicdani Kanaatine Göre Hüküm Vermesi İlkeleri Bakımından Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında seri muhakeme usulünü, ceza usul hukuku alanında alternatif bir çözüm yolu olarak nitelendirmiştir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, kanun koyucunun, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi sistemin uygulanacağını belirlenmesinde takdir yetkisi bulunduğunu ancak bunu, Anayasa'nın temel ilke ve kurallarına bağlı kalmak koşuluyla uygulamak zorunda olduğuna vurgu yapmıştır. Yani, kanun koyucu, klasik ceza muhakemesi sürecine, daha çok onarıcı adalete ve mahkemelerin dosya yükünü azaltmaya hizmet eden kurumlar (uzlaştırma, ön ödeme, seri muhakeme, basit yargılama) öngörebilir; ancak söz konusu kurumların düzenlenme şekli, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerini ortadan kaldıracak şekilde uygulanamaz. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, kurumun tamamını değil, madde metninde yer alan “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresini, mahkemenin yalnızca Cumhuriyet savcısının talepten belirlendiği yaptırımla bağlı kalarak dosyanın esasına yönelik değerlendirme yapma ve gerektiğinde müdahalede bulunma imkânına sahip olmaması, yargısal yetkinin kullanımıyla doğrudan ilgili olan hâkimin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun vicdani kanaatine göre delilleri takdir ederek maddi gerçeğe ulaşma ve nihayetinde kesin hüküm verme faaliyetini sınırlamasını, Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerinde düzenlenen yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesi ilkelerine aykırı bulmuştur.

Benzer şekilde Yüksek Mahkeme, mahkemenin Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmak zorunda bırakılmasını, savcının failin suçluluğunu tespit etme, ceza miktarını belirleme (seçenek yaptırıma çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbiri uygulama) gibi faaliyetlerini denetleme, gerektiğinde 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesi kapsamında yeniden hüküm tesis etmek suretiyle yaptırıma müdahale etme imkânını ortadan kaldırdığı ve bu durumun mahkemenin yargı yetkisinin kısıtlanması sonucunu doğurduğu gerçeğini de oldukça yerinde bir şekilde tespit etmiştir.

Kanaatimiz, Anayasa Mahkemesi hükmünün, bu açıdan doğru olduğu yönündedir. Nitekim, hâkimin bağımsız-tarafsız olarak vicdani kanaatine göre hüküm vermesi kuralı, söz konusu düzenlemeyle tamamen ortadan kaldırılmıştır. Hâkim, adeta savcıya bağımlı kılınmış, savcılık makamı ise hem iddia hem de adeta yargılama makamlarını kendi bünyesinde toplamıştır. Bu özelliği ile kurum tahkik sistemini<sup>41</sup> de anımsatmaktadır.

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. Özbek, s. 283; Gedik, s. 918.

<sup>41</sup> S. Sinan Kocaoğlu, ‘Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/3, Yıl: 68, s. 129 vd.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bağımsız olmayan, iç ve dış etkilere açık olan bir sistemde hâkimin, delilleri serbestçe değerlendirerek kendi vicdani kanaatini oluşturabildiği iddia edilemez. Zira bu tür bir olasılıkta, hâkimin kanaat edinme süreci, akılcı fikir yürütme yollarının kullanılmasından ziyade, bağımlı bulunduğu etkenler altında gerçekleştirilen bir faaliyete dönüşür. Bu da hâkim tarafından yapılması ve onun zihninde gerçekleşmesi gereken düşünsel faaliyetin, dış etkenlerce gerçekleştirilmesi ve sonuç olarak bu etkenlerin kendi inancı, düşünce yahut mütalaasına dayalı bir yargılama yapılması anlamına gelir. Bu ihtimalde, kurulan hüküm de objektif gerçeklere dayanan hâkimin sübjektif düşünce ya da anlayışı olmaz.

İnceleme konumuz madde metni açısından, savcının düzenlediği “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” karar verecek olan hâkimin, akılcı fikir yürütme, zihninde bir düşünsel faaliyet oluşturarak kendi hükmünü oluşturması bir yana, savcının belirlediği yaptırımı değiştirme yahut tetkik etme yetkisi bile yoktur. Bu düzenleme Mahkeme’ye en azından, varılan anlaşmayı uygun bulup bulmama konusunda takdir yetkisi vermeli, muhakeme süjelerine görüşlerini bildirme fırsatı da tanımalıydı. Hatta TCK’nın 61. maddesinin uygulanarak yaptırımın belirlenmesi hususunda sadece maddi hatalar bakımından değil (CMSMY m. 13/2-b) alt ve üst sınırı arasında temel cezanın belirlenmesi, 50. madde kapsamında cezanın seçenek tedbirlere çevrilmesi halinde, çevrilen seçenek tedbirin uygunluğu, 51. madde kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanıyorsa, uygulanan tedbirin uygunluğu konularında, 231. ve 51. maddeler birlikte uygulama koşullarına sahip olup da 231. maddenin daha lehe olmasına rağmen uygulanmaması ihtimallerinde Mahkeme’ye en azından talepnameyi iade etme yetkisi tanınmalıydı. Oysa bu hususta Yönetmelik sadece objektif koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığında talepten iade edilebileceğini düzenlemiştir.

Diğer yandan, bu ibare iptal edilmeden önce, seri muhakeme sonucunda verilecek hükmün ya mahkûmiyet yahut dosyanın Başsavcılığa geri gönderilmesi olacağı yönünde görüşler vardı<sup>42</sup>. Halbuki, koşulları gerçekleştiğinde Mahkeme’nin, örneğin dosya zamanaşımına uğradığında düşme kararı verebilmesi gerekir. Yine benzer şekilde davanın reddi, ceza verilmesine yer olmadığı ve hatta derhal beraat kararı verme koşullarının oluştuğu diğer hallerde de Mahkeme’nin bu kararlara hükmedebilme yetkisi olmalıdır.

Bu konuda olumlu görülebilecek bir düzenleme, Yönetmelik’in 13/2,ç maddesine göre teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmeyen talepten iade edilebileceği hususudur. Zira bu ihtimalde Mahkeme’ye bir takdir hakkı tanınmıştır. Diğer yandan, güvenlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin objektif şartlarda hata yapılmış ise yahut bu hususta eksiklik söz konusuysa Mahkeme’nin talepnameyi iade edebilmesi mümkün olmalıdır.

Aynı şekilde Mahkeme, suçun hukuki niteliği konusunda da bir takdir hakkına sahip olmalıdır. Seri muhakeme, her ne kadar şüphelinin talepten iade gösterdiği rıza ile uygulanıyor olsa da en azından şüphelinin lehine olacak hususlar bakımından, yine rıza dahilinde, yaptırımın belirlenmesi yoluna gidilebilmelidir.

## B. Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü Bakımından Değerlendirme

Çalışmamız kapsamında Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesinde değinmemiş olduğu bir konuya değinmek istiyoruz. Zira kanaatimiz, bu karar bakımından hâkim bağımsızlığı-tarafsızlığı kadar, savcı bağımsızlığı-tarafsızlığı üzerinde durulmaması, eksiklik yaratmıştır. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcılarının bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kısaca tartışmak ve bu kapsamda ceza/güvenlik tedbirlerini belirleme yetkilerine değinmek gerekmektedir.

5271 Sayılı Kanun gereğince savcı, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar; (CMK m. 160/1) bir başka ifadeyle savcı, soruşturmayı başlatır. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, bu kez

<sup>42</sup> Erdem/Şentürk, s. 597.

Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler; (CMK m. 170/2) bir başka ifadeyle soruşturmayı yürütür/devam ettirir. Diğer yandan, savcının duruşmalarda hazır bulunma ve esas hakkında mütalaasını hazırlama görevi vardır. (CMK m. 188, 216).

Şu hâlde Cumhuriyet savcısının asıl işlevi, soruşturmayı yürütmek ve kovuşturma sırasında iddia makamını işgal etmektir. Yani savcının uyuşmazlığı yargılamak ve vereceği hükümle onu çözüme kavuşturmak gibi bir faaliyeti yoktur; o, uyuşmazlığı, çözmesi için yargılama makamı önüne götürmekte bu nedenle de savcının görevi yargısal olarak nitelendirilememektedir. Ön ödeme ve uzlaşma gibi alternatif çözüm yollarının söz konusu olduğu hallerde ise savcı, yine yargılama yapmamakta, sadece kanunun verdiği yetkiye dayanarak uyuşmazlığı yargılama makamı önüne götürmeden ve yargılamadan, muhakemeyi sona erdirmektedir. Ancak, soruşturmayı yürüten, kamu davasını açan, gerekli hallerde ön ödemeye karar veren ve kanun yollarına başvurabilen savcının, adli nitelikte bir faaliyet gerçekleştirdiği de yadsınamaz. Böylece, savcı ne yasama ne de yargı organı olduğuna göre yürütme erkinin içinde bir organ olarak kabul edilebilir. Nitekim yaptığı iş hem yürütme hem de yargı faaliyetine ilişkin olduğundan, adli alana ilişkin idari bir faaliyet yürüttüğünü söylemek mümkündür<sup>43</sup>. Bir an için savcının yargılama makamı olduğu düşünüldüğünde bile, Anayasa'nın 2. maddesinin zorunlu sonucu olarak savcının bağımsızlığının da sağlanması gerekir. Ancak hukuk sistemimizde savcılarının bağımsızlığı bulunmamakta, savcılar, en azından başsavcıya bağlı olarak çalışmakta ve ondan emir almaktadırlar. Anayasa'da mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenmiş (Any. m.138), savcılarının bağımsızlığına ilişkin herhangi bir hükme ise yer verilmemiştir<sup>44</sup>. Savcılara da azlolanamamaları, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye ayırlanamamaları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve özlük haklarından yoksun kılınamamaları teminatlarının verilmesi bu gerçeği değiştirmemektedir<sup>45</sup>.

Görülmektedir ki hukuki statüsü bakımından yürütmeye dahil olan savcılarının, seri muhakeme yapılırken ceza yaptırımını belirlemeleri esnasında ne kadar bağımsız-tarafsız olabileceği, soru işareti yaratmaktadır. Zira bağımsızlık, hâkime hasredilen bir özelliktir. Savcılar bağımsız değildir; bu nedenle hakimlere uygulanan hükümlerle savcılara uygulanan hükümler farklılık gösterir<sup>46</sup>.

Bağımsızlık, yukarıda da değindiğimiz üzere ve oldukça özet bir tanımla, hâkimin dış etkenlere karşı korunarak, özgürce bir karar vermesidir. Tabiidir ki savcı, Yürütme organının altında işlev görmekle birlikte, Adalet Bakanı'nın memuru gibi çalışan bir adli idari organ değildir. Ancak bugün hala Adalet Bakanı'nın şu ya da bu şekilde hiyerarşik bakımdan üst olmasa dahi, savcıya etkide bulunduğu bir gerçektir ve bu, bağımsızlığı alabildiğine etkilemektedir. Adalet Bakanlığı müfettişlerinin, savcılarının yapmış oldukları soruşturmalarda ve diğer işlemlerde, bunları disiplin soruşturmasına konu edebilmelerinin, bağımsızlık ilkesine karşı olumsuz bir durum yarattığı ifade edilmektedir<sup>47</sup>.

Diğer yandan, savcılarının başsavcılıkla olan fiili ve hukuki durumu da savcı bağımsızlık-tarafsızlığı ile hâkim bağımsızlık-tarafsızlığının aynı nitelikte olmadığını göstermektedir. Nitekim 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri hakkındaki Kanun'un 18. maddesi uyarınca, İl Cumhuriyet başsavcısının Ağır Ceza Mahkemesi çevresindeki Cumhuriyet savcıları üzerinde, Asliye Ceza Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısı'nın ise, o yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları üzerinde denetim ve gözetim yetkisi bulunmaktadır.

<sup>43</sup> Karakehya/Arabacı, s. 2067.

<sup>44</sup> Karakehya/Arabacı, s. 2068, 2069.

<sup>45</sup> Yargı bağımsızlığı ve hâkim-savcı teminatına Hakimler Savcılar Kurulu'nun (HSK), bu kurulun yapısı ve çalışma biçimi nedeniyle etkisine dair eleştiriler için bkz. Yüksel, s. 252 vd.

<sup>46</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 540, 541.

<sup>47</sup> Köksal Bayraktar, 'Bir Adli Organ Olarak Savcılık', Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 110, TBB IHAUM dizisi: 6, s. 340, 341.

Ayrıca, Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcılarının iş bölümünü belirleme yetkisi bulunmakta olup, dosyayı bir savcıdan alarak başka bir savcıya verme veya bir savcıyı Cumhuriyet başsavcılığı bünyesindeki başka bir birimde görevlendirme yetkisine sahiptir. (Bunlar idari bir işlem niteliğinde olup, idari yargı denetimine açık nitelikteki kararlardır.) Cumhuriyet başsavcısına verilen bu yetkiler, Cumhuriyet savcılarını Cumhuriyet başsavcısına tabi konuma sokmaktadır. Ayrıca, adli işler açısından da bakıldığında, CMK Cumhuriyet başsavcısına, Cumhuriyet savcısı tarafından tanzim edilen iddianame veya takipsizlik kararları üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunma yetkisi vermediği halde, uygulamada ilgili işlemler Cumhuriyet başsavcısının “*görüldü*” işleminden sonra hüküm ifade etmektedir. Yani Cumhuriyet başsavcısı ilgili kararın hukuken varlık kazanmasını engelleyebilmekte veya içeriğini değiştirilebilme olanağına sahip olmaktadır. Bu işlemler de Cumhuriyet başsavcısının denetim ve gözetim yetkisine dayandırılmaktadır<sup>48</sup>. Şu hâlde, savcının bağımsız olmadığı ortadadır.

Tarafsızlık bakımından ise, İHAM’ın tarafsızlığı, önyargı sahibi olmamak biçiminde tanımladığını ve tarafsızlığın Mahkemeye göre, objektif ve sübjektif olmak üzere, iki yönü bulunduğunu ifade etmiştik. Bunlardan sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin birey olarak tarafsız olmasıyken, objektif tarafsızlık ise, mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünümüdür. Bu açık tanımdan, savcının tarafsız olamayacağı sonucu da çıkmaktadır. Zira seri muhakemenin iptal kararı öncesindeki uygulaması bakımından, ilk olarak, bağımsız olamayan bir kurum tarafsız olamaz. İkinci olarak ise hem delil araştırması yapıp hem de cezayı belirleyen (TCK m. 61 kıstaslarını uygulayarak) ya da bu cezayı erteleme, seçenek tedbirlere çevirme yahut hükmün açıklanmasını geri bırakma takdir yetkilerini elinde bulunduran süje, birey olarak tarafsızlığını da koruyamaz.

Doktrinde bu yargılama usulünde iddia makamının cezaya tek başına hükmetmediği, aksine şüphelinin spesifik bir yaptırım ile yaptırma tabi tutulmasının mahkemeden talep edildiği savunulmaktadır<sup>49</sup>. Biz bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira, Mahkeme objektif koşulların varlığı halinde, belirlenen cezayı onaylayan bir onam merci haline dönüştürülmüştür. Bu da fiili olarak, savcının cezaya tek başına hükmettiği anlamına gelir.

## SONUÇ

- Anayasa Mahkemesi, ceza muhakemesi sürecinde tabiatı itibarıyla bağımsız-tarafsızlık ve vicdani kanaatine göre karar verme niteliğini haiz mahkemelerin işlevsizleştirilmesini, Anayasa’nın 9., 138. ve 140. maddeleri bakımından hukuka aykırı bulmuştur. Kanaatimizce de bu karar oldukça yerindedir. Zira,

- Söz konusu düzenlemeyle, savcının düzenlediği “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” karar verecek olan hâkimin, akılcı fikir yürütme, zihninde bir düşünsel faaliyet oluşturarak vicdani kanaate ulaşması bir yana, savcının belirlediği yaptırımı değiştirme yahut tetkik etme yetkisi bile yoktur. Bu düzenleme Mahkeme’ye en azından, varılan anlaşmayı uygun bulup bulmama konusunda takdir yetkisi vermeliydi. Hatta TCK’nın 61. maddesinin uygulanarak yaptırımın belirlenmesi hususunda sadece maddi hatalar bakımından değil (CMSMY m. 13/2-b) alt ve üst sınırı arasında temel cezanın belirlenmesi, 50. madde kapsamında cezanın seçenek tedbirlere çevrilmesi halinde, çevrilen seçenek tedbirin uygunluğu, 51. madde kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanıyorsa, uygulanan tedbirin uygunluğu konularında, 231. ve 51. maddeler birlikte uygulama koşullarına sahip olup da 231. maddenin daha lehe olmasına rağmen uygulanmaması ihtimallerinde,

<sup>48</sup> Mustafa Paksoy, ‘Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi’, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), Sayı: VII – I, 2014, s. 52.

<sup>49</sup> Yaşar, s. 285.

Mahkeme'ye en azından talepnameyi iade etme yetkisi tanınmalıydı. Oysa bu hususta Yönetmelik sadece objektif koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığında talepten iade edilebileceğini düzenlemiştir.

- Söz konusu ibare iptal edilmeden önce, seri muhakeme sonucunda verilecek hükmün ya mahkûmiyet yahut dosyanın Başsavcılığa geri gönderilmesi olacağı yönünde görüşler vardı. Mahkeme koşulları gerçekleştiğinde 223. maddede belirtilen hüküm çeşitlerine karar verebilmelidir.

- Mahkeme, suçun hukuki niteliği konusunda da bir takdir hakkına sahip olmalıdır. Seri muhakeme, her ne kadar şüphelinin talepnameye gösterdiği rıza ile uygulanıyor olsa da en azından şüphelinin lehine olacak hususlar bakımından, yine rızaya dayalı olmak suretiyle, yaptırımın belirlenmesi yoluna gidilmelidir.

- Cumhuriyet savcıları gerek hukuki ve gerek ise fiili açıdan ne bağımsız ne de tarafsızdırlar. Bu nedenle, “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresi, savcının seri muhakemeyi bağımsız ve tarafsız bir şekilde yürütme imkanının olmaması nedeniyle de hukuka aykırıdır.

## KAYNAKÇA

- BAYRAKTAR**, Köksal, ‘Bir Adli Organ Olarak Savcılık’, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 110, TBB IHAUM dizisi: 6, s. 340, 341.
- CENTEL**, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, 2020.
- CENTEL**, Nur, “Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”,  
<http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf>, (erişim tarihi 28.06.2021).
- CENTEL**, Nur, ‘Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar’, MÜHF-HAD, Cilt: 16, Sayı: 1-2.
- ERDEM**, Mustafa Ruhan/ ŞENTÜRK, Cahide, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 41, 2019.
- ERSOY**, Uğur, ‘Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 2.
- GEDİK**, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”,  
<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/DOGAN-GEDIK.pdf>, (erişim tarihi 1.07.2021).
- GÜLENER**, Serdar, ‘Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 20, Yıl: 2011.
- İÇEL**, Kayıhan, “‘Savcılar İçin Etik Ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları’ Budapeşte İlkeleri” Işığında “Savcı Ret Sorunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 14, Yıl: 7, Güz 2008.
- KARAKEHYA**, Hakan/ARABACI, Murat, ‘Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine’, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı: 65 (4), 2016.
- KARAKEHYA**, Hakan, ‘Ceza Muhakemesinin Amacı’, İÜHF, Cilt: LXV, Sayı: 2, 2007.
- KOCAOĞLU**, S. Sinan, ‘Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafı’, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 2010/3.
- KUNTER**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989.
- KUNTER**, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, 2010.



- ÖZBEK**, Veli Özer, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Vicdani Kanaati”, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA16-O%CC%88zbek.pdf>, (erişim tarihi 01.07.2021).
- ÖZEN**, Muharrem, ‘Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/1, Yıl: 68.
- PAKSOY**, Mustafa, ‘Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi’, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), Sayı: VII – I , 2014.
- TOPUZ**, Gökçen/ **KONAN**, Belkıs, ‘Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı’, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı: 66 (4), 2017.
- TURHAN**, Faruk, “Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/685837>, (erişim tarihi 28.06.2021).
- YAŞAR**, Ercan, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü’, Adalet Dergisi, Cilt: 2020/2, Sayı: 65.
- YÜKSEL**, Metin, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/doc\\_dr\\_yuksel\\_metin.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/doc_dr_yuksel_metin.pdf), (erişim tarihi 29.06.2021).

## COVID-19 TEDBİRLERİ KAPSAMINDA UYGULANAN MASKE TAKMA ZORUNLULUĞUNUN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

### The Obligation to Wear a Mask Implemented in the Scope of COVID-19 Measures Evaluation within the Limitation of Fundamental Rights and Freedoms Regime

*Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BAĞRIÇIK\**

#### Özet

Tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 pandemisiyle mücadele kapsamında ülkeler salgınla mücadele edebilmek için çeşitli tedbirler almaktadır. Ülkemizde de bu mücadele halen sürdürülmektedir. Bu çerçevede ülkemizde uygulanan tedbirlerden birisi de açık ve kapalı alanlarda maske takma zorunluluğudur. Uygulanan bu tedbir birçok temel hak ve özgürlüğün sınırlanması anlamına gelmektedir. Bunlardan bazıları, Anayasanın 19'uncu maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği, 23'üncü maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat hürriyeti, 34'üncü maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkıdır. Dolayısıyla maske takma zorunluluğu tedbiri, temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması rejimi çerçevesinde bir değerlendirmeyi hak etmektedir.

Söz konusu tedbir ülkede yürürlükte bulunan olağan dönem koşulları altında getirilmiştir. Dolayısıyla inceleme öncelikle olağan dönem hukuk normları kapsamında yapılacaktır. Daha sonra olağanüstü hâl ilan edilse idi böyle bir tedbir mevcut hukuk normları kapsamında alınabilir miydi sorusunun cevabı değerlendirilecektir. Bu değerlendirme, olağanüstü halin ilan edilmesi halinde uygulanması gereken 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ve bu dönemde çıkarılabilecek olan olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnamesi kapsamında yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** COVID-19 Pandemisi, Maske Takma Mecburiyeti, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması, İdari Tedbirin Kanuniliği, Olağanüstü Hâl.

#### Abstract

Within the scope of the fight against the COVID-19 pandemic, which affects the whole world, countries take various measures to get rid of the epidemic. In this context, one of the measures implemented in our country is the obligation to wear masks in the public sphere. This measure means the restriction of many fundamental rights and freedoms. Some of these are personal freedom and security regulated in article 19, freedom of residence and travel regulated in article 23, and the right to organize meetings and demonstrations regulated in article 34 of the constitution. Therefore, the measure of obligation to wear a mask should be evaluated within the framework of the restriction of fundamental rights and freedoms.

This measure was brought under the ordinary conditions in the country. Therefore, firstly the examination will be made within the scope of ordinary legal norms. Later, if a state of emergency had been declared, the answer to the question of whether such a measure could have been taken within the scope of current legal

\* Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, [ahmetbagriacikk@gmail.com](mailto:ahmetbagriacikk@gmail.com), Orcid: 0000-0001-9288-2343.

norms will be evaluated. It will be done within the scope of the Law No. 2935 on the State of Emergency and the extraordinary presidential decree that may be issued in this period.

**Keywords:** COVID-19 Pandemic, Obligation to Wear a Mask, Limitation of Fundamental Rights and Freedoms, the Legality of the Administrative Measure, State of Emergency.

## GİRİŞ

Tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 pandemisiyle mücadele kapsamında ülkeler salgını bertaraf edebilmek amacıyla çeşitli tedbirler almaktadır. Bu çerçevede ülkemizde de sokağa çıkma yasağı, toplu taşımada yaş ve saat sınırlaması, kamu ve özel sektörde esnek çalışma modeli vb. tedbirler uygulanmaktadır. Uygulanan tedbirlerden birisi de açık ve kapalı alanlarda uygulanan maske takma zorunluluğudur. Uygulanan bu tedbir birçok temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bilindiği üzere, 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrası temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Maske takma zorunluluğu nedeniyle örneğin, maske edinmemiş bir kişinin kamusal alanda bulunması yasak olduğu için kişi özgürlüğü hakkı engellenmektedir. Dolayısıyla maske takma zorunluluğu tedbirinin, temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması rejimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda alınan tedbirin kanuni dayanağının varlığı ya da tedbire dayanak olarak gösterilen kanun hükümlerinin tedbirin alınmasına uygunluğu sorgulanmayı hak etmektedir. Çünkü maske takma zorunluluğuna genellikle 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili maddeleri dayanak gösterilmektedir. Ayrıca tedbir nedeniyle yapılan sınırlamanın, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olup olmadığı da incelenmektedir.

Söz konusu tedbir ülkede yürürlükte bulunan olağan dönem koşulları altında getirilmiştir. Dolayısıyla inceleme olağan dönem hukuk normları kapsamında yapılacaktır. Buna karşın olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetleri sınırlandırma rejimi Anayasada ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle, ilgili tedbirin olağanüstü hallerde alınıp alınamayacağı da cevaplanması gereken ayrı bir sorudur. Çünkü olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hususunda Anayasanın 15'inci maddesi uyarınca, belirli istisnalar haricinde ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Anayasanın 119'uncu maddesine göre, olağanüstü hallerde uygulanacak tedbirlerin ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş ve bu doğrultuda 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu çıkarılmıştır. Olağanüstü hâl ilanının ardından Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de ilgili tedbirin alınıp alınamayacağı sorusu kapsamında değerlendirilecektir.

Değerlendirmeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki, bu çalışmada amaç yetkililerin salgın hastalığı bertaraf etmek için aldıkları tedbirleri eleştirmek değildir. Arzu edilen şey alınan tedbirlerin aynı zamanda hukuka da uygun olmasının yöntemini ifade etmektir.

## I. TEDBİRİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE ETKİSİ

### A. Genel Olarak

COVID-19 ile mücadele kapsamında tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de 2020 yılının ilk aylarında<sup>1</sup> vakaların görülmeye başlamasından itibaren bir dizi tedbir uygulanmaya başlanmıştır. Ülkeye giriş çıkışların sınırlandırılması<sup>2</sup>, müzik-eğlence mekânlarının faaliyetlerinin durdurulması<sup>3</sup>, yüksek risk altında bulunan belirli yaş üstü kişilere uygulanan sokağa çıkma yasağı<sup>4</sup> uygulanan ilk tedbirlerdendir. Salgının bu döneminde maske takma zorunluluğu gündeme dahi gelmemiştir. Aksine bu dönem içerisinde salgınla mücadele kapsamında maske takmanın bir tedbir olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü, 2020'nin Mart ayında hasta olmayan kişilerin maske takmasına gerek olmadığını rapor etmiştir<sup>5</sup>. Zira hasta olmayan kişilerin maske takmasının pandemiyle mücadeleyi sekteye uğratacağı savunulmuştur<sup>6</sup>.

Buna karşın Türkiye'de 2020'nin Nisan ayında ilk maske takma zorunluluğu İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi ile ilan edilmiştir<sup>7</sup>. Bu zorunluluk ilk etapta sadece pazar yeri, market ve toplu olarak çalışılan işyerlerinde bulunan kişiler ve pazarlarda satıcılar için geçerli iken daha sonra il hıfzıssıhha kurullarının il bazında aldıkları kararlar ile genişletilmiştir<sup>8</sup>. Görüldüğü üzere dolaylı olarak birçok temel hak ve hürriyetin doğrudan veya dolaylı olarak sınırlandırılmasına neden olan maske takma zorunluluğu, iç işleri bakanlığının genelgesi veya il umumi hıfzıssıhha kurullarının kararları ile alınmış bir tedbirdir.

2001 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrası Anayasanın 13'üncü maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için öncelikle kanunla düzenleme yapılmalı ve ilgili temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede sınırlamaya izin verilmiş olmalıdır. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin Anayasanın ilgili maddesinde bir kayıt olmaması halinde dahi o hakkın sınırlandırılabilirliğine yönelik görüşler mevcuttur. Buna göre, her temel hakkın kendi bünyesinde ve içeriğinde belirli bir sınırlama mevcuttur ve bu sınır hakkın koruduğu alana dışarıdan bir müdahale sonucu oluşmaz<sup>9</sup>. Hak zaten sınırlı bir şekilde doğmuştur<sup>10</sup>. Bu görüşe "içkin sınırlar öğretisi" adı verilmektedir<sup>11</sup>. Anayasa Mahkemesine (AYM) göre de, "(...) temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin

<sup>1</sup> Türkiye'deki tespit edilen ilk COVID-19 vakası Sağlık Bakanlığı tarafından 11 Mart 2020 günü açıklandı. Ülkedeki virüse bağlı ilk ölüm ise 15 Mart 2020'de gerçekleşti. <https://tr.wikipedia.org>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>2</sup> <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligi-ve-hudut-idare-mulki-amirliklerine-genelge>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>3</sup> <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-coronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderdi>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>4</sup> <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızlığı-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>5</sup> <https://edition.cnn.com/2020/03/30/world/coronavirus-who-masks-recommendation-trnd/index.html>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>6</sup> <https://www.dw.com/tr/ds%C3%B6-hasta-de%C4%B1Filseniz-maske-takmay%C4%B1n/a-52960468>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>7</sup> <https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>8</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/marmariste-kovid-19-tedbirleri-kapsaminda-maske-takma-zorunlulugu-getirildi/1839604>; <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/izmirde-bazi-alanlarda-maske-takma-zorunlulugu-getirildi/1846367>, (erişim tarihi 26.10.2021)

<sup>9</sup> Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506 - S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları: 4, Ankara, 1982, s. 33.

<sup>10</sup> Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 299.

<sup>11</sup> Detaylı bilgi için bkz. Sağlam, s. 32 vd.

*kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir.*"<sup>12</sup> Ancak bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi için ilgili maddede herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde o hakkın neden ve nasıl sınırlanabileceğine ilişkin içkin sınırlar öğretisi net bir tanım yapmamakta ve dolayısıyla böyle bir sınır kanun koyucunun ya da mahkemenin yorumlamasına terk edilmiş olmaktadır. Diğer taraftan AYM'nin ifade ettiği üzere Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallar çerçevesinde bir hakkın sınırlanması da karışıklıklara yol açacaktır. Nitekim konumuzla da ilgili olması nedeniyle yerleşme ve seyahat hürriyetinin düzenlendiği maddede genel sağlık bir sınırlama sebebi olarak yer almamaktadır. Genel sağlık bir sınırlama sebebi olarak özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği 20'nci maddede ve dernek kurma hürriyetinin düzenlendiği 33'üncü maddede yer almaktadır. AYM'ye göre böyle bir sınırlama sebebi Anayasanın herhangi bir yerinde yer alıyorsa diğer bir hak için de sınırlama sebebi teşkil edebilir. Ancak sorun sınırlamanın usulünde kendisini göstermektedir. 20'nci maddeye göre genel sağlık sebebiyle sınırlama, usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile yapılabilirken; 33'üncü maddeye göre ancak kanun ile yapılabilir. Dolayısıyla yerleşme ve seyahat hürriyeti genel sağlık nedeniyle hangi usule göre sınırlandırılacaktır? Söz konusu bir temel hak ve özgürlük olduğu için hukuki belirlilik ilkesinin korunmadığı bir ortamda hakkın varlığının dahi tartışmalı hale geleceğinden şüphe yoktur<sup>13</sup>.

## **B. Maske Takma Zorunluluğunun Mevcut Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi**

Pandemiyle mücadele kapsamında alına tedbirlerden olan maske takma zorunluluğu birçok temel hak ve özgürlüğü doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir. Maskesi olmayan bir kişinin ikamet ettiği yerden ayrılması ve herhangi bir kamusal veya özel alanda bulunması (sokak, cadde, pazar vb.) durumunda bu tedbir nedeniyle yaptırıma maruz kalabilecektir. Dolayısıyla Anayasanın 23'üncü maddesinde yer alan yerleşme ve seyahat hürriyeti sınırlandırılmış ve hatta durdurulmuş olacaktır. Genellikle kolluk yetkisi kapsamında yakalama, gözaltı veya tutukluluk hallerinde gündeme gelen ve Anayasanın 19'uncu maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının da sınırlandırılması gündeme gelebilecektir<sup>14</sup>. Maske takmayan bir kişinin açık alanda bulunması yaptırıma tabi olduğu için usulüne uygun olarak tertip edilen bir toplantı veya gösteriye katılması da sınırlandırılmış olacak ve dolayısıyla Anayasanın 34'üncü maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı da engellenecektir<sup>15</sup>. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Anayasanın 42'nci maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi veya 48'inci maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti bunlardan bazılarıdır.

Yukarıda yer verilen temel haklardan hangisinin genel sağlık nedeniyle sınırlandırılacağı ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber uygulanan maske takma zorunluluğu tedbirinin yasa altı düzenlemelerle (genelge veya il hıfzıssıhha kurulu kararları gibi) yapılmış ya da yapılıyor olması daha temel bir problemi gündeme getirmektedir. Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla maske takma zorunluluğuna ilişkin tedbir bu haliyle anayasaya aykırıdır.

Bahsi geçen temel hakların hangisi ya da hangilerinin genel sağlık sebebiyle sınırlanabileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasanın 23'üncü maddesi uyarınca yerleşme hürriyeti suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amacıyla; seyahat hürriyeti ise suç

<sup>12</sup> AYM, E.2015/68, K.2017/166, 29/11/2017; AYM, E.2015/2, K.2016/19, 16/03/2016.

<sup>13</sup> Melike Yavuz Dalgıç, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Seyahat Özgürlüğünü Sınırlandırma Biçimleri Olarak Sokağa Çıkma Yasağı ve Karantina Uygulamaları', Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 7, Yıl: 4, Temmuz 2021, s. 355.

<sup>14</sup> Kişi hürriyeti ve özgürlüğü ile yerleşme ve seyahat özgürlüğü arasındaki yakın ilişki ve uygulanan tedbirin yoğunluğuna göre hangi hakkın sınırlandırıldığı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yavuz Dalgıç, s. 361-363.

<sup>15</sup> <https://www.dw.com/tr/stuttgartta-maske-takmayanlara-18-bin-euro-ceza/a-53472101>; <https://www.amerikaninsesi.com/a/ankarada-esnaf-eylemine-maske-cezasi-kesildi/5894963.html>, (erişim tarihi 26.10.2021)

soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla genel sağlık nedeniyle olağan dönemde yerleşme ve seyahat hürriyetini sınırlandıran bir kanun çıkarılsa dahi bu düzenleme anayasaya aykırı olacaktır. Benzer şekilde Anayasanın 19'uncu maddesi uyarınca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı da genel sağlık nedeniyle sınırlandırılabilen bir hak değildir. Bu yönde bir kanun hükmü Anayasanın 13'üncü maddesine aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan Anayasanın 34'üncü maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı genel sağlık sebebiyle kanunla sınırlandırılabilen haklardandır<sup>16</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması zorunluluğu yürütme organının anılan özgürlüklerle alakalı düzenleme yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Yürütme organı, açıkça bir kanun hükmüne dayanmak suretiyle, kanunun öngördüğü sınırlamalara bağlı kalarak ilgili teknik alanda düzenleme yetkisine haizdir<sup>17</sup>. Maske takma zorunluluğu tedbirini için çıkarılan genelge ya da il hıfzıssıhha kurulu kararları incelendiğinde bazı kanun hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla bu hükümlerin ilgili tedbirin alınmasına elverişli olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

## II. TEDBİRİN KANUNİLİK İLKESİ KAPSAMINDA HUKUKİLİĞİ

Maske takma zorunluluğu tedbirini öngören genelge incelendiğinde<sup>18</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 27 ve 72'nci maddelerine atıf yapıldığı ve il hıfzıssıhha kurullarının da bu genelge üzerine karar aldıkları görülmektedir<sup>19</sup>. Mevcut düzenlemeler kapsamında atıf yapılan kanun hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya elverişli olup olmadıklarının değerlendirilmesi zaruridir. Kanun'un 27'nci maddesi<sup>20</sup> incelendiğinde ilgili kurulların, bölgenin sağlık durumunu dikkate alarak gerekli tedbirler alabileceği, bölge halkını hastalık hakkında bilgilendireceği ve hastalığın bölgeden uzaklaştırılması için ilgili birimlerin alacağı tedbirlere eşlik edeceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla Kanun, ilgili kurulların görev yaptıkları mahallerde kamu sağlığının korunması için gereken karar ve tedbirleri alabileceğini düzenlemekle birlikte, bu karar ve tedbirlerin ne olabileceğini tek tek sayma ya da belirleme yoluna gitmemiş; idareye somut olayların koşullarına uygun olarak hareket etme konusunda bir takdir yetkisi tanımıştır. Sonuç itibarıyla, maske takma zorunluluğu tedbirini, hukuki belirlilik ve temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği gerçeği karşısında ilgili Kanun'un 27'nci maddesi hükmü gerekçe gösterilerek alınamaz<sup>21</sup>. Çünkü hürriyet asıl sınırlama istisna olduğundan, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan

<sup>16</sup> 34'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre, "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir." Bu hakkın genel sağlık sebebiyle sınırlanabilmesi için, öncelikle sınırlamanın kanunla ve ayrıca 13'üncü maddede yer alan sınırlamanın sınırlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir.

<sup>17</sup> Oktay Uygun, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 94.

<sup>18</sup> <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi-08-09-20>, (erişim tarihi 01.11.2021)

<sup>19</sup> <http://www.bursa.gov.tr/il-hifzissihha-kurul-karari-karar-no-120>; <https://twitter.com/haydaraliyildiz/status/1258678639798992897/photo/1>; <https://www.gaziantepo.org.tr/duyuru/maske-takma-zorunlulugu-hakkinda-2020-60-nolu-hifzissihha-kurul-karari>, (erişim tarihi 01.11.2021)

<sup>20</sup> Madde 27 – "Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların ızalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sâri ve salgın hastalıklar hakkında istibharatı tanzim, sâri ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın saadeti hakkında halkı tenvir ve bir sâri hastalık zıburunda hastalığın ızalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylemler."

<sup>21</sup> Ayrıca Kanun'un 28. maddesine göre ilgili kurullar alacağı tedbire ilişkin izni Sağlık Bakanlığından alması gerekmektedir. Oysa pandemide maske takma zorunluluğuna ilişkin tedbir İçişleri Bakanlığının yayınladığı genelgeler ile uygulanmaktadır. Dolayısıyla açık Kanun hükmü karşısında yetki hususunda da ciddi problemler mevcuttur.

veya durduran yetkilerin kanunda açıkça belirtilmesi ve kapsamında tereddüt varsa dar yorumlanması gerekir.

Kanunun 72'nci maddesine<sup>22</sup> göre ise, 57'nci maddede sayılan<sup>23</sup> hastalıkların ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphelenilmesi durumunda alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Kanun oldukça eski tarihli olduğu için pek tabii olarak COVID-19 hastalığı 57'nci maddede yer almamaktadır. Aynı Kanun'un 64'üncü maddesinde<sup>24</sup>, 57'nci maddede belirtilenlerden başka herhangi bir salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda da o hastalığa karşı bu Kanun'da sayılan tedbirlerin Sağlık Bakanlığı tarafından alınabileceği ifade edilmektedir. 72'nci maddede sayılan tedbirler arasında maske takma zorunluluğu tedbiri yer almamaktadır. 72'nci maddenin 1'inci fıkrasına göre, hasta olan veya hasta olduğundan şüphelenilen kişilerin belirli bir süre ile sınırlı olmak üzere ikametgâhlarında veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecriti düzenlenmektedir. Tecrit ile maske takma zorunluluğunun ilgisinin olmadığı aşikârdır.

Sonuç olarak maske takma zorunluluğu tedbirinin alınmasına dayanak olarak gösterilen kanun hükümleri, ilgili tedbirin alınabilmesine olanak tanımamaktadır. Dolayısıyla olağan dönem içerisinde yukarıda yer verilen temel hak ve özgürlüklerin maske takma zorunluluğu tedbiri nedeniyle sınırlandırılması mevcut haliyle anayasaya aykırı olduğu gibi kanunla yapılacak bir sınırlama da anayasaya aykırılık teşkil edecektir<sup>25</sup>.

### III. OLAĞANÜSTÜ HAL KOŞULLARINDA TEDBİRİN HUKUKİLİĞİ

Anayasanın 119'uncu maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı; savaş, seferberlik, salgın hastalık ya da ekonomik bunalım gibi sebeplerle, yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl (OHAL) ilan edebilir<sup>26</sup>. Yine Anayasanın 15'inci maddesi uyarınca,

<sup>22</sup> Madde 72 – “57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zühur ettiği veya zühurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphelenilenlerin ve hastalığı neşrii tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahade altına vaz'ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair biliümle mevaddın fenni tatbiri. 4 - Hastalık neşreden başarat ve hayvanatın itlafi. 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tatbiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istiblakinin men'i. 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zühur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahlisi.”

<sup>23</sup> Madde 57 – “Kolera, veba (Bübon veya zatiürree şekli), lekeli humma, karabumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sabayai dimağii şerkii müsterli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lobusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nubai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması has talıklarından biri zühur eder veya bunların birinden şüphelenilir veya bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle busule geldiğinden şüphelenilirse aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

<sup>24</sup> Madde 64 – “57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrii ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyyettardır.”

<sup>25</sup> Çalışmanın kapsamıyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, maske takma zorunluluğu tedbirinin kanuniliğinin yanı sıra tedbire uymayanlara uygulanan yaptırım nedeniyle mülkiyet hakkına olan etkisi de tartışılmayı hak etmektedir. Bu tedbir nedeniyle yaptırıma maruz kalmak istemeyen kişiler belirli bir maliyetle karşı karşıya kalmaktadır. Anayasanın 65'nci maddesi de göz önünde bulundurulduğunda tedbire uymak ve dolayısıyla yaptırıma maruz kalmak istemeyen kişilerin maddi külfetinin devlet tarafından karşılanması da mecburidir. Örneğin, pandeminin etkisini hafifletmek için yapılan PCR testinin ya da pandemiden tek kurtuluş olarak görülen aşının ücretsiz olduğu bir ortamda, pandeminin yayılmasını önlemeyi amaçlayan maske kullanımının da ücretsiz olarak sunulması gerekmektedir. Bu külfetin karşılanması için girişimlerde bulunulmuş fakat başarılı olunamamıştır.

<sup>26</sup> Madde 119 – (Değişik: 21/1/2017-6771/12 md.) “Cumhurbaşkanı; savaş, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya

OHAL’de, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. 119’uncu maddeye göre, OHAL’de uygulanacak tedbirlerin ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş ve bu doğrultuda 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu<sup>27</sup> çıkarılmıştır.

Salgın hastalık sebebiyle ilan edilecek OHAL’de alınacak tedbirler anılan Kanun’un 9’uncu maddesinde<sup>28</sup> sıralanmıştır. Bu tedbirlere bakıldığında, tehlikeli salgın hastalık sebebiyle ilan edilecek OHAL’de maske takma zorunluluğu kararı verilebilmesi öngörülmemiştir. OHAL’de böyle bir zorunluluğun salgın hastalık nedeniyle getirilebilmesi Kanun’da yapılacak bir değişiklikle mümkündür. Aksi halde, OHAL’de dahi alınacak böyle bir tedbir hukuka aykırı olacaktır.

Bir diğer yöntem ise, OHAL’de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, maske takma zorunluluğu tedbirinin düzenlenmesidir. Anayasanın 119’uncu maddesinin 6’ncı fıkrası uyarınca OHAL’de Cumhurbaşkanı, OHAL’in gerekli kıldığı konularda, 104’üncü maddenin 17’nci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara<sup>29</sup> tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Dolayısıyla OHAL’in ilanı sonrasında Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak kararnameler yönünden 104’üncü maddenin 17’nci fıkrasındaki sınırlama kaydı ortadan kalkacağı için bu dönemde Cumhurbaşkanı maske takma zorunluluğuna ilişkin bir tedbir alabilir ve hukuka aykırı olmayacaktır.

---

*daştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”*

<sup>27</sup> Resmi Gazete, Tarih: 27/10/1983 Sayı: 18204.

<sup>28</sup> Madde 9 – “Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilanında, olağanüstü hal ilanı gerektiren hususlar göz önünde bulundurularak aşağıda yazılı tedbirler alınabilir: a) Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek, b) Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak, c) Gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp vesair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak, d) Bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak, e) Bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara elkoymak, f) Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlık tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek, g) Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak, h) Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek, i) Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırarak, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak, j) Kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak.”

<sup>29</sup> Anayasanın 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrası: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”



## SONUÇ

Pandemi nedeniyle uygulanan maske takma zorunluluğu tedbiri her ne kadar salgının bertaraf edilmesi için bir zorunluluk olsa da tedbirin uygulanma şeklinin hukuka aykırı olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu tedbir olağan dönemde ve genelge ve il hıfzıssıhha kurulu kararları ile getirilmiştir. Bu tür düzenleyici işlemler ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması Anayasanın 13'üncü maddesine açıkça aykırıdır. Söz konusu genelgede tedbire ve dolayısıyla hakların sınırlandırılmasına dayanak gösterilen kanun hükümlerinin ihtivası ilgili hakkın sınırlandırılması adına belirsiz ve yetersizdir. Tedbir nedeniyle birçok hak sınırlandırılmış haldedir. Bunlardan en öne çıkanı yerleşme ve seyahat özgürlüğüdür. Bu hak düzenlendiği ilgili madde uyarınca genel sağlık sebebiyle kanunla dahi sınırlandırılmaz niteliktedir.

Eğer ülkede OHAL ilan edilmiş olsa idi, uygulanması gereken OHAL kanununda dahi maske takma zorunluluğuna ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla OHAL kanununun değiştirilmesi suretiyle böyle bir tedbir kanuna uygun bir biçimde uygulanabilir. Ayrıca olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de böyle bir tedbirin uygulanmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla, şu anda pozitif hukukumuzda göre maske takma zorunluluğu tedbiri sadece OHAL ilanı halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle getirilebilir. OHAL ilan edilmeden, maske takma zorunluluğu tedbiri alınması hukuken mümkün değildir.

## KAYNAKÇA

- GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- SAĞLAM**, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506 - S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları: 4, Ankara, 1982.
- UYGUN**, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- YAVUZ DALGIÇ**, Melike, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Seyahat Özgürlüğünü Sınırlandırma Biçimleri Olarak Sokağa Çıkma Yasağı ve Karantina Uygulamaları', Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, , Cilt: 4, Sayı: 7, Yıl: 4, Temmuz 2021.

<https://tr.wikipedia.org>  
[www.aa.com.tr](http://www.aa.com.tr)  
[www.amerikaninsesi.com](http://www.amerikaninsesi.com)  
[www.bursa.gov.tr](http://www.bursa.gov.tr)  
[www.cnn.com](http://www.cnn.com)  
[www.dw.com.tr](http://www.dw.com.tr)  
[www.gaziantepo.org.tr](http://www.gaziantepo.org.tr)  
[www.icisleri.gov.tr](http://www.icisleri.gov.tr)  
[www.twitter.com](http://www.twitter.com)

## **CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN 3. YIL DÖNÜMÜNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN KANUN-CBK İLİŞKİSİNE YAKLAŞIMI**

### **The Constitutional Court's Approach to the Law-Presidential Decree Relationship in the 3rd Anniversary of the Presidential System of Government**

*Emre CAN\**

#### **Özet**

Türkiye Cumhuriyeti'nde 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması sonucunda parlamenter hükümet sisteminden vazgeçilmiş ve büyük ölçüde başkanlık sistemi ile benzer özellikler içermekte olan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi (CHS) benimsenmiştir. CHS ile getirilen yeniliklerden birisi de Cumhurbaşkanına tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisidir. Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) göre, Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda tanınan CBK çıkarabilme yetkisi, genel ve ilk elden düzenleme yapabilme yetkisini içermektedir. Buna karşın CBK çıkarabilme yetkisi sınırsız bir düzenleme yetkisini ifade etmeyip konu ve içerik yönünden Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin tüm hükümleriyle birlikte yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren 3 yılı geride bıraktığımız süreçte AYM'ce CBK'lara ilişkin 16 adet iptal davası karara bağlanmıştır. CBK'lara ilişkin iptal davalarında Yüksek Mahkeme'nin kanun-CBK ilişkisine yaklaşımında kanunların üstünlüğünü daima dikkate aldığı görülmektedir. Bununla birlikte AYM, Anayasa'nın 104/17 maddesinin ilk dört cümlesinde düzenlenen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılan CBK'ları, içerik yönünden de Anayasa'ya uygun olmaları durumunda hukuka uygun kabul etmektedir. Bu anlamda kanun-CBK ilişkisi bakımından, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile 8. maddesinde düzenlenen, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanınca Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceği hükümleri ile örtüşen bir yaklaşım benimsediği sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, İptal Davası, Konu Bakımından Yetki Kuralları.

#### **Abstract**

As a result of the referendum held on 16 April 2017 in the Republic of Turkey, the parliamentary government system was abandoned and the Presidential System of Government (CHS) was adopted. One of the changes brought with the CHS is the authority to issue a Presidential Decree (CBK) empowered to the president. According to the Constitutional Court, the power to issue a CBK includes the power to make general and first-hand regulations. On the other hand, the power to issue a CBK does not express an unrestricted regulatory power and is subject to the supervision of the Constitutional Court.

---

\* Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Uzman Yardımcısı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, [mehmedemrecan@gmail.com](mailto:mehmedemrecan@gmail.com), Orcid: 0000-0001-6319-3215.

Hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim tarihi: 28.10.2021, Kabul tarihi: 02.12.2021.

In the period that we have left behind 3 years since 9 July 2018, 16 annulment suits regarding CBKs were decided by the Constitutional Court. It is seen that the Supreme Court always considers the rule of law in its approach to the law-CBK relationship. It has been concluded that the Supreme Court has adopted an approach that overlaps with the principle of non-transferability of legislative power regulated in Article 7 of the Constitution and the provisions that the executive power and duty will be fulfilled by the President in accordance with the Constitution and codes, regulated in its Article 8.

**Keywords:** Code, Presidential Decree, Presidential System of Government, Annulment Suit, Authority Rules in Terms of Subject Matter.

## GİRİŞ

Ülkemizde 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması sonucunda yeni hükümet rejimi olarak, başkanlık sistemi ile büyük ölçüde benzer özellikler içermekte olan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi (CHS) benimsenmiştir. CHS'nin anayasal düzenimizde gerçekleştirdiği en önemli yeniliklerden biri Cumhurbaşkanına tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisidir. Söz konusu yetki ile Cumhuriyet tarihimizde ilk defa, yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı olmak kaydıyla, yürütme organına genel ve ilk elden düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. İlgili fıkranın iki, üç ve dördüncü cümlelerinde ise CBK çıkarma yetkisi bakımından birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Bahse konu sınırlamaların incelenmesi anayasal düzenimizde kanun-CBK ilişkisinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Kanun-CBK ilişkisi öğretide büyük bir ilgiyi üzerinde toplamış, birçok akademik çalışmaya konu olmuştur.<sup>1</sup> Konu hakkında ayrıca AYM'nin birçok güncel kararı yayımlanmış olup yaptığımız araştırmada, CHS'nin tüm hükümleriyle yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinden bu yana geçen 3 yıllık süreçte AYM'nin CBK'lara ilişkin 16 adet iptal davasını karara bağladığı saptanmıştır. Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin 3. yılını geride bıraktığımız şu günlerde, Yüksek Mahkeme'nin CBK'lara ilişkin iptal davalarında yer verdiği içtihatları doğrultusunda kanun-CBK ilişkisine dair yaklaşımı açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>2</sup>

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde<sup>3</sup> Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisine ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, AYM'ce "*konu bakımından yetki kuralları*" olarak ifade edilmektedir.<sup>4</sup> Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının son iki

<sup>1</sup> Konuya ilişkin daha detaylı incelemeler için bkz. Abdurrahman Eren, 'Anayasa Mahkemesi'nin Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi', Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 1-72; Turan Yıldırım, 'İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı', Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 293-314; Melikşah Yasin, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri', Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 315-333; Özen Ülgen Adadağ, 'Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar', Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 261-277; Yasin Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018; Artuk Arıdoğan, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 75/3, Yıl: 2017, Ankara, s. 21-51.

<sup>2</sup> AYM'nin CBK'lara ilişkin iptal davalarında verdiği kararların değerlendirildiği diğer incelemeler için bkz. Osman Can, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı', Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 37/1, Yıl: 2020, Ankara, s. 133-192; Fatma Didem Sevgili Gençay, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar- İlk İzlenimler', TBB Dergisi, Sayı: 151, Yıl: 2020, Ankara, s. 1-27.

<sup>3</sup> "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."

<sup>4</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020, § 13, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

cümlesinde<sup>5</sup> ise Cumhurbaşkanına CBK çıkarma yetkisi bakımından getirilen sınırlamalar değil, fakat yürürlükteki CBK hükümleri bakımından hangi durumlarda kanunların uygulanma önceliğine sahip olduğu ile CBK'ların hükümsüz hale gelmesi durumuna ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

CBK'lara ilişkin iptal davalarında AYM, öncelikle iptali istenen CBK hükmünün konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığını denetlemektedir. Bu kapsamda, iptali istenen CBK hükmünün yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenleyip düzenlemediği, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme içerip içermediği, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuyu düzenleyip düzenlemediği ve kanunlarda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenleyip düzenlemediği hususları AYM'ce incelenmekte; konu bakımından yetki kurallarına aykırılık bulunmaması durumunda iptali istenen CBK hükmünün içerik itibarıyla Anayasa'ya uygunluğu denetlenmektedir. Bu noktada iptali istenen CBK hükmünün konu bakımından yetki kurallarına aykırı olması, Anayasa uyarınca kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun CBK ile düzenlenmiş olduğu anlamına gelmektedir.

AYM'nin CBK'lara ilişkin iptal davalarında verdiği kararlar incelenirken AYM'ce konu bakımından yetki kuralları olarak ifade edilen dört kural incelememizin izlencesini oluşturmuştur. Bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin kanun-CBK ilişkisine yaklaşımı Anayasa'nın 104. maddesinin ilk dört cümlesi çerçevesinde incelenmiştir.

## I. YÜRÜTME YETKİSİNE İLİŞKİN KONULAR DIŞINDA CBK ÇIKARILAMAMASI

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma hususunda genel<sup>6</sup> bir yetki verilmiştir. Bu anlamda Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu herhangi bir kanuna dayanmaksızın, ilk elden düzenleme yetkisine kavuşmuştur. Cumhurbaşkanına belirli konularda tanınan ilk elden düzenleme yapma yetkisi, AYM'ce CBK'ların en belirgin özelliği olarak ifade edilmektedir. Bu noktada AYM, Anayasa'nın 104. maddesi gerekçesine atıf yaparak CBK çıkarma yetkisinin "*Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda ilk elden düzenleme yapabilmesi*" amacına matuf olduğunu belirtmektedir.<sup>7</sup>

Yürütme yetkisine ilişkin konuların belirlenmesi bakımından Anayasa'da bir açıklık mevcut değildir.<sup>8</sup> Esasen AYM'ce CBK'ların en belirgin özelliği olarak ifade edilen ilk elden düzenleme yetkisi, öğretide yasama ve yürütme organlarının düzenleme alanlarını birbirinden ayırmanın ölçütü olarak kabul edilmekteydi.<sup>9</sup> Buna göre Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla yasamanın düzenleme

<sup>5</sup> "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."

<sup>6</sup> Öğretide CBK'ların, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında kanunlar lehine öngörülen sınırlar dışında kalan alanlarda yasamanın genelliği ilkesine benzer şekilde genellik niteliğine sahip olduğu savunulmaktadır. Buna göre CBK ile bir konunun bütün detayları ayrıntılı olarak düzenlenebileceği gibi genel esasların CBK ile düzenlenip teknik detayların yönetmeliğe bırakılması da mümkündür. Bkz. Can, s. 158.

<sup>7</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020, § 5, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>8</sup> "*Anayasa'da yasama ve yürütmenin düzenleme alanları ayrılmış değildir.*", Turgut Tan, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 74; Ayrıca bkz. Lütfi Duran, 'Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?', İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, Sayı: 4/1-3, Yıl: 1983, İstanbul, s. 35.

<sup>9</sup> "...hukukumuzda yasama ve yürütme organlarının düzenleyici alan sınırlarını çizmede en belirgin kriter, işlemin niteliğine ilişkin kriterdir. Eğer bir işlem 'genellik' ve 'asillik' unsurları ile ilk-el bir işlem ise, bu işlem yasamanın düzenleme alanına girer; yasama organının düzenleyici işlemidir ve bu bir yasama yetkisinin kullanılmasıdır. Yok eğer bir işlem, 'genellik' ve özellikle de 'asillik' unsurları bakımından ilk-el değil, ikinci el, türev bir işlem ise, bu işlem yürütme organının düzenleme alanına girer; yürütme organının düzenleyici işlemidir ve bu bir yürütme yetkisinin kullanılması

yetkisi konu itibarıyla sınırlandırılmamış iken yürütmenin düzenleme yetkisi yasamaya bağımlı, türev/ikinci el bir yetki olarak anlaşılmaktaydı.<sup>10</sup> Yeni sistemde ise CBK'lar herhangi bir yasama tasarrufu araya girmeksizin, doğrudan Cumhurbaşkanının iradesiyle çıkarılabilmekte ve Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenen sınırlamalar çerçevesinde daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanı düzenleyebilmektedir.<sup>11</sup> Bu anlamda Cumhurbaşkanına tanınan CBK çıkarma yetkisinin kapsamı yürütme yetkisine ilişkin konular ile sınırlı tutulmuş olsa da ilk elden düzenleme yapma yetkisi içermesi sebebiyle, CBK'ların işlevsel yönden yasama yetkisi kapsamında işlemler oldukları kabul edilmelidir.<sup>12</sup> Nitekim öğretide kanun hükmünde kararnamelere (KHK) atıfla CBK'ların organik anlamda yürütme işlemi fakat işlevsel anlamda yasama işlemi oldukları savunulmuştur.<sup>13</sup> Buna göre KHK'lar kanunları değiştirebilme ve kaldırabilmeleri yönüyle, CBK'lar ise ilk elden düzenleme yapabilmeleri yönüyle işlevsel yönden yasama işlemi niteliğindedirler.<sup>14</sup>

ya da yürütme görevinin yerine getirilmesidir.”, Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 281.

<sup>10</sup> Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 280-281; Ayrıca bkz. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 211, “Yasama yetkisinin ilköllüğü (aslılığı) ise, yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, yani araya herhangi başka bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesidir. Türkiye’de yasama ve yürütme fonksiyonları arasındaki en önemli fark da burada görülür... Yürütme organının işlemleri, ister sübjektif ister düzenleyici işlemler olsun, daima o alanı önceden düzenlemiş olan bir kanuna dayanmak zorundadır. Bu anlamda yürütme organının işlemleri, kanunu izleyen, kanundan kaynaklanan (secundum legem) işlemlerdir”.

<sup>11</sup> Öğretide, Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konular dışında, Cumhurbaşkanının CBK çıkarabilmesi için kanunla yetkilendirilmesi gerektiği savunulmuş ise de bu görüş öğretide kendine taraftar bulmamıştır. Bkz. Turan Yıldırım, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 23/2, Yıl: 2017, İstanbul, s. 25, “104. maddenin 17. fıkrasıyla ihdas edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabilmeleri için kanunla yetkilendirilme gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, düzenleme yetkisini geniş yorumladığı kararlarında dahi bu hususu vurgulamıştır. 104. maddede, 108., 118. ve 106. maddelerdeki gibi doğrudan verilmiş bir düzenleme yetkisi mevcut değildir. Aksine kanunlarla bağılılığı ve sınırlılığı vurgulayan ifadeler vardır”.

<sup>12</sup> CBK'ların yasama yetkisi kapsamında işlemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri hususu öğretide görüş farklılıklarına sebep olmuştur. Ulusoy’a göre yasama yetkisinin TBMM’ye ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngören Anayasa’nın 7. maddesinde yasama yetkisinin kullanımı yönünden “...CBK’lar ve Cumhurbaşkanlığı lehine herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir”. Ayrıca yazar Anayasa’nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetkisinin Anayasa’nın yanında kanunlara da uygun olarak kullanılması gerektiğine işaret etmekte ve bu gerekçelerle “Cumhurbaşkanının CBK’lar ile Yasama yetkisini kullandığını veya CBK’ların Yasama işlemi mahiyetinde olduğunu” ileri sürmenin doğru olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 303-304. Yayla ve Yılmaz, CBK ile düzenleme yapılabilmesi için yasa ile yetkilendirme gerekmediğini, doğrudan Anayasa’nın verdiği yetkiye dayanarak CBK çıkarılabileceğini belirtmektedirler. Bununla birlikte yazarlar, CBK’ların araya herhangi bir yasama işlemi girmeksizin doğrudan çıkarılabilmelerinin tek başına onları yasama yetkisi kapsamında işlemler olarak kabul etmeye yetmeyeceği görüşündedirler. Bkz. Ahmet Yayla/ Didem Yılmaz, ‘Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmeleri’. Oktay Uygun/ Egemen Esen (ed.), Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı içinde, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 207, 8 numaralı dipnot, “6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunla 1982 Anayasası’nda yerini alan tüm CBK’ların ortak özelliği, asli bir yetki niteliğinde olmalarıdır. Başka bir ifadeyle ne yasa ile yarışan CBK’lar ne de atipik CBK’lar bakımından yürütme organı düzenleme yapmak için önceden bir “yasa”ya ihtiyaç duymamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, işlemin asli olması onun hukuki niteliğini ve rejimini tek başına belirleyen bir unsur değildir”. Apaydın benzer şekilde CBK’ların kanun niteliğinde işlemler olmadığını ve Anayasa koyucunun CBK’ların yargısal denetimi görevini AYM’ye vermiş olmasının iradi bir tercih olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bahadır Apaydın, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri’. Oktay Uygun/ Egemen Esen (ed.), Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı içinde, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 526, “Mer’i hükümlere göre CBK’ların yargısal denetiminin AYM’de gerçekleştirileceği konusunda kuşku yok görünüyor. Ancak görev yönünden yargılama yetkisine ilişkin bu belirlemenin, CBK’ların hukuki niteliği itibarıyla kanuna eşdeğer olmasından değil, anayasa koyucunun iradesinden kaynaklandığı görüşündeyiz. Zira usul hukuku kurallarının doğrudan anayasa/yasa koyucunun iradesi ile belirlenebilmektedir”.

<sup>13</sup> Eren, s. 21 vd.

<sup>14</sup> Eren, s. 27. Aynı yönde bkz. Özbudun, s. 213, “...bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda aslı, yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de, yukarıda açıklanan idarenin türevselliği ilkesi gereğince, kanun niteliğinde sayılması gerekir”.

Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma hususunda tanınan genel yetkinin yanında, Anayasa’da bazı yürütme yetkisine ilişkin konuların CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülmüştür. Bu doğrultuda AYM’ce, Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların<sup>15</sup>; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK’larla düzenleneceği ve ayrıca 123. maddesinin üçüncü fıkrasında da kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağının hüküm altına alındığı belirtilmektedir.<sup>16</sup>

Öğretide Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanun ile düzenleme yapıp yapılamayacağı tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konuların münhasır CBK alanı olduğu ve bu alanlarda kanun ile düzenleme yapılamayacağı görüşündedir.<sup>17</sup> Bununla birlikte bir kısım yazarlar ise yasama yetkisinin genelliği ilkesi<sup>18</sup> uyarınca TBMM’nin, Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konular dahil kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkilerinin konu itibarıyla sınırlandırılmayacağını savunmaktadırlar.<sup>19</sup> AYM kararlarında konuya dair bir değerlendirme henüz mevcut değildir. Bununla birlikte AYM kararlarında Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen sınırlamaların geçerli olup olmayacağına ilişkin değerlendirmelere yer verilmektedir.

Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanun ile düzenleme yapılmasının Anayasa’ya aykırı olacağı görüşünün kabul edilmesi durumunda CBK’lar bakımından iki ayrı türün varlığı sorunu ortaya çıkmaktadır.<sup>20</sup> Bu ayrım Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen sınırlamaların Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konular yönünden geçerli olamayacağı kabulünden kaynaklanmaktadır. Buna göre Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenen CBK’lar genel CBK rejimini oluşturmakta olup

<sup>15</sup> Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10 Temmuz 2018, Sayı 30474, resmigazete.gov.tr (erişim tarihi 29.11.2021).

<sup>16</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020, § 6, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>17</sup> Eren, s. 40 vd.; Lokman Yeniay/ Gülten Yeniay, ‘Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 111 vd.; Yavuz Atar, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 256-257; Yasin, s. 318; Korkut Kanadoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2018/2, Yıl: 2018, İstanbul, s. 645 vd.; Tan, s. 74; Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019, s. 392.

<sup>18</sup> Öğretide 2017 anayasa değişiklikleri sonrasında yasama yetkisinin genelliği ilkesinin artık yasamanın istediği herhangi bir konuda ve istediği kadar ayrıntılı düzenleme yapabilmesi şeklinde anlaşılamayacağı, söz konusu ilkenin değiştirilen anayasa hükümleri doğrultusunda yeniden yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Can, s. 140-141, ‘*Yasamanın genelliği ilkesinin evrensel ve pozitif hukuksal bir tanımı yoktur. Bu ilke Anayasa metnlerinin doktrin ve içtihat yoluyla yorumlanıp anlamlandırılması ve sistematize edilmesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. O hâlde yasamanın genelliği ilkesini sonraki değişiklikler için yasama yetkisiyle bağlantılı köklü Anayasa değişikliklerinin ardından değişmez bir kural gibi görip ölçü olarak kullanmak sorunlu olabilir. Kanaatimizce doktriner veya içtibadi yolla elde edilmiş teorik tanımlar, tanıma vücut veren anayasal normların değişmesiyle birlikte, diğer bir ifadeyle anayasal mühendislikteki değişime paralel bir şekilde, değişmek durumundadır*’.

<sup>19</sup> Ardıçoğlu, s. 37-38, 44; Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s.659; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 34; Söyler, s. 120-121. Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 438; Ulusoy, s. 302-304. Ülgen Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda meclisin kanun çıkarabileceği; bununla birlikte söz konusu kanun hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olacağı görüşündedir. Buna göre AYM’ce iptal edilinceye değin ilgili kanun hükümleri yürürlükte kalacaktır, Özen Ülgen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2018/1, Yıl: 2018, İstanbul, s. 20-21.

<sup>20</sup> Ülgen, s. 20 vd.; Lokman Yeniay/ Gülten Yeniay, s. 118 vd.; Söyler, s. 166.

‘idarilik’ nitelikleri ön plana çıkmaktadır.<sup>21</sup> Genel nitelikteki CBK’ların kanunlar ile ilişkisi Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki kurallara tabidir. Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda ise, bu konuların kanun ile düzenlenmesinin Anayasa’ya aykırılık oluşturacağı varsayıldığı için 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların uygulanamayacağı belirtilmektedir.<sup>22</sup> Bu doğrultuda CBK’lara özgülenen ve yukarıda ifade edilen alanlarda çıkarılan CBK’ların kanun gücünde oldukları ifade edilmektedir.<sup>23</sup>

Buna karşın AYM, Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konular bakımından 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların geçerli olmayacağına dair açık bir Anayasa hükmü bulunmadığı; bu anlamda Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan CBK’ların da konu bakımından yetki kurallarına tabi olduğu görüşündedir.<sup>24</sup> Bu itibarla AYM’nin CBK’lar bakımından iki ayrı türün varlığını kabul etmediğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, konu bakımından yetki kurallarının “Anayasa’nın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanması” gerektiğini ifade etmektedir.<sup>25</sup> Buna göre örneğin “...Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK’larla düzenleme yapılabilir.”<sup>26</sup> Bu doğrultuda AYM’nin, Anayasa’da belirli konuların CBK ile düzenlenmesini özel olarak öngören hükümleri, konu bakımından yetki kurallarının istisnası olarak gördüğü sonucuna varılabilir.

AYM’ye göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir. AYM iptali istenen CBK hükmünün yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenleyip düzenlemediğini denetlerken yürütme yetkisine ilişkin konuları tanımlamak ya da sayma yoluyla belirlemek yerine, iptali istenen hükmün yasama ya da yargı yetkisine ilişkin bir konuyu düzenleyip düzenlemediğine bakmaktadır.<sup>27</sup> Bu anlamda örneğin AYM’nin 2020/4 sayılı kararında iptali talep edilen ve 8 sayılı Yüksek Askerî Şûranın (YAŞ) Kuruluş ve Görevleri Hakkında CBK’nın 6. maddesinde yer alan “Yüksek Askerî Şûranın sekretarya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür.” hükmü hakkında “YAŞ’ın kuruluşu, iye yapısı ve görevleri gözüünde bulundurulduğunda görev, yetki ve çalışma usulünün CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı” değerlendirmesinde bulunulmuştur.<sup>28</sup>

CBK’ların yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilmesi kuralı bakımından Yüksek Mahkeme’nin yaklaşımına dair bir diğer örnek AYM’nin 2020/25 sayılı kararında yer almaktadır. Söz konusu kararda 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında CBK’nın 5. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ibdas edilir.” hükmü incelenmiştir. Burada kuralda kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarından bahsedildiği gerekçesiyle “buradaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının” incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin düzenlemelerin yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olmadığı ve söz konusu düzenlemelerin yargı yetkisinin

<sup>21</sup> Lokman Yeniay/ Gülden Yeniay, s. 119.

<sup>22</sup> “Mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa’nın 104/17. maddesindeki sınırlamaya tabi olmamakla birlikte, Anayasa’ya uygun olmak zorundadır. Anayasa’nın başka maddelerinde bu yetkileri sınırlayan hükümler gözden kaçırılmamalıdır.”, Ülgen, s. 22.

<sup>23</sup> Lokman Yeniay/ Gülden Yeniay, s. 121; Söyler, s. 166. Aksi yönde bkz. Eren, s. 29-30.

<sup>24</sup> AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 25, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>25</sup> AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 25, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>26</sup> AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 29, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. Atar, s. 247, “...yürütme yetkisine ilişkin konuların kapsayıcı bir tanımını yapmak veya sınırlarını net bir şekilde belirlemek hemen hemen imkânsızdır. Bu nedenle kural olarak yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğu kabul edilebilir.”

<sup>28</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020, § 21, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

kullanılmasını doğrudan etkileyebileceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Bununla birlikte, iptali istenen CBK hükmünün yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerine ilişkin bir düzenleme içermeyip genel olarak kadro ihdasının CBK ile düzenlenebilmesini öngördüğü, bu sebeple yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalmadığı ifade edilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre “*kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edilmesini içerdiği anlaşılmaktadır.*”<sup>29</sup>

Esasen Yüksek Mahkemenin iptali istenen düzenleme kapsamında yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin bulunup bulunmadığını ve bu anlamda iptali istenen CBK hükmü ile yargı yetkisine ilişkin bir konunun düzenlenip düzenlenmediğini denetlemesi doğru bir yaklaşımdır. Bununla birlikte Yüksek Mahkemece yapılan incelemede, iptali istenen CBK hükmü kapsamında yargı yetkisini kullanan kuruluşlar da bulunmasına rağmen kuralın yargı kuruluşlarını içermediği ve bu itibarla yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kaldığı değerlendirilmiştir. Oysa iptali istenen hükmün yer aldığı 2 sayılı CBK’nın “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesinde “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır” denilmektedir. 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde ise Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yargı yetkisini kullanan kurumlar da yer almaktadır. Keza CBK’nın “Kadro ve pozisyon cetveli” kenar başlıklı 4. maddesinde de “Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların (II) sayılı cetvelde” düzenleneceği belirtilmiştir.

Bu itibarla AYM’nin konuya yaklaşımı doğru olmakla birlikte yapılan değerlendirmede yanlış bir sonuca varılmıştır. İlgili kararın karşıoy gerekçesinde de haklı olarak belirtildiği üzere “kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edilmesini içerdiği” tespiti ancak bir temenni olarak kabul edilebilir. Aslında AYM, kuralın Anayasa’ya uygun olmayan anlamına gözünü kapatmakta, kuralın yalnızca Anayasa’ya uygun anlamını ele alarak iptali istenen CBK hükmünün yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kaldığı değerlendirmesinde bulunmaktadır. Böyle olunca yine karşıoy gerekçesinde belirtildiği üzere “Mahkemenin denetlediği CBK kuralı ile Anayasa’ya uygun bulduğu kural başkalaşmaktadır.”<sup>30</sup>

Konuya ilişkin bir başka karar da AYM’nin 2020/27 sayılı kararıdır. Bu kararda 19 sayılı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair CBK’nın 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvele Devlet Arşivleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı ve Strateji ve Bütçe Başkanlığı’nın eklenmesini öngören 1. maddesi incelenmiştir. Burada bir CBK hükmü ile kanun metninde değişiklik yapıp yapılamayacağı sorunsalı çözüme kavuşturulmaktadır. İlgili kararın gerekçesinde kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne (TBMM) ait olduğu, dava konusu kural ile 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde değişiklik yapılmak istendiği ve bu anlamda iptali istenen CBK hükmü ile kanun metninde değişiklik yapıldığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, iptali talep edilen CBK hükmünün yasama yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlediğini saptamış ve kuralın iptaline karar vermiştir.

<sup>29</sup> AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 20-21, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>30</sup> AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, Zühtü Arslan Karşılığı, § 6, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).



## II. EKONOMİK VE SOSYAL HAKLAR VE ÖDEVLER DIŞINDA ANAYASAL HAKLAR VE ÖDEVLERE İLİŞKİN CBK ÇIKARILAMAMASI

Anayasa’da CBK’lar için öngörülen konu yönünden yetki sınırlamalarının ikincisi, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin CBK ile düzenlenmesi yasağıdır. Söz konusu düzenleme uyarınca, Anayasa’da yer alan hak ve ödevlerden yalnızca ekonomik ve sosyal haklar ve ödevlere ilişkin konularda CBK ile düzenleme yapılabilecektir. Bununla birlikte ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler konularında CBK’lar ile sınırlama yapılamayacağı ifade edilmektedir.<sup>31</sup>

Bu noktada öğretilde, temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler konularında CBK ile düzenleme yapma yasağının sınırlayıcı düzenleme yapmamak şeklinde anlaşılması gerektiği; *“hakların kullanılmasını kolaylaştıran veya sınırlamaları somutlaştıran düzenlemelerin”* CBK ile yapılabileceği savunulmuştur.<sup>32</sup> Biz Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan ve ilgili alanlar bakımından açıkça ifade edilen *“...Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.”* hükmü karşısında bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Konuya ilişkin zikredeceğimiz ilk karar AYM’nin 2020/6 sayılı kararıdır. Bahse konu kararda 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK’nın Yüksek İstişare Kurulu kurulmasına ilişkin 4/A maddesinde yer alan *“...Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir.”* hükmü incelenmiştir. Yüksek Mahkeme’nin ilgili kararında çoğunluk, söz konusu hükmün Anayasa’da yer alan haklar ve ödevlerden CBK ile düzenlenmesi yasak alanda düzenleme yapmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Karşıoy gerekçelerinde ise ekseriyetle, kuralın mülkiyet hakkı kapsamında bir düzenleme içerdiğinden bahisle CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan kapsamında yer aldığı savunulmuştur.<sup>33</sup>

Kanaatimizce kişilere yapılacak ödemelerin CBK ile düzenlenmesinin Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi bağlamında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilip CBK ile düzenleme yapılamayacak yasak alan kapsamında kabul edilmesi doğru bir yorum olmayacaktır. Zira kişilere yapılacak ödemelere ilişkin düzenlemelerin salt kişilerin malvarlığında artışa yol açacak olması sebebiyle mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme içerdiğini kabul etmek Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen sınırlamanın amacıyla örtüşmeyecektir. Nitekim geçmişte, aynı sınırlamanın geçerli olduğu KHK’lar ile kişilere yapılacak ödemelere ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Örneğin 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair KHK’da<sup>34</sup>, aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa göre almakta olan personele yapılacak ek ödemeler düzenlenmiştir. Keza 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında KHK<sup>35</sup> da kişilere yapılacak ödemelere ilişkin düzenlemeler içermektedir.

AYM’nin 2021/2 sayılı kararında ise 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında CBK’ya eklenen yerli yazarlara nakdi destek verilmesine ilişkin hükmün iptali talebi incelenmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu

<sup>31</sup> Atar, s. 248; Ardıçoğlu, s. 41; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 33; Gözler/ Kaplan, s. 389-390.

<sup>32</sup> Atar, s. 248.

<sup>33</sup> AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/01/2020, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>34</sup> Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, 2 Kasım 2011, Sayı 28103 (Mükerrer), resmigazete.gov.tr (erişim tarihi 15.07.2021).

<sup>35</sup> Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, 13 Temmuz 2001, Sayı 24459 (Mükerrer), resmigazete.gov.tr (erişim tarihi 15.07.2021).

düzenlemenin Anayasa'nın "Sanatın ve sanatçının korunması" başlıklı 64. maddesi kapsamında yer aldığı, bu anlamda sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere ilişkin bir düzenleme söz konusu olduğundan CBK ile düzenleme yapmanın hukuka uygun olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. Karşıoy gerekçesinde ise söz konusu kuralın aynı zamanda mülkiyet hakkına ilişkin olduğu ileri sürülerek CBK ile düzenlenmesi yasak alan kapsamında kaldığı savunulmuştur.<sup>36</sup> Biz yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle bu görüşe katılmamaktayız.

AYM'nin konuya ilişkin bir diğer kararı İletişim Başkanlığı'nın, görev alanı ile ilgili gerekli gördüğü bilgileri kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden isteyebileceğini düzenleyen 14 sayılı İletişim Başkanlığı Hakkında CBK'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali talebini içeren 2021/13 sayılı karardır. Burada söz konusu düzenleme açık bir biçimde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı ile ilişkili bir düzenleme olmasına rağmen Yüksek Mahkeme, ilgili hükmün Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen güvencelerin "uygulanmasını engelleyen, sınırlandıran, genişleten, uygulanmasına istisna getiren veya herhangi bir surette bu hükümlere temas eden bir yönünün bulunmadığı" gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bir yönünün olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.<sup>37</sup> Oysa ilgili kararın karşıoy gerekçelerinde de belirtildiği gibi iptali istenen CBK hükmünün Kişisel Verilerin Korunması Kanununa aykırı olması ile düzenlemenin Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen temel bir hak olan kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olması birbirinden farklı şeylerdir.<sup>38</sup> Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında açıkça temel haklara ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılması yasaklanmıştır. Bu anlamda AYM'nin bu kararında vardığı sonuca katılmak mümkün değildir.

### III. ANAYASA'DA MÜNHASIRAN KANUNLA DÜZENLENMESİ ÖNGÖRÜLEN KONULARDA CBK ÇIKARILAMAMASI

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi bakımından öngörülen sınırlamalardan üçüncüsü Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular olarak öngörülmüştür. Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine dair bir hüküm bulunmamakla birlikte, AYM'ye göre "anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir." Bu anlamda Anayasa'da yer alan "...kanunla düzenlenir.", "...kanunla sınırlanabilir." gibi ifadeleri içeren konularda CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.<sup>39</sup>

AYM'nin CBK'lara ilişkin iptal davalarında verdiği kararlar incelendiğinde asıl tartışmanın Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan CBK'lar bakımından söz konusu olduğu görülmektedir. Bu noktada kamu idarelerinin teşkilat yapısı, görevleri ve yetkileri gibi konuların CBK ile düzenlenmesi ve kamu görevlilerin kadrolarına ilişkin düzenlemelerin CBK ile yapılmasının başlıca tartışma konuları oldukları söylenebilir. Kamu idarelerinin teşkilat yapısı, görevleri ve yetkileri gibi konularda CBK ile düzenleme yapıp yapılamayacağı, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanunla düzenlenmesi ilkesi bağlamında tartışma konusunu oluşturmaktadır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." Bu noktada AYM'nin 2020/25 sayılı kararında, Anayasa'da CBK ile düzenlenebileceği özel olarak öngörülen idarelerin, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK ile düzenleme yapılamaması kuralının istisnasını oluşturduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda AYM'ce Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıklar, 118. maddesinin altıncı fıkrasında Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği

<sup>36</sup> AYM, E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021)

<sup>37</sup> AYM, E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021, § 24, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>38</sup> AYM, E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>39</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020, § 11, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

ve 123. maddesi uyarınca CBK ile kurulabilen kamu tüzel kişilerinin teşkilat yapısı, görevleri ve yetkileri gibi konuların CBK ile düzenlenmesinin mümkün olduğu ve idarenin kanunla düzenlenmesi kuralının istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>40</sup>

AYM'nin buradaki yaklaşımının doğru olduğu kanaatindeyiz. Zira Anayasa uyarınca idarenin kanunla düzenlenmesi kural olmakla birlikte Anayasa koyucu, birtakım özel hükümler öngörerek belirli idarelerin CBK ile düzenlenebilmesine imkan tanımıştır. Bu anlamda Anayasa koyucu idarenin kanunla düzenlenmesi kuralına belirli idarelerin düzenlenmesi bakımından istisna getirmiştir. Bununla birlikte Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi öngörülen Atatürk Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Hakimler ve Savcılar Kurumu, üniversiteler gibi idareler bakımından CBK'lar ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca CBK ile kurulan kamu tüzel kişilerinin teşkilat yapısı, görevleri ve yetkileri gibi konuların da CBK ile düzenlenebileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."* denilerek Cumhurbaşkanına yalnızca kamu tüzelkişiliğinin kurulması bakımından CBK ile düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. AYM bu noktada *"kurulma yetkisinin doğası itibarıyla düzenleme yetkisini de içerdiği"* görüşündedir.<sup>41</sup> Oysa 2020/25 sayılı kararın karşıoy gerekçesinde de haklı olarak belirtildiği üzere Anayasa koyucu 123. maddede *"kurma"* ve *"düzenleme"* kavramlarını ayrı ayrı kullanmıştır. Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzelkişilikleri bakımından CBK'lar için idarenin kanunla düzenlenmesi genel ilkesine getirilen istisna sadece bunların kurulmasına ilişkindir. Bir başka ifadeyle *"Anayasa koyucu 106. maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık 123. maddenin son fıkrasında, birinci fıkradaki ilkeye (idarenin kanunla düzenlenmesi) sadece kamu tüzelkişiliğinin 'kurulması' bakımından bir istisna getirmiştir."*<sup>42</sup>

Bir diğer tartışılmalı konu CBK'lar ile kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin düzenlemeler yapılmasıdır. AYM, 2020/25 ve 2021/25 sayılı kararlarında kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin konuları, Anayasa'nın özel hükümleri uyarınca CBK ile kurulması ve düzenlenmesi mümkün olan idarelerin teşkilat yapısına ilişkin düzenlemeler kapsamında değerlendirmektedir. Bu anlamda CBK ile kurulan ve düzenlenen Cumhurbaşkanlığı teşkilatı, bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği gibi idareler ile Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca CBK ile kurulan ve düzenlenen kamu tüzel kişilerinin kadrolarının da yine CBK ile düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Söz konusu kararlarda AYM'nin eski tarihli bir kararında yer alan *"Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünü bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününi kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur."*<sup>43</sup> ifadelerine atıf yapılmaktadır. AYM'ye göre *"...kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır."* Bu kapsamda AYM'ye göre bir idare CBK ile kurulabiliyor ve düzenlenebiliyorsa o idareye ait kadrolar da CBK ile düzenlenebilecektir.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 25-26, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>41</sup> AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 27, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>42</sup> AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, M. Emin KUZ Karşılığı, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>43</sup> AYM, E.1965/32, K.1966/3, 04/02/1966, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021)

<sup>44</sup> AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020; AYM, E.2020/8, K.2021/25, 31/03/2021, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

AYM bu içtihadı ile paralel biçimde, 2021/33 sayılı kararında üniversite öğretim elemanlarının kadrolarına ilişkin düzenleme içeren 65 sayılı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin CBK'nın 1. maddesini iptal etmiştir. İlgili kararın gerekçesinde Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca üniversitelerin kanunla kurulmasının zorunlu olduğu, iptali istenen CBK hükmünde yer alan üniversite öğretim elemanlarının kadrolarına ilişkin düzenlemenin Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenlenebileceği öngörülen konulardan olmadığı, bu doğrultuda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı bir düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir.<sup>45</sup>

Biz AYM'nin kamu görevlilerinin kadrolarının CBK ile düzenlenmesi konusundaki yaklaşımına katılmamaktayız. Zira Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir."* hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükümde belirtilen hususlar kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin konular olup bu hüküm doğrultusunda kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekmektedir. Nitekim üniversite öğretim elemanlarının kadrolarına ilişkin düzenlemelerin CBK ile yapılamayacağı değerlendirmesinde bulunan AYM, 2021/33 sayılı kararının gerekçesinde üniversitelerin kanunla kurulması zorunluluğu yanında, Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, mali işleri ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gerektiğini de ifade etmiştir.<sup>46</sup> AYM'nin söz konusu içtihadı doğrultusunda, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi zorunlu olan kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin düzenlemelerin CBK ile yapılmasının da Anayasa'ya aykırı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

#### IV. KANUNDA AÇIKÇA DÜZENLENEN KONULARDA CBK ÇIKARILAMAMASI

Anayasa'da CBK'lar için öngörülen konu yönünden yetki sınırlamalarının sonuncusu kanunda açıkça düzenlenen konulardır. Buna göre bir konu daha önce kanunlarda açıkça düzenlenmişse o alanda CBK çıkarılamayacaktır.<sup>47</sup> AYM'ye göre bir CBK hükmünün daha önce kanunlarda düzenlenmiş bir konuyu açıkça düzenleyip düzenlemediği denetlenirken ilgili CBK kuralının mevcut olmadığı varsayımında, o konuya uygulanabilecek bir kanuni düzenlemenin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.<sup>48</sup>

AYM'nin 2020/5 sayılı kararında, Kültür ve Turizm Bakanlığınca Türkiye'nin tanıtımı konusunda yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında bütçe dışı avans ödenebilmesine ilişkin hüküm ve şartları düzenleyen CBK hükmü, bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartlarının daha önce 5018 sayılı Kanun'un "Ön ödeme" başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiş olması sebebiyle iptal edilmiştir. İlgili kararın gerekçesinde *"...dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda Türkiye'nin tanıtımına ilişkin olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında anılan Kanun hükmünün uygulanacağı açıktır. Bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır."* ifadelerine yer verilmiştir.<sup>49</sup>

AYM'nin 2020/30 sayılı kararında ise, Sağlık Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olarak düzenlenen Türkiye Sağlık Enstitüleri Birliği'nin (TÜSEB) bilim insanları ve araştırmacılara burs verebilmesini öngören ve iptali talep edilen CBK hükmünün kanunlarda daha önce düzenlenmiş bir konuyu

<sup>45</sup> AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021, § 19, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 21.07.2021).

<sup>46</sup> AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021, § 19, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>47</sup> Belirli bir konuyu düzenleyen bir kanunda eksik bırakılan hususlar bulunması durumunda CBK ile tamamlayıcı nitelikte düzenleme yapılabileceği görüşü için bkz. Atar, s. 243.

<sup>48</sup> AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 17, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

<sup>49</sup> AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 12.07.2021).

düzenleyip düzenlemediği hususu, 5102 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrencilerine Burs Kredi Verilmesine İlişkin Kanun ile 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun kapsamında incelenmiştir. AYM söz konusu kararında, iptali istenen CBK hükmü ile verilmesi öngörülen bursun *“kişinin 5102 sayılı Kanun’da öngörüldüğü üzere ihtiyaç sahibi olduğu ya da 278 sayılı Kanun’da öngörüldüğü üzere üstün başarılı olduğu gerekçesiyle değil TÜSEB’in görev alanı gereğince sağlık alanında bilim insanlarının ve araştırmacıların yetiştirilmeleri ve geliştirilmeleri amacıyla verilen bir burs”* olduğu ve *“5102 sayılı Kanun kapsamındaki ihtiyaç-başarı esasına dayanan bursun ve 278 sayılı Kanun kapsamındaki üstün başarı esasına dayanan bursun aksine karşılıksız olarak verilmemesi”* gerekçeleriyle aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda AYM’ce dava konusu CBK kuralının kanunlarda daha önce açıkça düzenlenmiş bir konuyu düzenlemediği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.<sup>50</sup>

Son olarak AYM’nin 2021/13 sayılı kararında, İletişim Başkanlığı’nda istihdam edilecek sözleşmeli personelin sözleşme usul ve esasları, ücret miktarı ve yapılacak ödemelerin Cumhurbaşkanınca tespit edileceğini öngören CBK hükmü incelenmiştir. İlgili kararda iptali istenen CBK hükmü kapsamında çalıştırılacak personelin sözleşme usul ve esasları ile yapılacak ödemelerin daha önce 375 sayılı KHK’nın ek 26. maddesinde açıkça düzenlendiği, dava konusu kuralın bulunmaması durumunda bahsi geçen KHK hükmünün konuya uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda KHK’nın açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan dava konusu CBK kuralının iptaline karar verilmiştir.<sup>51</sup>

Bu başlık altında dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, belli bir konuyu düzenlemiş bulunan bir kanunda belirli hususların CBK ile düzenleneceğinin öngörülüp öngörülemeyeceğidir. Bu konuda AYM’nin 2020/66 sayılı kararı göze çarpmaktadır.<sup>52</sup> İlgili kararda 7147 sayılı Türkiye Kalkınma ve Yatırım Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun’un 3. maddesinde yer alan *“Banka; kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, kalkınma planı, programı ve stratejik planlar doğrultusunda kaynağı tahsis edilmek suretiyle görevlendirilebilir. Bu görevlendirmelere ilişkin usul ve esaslar ile görevlendirme kapsamında ihtiyaç duyulan kaynağın hangi kurum veya kuruluş bütçesinden karşılanacağı Cumhurbaşkanınca belirlenir.”* hükmü incelenmiş olup bankanın CBK ile görevlendirilebilmesi ve görevlendirmelere ilişkin birtakım hususların Cumhurbaşkanınca belirlenmesi düzenlemeleri itiraz konusu olmuştur.

Öğretide bir kanun ya da CBK’da belirli hususların Cumhurbaşkanınca düzenleneceğinin öngörülmesi durumunda, Cumhurbaşkanının buradaki düzenleme yetkisinin CBK dışındaki – yönetmelik ya da genelge gibi- yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri ile kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>53</sup> Buna göre düzenleme yetkisinin doğrudan Anayasa’dan kaynaklanmadığı durumlarda Cumhurbaşkanınca yapılan düzenlemelerin ilk el düzenleme yetkisi içerdikleri söylenemeyeceği için söz konusu düzenlemelerin yargısal denetimlerinin de AYM’ce değil idari yargı yerlerince yapılması gerekecektir.<sup>54</sup>

AYM’ye göre ise bir kanun ya da CBK’da belirli bir konunun CBK ile düzenleneceğinin öngörülmesi, ilgili konunun Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenebilecek konular kapsamında yer alması koşuluyla Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz.<sup>55</sup> Yüksek Mahkeme’ye göre bu nitelikteki düzenlemeler CBK ile düzenleme yapılmasına izin verme

<sup>50</sup> AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>51</sup> AYM, E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 17.07.2021).

<sup>52</sup> AYM, E.2018/162, K.2020/66, 12/11/2020, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 22.07.2021).

<sup>53</sup> Ülgen, s. 14; Volkan Aslan, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine’, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 155. Ayrıca bkz. Atar, s. 244, *“Herhangi bir kanunda belli bir hususun veya ayrıntıların kararname ile düzenleneceği belirtilmişse bu açık bir yasama hatası olarak anlaşılmalı ve o kanun hükmü uygulama kabiliyeti olmadığından ihmal edilmelidir. Bu tür kanun hataları yasama organı tarafından düzeltilmelidir”*.

<sup>54</sup> Ülgen, s. 14; Aslan, s. 155.

<sup>55</sup> AYM, E.2018/162, K.2020/66, 12/11/2020, § 12, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 22.07.2021).

ya da yetki tanıma işlevine sahip olmayıp zaten CBK ile düzenleme yapılabilecek bir konuda bu imkanın varlığını hatırlatan bir düzenleme niteliğinde görülmelidir.<sup>56</sup> AYM'nin buradaki yaklaşımını doğru bulmakla birlikte biz kanunların ya da CBK'ların uygulanmasına yönelik düzenlemelerin CBK ile yapılmasının Anayasa'ya aykırı olacağı kanaatindeyiz. Buna göre bir kanun ya da CBK hükmünde, ilgili düzenlemenin uygulanmasına yönelik ayrıntıların CBK ile düzenlenmesi öngörülemez olup söz konusu düzenlemeler Anayasa'nın 104 ve 124. maddesi uyarınca yönetmelik ile yapılmalıdır.<sup>57</sup>

## SONUÇ

CBK'lara ilişkin iptal davalarında AYM'nin kanun-CBK ilişkisine yaklaşımında kanunların üstünlüğünü daima dikkate aldığı görülmektedir. Bununla birlikte AYM, Anayasa'nın 104/17 maddesinin ilk dört cümlesinde düzenlenen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılan CBK'ları, içerik yönünden de Anayasa'ya uygun olmaları durumunda hukuka uygun kabul etmektedir.

AYM'nin CBK'lara ilişkin iptal kararlarında kanun-CBK ilişkisi bakımından, Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile 8. maddesinde düzenlenen, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanınca Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceği hükümleri ile örtüşen bir yaklaşım benimsediği sonucuna ulaşılmıştır. Bununla beraber yukarıda ifade ettiğimiz gibi AYM'nin CBK'lara ilişkin bazı değerlendirmelerine katılmamaktayız. Bu doğrultuda şerh koyduğumuz konular bir temel hak olan kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa'ya aykırı bulunmaması, kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin esasların CBK ile düzenlenebileceğinin kabul edilmesi ve CBK ile kurulan kamu tüzel kişilerinin teşkilat yapısı, görevleri ve yetkileri gibi konuların CBK ile düzenlenmesinin idarenin kanunla düzenlenmesi ilkesine aykırı bulunmaması olarak özetlenebilir.

AYM'ce kanunlar ve CBK'lara ilişkin gerçekleştirilen anayasallık denetimi, kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında yasama ve yürütme erklerinin yetki alanlarının birbirlerine karşı korunması bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda AYM'nin gelecekte kanunlar ve CBK'lara ilişkin iptal davalarında vereceği kararların, öğretide kanun-CBK ilişkisi bakımından cevap aranan birçok konuya ışık tutacağı düşüncesindeyiz.

## KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- APAYDIN**, Bahadır, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri', Oktay Uygun/ Egemen Esen (Ed.), Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı içinde (s. 519-553), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ARDIÇOĞLU**, Artuk, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 75/3, Yıl: 2017, Ankara, s. 21-51.

<sup>56</sup> AYM, E.2018/162, K.2020/66, 12/11/2020, § 13, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 22.07.2021).

<sup>57</sup> Aslan, s. 155.

- ASLAN**, Volkan, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 139-161.
- ATAR**, Yavuz, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 241-259.
- CAN**, Osman, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 37/1, Yıl: 2020, Ankara, s. 133-192.
- DURAN**, Lütfi, 'Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?', *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Sayı: 4/1-3, Yıl: 1983, İstanbul, s. 33-42.
- EREN**, Abdurrahman, 'Anayasa Mahkemesi'nin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 1-72.
- GÖZLER**, Kemal/ **KAPLAN**, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019.
- GÜNDAY**, Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- KANADOĞLU**, Korkut, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2018/2, Yıl: 2018, İstanbul, s. 637-650.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- SEVGİLİ GENÇAY**, Fatma Didem, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar-İlk İzlenimler', *TBB Dergisi*, Sayı: 151, Yıl: 2020, Ankara, s. 1-27.
- SÖYLER**, Yasin, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- TAN**, Turgut, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- TANÖR**, Bülent/ **YÜZBAŞIĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- TANÖR**, Bülent/ **YÜZBAŞIĞLU**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- ULUSOY**, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÜLGİN**, Özen, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri', *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2018/1, Yıl: 2018, İstanbul, s. 3-39.
- ÜLGİN ADADAĞ**, Özen, 'Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 261-277.
- YASİN**, Melikşah, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 315-333.
- YAYLA**, Ahmet/ **YILMAZ**, Didem, 'Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmeleri'. Oktay Uygun/ Egemen Esen (Ed.), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı* içinde (s. 199-228), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YENİAY**, Lokman/ **YENİAY**, Gülden, 'Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 105-138.
- YILDIRIM**, Turan, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 23/2, Yıl: 2017, İstanbul, s. 13-28.
- YILDIRIM**, Turan, 'İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı', *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 36/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 293-314.

# HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN ENGELLENMESİNİN TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

## Assesment of Preventing the Freedom to Claim Rights within the Framework of Turkish Penal Code

*Dr. Öğr. Gör. İsmail ÇINAR\**

### Özet

Anayasa m. 36’da “Hak Arama Hürriyeti” düzenlenmiştir. Buna göre herkes dava açabilecek, iddia ve savunmada bulunabilecek, hakkında adil bir yargılamanın yapılmasını isteyebilecek ve yargılama sonucu verilen kararın gereğinin yapılmasını talep edebilecektir. Bu hakkın doğal sonucu olarak da mahkemeler, görev ve yetkileri dahilinde olan bir davaya bakmaktan kaçınamayacaklardır.

Hak, yargı mercileri önünde aranır. Hak arama yolu, dilekçe vermekle başlayan ve hakkın elde edilmesine kadar devam eden bir süreci ifade eder. Hak arama yolunda kişinin yürüme imkânının elinden alınması, hak arama hürriyetinin engellendiğini gösterir.

Anayasa’da düzenlenen birçok temel hak ve hürriyetin etkin korunması, ilgili hak ve hürriyetlere yönelik saldırıların ceza hukuku kapsamına alınması ile sağlanmaktadır. TCK’da “hak arama hürriyetinin engellenmesi” şeklinde ihdas edilmiş herhangi bir suçta rastlanmamaktadır. Ancak hak arama hürriyetine yönelik saldırılar, sözgelimi adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288) gibi suçları oluşturabilmektedir. Bu sebeple “hak arama hürriyetinin engellenmesi” üst başlığı altında değerlendirilebilecek suç tiplerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Hak arama hürriyeti ve kullanılması noktasında bilinç oluşturmak, bu hakkın kullanılmasını engelleyenlerin cezai sorumluluklarının doğabileceğini vurgulamak ve temel hak ve özgürlüklerin etkinliğine katkıda bulunmak amaçları doğrultusunda, genel olarak **hak arama hürriyetinin kapsamı** üzerinde durulacak ve **hak arama hürriyetinin engellenmesi suçları** Türk Ceza Kanunu kapsamında tespit edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hak Arama Hürriyeti; Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi; İddia ve Savunma Dokunulmazlığı; Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme; Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs.

### Abstract

“Freedom to Claim Rights” is regulated in Article 36 of the Constitution. It includes the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial. It is also within the framework of the regulation that no court shall refuse to hear a case within its jurisdiction.

The person can be prevented from entering or continuing on the way to claim rights. That indicates that the freedom to claim rights is prevented.

---

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, cinarsmail@gmail.com; ismail.cinar@yalova.edu.tr. Orcid: 0000-0002-5086-5219.

Hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim tarihi: 10.11.2021, Kabul tarihi: 09.12.2021.



It is expected that the freedom to claim rights will be effectively protected within the framework of the Turkish Penal Code. In this context may the assaults on the freedom to claim rights occur for example the offences like attempt to influence a fair trial (TPK Art. 288). For this reason, it is very important to determine the offences that can be evaluated under the headline of "preventing the freedom to claim rights".

In order to raise awareness about the freedom to claim rights and its use, emphasize that criminal liability may arise for those who prevent the freedom to claim rights, related offences of the Turkish Criminal Code will be identified and studied with this perspective.

**Keywords:** The Freedom to Claim Rights; Preventing the Exercise of the Right to Petition; Immunity of Accusation and Defence; Destruction, Concealing or Altering Evidence; Attempt to Influence a Fair Trial.

## GİRİŞ

Hak arama hürriyeti hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m. 36) hem de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m. 7, 8, 10 ve 11) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6 ve 13) gibi bazı uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir. Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesine göre “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” Böylece uygulamada hakları ihlal edilen kişilerin yargı organlarına başvuruda bulunarak haklarını aramaları imkânı, hak arama hürriyeti ile anayasal güvence altına alınmıştır<sup>1</sup>.

Hak arama hürriyeti salt bir muhakeme kuralı değildir; temel hak ve hürriyetler arasında kabul edilmiştir<sup>2</sup>. Ayrıca diğer temel hak ve özgürlüklerin korunmasını temin eden en etkili güvencelerden biridir<sup>3</sup>. Hakların korunması ile ilgili diğer hükümlerin<sup>4</sup> de hak arama hürriyeti bağlamında önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Bu temel hakkın kullanılması; bir başka anlatımla bireyin yargısal başvuruda bulunması engellenmiş olabilir. Engelleme teşkil eden davranışlar cezai sorumluluk doğurabilir. Bu çalışmada hak arama hürriyetinin engellenmesi durumunda doğabilecek muhtemel cezai sorumluluklar, Türk Ceza Kanunu (TCK) hükümleri ışığında belirlenmeye çalışılacaktır.

## I. HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN KAPSAMI

Hak arama hürriyetinin engellenmesi ve engelleme teşkil eden davranışların cezai sorumluluk doğurup doğurmadığı meselesi, öncelikle hak arama hürriyetinin kapsamını belirlemeyi gerektirmektedir. Hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesi açısından öncelikle ifade etmek gerekir ki, “hak arama hürriyeti” ibaresinde yer alan “hak” ifadesi, dar manada sadece Anayasa’da düzenlenmiş olan hakları değil, geniş anlamda menfaat ve hakları ifade etmektedir<sup>5</sup>.

Anayasa (AY) m. 36 dikkate alındığında, hak arama hürriyetinin kapsamının “yargısal başvuru” ile sınırlı olduğu görülecektir. Dolayısıyla adli ve idari yargı ile anayasa yargısına yapılacak

<sup>1</sup> Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 154.

<sup>2</sup> Krş. Teoman Evren, 'Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 1988, s. 6; Namık Kemal Topçu, 1982 Anayasası'nda Güvence Altına Alınan Temel Hak ve Hürriyetlerin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenleniş, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2006, s. 100; İsmail Köküarı, 'Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: 2011, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789469> (erişim tarihi 26.07.2021), s. 167 vd..

<sup>3</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 5. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 529.

<sup>4</sup> Bu hükümler şunlardır: kanuni hakim güvencesi (m. 37), suç ve cezalara ilişkin esaslar (m. 38), ispat hakkı (m. 39), temel hak ve hürriyetlerin korunması (m. 40).

<sup>5</sup> Köküarı, s. 165.

başvurular, hak arama özgürlüğü kapsamında dırlar. Bu sebeple her ne kadar yargısal nitelik arz etmeyen idari ve siyasi başvurularda da bir “hak arama” söz konusu olsa da bu, hak arama hürriyeti kapsamında değil, daha kapsamlı bir hüküm olan “temel hak ve hürriyetlerin korunması” (AY m. 40) ile “dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” (AY m. 74) kapsamında değerlendirilir<sup>6</sup>.

Yargısal başvuru ile sınırlı olan hak arama hürriyetinin kapsamına baktığımızda, düzenlemede (AY m. 36) birbirini tamamlayan iki hususun düzenlendiğini görüyoruz. Düzenlemede bir tarafta yargısal başvuru yöntemiyle hakkını arayacak olan bireyin bu yolda hangi haklara sahip olduğu (*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*), diğer tarafta yapılan yargısal başvurusu karşısında yargı merciiine yüklenen mükellefiyet (*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*) yer almaktadır. Böylece düzenlemede “bir hakka karşılık bir mükellefiyet”<sup>7</sup> yer almıştır.

Dolayısıyla hak arama özgürlüğünün unsurları şunlardır: Yargı mercileri önüne çıkma hakkı, davacı veya davalı olma hakkı, iddia ve savunmada bulunma hakkı, meşru vasıta ve yollardan yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkı, mahkemelerin görev ve yetkileri içindeki davaya bakmaktan kaçınmaması.

### A. Yargı Mercileri Önüne Çıkma Hakkı

AY m. 36’da “mahkeme” yerine “yargı mercileri” ifadesinin kullanılması, yargısal başvuru yollarının tümünün hak arama hürriyetinin kapsamına girdiğini gösterir<sup>8</sup>. Öyleyse adli ve idari yargı ile anayasa yargısına başvurma hakkı, hak arama hürriyeti kapsamında yer almaktadır.

Dolayısıyla hukuki ya da cezai bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda adli yargıya başvurabilmek, hak arama hürriyetinin kapsamındadır. Aynı şekilde idarenin eylem ve işlemlerine karşı ilgililerin idari yargıya başvuru hakkı da mevcuttur. Verilen mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurmak da hak arama özgürlüğünün bir gereğidir<sup>9</sup>. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) bireysel başvuruda bulunmak ya da itiraz yolu ve norm denetimi süreçleri ile hak arama özgürlüğüne karşı ihlallerin giderilmesi<sup>10</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) başvuruda bulunmak da hak arama hürriyetinin kapsamında yer alacaktır. Öyleyse bu yolların tümü “hak arama yolu” olarak kabul edilmelidir. Bu yollara girmekten ve yolda ilerlemekten alıkonanların hak arama hürriyeti engellenmiş olur.

AY m. 37’de konu ile ilgili olarak kanuni hakim güvencesi yer almaktadır. Buna göre “*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz*.” Dolayısıyla hak arama hürriyeti kapsamında herkes, kanunen tabi olduğu bağımsız ve tarafsız (AY m. 9) mahkeme önüne çıkarılma hakkına sahiptir.

### B. Davacı veya Davalı Olma Hakkı

Hak arama hürriyeti kapsamında herkes, kanunen tabi olduğu (AY m. 37) bağımsız ve tarafsız (AY m. 9) mahkeme önüne davalı veya davacı olarak çıkarılma hakkına sahiptir. Bu

<sup>6</sup> Krş. Mesut Aydın, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü', Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 3, Yıl: 2006, s. 6; Emin Koç, 'Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarının Gösterme Yükümlülüğü', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 145, Yıl: 2019, s. 312 ve 314.

<sup>7</sup> Feyyaz Gölcüklü, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 23/08/1982, 133. Birleşim, 1. Oturum, C. 8, s. 357-358.

<sup>8</sup> Krş. Onur Çetin, Hak Arama Hürriyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. 122.

<sup>9</sup> Ejder Yılmaz, 'Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 1988, s. 142.

<sup>10</sup> Bkz. Çetin, s. 93 vd.

bağlamda hakları ihlal edilen kişilerin dava açma ve açtıkları davaları takip edebilme; kendisine karşı dava açılan kişilerin de davalı olarak yargılamaya katılma hakları vardır<sup>11</sup>.

Bu bağlamda kişiler hukuk davalarında davacı ve davalı olarak<sup>12</sup>, ceza davalarında ise katılan ve sanık (şüpheli) olarak yer alabilir<sup>13</sup>, idari yargıda idarenin eylem ve işlemlerine karşı dava açabilirler<sup>14</sup>. Dolayısıyla davacı veya davalı olma hakkının ihlali, hak arama özgürlüğünün engellenmesi anlamına gelir. Sözgelimi yargılamada suçlu sayılmama (masumiyet) karinesine (AY m. 38/4) aykırı muameleler, hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini gösterir<sup>15</sup>.

### C. İddia ve Savunmada Bulunma Hakkı

İddia ve savunmada bulunma hakkı, hak arama özgürlüğünün iki önemli unsurudur. Yargı mercileri önünde herkes iddia ve savunma haklarını özgürce kullanma hakkına sahiptir.

Bireylerin, haklarının çiğnendiğini ileri sürmesine iddia denir. İddia, ceza yargılamasında karşımıza ihbar ya da şikayet olarak çıkar<sup>16</sup>. Savunma ise iddiaya yönelik olarak ortaya çıkan, bireyin iddia konusu hususlarda hukuki ve fiili olarak korunmasını amaçlayan faaliyetlerdir<sup>17</sup>.

İddia ve savunma hakları bizzat ya da vekalet yoluyla kullanılabilir. Ceza yargılamasında savunma bizzat yapılabileceği gibi müdafî vasıtasıyla da yapılabilir. Dolayısıyla sanığın **kendisini bizzat savunma hakkı** olduğu gibi, ücretli ya da ücretsiz bir **müdafî yardımından yararlanma hakkı** da vardır<sup>18</sup>.

Dolayısıyla iddia ve savunmada bulunma hakkı kapsamında başka bazı haklar da yer almaktadır. Duruşmada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanığın ücret ödemediği **tercümandan faydalanma hakkı** mevcuttur (CMK m. 202). Tercüman hakkından yararlandırılmayanlar açısından hak arama hürriyeti engellenmiş olur. Ayrıca **eşit şartlarda tanık dinletme hakkı** da iddia ve savunmada bulunma hakkı kapsamında ele alınması gereken bir haktır. Nitekim CMK m. 178 uyarınca hazır edilen savunma ve iddia tanığının mahkemece dinlenme zorunluluğu vardır. Eğer sanık ya da katılanın bu yöndeki istemi reddedilmişse sanık veya katılan tanığı mahkemeye getirebilir. Bu durumda tanık, duruşmada dinlenir. Aksi halde hak arama özgürlüğü engellenmiş olur<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> Aydın, s. 11.

<sup>12</sup> Aydın, s. 11 vd.

<sup>13</sup> Bkz. Hasan Güngörmüş, Ceza Yargılamasında Hak Arama Özgürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 22 vd., 71 vd., 82 vd.

<sup>14</sup> Esat Toklu, İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 1998, s. 29.

<sup>15</sup> “Devlet memurluğundan çıkarılma disiplin işleminin iptali istemiyle açılan davada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı esas alınarak karar verilmesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin” yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, “masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin devreye girdiği somut başvuruda Anayasa’nın 36. ve 38. maddelerinin uygulanabilir olduğu kanaatine” varmış ve “Anayasa’nın 36. maddesi ile 38. maddesinin dördüncü fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karinesinin İHLAL EDİLDİĞİNE” hükmetmiştir. Bunun için bkz. Anayasa Mahkemesi, Abdülaziz Gökalp Başvurusu, BN. 2018/23214, K.T. 25/2/2021 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/23214?KelimeAra%5B0%5D=Masumiyet&page=2> (erişim tarihi 20.07.2021).

<sup>16</sup> Krş. Çetin, s. 126.

<sup>17</sup> Krş. Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma-Gezer/ Yasemin Saygılar-Kırıt/ Esra Alan-Akcan/ Özdem Özaydın/ Efser Erden-Tütüncü/ Derya Altınok-Villemin/ Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 159.

<sup>18</sup> Mayeul Hiéramente/ Patricia Schneider, “Kein faires Verfahren ohne effektive Verteidigung. Zusammenfassende Bemerkungen zu einem vergessenen Akteur der internationalen Strafjustiz und Ausblick“, The Defence in International Criminal Trials, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, s. 279

<sup>19</sup> Tuğçe Takcı, Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 42.

Yine savunma hakkı kapsamında kişinin, kendisine yöneltilen suçlamadan haberdar edilmesi hakkı vardır. Kişinin savunmasını hazırlayabilmesi, ne ile suçlandığını bilmesine bağlıdır. Bu sebeple suçlanan kişi, suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmelidir. Anayasa m. 19/4 ile CMK m. 90/4 ve 147/1-b hükümleri bu konu ile ilgili önem arz ederler. Kişinin suçlamadan haberdar edilmesi yeterli değildir. Bu sebeple kişinin, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara da sahip olma hakkından bahsedilir<sup>20</sup>. CMK m. 153 ve 154 bununla ilgilidir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması son derece önemlidir. Savunma hakkını etkin kullanmak, yargılama makamı önünde hazır bulunmayı gerektirebilir (vicahilik ilkesi)<sup>21</sup>. Bu sebeple savunmada bulunacak olan kişinin duruşmada hazır bulunma hakkı vardır. CMK m. 193 ve 195, konu ile alakalı düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Hak arama yolunda kişilerin mahkeme önünde iddialarını ortaya koymaları ya da kendilerini savunmaları temin edilmelidir. Aksi halde sözgelimi ceza yargılamasında savunma hakkının kısıtlanması CMK'ya göre mutlak bozma sebebidir (m. 289/1-h).

İddia ve savunma hakları dokunulmazdır. Bu sebeple TCK m. 128'de, AY m. 39'da da karşılığı olan "iddia ve savunma dokunulmazlığı" başlıklı bir düzenleme yer almaktadır. Hak arama hürriyetinin doğal bir sonucu olarak<sup>22</sup> TCK'da yer alan bu düzenleme, hakaret suçu bağlamında bir hukuka uygunluk sebebidir. Buna göre "*Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.*" Bu düzenleme, iddia ve savunmanın içeriği hakaret teşkil edebilecek hususlar olsa dahi, bunları hukuka uygunluk sebebi sayarak iddia ve savunma haklarının dokunulmazlığını, hak arama hürriyetinin önündeki her engelin kaldırılması gerektiği düşüncesini kesin olarak göstermesi sebebiyle son derece önemlidir. Dolayısıyla iddia ve savunma haklarına yapılacak her engelleme, hak arama özgürlüğünü ihlal eder<sup>23</sup>.

#### D. Meşru Vasıta ve Yollardan Yararlanma Hakkı

"Meşru vasıta ve yollar" ibaresiyle kastedilen, AYM'ye göre, "hukuk devletinde saygıyla karşılanan, yurttaşların en doğal hakları içinde yer alan, hukuksal nitelikleri tartışmasız, yasal yollar ve yöntemlerdir."<sup>24</sup> Düzenlemedeki meşruiyet ifadesi, ilgili vasıta ve yolların sadece yasal olarak sınırları belirlenmiş yol ve yöntemlerden oluşmadığını, haklarında bir belirleme olmasa da hukuka aykırı olmayan yol ve yöntemlerin hak kapsamında olduğunu göstermektedir<sup>25</sup>.

Hak arama hürriyetinin temelinde kişilerin haklı talepleri yattığından hakkın aranması, haklı yol ve yöntemlerin kullanılması halinde kabul edilebilir. Hakkın usulsüzce aranması, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceğinden AY'da "meşru vasıta ve yollar"dan bahsedilmiştir.

Herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanma hakkı vardır. Bu hakkın kişilerin elinden alınması ya da fiilen kullanılmasının engellenmesi durumunda, hak arama özgürlüğü engellenmiş olur. Bir AYM Kararı'nda da belirtildiği gibi<sup>26</sup> örneğin savunma hakkını kullanan kimsenin bu

<sup>20</sup> Takcı, s. 39.

<sup>21</sup> Güngörmüş, s. 44; Takcı, s. 39.

<sup>22</sup> Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 485.

<sup>23</sup> Aydın, s. 29.

<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/36, K. 1989/24, KT. 02/06/1989, RG. 28/09/1989, S. 20296. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1989/24?EsasNo=1988%2F36&KararAramaRaporu=1&KararNo=1989%2F24&KararTarihiIlk=02%2F06%2F1989> (erişim tarihi 29.07.2021).

<sup>25</sup> Krş. Aydın, s. 15; Çetin, s. 123.

<sup>26</sup> E. 1979/38, K. 1980/11, KT. 29/01/1980, RG. 15/05/1980, S. 16989.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1980/11?EsasNo=1979%2F38&KararAramaRaporu=1&KararNo=1980%2F11&KararTarihiIlk=29%2F01%2F1980>

hakkını serbestçe kullanması engelleniyorsa, meşru vasıta ve yollardan faydalanma hakkı, ve dolayısıyla hak arama hürriyeti engellenmiş olur.

## E. Adil Yargılanma Hakkı

Hak arama özgürlüğünün en önemli unsuru, hiç kuşkusuz adil yargılanma hakkıdır. Anayasa m. 36’te yer alan düzenlemenin önceki şeklinde adil yargılanma hakkı açıkça yer almıyordu. 03/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun m. 14 ile Anayasa m. 36’ya “ile adil yargılanma” ibaresinin eklenmesi ile adil yargılanma hakkı Anayasa’da açıkça yer almıştır. Ancak hakkın tanımı yapılmamıştır. Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de (m. 6) düzenlenmektedir. Ancak burada da herhangi bir tanım yer almamaktadır. Esasen bu hakkın tanımlanması güçtür<sup>27</sup>. Zira adil yargılanma hakkı, bünyesinde birçok hak ihtiva etmektedir<sup>28</sup>. Bu sebeple adil yargılanma hakkının, **kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemelerde makul sürede, hakkaniyetli olarak yargılanma gibi birçok hakkı ihtiva eden genel bir hak** şeklinde, ucu açık olarak tanımlanması mantıklı durmaktadır<sup>29</sup>.

Adil yargılanma hakkının kapsamına birçok hakkın girdiğini belirtmek gerekir. Yargılanan kişinin yargılama giderlerini karşılama imkânına sahip olmaması durumunda adli yardım alması örnek olarak verilebilir<sup>30</sup>. Adil yargılanma hakkının kapsamına giren hakları; bir başka deyişle adil yargılanma hakkının unsurlarını<sup>31</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni de dikkate alınarak şu şekilde özetlemek mümkündür.

### 1. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Mahkemelerce Yargılanma Hakkı

Bir yargılamanın adil olabilmesi için gerekli olan ilk unsur, yargılamanın kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yapılmasıdır.

Anayasamızda da bu hakkın kapsamı düzenlenmektedir. Buna göre “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. (AY m. 142/1)”. “Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. (AY m. 9)”. “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar. (AY m. 138/1)”. “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. (AY m. 37/1)”.

### 2. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Yargılamanın kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yapılması, adil olduğunu göstermez. Yargılamanın aynı zamanda makul sürede yapılması gerekir. Zira geciken adalet, adalet değildir. Bu konuda Anayasa’da tutukluların makul sürede yargılamayı isteme

---

[rNo=1980%2F11&KararTarihiIlk=29%2F01%2F1980](#) (erişim tarihi 29.07.2021): “Gerçekten "iddia ve savunma hakkı" nın her türlü etkiden uzak kullanılması asıldır. Bu ilke gereği ceza davalarında da tarafların, yargı yerlerinde, iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. Serbestliğin, davanın aydınlığa kavuşmasına, başka bir deyişle hakkın ve adaletin gerçekleşmesine yol açma amacına yönelik bir serbestliği içerdiği kuşkusuzdur. Anayasanın öngördüğü "meşru vasıta ve yollar" a ancak böylelikle başvurulmuş olur. Yargı yerlerinde iddia ve savunmada bulunan kişilerin kaygılandırıcı, duraksamaya düşüren ve bu yüzden de onları açıklama yapmaktan alıkoyan bir durumu iddia ve savunma dokunulmazlığı ile bağdaştırmaya olanak yoktur.”

<sup>27</sup> Takcı, s. 7.

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi), 7. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 260 vd.

<sup>29</sup> Takcı, s. 7.

<sup>30</sup> Hiéramente/ Schneider, s. 279.

<sup>31</sup> Adil yargılanma hakkının unsurlarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 48 vd.; Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 265 vd.; Takcı, s. 29 vd.; Güngörmüş, s. 40 vd.

haklarından bahsedilmektedir (AY m. 19/7). Ancak belirtelim ki makul sürede yargılanma hakkı sadece tutuklular için değil, herkes içindir ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

### 3. Aleniyet İlkesine Uygun Yargılanma Hakkı

Yargılamanın adil olması, aleni olmasına bağlıdır. Bu ilke ile keyfililiğin önüne geçilmek istenmektedir. Anayasa’da (m. 141/1) güvence altına alınan bu hak, CMK’da (m. 183 vd.) yer almıştır. Buna göre “*Mahkemelerde duruşmalar (kural olarak) açıktır.*” Ancak hemen belirtelim ki aleniyet duruşma evresi ile sınırlıdır. Soruşturma evresinde gizlilik ilkesi geçerlidir.<sup>32</sup>

### 4. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

Makul sürede, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yapılan aleni yargılamanın adil olabilmesi, hakkaniyete uygun olmasına bağlıdır. Bir yargılamanın hakkaniyete uygun olabilmesi için yargılamada bazı haklara riayet edilmesi gerekmektedir. Buna göre;

a. Hakkaniyet uygun yargılanmanın gereği olarak kendisine suç isnadında bulunulan herkes, suçu ispatlanıncaya kadar masum kabul edilmelidir. Buna suçlu sayılmama (masumiyet) karinesi denir. Bu karineye aykırı uygulamalar, adil yargılanma hakkını ihlal eder. Suçlu sayılmama karinesi hem Anayasa’da (m.38/4) güvence altına alınmış hem de CMK’da (m. 223/2) düzenlenmiştir.

b. Bir yargılamanın hakkaniyete uygun olabilmesi için taraflar arasında silahların eşitliği ilkesine ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmesi gerekir<sup>33</sup>. Bu bağlamda sözgelimi Cumhuriyet savcısı şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamalı (CMK m. 160/2) ve bunları iddianamede göstermelidir (CMK m. 170/5).

c. Hakkaniyete uygun ve dolayısıyla adil yargılanmanın bir diğer koşulu da yargılanan kişinin suçluluğun kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgularla ispatlanamamasıdır. Bu doğrultuda hukuka aykırı delil yasağından bahsedilir. Bu yasak hem Anayasa’da (m.38/6) hem de CMK’da (m.148/3, 217, 289) düzenlenmiştir.

d. Hakkaniyete uygun yargılanmanın gereği olarak ayrıca herkesin susma hakkı vardır. Bu bağlamda Anayasa’nın ifadesi ile (m. 38/5), “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” Bu hak CMK’da da (m. 147/1-e) düzenlenmiştir.

e. Yargılamanın hakkaniyete uygun olabilmesi için iddia ve savunma imkânlarının kullandırılması gerekir. Bu bağlamda savunma hakkını izah ederken değindiğimiz tüm haklar, hakkaniyete uygun yargılanmanın gereği olmaktadır. Dolayısıyla yargılanan herkesin “kendisini bizzat savunma”, kendisini savunurken “ücretli ya da ücretsiz bir müdafî yardımından yararlanma”, etkin bir savunma için sanığın “ücret ödemediği tercümandan faydalanma”, “eşit şartlarda tanık dinletme”, “suçlamadan haberdar edilme”, “savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma” ve “duruşmada hazır bulunma” hakkı vardır.

f. Yapılan yargılamanın hakkaniyete uygun ve adil olabilmesi, adalet yönetiminin açık ve şeffaf olmasına ve kararlarda keyfililiğin bulunmamasına bağlıdır. Bu sebeple mahkemelerce verilen kararların gerekçeli olması gerekir<sup>34</sup>. Aksi halde adil bir yargılamadan bahsedilemez. Gerekçeli karar hakkı da hem Anayasa’da (m. 141) hem de CMK’da (m. 34 ve 230 vd.) düzenlenmiştir.

<sup>32</sup> Ünver/ Hakeri, s. 497.

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 69 vd., 94 vd.

<sup>34</sup> Takcı, s. 47.

## 5. Kanun Yollarına Başvuru Hakkı

Mahkemelerce verilen kararların adil olabilmesi için denetime tabi olabilmesi gerekir. Bu sebeple adil yargılanma hakkı, mahkemelerce verilen kararlara itiraz edebilmeyi, istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurabilmeyi; bir başka ifade ile denetim muhakemesine başvurma hakkını da ihtiva eder<sup>35</sup>.

Bu hakların yanı sıra yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi de, AİHM'e göre, adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçasıdır<sup>36</sup>.

## F. Mahkemenin Görev ve Yetkileri İçindeki Davaya Bakmaktan Kaçınmaması

Hak arama hürriyetini kullanarak dava açan bir kimsenin davasına bakılmaması, hürriyetin kullandırılmaması anlamına gelir. Bu sebeple Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin mükellefiyet yükleyen kısmında, mahkemelere görev ve yetkileri içindeki davalara bakmaktan kaçınmaması gerektiği düzenlenmektedir. Hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemelere görev ve yetkileri içindeki davalara bakmaktan kaçınmaması yükümlülüğünün yüklenmesi isabetli olmuştur<sup>37</sup>.

Mahkemelerin görev ve yetkileri içindeki davalara bakması yeterli olmaz; davaları hızlı ve en az giderle görmesi gerekir. Aksi halde hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olur<sup>38</sup>.

## II. HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN ENGELLENMESİ

Hak, yargı mercileri önünde aranır. Hak arama yolunda meşru vasıta ve yollardan faydalanılmalıdır. Bu yol, dava açılırken dilekçe vermekle, şikayet etmek ya da ihbarda bulunmakla başlayan ve hakkın elde edilmesine kadar devam eden bir süreci ifade eder. Bu süreçte kişinin bu yola girmekten veya yolda devam etmekten men edilmesi muhtemeldir. Hak arama yolunda kişinin yürüme imkânının elinden alınması, hak arama hürriyetinin engellendiğini gösterir. Engelleme ile birlikte hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olur. Hak arama hürriyetinin farklı şekillerde engellenmesi muhtemeldir.

### A.Yasal Engelleme

Bu engellemelerin başında yasal engelleme gelmektedir. Yasama organı çıkardığı kanunlarla ya da Cumhurbaşkanlığı çıkardığı kararnamelerle hak arama hürriyetini sınırlandırabilmekte<sup>39</sup> ve dolayısıyla bireyin hak arama imkânını elinden alabilmektedir<sup>40</sup>. Sözgelimi 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 6122 sayılı kanunla değişik 39 uncu maddesinin 21/6/1954 günlü ve 6422 sayılı kanunla değiştirilen (b) fıkrası şu şekilde idi: “*Bu fıkra hükümlerine göre re’sen emekliye sevk edilenler hakkındaki kararlar katidir. Bu kararlar aleyhine hiçbir suretle kaça mercilerine*

<sup>35</sup> Ünver/ Hakeri, s. 60.

<sup>36</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma-Gezer/ Saygılar-Kırıt/ Alan-Akcan/ Özaydın/ Erden-Tütüncü/ Altınok-Villemin/ Tok, s. 157.

<sup>37</sup> Feyyaz Gölcüklü, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 23/08/1982, 133. Birleşim, 1. Oturum, C. 8, s. 357-358.

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1994/81, K. 1995/5, KT. 07/02/1995, RG. 08/05/1998, S. 23336. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/5?EsasNo=1994%2F81&KararAramaRaporu=1&KararNo=1995%2F5&KararTarihiIlk=07%2F02%2F1995> (erişim tarihi 29.07.2021): “Anayasa'nın 141. maddesinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle görülmesi yargının görevidir denilmektedir. Davaların hızlı ve az giderle görülmesine, uygulamalarda hataların giderilmesine, adalet hizmetlerinin hızlandırılmasına ilişkin önlemlerin alınması, hak arama özgürlüğünün ve hukuk devleti olmanın da gereğidir.”

<sup>39</sup> Kentsel dönüşüm çerçevesinde çıkarılan bir yasanın hak arama özgürlüğü bağlamında eleştirisi için bkz. Burçak Bal-Yalçın, 'Hak arama özgürlüğü önünde bir engel: Riskli alan kararlarına karşı dava açma süresi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 2513 vd.

<sup>40</sup> Krş. Evren, s. 11.

*başvuramaz."* Bu düzenleme açıkça dava açma hakkını ve dolayısıyla hak arama hürriyetini engellemekteydi. AYM yaptığı norm denetiminde bu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir<sup>41</sup>.

Yasaların bireysel başvuru konusu yapılamaması sebebiyle (6216 sayılı Kanun m. 45/3), yasa yoluyla yapılan engellemelerde yapılacak tek şey iptal davası ve itiraz yolu süreçlerinin işletilmesidir. Bu süreçlerin işletilmesinde ise esasen bireyin rolü yoktur<sup>42</sup>. Her ne kadar 6216 sayılı Kanun m. 45/3 gereği yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamasa da hak ihlali sebebiyle yapılan bireysel başvurularda AYM, ihlalin bir kanunun Anayasa'ya aykırılığından kaynaklandığını düşünüyorsa, o kanunun somut norm denetimini de yapabilmelidir. Zira bu husus kanunen düzenlenmiş olmasa da yasaklanmış da değildir<sup>43</sup>.

Meclisin ya da çıkarılan kararnameler sebebiyle Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna gidilemeyeceğinden bu engelleme türü, konumuz dışında kalmaktadır.

## B. Yönetmel Engelleme

Yargısal başvuru yollarını göstermeme şeklinde ortaya çıkan yönetmel engelleme bağlamında, hak arama hürriyetini kolaylaştıran bir hüküm<sup>44</sup> olan Anayasa m. 40/2 üzerinde durulmalıdır. Buna göre *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."* Devletin bu yükümlülüğüne aykırı davranması, hak arama özgürlüğünü dolaylı da olsa engeller. Bu sebeple devletin, işlemlerinde, kanun yollarını göstermesi gerekmektedir. Böylece bireyin hak arama yoluna girmesi kolaylaştırılmış olur.

Her ne kadar *"işlemlerinde"* ifadesinden genelde idari işlemler anlaşılrsa da Anayasa'daki bu ifade çok genel olduğundan, tüm yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemleri de bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>45</sup>. Bazı kanunlarda bu anayasal hüküm doğrultusunda düzenlemeler bulunmaktadır. Sözgelimi CMK m. 34/2'ye göre kararlarda, başvurulabilecek kanun yolunun, süresinin, merciin ve şekillerinin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yine Hukuk Muhakemesi Kanunu m. 297/1-ç, hükmün kapsamı çerçevesinde varsa kanun yollarını ve süresini belirtme zorunluluğu getirmektedir. Nitekim yapılan bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, asliye mahkemesinin iş mahkemesi sıfatıyla yargılama yaptığını belirtmemiş olmasını ve başvuru mercileri açısından *"yasa yolu açık olmak üzere"* şeklinde genel bir ifade kullanmakla yetinmesini mahkemeye erişim ve adil yargılanma haklarının ihlali olarak kabul etmiştir<sup>46</sup>.

## C. Yargısal Engelleme

Bir diğer engelleme türü yargısal engellemedir. Adli veya idari yargıda verilen kararların hukuka aykırı olması durumunda bireyin hak arama yolunda ilerlemesi engellenmiş olabilir. Bu

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1962/262, K. 1963/21, KT. 30/01/1963, RG. 11/03/1963, S. 11352. [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/21?Donemler\\_id=1&EsasNo=1962%2F262&KararAramaRaporu=1&KararNo=1963%2F21&KararTarihiIlk=30%2F01%2F1963](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/21?Donemler_id=1&EsasNo=1962%2F262&KararAramaRaporu=1&KararNo=1963%2F21&KararTarihiIlk=30%2F01%2F1963) (erişim tarihi 29.07.2021).

<sup>42</sup> Süreçlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ferhat Uslu, Anayasa Yargısı, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 97 vd., 100 vd.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. İbrahim Şahbaz, "Hak Arama Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, (ed. S. Sinan Kocaoglu), Cilt: 2, Ankara Barosu, Ankara, 2012, s. 236.

<sup>44</sup> Krş. Koç, s. 303.

<sup>45</sup> Koç, s. 316 vd.

<sup>46</sup> Bunun için bkz. Anayasa Mahkemesi, Aktif Elektrik Müh. İnş. San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, BN. 2012/855, KT. 26/6/2024. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/855?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=855> (erişim tarihi 30.07.2021): "Mahkemece davanın iş mahkemesi sıfatıyla görüldüğünün belirtilmemesi ve kısa kararda da mahkemenin adının 'Acıpayam Asliye Hukuk Mahkemesi' olarak yer alarak sadece 'yasa yolu açık olmak üzere' ifadesinin kullanılması nedeniyle temyiz süresini kaçırmaması sonucu..." başvurusunun "...mahkemeye erişim hakkının..." ve "...Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının..." ihlal edildiğine karar verilmiştir.



durumda yapılacak olan şey ise bu kararlara karşı kanun yollarına başvurmaktır. Bu tarz kararların adil yargılanma hakkını ve dolayısıyla hak arama hürriyetini ihlal edeceği izahtan varestedir. Dolayısıyla mahkemeler tarafından verilen hukuka aykırı kararlar ile hak arama hürriyeti engellenmiş olur.

Hak arama hürriyeti yargısal olarak sadece verilen kararların hukuka aykırı olması durumunda engellenmiş olmaz. Karar netice itibariyle hukuka uygun olsa bile yargılama makul sürede ve hakkaniyete uygun yapılmamış, yargılama esnasında silahların eşitliği ilkesine aykırı hareket edilmiş, tanık dinletme ve sorgulama hakkına riayet edilmemiş, müdafî yardımından yararlandırılmamış veya karar gerekçeli olarak verilmemiş ise hak arama hürriyeti, yargısal olarak yine engellenmiş olur. Ayrıca mahkemelerin görev ve yetkileri içindeki davalara bakmaması ya da davaları hızlı ve en az giderle görmemesi halinde de hak ihlal edilmiş olur.

Birey aleyhine verilen kararlarda bir hak ihlali olduğu düşünülüyorsa AYM'ye bireysel başvuruda da bulunulabilir. Nitekim bireysel başvuruların başladığı 23/07/2021 tarihinden 31/03/2021 tarihine kadar yapılan bireysel başvurulara dair AYM tarafından yayımlanan istatistiğe göre, bu süre zarfında yapılan başvuruların 14476 adedinde ihlal kararı verilmiştir. Ne var ki bu başvuruların 9103 (%62,9) adedinde ihlal edilmiş olan hak, adil yargılanma hakkı olmuştur<sup>47</sup>. Eğer AYM'nin verdiği kararın hukuka aykırı olduğu düşünülüyorsa, AİHM'e başvuru yolu açıktır.

Mahkemelerce hak arama özgürlüğünün engellenmesi, cezai sorumluluk doğurmadığından, bu engelleme türü de konumuz dışındadır. Zira verdiği yanlış kararlardan dolayı hâkimlerin cezai sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Ancak belirtelim ki yargı faaliyetini yürütenlerin bireysel sorumlulukları bunun dışındadır<sup>48</sup>.

#### **D. Toplumsal Engelleme**

Hak arama özgürlüğü çeşitli sebeplerle toplumsal düzeyde de engellenmiş olabilir. Hakkı saldırıya uğrayanın hakkını arayabilmesi, o ülkede mahkemelere ve adalete olan güvenin göstergesidir. Adaletin tesis edilmediği, çıkan uyuşmazlıkların hukuka uygun ve hakkaniyetli çözülmediği toplumlarda bireyin adalete güveni sarsılır. Eğer uyuşmazlık mahkemeye taşınmıyor veya taşınmıyorsa, bu durumda hak aramanın toplumsal düzeyde engellendiği söylenebilecektir.

Bu bağlamda devletin temel hak ve hürriyetleri anayasal güvenceye bağlamasının yeterli olmayacağını; tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, hak arama hürriyetinin de etkin bir şekilde korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmek gerekir. AYM tarafından yayımlanan bireysel başvuru istatistiklerinde ihlalin kabul edildiği başvuruların %62,9'unda adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması, ülkemizde adaletin dağıtılmasında ciddi sorunların olduğunu göstermektedir. Bu da bireyi hak arama yoluna girmekten alkoymakta, bu yolda hakkını bulamayacağı düşüncesinde olmasına yol açmaktadır. Bu sebeple hakkı saldırıya uğrayan birey ya hakkını kendiliğinden aramakta ya da “zaten adil bir sonuç alamam” düşüncesiyle uğradığı haksızlığı sineye çekmektedir. Zira meşru hak arama yoluna başvurması halinde hakkını alamayacağı düşüncesi, bireyi hak arama yolunu tercih etmemeye yöneltmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânının tanınması, hak arama özgürlüğü açısından önemli ve olumlu bir gelişmedir. Ne var ki bu yolun asıl amacı, Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi'nin 59. kuruluş yıldönümü nedeniyle yayımladığı mesajda da belirttiği üzere “her bir hak ihlalinin gidermek değil ihlale yol açan nedenlerin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Bu kapsamda hukuk sistemimizin başta adil yargılanma hakkı olmak

<sup>47</sup> T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Bireysel Başvuru İstatistikleri, 23/9/2012-31/3/2021, 8. Rapor. [https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb\\_istatistik\\_2021-1-yeni.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2021-1-yeni.pdf) (erişim tarihi 29.07.2021).

<sup>48</sup> Detaylı bilgi için bkz. Melikşah Aydın, 'Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 152 vd.

üzere temel hak ve özgürlükleri güçlendirerek ve bunların kullanımını daha güvenceli bir hâle getirecek şekilde gözden geçirilmesi zorunludur.”<sup>49</sup>

Hak arama özgürlüğünün toplumsal düzeyde engellenmesi bağlamında ayrıca yoksulluk gibi sebeplerin de zikredilmesi gerekir. Zira sözgelimi yoksulluk sebebiyle toplumda hakkını arayamayan kişiler bulunabilir. Bunların da hak arama hürriyetlerinin engellendiği söylenebilir. Bu kişilerin, yapılacak yardımlarla, haklarını arama imkânları oluşturulmalıdır<sup>50</sup>. Zira mutlak adaletin tesisi, temel hak ve hürriyetlerin toplumda etkin bir şekilde yerleşmesine bağlıdır.

Hak arama özgürlüğünün toplumsal boyutta engellenmesi de cezai sorumluluk doğurmaz. Bu sebeple bu engelleme türü de konumuz dışındadır. Bu durumda yapılması gereken şey, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi ve bunun için hukuk devleti olmanın gereği olarak devletin somut tedbirler almasıdır.

### **E. Bireysel Engelleme**

Bireylerin ya da birey topluluklarının hak arama yolunda olan, hakkını arayan kişilerin haklarına ulaşmalarını çeşitli şekillerde engellemeleri de mümkündür. Bu engelleme herkes tarafından yapılabilir. Dolayısıyla kamu görevlileri dahil olmak üzere herkes, başkasının hak arama özgürlüğünü engelleyici bir davranış sergileyebilir. Sözgelimi dava açmasın diye bir insanı ikna eden ya da tehdit eden kişi, kim olursa olsun hak arama özgürlüğünü engellemiş olur.

Engellemede bulunan kişinin bu yöndeki davranışları suç teşkil ediyorsa, engellemede bulunan hakkında adli soruşturma ve kovuşturma yapılabilir. Ayrıca bu davranış sebebiyle kişi zarara uğramışsa, tazminat talebinde bulunulabilir. Konumuz açısından önem arz etmesi sebebiyle, bireylerin hak arama hürriyetini engellemeleri halinde cezai sorumluluklarının doğup doğmayacağı, bu davranışlarının Türk Ceza Kanunu’nda yer alan hangi suç tiplerini gerçekleştirmiş olabileceğini, ayrı bir başlık olarak ele alacağız. Zira bu çalışmanın amacı hak arama hürriyeti ve bunun kullanılması noktasında bir bilinç oluşturmak, hak arama hürriyetini engelleyenlerin cezai sorumluluklarının doğabileceğini vurgulamak ve temel hak ve özgürlüklerin etkinliğine bu vesileyle katkıda bulunmaktır.

## **III. HAK ARAMA HÜRRİYETİNİ ENGELLEYENLERİN CEZAI SORUMLULUĞU**

Bilindiği gibi Anayasa’da düzenlenen birçok temel hak ve hürriyetin etkin bir şekilde korunması, ilgili hak ve hürriyetlere yönelik saldırıların ceza hukuku kapsamına alınması ile sağlanmaktadır. Sözgelimi yaşama hakkına yönelik saldırılar öldürme suçlarını, vücut dokunulmazlığına karşı saldırılar vücut dokunulmazlığına karşı suçları, mülkiyet hakkına yönelik saldırılar ise malvarlığına karşı suçları oluşturabilirler. Bu sebeple hak arama hürriyetinin de TCK kapsamında etkin bir şekilde korunması beklenir. Dolayısıyla hak arama hürriyetini engelleyen kişilerin bu yöndeki davranışlarının herhangi bir suç tipine tekabül edip etmediği TCK’ya bakılarak belirlenebilir.

Bu bağlamda kanuna bakıldığında “hak arama hürriyetinin engellenmesi” şeklinde ihdas edilmiş herhangi bir suça rastlanmamaktadır. Daha açık ifade ile başka ülkelerde suç olarak tanımlanan, adil yargılanma hakkını doğrudan etkileyen bazı davranışların<sup>51</sup> TCK’da suç olarak

<sup>49</sup> Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/anayasa-mahkemesi-baskani-zuhtu-arslan-in-anayasa-mahkemesinin-59-kurulus-yildonumu-nedeniyle-yayimladiklari-mesajlari/> (erişim tarihi 29.07.2021).

<sup>50</sup> Evren, s. 7.

<sup>51</sup> Örneğin özellikle Alman Ceza Kanunu’nda yargılama esnasında yapılan yolsuzluklar (336. Paragraf), suçsuz olan kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapmak (344. Paragraf) gibi bazı eylemler suç olarak tanımlanmıştır. Daha fazla örnek için bkz. Yener Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar

tanımlanmaması bir eksiklik<sup>52</sup>. Ancak bu, hak arama hürriyetine yönelik saldırıların hiçbir suç tipini gerçekleştirmediği ve dolayısıyla cezasız kaldığı anlamına gelmez. Kapsamı dikkate alındığında hak arama hürriyetinin, TCK'da yer alan birçok suç tipi ile doğrudan ya da dolaylı olarak korunduğu söylenebilir. “Hak arama hürriyetinin engellenmesi” üst başlığı altında değerlendirilebilecek olan suç tiplerinin tespiti suretiyle ilgili hakkın etkin bir şekilde kullanımı noktasında bir bilinç oluşturulmuş olur. “Hak arama hürriyetinin engellenmesine ilişkin suç tipleri” arasına sadece, hak arama özgürlüğünü kullanan bir kişiden, bu hakkını kullanma imkânını alan veya kullanmasını zorlaştıran davranışların suç olarak kabul edilenleri girecektir.

### A. Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi (TCK m. 121)

Hak arama hürriyetini kullanan bir kimse, sözgelimi dava açma hakkı kapsamında ilgili mahkemeye bir dilekçe verdiğinde, bu dilekçesinin herhangi bir hukuki neden olmaksızın kabul edilmemesi söz konusu olabilir. Dilekçeyi kabul etmeyen kamu görevlisinin bu davranışı, hak arama hürriyetini engelleme özelliğini taşır. Bu davranışın TCK kapsamında dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu (TCK m. 121) açısından tipik olması muhtemeldir.

Bilindiği gibi Anayasa'da (m. 74) dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre bu hakka sahip olan vatandaşlar ve “*karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma yazı ile başvurma hakkında sahiptir.*” Dilekçe hakkı, hak arama hürriyetine sıkı sıkıya bağlı bir haktır<sup>53</sup>.

TCK m. 121’de ise bu hakkın kullanılmasının engellenmesi bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipinin kanunda yer alması, hak arama özgürlüğünün kullanılmasının korunmasını sağlamaktadır<sup>54</sup>. Düzenlemeye göre kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi, cezalandırılan bir fiildir. Suç kapsamına, sadece bir dilek veya sorun içeren dilekçelerin değil, belli bir hakkı kullanmak üzere verilen dilekçelerin kabul edilmemesi girer. Tanımında yetkili kamu makamları ifadesinin yer alması, suçun özgü bir suç olduğunu gösterir<sup>55</sup>.

Kasten işlenebilen bu suç bir ihmal suçudur. Suç, verilen dilekçenin ilgili kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi ile tamamlanır<sup>56</sup>. Örneğin dilekçe en baştan hiç alınmamış, alınıp yırtılmış, çöpe atılmış, bir şekilde kayıt altına alınmamış ise kabul edilmemiş sayılır<sup>57</sup>. Eğer suçun işlenmesinde suç teşkil eden başka bir fiil kullanılmışsa; sözgelimi tehdit ve hakaret suçları işlenmişse cezai sorumluluk, gerçek içtimaa göre belirlenir<sup>58</sup>.

Dolayısıyla örneğin dava açma hakkının kullanılması bağlamında verilen dilekçelerin kabul edilmemesi halinde ilgili kamu görevlisi suçun faili olacaktır. Aynı şekilde açılmış olan davada ya da

---

Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 37 vd.

<sup>52</sup> Krs. Ünver, s. 36.

<sup>53</sup> Eylem Aksoy-Retornaz, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi”, Özel Ceza Hukuku (Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, Cilt 3, s. 324; Gökhan Yaşar Duran, 'Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 142, Yıl: 2019, s. 61.

<sup>54</sup> Özlem Yenerer-Çakmut, 'Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23, Sayı: 1, Yıl: 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331957> (erişim tarihi 30.07.2021), s 47.

<sup>55</sup> Yenerer-Çakmut, s. 48; Aksoy-Retornaz, s. 325.

<sup>56</sup> Duran, s. 81.

<sup>57</sup> Yenerer-Çakmut, s. 50.

<sup>58</sup> Duran, s. 86.

verilen kararın yerine getirilmesi aşamasında<sup>59</sup> verilen dilekçelerin kabul edilmemesi halinde de suç işlenmiş olur.

Dilekçe kabul edildikten sonra işlem yapılmaması halinde ise TCK m. 121 değil, belki görevi kötüye kullanma (m. 257) suçu gibi başkaca suçlar gerçekleşmiş olur<sup>60</sup>.

## B. Suç Üstlenme (TCK m. 270)

Herhangi bir suç sebebiyle mağdur olan kişiler, gerçek failin cezalandırılması; dolayısıyla ceza muhakemesinin de amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak kapsamında mağdur ihbar veya şikayette bulunabilir. Hak arama yoluna bu suretle giren mağdurun hak arama özgürlüğü, başka bir kimsenin suçu üstlenmesi suretiyle engellenebilir. Bir kimse gerçek fail olmadığı halde suçu üstlendiğinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını engellemiş olur<sup>61</sup>. Bu durumda suçun mağduru ikinci bir mağduriyet yaşamış olabilir. Dolayısıyla suçu üstlenen kişinin bu davranışı, hak arama hürriyetini engelleme özelliği taşır. Bu davranışın TCK kapsamında suçu üstlenme suçu (TCK m. 270) açısından tipik olup olması muhtemeldir.

TCK m. 270'e göre bir kimse yetkili makamlara, “gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını” bildirirse suçu üstlenmiş olur. Suçun oluşması için failin gerçeğe aykırı olarak ya suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirmesi gerekir. Suçla korunan hukuki değerlerden birinin adil yargılanma hakkı olması<sup>62</sup>, bu suçun hak arama hürriyetinin engellenmesi kapsamında bir suç olduğunu gösterir.

Suçun ancak doğrudan kastla işlenebildiğini belirten yazarlar<sup>63</sup> olduğu gibi olası kastla da işlenebileceğini belirten yazarlar<sup>64</sup> da mevcuttur. Kanaatimizce de bu suç sadece doğrudan kastla işlenebilir. Zira kanaatimizce madde metninde yer alan “gerçeğe aykırı olarak” ibaresi tipikliğin maddi unsurlarındandır. Aksi halde yetkili makamlara suçu işlediğini veya suça katıldığını gerçeğe uygun olarak bildirenlerin bu eylemlerini, suçu üstlenme suçu açısından tipik kabul etmek gerekir. Bu sebeple kişi gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğunu kesin olarak bilmelidir. Bildirimin gerçeğe aykırı olduğunu muhtemel addeden kişinin bu suç açısından kastının olduğunu söylemek güçtür.

Kanuna göre eğer suç üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmişse verilecek cezanın dörtte üçü indirilebilir veya ceza tamamen kaldırılabilir.

## C. Yalan Tanıklık (TCK m. 272)

Davalarda tanıkların dinlenmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet eder. Bu, adil yargılanma hakkının gereğidir<sup>65</sup>. Bu sebeple dinlenen tanıkların gerçeğe uygun olarak tanıklık yapması gerekir.

Gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişi, bir kimsenin aleyhinde gözüaltına alma ve tutuklama gibi koruma tedbirlerine hükmedilmesine yol açabileceği gibi (TCK m. 272/4-5) hüküm giymesine ve ceza almasına (TCK m. 272/6, 8), hatta cezanın infazına dahi yol açmış olabilir (TCK m. 272/7).

<sup>59</sup> Örneğin Yargıtay bir kararında (5. CD., E. 2013/15104, K. 2015/17621, T. 22/12/2015), icra müdürünün, müvekkilinin alacaklı olduğu icra takip dosyalarından bir kısmının suretlerini talep eden avukatın istemi karşısında hiçbir işlem yapmamış olmasını ve dilekçeyi iade etmesini TCK m. 121 kapsamında değerlendirmiştir.

<sup>60</sup> Aksoy-Retornaz, s. 329.

<sup>61</sup> Pınar Memiş-Kartal, 'Türk Ceza Hukukunda Suç Üstlenme', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 17.

<sup>62</sup> Memiş-Kartal, s. 19.

<sup>63</sup> Örneğin bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 1060.

<sup>64</sup> Örneğin bkz. Ünver, s. 179.

<sup>65</sup> Neslihan Göktürk, 'Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 353.

Yalan tanıklık yapan kişi böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını<sup>66</sup> ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını<sup>67</sup> engellemiş olur. Bu sebeple yalan tanıklık yapan kişinin bu davranışı, hak arama hürriyetini engelleme özelliğini taşır. Bu davranışın TCK kapsamında yalan tanıklık suçu (TCK m. 272) açısından tipik olması muhtemeldir.

Buna göre bir kimse, hukuka aykırı bir fiil sebebiyle “başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık” yaparsa yalan tanıklık suçunun temel şeklini işlemiş olur<sup>68</sup>.

Kasten işlenebilen bu suçta tanık, beyanının gerçeğe aykırı olduğunun bilincinde olmalıdır<sup>69</sup>. Aksi halde suç oluşmaz.

#### **D. Yalan Yere Yemin (TCK m. 275)**

Bir kimsenin adil yargılanma hakkı, mahkemeye sunulan yeminin yalan olması durumunda da ihlal edilmiş olur<sup>70</sup>. Bir kimse hukuk davalarında gerçeğe aykırı beyanlarının doğru olduğundan bahisle yemin ederse yalan yere yemin etmiş olur. Bu kişi, bir kimsenin hak arama özgürlüğünü engellemiş olur. Zira yalan yemin, hükmün gerçeğe aykırı kurulmasına yol açabilir. Dolayısıyla yalan yere yemin, hak arama hürriyetini engelleme özelliğini taşır. Bu davranışın TCK kapsamında yalan yere yemin (TCK m. 275) açısından tipik olması muhtemeldir.

Buna göre hukuk davalarında davacı veya davalı olarak yalan yere yemin eden kişi ceza alır. Dava hakkında hüküm verilmeden önce gerçeği söylemesi halinde ceza verilmez. Gerçek, hükmün kesinleşmesinden veya icraya konmasında önce söylenirse ceza yarı oranında indirilir<sup>71</sup>.

Ceza davalarında yalan yere yemin etmek ise suç kapsamına girmez. Zira yemin, hukuk davalarının aksine ceza davalarında delil olmadığından suç tipi kapsamına alınmamıştır<sup>72</sup>.

#### **E. Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık (TCK m. 276)**

Bilirkişilerin mütalaada bulunması, maddi gerçeğin tespitinde önemli rol oynar. Ancak bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması da muhtemeldir. Özellikle yargılama yapma yetkisini haiz merciler tarafından görevlendirilen bilirkişilerin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması, hükmün gerçeğe aykırı kurulmasına yol açabilir. Aynı şekilde yargılama mercii olmasa da soruşturma veya yemin altında tanım dinleme yetkisine sahip olan kişi veya kurullar tarafından görevlendirilen bilirkişilerin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması da haksız kararlara yol açabilir. Dolayısıyla bilirkişinin bu davranışı, hak arama hürriyetini engelleme özelliğini taşır.

Hakeza gerek Türkçe bilmeyen bir kimsenin beyanlarının gerekse belge gibi delillerin tercüme edilmesi de hükmün gerçeğe uygun kurulmasında son derece önemlidir. Bu sebeple sözgelimi yargı mercileri tarafından görevlendirilen tercümanın gerçeğe aykırı tercüme yapması da hak arama hürriyetini engelleme özelliğini taşır.

Bilirkişi ve tercümanın bu davranışlarının TCK kapsamında gerçeğe aykırı bilirkişilik ve tercümanlık (TCK m. 265) suçları açısından tipik olması muhtemeldir.

<sup>66</sup> Zafer İçer, 'Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, Yıl: 2012, s. 192.

<sup>67</sup> Krş. Batuhan Aktaş, 'Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 6.

<sup>68</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 204 vd.

<sup>69</sup> Koca/ Üzülmüş, s. 1081.

<sup>70</sup> Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 1185.

<sup>71</sup> Suça dair ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 268 vd.

<sup>72</sup> Krş. Ünver, s. 268.

Buna göre; “Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Birinci fıkrada belirtilen kişi veya kurullar tarafından görevlendirilen tercümanın ifade veya belgeleri gerçeğe aykırı olarak tercüme etmesi halinde, birinci fıkra hükmü uygulanır.”<sup>73</sup>

#### **F. Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs (TCK m. 277)**

Maddi gerçeğin ortaya çıkmasında önemli rolü olanların bu vazifeyi icra ederken harici etkilenmelerden korunmuş olması esastır. Zira görülmekte olan bir davada yargı görevi yapanları, bilirkişileri ve tanıkları etkilemeye çalışarak gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla hareket edenler söz konusu olabilir. Yargı görevi yapanlar, TCK m. 6/1-d uyarınca “yüksek mahkemeler, adli veya idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar”dır. Dolayısıyla bu kimseler ile bilirkişi ve tanıkları etkilemeye çalışmak, dava aracılığıyla hak arayanların hak arama hürriyetlerini engellemek olur<sup>74</sup>. Bu sebeple bu davranışların TCK kapsamında yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 277) açısından tipik olması muhtemeldir.

Buna göre; “Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi,” cezalandırılır.

Toplum üzerinde etkisi bulunan siyasi çevrelerin, basın ve yayın organları ile sivil toplum kuruluşlarının yargıya taşınan bir olay üzerinden yargı görevi yapanı etkilemeye çalışmaları sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu husus hak arama özgürlüğünü ve dolayısıyla adil yargılanmayı ciddi anlamda engellemektedir. Ne var ki TCK m. 277 kapsamına girmesine rağmen bu tarz teşebbüslerin soruşturulması ve kovuşturulması gündeme gelmemektedir<sup>75</sup>. Bu bağlamda özellikle sosyal medyanın yargı üzerinde çok ciddi etkilerinin olduğu ileri sürülmekte ve bu konu birçok araştırmaya da konu olmaktadır<sup>76</sup>. Bu suç tipinin devreye sokulması ile yargı üzerindeki olumsuz etkilerin bertaraf edilmesi bir nebze de olsa sağlanabilir.

#### **G. Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme (TCK m. 281)**

Suç şüphesinin giderilmesi ancak deliller aracılığıyla olabilir. Dolayısıyla ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da ancak deliller vasıtasıyla mümkün olur. Nitekim hâkim, “kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir” (CMK m. 217/1). Bu sebeple adil bir yargılama için suç delillerinin tespiti ve muhafazası önem arz eder.

Suç işleyen ya da işlenişine iştirak edenlerin dışında kalan kimselerin, işlenen suçun delillerini yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi muhtemeldir. Bu tarz davranışlar hak arama hürriyeti önünde engel teşkil eder. Sözgelimi şahit olduğu hırsızlık olayında, olay mahallinden kaçarken cüzdanını düşüren hırsız arkadaşının yakalanmasını engellemek için cüzdanı alıp ateşe atan kimse, suç delilini yok etmiş olur. Bu kimsenin bu davranışı, suç delillerini yok etme, gizleme veya

<sup>73</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 283 vd., 295 vd.

<sup>74</sup> Cem Şenol, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 277)', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 1123.

<sup>75</sup> Krş. Ünver, s. 301.

<sup>76</sup> Örneğin bkz. Mahmut Şen, 'Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Yıl: 2014, Sayı:3-4, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789138> (erişim tarihi 04.11.2021), s. 641 vd.

değiştirme suçunu (TCK m. 281) oluşturabilir<sup>77</sup>. Bu sebeple bu suç tipi de hak arama hürriyetinin engellenmesi suçlarından biri olarak kabul edilebilir<sup>78</sup>.

İlgili suç tipine göre “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez.”

#### **H. Gizliliğin İhlali (TCK m. 285)**

Ceza muhakemesinde soruşturma gizli yürütülür. Bunun sebeplerinden biri de suçlu sayılmama karinesidir. Soruşturmanın gizliliğinin alenen ihlal edilmesi, suçlu sayılmama karinesini ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü engeller<sup>79</sup>. Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, TCK kapsamında gizliliğin ihlali suçunu (TCK m. 285) işlemiş olabilir.

İlgili suç tipine göre “Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için: a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.”

#### **J. Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs (TCK m. 288)**

Adil yargılanma hakkının hak arama özgürlüğü kapsamında yer alan en önemli hak olduğunu ifade etmiştik. Yargılamanın adil olabilmesi için sağlıklı bir şekilde yürütülmesi elzemdir. Yargılamanın sağlıklı ilerlemesini temin etmek, bu hakkın etkinliği açısından son derece önemlidir. Bu sebeple adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu, hiç kuşkusuz hak arama hürriyetinin engellenmesi suçlarından biri<sup>80</sup> olarak, adil yargılanmanın korunmasını temin eden genel bir suç niteliği taşır.

Buna göre; “Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.”

Suç tanımından da anlaşılacağı üzere suç, tüm dava türlerinde oluşabilir. Ayrıca sadece yargı mercilerini değil, bilirkişi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye çalışmak da suç kapsamındadır. Zira adil bir yargılanma için yargı sürecinin bir bütün olarak sağlıklı bir şekilde ilerlemesi ve adaletin tesis edilmesi gerekir.

#### **K. Hak Kullanımını ve Beslenmeyi Engelleme (TCK m. 298)**

Hak arama hürriyetine herkes sahiptir. Bu herkes içinde ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular da bulunmaktadır. Hak arama hürriyeti bağlamında bu kişilerin müdafî veya avukat tayin etme, bunlarla görüşme, mahkemelere veya Cumhuriyet başsavcılıklara gitme hakları vardır. Hükümlü ve tutukluların bu haklarının engellenmesi kolay

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 1107 vd.

<sup>78</sup> Ünver, s. 444; Topçu, s. 101.

<sup>79</sup> Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1165.

<sup>80</sup> Rezzan İtişgen, 'Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 111, Yıl: 2014, s. 61; Topçu, s. 101.

olabilmektedir. İlgili hakları kullanmalarının engelleyenlerin bu davranışları TCK kapsamında hak kullanımı ve beslenmeyi engelleme (TCK m. 298) suçu açısından tipik olabilir<sup>81</sup>.

İlgili kanun hükmüne göre, “ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların ... müdafı veya avukat tayin etmelerini, bunlarla görüşmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet başsavcılıklarına gitmelerini, ... her ne suretle olursa olsun engelleyenler, hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik edenler, bu yolda talimat verenler, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanağını engelleyenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.”

#### **L. Diğer Suçlar**

“Hak arama hürriyetinin engellenmesi” üst başlığı altında ele aldığımız ve kısaca izah ettiğimiz bu suçlardan başka, hak arama hürriyeti başka suçların işlenmesi suretiyle de engellenebilir. Sözelimi tehdit, şantaj, cebir, hakaret gibi suçları işlemek suretiyle bir kimsenin dava açması engellendiğinde, hak arama hürriyeti engellenmiş olur. Aynı şekilde hak arama yoluna giren bir kimsenin öldürülmesi veya yaralanması ihtimallerinde de kişi engellenmiş olur. Benzer şekilde sorgusu yapılan şüpheli veya sanığa kamu görevlisi tarafından işkence yapılması da hak arama özgürlüğünü engelleyen bir hareket olacaktır. Bu tarz durumlarda gerçekleştirilen hareketler hangi suç tipi kapsamına giriyorsa sorumluluk, o suçlar üzerinden belirlenir.

#### **SONUÇ**

Hak arama hürriyeti, adil yargılanma ve savunma hakkı gibi birçok hakkı bünyesinde barındıran temel hak ve hürriyetlerdendir. Bünyesinde barındırdığı her bir hakka yönelik engellemeler, hak arama hürriyetinin engellenmesi anlamına gelir. Bu engellemeler yasal, yönetsel, yargısal ve toplumsal veya bireysel engelleme şeklinde karşımıza çıkabilir.

Bireysel engelleme teşkil eden davranışlar, Türk Ceza Kanunu kapsamında yer alan suçların bazıları açısından tipik olabilmektedir. Bu durumda ilgili davranışı gerçekleştiren kişinin cezai sorumluluğu gündeme gelir. Bu suçlar “hak arama hürriyetinin engellenmesi suçları” başlığı altında değerlendirilebilir. Bunun haricinde tehdit ve cebir gibi suçlar ile de hak arama hürriyeti engellenebilir.

Hak arama hürriyeti engellenen kişinin bu engele karşı hakkını arama hürriyeti bulunmaktadır. Engelleme teşkil eden davranış suç teşkil ediyorsa ihbar veya şikayette bulunulabilir.

---

<sup>81</sup> İlgili suç ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ünver, s. 685 vd., 688 vd.



## KAYNAKÇA

- AKSOY-RETORNAZ**, Eylem, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi", *Özel Ceza Hukuku. Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Cilt: 3, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 323-333.
- AKTAŞ**, Batuhan, 'Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)', *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 1-64.
- ARTUK**, Mehmet Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin / **ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ATAR**, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AYDIN**, Melikşah, 'Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu', *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 133-162.
- AYDIN**, Mesut, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 61, Sayı: 3, Yıl: 2006, s. 1-37.
- BAL-YALÇIN**, Burçak, 'Hak arama özgürlüğü önünde bir engel: Riskli alan kararlarına karşı dava açma süresi', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 2513-1552.
- ÇETİN**, Onur, *Hak Arama Hürriyeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.*
- DURAN**, Gökhan Yaşar, 'Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 142, Yıl: 2019, s. 59-92.
- EVREN**, Teoman, 'Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 1, Yıl: 1988.
- GÖKTÜRK**, Neslihan, 'Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)', *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 347-410.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/ **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- GÜNGÖRMÜŞ**, Hasan, *Ceza Yargılamasında Hak Arama Özgürlüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2010.*
- HIÉRAMENTE**, Mayeul/ **SCHNEIDER**, Patricia, 'Kein faires Verfahren ohne effektive Verteidigung. Zusammenfassende Bemerkungen zu einem vergessenen Akteur der internationalen Strafjustiz und Ausblick', *The Defence in International Criminal Trials*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, s. 269-279.
- İÇER**, Zafer, 'Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 1, Yıl: 2012, s. 179-226.
- İTİŞGEN**, Rezzan, 'Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 111, Yıl: 2014, s. 61-76.
- KALABALIK**, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KARAOSMANOĞLU**, Fatih, *İnsan Hakları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- KOCA**, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KOÇ**, Emin, 'Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 145, Yıl: 2019, as. 301-347.
- KÖKÜSARI**, İsmail, 'Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: 2011, as. 163-208, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789469> (erişim tarihi 26.07.2021).

- MEMİŞ-KARTAL**, Pınar, 'Türk Ceza Hukukunda Suç Üstlenme', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 1 (2021), s. 16-25.
- ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK**, Bahri/ **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **SIRMA-GEZER**, Özge/ **SAYGILAR-KIRIT**, Yasemin/ **ALAN-AKCAN**, Esra/ **ÖZAYDIN**, Özdem/ **ERDEN-TÜTÜNCÜ**, Efser/ **ALTINOK-VİLLEMİN**, Derya/ **TOK**, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, "Hak Arama Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, (ed. S. Sinan Kocaoğlu), Ankara Barosu, Ankara, 2012, Cilt, 2, s. 201-42.
- ŞEN**, Mahmut, 'Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Yıl: 2014, Sayı:3-4, s. 641-668.
- ŞENOL**, Cem, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 277)', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 1119-1145.
- TAKCI**, Tuğçe, Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- TANER**, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TOKLU**, Esat, İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 1998.
- TOPÇU**, Namık Kemal, 1982 Anayasası'nda Güvence Altına Alınan Temel Hak ve Hürriyetlerin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenişi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2006.
- USLU**, Ferhat, Anayasa Yargısı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÜNVER**, Yener, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÜNVER**, Yener/ **HAKERİ**, Hakan Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- YENERER-ÇAKMUT**, Özlem, 'Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 45-55, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331957> (erişim tarihi 30.07.2021).
- YILMAZ**, Ejder, 'Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 1988, s. 131-155.

## 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN BÜTÇE VE KESİNHESAP KANUNLARI BAKIMINDAN GETİRDİKLERİ\*

### Impacts of the 2017 Constitutional Amendment on Budget and Final Account Laws

Arş. Gör. Hasan Basri ÇİFCİ\*\*

#### Özet

1982 Anayasasının önceki metninde bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin “Bütçenin hazırlanması ve uygulanması” başlıklı 161. madde, “Bütçenin görüşülmesi” başlıklı 162. madde, “Bütçelerde değişiklik yapabilme esasları” başlıklı 163. madde ve “Kesinhesap” başlıklı 164. madde hükümleri, 2017 anayasa değişikliğiyle birlikte “Bütçe ve kesinhesap” başlıklı 161. madde altında birleştirilmiştir. Mezkûr değişiklik çerçevesinde, Anayasanın önceki metninde yer alan dört maddenin içeriği büyük oranda tekrar edilmekle birlikte, ilga edilen maddelerin hepsinde bazı hususlar yeniden düzenlenmiştir. Bunlar, Bütçe Komisyonunun üye sayısının belirlenmesine ilişkin Anayasadaki usulünün terk edilmesi, yürütmenin düzenleyici işlemleriyle bütçede değişiklik yapamayacağına ilişkin vurgunun kaldırılması, önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirilme oranına göre artırılarak uygulanması usulünün getirilmesi ve kesinhesap kanun teklifi için yürütmeye verilen sürenin kısaltılması şeklinde dört başlıkta toplanabilir. Bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin yetkilerin, yasamanın yürütme üzerinde kamu gelir ve harcamaları bakımından denetimini sağlayacak şekilde dağıtılması, hem tarihsel hem olgusal olarak, modern demokrasi anlayışında bütçe hakkının yeriyle yakından ilişkilidir. 2017 Anayasa değişikliğiyle Anayasada bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, anılan kanunların bu önemli rolünü yeterince teslim etmemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Bütçe, Kesinhesap, 2017 Anayasa Değişikliği, Bütçe Hakkı, Önceden İzin İlkesi

#### Abstract

The previous four articles in the Constitution regarding budget and final account laws were consolidated under Article 161 titled “Budget and final account” with the amendments of 2017. Although the content of four articles was largely repeated, some issues were rearranged. These are collected under four main changes: Abandoning the Constitutional procedure for determining the number of members of the Budget Committee; removing the specific emphasis on the executive’s inability to make changes in the budget through its regulatory transactions; employing a new procedure regarding the implementation of the previous year’s budget by increasing it according to the revaluation rate; and, shortening the time period given to the executive for its proposal of final account law. Distribution of powers regarding budget and final account laws, in a way to ensure that the legislature controls the executive in terms of public revenues

\* Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı nezdinde “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Yürütmenin Düzenleme Alanı” başlıklı dersini aldığım kıymetli hocam Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu’nun bu makalenin oluşmasındaki desteğine minnettarım. Görüşlerini paylaşma nezaketi gösteren Arş. Gör. Fatih İnan’a ayrıca teşekkür ederim.

\*\*T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, [hasanbasricifci@maltepe.edu.tr](mailto:hasanbasricifci@maltepe.edu.tr), Orcid: 0000-0001-8301-8561.

Hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim tarihi: 27.10.2021, Kabul tarihi: 10.12.2021.

and expenditures, is closely related with the role of right to budget in modern democracies. The amendments do not adequately acknowledge such important role.

**Keywords:** Budget, Final Account, The Constitutional Amendment of 2017, Right to Budget, Principle of Prior Authorization

## GİRİŞ

1982 Anayasasının önceki metninde bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin “*Bütçenin hazırlanması ve uygulanması*” başlıklı 161. madde, “*Bütçenin görüşülmesi*” başlıklı 162. madde, “*Bütçelerde değişiklik yapabilme esasları*” başlıklı 163. madde ve “*Kesinhesap*” başlıklı 164. madde hükümleri, 2017 anayasa değişikliğiyle birlikte “*Bütçe ve kesinhesap*” başlıklı 161. madde altında tek bir hüküm olarak yeniden düzenlenmiştir. Mezkûr değişiklik çerçevesinde, Anayasanın önceki metninde yer alan dört maddenin içeriği büyük oranda tekrar edilmekle birlikte, ilga edilen maddelerin her biri bakımından bazı hususlar yeniden düzenlenmiş veya kayıplara karışmıştır.

Mülga 162. maddede yer alan Bütçe Komisyonunun üye sayısına –Komisyonun en az 25 üye iktidar grubuna veya gruplarına verilecek şekilde toplam 40 üyeden oluşacağına– ilişkin düzenlemeyle, mülga 163. maddede yer alan Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnameyle bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceğine ilişkin düzenleme yeni madde metnine alınmamıştır. Mülga 164. maddede yer alan kesinhesap kanun teklifinin yürütme tarafından sunulmasına ilişkin yedi aylık süre altı ay olarak değiştirilmiştir. Bununla birlikte, Anayasanın eski metninde yer almayan, önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanması usulü 161. maddeye eklenmiştir.

Bu çalışmanın amacı, Anayasanın 161. maddesinin yeni metninde bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin olarak yapılan değişiklikleri incelemek ve bunların bütçe hukuku bakımından etkilerini saptamaktır. Bu doğrultuda, değişiklik sonrasında 161. madde hükmünde aynı kalan hususlar aşağıda kısaca tanıtıldıktan sonra, değişen veya kaybolan hususlar detaylıca değerlendirilecektir.

Anayasanın 161. madde hükmüne göre, kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır. Merkezi yönetim bütçe kanununun hazırlanmasında şu usul takip edilir: Cumhurbaşkanı hazırladığı bütçe kanun teklifini malî yılbaşından en az 75 gün önce TBMM’ye sunar. Bütçe teklifi Bütçe Komisyonunda görüşülür ve 55 gün içinde kabul edilir. Komisyonda kabul edilen metin TBMM Genel Kurulunda görüşülür ve malî yılbaşına kadar karara bağlanır. Şayet bu usul gereğince takip edilemez ve bütçe kanunu süresinde yürürlüğe konulamazsa bir geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanunu da çıkarılamazsa, yeni bütçe kanunu hazırlanıp kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanır. Bütçe kanun teklifinin TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi esnasında TBMM üyeleri düşüncelerini açıklarlar, ancak kamu giderlerini artırıcı veya gelirlerini azaltıcı önerilerde bulunamazlar. Değişiklik önerileri, hakkında ayrıca görüşme yapılmaksızın okunur ve oylanır.

Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, kamu harcamaları bakımından harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Bu tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz. Cari yıl bütçesinde ödenek artışının gerçekleşeceğini öngören değişiklik tekliflerinde ve hem cari yıl için hem izleyen yıllar için bütçeye mali yük getiren tekliflerde, planlanan giderleri karşılayacak mali kaynakların da gösterilmesi mecburidir.

Merkezi yönetim kesinhesap kanunun hazırlanmasındaysa şu usul takip edilir: Cumhurbaşkanı hazırladığı kesinhesap kanunu teklifini, ilgili olduğu mali yılın sonundan başlayarak en geç altı ay sonra TBMM’ye sunar. Teklifin sunulmasından itibaren en geç 75 gün içinde Sayıştay genel uygunluk bildirimi TBMM’ye sunulur. Kanun teklifinin ve genel uygunluk bildiriminin

TBMM'ye sunulmuş olması, ilgili yıla ilişkin olarak Sayıştay'ın henüz sonuçlandırmadığı denetim ve hesap yargılamasını engellemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez. Kesinhesap kanunu teklifi, bütçe kanunu teklifiyle birlikte görüşülür ve karara bağlanır.

## I. BÜTÇE KOMİSYONUNUN ÜYE SAYISININ BELİRLENMESİ

Bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin temel hususlar 2017 anayasa değişikliğiyle birlikte tek bir madde altında toplanırken, ilga edilen maddelerin her birinden eksiltmeler yapıldığı yukarıda açıklanmıştı. “*Bütçenin görüşülmesi*” başlıklı mülga 162. maddede Bütçe Komisyonu’nun<sup>82</sup> üye sayısına ve üyelerin siyasi parti gruplarınca temsiline ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. Bu düzenlemeye göre, sunulan tasarıyı inceleyerek karara bağlayacak olan Bütçe Komisyonu 40 üyeden oluşuyor ve bu üyeler iktidar grubuna veya gruplarına en az 25 üye verilecek şekilde, siyasi parti gruplarının ve bağımsızların oranına göre belirleniyordu.<sup>83</sup> Anayasanın yeni metninde Bütçe Komisyonu’nun kuruluşuna ve üyelerine ilişkin böyle bir hüküm bulunmamaktadır.

2017 Anayasa değişikliğine temel teşkil eden 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için sunulan gerekçeye bakıldığında, konuya ilişkin olarak yalnızca “*Maddeyle bütçe ve kesinhesap ile ilgili hükümler tek madde olarak düzenlenmektedir,*” ifadesine rastlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, mülga 162.madde hükmünde Bütçe Komisyonu’nun kuruluşuna ve üyelerine ilişkin düzenlemenin hangi gerekçeyle yeni metne alınmadığı açıklanmamaktadır.

Anayasanın 95. maddesinin ilk fıkrası gereğince, TBMM çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür. Bu doğrultuda, TBMM İchtüzüğü’nün “*Komisyonlar*” başlıklı üçüncü bölümünde TBMM nezdinde görev yapacak komisyonların kuruluşu ve üyelerin temsiline ilişkin hususlar da dâhil olmak üzere komisyonlara ilişkin usul ve esaslar detaylı biçimde düzenlenmektedir. TBMM İchtüzüğü’nün 20. maddesinde komisyonlar belirlenirken Bütçe Komisyonu’ndan da söz edilmektedir. Mezkûr madde hükmünün ikinci fıkrasında, komisyonların üye sayısının Danışma Kurulu’nun teklifi üzerine Genel Kurul’da yapılacak işaret oyuyla belirlenmesi usulü öngörülmektedir. Ancak, aynı hükümde Bütçe Komisyonu bu usulden istisna tutulmaktadır. Dolayısıyla, Bütçe Komisyonu’nun üye sayısının tespiti bakımından Danışma Kurulunun teklifi üzerine Genel Kurul’da yapılacak işaret oyuyla belirleme usulü söz konusu olmayacaktır. TBMM İchtüzüğü’nde Bütçe Komisyonu’nun üye sayısının belirlenmesine ilişkin başka bir usul de öngörülmemiştir.

Bununla birlikte, Anayasanın 95. maddesinin ikinci fıkrasında içtüzük hükümlerinin, siyasi parti gruplarının TBMM’nin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını tesis edecek şekilde düzenleneceği öngörülmektedir. Mezkûr hüküm uyarınca, oluşturulacak Bütçe Komisyonu’nun üyelerinin belirlenmesinde siyasi parti gruplarının üye sayıları oranında temsilin gözetilmesi gerekir. Nitekim TBMM İchtüzüğü’nün 21. maddesi, 11. maddeye atıfla, siyasi parti gruplarının komisyonlarda parti grupları toplam sayısı içindeki yüzde oranlarına göre temsil edileceğini hüküm altına almaktadır. Ancak bu durumda dahi, Bütçe Komisyonu’nun toplam kaç üyeden oluşacağına dair belirlemenin nasıl yapılacağı açık değildir. Böyle bir usul ne Anayasanın yeni metninde ne de TBMM İchtüzüğü’nde mevcuttur.

2017 Anayasa değişikliğiyle gelen yeni hükümet sisteminin fiilen yürürlüğe girdiği 27. yasama dönemi bakımından Bütçe Komisyonu üye sayısının nasıl belirlendiği incelendiğinde ilginç

<sup>82</sup> Komisyon, Anayasanın 161. maddesinde “*Bütçe Komisyonu*” adıyla düzenlendiğinden bu çalışmada da bu şekilde kullanılmaktadır. Kastedilen, TBMM İchtüzüğü’ndeki ve uygulamadaki adıyla Plan ve Bütçe Komisyonudur.

<sup>83</sup> İktidar grubuna veya gruplarına en az 25 üye verileceği şeklindeki bu hüküm, Bütçe Komisyonu’nda iktidarın temsil oranının bir üst sınırının olmaması bakımından eleştiriye açıktı. Bkz. Zeynep Müftüoğlu, ‘1982 Anayasası’nın 161. Maddesinde Yer Alan Bütçe Uygulamalarının Bütçe Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi’, Zeynep Müftüoğlu (ed.), IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Kitabı, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 98.

bir durumla karşılaşılmaktadır. Mezkûr yasama döneminin ilk yılının 13 Temmuz 2018 tarihli beşinci birleşiminde, Bütçe Komisyonu’nun 30 üyeden oluşmasına ilişkin bir siyasi parti grup önerisine rastlanmaktadır. Mezkûr grup önerisi, grubu temsilen konuşan başkan vekilince şu şekilde gerekçelendirilmektedir: “Anayasa değişikliğiyle beraber, 40 olan Plan ve Bütçe Komisyonu üye sayısı da artık Başkanlık Divanının kararıyla ya da grup önerisiyle belirlenebilir hale gelmiş ve oradaki dağılımda da herhangi bir partiye belli bir oranda değil de sandalye sayısına göre bir dağılım öngörülmüştü. Dolayısıyla biz de bu teklifimizde 30 gibi bir rakam teklif ettik, çünkü Plan ve Bütçe Komisyonunda görev alan bir milletvekili başka bir komisyonda görev alamıyor. 40 belki fazlaydı, 25 belki az olur, 30 gibi...”<sup>84</sup>

Bütçe Komisyonu’nun üye sayısının –40 veya 25 değil– 30 olarak belirlenmesine ilişkin olarak yukarıda aktardığımız gerekçenin hukuki dayanaktan yoksun olduğunun izahtan varestes olması bir yana, 2017 Anayasa değişikliğiyle vekil sayısı artan TBMM’de aynı anda birden fazla komisyonda çalışamama durumu karşısında yeterli sayıda vekilin bulunamaması mantığa da uygun düşmemektedir. Ancak, bu çalışma sayının belirlenmesine ilişkin bir yerindelik değerlendirmesine girişme niyeti taşımamaktadır. Nitekim böyle bir değerlendirme TBMM’de dahi yapılmamış olup, mezkûr grup önerisi 16 Temmuz 2018 tarihli altıncı birleşimde kabul edilmiş ve Bütçe Komisyonu üye seçimleri 30 üye sayısı üzerinden yapılmıştır.<sup>85</sup>

TBMM İçtüzüğü’nün 19. maddesinin son fıkrası uyarınca, Danışma Kurulu’nun tespitine, teklifine veya görüş bildirmesine bağlanmış bütün hâllerde, şayet Danışma Kurulu yapılan ilk çağrıda toplanamaz ve mezkûr görevlerini oybirliğiyle yerine getiremezse Meclis Başkanı veya siyasi parti grupları bu konudaki istemleri doğrudan TBMM Genel Kurulu’na sunabilir. Bu hüküm çerçevesinde, komisyonların üye sayısının belirlenmesinde TBMM İçtüzüğü’nün yukarıda açıkladığımız 20. maddesindeki Danışma Kurulu’nun teklifi usulü, Danışma Kurulu’nun yapılan ilk çağrıda toplanamaması ve mezkûr görevini oybirliğiyle ifa edememesi şartıyla, grup önerisi olarak da yerine getirilebilir.

Ancak, Bütçe Komisyonu’nun üye sayısının belirlenmesinde, TBMM İçtüzüğü’nün 20.maddesinde Bütçe Komisyonu istisna tutulduğundan Danışma Kurulu’nun teklifine bağlanmış bir hâl söz konusu değildir. TBMM İçtüzüğü’nde Bütçe Komisyonu’nun üye sayısının belirlenmesine ilişkin başka bir usul de öngörülmediğine göre, bu belirlemenin 30 üye sayısına ilişkin grup önerisinin TBMM Genel Kurulu’nda kabulü tarzında yapılması hukuka uygun değildir. Bu aykırılığın temel sebebi, mülga 162. maddede yer alan usulün gerekçesiz biçimde terk edilmesinin ve Anayasanın 161. maddesinin yeni metninde veya TBMM İçtüzüğü’nde bu düzenlemeye yer verilmemiş olmasının getirdiği belirsizliktir.

Bütçe Komisyonu’nun üye sayısına ilişkin anayasa kuralı düzeyinde mevcut bulunan usulün terki ve Komisyonun hukuka uygun biçimde oluşturulmaması bütçe hukuku bakımından endişe vericidir. TBMM Genel Kurulu’nda gerçekleştirilen bütçe görüşmeleri hükümetin genel politikasının tartışıldığı ve siyasi niteliği ağır basan bir süreçken, Bütçe Komisyonu bütçe teklifi üzerinde teknik düzeyde daha ayrıntılı bir incelemenin ve tartışmanın yapılmasını sağlar.<sup>86</sup> Yukarıda ifade edildiği üzere, bütçe kanun teklifinin TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi esnasında TBMM üyeleri düşüncelerini açıklarlar, ancak kamu giderlerini artırıcı veya gelirlerini azaltıcı önerilerde bulunamazlar. Oysa Bütçe Komisyonu’nda yapılan görüşmelerde bütçe üzerinde her türlü değişiklik önerilebilir ve değerlendirilebilir.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> TBMM 27.Dönem 1.Yasama Yılı Genel Kurul Tutanakları, 13.07.2018 tarihli 5.Birleşim Tutanağı, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil1/ham/b00501h.htm>, (erişim tarihi 16.04.2021).

<sup>85</sup> TBMM 27.Dönem 1.Yasama Yılı Genel Kurul Tutanakları, 16.07.2018 tarihli 6.Birleşim Tutanağı, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil1/ham/b00601h.htm>, (erişim tarihi 16.04.2021).

<sup>86</sup> Nami Çağan, ‘Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü’, Anayasa Yargısı, Cilt: 2, Yıl: 1985, Ankara, s. 203.

<sup>87</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 141.

Bununla birlikte, Anayasanın Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kanunların şekil bakımından denetlenmesi yalnızca son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlıdır. Sonra, aynı hükme göre, yayımlanmış bir kanun hakkında şekil bozukluğuna ilişkin iptal davası açılması, ancak yayımlanma tarihinden itibaren on gün içinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla, Bütçe Komisyonu'yla ilgili böyle bir sorun olsa bile, son oylama öngörülen çoğunlukla yapılmışsa veya öngörülen çoğunlukla yapılmamış ama hakkında süresi içinde dava açılmamışsa, bu şekilde hazırlanmış bir bütçe kanununun şekil bakımından sakat olduğunu söylemek mümkün değildir.

2017 anayasa değişikliğiyle Anayasaya eklenen Geçici Madde 21 uyarınca, değişikliğe temel teşkil eden 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlandığı 11 Şubat 2017 tarihinden itibaren en geç altı ay içinde TBMM değişikliğin gerektirdiği TBMM İçtüzüğü ve diğer kanuni düzenlemeleri yapmakla görevlidir. Bu kısımda yapılan açıklamalar, TBMM'nin Anayasa tarafından kendisine verilen bu görevi yerine getirmediğini göstermektedir. TBMM'nin ihmal ettiği bu görevini yerine getirmesi ve TBMM İçtüzüğünde Bütçe Komisyonu'nu komisyonlara ilişkin usulden ayrı tutan hükmü derhâl gözden geçirmesi gerekmektedir.

## II. YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE BÜTÇEDE DEĞİŞİKLİK YAPILAMAMASI

2017 anayasa değişikliğiyle bütçe ve kesinhesap kanununa ilişkin temel hususlar tek bir madde altında toplanırken *"Bütçelerde değişiklik yapabilme esasları"* başlıklı mülga 163. maddeden de eksiltme yapılmıştır. Mülga 163. maddede şu düzenleme yer almaktaydı: *"Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez."* Anayasanın yeni metninde, mezkûr hüküm 161. madde altında birleştirilirken, Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceğine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Mezkûr düzenlemenin terk edilmiş olması, yeni hükümet sisteminde Bakanlar Kuruluna ve yürütmenin düzenleyici işlemlerinden kanun hükmünde kararnamelere yer verilmemiş olması bakımından anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, artık ne Bakanlar Kurulu ne de kanun hükmünde kararname işlemi söz konusu olduğundan, olmayan bir kurulun olmayan bir işlemle düzenleme yapma yetkisinin olmadığını söylemenin gereksiz olduğu aşikârdır.

Buna karşılık, mülga 163. maddede böyle bir düzenlemenin bulunması, yürütmenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla bütçede değişiklik yapmasının mümkün olmadığını vurgulamak içindir. Bütçe ve kesinhesap kanunlarının en temel özelliği, bu kanunları yapma yetkisinin münhasıran yasamanın devredemeyeceği yetkiler arasında olmasıdır.<sup>88</sup> Anayasanın 87. maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri arasında bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek yer almaktadır. Parlametonun temel işlevlerinden biri, kamu gelirlerinin ve harcamalarının önceden verilen izne dayalı olarak yürütülmesini sağlamak olup, bu işlev bütçede önceden izin ilkesi olarak ifade edilir.<sup>89</sup>

Önceden izin ilkesi, bireylerin kamu gelirleri ve harcamaları bakımından parlamentoların dolaylı temsil niteliği vasıtasıyla söz sahibi olmasını sağlamasının yanında, ilgili yılda üstlenecekleri mali yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ifasıyla toplanan gelirlerden yapılacak harcamalar bakımından bilgi sahibi olmasını da temin eder.<sup>90</sup> Bu fonksiyonu itibarıyla önceden izin ilkesi,

<sup>88</sup> Yüzbaşıoğlu, s. 324.

<sup>89</sup> Gülsen Güneş, 'Hukuksal Teknik Açısından Bütçede 'Önceden İzin İlkesi'nin Vergi Gelirleri Yönüyle İşlevini Kısmen Yitirmesinin Bütçe Hakkı Açısından İrdelenmesi', XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 176.

<sup>90</sup> Hasan Basri Çifci, 'Bütçe Kanununda Yer Almayan Vergi Kanunlarının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında

hukuki güvenliğin ve belirliliğin sağlanması, böylece Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından önem taşır.<sup>91</sup>

Türk hukukunda önceden izin ilkesi, kamu harcamaları bakımından Anayasa’da düzenlenmiştir. Anayasanın 161. maddesinin ilk fıkrasına göre, kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin *harcamaları* yıllık bütçelerle yapılır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 13/(i) hükmü “*Bütçeler, ait olduğu yıl başlamadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisi veya yetkili organlarca kabul edilmedikçe veya onaylanmadıkça uygulanmaz,*” şeklindeki ifadesiyle Anayasal kuralı tamamlar.

Kamu gelirleri bakımındansa önceden izin ilkesi bir Anayasa kuralı olarak mevcut değildir.<sup>92</sup> 5018 sayılı Kanun’un 15.maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Merkezi yönetim bütçe kanununda; [bütçe] yılı[nın] ve izleyen iki yılın gelir ve gider tahminleri, [...] vergi muafiyeti, istisnası ve indirimleri ile benzeri uygulamalar nedeniyle vazgeçilen vergi gelirleri, [...] bağlı cetveller, mali yıl içinde gelir ve giderlere yönelik olarak uygulanacak hükümler yer alır. Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin her birinin gelir-gider tahminleri, merkezi yönetim bütçe kanununda ayrı bölüm veya cetvellerde gösterilebilir.*” Bununla birlikte, mezkûr kanunun 37. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelirlerinin kanuni dayanakları bütçelerinde gösterilir.*” Bu iki hükmün birlikte yorumlanmasından, kamu gelirlerini tahmin etmek ve kamu idarelerinin gelirlerini kanuni dayanaklarıyla göstermek üzere, o yıl toplanması mümkün olan kamu gelirlerinin bütçe kanununda yer alması gerektiği çıkarılabilir.<sup>93</sup>

Bu çerçevede, parlamentonun bütçe ve kesinhesap kanunlarını yapma yetkisi, yürütmenin yasama tarafından kamu gelirleri ve harcamaları bakımından yetkilendirilmesi anlamına gelir ve yürütmenin işlemleriyle düzenlenemeyecek bir alana denk düşer. Nitekim 1982 Anayasası 1961 Anayasasına kıyasla kanun hükmünde kararnamelerle yürütmenin düzenleme alanını genişletme eğiliminde olmasına rağmen, mülga 163. maddenin yeni metinde yer almayan “*Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez,*” ifadesiyle yasamanın bu husustaki asli işlevini açıkça ifade etmekteydi.<sup>94</sup> 1982 Anayasasının 161. maddesinde böyle bir hükme yer verilmemiş olması, tüm bu saydıklarımızın geçerliğini yitirdiği anlamına gelmez.

2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte, Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiş ve Cumhurbaşkanının, Anayasanın belirlediği sınırlar içinde, herhangi bir yetki kanununa dayanmaksızın veya yasamanın onayına tabi olmaksızın kararname çıkarması mümkün hâle gelmiştir.<sup>95</sup> Ancak bu yetki sınırsız değildir; Anayasanın Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104.maddesinin 17. fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından dört ayrı sınır getirilmiştir. Mezkûr fıkranın ilk cümlesine göre, Cumhurbaşkanı ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarabilir. Dolayısıyla, yürütme yetkisi dışındaki konularda kararname çıkarılması mümkün değildir. İkinci cümlesine göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle, dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Üçüncü cümlesine göre, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa

Uygulanabilirliği’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2020/1, İstanbul, s. 109. Ayrıca bkz. Çağan, s. 206.

<sup>91</sup> Yusuf Karakoç, “Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükümünün Değerlendirilmesi”, Feridun Yenisey/ Gülsen Güneş/ Z. Ertunç Şirin (ed.), Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 92-93.

<sup>92</sup> 1050 sayılı Muhasebe-i Umûmiye Kanununun ilga edilmesiyle kanun düzeyinde önceden izin ilkesi bakımından öne sürülen yaklaşımlar için bkz. Çifci, s. 114-115.

<sup>93</sup> Selim Kaneti/ Esra Ekmekci/ Gülsen Güneş/ Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 59.

<sup>94</sup> Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 325.

<sup>95</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 405.



Mahkemesinin yerleşik içtihadı<sup>96</sup> Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların bu kapsamda olduğu yönündedir. Fıkranın dördüncü cümlesine göreyse, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkün değildir. Bu durumda, yürütme yetkisine ilişkin bir konu olsa bile, kanunla düzenlenmiş olması hâlinde bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.<sup>97</sup>

Bu çerçevede, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede değişiklik yapıp yapılamayacağına bakıldığında, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk cümlesi açısından, bütçede yapılacak bir değişikliğin yürütme yetkisine ilişkin olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Yukarıda bütçede önceden izin ilkesiyle bağlantısı içinde açıklandığı üzere, bütçe ve kesinhesap kanunlarının en temel özelliği, bu kanunları yapma yetkisinin münhasıran yasanın devredemeyeceği yetkiler arasında olmasıdır.<sup>98</sup>

TBMM'nin çıkaracağı alelade bir kanunla da bütçe kanununda değişiklik yapılamaz. Anayasanın 87. maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri düzenlenirken kanun koyma, değiştirme ve kabul etme bir grupta, bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşme ve kabul etme ayrı bir grupta ele alınmaktadır. Ayrıca, madde metninde diğer kanunlar için *"kanun koymak"* ifadesi kullanılırken, bütçe ve kesinhesap kanunları için *"görüşmek ve kabul etmek"* ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, alelade bir kanun ile bütçe ve kesinhesap kanunları TBMM'nin birbirinden iki ayrı görev ve yetkisine karşılık gelmektedir. Anayasa Mahkemesi de bunu açıkça ortaya koymaktadır: *"Anayasa'da birbirinden tamamen ayrı ve değişik biçimde düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak, birinin konusuna giren bir işin, ötekisiyle ilgili yöntemin uygulanması ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması olanaklı değildir."*<sup>99</sup>

Öyleyse, bütçe kanununda yapılacak bir değişiklik, ne Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ne de alelade bir kanunla yapılabilir. Böyle bir değişiklik ancak aynı kanunlaştırma usulüyle düzenlenmiş bir bütçe kanunuyla yapılabilir ve bu yetki de münhasıran TBMM'ye aittir.

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesi açısından da, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede değişiklik yapılamayacağını söylemek gerekir. Anayasanın 161.maddesinin ikinci fıkrasında, merkezi yönetim bütçesinin hazırlanmasının, uygulanmasının ve kontrolünün kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca *"Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz"*. O hâlde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede verilen ödeneğin aşılmasına ilişkin düzenleme yapılamayacağı gibi, buna yetki veren bir hükmün bütçe kanununa konması da mümkün olmaz.<sup>100</sup>

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı<sup>101</sup> göz önünde bulundurulduğunda, bütçenin hazırlanması ve uygulanmasının bütçe kanunuyla düzenlenmesi öngörüldüğünden, ayrıca bütçede verilen harcama sınırı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenemeyeceğinden, bütçenin hazırlanması, uygulanması ve kontrolüne ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

<sup>96</sup> Örn. bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, Resmî Gazete, T. 15.2.2018, Sayı: 30333, p. 56-57; Anayasa Mahkemesi, E. 2017/51, K. 2017/163, T. 29.11.2017, Resmî Gazete, T. 21.12.2017, Sayı: 30277, p. 12-13.

<sup>97</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2019/7, K. 2021/2, T. 14.1.2021, Resmî Gazete, T. 24.2.2021, Sayı: 31405, p. 4-14; Anayasa Mahkemesi, E. 2018/119, K. 2020/25, T. 11.6.2020, Resmî Gazete, T. 9.11.2020, Sayı: 31299, p. 3-13; Anayasa Mahkemesi, E. 2018/155, K. 2020/27, T. 11.6.2020, Resmî Gazete, T. 23.7.2020, Sayı: 31194, p. 3-13; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/31, K. 2020/5, T. 23.1.2020, Resmî Gazete, T. 13.5.2020, Sayı: 31126, p. 3-13.

<sup>98</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 324.

<sup>99</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1998/56, K. 1998/89, T. 28.12.1998, Resmî Gazete, T. 19.3.1999, Sayı: 23644, s. 20. Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2017/61, K. 2018/12, T. 14.2.2018, Resmî Gazete, T. 6.4.2018, Sayı: 30383, p. 18.

<sup>100</sup> Özge Aksoylu Ürger, 'Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri', 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Çanakkale, 2018, s. 154.

<sup>101</sup> Bkz. 15 ve 16 numaralı dipnotlar.

çıkarılması mümkün olmaz. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, bütçe kanununa giren konularda değişiklik getirecek düzenlemeler yapılamaz.

Nihayetinde, mülga 163. maddede bulunan “*Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez,*” ifadesine denk düşecek şekilde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceğine ilişkin ayrıca bir düzenlemeye gerek olmadığı savunulabilir. Diğer bir deyişle, böyle bir hüküm olmasa da, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede bir değişikliğin yapılması mümkün değildir.

### III. ÖNCEKİ YILIN BÜTÇESİNİN YENİDEN DEĞERLEME ORANINA GÖRE ARTIRILARAK UYGULANMASI

Anayasanın önceki metninde yer almayıp 2017 anayasa değişikliğiyle birlikte getirilen bir düzenleme, önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanması usulüdür. Girişte, Anayasanın 161. maddesinde düzenlenen usul gereğince takip edilemez ve bütçe kanunu süresinde yürürlüğe konamazsa geçici bütçe kanunu çıkarılacağı söylenmişti. 161.maddenin dördüncü fıkrasına göre, geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu hazırlanıp kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesinin B hükmüne göre, yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlemenin yapılacağı yılın ekim ayında bir önceki yılın aynı dönemine göre Türkiye İstatistik Kurumu’nun Toptan Eşya Fiyatları Genel Endeksi’nde meydana gelen ortalama fiyat artış oranını ifade eder. Bu oran her yıl Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenir ve Resmî Gazete’de yayımlanır. Örneğin, 2021 yılı bakımından yeniden değerlendirme oranı 533 Sıra Numaralı Genel Tebliğ’de %36,2 olarak belirlenmiştir.<sup>102</sup>

Bütçenin yasama tarafından onaylanmaması durumunda, son yıl bütçesinin muayyen veya gayrimuayyen bir süre için uzatılması şeklindeki bu uygulamaya “*temdit sistemi*” adı verilir.<sup>103</sup> Bu durumda, yeni bir bütçe değil, yeni bir bütçe usulüne uygun şekilde hazırlanana kadar önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanması söz konusu olduğundan, uygulanacak bütçeyi yine “*geçici bütçe*” olarak adlandırmak gerekecektir.<sup>104</sup> Yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçenin geçici ve istisnai olma nitelikleri aşağıda detaylı şekilde incelenecektir.

Anayasanın 161. maddesinin ilk fıkrası bütçenin *yıllık* olarak yapılacağını ortaya koyar. Zamansal olarak sınırlanmış olan bütçe kanunu, yalnızca yürürlükte olduğu yıl bakımından uygulanır ve ilgili yıl sona erdiğinde hükmünü yitirir.<sup>105</sup> O hâlde, bir önceki yılın bütçe kanununun, yeni yıla ilişkin bütçe kanununun süresinde hazır olmaması durumunda, bir işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden yeniden değerlendirme oranınca artmış biçimde uygulanabilir hâle geldiğini söylemek mümkün değildir.

Bununla birlikte, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçenin hangi koşullarda, nasıl ve kim tarafından hazırlanacağına ilişkin Anayasa’da bir belirsizlik söz konusudur.

<sup>102</sup> Resmî Gazete, T. 27.11.2021, Sayı: 31672.

<sup>103</sup> Nihad Sayar, Devlet Bütçesi – Prensipleri ve Tatbikatı, 2. Bası, Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1956, s. 125.

<sup>104</sup> Öğretide önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanması usulü için “uyarlanmış bütçe” isminin kullanılması da önerilmektedir. Bkz. Zeynep Müftüoğlu, ‘1982 Anayasasının 161.Maddesinde Öngörülen ‘Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçe’ Türünün Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme’, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara, 2020, s. 405.

<sup>105</sup> Sayar, s. 7-8. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/47, K. 2018/10, T. 14.2.2018, Resmî Gazete, T. 6.4.2018, Sayı: 30383, p. 23.

Bu belirsizlik, bütçenin denetimi bakımından da çeşitli ihtimalleri, sözgelimi yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçenin bir kanunla düzenlenmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'nin, yürütmenin işlemleriyle düzenlenmesi durumunda işlemin niteliğine göre Anayasa Mahkemesi'nin veya Danıştay'ın denetimini beraberinde getirmektedir.<sup>106</sup>

Bu hususa ilişkin olarak, 5018 sayılı Kanun'a bakmak akla gelebilir. Zira mezkûr kanunun ilk maddesi, kanunun “kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolü” düzenlemek amacını taşıdığını ifade eder. Ancak, 5018 sayılı Kanun'un bu yeni bütçe usulüne ilişkin tek açıklaması, 19.maddenin üçüncü fıkrası<sup>107</sup> uyarınca, bu şekilde belirlenen bütçenin yasama tarafından cari yıl bütçesi yürürlüğe sokulduğunda sona ereceği, o zamana kadar toplanan gelir ve yapılan harcamaların cari yıl bütçesine dâhil edileceğidir. Bu açıdan, 5018 sayılı Kanun'un yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçeye ilişkin detaylı düzenlemelere yer verdiği ve böylece ilk maddesindeki amacını yerine getirdiği söylenemez.<sup>108</sup>

Bu durumda iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan ilki, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçenin yasamanın bir işlemiyle yürürlüğe konmasıdır. Ancak, Anayasanın 161.maddesinin dördüncü fıkrasının “*Geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanır,*” şeklindeki lafzına bakıldığında, yasama erkince bütçe kanunu kabul edilinceye kadar, önceki yıl bütçesinin yürütme erkince artırılarak uygulanacağı söylenebilir. Başka bir deyişle, “*uygulanır*” şeklindeki edilgen ifadede yer alan eylemin failinin, olağan veya geçici bütçe kanununun yasama tarafından çıkarıldığı ihtimallerde olduğu gibi, yürütme erki olduğu savunulabilir. Bu doğrultuda, aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, bütçe sürecinin yürütmenin bütçeyi hazırlaması, yasamanın bütçeyi onaylaması, yürütmenin bütçeyi *uygulanması* ve yasamanın bütçeyi denetlemesi şeklinde olmasına dayanmak mümkündür. “*Artırılarak uygulanır*” şeklindeki ifadenin, bütçenin yürütme organınca *nasıl* uygulanacağı sorusuna cevap verdiği ileri sürülebilir. Lafzi yorumun benimsenmesi durumunda, geriye önceki yıl bütçesinin yeniden değerlemesinin yürütmenin bir işlemiyle yapılacak olması ihtimali kalır.<sup>109</sup>

2017 Anayasa değişikliğine temel teşkil eden 6771 sayılı Kanun için sunulan gerekçeye bakıldığında bu usulün getirilmesi şu şekilde temellendirilmektedir: “*Kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması ve yürütmede istikrarın devamı için, bütçe kanununun yürürlüğe konulamaması halinde bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirme oranında artırılarak yürürlüğe konması hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme, bütçenin süresinde yasalasamaması nedeniyle yaşanabilecek sistem tıkanıklıklarını önleyecek olması bakımından*

<sup>106</sup> Müftüoğlu, 1982 Anayasası'nın 161.Maddesinde Yer Alan Bütçe Uygulamalarının Bütçe Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi, s. 103.

<sup>107</sup> 5018 sayılı Kanun'daki mezkûr değişiklik 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında KHK'nın 213/(I) hükmüyle gerçekleştirilmiştir. 703 sayılı KHK'nın dayandığı 7142 sayılı yetki kanunu, yürütmeye konu olarak sınırları belirsiz bir alanda düzenleme yapma yetkisi getirdiğinden Anayasaya aykırıdır. Bununla birlikte, 703 sayılı KHK ile yapılan düzenlemelere bakıldığında, bunların tamamının 2017 Anayasa değişikliğine ilişkin 6771 sayılı Kanun'daki hususlarla ilgili olmadığı görülmektedir. Sonra, Anayasanın KHK'ların TBMM'de onaylanması usulüne ilişkin düzenlemeyi içeren 91. maddesinin ilga edilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine ilişkin 148.maddesinin değiştirilmesi karşısında, 703 sayılı KHK'nın yargısal denetimine ilişkin de sorunlar söz konusudur. Bu çerçevede yapılmış bir değerlendirme için bkz. Korkut Kanadoğlu/ Ahmet Mert Duygun/ Deniz Bilgehan, ‘Devlet Yapısı Yeniden Düzenlenirken: Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararneleri’, Güncel Hukuk, Sayı: 173, Yıl: 2018, İstanbul, s. 24-29.

<sup>108</sup> Müftüoğlu, 1982 Anayasasının 161.Maddesinde Öngörülen “Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçe” Türünün Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme, s. 409. Ayrıca, mezkûr kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuat bakımından da böyle bir düzenleme mevcut değildir.

<sup>109</sup> Önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanmasında yürütmenin hangi işlem veya işlemlerinin söz konusu olabileceğine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Müftüoğlu, 1982 Anayasasının 161.Maddesinde Öngörülen “Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçe” Türünün Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme, s. 405-427.

*dengeleyici bir işlev görecektir.*” Bu durumda, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe, tıpkı geçici bütçe kanunu bakımından olduğu gibi, başta kamu hizmetlerinin sürekliliğinin kesintiye uğramadan devam etmesi olmak üzere, yürütmenin tüm faaliyetlerinde devamlılığın sağlanmasını amaçlamaktadır. Buna karşılık, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe her ne kadar zikredilen amaçla ve iyi niyetle getirilmiş gibi görünse de, yürütme erkine kötüye kullanılması mümkün bir düzenlemedir.<sup>110</sup> Bu hususun gerekçesini ortaya koyabilmek adına bütçe sürecinde yasama ve yürütme erklerinin görev ve yetkilerine yakından bakmakta fayda vardır.

### A. Yasama ve Yürütmenin Bütçenin Oluşturulmasındaki Görev ve Yetkileri

Bütçenin hazırlanmasında yasamanın rolüne tarihsel olarak bakıldığında, iki ayrı sistemden söz etmek mümkündür: Fransa başta olmak üzere Kıta Avrupası hukuku çevresinde benimsenen birinci sistemde, yasamanın bütçenin onaylanması sürecindeki görev ve yetkileri daha fazladır. Hükümeti temsil edenler bütçe görüşmeleri sırasında ciddi bir sorgulamaya tabi tutulur ve kapsamlı tartışma, müdahale ve değişiklikler neticesinde bütçe kanunu kabul edilir. Anglosakson hukuk çevresinde benimsenen ikinci sistemdeyse, bütçenin hükümetin bir icra programı olduğu ve yapılacak müdahalelerin hükümetin yıllık programında ve uzun vadeli planlarında aksaklığa sebep olabileceği düşünülür. İkinci sistemde, yasamanın bütçe bakımından görev ve yetkileri daha çok kontrol ve denetim aşamasına bırakılır. Kabul edilen tasarıdaki gelir ve harcamaların gerçekleşip gerçekleşmediği ve uzun vadeli planlara uygun olup olmadığı incelenir.<sup>111</sup>

İktisadi alanda yaşanan gelişmeler sebebiyle yürütmede istikrara kavuşma arzusu, ilk sistemin de zamanla ikincisine yaklaşma gayretinde olmasına yol açmıştır.<sup>112</sup> Türk hukuku açısından, iktisadi alandaki gelişmelerin etkisi olmakla birlikte, bu sistemlerden ilkinde ilişkin özellikler daha baskın olup, cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren, bütçe hazırlığı aşamasına yönelik görev ve yetkiler yürütmede, bütçe teklifini görüşme ve kabul etme aşamasına yönelik görev ve yetkiler yasamada olmuştur.<sup>113</sup> Yukarıda açıklandığı üzere, Anayasanın 87.maddesinde diğer kanunlar için “*kanun koymak*” ifadesi kullanılırken, bütçe ve kesinhesap kanunları için “*görüşmek ve kabul etmek*” ifadelerine yer verilmektedir. Yasama erkinin görev ve yetkileri bakımından bütçe ve kesinhesap kanunlarının özel yerinin altını çizen bu ifade tercihi, aynı zamanda anayasa koyucunun yürütmenin bütçe hazırlığına verdiği önemi de göstermektedir.<sup>114</sup> Bütçe teklifini sunmak bakımından sahip olduğu bu yetki, Cumhurbaşkanını siyasal alandaki en önemli yasama aktörü hâline getirmektedir.<sup>115</sup> Bununla birlikte, hazırlama yetkisi yürütme erkine ait olsa da, “*görüşmek ve kabul etmek*” ifadesinde görüldüğü üzere, bütçeyi inceleme, değiştirme ve onaylama yetkisi yasama erkine aittir.<sup>116</sup>

Birinci sistem bakımından, bütçenin dört ayrı işlevi yerine getirdiğinden söz etmek mümkündür. İlk olarak, bütçe kanunuyla yukarıda açıklandığı şekilde kamu gelirlerinin toplanmasına ve kamu harcamalarının yapılmasına yetki verilmesi bütçenin *mali* işlevini ifade eder. İkincisi, kanunun istisnai olarak düzenlediği bütçe dışı faaliyetler hariç olmak üzere, yürütmenin bütün faaliyetlerinin bütçe dâhilinde yürütülmesi bütçenin *hukuki* işlevini temsil eder. Üçüncüsü, yürütme üzerindeki parlamenter kontrolün bütçe kanununun kabul edilmesinde de icra edilmesi

<sup>110</sup> Kemal Gözler, Elveda Anayasa – 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, 2. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 67.

<sup>111</sup> Bedi Necmeddin Feyzioğlu, Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe, Şemseddin Arkadaş Sermet Matbaası, İstanbul, 1965, s. 215-216. Ayrıca bkz. Sayar, s. 122-123.

<sup>112</sup> Feyzioğlu, s. 216.

<sup>113</sup> Bütçenin Türk anayasal düzenindeki durumu bakımından detaylı bir değerlendirme için bkz. Ümit Güveyi, ‘Bütçe Hakkının Anayasacılık Bakımından Önemi ve Türk Anayasal Düzenindeki Durum’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 155, Yıl: 2019, İstanbul, s. 1360-1370.

<sup>114</sup> Çağan, s. 201.

<sup>115</sup> Şule Özsoy Boyunsuz, ‘The AKP’s Proposal for a ‘Turkish Type of Presidentialism’ in Comparative Context’, Turkish Studies, Cilt: 17, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 81.

<sup>116</sup> Çağan, s. 201.

bütçenin *kontrol* işlevine karşılık gelir. Son olarak, bütçenin yasama tarafından yürütmenin faaliyetlerinin seyrine etki edecek bir araç olarak kullanılması bütçenin *siyasi* işlevini ortaya koyar.<sup>117</sup>

Bütçenin siyasi işlevi, yasamanın bütçeyi kabul ve kontrol etme görev ve yetkisine sahip olduğu bir düzende, yürütme üzerinde ciddi ve kapsamlı bir etkiye bulunabilmesini mümkün kılar.<sup>118</sup> Böyle bir sistemin benimsenmesinin amacı, bütçenin kabul edilmemesi hâlinde kamu gelirlerini toplama ve kamu harcamalarını yapma yetkisini kaybedecek olan yürütme erkinin yasama erkiyle uzlaşmasını sağlamaktır.<sup>119</sup> Yasama ve yürütme erklerinin tamamen ayrıldığı hukuk düzenlerinde bu yetki, yasamanın yürütme karşısındaki en önemli aracıdır.<sup>120</sup> Demokratik olmayan devletlerde bütçenin siyasi işlevi söz konusu olmaz.<sup>121</sup> Erklar arasındaki dengenin bozulduğu ve yürütmenin yasamayı tahakküm altına aldığı hukuk düzenlerinde, bütçenin belirlenmesinde yürütmenin istediği olur.<sup>122</sup>

Türkiye’de benimsenen sistem bakımından, yasama erkinin, yürütme erkinin teklif ettiği bütçeyi kabul etmek gibi bir zorunluluğu olmadığını söylemek gerekir.<sup>123</sup> Nitekim TBMM Genel Kurulu’nda bütçenin görüşülmesi sırasında milletvekillerinin kamu giderlerini azaltacak veya kamu gelirlerini artıracak tekliflerde bulunması, bu yönde değişiklik önerileri getirmesi ve bunların oylanması mümkündür. Yine, yukarıda aktarıldığı üzere, Bütçe Komisyonu’ndaki görüşmeler esnasında kamu giderlerini artıracak veya gelirlerini azaltacak önerilerde de bulunulması söz konusudur ve yürütmenin teklif ettiği bütçenin tamamı değişime açıktır. TBMM Genel Kurulu’nda yapılan oylama sonucunda bütçe tasarısının reddedilme ihtimali de söz konusudur.

Ayrıca, Türk hukukunda, yürütme erkinin yıllık programlarının da yasama erkinin bütçeye ilişkin yetkilerini kullanmasını etkilediği söylenemez.<sup>124</sup> Bu açıdan, Anayasa Mahkemesinin yıllık programların bütçe kanununun görüşülmesi sürecindeki rolü bakımından yaptığı değerlendirme dikkate şayandır: “[...] *yıllık programların bütçe yasalarının yapılmasında göz önünde tutulması gereği, bu kararnamelere idari düzenleyici bir kural ve bütçenin görüşülmesi ve kabulü sırasında yasama organınca önemle ele alınacak derin ve titiz bir değerlendirmeden geçirilecek tedbirler belgesi olmaktan başka bir nitelik sağlayamaz.*”<sup>125</sup> Bu durumda, yasama erkinin, bütçenin görüşülmesinde ve kabul edilmesinde, hükümetin yıllık programına ve uzun vadeli planlarına uygun hareket etme gibi bir sorumluluğu da yoktur.

Dolayısıyla, yasamanın, kendi onayına sunulan bütçeyi kabul etmek gibi bir zorunluluğu olmadığından, Türk hukukundaki sistemin, yukarıda aktarılan birinci sistemden izler taşıdığı söylenebilir. Yine aynı sebeplerle, uygulamada yasamanın bütçeyi reddetmeye ihtiyaç duymayacağı da savunulabilir.<sup>126</sup> Yasama, yürütmenin teklif ettiği bütçe kanununu, Bütçe Komisyonu’nda sınır olmaksızın, TBMM Genel Kurulu’ndaysa yukarıda aktarılan sınırlar dâhilinde, istediği şekilde tadil ve kabul edebilir. Dolayısıyla, uygulamada onu reddetmek yerine, istediği yönde değiştirebilir.

Anayasanın 161.maddesine eklenen bütçe usulü, Türkiye Cumhuriyeti anayasaları bakımından daha evvel benzeri bulunmayan bir usuldür. Ancak yürütmenin önceki yıl bütçesini

<sup>117</sup> Fritz Neumark, Maliyeye Dair Tetkikler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 209-210.

<sup>118</sup> Neumark, s. 209.

<sup>119</sup> Gözler, s. 67. Buna karşılık, 6771 sayılı Kanun’da yer alan ve yukarıda aktarılan gerekçeye paralel olarak, bu durumun sistemi tıkadığı ve yeni düzenlemenin bu tikanıklığı ortadan kaldırdığı yönünde bir değerlendirme için bkz. Baki Yeğen, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Kapsamında Bütçe Sürecin Analizi’, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, İzmir, 2020, s. 157-158.

<sup>120</sup> Gözler, s. 67.

<sup>121</sup> Neumark, s. 209.

<sup>122</sup> Cezmi Erçin, Hukuki Bakımdan Bütçe, Hukuk İlmini Yayın Kurumu, Ankara, 1937, s. 22.

<sup>123</sup> Ömer Faruk Batirel, Kamu Bütçesi, 9. Bası, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 64. Ayrıca bkz. Gözler, s. 67; Sayar, s. 126.

<sup>124</sup> Çağan, s. 222.

<sup>125</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1967/41, K. 1969/57, T. 23-25.10.1969, Resmî Gazete, T. 12.3.1971, Sayı: 13776, s. 7.

<sup>126</sup> Sayar, s. 126.

tekraren uygulayabilmesi bakımından tarihsel anlamda bir ilk değildir. Bu açıdan yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçenin 1876 Kanuni Esasisinin 102.maddesini anımsattığı söylenebilir. 1876 Kanuni Esasisi bütçenin Meclisi Umumi’de görüşülerek kabul ve tasdik olunması usulünü getirmiş ve yıllık bütçe ilkesini de tesis eden bir sistem benimsemiştir.<sup>127</sup> Ancak, bütçe üzerindeki parlamento kontrolünün yoğunluğunu azaltacak birtakım düzenlemelere de yer vermiştir.<sup>128</sup> Zikredilen 102.madde bu düzenlemelerden biri olup, Meclisi Umumi’nin feshedilmesi hâlinde bir sene önceki bütçenin tekraren uygulanabilmesini düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu tarz bir usul yalnızca parlamentonun feshedildiği olağanüstü bir durumda uygulanabilecek şekilde tesis edilmiştir. Bütçenin hazırlanması bakımından böylesi bir anımsatma, yasamanın yürütme üzerindeki bütçe denetimi açısından bir geriye gidişi düşündürmektedir.

## B. Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacak Bütçenin İstisnai ve Geçici Olmasının Gerekliliği

Anayasanın 161.maddesinin dördüncü fıkrasının mevcut metnine göre; *“bütçe kanunu süresinde yürürlüğe konulamazsa”* geçici bütçe kanunu çıkarılır, *“geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda”* yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe söz konusu olur. Öyleyse, bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanması ancak belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda mümkündür.

Geçici bütçe kanunu, olağan usul takip edilerek bütçe kanunu hazırlanamaz ve süresinde yürürlüğe konamazsa söz konusu olur. Savaş, iç karışıklık, ekonomik bunalım veya bütçe görüşmelerinin çıkmaza girmesi gibi sebeplerle yasamanın onayı gecikebilir ve kamu hizmetlerinin aksamaması için geçici bütçe kanunu çıkarılabilir.<sup>129</sup> Uygulamada, özellikle genel seçimlerin yapıldığı yıllarda, yeni seçimle başa gelecek hükümetin plan ve politikaları çerçevesinde kendi bütçesini hazırlamasına imkân sağlamak adına geçici bütçe kanunu uygulamasına gidildiği görülmektedir.<sup>130</sup> Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi’nin geçici bütçe kanununa ilişkin şu belirlemesi dikkate şayandır: *“Devlet yaşantısının gereklerinin ve gereksinmelerinin zorunlu kaldığı istisnai durumlarda, ana kural yine yıllık bütçe olmakla birlikte, geçici bütçelerle işlerin yürütülmesine gidildiği bir vakıadır ve olağan bütçelerin yıllık yapılması koşulu altında, böyle zorunlu, geçici bir tedbirin Anayasa ile çelişir sayılamayacağı ortadadır.”*<sup>131</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin bu belirlemesini kanun düzeyinde tekrar eden bir düzenleme 5018 sayılı Kanun’un 19.maddesinde mevcuttu ve geçici bütçe kanununun ancak zorunlu nedenlerle ve altı ayı geçmeyecek şekilde yapılabileceği hüküm altına alınmıştı. Ancak, 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 213.maddesiyle yapılan değişiklikten sonra, 5018 sayılı Kanun’un mezkûr maddesinde geçici bütçe kanunun zorunlu nedenlerle çıkarılacağı ve uygulamasının altı ayı geçemeyeceği şeklindeki düzenlemeler gerekçe sunulmaksızın kaldırılmış, madde hükmünde geçici bütçe kanunu hakkında yalnızca geçici bütçe ödeneklerinin bir önceki yılın bütçe başlangıç ödeneklerinin belli bir oranı esas alınarak belirleneceğine yer verilmiştir.<sup>132</sup>

Bununla birlikte, Anayasanın 161.maddesinin mevcut hâli, kuralın hâlâ olağan usulde çıkarılmış yıllık bütçe kanunu olduğunu ve geçici bütçe kanununun istisnai nitelik taşıdığını göstermektedir. Başka bir deyişle, geçici bütçe kanunun çıkarılması, yukarıda Anayasa Mahkemesi’nin kararında söylendiği gibi, devlet yaşantısının gerekli kıldığı durumlarda ve bu

<sup>127</sup> Feyzioğlu, s. 30-31.

<sup>128</sup> Feyzioğlu, s. 31.

<sup>129</sup> Sayar, s. 121.

<sup>130</sup> Kâmil Mutluer/ Erdoğan Öner/ Ahmet Kesik, Bütçe Hukuku, 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 188.

<sup>131</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1974/9, K. 1974/22, T. 23-25.10.1969, Resmî Gazete, T. 19.7.1974, Sayı: 14950, s. 3.

<sup>132</sup> Zikredilen değişikliğin 703 sayılı KHK’yla yapılmasına ilişkin eleştiri için bkz. 26 numaralı dipnot.

durumlar sebebiyle olağan usulde bütçe kanununun çıkarılamaması hâlinde söz konusu olur. Bununla birlikte, usulün isminden de anlaşıldığı üzere, 5018 sayılı Kanun'un eski metninde yer alan süre sınırı olmasa da, geçici bütçe kanunu muvakkaten yapılacaktır.<sup>133</sup> Dolayısıyla, bugün de, daraltılmış bir zaman dilimi içinde kamu gelirlerinin tahsilini ve kamu harcamalarının yapılmasını mümkün kılan geçici bütçe kanunu, müstakil bir bütçe olarak değerlendirilemeyecektir.<sup>134</sup>

161.maddenin dördüncü fıkrasının sistematığına bakıldığında, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçenin söz konusu olabilmesi için, önce bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması ve sonra geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması aranır. Bu durumda, bu bütçe usulüne gidilebilmesi için, yürütmenin bütçeyi hazırlaması ve yasamaya sunması, ama yasamanın kendisine sunulan teklifi süresi içinde kanun olarak yürürlüğe koyamaması ve geçici bütçe kanunu çıkarmasını gerekli kılan sebepler olmasına rağmen bunu da yapamaması gerekir.

Bu doğrultuda, geçici bütçe kanununun çıkarılabilmesi için yukarıda yapılan belirlemelerin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe bakımından evleviyetle geçerli olacağını söylemek mümkündür. Nitekim bu bütçe usulüne başvurulması için gereken koşullardan biri geçici bütçe kanunun çıkarılamamış olmasıysa, geçici bütçe kanununa başvurulması için gereken koşulların yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe açısından da gerekli olduğunu kabul etmek lâzımdır. Kural bütçenin yıllık olarak ve olağan usulde yapılmasıdır. Yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçeye, olağanüstü koşulların varlığına rağmen geçici bütçe kanununun çıkarılamadığı durumda geçici olarak ve ancak istisnai biçimde gidilebilir.

Olağan koşullarda, yasama erki yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe usulünü öncelikli olarak istemez; çünkü bütçeyi usulünce kanunlaştırması durumunda yürütmenin teklif ettiği metin üzerinde değişiklik yapabilir ve yürütme üzerinde kontrol sağlayabilir. Benzer şekilde, olağan koşullarda yürütme erki de bütçenin bu usulde hazırlanmasını öncelikli olarak istemez; çünkü bütçe nihayetinde bir plandır<sup>135</sup> ve kamu hayatının dinamik bir yapıda olması toplanacak gelirlere ve yapılacak harcamalara ilişkin tahmin ve politikaların sürekli aynı kalmasını engeller. Bu yüzden, olağan koşullarda, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe *istenmeyen* bütçedir, kendi başına kural olamaz.

Şayet yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe usulü yukarıda açıklandığı gibi koşullara bağlı, geçici ve istisnai nitelikte olmasaydı, hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olan bütçede önceden izin ilkesinin ve bütçe kanununa ilişkin usulün de bir anlamı kalmazdı ve yasama erki yürütme erki karşısındaki en önemli aracını yitirmiş olurdu. Dolayısıyla, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe, hiçbir koşulda yasamanın bütçeye ilişkin yetkilerini baypas etmek amacıyla kullanılmamalıdır. Bu bütçe için, geçici bütçe kanununa ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu koşulların oluşması ve buna rağmen geçici bütçe kanununun çıkarılamamış olması gerekir. Yasamanın bütçe kanununa yönelik yetkilerinin devre dışı bırakıldığı, bütçenin yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe şeklinde hazırlandığı, bu sayede Cumhurbaşkanının ne olursa olsun kamu gelirleri toplayabildiği ve kamu harcamaları yapabildiği bir ülkede, erkler ayrılığından ziyade, yürütmenin yasamayı tahakküm altına aldığı bir düzenden söz etmek gerekir.<sup>136</sup>

Bu kısımda yapılan açıklamalara karşılık, şu ihtimalin ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç vardır: Yasama kendi istediği yönde bütçeye etki edebilme imkânına sahip olsa bile, sunulan teklifi

<sup>133</sup> Öte yandan, böyle bir kısıtlama söz konusu olmadığında, ülkenin, önceki yıl bütçesindeki ödeneklerin belli oranı olarak belirlenen geçici bütçe ödenekleriyle aylarca ve hatta belki de bütün mali yıl boyunca yönetilmesi söz konusu olabilir. Bkz. Müftüoğlu, 1982 Anayasası'nın 161. Maddesinde Yer Alan Bütçe Uygulamalarının Bütçe Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi, s. 101. Böyle bir durumda, hiç olmazsa bütçenin yıllık olması ilkesinin bir sınır oluşturduğu savunulabilir.

<sup>134</sup> Karş. Sayar, s. 121.

<sup>135</sup> Batirel, s. 7.

<sup>136</sup> Karş. Erçin, s. 22; Gözler, s. 68.

reddedebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, bütçenin oluşturulmasında böyle bir sistemin benimsenmesinin amacı, bütçenin kabul edilmemesi hâlinde kamu gelirlerini toplama ve kamu harcamalarını yapma yetkisini kaybedecek olan yürütme erkinin yasama erkiyle uzlaşmasını sağlamaktır.<sup>137</sup> Bütçenin siyasi işlevi böyle bir etkiyi ifade eder.

Yasamayı oluşturan çoğunlukla, Cumhurbaşkanını seçen çoğunluk aynı siyasi partilerden olduğunda böyle bir sorunla karşılaşılma ihtimali düşüktür. Ancak, 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte, eskiden olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de, yasamayı oluşturan çoğunlukla Cumhurbaşkanının farklı siyasi partilerden olma ihtimali mevcuttur. Böyle bir durumda, yasama yürütmenin çalışmasını –örneğin, seçilmek için söz verdiği politikalarını gerçekleştirmesini– kendisine sunulan bütçeyi reddederek engellemek isteyebilir. Buna göre, yasamanın önce geçici bütçe kanunu çıkarması söz konusu olur. Şayet bu da yapılamazsa, bütçesi reddedilen ve kendisine yetki veren bir geçici bütçe kanunu da çıkarılamayan yürütme, yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçeyle kamu gelirlerini toplamaya ve kamu harcamalarını yapmaya devam edebilir. Böylece yürütmeyi oluşturan çoğunluğa karşılık gelen siyasi parti, takip ettiği politikayı gerçekleştirmek üzere yasama tarafından kendisine onay verilme de kamu gelirlerini toplayabilir ve kamu harcamalarını gerçekleştirebilir. Öyleyse, bu usulün benimsenmesiyle, bütçenin siyasi işlevini yitirdiği ve böylece erkler arasındaki demokratik dengenin bozulduğu söylenebilir. Çünkü sunduğu bütçesi reddedilen yürütmenin, her zaman –deyim yerindeyse– uzatılmış da olsa bir bütçesi olacaktır.<sup>138</sup>

Cumhurbaşkanının da demokratik biçimde seçildiği, TBMM'ye karşı siyasi sorumluluğunun olmadığı ve dolayısıyla bütçenin siyasi işlevini yitirmesinin normal olduğu öne sürülebilir; böyle bir durumun demokrasiye nasıl aykırı olacağı sorulabilir. Buna cevap vermek için iki hatırlatma yapmak yeterlidir. İlk olarak, meclisi oluşturan milletvekilleri farklı siyasi partileri temsil ettiğinden, yasama erkinin temsil kabiliyeti, yalnızca belli bir partinin veya partiler koalisyonunun oluşturduğu çoğunluğun iradesiyle sınırlı olmayıp, yürütmeye kıyasla çok daha geniştir.<sup>139</sup> Dolayısıyla, kamu gelirlerinin toplanmasına ve kamu harcamalarının yapılmasına izin verilmesinde temsil kabiliyeti daha yüksek olan yasamanın rolü, temsil bakımından daha demokratik olma niteliğini korumaya devam etmektedir.

İkinci olarak, yukarıda pozitif hukuktaki dayanaklarıyla birlikte açıklanan bütçede önceden izin ilkesinin *türetildiği* yere bakmak gerekir. Bu doğrultuda, zikredilen ilkeyi bütçe hakkıyla bağlantısı içinde ele almak lâzımdır. Bütçe hakkı, kamusal ihtiyaçların karşılanmasında gerekli olan kamu gelirlerinin ne türden olacağı ve nasıl toplanacağı, toplanan bu gelirlerin kim tarafından, nasıl ve ne zaman kullanılacağı hususlarında karar verme yetkisini ifade eder.<sup>140</sup>

Anayasa Mahkemesi 2017 Anayasa değişikliğinden sonra verdiği bir kararında, bütçe hakkını şu şekilde ele almaktadır: “Yasama organının halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bütçe hakkı; vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır. Bu hak, demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır.”<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Gözler, s. 67; Güveyi, s. 1367. Aksi yönde bkz. Yeğen, s. 157-158.

<sup>138</sup> Karş. Güveyi, s. 1367.

<sup>139</sup> Şule Özsoy Boyunsuz, “Başkanlık Rejimi ‘Diktatörlüğe’ Nasıl Dönüşür? Örnekleri Nelerdir?”, İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 110.

<sup>140</sup> Nihat Edizdoğan/ Özhan Çetinkaya, Kamu Bütçesi, 9. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 22-23. Ayrıca bkz. Dilek Yılmazcan, ‘Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları’, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 163.

<sup>141</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2017/61, K. 2018/12, T. 14.2.2018, Resmî Gazete, T. 6.4.2018, Sayı: 30383, p. 20.



Tarihsel olarak bakıldığında, önce devletin bireylerin rızası olmadan vergi toplaması ve keyfi harcamalarda bulunmasının önüne geçilmiş, daha sonra devletin yaptığı harcamaların yıllık olarak onaylanması gerektiği benimsenmiştir.<sup>142</sup> Kamu gelirlerinin ve harcamalarının yasamanın önceden verdiği yetkiye göre yürütülmesi, mutlak monarşi düzeninin keyfi talep ve harcamalarına karşı yürütülen demokrasi mücadelelerinin bir kazanımıdır.<sup>143</sup> Bütçe hakkının önceden izin ilkesi şeklinde ifa edilmesi, yüzyılları bulan fıkri tartışmaların, kanlı savaşların ve ciddi devrimlerin bir neticesidir.<sup>144</sup> Bu açıdan, kamu gelirlerini ve harcamalarını tayin, tasdik ve kontrol etme yetkileri, bizzat egemenliğin millete ait olmasından ileri gelir.<sup>145</sup> Anayasanın 6.maddesine göre millet “egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır”. Bu doğrultuda, milletin bütçenin onaylanması yetkisini kullanması, Anayasanın 87.maddesinde açıkça ortaya konduğu üzere, yasama aracılığıyla olur.<sup>146</sup>

Öyleyse, bütçede önceden izin ilkesi mantıksal olarak *reductio ad absurdum* ile, yani bir absürde indirgemeye temellendirilir. Daha açık bir ifadeyle, bütçede önceden izin ilkesinin benimsenmesinin mantıksal gerekçesi, böyle bir ilkenin olmaması durumunda kamu gelirleri ve harcamaları üzerinde millet egemenliğinin sağlanamayacak olması düşüncesidir. Kamu gelirleri ve harcamaları üzerinde millet egemenliğinin henüz sağlanmamış olduğu tarihsel tecrübe, bu ilkenin geçerli olmaması hâlinde ne olduğunu –keyfi vergilendirme ve harcama pratikleriyle erkler arasındaki dengenin ve hukuki güvenliğin ortadan kalktığı bir düzeni– işaretlemeye yardım eder.

Yürütmenin yasamanın onayı olmaksızın gelir toplaması ve harcama yapmasına imkân sağlaması açısından yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanacak bütçe, bugünkü bütçe sistemini önceden izin ilkesinin türetilmesine temel oluşturan tarihsel tecrübeye yaklaştırma tehlikesini barındırmaktadır. Bu yüzden de yukarıda açıklandığı şekilde belli koşullar dâhilinde, istisnai ve geçici olarak uygulanmalıdır.

#### IV. KESİNHEŞAP KANUNUNUN MECLİSE SUNULMASI

Anayasanın 161. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanının hazırladığı kesinhesap kanunu teklifi, ilgili olduğu mali yılın sonundan itibaren en geç *altı* ay sonra TBMM’ye sunulur. 2017 anayasa değişikliğiyle bütçe ve kesinhesap kanununa ilişkin temel hususlar tek bir madde altında toplanırken “Kesinhesap” başlıklı mülga 164.maddede aynı usul için öngörülen *yedi* aylık süre altı ay olarak değiştirilmiştir.

Yukarıda açıklanan bütçe hakkıyla bağlantılı olarak, yasamanın bütçe üzerindeki kontrolü yalnızca önceden izin ilkesiyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda bütçenin uygulama bakımından sonuçlarının denetimini de içerir.<sup>147</sup> Yasama, verdiği kamu gelirlerini toplama ve kamu harcamalarını gerçekleştirme yetkisini yürütmenin ilgili mali yıl bakımından nasıl kullandığını kesinhesap kanunu vasıtasıyla denetler.<sup>148</sup>

5018 sayılı Kanun’un 42. maddesinde detaylıca açıklanan bilgi ve belgeleri içerecek şekilde, Cumhurbaşkanı ilgili mali yılı takip eden yılın haziran ayının sonuna kadar kesinhesap kanunu

<sup>142</sup> Güneş, s. 177-178.

<sup>143</sup> Mutluer/Öner/Kesik, s. 43.

<sup>144</sup> Sayar, s. 17.

<sup>145</sup> Edizdoğan/Çetinkaya, s. 57; Sayar, s. 17.

<sup>146</sup> Bu açıdan modern demokrasilerde, milletin iktidarı doğrudan kullanmak yerine, iktidarı kullanan kadroyu denetlemesinden söz edildiğini hatırlamak gerekir. Modern demokrasiler bakımından, millet düzenli aralıklarla ve dürüst olarak yapılan seçimlerle iradesini ortaya koyar ve iradesiyle oluşturduğu kadroları denetler. Bkz. Oktay Uygun, Demokrasi – Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 183-185. Ayrıca bkz. Yüzbaşıoğlu, s. 21.

<sup>147</sup> Mutluer/Öner/Kesik, s. 313.

<sup>148</sup> Mutluer/Öner/Kesik, s. 313.

teklifini TBMM'ye sunar ve bir örneğini de Sayıştay'a gönderir. Mezkûr kanunun 43.maddesine göre, teklif TBMM'ye sunulduktan itibaren 75 gün içinde Sayıştay, dış denetim raporlarını, idare faaliyet raporlarını ve genel faaliyet raporunu dikkate alarak genel uygunluk bildirimini TBMM'ye gönderir. Genel uygunluk bildirimi, yürütmenin sunduğu kesinhesap kanun teklifindeki bilgilerin doğru olduğu konusunda Sayıştay'ın TBMM'ye bilgi vermesi anlamına gelir.<sup>149</sup>

2017 Anayasa değişikliğinden sonra, kesinhesap kanunu teklifinin ilgili olduğu mali yılın bitiminden itibaren en geç altı ay sonra TBMM'ye sunulması şeklindeki hüküm, teklifin en geç 30 Haziran'da TBMM'ye iletilmesi gerektiğini göstermektedir. Nitekim 5018 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 43.maddesi de Anayasa'da yer alan düzenlemeyi "*Haziran ayının sonuna kadar*" şeklinde yeniden ifade etmiştir. Teklifin süre sınırının son günü olan 30 Haziran'da sunulması ihtimalinde, Sayıştay'ın bu tarihten itibaren 75 gün içinde, yani 13 Eylül'e kadar genel uygunluk bildirimini TBMM'ye iletmesi gerekir.

2017 Anayasa değişikliğinden önce, kesinhesap kanunu teklifinin ilgili olduğu mali yılın bitiminden itibaren en geç yedi ay sonra TBMM'ye sunulması şeklindeki düzenleme söz konusuyken, yukarıdaki takvim şu şekildeydi: Teklif en geç 31 Temmuz'a kadar TBMM'ye iletilmeliydi. Süre sınırının son günü olan 31 Temmuz'da teklifin sunulması durumundaysa, Sayıştay'ın bu süreden itibaren 75 gün içinde, yani 14 Ekim'de genel uygunluk bildirimini TBMM'ye sunması gerekirdi.

Girişte aktarıldığı üzere, Cumhurbaşkanının hazırladığı bütçe kanun teklifini malî yılbaşından en az 75 gün önce TBMM'ye sunması gerekir. Bu durumda, bütçe kanun teklifinin en geç 17 Ekim'de TBMM'ye sunulmuş olması lâzımdır. Yedi aylık süre söz konusuyken, Sayıştay'ın genel uygunluk bildirimi en geç 14 Ekim'de ve yürütmenin bütçe kanunu teklifi en geç 17 Ekim'de sunulacağından, genel uygunluk bildirimiyle bütçe kanunu teklifi zamansal olarak birbirini takip edecek şekilde gerçekleşecektir. 2017 Anayasa değişikliğiyle mezkûr sürenin altı aya çekilmesi bu insicamı bozmuştur.

Anayasanın mülga 164. maddesindeki bu hükmün amacı, bir önceki yılın bütçesinin nasıl uygulandığının denetimiyle, bir sonraki yılın bütçe görüşmelerinin ilişkilendirilmesiydi.<sup>150</sup> Bütçe ve kesinhesap kanunları birlikte görüşülüp oylanacağından, Sayıştay'ın genel uygunluk bildiriminin ve bütçe kanun teklifinin TBMM'ye ardışık şekilde ulaşması bir bütünlüğün ifadesiydi. Mülga maddedeki yedi aylık süre *öylesine* değil, bu sürecin birlikte yürümesini vurgulamak için getirilmişti.

Evvelce paylaşıldığı üzere, 2017 Anayasa değişikliğine temel teşkil eden 6771 sayılı Kanun için sunulan gerekçeye bakıldığında, konuya ilişkin olarak yalnızca "*Maddeyle bütçe ve kesinhesap ile ilgili hükümler tek madde olarak düzenlenmektedir,*" ifadesiyle karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu insicamın bozulmasının bir gerekçesi mevcut değildir. Bütçe ve kesinhesap kanunları birlikte görüşülüp oylanacağından, yedi aylık süre yerine altı aylık sürede sunulan kesinhesap kanun teklifi ve bunu takiben Sayıştay'ın sunduğu genel uygunluk bildirimi, TBMM'de gününü bekleyecektir. Dolayısıyla, Anayasanın mülga 164.maddesinden 161.maddesine taşınırken kaybolan bir aylık süre, yürütmenin kesinhesap sürecine ilişkin zamanını kısaltmak dışında bir özellik göstermeyecektir.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin görev ve yetkilerin yasama ve yürütme erkleri arasında, yasamanın yürütme üzerinde kamu gelirleri ve kamu harcamaları bakımından bir denetimini sağlayacak şekilde dağıtılması, hem tarihsel hem olgusal olarak, modern demokrasi anlayışında bütçe hakkının yeriyle yakından ilişkilidir. 2017 Anayasa değişikliğiyle 1982

<sup>149</sup> Edizdoğan/Çetinkaya, s. 370.

<sup>150</sup> Çağan, s. 211.

Anayasasında bütçe ve kesinhesap kanunlarına ilişkin olarak yapılan yeni düzenlemeler, mezkûr kanunların bu önemli rolünü yeterince teslim etmemektedir.

Bu çerçevede, ilk olarak, Bütçe Komisyonu'nun üye sayısının belirlenmesine ilişkin usul mülga 162.maddeden mevcut 161.maddeye taşınırken kaybolduğu ve TBMM İçtüzüğünde bu usulün yerine geçecek bir düzenleme mevcut olmadığı için, değişikliği takip eden 27. yasama dönemi bakımından, görüşmelerinde bütçe üzerinde ayrıntılı bir incelemenin ve her türlü değişiklik önerisinin yapılabilirdiği Bütçe Komisyonu hukuka uygun biçimde oluşturulmamıştır. 2017 Anayasa değişikliğiyle Anayasaya eklenen Geçici Madde 21 uyarınca, değişikliğe temel teşkil eden 6771 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlandığı 11 Şubat 2017 tarihinden itibaren en geç altı ay içinde değişikliğin gerektirdiği TBMM İçtüzüğü ve diğer kanuni düzenlemeleri yapma görevi TBMM'ye verilmiş, ancak TBMM gereğini yerine getirmemiştir. Bu hususun derhal dikkatle incelenmesi ve TBMM İçtüzüğünde Bütçe Komisyonu'nu komisyonların üye sayısının belirlenmesine ilişkin usulden ayrı tutan 20.madde hükmünün gözden geçirilmesi önerilmektedir.

İkincisi, mülga 163. maddede bulunan Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararnameyle bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceğine ilişkin düzenlemeye yeni metinde yer verilmezken, mevcut 161. maddede Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceğine yönelik ayrıca bir düzenlemeye de rastlanmamaktadır. Buna karşılık, Anayasanın 104.maddesinin 17.fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerine ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, Cumhurbaşkanı ne yasama yetkisine ilişkin konularda ne de Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Bütçe kanununda yapılacak bir değişiklik ancak aynı kanunlaştırma usulüyle düzenlenmiş başka bir bütçe kanunuyla yapılabileceği ve bu yetki münhasıran TBMM'ye ait olduğu için, bu hususu özellikle vurgulayan bir düzenleme olmasa bile Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bütçede değişiklik yapma yetkisi söz konusu olamaz.

Üçüncüsü, 1876 Kanuni Esasisinin 102.maddesinde yer alan ve hukuki belirliliği görece daha kuvvetli olan bir düzenlemeden bu yana Türk hukukunda benzeri bulunmayan, 2017 Anayasa değişikliğiyle Anayasanın 161.maddesine eklenen, önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanması usulü, bütçenin siyasi işlevini yitirmesine ve yasamanın bütçeye ilişkin görev ve yetkilerini daraltarak yürütmeyi kuvvetlendiren yeni bir rol dağılımının benimsenmesine imkân vermektedir. Yürütmenin yasamanın onayı olmaksızın gelir toplamasına ve harcama yapmasına olanak sağlaması açısından, bu yeni düzenleme, mevcut bütçe sistemini önceden izin ilkesinin türetilmesine temel oluşturan tarihsel tecrübeye, iktidarın keyfi vergi ve harcamalarla hukuki güvenliği ihlal ettiği bir düzene yaklaştırma tehlikesi taşımaktadır.

Mezkûr maddenin sistematigi göz önünde bulundurduğunda, zikredilen usulün hiçbir koşulda yasamanın bütçeye ilişkin görev ve yetkilerini devre dışı bırakacak şekilde kullanılmaması gerektiği söylenmelidir. Bu usule başvurulabilmesi için, bütçe kanunun usulünce hazırlanamaması, geçici bütçe kanununa ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu koşulların oluşması ve buna rağmen geçici bütçe kanununun çıkarılamamış olması gerekir. Bu usulün kullanılması bakımından belirsizliklerin giderilmesi ve yürütmenin yetki alanının belirlenebilmesi için, 5018 sayılı Kanun'un ilk maddesinde yer alan amaca uygun olarak, yasamanın hem geçici bütçe kanununa yönelik hem önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanmasına yönelik kanuni düzenleme yapması acil bir ihtiyaçtır. 5018 sayılı Kanun'un mevcut 19.maddesi bu ihtiyaca cevap vermekten çok uzaktır.

Son olarak, kesinhesap kanun teklifinin Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye sunulması için öngörülen yedi aylık süre, mülga 164.maddeden mevcut 161.maddeye taşınırken altı aya düşürülmüştür. Yedi aylık sürenin amacı, bir önceki yılın bütçesinin nasıl uygulandığının denetimini sağlayan kesinhesap kanununa yönelik görüşmelerle bir sonraki yılın bütçe görüşmeleri bir arada yapılacağından, bunlara ilişkin usullerin aynı zaman diliminde sona ermesini sağlamaktır. Mevcut

düzenleme, bu insicamı gerekçesiz şekilde bozarken usulün geri kalanını değiştirmedikten, yürütmenin süresini kısaltmak dışında bir özellik göstermeyecektir.

## KAYNAKÇA

### I. KİTAPLAR VE MAKALELER

- AKSOYLU ÜRGER**, Özge, ‘Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri’, 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Çanakkale, 2018, s. 137-160.
- BATIREL**, Ömer Faruk, Kamu Bütçesi, 9. Bası, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.
- ÇAĞAN**, Nami, ‘Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü’, Anayasa Yargısı, Cilt: 2, Yıl: 1985, Ankara, s. 199-224.
- ÇİFCİ**, Hasan Basri, ‘Bütçe Kanununda Yer Almayan Vergi Kanunlarının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Uygulanabilirliği’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, İstanbul, s. 105-127.
- EDİZDOĞAN**, Nihat/ **ÇETİNKAYA**, Özhan, Kamu Bütçesi, 9. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- ERÇİN**, Cezmi, Hukuki Bakımdan Bütçe, Hukuk İlmini Yayın Kurumu, Ankara, 1937.
- FEYZİOĞLU**, Bedi Necmeddin, Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe, Şemseddin Arkadaş Sermet Matbaası, İstanbul, 1965.
- GÖZLER**, Kemal, Elveda Anayasa – 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, 2. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- GÜNEŞ**, Gülsen, ‘Hukuksal Teknik Açısından Bütçede ‘Önceden İzin İlkesi’nin Vergi Gelirleri Yönüyle İşlevini Kısmen Yitirmesinin Bütçe Hakkı Açısından İrdelenmesi’, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 173-197.
- GÜVEYİ**, Ümit, ‘Bütçe Hakkının Anayasacılık Bakımından Önemi ve Türk Anayasal Düzenindeki Durum’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 155, Yıl: 2019, İstanbul, s. 1360-1370.
- KANADOĞLU**, Korkut/ **DUYGUN**, Ahmet Mert/ **BİLGEHAN**, Deniz, ‘Devlet Yapısı Yeniden Düzenlenirken: Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’, Güncel Hukuk, Sayı: 173, Yıl: 2018, İstanbul, s. 24-29.
- KANETİ**, Selim/ **EKMEKÇİ**, Esra/ **GÜNEŞ**, Gülsen/ **KAŞIKCI**, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KARAKOÇ**, Yusuf, “Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükmünün Değerlendirilmesi”, Feridun Yenisey/ Gülsen Güneş/ Z. Ertunç Şirin (ed.), Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 83-98.
- MUTLUER**, Kâmil/ **ÖNER**, Erdoğan/ **KESİK**, Ahmet, Bütçe Hukuku, 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018.
- MÜFTÜOĞLU**, Zeynep, ‘1982 Anayasasının 161. Maddesinde Öngörülen ‘Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçe’ Türünün Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme’, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara, 2020, s. 405-427.
- MÜFTÜOĞLU**, Zeynep, “1982 Anayasası’nın 161.Maddesinde Yer Alan Bütçe Uygulamalarının Bütçe Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Zeynep Müftüoğlu (ed.), IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Kitabı, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 89-108.
- NEUMARK**, Fritz, Maliyeye Dair Tetkikler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948.

- ÖZSOY BOYUNSUZ**, Şule, “Başkanlık Rejimi ‘Diktatörlüğe’ Nasıl Dönüşür? Örnekleri Nelerdir?”, İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), Türkiye’nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 108-113.
- ÖZSOY BOYUNSUZ**, Şule, “The AKP’s Proposal for a ‘Turkish Type of Presidentialism’ in Comparative Context”, Turkish Studies, Cilt: 17, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 68-90.
- SAYAR**, Nihad, Devlet Bütçesi – Prensipleri ve Tatbikatı, 2. Bası, Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1956.
- TANÖR**, Bülent/ **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- UYGUN**, Oktay, Demokrasi – Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YEĞEN**, Baki, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Kapsamında Bütçe Sürecin Analizi’, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, İzmir, 2020, s. 151-170.
- YILMAZCAN**, Dilek, ‘Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları’, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 163-172.
- YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, Anayasa Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

## **II. MAHKEME KARARLARI**

- Anayasa Mahkemesi**, E. 1967/41, K. 1969/57, T. 23-25.10.1969, Resmî Gazete, T. 12.3.1971, Sayı: 13776.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 1974/9, K. 1974/22, T. 23-25.10.1969, Resmî Gazete, T. 19.7.1974, Sayı: 14950.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 1998/56, K. 1998/89, T. 28.12.1998, Resmî Gazete, T. 19.3.1999, Sayı: 23644.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, Resmî Gazete, T. 15.2.2018, Sayı: 30333.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2016/47, K. 2018/10, T. 14.2.2018, Resmî Gazete, T. 6.4.2018, Sayı: 30383.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2017/51, K. 2017/163, T. 29.11.2017, Resmî Gazete, T. 21.12.2017, Sayı: 30277.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2017/61, K. 2018/12, T. 14.2.2018, Resmî Gazete, T. 6.4.2018, Sayı: 30383.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2018/119, K. 2020/25, T. 11.6.2020, Resmî Gazete, T. 9.11.2020, Sayı: 31299.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2018/155, K. 2020/27, T. 11.6.2020, Resmî Gazete, T. 23.7.2020, Sayı: 31194.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2019/7, K. 2021/2, T. 14.1.2021, Resmî Gazete, T. 24.2.2021, Sayı: 31405.
- Anayasa Mahkemesi**, E. 2019/31, K. 2020/5, T. 23.1.2020, Resmî Gazete, T. 13.5.2020, Sayı: 31126.

## YERLEŞİK YETKİ DEVRİ REJİMİNDEN AYRILAN YÖNLERİYLE CUMHURBAŞKANININ YETKİ DEVRİ USULÜ

### The President's Delegation of Authority Procedure with Departing Aspects from Established Regime

*Arş. Gör. Talha ERDOĞMUŞ\**

#### Özet

Yerleşik yetki devri rejimi, idari işleyiş ve yargı içtihatlarıyla şekillenmiş önemli bir tecrübenin ürünüdür. Ancak 1 sayılı CBK m.1/3'te düzenlenen Cumhurbaşkanının yetki devri usulü, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılmasını öngörerek, mevcut tecrübeyi göz ardı eder biçimde yerleşik yetki devri rejiminden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Zira, yerleşik yetki devri rejiminde temel kural, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılmamasıdır. Yetkinin terk edilmesi veya yetkiden sıyrılma olarak ifade edilen bu kural uyarınca, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması yetki tecavüzüne sebep olmaktadır. İlgili düzenleme sebebiyle ayrıca, yetki ile birlikte sorumluluğun devrine ilişkin tartışma daha da derinleşmiştir.

Yerleşik yetki devri rejiminden ayrılan yönüyle Cumhurbaşkanının yetki devri usulü hem idarenin iç işleyişi hem de kamu hizmeti sunulanlar yönünden önemli sorunlara gebedir. Çünkü yetkinin terk edilmediği düzenleme biçimi, astların karar alma süreçlerine katılımı ve sorumluluk üstlenmesini ortadan kaldıracak niteliktedir. Yetkinin tam anlamıyla devredilmemiş oluşu, idarenin karar alma süreçlerinin yavaşlaması ve her durumda üstün onayının aranmasına sebep olacaktır. Ayrıca yetkinin, devredilen ast ile birlikte Cumhurbaşkanı tarafından kullanılabilir durumda olması aynı konuda çelişkili kararlar verilmesi tehlikesini de barındırmaktadır. İşleyişe dair tüm bu sorunların, kamu hizmeti sunulanlar yönünden hizmet kusuru biçiminde tezahürü sürpriz olmayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yetki Devri, Yetkiden Sıyrılma, Sorumluluğun Devri, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı, 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

#### Abstract

The established delegation of authority regime is based on an experience shaped by administrative execution and jurisprudence. However, the President's delegation of authority regulated by Art. 1/3 of Presidential Decree (PD) No.1, a new provision, is missing established regime significantly by allowing delegator to exercise delegated authority. Because, in established regime renunciation of authority is essential. Therefore, exercise of the delegated authority by the delegator is regarded as infringement of authority in established regime. Besides, the existing discussion on the delegation of responsibility along with the authority has deepened further with this new provision.

Thus, the President's actual procedure of delegation of authority have potential problems for internal execution of the administration and public service beneficiaries as well. Lack of authority renunciation might

---

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, [taalhaerd@gmail.com](mailto:taalhaerd@gmail.com), Orcid: 0000-0002-8716-255X.

Hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim tarihi: 09.11.2021, Kabul tarihi: 12.12.2021.

make the subordinates refrain from being a part of the decision-making processes and taking responsibility. Thereby, the decision-making processes may slow down, and the superior approval will be sought in any case. In addition, contradicting decisions might be made by delegator and delegated on the same issue. At the end, such problems of administrative processes due to the uneven distribution of authority and responsibility may probably cause service fault for the public service beneficiaries either.

**Keywords:** Delegation of Authority, Renunciation of Authority, Delegation of Responsibility, Organization of Presidency, Presidential Decree No. 1.

## GİRİŞ

2017 yılında 6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle Türkiye’de hükümet sistemi değişmiş ve parlamenter sistem yerine Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Değişiklikten önce Anayasa’nın “Yürütme yetkisi ve görevi” başlıklı m.8 hükmünde, “Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” ifadesi yer almaktaydı. Bu dönemde yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ile Başbakan ve bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu arasında paylaştırılmıştı<sup>1</sup>. Parlamenter sistem döneminde, yürütme alanında Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler Anayasa m.104/b’de yürütme başlığı altında sayılmaktaydı. Buna karşılık, yürütmenin diğer ayağını oluşturan Başbakan ve bakanlar ile diğer kademelerde bulunan yöneticiler tarafından kullanılacak yetkiler ise kanunlarla düzenlenmiş ve bu yetkilerin devrine ilişkin kurallar ayrı kanun hükümleriyle belirlenmişti.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle Türk idari teşkilat yapısı ve işleyişinde önemli değişiklikler gerçekleşmiştir. Yürütme organı ve idare açısından değişiklikler arasında en dikkat çeken, önceki sistemde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu arasında paylaştırılan yürütme yetkisi ve görevinin yeni sistemde tek başına Cumhurbaşkanına verilmesidir. Bu dönüşümü bütünler biçimde Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) adıyla yeni bir idari işlem türü ihdas edilmiştir. Anayasa’nın m. 104/17 hükmü uyarınca Cumhurbaşkanına, “yürütme yetkisine ilişkin konularda” CBK çıkarma yetkisi tanınmıştır. İlaveten, üst kademe yöneticilerinin atanması (Anayasa m. 104/9), bakanlıkların ve teşkilat yapılarının kuruluşu, kaldırılması ile görev ve yetkilerinin düzenlenmesi (Anayasa m. 106/11), Devlet Denetleme Kurulu’nun işleyişi ile üyelerinin belirlenmesi ve özlük işleri (Anayasa m. 108/4) ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilat ve görevlerinin (Anayasa m. 118/6) CBK ile düzenleneceği kurala bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, idarenin kanuniliği ilkesi gereği normalde kanunla düzenlenmesi gereken bu dört alanda CBK ile düzenleme yapılmasına özel olarak izin verilmiştir<sup>2</sup>. Anılan düzenlemelere ek olarak, Anayasa m. 123/3 hükmünde değişiklik yapılarak kamu tüzel kişiliğinin kanun veya CBK ile kurulacağı kuralı getirilmiştir<sup>3</sup>. Değişikliklerle birlikte, Cumhurbaşkanına CBK eliyle Anayasa’da

<sup>1</sup> **Mülga Anayasa Madde 109** – Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur.

Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır.

Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir.

<sup>2</sup> AYM 23.01.2020 tarihli E.2019/31, K.2020/5 (R.G. Tarih – Sayı:13/5/2020 – 31126) sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “**Cumhurbaşkanı’na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa’nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir.** Bu kapsamda Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK’larla düzenleneceği hükmü altına alınmıştır. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.” (§ 6) (AYM Kararlar Bilgi Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>3</sup> 6771 sayılı Kanunun m.16 hükmüyle değiştirilmeden önce Anayasa m.123/3 hükmü şu şekildeydi: “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur.”

belirtilen konularda ilk elden idari teşkilat yapısını düzenleme ve kamu tüzel kişiliği kurma yetkileri verilmiştir. Bu bağlamda bazı yazarlarca Anayasa’da sayılan dört alanla sınırlı olmak üzere, CBK ile düzenlenmesi gereken “mahfuz alan” veya “münhasır alan” yaratıldığı<sup>4</sup> ifade edilirken bazı yazarlar bu dört alanda da kanunla düzenleme yapılabileceği<sup>5</sup> görüşündedir<sup>6</sup>. Bu hususta bir diğer tartışma, Anayasa’da açıkça belirtilmeyen konularda CBK ile düzenleme yapılmasının hukuka uygunluğuna dair sürmektedir. Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatı, Anayasa’da CBK ile düzenlenebileceği yukarıda belirtilen dört alan arasında sayılmamıştır. Bu sebeple, 1 sayılı CBK m. 1/3’te Cumhurbaşkanının yetki devri usulüne ilişkin kuralı ele almadan önce kısaca Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının kanun yerine CBK ile düzenlenmesinin hukuka uygunluğu hakkında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Anayasa m. 123 hükmüne göre, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idare kanunla düzenlenir. Anayasa m. 123 ve Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi tanıyan Anayasa m. 104/17 hükümleri dikkate alındığında, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği kuralına açıkça yer verilmeyen bir konu hakkında Cumhurbaşkanının doğrudan düzenleme yapma yetkisi var mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Anılan iki hüküm arasındaki çatışma ne yönde giderilmelidir? Bu noktada bir Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konular arasında yer almayan Yüksek Askeri Şura’nın (YAŞ) kuruluş ve işleyişi hakkında çıkarılan CBK’nın, Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konular arasında yer alması sebebiyle Anayasa’ya uygun olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur<sup>7</sup>. Bu bağlamda, Anayasa’da CBK ile düzenlenecek alanlar arasında sayılmamasının eksiklik olduğunu belirtmekle birlikte, Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının da CBK ile düzenlenmesinin hukuka uygun olduğu görüşü ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. Buna karşılık, Anayasa’da açıkça CBK ile düzenleneceği belirtilen alanlar dışında, Anayasa m. 123 hükmü uyarınca idarenin kanuniliği ilkesi gereği mutlaka

<sup>4</sup> Özge Aksoylu Ürger, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, IV. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Alanya, 2018, s. 151; Melikşah Yasin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 318; Taylan Barın, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 71.

<sup>5</sup> Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 301; M. Artuk Ardicoglu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 3, Ankara, 2017, s. 37-38.

<sup>6</sup> Anayasa’da CBK ile düzenleneceği belirtilen dört alanının, CBK ile düzenlenecek “mahfuz alan” oluşturup oluşturmadığına ilişkin tartışma ve karşı görüşlerin bir derlemesi için bkz.

<sup>7</sup> AYM, 22.01.2020 tarihli E.2018/125, K.2020/4 (R.G. Tarih – Sayı:13/5/2020 – 31126) sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “Cumhurbaşkanı’na yürütme yetkisine ilişkin konularda **CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa’nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir**. Bu kapsamda Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK’larla düzenleneceği hükmü altına alınmıştır. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir... **YAŞ, herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına dâhil değildir. Dolayısıyla YAŞ’ın görev ve yetkilerinin CBK’yla düzenlenmesi Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında öngörülen “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” şeklindeki kural kapsamında olmadığı gibi Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülen diğer konulardan da değildir**. YAŞ’ın kuruluşu, üye yapısı ve görevleri gözetiminde bulundurulduğunda görev, yetki ve çalışma usulünün CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanısı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.” (§§ 6-21) (AYM Kararlar Bilgi Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>8</sup> Bu bağlamda Gözler, CBK ile düzenlenecek ilk konu olarak belirtilmesi gereken Cumhurbaşkanlığı teşkilatının Anayasa’da sayılmasının eksiklik olduğunu belirtmektedir. Ancak yazar hem kanun hem de CBK ile düzenlenmesi mümkün olduğunu düşündüğü bu konuda, Anayasa m.104/17 hükmü uyarınca kanunla düzenleme yapılmadığı için CBK ile düzenleme yapılmasının Anayasa’ya aykırı olmadığı görüşündedir. Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.1, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019, s. 1325.



kanunla düzenlenme yapılması gerektiği yaklaşımı da benimsenebilir. Bu yaklaşıma göre, Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının kanun yerine CBK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı kabul edilecektir<sup>9</sup>. Tartışmaya nokta koyacak net bir sonuca varmak zor gözükmektedir.

Cumhurbaşkanının, CBK ile kendi teşkilatını kurmasının Anayasa'ya uygunluğu göz ardı edilmemesi gereken bir tartışmadır. Fakat Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içerisinde yer almak üzere 1 sayılı CBK'ya "Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu" başlığıyla eklenen m.4/A hükmünün iptalinin talep edildiği kararda, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olmadığı için CBK ile yapılan düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Kararda dikkat çeken, Cumhurbaşkanlığı teşkilatına dair çıkarılan 1 sayılı CBK'nın, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa m.104/17'de zikredilen "yürütme yetkisine ilişkin konular" arasında sayılarak zımnen Anayasa'ya uygun kabul edilmiş olmasıdır<sup>10</sup>. Anayasa Mahkemesi tarafından Cumhurbaşkanlığı teşkilatının 1 sayılı CBK ile düzenlenmesinin Anayasa'ya uygun bulunması sebebiyle, ilgili hükümler geçerliliğini sürdürmektedir. Bu sebeple uygulamadaki durum dikkate alınarak çalışmamızın devam eden kısmında esas olarak, 1 sayılı CBK'nın m. 1/3 hükmünde Cumhurbaşkanına devrettiği yetkileri doğrudan kullanma imkanı tanıyan düzenlemenin etkisi ve sebep olabileceği sorunlara odaklanılacaktır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle ortaya çıkan tüm bu yeniliklerden, yürütme organının taşıdığı yetkilerin alt kademede bulunan diğer yönetici ve görevlilere devredilmesine imkan veren yetki devri kurumu da etkilenmiştir. Bir yönetim tekniği olarak kabul edilen yetki devri, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin açıkça öngördüğü hallerde üst makamlara ait yetkilerin belirli bir süre kullanılmak üzere alt makamlara devredilmesi olarak

<sup>9</sup> CBK'ların Anayasa Mahkemesi önüne geldiği kararlarda da bu konu tartışılmıştır. Çoğunluk görüşü yürütme yetkisine ilişkin konularda Anayasa'da açıkça CBK ile düzenleneceği belirtilmeyen konularda da CBK ile düzenleme yapılabileceği yönünde teşekkül etmiştir. Bununla beraber karşı oy kullanan kimi hakimler, idarenin kanuniliği ilkesi gereğince Anayasa'da münhasıran CBK ile düzenlenmesi öngörülme alanlarda kanunla düzenleme yapılmasının zorunlu olduğu ve kanun yerine CBK ile düzenleme yapılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki görüş beyan etmiştir. Örneğin Zühtü Arslan'ın görüşü şu şekildedir: "*Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemenin kapsamı Anayasa Mahkemesinin muhtelif kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur. Örneğin Mahkemenin 6/6/2013 tarihli ve E.2013/47, K.2013/72 sayılı kararında idarenin kanuniliği ilkesine yönelik olarak şu tespit yapılmıştır: "Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar... İdarenin kanuniliği ilkesi idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev umvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir." Buna göre Anayasa'nın 123. maddesi herhangi bir idari birimin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini gerektirmektedir. İdarenin kanuniliği, ilke olarak CBK'lar için de geçerlidir. Eğer idarenin kuruluşuna ilişkin bir CBK kuralı, Anayasa'nın CBK'larla düzenlenebileceğini özel olarak öngördüğü konulara ilişkin değilse, Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olacaktır. YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin bir husus olup Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmelidir. Hiç kuşkusuz YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir. Ancak idarenin kanuniliği ilkesi bunun CBK ile değil, konuya ilişkin genel esasları ve çerçeveyi belirleyecek şekilde kanunla yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla "...belirlenecek merci..." ibaresi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmüne aykırılık teşkil etmektedir."*

Aynı yönde ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/125, K. 2020/4 sayılı karar, Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım ve Yusuf Şevki Hakyemez karşı oy yazıları.

<sup>10</sup> AYM, 23.01.2020 tarihli E.2019/78, K.2020/6 (R.G. Tarih – Sayı:13/5/2020 – 31126) sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: "*Kuralın yer aldığı madde ile Cumhurbaşkanlığı makamı altında istisari bir birim olarak Kurul oluşturulmuştur. Kurulla da bu Kurulun üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğinin hükme bağlandığı gözetildiğinde kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır.*

...

*Dolayısıyla Kurul üyelerinin belirlenmesi hususu münhasıran kanunla düzenlenmeyi gerektiren bir konu değildir.*" (§§ 16-20) (AYM Kararlar Bilgi Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

tanımlanmaktadır<sup>11</sup>. Tanımdan anlaşıldığı üzere yetki devri, yetkinin sadece yetki verilen makam tarafından kullanılması anlamına gelen yetkinin devredilmezliği ilkesine istisna teşkil etmektedir<sup>12</sup>.

Parlamente sistem döneminde uzun süre uygulama bulan yerleşik anlayışta; yetki devrinin açık Anayasa veya kanun hükmüne dayanması, yetki devrinin bir makamdaki diğer bir makama doğru gerçekleştirilmesi, yetki devrinin geçici nitelikte olması, yetki devrinin aynı tüzel kişilik içinde gerçekleştirilmesi, soyut biçimde tüm yetkilerin devredilmesinin mümkün olmaması/belirli ve sınırlı konularda gerçekleştirilmesi, münhasıran bir makama verilen yetkilerin devredilememesi, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılamaması, devralınan yetkiye dayanarak tesis edilen işlemlerin devralan makama ait sayılması ve yetki devrinin uygun araçlarla ilgililere duyurulması kuralları benimsenmiştir<sup>13</sup>. Danıştay kararlarında da yetki devrinin kanuna dayanması<sup>14</sup> ve devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılamayacağı<sup>15</sup>, yetki devrinin açıkça ve kanunda açıkça izin verilen konularla sınırlı olması<sup>16</sup>, yetki devrinin yazılı ve kısmi olarak aynı kamu tüzel kişiliği içerisinde hiyerarşik olarak üstten asta doğru yapılması<sup>17</sup> gerektiğine işaret edilmektedir.

<sup>11</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 141.

<sup>12</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 859.

<sup>13</sup> Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 403-404; Gözler, İdare Hukuku, s. 883-890; Ali Ulusoy, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 379-382; Zeynep Müftüoğlu, “Yetki Devri Kurumunun İdare Hukuku ve Bütçe Hakkı Bakımından Karşılaştırmalı Analizi”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C.2, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, s. 903.

<sup>14</sup> Danıştay 8. D., 01.11.2016 tarihli E. 2016/6341, K. 2016/8144 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “Kural olarak, bir yetkinin kullanımı konusunda kanunla belirlenen mercii bu yetkisini kendisinin kullanması gerekir. İdari merciler yetkilerini idarenin işleyişini etkin ve süratli bir hale getirebilmek gibi amaçlarla devretmek istiyor iseler; bu ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde ve sınır ve kapsamı açıkça belirtilerek yapılabilir ki; aksi bir kabul hukuki güvenlik ilkesini zedeleyeceği gibi kanun koyucunun iradesinin de idari makamlarca ortadan kaldırılması anlamını taşıyacağından kanuni idare ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.” Karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 146, 2017, s. 135 vd.

Danıştay 11. D., 17.04.2015 tarihli E. 2014/2283, K. 2015/1670 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “İdare hukukunda “Yetki devri”, **yasayla bir makama verilen karar alma yetkisinin, diğer bir makama aktarılması olup, yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu da gözetildiğinde, yetki devrinin yasada düzenlenmesi zorunludur.** Bu zorunluluk, yetkili organ veya makamın, dolayısıyla işlemin yetki unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitine de olanak sağlamaktadır.” Aynı yönde bkz. Danıştay 10. D., 07.03.2017 tarihli E. 2016/5364 K. 2017/1273 sayılı karar. (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>15</sup> Danıştay 2. D., 24.11.2015 tarihli E. 2012/10219, K. 2015/9355 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “Belli bir idari makama verilmiş bulunan karar alma yetkisinin yalnızca o makam tarafından kullanılması kural olmakla birlikte **Kanunda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için yetki devrinin mümkün olduğu içtihatlar ve doktrinde kabul edilmektedir. Bu haliyle idare hukukunda mevcut olan yetki devri müessesesinde yetkiyi devreden makam bu yetkisinden yetkiyi devrettiği makam lehine sınırlanmakta, karar alma yetkisi yetkiyi devreden makamdaki ayrılma ve kendisine yetki devredilen makama geçmekte başka bir ifadeyle yetkiyi devralan devredenden bağımsız olarak bu yetkiyi kullanabilmektedir.** Yetki devri müessesesi ile ilgili bu açıklamalar ışığında, usulüne uygun olarak yetki devrinin gerçekleştirildiği durumlarda aynı usul izlenerek yetki devri geri alınmadığı sürece söz konusu yetkinin devreden makam tarafından doğrudan ve ilk elden kullanılması mümkün bulunmamaktadır.” Karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 142, 2016, s. 105.

Ancak devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılmasının hukuka aykırı olmadığı yönündeki karar için bkz. Danıştay 13. D., 25.05.2007 tarihli E. 2007/1538, K. 2007/3459 (Danıştay Dergisi, S. 116, 2007, S. 393 vd.)

<sup>16</sup> Danıştay 5. D., 21.09.2007 tarihli E. 2005/3947, K. 2007/4793 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “Genel olarak yetki devri, “bir konuda karar almak veya emir vermek” hakkını başkasına devretmek ve elde edeceği sonuçtan onu sorumlu tutmak biçiminde tanımlanmaktadır. Yetki devrinin, ancak yasanın açık izin vermesi halinde ve yine açıkça izin verdiği konularla sınırlı olarak yapılabileceği kuşkusuzdur.” (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>17</sup> Danıştay 5. D., 05.02.2015 tarihli E. 2012/3930 K. 2015/853 sayılı kararın karşı oyunda yer alan ifade şu şekildedir: “Mevzuatta çeşitli kanunlarla düzenlenmiş veya atıf yapılmış olan yetki devrinin, **aynı tüzel kişilik içindeki hiyerarşik yapıda üst kademeden alt kademelere yapılması, devrin açık olması, yetki devredenin bu yetkiye sahip olması, devrin yazılı ve kısmi olması ile yetki devrinin kanunda öngörülmesi gerektiği;** yetki devrinin yetki devri ve imza yetkisi devri olmak üzere ikiye ayrıldığı, yetki devrinde devrin üst makamdaki alt makama yapıldığı ve yetkinin devreden makamdaki çıktığı devralan makamın bu yetkiyi kendi adına ve kendi kararıyla kullandığı;...” (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

Yetki devri ile birlikte sorumluluğun devri bahsinde ise, hukuka uygun biçimde devredilmiş bir yetkinin kullanımından yetkiyi devralanın sorumlu olacağı belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ancak parlamenter sistem döneminde uygulama bulan çeşitli kanun hükümlerinde, yetki devreden amirin sorumluluğunun devam edeceğinin kurala bağlandığı ifade edilmelidir<sup>19</sup>. Kanun koyucunun yaklaşımına paralel olarak çeşitli Danıştay kararlarında da yetki devrinin devreden makamın sorumluluğunu kaldırmayacağına yönelik tespitlere yer verildiği gibi<sup>20</sup> aksi yönde de tespit edebildiğimiz bir karar bulunmaktadır<sup>21</sup>.

Yetki devri rejimi dağıntık kanun hükümleri ve içtihatlarla belirlenmiş olsa da genel ilke ve kuralları belirleyen bir kanun metninin eksikliği hissedilmektedir. Bu eksikliğin giderilmesine yönelik önemli bir teşebbüs olarak, 1990'lı yılların sonuna doğru hazırlanmaya başlanan ve 2008 yılında açıklanan<sup>22</sup> Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda<sup>23</sup> yetki devrine ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir. Tasarının m. 16 hükmünde yetki devrinin genel çerçevesi çizilmiş ve devredilemez nitelikteki yetkiler sayma yoluyla gösterilmiştir<sup>24</sup>. İlgili düzenlemede, devredilen yetkinin devreden

<sup>18</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 887; Ulusoy, s. 380.

<sup>19</sup> **Mülga 3056 sayılı Kanun Madde 32/3** – Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.

**3046 sayılı Kanun Mülga Madde 38** – Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak yetki devri yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.

<sup>20</sup> Danıştay 13. D., 25.05.2007 tarihli E. 2007/1538, K. 2007/3459 sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “Söz konusu düzenlemelerden, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazların satışı konusunda yapılan yetki devrinin, devreden sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, **yetki devri yapılan astla birlikte, yetkisini devreden sorumluluğunun da devam edeceği, devredilen yetkinin geri alınmamasının, yetkisini devreden, yasal sorumluluk nedeniyle, ast yerine geçerek işlem tesis etmesine engel teşkil etmediği gibi, bu işlem nedeniyle devredilen yetkinin sona erdiği anlamına da gelmeyeceği**; yasayla verilen sorumluluk çerçevesinde yetkiyi devreden tesis edeceği işlemlerde kullandığı takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu, yetkiyi devreden tarafından kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının mercüince değerlendirileceği sonucuna varılmaktadır.” Karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 116, 2007, S. 393 vd.

Danıştay 5. D., 12.09.1995 tarihli E. 1995/1349, K. 1995/2483 sayılı kararda yer alan değerlendirme şu şekildedir: “3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile, 13.12.1993 gün ve 174 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun “Yetki Devri” başlıklı 38. maddesinde; “Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. **Ancak yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz**” hükmü yer almıştır. **Bu hükümden de anlaşılacağı üzere yetki devrinin devreden sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, diğer bir değişle sorumluluğun yetki devri verenin üstünde kalacağı açıktır.**” Aynı yönde bkz. Danıştay İDDK., 28.03.2019 tarihli E. 2017/667, K. 2019/1399; Danıştay 2. D., 24.11.2015 tarihli E. 2012/10219, K. 2015/9355 (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>21</sup> Danıştay 2. D., 01.04.2014 tarihli E. 2010/6430, K. 2014/2762 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “Bu durumda, hukuken geçerliliğini koruyan yetki devrine rağmen, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticileri Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde belirtilen hükümlere ve prosedüre uyulmaksızın duyuru yapılmadan ve atama yetkisi bulunmayan yetkisiz makam olan Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan atama işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından, mahkeme kararının; **yetki devrinin asıl sorumlu olan Bakan'ın atama yetkisini sonlandırmayacağı ve gerekli gördüğü hallerde mevcut mevzuat hükümleri kapsamında bu yetkisini kullanabileceği yolundaki gerekçesinde hukuki isabet bulunmamakla birlikte** kararın, duyuru yapılmaksızın tesis edilen işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı yolundaki gerekçesi ile işlemin iptaline ilişkin sonuç kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.” (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>22</sup> Turgut Tan, “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Da Daralıyor Mu?”, Erdal Onar’a Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 128.

<sup>23</sup> Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Metni için bkz. <https://web.archive.org/web/20100601194013/www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/guik.pdf>, (erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>24</sup> **Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Madde 16-** (1) Yetkili makam, kanunla izin verilen hâllerde ve yazılı olmak şartıyla işlem yapma yetkisini, kısmen, hiyerarşik yapıya uygun olarak alt makamlara devredebilir. Devredilen yetkiler, devreden tarafından kullanılamaz.

(2) Aşağıda belirtilen yetkiler devredilemez:

makam tarafından kullanılamayacağı kuralına açıkça yer verilmesi dikkat çekicidir. Ancak mevcut haliyle bu taslak metin, fikir vermenin ötesinde işleyişe katkı sağlamamaktadır.

Yerleşik rejime uygun olarak genel çerçevesi yukarıda çizilen yetki devri, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kanunların yanı sıra artık CBK ile de gerçekleştirilebilmektedir<sup>25</sup>. Bu sebeple, CBK’larda yetki devrine ilişkin pek çok kural yer almaktadır. Bu bağlamda 1 sayılı CBK’nın m.1/3 hükmünde, Cumhurbaşkanı tarafından devredilen yetkilerin gerekli görülmesi halinde doğrudan kullanılabilmesine ilişkin yerleşik yetki devri rejimi ile çelişen yönleri bulunan yeni bir kurala da yer verilmiştir.

Çalışmamızda, Cumhurbaşkanına devrettiği yetkiyi doğrudan kullanma imkanı tanıyan anılan düzenleme ile yerleşik yetki devri rejimi arasındaki çelişkiler ve bu sebeple ortaya çıkabilecek sorunlar ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk bölümde, anılan düzenlemeyle birlikte ortaya çıkan devreden makamın yetkiden sıyrılmaması ve sorumluluğun devreden makam üzerinde kalması sorunu ele alınacaktır. İkinci bölümde ise ilk bölümde tespit edilen sorunların idarenin iç işleyişi ve kamu hizmetinden yararlananlar yönünden sebep olabileceği olumsuzluklara odaklanılacaktır.

## I. CUMHURBAŞKANINA TANINAN YETKİ DEVRİNİN YERLEŞİK YETKİ DEVRİ REJİMİNDEN AYRILAN YÖNLERİ

1 sayılı CBK m. 1/3 hükmünde, gerekli gördüğü hallerde Cumhurbaşkanının devrettiği yetkileri doğrudan kullanabilmesinin yolunu açan düzenleme iki yönden yerleşik yetki devri rejimi ile çatışma içerisindedir. İlk sorun, devreden makamın yetkiden sıyrılmaması sebebiyle tam anlamıyla bir yetki devrinden bahsedilemeyecek olmasıdır. İkinci sorun ise devreden makamın yetkiden sıyrılmamasına bağlı olarak, yetki ile birlikte sorumluluğun devrine dair tartışmasının devam etmesidir.

### A. Devreden Makamın Yetkiden Sıyrılmaması Sorunu

1 sayılı CBK’nın henüz ilk maddesinde yer alan bir düzenleme oldukça dikkat çekicidir. “Cumhurbaşkanı” başlıklı maddenin son fıkrasında Cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkilerin bir kısmını yazılı olarak belirtmek koşuluyla astlarına devredebileceği kuralına yer verilmiştir. Bu düzenleme, yerleşik yetki devri rejimiyle uyum içerisinde olmakla beraber, ilgili hükmün devamında gelen ifade, önceki sistemde kabul gören yetki devri rejimine tümüyle tezat teşkil eden bir içeriğe sahiptir: “Ancak [Cumhurbaşkanı] devrettiği yetkiyi, gerek gördüğünde kendisi de doğrudan kullanabilir.”

- 
- Kullanılması kanunla doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş olan yetkiler,
  - Kamu hizmetinde eşgüdüm ve plânlama yetkisi,
  - Kamu görevlileri arasındaki iş bölümünü kapsayan örgütlendirme yetkisi,
  - Üstün, astları üzerindeki denetim yetkisi,
  - Disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi yetkileri,
  - Astların değerlendirilmesine ve terfiine yönelik yetkiler,
  - Yetki devri ile devralınan yetkiler.

(3) Yetkiyi devreden yetkilerinin konu ve kapsam yönünden artması devredilen yetkilerin kapsamını ve konusunu kendiliğinden genişletmez.

(4) Devredilen yetkinin ortadan kalkması, azalması veya yetkilerini devreden yetkilinin değişmesi, mevcut yetki devrini sona erdirir.

(5) Yetki devrinde, devredilen yetkilere dayanılarak yapılan işlemler nedeniyle doğacak sorumluluk, yetkinin devredildiği makama aittir. Ancak yetkiyi devreden makamın denetim yetki ve sorumluluğu devam eder.

<sup>25</sup> Hüseyin Melih Çakır, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 49-50.

Yetki devrinin temel esprisi ve imza yetkisinin devrinden ayrılan yönü, asıl makam veya görevlinin devralan lehine yetkilerinden sıyrılmasıdır<sup>26</sup>. Bu sebeple, kural olarak devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılamaması gerekmektedir<sup>27</sup>. “Yetkiden kurtulma” veya “yetkiyi terk” olarak ifade edilen<sup>28</sup> bu kural özünde, yetkinin hem devreden hem de devralan makam tarafından aynı anda kullanılması halinde ortaya çıkabilecek belirsizlik ve istikrarsızlıkları önleme amacı taşımaktadır. Buna karşılık, karar alma yetkisi terkedilmeksizin iş yükünün hafifletilmesi amacıyla imza ile belgelendirme yetkisinin bir başka kişiye devredildiği usul imza yetkisinin devridir<sup>29</sup>. Önemli bir taslak çalışma olan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı’nın m.16/1 hükmünde de açık biçimde devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir<sup>30</sup>.

Yetkinin devredilmezliği ilkesine göre kural olarak bir yetkinin bir başka makam tarafından kullanılması hukuka aykırıdır. Bu bağlamda, astın üstün yerine veya üstün astın yerine geçerek idari işlem tesis etmesi yetki tecavüzüne sebep olmaktadır<sup>31</sup>. Ancak bir yönetim tekniği olan yetki devri, bu duruma istisna teşkil etmektedir. Bu durumda yetki, üst makam tarafından ast lehine terk edilmiş durumdadır. Yerleşik yetki devri rejimine göre, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması da yetki tecavüzüne sebep olan bir diğer durumdur<sup>32</sup>. Bu konuda Danıştay’ın da devredilen yetkinin geri alınmadan kullanılmasının mümkün olmadığı yönünde kararları bulunmaktadır<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Duran, s. 403; Günday, s. 140.

<sup>27</sup> Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 447; Ulusoy, s. 381.

<sup>28</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 885.

<sup>29</sup> Duran, s. 403; Gözübüyük/Tan, s. 449.

<sup>30</sup> **Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Madde 16-** (1) Yetkili makam, kanunla izin verilen hâllerde ve yazılı olmak şartıyla işlem yapma yetkisini, kısmen, hiyerarşik yapıya uygun olarak alt makamlara devredebilir. **Devredilen yetkiler, devreden tarafından kullanılamaz.**

<sup>31</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, Akgün Matbaası, İstanbul, 1961, s. 303.

Bu yönde Danıştay 2. D., 24.11.2015 tarihli E. 2012/10219, K. 2015/9355 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “Belli bir idari makama verilmiş bulunan karar alma yetkisinin yalnızca o makam tarafından kullanılması kural olmakla birlikte **Kanunda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için yetki devrinin mümkün olduğu içtihatlarla ve doktrinde kabul edilmektedir. Bu haliyle idare hukukunda mevcut olan yetki devri müessesesinde yetkiyi devreden makam bu yetkisinden yetkiyi devrettiği makam lehine sıyrılmakta, karar alma yetkisi yetkiyi devreden makamdan ayrılmakta ve kendisine yetki devredilen makama geçmekte başka bir ifadeyle yetkiyi devralan devredenden bağımsız olarak bu yetkiyi kullanabilmektedir.** Yetki devri müessesesi ile ilgili bu açıklamalar ışığında, usulüne uygun olarak yetki devrinin gerçekleştirildiği durumlarda aynı usul izlenerek yetki devri geri alınmadığı sürece söz konusu yetkinin devreden makam tarafından doğrudan ve ilk elden kullanılması mümkün bulunmamaktadır.” Karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 142, 2016, s. 105.

<sup>32</sup> Duran, s. 403; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 147; Günday, s. 140.

<sup>33</sup> Danıştay 15. D., 09.04.2014 tarihli E. 2013/3665 K. 2014/2656 sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “Yetki devri ve imza yetkisinde bir makamın veya bir kişinin sahip olduğu karar alma yetkisinin diğer bir makama veya kişiye aktarılması sözkonusudur. **Yetki devrinde yetkiyi devreden makam devir işlemini ortadan kaldırıp, yetkisini geri almadıkça bir daha artık o yetkisini kullanamaz.** Buna karşılık imza devrinde devreden makam karar alma yetkisini terk etmiş olmaz. İmza devrini yapan kişi, devreden kişinin yerine her zaman karar alabilir.” Aynı yönde bkz. Danıştay 15. D., 09.04.2014 tarihli E. 2013/3665 K. 2014/2655 sayılı karar. (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

Fakat, anılan tartışma bağlamında tespit edebildiğimiz bir Danıştay’ın tam aksi yönde hüküm kurduğu da ifade edilmelidir. Danıştay 13. D., 25.05.2007 tarihli E. 2007/1538, K. 2007/3459 sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “Söz konusu düzenlemelerden, Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazların satışı konusunda yapılan yetki devrinin, devreden sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, **yetki devri yapılan astla birlikte, yetkisini devreden sorumluluğunun da devam edeceği, devredilen yetkinin geri alınmamasının, yetkisini devreden, yasal sorumluluk nedeniyle, ast yerine geçerek işlem tesis etmesine engel teşkil etmediği gibi, bu işlem nedeniyle devredilen yetkinin sona erdiği anlamına da gelmeyeceği; yasayla verilen sorumluluk çerçevesinde yetkiyi devreden tesis edeceği işlemlerde kullandığı takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu, yetkiyi devreden tarafından kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının mercünce değerlendirileceği**

Devredilen yetkinin gerek görülmesi halinde Cumhurbaşkanı tarafından bizzat kullanılabilmesine imkan veren düzenlemeyi, yeni hükümet sisteminde yürütme organının ve dolayısıyla Cumhurbaşkanının daha fazla öne çıkan ve güçlenen rolüyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Doktrinde “monist” yapıda olduğu ifade edilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yürütme yetkisi ve görevi tek başına kendisine verilen Cumhurbaşkanı önceki sistemde olmadığı kadar güçlü bir konuma gelmiştir<sup>34</sup>. Bu bağlamda Cumhurbaşkanının konumunu güçlendiren bir diğer husus, Anayasa m. 104/17 hükmüyle Cumhurbaşkanına kanuna dayanma şartı olmaksızın “yürütme yetkisine ilişkin konularda” Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmasıdır. Tüm bu değişim ve gücün temerküzü dikkate alındığında, 1 sayılı CBK m.1/3’te yer alan düzenlemenin yetkiyi asıl makamın elinde tutmayı amaçlayan bilinçli bir tercih olduğu sonucuna varılabilecektir<sup>35</sup>. Bu noktada bazı yazarlar, 1 sayılı CBK m.1/3 hükmünün özel bir değerlendirme olduğunu söylemekte, fakat klasik yetki devri rejimine tezat teşkil eden bu sapmanın niçin “özel” bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerektiğine dair bir açıklamaya yer vermemektedir<sup>36</sup>. Bir başka görüşe göre ise söz konusu düzenleme yetki devri değil imza yetkisi devri olarak değerlendirilmelidir<sup>37</sup>. Ancak yetki devrine dair genel bir kural niteliğindeki düzenlemenin ilgili kısmının imza yetkisinin devri olarak kabulü güç gözükmemektedir. Nitekim farklı yazarlarca da ilgili düzenlemenin, yetki devrinin yerleşik ilke ve prensipleriyle çeliştiği değerlendirilmesinde bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Netice itibarıyla 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü, yerleşik yetki devri rejiminde kabul gören yetkiden sıyrılma kuralına açıkça aykırı durumdadır. Yetkinin hangi makam tarafından kullanılması gerektiğine dair belirsizlik yaratan ilgili düzenleme aynı zamanda tesis edilen işlem sebebiyle sorumlu tutulacak makamın tespitini güçleştirmektedir. Bu bağlamda, ilgili düzenleme sonrasında da yetki ile birlikte sorumluluğun devredilip devredilemeyeceği tartışması varlığını sürdürmektedir.

## **B. Sorumluluğun Devreden Makamda Kalması Sorunu**

Yetki devri ile birlikte sorumluluğun devredilip devredilemeyeceği süregelen bir tartışmadır<sup>39</sup>. 1 sayılı CBK m. 1/3 ile getirilen düzenlemenin sorumluluğun devri yönünden sorun yaratacağı farklı yazarlarca da ifade edilmektedir<sup>40</sup>. Yerleşik yetki devri rejimi dikkate alınarak doktrinde yetki ile birlikte sorumluluğun da devredileceği belirtilmektedir<sup>41</sup>. Bu bağlamda yetki devri halinde, tesis edilen işlemin gerçek yapıcısı ve sahibinin yetki devredilen makam olduğu ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

---

*sonucuna varılmaktadır.” Karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 116, 2007, s. 394.*

<sup>34</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019, s. 769; Çakır, s. 41.

<sup>35</sup> Bu bağlamda Arđıçoğlu, Anayasa m.8’de yürütme yetki ve görevinden birlikte bahsedilmesine rağmen m.104’te yalnızca “yürütme yetkisi” ifadesi kullanılmasının yeni sistem içerisinde Cumhurbaşkanının güçlenen rolüyle örtüşen bir tercih olduğu değerlendirilmesinde bulunmaktadır. bkz. Arđıçoğlu, s. 24-25.

<sup>36</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 148.

<sup>37</sup> Çakır, s. 51.

<sup>38</sup> Ulusoy, s. 381; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 886.

Doktrinde ayrıca, 1 sayılı CBK m.1/3 hükmünün istisnai bir düzenleme olduğu ifade edilmekle birlikte bu istisnanın sorumluluk yönünden sorun meydana getireceği değerlendirilmesinde bulunmaktadır. Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 148.

<sup>39</sup> Tartışma kapsamında yetki ile birlikte sorumluluğun devredileceği ve aksi yöndeki görüşlerin bir derlemesi için bkz. Ertanhan, s. 74-78.

<sup>40</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 148.

<sup>41</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, s. 887; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 148-149; Tan, s. 247.

Aksi yöndeki görüşler için bkz. Cengiz Derdiman/Yusuf Uysal, ‘Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri’, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.15, S. 27, 2014, Bursa, s. 265-266.

<sup>42</sup> Turgut Tan, *İdare Hukuku I*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 248.

Bununla birlikte yetki devrinde bulunan amirlerin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.10 uyarınca yetki devredilen ast üzerinde takip ve kontrolü içeren genel bir gözetim sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak burada kastedilen,

Buna paralel olarak Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın m. 16/5 hükmünde, "Yetki devrinde, devredilen yetkilere dayanılarak yapılan işlemler nedeniyle doğacak sorumluluk, yetkinin devredildiği makama aittir." kuralına yer verilmiştir. Ancak parlamenter sistem döneminde Danıştay'ın; mülga 3056 sayılı Kanun m. 32, 3046 sayılı Kanun mülga m.38 veya 3152 sayılı Kanunun mülga m. 34 hükmü gibi düzenlemelerde yer alan "Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz." türünden ifadelerle atıfla yetki devriyle birlikte sorumluluğun devredilmeyeceği yönünde hüküm kurduğu kararları bulunmaktaydı<sup>43</sup>. Buna karşılık diğer bir grup Danıştay kararında<sup>44</sup> ise yetki ile birlikte sorumluluğun da devredileceği yönünde değerlendirmeler yer almaktadır<sup>45</sup>. Bu sebeple, kanunda açıkça sorumluluğun devrini yasaklayan hükümler öngörülme durumlarda Danıştay'ın da yetki ile birlikte sorumluluğun devrini kabul ettiği sonucuna varılabilecektir.

Belirtildiği üzere, parlamenter sistem döneminde geçerli olan mevzuatta yetki devrinin devreden amirin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kuralına yer verilen pek çok örnek hüküm bulunmaktadır. Öne çıkan örnekler olarak, mülga 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ve mülga 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un yetki devrine ilişkin hükümlerine kısaca değinilebilecektir. Örneğin, 3056 sayılı Kanun m. 32/2 uyarınca Başbakan ile Başbakan Müsteşarı ve diğer kademelerde yer alan yöneticilere, "sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek koşuluyla" gerekli durumlarda yetkilerini devretme imkânı getirilmiştir. Buna ek olarak aynı maddenin son fıkrasında yetki devri neticesinde yetki devreden amirin sorumluluğunun kalkmayacağı kuralına yer verilmiştir<sup>46</sup>. Aynı yönde bir düzenleme 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı

---

devredilen yetkinin kullanılmasıyla oluşan hukuki durumun sebep olduğu mali, cezai veya disiplinler sorumluluktan farklıdır. Nitekim doktrinde, tesis edilen işlem sebebiyle ortaya çıkan mali, cezai ve disiplinler sorumluluğun yetkiyi kullanan, bir başka ifadeyle karar alan ve işlemi yapan konumdaki devralan makama ait olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Mesut Ertanhan, 'İdare Hukukunda Yetki Devri ile İmza Yetkisi Devrinde Devreden Kişilerin Sorumluluğu', Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 129, s. 78-79.

<sup>43</sup> Danıştay 13. D., 25.05.2007 tarihli E. 2007/1538, K. 2007/3459 sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "Söz konusu düzenlemelerden, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazların satışı konusunda yapılan yetki devrinin, devreden sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, **yetki devri yapılan astla birlikte, yetkisini devreden sorumluluğunun da devam edeceği, devredilen yetkinin geri alınmamasının, yetkisini devreden, yasal sorumluluk nedeniyle, ast yerine geçerek işlem tesis etmesine engel teşkil etmediği gibi, bu işlem nedeniyle devredilen yetkinin sona erdiği anlamına da gelmeyeceği**; yasayla verilen sorumluluk çerçevesinde yetkiyi devreden tesis edeceği işlemlerde kullandığı takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu, yetkiyi devreden tarafından kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının mercüince değerlendirileceği sonucuna varılmaktadır." Karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 116, 2007, S. 393 vd. Aynı yönde Danıştay 2. D., 01.04.2014 tarihli E. 2010/6430, K. 2014/2762 sayılı karar. (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>44</sup> Danıştay 10. D., 11.02.2021 tarihli E. 2016/11572, K. 2021/432 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: "Genel olarak yetki devri, "bir konuda karar almak, eylemde bulunmak veya emir vermek hakkını **başkasına devretmek ve elde edeceği sonuçtan onu sorumlu tutmak**" biçiminde tanımlanmaktadır. Yetki devrinin, ancak yasanın açıkça izin vermesi halinde ve yine açıkça izin verdiği konularla sınırlı olarak yapılabileceği kuşkusuzdur." (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021). Aynı yönde bkz. Danıştay 5. D., 21.09.2007 tarihli E. 2005/3947, K. 2007/4793 sayılı karar. Danıştay 5. D., 04.05.2004 tarihli E. 2003/40, K. 2004/2070 sayılı kararlar. (Legal İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>45</sup> Danıştay 8. D., 11.03.2021 tarihli E. 2020/6456, K. 2021/1514 sayılı kararın karşı oyunda yer alan değerlendirme şu şekildedir: "*Yetki devri ve İmza devri karşılaştırıldığında ise; yetki devrinde işlemin yetkiyi devralan makam tarafından tesis edilmesi, bir başka anlatımla işlem tesis etme ya da etmeme iradesinin ve bu irade sonucu doğacak hukuki sorumluluğun, yetkinin devredildiği makamda olduğu kabul edilirken, imza devrinde, işlem tesisinde imza devrinin yapıldığı makam üzerinde karar alma güç ve iradesi bulunmayıp sadece işlemin imza edilmesi fonksiyonu söz konusu olduğundan imzalanılan işlemin yine asıl iradeyi açıklayan ve imza devrinde bulunan üste ait olduğu kabul edilmektedir.*" (Danıştay Kararlar Bilgi Bankası, erişim tarihi 14.09.2021). Aynı yönde bkz. Danıştay 8. D., 11.03.2021 tarihli E. 2020/5869, K. 2021/1512 sayılı karar karşı oyu, (Danıştay Kararlar Bilgi Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>46</sup> **3056 sayılı Kanun Madde 32** – Başbakanlık Teşkilatıyla, bağlı ve ilgili kuruluşların her kademesindeki yöneticileri, yapmakla yükümlü bulundukları hizmet veya görevleri verilecek emir ve direktifler doğrultusunda mevzuata, plan ve programlara uygun olarak yerine getirmek ve yürütmekten bir üst yöneticiye karşı sorumludur.

Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>47</sup> mülga m.34'te de aynı şekilde yer almaktaydı<sup>48</sup>. Ancak, yetki devrine rağmen sorumluluğu yetkiyi devreden makamda bırakan bu düzenleme biçimi doktrinde eleştirilmektedir<sup>49</sup>. Yine 3056 sayılı Kanun m.37/2'de Başbakana tanınan atama yetkisinin gerekli görülen hallerde alt kademelere devredilebileceği belirtilmektedir<sup>50</sup>. 2451 sayılı Kanun m. 3/2'de ise Bakanlara tanınan atama yetkilerinin, “bu konuda hazırlanacak yönetmeliklerde belirtilecek esaslara göre” alt kademelerde bulunan kişilere devredilebileceğine işaret edilmektedir<sup>51</sup>. Bunun dışında 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m. 32'de valilerin<sup>52</sup> ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun m.42 hükmünde belediye başkanlarının<sup>53</sup> yetki devrine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Örnek hükümlerden anlaşıldığı üzere, doktrindeki eleştirilere rağmen Türk hukukunda yer alan mevzuat hükümlerinin bir kısmında, yetki devrinin devreden amirin sorumluluğunu kaldırmayacağı yaygın biçimde kabul görmüştür. Parlamenter sistem dönemindeki bu kabul, mevcut sistemdeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde de kendisini göstermektedir. Örneğin, 1 sayılı CBK m. 16/3, m. 164, m. 533/A hükümlerinde, “Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.”; 4 sayılı CBK m. 389/4'te “Ancak, yetki devri Yönetim Kurulunun sorumluluğunu kaldırmaz.” ve m. 390/3'te ise “Ancak, yetki devri Genel Müdüriin sorumluluğunu kaldırmaz.” ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla, uygulama yönünden yetki devri ile birlikte sorumluluğun devredilmeyeceği yönündeki kabulün güçlü biçimde var olmaya devam ettiği görülmektedir.

Ayrıca 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü, tesis edilen işlemde sorumlu tutulacak makamın tespiti açısından sorun teşkil etmektedir. Çünkü yetki devri halinde tesis edilen işlem yetkiyi devralan makamın işlemi olarak hukuki sonuç doğurmaktadır<sup>54</sup>. Ancak yetkinin terk edilmemesi ve Cumhurbaşkanına gerekli gördüğü durumlarda devrettiği yetkiyi doğrudan kullanabilme imkanı tanınması karşısında, tesis edilen işlemin devralan makama ait olduğunu söylemek güç gözükmektedir. 1 sayılı CBK m. 1/3'te yer alan düzenleme yetki devrine ilişkin ilgili kanun ve CBK

---

Başbakan, Başbakanlık Müsteşarı ve Başbakanlık Teşkilatının her kademedeki yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilirler.

Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.

<sup>47</sup> 3152 sayılı Kanunun başlığı 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile “İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu ile İl Yatırım ve Hizmetlerine İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.

<sup>48</sup> **3152 sayılı Kanun (mülga) Madde 34** - Bakan, Müsteşar ve her kademedeki Bakanlık ve kuruluş yöneticileri gerektiğinde, sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak, yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.

<sup>49</sup> Gözler, yetki devrinin ilgili makamın yetkiyi terk etmesi anlamına geldiğini belirterek, işlem tesis etme imkanı bulunmayan bir makamın tesis edilen işlemde sorumlu tutulmasının illiyet bağı eksikliği sebebiyle hukuka aykırı olduğu görüşündedir. Bkz. Gözler, İdare Hukuku, s. 887.

Bu bağlamda Ulusoy ise, kural olarak yetki ile birlikte sorumluluğun da devredileceğini vurgulamaktadır. Yalnızca yetkiyi devralanın söz konusu yetkiyi kullanırken açık hatası veya açık kusuru bulunması durumunda, yetkiyi devreden ehil bir makama yetki devrinde bulunmadığı gerekçesiyle genel hükümler çerçevesinde sorumlu tutulabileceği belirtmektedir. Bkz. Ulusoy, s. 380.

<sup>50</sup> 3056 sayılı Kanun Madde 37 –

...

(2) Başbakanlık personelinin atanması 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Kanuna göre yapılır. Bu Kanunda belirtilmeyen görevlerden Başkanlıklara ortak kararla diğer görevlere Başbakanın onayı ile atama yapılır. Ancak, Başbakan bu yetkisini gerekli gördüğü alt kademelere devredebilir.

<sup>51</sup> 2451 sayılı Kanun Madde 3-

...

(2) Bakanlar atama yetkilerini bu konuda hazırlanacak yönetmeliklerde belirtilecek esaslara göre alt kademelere devredebilirler.

<sup>52</sup> **5302 sayılı Kanun Madde 32-** Vali, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, vali yardımcılarına, yöneticilik sıfatı bulunan il özel idaresi görevlileri ile ilçelerde kaymakamlara devredebilir.

<sup>53</sup> **5393 sayılı Kanun Madde 42-** Belediye başkanı, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, yöneticilik sıfatı bulunan belediye görevlilerine devredebilir.

<sup>54</sup> Duran, s. 403.



hükümlerinde yer alan yetki devrinin devreden makamın sorumluluğunu kaldırmayacağı yönündeki ifadelerle birlikte değerlendirildiğinde, Cumhurbaşkanı tarafından yetki ile birlikte sorumluluğun da devredilip devredilmediğinin kabulüne dair ciddi bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır.

Özetle, 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü, yetkinin terk edilmemesi ve sorumluluğun devrine yönünden idari işleyişi önemli ölçüde aksatacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu düzenleme biçimi, hem idari faaliyetlerin yürütülmesinde idarenin iç işleyişi hem de kamu hizmeti sunulan kişiler açısından sorunlar doğurmaya gebe dir.

## II. CUMHURBAŞKANINA TANINAN YETKİ DEVRİNİN YERLEŞİK YETKİ DEVRİ REJİMİNDEN AYRILAN YÖNLERİ SEBEBİYLE DOĞAN SORUNLAR

Bir yönetim tekniği olarak yetki devri, idari işleyiş içinde yetkinin dengeli dağılmasının yanı sıra karar alma süreçlerinin ve uygulamanın hızlanmasına imkan sağlamaktadır<sup>55</sup>. Yine yetki devri vasıtasıyla, üstlerin iş yükü azalırken astların ise daha karmaşık görevler için hazırlanması ve azim ile sorumluluk duygularının artmasına fırsat sunulduğu ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Bir diğer ifadeyle yetki devrinin, sunulacak kamu hizmetlerinin hiyerarşik ilişki içerisinde bulunan birden fazla makamın iş paylaşımında bulunarak birlikte katkı sunmalarını imkan veren ve işleyişi kolaylaştıran bir yönetim ilkesi olduğu söylenebilecektir. Buna mukabil, ilk bölümde ifade edildiği üzere 1 sayılı CBK m.1/3'te yer alan düzenleme ile Cumhurbaşkanına devrettiği yetkileri gerekli gördüğü hallerde doğrudan kullanabilme yetkisi tanınmasının, yetki devrinin idari işleyişi kolaylaştırma ve hızlandırma amacıyla uyum içerisinde olduğunu söylemek mümkün değildir. İlk bölümde yetkinin terk edilmemesi ve sorumluluğun devrine ilişkin tespit edilen durumların, idarenin iç işleyişi ve kamu hizmeti sunulanlar yönünden sorun teşkil edebilecek önemli yansımaları olmaktadır. Bu bölümde öncelikle, ilgili düzenlemenin idarenin iç işleyişinde ve akabinde bu sorunların kamu hizmeti sunulanlar üzerinde doğurabileceği olası sorunlar ele alınmaya çalışılacaktır.

### A. İdarenin İç İşleyişi Yönünden

Türkiye'nin yönetsel anlamda en önemli sorununun yönetimde örgütsel merkezîyetçilik olduğu ve bu durumun yetkiyi devretmeksizin yönetme anlayışından kaynaklandığı belirtilmektedir<sup>57</sup>. Halbuki yetki devri, üste ait yetki ve sorumlulukların astlar ile paylaşılmasını sağlamaktadır. Nitekim yetki devri vasıtasıyla üstün, kendi yetki alanındaki iş bölümüne astlarını da dahil ettiğinin altı çizilmektedir. Bu sayede, astların kaynak kullanımına katılımı ve sorumluluk duygularının gelişimine katkı sağlanmaktadır<sup>58</sup>. Böylece, karar verme süreçlerinin daha nitelikli hale gelmesi ve uzman bilgisinden yararlanılması sağlanarak, yetki ve karar verme süreçlerinin tek bir makamda toplanmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Gücün hep üst makamlarda toplandığı idari işleyişin, astların her durumda üstün onayını aradığı ve sorumluluktan kaçındıkları bir sonuç doğurması sürpriz değildir<sup>59</sup>. Bu sorunu aşmak ve dengeli bir idari işleyiş sağlamak amacıyla ortaya çıkan yetki devri, aynı kamu tüzel kişiliği içerisinde bulunan ve aralarında hiyerarşik ilişki bulunan makamlar arasında üstten asta doğru gerçekleştirilmelidir<sup>60</sup>. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı m.16'da yetki devri şu şekilde tarif edilmektedir: “*Yetkili makam, kanunla izin verilen hâllerde ve yazılı olmak şartıyla işlem yapma yetkisini,*

<sup>55</sup> Derdman/Uysal, s. 254.

<sup>56</sup> Burak Açıoğuran, ‘İdare Hukukunda Yetki ve İmza Devri’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 8, 2000, Konya, s. 393-394.

<sup>57</sup> Bilal Eryılmaz, Kamu Yönetimi, 10. Bası, Umuttepe Yayınevi, Kocaeli, 2019, s. 291-292.

<sup>58</sup> Oğuz Onaran, ‘Yetki Göçerimi’, Amme İdaresi Dergisi, C. 7, S. 2, Ankara, 1974, s. 7.

<sup>59</sup> Eryılmaz, s. 292.

<sup>60</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 864.

*kısmen, hiyerarşik yapıya uygun olarak alt makamlara devredebilir.”* Devir işlemi bir makamdan diğer bir makama yapıldığı için, devreden veya devralan makamda bulunan kişiler değişse bile yetki devrinin geçerli olmaya devam edeceği kabul edilmektedir<sup>61</sup>.

Yetki devri sonucunda tesis edilen işlemler, yetkiyi devralan makamın hiyerarşik seviyesindedir<sup>62</sup>. Bu yüzden tesis edilen işlemler yetkiyi devreden değil devralan makama ait sayılmaktadır<sup>63</sup>. Yerleşik yetki devri rejiminde kabul gören bu ilkeler, yetkinin ast lehine terkinin esas almaktadır. Oysa 1 sayılı CBK m.1/3'te Cumhurbaşkanının yetkiyi tam olarak terk etmediği ve gerekli gördüğü hallerde doğrudan kullanabileceği bir devir usulü öngörülmektedir. Anılan düzenleme karşısında, tesis edilen işlemin hiyerarşik seviyesini tespit etmek güçleşmiştir. Bu belirsizlik, idari işleyiş açısından kamu gücü kullanan makamların sorumluluk üstlenmekten kaçınmasına neden olabilecektir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yürütme yetkisi ve görevinin tek başına Cumhurbaşkanına verilmesi sebebiyle artan iş yükü ve gündem yoğunluğu dikkate alındığında, yerleşik yetki devri rejimine tezat oluşturan 1 sayılı CBK m. 1/3'te yer alan düzenleme oldukça fazla soru işaretini beraberinde getirmektedir. Bunca iş yükü arasında Cumhurbaşkanının devrettiği yetkilerin tümünü bizzat kullanabilmesi gerçekçi bir beklenti değildir. Bununla birlikte, 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü Cumhurbaşkanına yetki devrinde bulunduğu konularda gerekli görmesi halinde doğrudan müdahalede bulunma imkanı sunmaktadır. Ancak Cumhurbaşkanına tanınan bu imkan, yetki devredilen makam üzerinde kararlarının sürekli biçimde sorgulanabilir olduğu ve kendisine güven duyulmadığı hissi yaratacaktır. Anılan düzenlemenin tam aksine yetki devri kurumunun özünde üstün fazla yüklerinden kurtulması, karar alma süreçleri ile uygulamanın işlerlik kazanması ve astların işlerini sahiplenmeleri gibi imkanlar bulunmaktadır<sup>64</sup>. Dolayısıyla yetki devrinin sunduğu tüm bu imkanları işlevsiz kılacak şekilde kaleme alınmış 1 sayılı CBK m. 1/3'ün sorunlu bir düzenleme olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü bağlamında ortaya çıkabilecek diğer bir sorun ise Cumhurbaşkanının hem idari hem de siyasi olmak üzere çift şapka taşımasından ileri gelmektedir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi idari gündeme ilişkin ciddi bir yoğunluk getirmektedir. Buna karşılık, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının öne çıkan politik kimliği, siyasi gündeminin de ayrıca yoğun olmasına sebep olmaktadır. Tüm bu yoğunluk içerisinde idari ve siyasi gündemlerin karışması ve hatta idari gündemlerin siyasi gündemlerin gölgesinde kalma ihtimali bulunmaktadır. Yetki devri yoluyla aşılabilecek bu sorunun, yetki devrinin yerleşik rejimine tümüyle tezat teşkil eden genel bir düzenleme ile içinden çıkılmaz hale getirilmiş olması idari işleyiş açısından oldukça ciddi sorunlara kapı aralamaktadır. Bu sebeple, 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü, idari işleyiş üzerinde getireceği yük ve hiyerarşik ilişki yoluyla tesis edilmesi amaçlanan dengeli ve akıcı iş yükü planlamasını bertaraf eden yönü dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmelidir. İlgili düzenlemenin, Cumhurbaşkanına devrettiği yetkileri doğrudan kullanma yetkisi sunan kısmının metinden çıkarılması isabetli olacaktır.

## B. Kamu Hizmeti Sunulanlar Yönünden

Cumhurbaşkanı tarafından devredilen yetkilerin gerekli görülen hallerde doğrudan kullanılmasını sağlayan düzenleme, idari işleyişin beraberinde kamu hizmeti sunulanlar yönünden

<sup>61</sup> Açıdoğru, s. 401.

<sup>62</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 149.

<sup>63</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 886.

Bu bağlamda yetki devri halinde sorumluluğun devrine ilişkin Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı m.16/5'te yetki ile birlikte sorumluluğun da devredileceği şu şekilde kurala bağlanmıştır: “*Yetki devrinde, devredilen yetkilere dayanılarak yapılan işlemler nedeniyle doğacak sorumluluk, yetkinin devredildiği makama aittir. Ancak yetkiyi devreden makamın denetim yetki ve sorumluluğu devam eder.*”

<sup>64</sup> Onaran, s. 5; Derdiman/Uysal, s. 254-255.

de dikkate değer olumsuz sonuçlar doğuracaktır. İdari makamlar, kendilerine verilen yetkileri kullanarak kamu hizmeti sunulan kişilerin hak ve hürriyetleri üzerinde etki doğuran eylemler gerçekleştirmekte ve işlemler tesis etmektedir. Bu sebeple yetki devri, yalnızca idarenin iç işleyişi değil aynı zamanda kamu hizmeti sunulan kişileri de ilgilendirmektedir<sup>65</sup>.

Kural olarak bir yetkinin Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya bunlardan birisine dayanarak tesis edilmiş idari işlemle yetkilendirilmiş kişi tarafından bizzat kullanılması gerekmektedir. Hatırlanacağı gibi, aynı hiyerarşi içerisinde bulunan üstün astın yerine veya astın üstün yerine geçerek tesis ettikleri işlem konu bakımından yetkisizlikle sakattır ve yetki tecavüzüne neden olmaktadır<sup>66</sup>. Devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması da bir başka konu bakımından yetkisizlik halidir<sup>67</sup>. Hukuk devleti ilkesi gereği, yetki tecavüzü sebebiyle sakat olan işlem hukuk aleminden kaldırılmalıdır. Bu sebeple, kamu hizmeti sunulan kişiler kural olarak, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması halinde haklarında tesis edilen sakat işlemin iptalini isteyebileceklerdir. Nitekim bir Danıştay kararında da üst makam tarafından devredilen yetkinin geri alınmaksızın kullanılması ile tesis edilen işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur<sup>68</sup>. Buna karşılık 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü, yerleşik yetki devri rejimi açısından yetki tecavüzü olarak tanımlanan durumun kural olarak düzenlenmesi gibi bir sonuç doğurmaktadır.

Devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması ve yetki devri usulündeki belirsizlikler sebebiyle idari işleyişin aksamaması, kamu hizmeti sunulan kişiler yönünden hizmet kusuru oluşturacaktır. Hizmet kusurunun, kamu hizmetinin hiç işlememesi veya geç ya da kötü işletilmesi sebebiyle ortaya çıkabildiği dikkate alınmalıdır<sup>69</sup>. Bu doğrultuda devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması ve yetkinin üst makam tarafından tam olarak terk edilmeksizin asta devrini öngören bir usulün, uygulamada idari işleyişi karmaşık ve tıkanık hale getirmesi muhtemeldir. Sekteye uğrayan idari işleyişin kamu hizmeti sunulanlar yönünden yansıması ise kamu hizmetlerinin kötü veya geç sunulması ya da hiç sunulmamasıdır.

Son olarak, devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması halinde aynı konuda iki farklı makam tarafından karar verilmesi sorunuyla karşılaşılabilir. Uygulamada bu sorun üç şekilde ortaya çıkabilir. İlk ihtimal (I), yetki devredilen ast tarafından işlem tesis edilen bir konuda, ilgili işlemi uygun bulmayan Cumhurbaşkanının “gerek görerek” işlemi kaldırması veya yeni bir işlem tesis etmesidir. Bu durumda Cumhurbaşkanı bilinçli olarak, yetki devrinde bulunduğu bir konuda yeniden değerlendirme yaparak yetki devredilen astın işlemini geçersiz kılabilir. İkinci ihtimal (II) ise aynı konuda hem Cumhurbaşkanı hem de astın birbirinden habersiz olarak farklı yönde irade beyan etmeleridir. Yetki devredilen astın işleminden habersiz olarak Cumhurbaşkanı, 1 sayılı CBK m. 1/3 uyarınca yetkiyi bizzat kullanmayı gerekli görerek farklı yönde bir işlem tesis edebilir. Bu durumda kamu hizmeti sunulanlar açısından, yetki devredilen ast ve devreden üstün farklı yöndeki irade açıklamaları belirsizlik yaratacaktır. İlâveten, birden fazla işlem tesis edildiği takdirde hukuki açıdan hangi makam tarafından tesis edilen işlemin geçerli

<sup>65</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 878.

<sup>66</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, Akgün Matbaası, İstanbul, 1961, s. 303. Aynur Hasoğlu, ‘Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi’, TAAD, Y. 9, S. 33, 2018, Ankara, s. 127.

<sup>67</sup> Açıdoğru, s. 396.

<sup>68</sup> Danıştay 2. D., 24.11.2015 tarihli E. 2012/10219 K. 2015/9355 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: “...davacının 03.08.2010 tarihli Milli Eğitim Bakanlığı işlemi ile X3 Kız Teknik ve Meslek Lisesi'ne müdür yardımcısı olarak atanması...Yetki devri müessesesi ile ilgili bu açıklamalar ışığında, usulüne uygun olarak yetki devrinin gerçekleştirildiği durumlarda aynı usul izlenerek yetki devri geri alınmadığı sürece söz konusu yetkinin devreden makam tarafından doğrudan ve ilk elden kullanılması mümkün bulunmamaktadır...anılan eğitim kurumuna yapılacak atamalarda da valiliklerin yetkisinin devam ettiği açıktır...davacının, bu atamanın iptali ile atamasının X2 Öğretim Olgunlaşma Enstitüsüne yapılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” (Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi 14.09.2021).

<sup>69</sup> Ragıp Sarıca, ‘Hizmet Kusuru ve Karakterleri’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, S. 4, 1949, İstanbul, s. 887.

sayılacağına dair soru işaretleri belirmektedir. Hiyerarşi yetkisinin üste astın işlemlerini kaldırma, değiştirme veya geri alma yetkisi tanıdığı dikkate alınarak astın işleminin hukuken ortadan kalkacağı sonucuna varılabilir. Fakat böyle bir durumda yetki devrinin varlığından bahsetmek güçtür. Üçüncü bir ihtimal (III) ise hem devreden hem de devralan makamın, diğer makamın işlem tesis edeceğini varsayarak irade açıklamaktan geri durmasıdır. Bu durumda ise kamu hizmeti sunulanlar için gerekli olan işlemin hiç tesis edilmemesi veya sorunun sonradan anlaşılması üzerine geç bir tarihte işlem tesis edilmesi sorunuyla karşılaşılacaktır.

Kanaatimizce, 1 sayılı CBK m. 1/3'ün son cümlesi ile Cumhurbaşkanına devredilen yetkiyi gerekli görmesi halinde doğrudan kullanma yetkisi tanınması, yetki devri kurumunu anlamsız kılmaktadır. Esasında böyle bir sorun çok önceden öngörülerek, yukarıda belirtildiği gibi, hukuk sistemi içerisinde devredilen yetkinin devreden makam tarafından kullanılması yerleşik yetki devri rejimi içerisinde yetki tecavüzü olarak kabul edilmiştir. Ancak 1 sayılı CBK m. 1/3'te yer alan düzenleme kaleme alınırken bu durum göz ardı edilmiştir. Netice itibarıyla, kamu hizmeti sunulanlar için hukuki belirsizlik ve çelişkiler içeren böyle bir yetki devri usulünün sağlıklı sonuçlar üretmeyeceği aşikârdır.

## SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin ardından Cumhurbaşkanının konumu, yönetim sistemi ve idari işleyiş üzerinde ortaya çıkan değişimin farklı düzeyde yansımaları bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleyen 1 sayılı CBK'nın henüz ilk maddesinin son fıkrasında, Cumhurbaşkanına devrettiği yetkileri gerekli görmesi halinde doğrudan kullanma yetkisi veren düzenleme de bu değişimle birlikte ortaya çıkan yeni bir duruma karşılık gelmektedir. Yeni hükümet sisteminde yürütme yetkisinin tek bir makamda toplanması ve gücün temerküzünün bir sonucu olarak ilgili düzenleme ile Cumhurbaşkanına, yerleşik yetki devri ilke ve kurallarına tümüyle zıt düşme pahasına devrettiği yetkileri doğrudan kullanma imkanı tanınmıştır. Tek bir kişi olmanın ötesinde tüm yürütme yetkisi ve görevi verilen makam olarak Cumhurbaşkanı, tek bir kişinin kullanamayacağı kadar fazla yetki ile donatılmış durumdadır. Bu sebeple, idari işleyişin sürekli ve düzenli olabilmesi için yetki devri kurumuna başvurulması zaruridir. Ancak, yetki devri işleminin içtihat, uygulama ve hukuk birikimi içinde tecrübe ile şekillenen ilke ve kurallar esas alınarak gerçekleştirilmesi icap etmektedir. Aksi durumda, yetki devrini anlamsız kılacak istisnalar eliyle formu bozulmuş bir düzenlemeden fayda beklemek abesle iştigal olacaktır.

1 sayılı CBK ile yerleşik yetki devri ilke ve kurallarıyla açık şekilde çelişecek biçimde Cumhurbaşkanına devrettiği yetkileri gerekli görmesi halinde doğrudan kullanma yetkisi veren düzenleme, yerleşik yetki devri rejiminin temel özellikleri arasında yer alan yetkiden sıyrılma ve sorumluluğun devri konusunda önemli sorunlara kapı aralamaktadır. Üst konumundaki Cumhurbaşkanının yetkiden sıyrılmadığı durumda, geçerli ve işler bir yetki devrinden bahsetmek güçtür. Yine, yetkinin asıl olarak üstün elinde tutulduğu ve fakat asta da yetki devredildiği ifade edilen konuda tesis edilen işlemin sonuçlarından kimin sorumlu tutulacağını belirlemek oldukça zordur. Nitekim, yerleşik yetki devri rejiminde dahi sorumluluğun devrine ilişkin teori ve uygulama arasında yaklaşım farklılıkları bulunmaktaydı. Anılan kuralla birlikte, sorumluluğun devrine ilişkin tartışma daha da derinleşecektir.

Yetkinin devredilen makam tarafından kullanılmasının idari işleyiş üzerinde olumsuz sonuçlar ortaya çıkarması kaçınılmazdır. Üst makamın yetkiyi terk etmemesi sebebiyle, yetki tam anlamıyla kendisine devredilmeyen astın karar verme süreçleri daha da zorlaşacak ve sürekli olarak üstün onayı aranacaktır. Bu durumda, yetki devrinden beklenen iş yükünün dengeli dağılımı ve işleyişin akıcı hale getirilmesi hedefleri daha en baştan gerçekleştirilemez hale gelmektedir. İlâveten, ortada yerleşik ilke ve kurallara uygun biçimde bir yetki devri bulunmadığından, sorumluluğun da asta devredildiğini söylemek güçtür. Zira, üst konumundaki Cumhurbaşkanı gerekli gördüğü her

durum ve zamanda astın yetki kullanımına müdahale etme imkanına sahiptir. Astın yaşayacağı güvensizlikle beraber aynı konuda birden fazla makam tarafından (belki de birbiriyle çelişir biçimde) işlem tesis edilme ihtimali de bulunmaktadır. Tüm bu ihtimaller, idari işleyişte belirsizlik ve güvensizlik olarak yansıma bulacaktır.

İdari işleyişteki belirsizlik ve güvensizlik, kamu hizmeti sunulanlar yönünden ise hizmetin hiç sunulmaması veya geç ya da kötü sunumu sebebiyle hizmet kusuruna sebep olacaktır. Ayrıca, yerleşik yetki devri rejiminde devreden makamın devrettiği yetkiyi kullanma hali yetki tecavüzü olarak kabul edilmektedir. Fakat 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmü ile adeta yetki tecavüzü sayılan bir durum kural olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmeti sunulanlar açısından yetkinin, geri alınmaksızın, devreden makam tarafından kullanılması durumunda tesis edilen işlem, yerleşik yetki devri rejimi açısından hukuka aykırı ve iptal edilebilir durumdadır. Bu nedenle, 1 sayılı CBK ile Cumhurbaşkanına yetkiyi terk etmeden yetki devrinden bulunma imkanı tanıyan düzenlemenin, kamu hizmeti sunulanlar üzerindeki olumsuz yansımaları da dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmesinde isabet bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanı tarafından devredilen yetkinin gerekli görülmesi halinde doğrudan kullanabilmesini mümkün kılan düzenlemenin yerleşik yetki devri rejimi ile bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir. Yetki devri kurumunu işlevsiz kılacak nitelikteki bu düzenlemenin yerleşik yetki devri ilke ve kuralları esas alınarak yeniden gözden geçirilmesi ve ivedilikle çelişkiyi giderecek düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır. Tespit etmeye çalıştığımız sorun bir yönüyle, idari işleyişin tümünde uygulama bulan idari usul ilkelerinin kanun düzeyinde somutlaştırılmasına ilişkin ihtiyacı da yansıtır niteliktedir. 1 sayılı CBK m. 1/3 hükmünün idarenin iç işleyişi ve kamu hizmeti sunulanlar yönünden doğurabileceği sorunlar ciddiyetle ele alındığında, aslında tüm idari işleyiş açısından önem arz eden ancak akim kalan idari usul kanunu hazırlıklarının yeniden canlandırılması da gündeme gelebilecektir.

## KAYNAKÇA

- AÇDOYURAN**, Burak, 'İdare Hukukunda Yetki ve İmza Devri', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 8, 2000, Konya, ss. 391-402.
- AKSOYLU ÜRGER**, Özge, 'Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri', IV. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Alanya, 2018, ss. 137-160.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ARDIÇOĞLU**, Artuk, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 19, 2017, Ankara, ss. 19-51.
- BARIN**, Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇAKIR**, Hüseyin Melih, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, ss. 35- 55.
- DERDİMAN**, Cengiz/ **UYSAL**, Yusuf, 'Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri', Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 27, Bursa, 2014, ss. 251-277.
- DURAN**, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, 1982.

- ERTANHAN**, Mesut, ‘İdare Hukukunda Yetki Devri ile İmza Yetkisi Devrinde Devreden Kişilerin Sorumluluğu’, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 129, Ankara, ss. 68-85.
- ERYILMAZ**, Bilal, *Kamu Yönetimi*, 10. Bası, Umuttepe Yayınevi, Kocaeli, 2019.
- GÖZLER**, Kemal, *İdare Hukuku*, C.1, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019.
- GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/ **TAN**, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- HASOĞLU**, Aynur, ‘Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi’, *TAAD*, Y. 9, S. 33, 2018, Ankara, ss. 123-141.
- MÜFTÜOĞLU**, Zeynep, ‘Yetki Devri kurumunun İdare Hukuku Ve Bütçe Hakkı Bakımından Karşılaştırmalı Analizi’, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C.2, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, Ankara.
- ONAR**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 1, 3. Bası, Akgün Matbaası, İstanbul, 1961.
- ONARAN**, Oğuz, ‘Yetki Göçerimi’, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 7, S. 2, 1974, Ankara, ss. 3-21.
- SARICA**, Ragıp, ‘Hizmet Kusuru ve Karakterleri’, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, İstanbul, ss. 858-859.
- TAN**, Turgut, ‘Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Da Daralıyor Mu?’, Erdal Onar’a Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013.
- TAN**, Turgut, *İdare Hukuku I*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- YASİN**, Melikşah, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri’, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, ss. 315-333.
- YILDIRIM**, Turan, ‘İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı’, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, ss 293-314.
- ULUSOY**, Ali, *Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası**, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> , (erişim tarihi 14.09.2021).
- Lexpera İçtihat Bankası**, <https://www.lexpera.com.tr/> , (erişim tarihi 14.09.2021).

## ÇAĞDAŞ HUKUK DÜŞÜNCESİNDE MADDİ-ŞEKLİ HUKUK DEVLETİ AYRIMI

### Distinction Between Substantive Theory of Rule of Law and Formal Theory of Rule of Law in Contemporary Jurisprudence

Dr. Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN\*

#### Özet

Hukuk devletine dair şekli yaklaşım hukukun öngörülebilirlik niteliğini güvence altına almak için prosedürel gereklilikler öngörür iken, maddi yaklaşım adalet ve ahlak ilkeleriyle bağdaşır olma gibi hukuk kurallarının içeriksel gerekliliğine vurgu yapar.

Charles Sampford, ince teori kapsamında biçimi vurgulayan asgari özellikteki hukuk devletini ele almıştır. Hukuk devletinin sınırlı anlayışı demokrasi ve insan hakları değerlerini barındırmayı nihai olarak amaçlamasa da söz konusu değerlerden yoksun olduğu da söylenemez. Sampford'un kalın teori kapsamında değerlendirdiği maddi hukuk devleti genişlemeye meyillidir. Maddi hukuk devleti şekli adalet anlayışını aşarak sosyal adaleti gerçekleştirmeyi hedefler.

Çağdaş hukuk felsefesi düşünürlerinden Ronald Dworkin, hukuk devleti kavramına dair kurallar kitabı kavrayışı (*rule book conception*) ve haklar kavrayışı (*rights conception*) olmak üzere ikili bir ayrım gerçekleştirir. Dar kapsamlı kurallar kitabı kavrayışında, kuralların içeriğine dair herhangi bir kriter aranmamaktadır. Temel husus kurallar kitabında yer alan kuralların mutlak biçimde izlenmesidir. Haklar kavrayışı, kurallar kitabındaki normların ahlaki hakları yansıtmaları ve uygulaması gerektiğini savunmaktadır. Dworkin'in burada maddi hukuk devletini ifade etmektedir. Hukuki pozitivizm temsilcisi Joseph Raz'a göre hukuk devletinde kanunlar geleceğe yönelik açık, anlaşılabilir ve istikrarlı olmalıdır. Raz, hukuk devletini şekli kriterler doğrultusunda tanımlama konusundaki girişimin en önemli temsilcilerindendir.

**Anahtar Kelimeler:** Maddi Hukuk Devleti, Şekli Hukuk Devleti, İnce Teori, Kalın Teori, Refah Devleti.

#### Abstract

While the formal approach to the rule of law envisages procedural requirements to ensure the predictability of the law, the substantive approach emphasizes the contextual requirements of legal rules such as being compatible with the principles of justice and morality.

Charles Sampford discusses the thin theory of the rule of law which has formal emphasis. The substantive theory of rule of law, which Sampford considers within the scope of thick theory, tends to expand. It aims to achieve social justice.

Ronald Dworkin makes a dual distinction between the conception of rule book and the conception of rights. In the narrow understanding of the rule book conception, no criteria are sought for the content of the rules. The main point is to strictly follow the rules in the rule book. The rights conception argues that the norms in the rulebook should reflect and enforce moral rights. Dworkin here refers to substantive theory of rule

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, [nergis.kulaksizoglu@gmail.com](mailto:nergis.kulaksizoglu@gmail.com), Orcid: 0000-0002-7803-0678.

of law. According to Joseph Raz, in the rule of law, law should be stable, clear and understandable for the future. Raz is one of the most important representatives of the attempt to define the state of law in accordance with formal criteria.

**Keywords:** Substantive Theory of Rule of Law, Formal Theory of Rule of Law, Thin Theory, Thick Theory, Welfare State.

## GİRİŞ

Hukuk devletine dair iki yaklaşımı ortaya koyan geleneksel bir ayrım söz konusudur. Şekli yaklaşım hukukun öngörülebilirlik niteliğini güvence altına almak için birtakım biçimsel gereklilikler içerir iken, maddi yaklaşım adalet ve ahlak ilkeleriyle bağdaşır olma gibi hukuk kurallarının içeriksel gerekliliklerine vurgu yapmaktadır. Hem şekli hem de maddi hukuk devleti yaklaşımı, barındırdığı nitelikler itibarıyla belirli derecelerle ortaya çıkmaktadır.

Güncel tartışmalar ekseninde maddi hukuk devletinin en güçlü biçimi refah devleti olarak ifade edilebilir. Refah devleti tartışmaları doğrultusunda hukuk devletinin şekli kavrayışı ile maddi kavrayışı arasında kurulan karşıtlık belirginleşmiştir. Özellikle Friedrich Von Hayek, Albert Venn Dicey gibi muhafazakar kanat düşünürlerinin maddi hukuk devletine yönelen eleştirileri dikkat çekicidir. Hukuku biçimsel özellikleri ile ele alan hukuki pozitivizm yanlısı düşünürlerin şekli hukuk devleti anlayışına daha yakın durdukları ifade edilebilir. Bu tebliğde çağdaş hukuk düşüncesi çerçevesinde söz konusu ayrıma dair tartışmalara yer verilmekte ve hukuk felsefesi teorisyenlerinin görüşleri karşılaştırmalı olarak aktarılmaktadır.

## I. ŞEKLİ HUKUK DEVLETİ VE MADDİ HUKUK DEVLETİ

Şekli hukuk devleti ve maddi hukuk devletinin açılımından bahsetmek isabetli olacaktır. Şekli hukuk devleti yaklaşımı, hukuk devletinin varlığı için hukuk kurallarının içeriğine dair ahlaki bir sorgulama gerçekleştirmemektedir. Hukuk kuralların taşınması gereken nitelikler ile yasama, yürütme ve yargı güçlerinin izlemesi gereken prosedürler şekli hukuk devletinin koşulları olarak sıralanabilir<sup>1</sup>.

Şekli hukuk devletinin Almanya'daki en önemli temsilcisi Friedrich Stahl'ın klasik tanımıyla: "Hukuk devleti, hiçbir şekilde devletin hedef ve içeriğini ifade etmez; aksine bunları gerçekleştirmenin tarz ve karakterini tanımlar. Hukuk devleti karakteriyle, yasal düzenin içeriği değil, dokunulmazlığı/mutlaklığı belirlenmiş olur."<sup>2</sup>

Şekli hukuk devletinin asgari özelliği, devletin önceden ilan edilen kurallardan ibaret bir hukuk sistemi ile bağlı olmasıdır. Güçlü bir şekli hukuk devleti kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bağımsızlığı, yönetimin yasalara bağlılığı, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması gibi belli başlı kurumlara ihtiyaç duymaktadır<sup>3</sup>. Hukuk kuralları genellik, açıklık, belirlilik, geriye yürümezlik gibi nitelikler barındırmalıdır. Şekli hukuk devleti bakımından hukuk kurallarının adil olup olmaması, hukuk tarafından insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınıp alınmaması gibi içeriksel kaygılar asli değildir. Şekli hukuk devleti içeriğinden bağımsız biçimde, kendi koyduğu yasalara riayet eden devlet olarak belirlemektedir. Meşruiyet sorunsalı ise meşruiyetin yasallık ilkesine indirgenmesiyle çözüme kavuşturulmaktadır<sup>4</sup>. Şekli hukuk devleti, yetkililerin sahip oldukları yetkiyi

<sup>1</sup> Sururi Aktaş, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış', Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2020/1, Yıl: 2020, Ankara, s. 9.

<sup>2</sup> Mithat Sancar, Devlet Aklı Kışkacında Hukuk Devleti, 5. Basım, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 86-87.

<sup>3</sup> Sururi Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 139.

<sup>4</sup> Sancar, s. 86.



kullanma biçiminin yanı sıra hukukun niteliğine atıfta bulunmaktadır. Hukuk sisteminin yurttaşlar için adil sonuçlar üretmesini sağlayacak güvencelere sahiptir.

Maddi anlamda hukuk devleti, hukukun ahlaki olarak belli bir içeriğe sahip olması ve birtakım değerleri bünyesinde barındırması aracılığıyla şekli hukuk devletinden ayrılmaktadır. Bu doğrultuda tüm hukuk kuralları ve yorumları temel adalet ilkelerine tabi olmalı; bireysel hak ve özgürlükler, sosyo-ekonomik haklar, grup hakları tanınmalı ve güvence altına alınmalıdır<sup>5</sup>. Maddi hukuk devleti, hiçbir insanın reddedemeyeceği evrensel temel haklar ve adalet ilkelerinin savunuculuğunu üstlenen doğal hukuk doktrininde temellenmektedir. Şekli hukuk devletinde özerk biçimde konumlanan hukuk, maddi hukuk devletinde siyasal alana taşmıştır<sup>6</sup>. Hukuk devletinin maddi kavrayışı, şekli kavrayışın kriterlerini içermenin yanı sıra hukuk kurallarına içeriksel bir kısıtlama getirir<sup>7</sup>.

## II. ŞEKLİ HUKUK DEVLETİ VE MADDİ HUKUK DEVLETİ KAVRAMLARINA GÜNCEL KATKILAR

Hukuk devleti kavramına güncel katkılar sağlayan Brian Z. Tamanaha'ya göre şekli hukuk devleti zayıftan güçlüye doğru üç biçimde ortaya çıkar: İlk olarak hukuk aracılığıyla ya da hukukla birlikte yönetme (*rule by law*) en dar biçimdir<sup>8</sup>. Hukuk, yönetme faaliyetlerinin yürütülmesi için tek araç olarak belirlemektedir. Bu biçimin aşırı bir versiyonu egemenin tüm ifadelerinin hukuk olarak adlandırılmasıdır. Her modern devlet, dar anlamda hukuk aracılığıyla yönetme niteliğini barındırmaktadır. Hans Kelsen'in ifadesiyle hukukla yönetilmeyen ve hukuk düzeninden yoksun bir devlet tasavvur edilmeyeceğinden, her devletin aslında bir hukuk devleti olduğu ifade edilebilir.<sup>9</sup>

İkinci olarak, hukukun kurallardan oluşması ayırt edici form olup biçimsel ya da şekli yasallık (*formal legality*) olarak adlandırılır<sup>10</sup>. Hukuk kuralları genel davranış rehberi işlevine sahip olduğundan genellik, kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik gibi özellikler içermesi doğası ile ilintilidir. Kesin ve açık olmayan kurallar, hukukun davranışları yönlendirme konusundaki etkinliğini bu anlamda zayıflatacaktır. Genel olma özelliği ise kuralın herhangi bir emirden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Geriye dönük kurallar öngörülemez ve takip edilemez nitelikte olduğundan biçimsel yasallık ilkesi ile uyumlu değildir. Biçimsel yasallık, hukuk kurallarının içeriği konusunda bir sınırlama öngörmemektedir. Özetle biçimsel yasallığa göre kurallar doğası gereği biçimseldir. Dolayısıyla hukuk da hukuk devleti de doğası gereği biçimsel olmalıdır.

Üçüncü ise demokrasi ve yasallık ilkelerinin birlikteliğinden meydana gelen şekli hukuk devletinin en güçlü formudur<sup>11</sup>. Diğer formlardan farklı biçimde hukuk kurallarının demokratik biçimde oluşturulması söz konusudur. Biçimsellik yasallık gibi demokrasi de hukukun içeriği ile ilgili bir şey söylememektedir. Yalnızca hukukun içeriğinin nasıl saptanacağını belirleyen demokratik bir karar prosedürüdür. Yargıçlar, kamu görevlileri ve yurttaşlar, halkın temsilcileri aracılığıyla yürürlüğe koydukları kanunları izlemeli ve uygulamalıdır. Biçimsel yasallık olmadan demokrasi zarar görebilir, demokrasi olmadan da biçimsel yasallık meşruiyet zeminini yitirir. Biçimsel yasallık kötü yasalar meydana getirebileceği gibi yasaların içeriğini belirlemek için başvuru demokratik

<sup>5</sup> Adriaan Bedner, "The Promise of a Thick View", Christopher May/Adam Winchester (ed.), Handbook on the Rule of Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 38.

<sup>6</sup> Mehmet Tevfik Özcan, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 217.

<sup>7</sup> Jeffrey Brand, Philosophy of Law: Introducing Jurisprudence, Bloomsbury, London, UK, 2013, s. 23.

<sup>8</sup> Brian Z. Tamanaha, On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2005, s. 92.

<sup>9</sup> Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016, s. 132.

<sup>10</sup> Tamanaha, s. 97.

<sup>11</sup> Tamanaha, s. 99.

prosedürler de kötü yasalara yol açabilir<sup>12</sup>. Demokratik mekanizmalar demokrasi geleneği olmayan toplumlarda uygulandığında, demokrasi örgütlü bir hizbin ya da alt grubun iktidarı ele geçirmesi bakımından bir araçsallaşabilir. Demokratik yasama organının dilediği zaman kanun değişikliği yapma gücüne sahip olması, hukuki kesinlik bakımından sakıncalıdır. Demokrasi ve yasallık biçimsel mekanizmalar olduklarından yürürlüğe giren kanunların etki ve içerik bakımından ahlakiliğini güvence altına alamazlar.

Tamanaha, tıpkı şekli hukuk devletinde olduğu üzere maddi hukuk devletini de zayıftan güçlüye doğru üçlü derecelendirme ile ortaya koyar. Birincisi, maddi hukuk devletinin en zayıf şeklini oluşturan bireysel haklara dayalı hukuk devletidir<sup>13</sup>. İkincisi, insan onuru ve adalet hakkı olarak adlandırılır<sup>14</sup>. Maddi hukuk devleti söz konusu katkıyla birlikte içerik olarak genişlemiş ve güçlenmiştir. Son olarak maddi hukuk devletinin en güçlü formunu oluşturan sosyal refaha dayalı yapı<sup>15</sup> ya da refah devleti gelmektedir. Maddi eşitliğin gerçek kılınması ve toplumun korunmasına dayanan sosyal refah anlayışı, hukuk devletinin içeriğini oluşturur. Devlet, toplumu oluşturan dezavantajlı kesimleri koruma adına etkinlik alanını genişletmiştir.

Maddi hukuk devleti savunucularının bir kısmı, sosyal adalet idealini, hukuk devletinin ayrılmaz parçası olarak görmektedirler<sup>16</sup>. Bu doğrultuda hukuk devleti, sosyal haklarla güçlendirilmiş bir hukuk düzeninde mükemmele ulaşır. Maddi hukuk devleti, klasik ve sosyal hakların birlikteliğine dayanan zengin bir içerik olarak kavramsallaşmıştır. Böylece maddi hukuk devleti sosyal refahı, serbest piyasa ekonomisini, temel insan haklarını ve demokratik yönetimin kurumsallaşmasını güvence altına alan kurallardan oluşan geniş bir içeriğe sahip olmuştur<sup>17</sup>. Söz konusu anlayış çerçevesinde meşruiyet salt yasallık ilkesine indirgenmemiş, amaç ve değer unsurları da ön plana çıkarılmıştır<sup>18</sup>. Yasallık, meşruiyet için zorunlu olsa da tek başına yeterli olmamaktadır.

Charles Sampford, ince teori kapsamında asgari özellikteki hukuk devletini ele almıştır. Hukuk devletinin sınırlı anlayışı demokrasi ve insan hakları değerlerini barındırmayı nihai olarak amaçlamasa da söz konusu değerlerden yoksun olduğu da söylenemeyecektir. Hukuk devletinin biçimi vurgulayan görünümü yani şekli hukuk devleti, ince teori olarak adlandırılmıştır. Hukuk devletine dair farklı yaklaşımlar olsa da üzerinde mutabık kalınan işlevleri yurttaşları, diğer yurttaşlar ve devlet karşısında korumak olarak ifade edilebilir<sup>19</sup>. Birinci işlev hukuk devleti kavramının Batı dünyasındaki gelişiminde merkezi bir öneme sahip iken ikinci işlev toplumsal düzeni organize etmeye yöneliktir. İki işlev arasındaki gerilim kaçınılmazdır. Yurttaşları devlet karşısında korumak devlet gücünün sınırlandırılmasını gerektirir iken yurttaşlar birbirleri karşısında güçlü bir devlet mekanizmasına ihtiyaç duyarlar. Nick Cheesman, bu sebeple ikinci işlevin ayrı olarak ele alınması gerektiğini, hukuk devleti ile “hukuk ve düzen”in bir araya getirilmemesi gerektiğini savunmaktadır<sup>20</sup>. Diğer bir ifadeyle şekli hukuk devleti ya da hukuk devletinin ince teorisi yanlısı olduğu söylenebilir.

Sampford’un kalın teori kapsamında değerlendirdiği maddi hukuk devleti genişlemeye meyillidir<sup>21</sup>. Maddi hukuk devleti şekli adalet anlayışını aşarak sosyal adaleti gerçekleştirmeyi

<sup>12</sup> Tamanaha, s. 100.

<sup>13</sup> Tamanaha, s. 91.

<sup>14</sup> Tamanaha, s. 91.

<sup>15</sup> Tamanaha, s. 91.

<sup>16</sup> Aktaş, ‘Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış’, s. 23.

<sup>17</sup> Robert S. Summers, ‘A Formal Theory of the Rule of Law’, Ratio Juris, Sayı: 6, Yıl: 2.7.1993, s. 135.

<sup>18</sup> Sancar, s. 87.

<sup>19</sup> Bedner, s. 35.

<sup>20</sup> Nick Cheesman, ‘Law and order asymmetrical opposite to the rule of law’, Hague Journal on the Rule of Law, Cilt: 6, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 36.

<sup>21</sup> Charles Sampford, “Reconceiving the Rule of Law for a Globalizing World”, Spencer Zifcak (ed.), Globalisation and the Rule of Law, Routledge, New York, 2005, s. 16.

hedefler. Toplumsal fayda doğrultusunda liberal devlete aykırı düzenlemeler yapabilir ve ekonomik hayata müdahalede bulunabilir. Maddi hukuk devleti yaklaşımını tercih edenlerin hukuk devletinin neyi içermesi gerektiği hususunda önemli ölçüde fikir birliği vardır: Şekli bileşenlerin yanı sıra kurumsal bağımsız bir yargı, genel adalet ilkeleri, bireysel hak ve özgürlükler aslidir<sup>22</sup>. Demokrasi, sosyo-ekonomik haklar, grup hakları gibi içerikler ise daha az yaygındır. Netice olarak maddi hukuk devleti, dikkate değer biçimde 19. yüzyılın liberal hukuk teorisyenleri tarafından arz edilen biçimine benzemektedir.

### **III. LIBERAL DÜŞÜNÜRLER VE HUKUK DEVLETİ TARTIŞMALARI**

Refah devleti tartışmaları doğrultusunda hukuk devletinin şekli kavrayışının karşısına maddi hukuk devleti yerleşmiştir. Maddi hukuk devletine muhafazakâr kanattan gelen eleştiriler doğrultusunda Friedrich Von Hayek'e göre maddi adaleti gerçekleştirmeye ağırlık verip ekonomik yaşamda takdir hakkını genişleten devlet, hukuk devletine zarar vermektedir. Tarafsız bir hukuk devletinde hükümet, insanlar üzerinde belirli etkiler meydana getirmek üzere hareket etmemelidir<sup>23</sup>. Devletin planıcı ve müdahaleci rolü arttıkça hukuki ilkelerin yerini bir uygulamanın adil ya da makul olup olmadığını niteleyen formüller almaktadır<sup>24</sup>. Bu durum da hukuka bağlı devlet anlayışının giderek zayıflamasına sebep olmaktadır. Hayek hukuk devleti ile sosyal devlet arasındaki uyumsuzluğa da dikkatleri çekmiştir. İnsanlar arasındaki maddi eşitliği sağlama amacıyla servetin yeniden dağıtılmasını amaçlamak hukuk devletine zarar vermektedir<sup>25</sup>. Devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesi, hukuk devleti için vazgeçilmez olan öngörülebilirlik niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Pozitivist teorilere mesafeli olan Hayek'in ilk bakışta şekli hukuk devleti kavrayışına yakın durduğu düşünülebilir. Hayek, hukuk devleti ideali bağlamında yasaları içeriksel sorgulamaya tabi tutmayı tercih etmemekte, ancak yasaların bireyin özel nitelikteki alanına müdahalede bulunmamasını şart koşmaktadır. Bu da içeriğe dönük bir sınırlama olarak okunabilir. Düşünürün şekilci hukuk devletinin kalıplarına sığmayacak bir hukuk teorisi geliştirdiği ifade edilebilir.

Muhafazakar kanat eleştirilerine örnek verilebilecek isim Albert Venn Dicey, İngiltere örneğinden yola çıkarak refah devleti eğilimi etkisiyle parlamento tarafından sosyal adaleti gerçekleştirmeye yönelik çıkarılan yasaların hukuk devleti anlayışına zarar verdiğini ifade etmiştir. Dicey'nin hukuk devleti anlayışının bazı bakımlardan şekli ağırlıkta olduğu söylenebilir. Bunlar; yönetimin keyfi davranmasını ve takdir yetkisine geniş biçimde başvurmasını engelleme adına hukukun mutlak üstünlüğü ve herkesin ayırım yapılmaksızın hukuk önünde eşit olması ilkeleridir<sup>26</sup>. Hayek ve Dicey düşüncesinde hukuk devleti ideali bireysel ve siyasal hakları güvence altına almakla yakından bağlantılı olup, salt şekli yaklaşımın benimsendiği söylenemeyecektir<sup>27</sup>.

Liberal cepheden bireyci ve minimal devlet yanlısı düşünür Robert Nozick de, sosyal adaleti sağlamaya yönelik müdahalelerin hukuk devleti ile çelişki içinde olduğunu savunmuştur<sup>28</sup>. Çünkü sosyal adalet, zor (hukuk) yoluyla sosyal dayanışmayı dayatmaktadır. Böylelikle maddi hukuk devletinin en güçlü biçimini ifade eden refah devletine muhalefet eden ve liberal bakış açısını paylaşan düşünürlerin gerekçeleri incelenmiştir.

<sup>22</sup> Bedner, s. 47.

<sup>23</sup> Friedrich August Von Hayek, *Kölelik Yolu*, (çev. Turhan Feyzioğlu ve Yıldırım Arsan), 6. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, s. 113.

<sup>24</sup> Hayek, s. 115.

<sup>25</sup> Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, s. 146.

<sup>26</sup> Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*, 8. Basım, Liberty Fund, (reprint published by Macmillan in 1915), USA, 1915, s. 110, 114-115.

<sup>27</sup> Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 7. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.313.

<sup>28</sup> Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, (çev. Alişan Oktay), 1. Basım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 223.

#### **IV. HUKUKİ POZİTİVİZM VE DOĞAL HUKUK OKULUNUN YAKLAŞIMLARI**

Hukuki pozitivizm yanlıları hukuku biçimsel özellikleri ile ele aldıklarından şekli hukuk devleti anlayışına daha yakın durdukları söylenebilir. Josep Raz, hukuk devletini içeriğinden bağımsız biçimde şekli kriterler doğrultusunda tanımlama konusundaki entelektüel girişimin en önemli temsilcilerindendir. Bir pozitivist olan Raz'a göre hukuk devletinin iki boyutu söz konusudur: İnsanların hukukla yönetilmesi ve hukukun insanların davranışlarını yönlendirebilecek nitelikte olması<sup>29</sup>. Raz'a göre ikinci boyut gereği bütün kanunlar geleceğe yönelik açık ve anlaşılabilir, istikrarlı olmalı; idari düzenlemeler, şeffaf, açık, istikrarlı ve genel kurallara uygun olmalıdır. Söz konusu ilkeler dışlayıcı bir pozitivist olan Raz'ın şekli hukuk devleti yanlısı anlayışını ifade etmektedir. Raz'ın iyi bilinen çıkarımına göre hukuk devleti demokrasi, adalet, hukuk önünde eşitlik, insan hakları, insan onuruna saygı gibi kavramlarla karıştırılmamalıdır<sup>30</sup>.

Lon L. Fuller, hukuki pozitivizm yanlısı değil doğal hukukçu bir teorisyen olmasına rağmen şekli diğer bir ifadeyle prosedüral hukuk devleti anlayışı çerçevesinde hukuk kurallarının belli başlı niteliklere sahip olması gerektiğini savunmuştur. Hukukun içsel ahlakı olarak olarak adlandırdığı şekli/biçimsel yasallık ilkeleri şöyle sıralanmaktadır: Genellik, ilan edilmiş olma (yayımlanma), geriye yürümezlik, açıklık (belirlilik), çelişmezlik, imkansız istememe, süreklilik (istikrar) ve resmi eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi<sup>31</sup>. Fuller, söz konusu ilkelerin gerçekleştirilmesi konusunda başarısızlık yaşanırsa ortada bir hukuk sisteminin var olmayacağını ifade eder<sup>32</sup>. Fuller bir hukuk devleti ideali oluşturma yerine hukukun içsel ahlakı olarak adlandırdığı ilkeleri hukuk kavramıyla zorunlu olarak ilişkilendirmiştir. Dışlayıcı pozitivist Raz, Fuller'in, ahlak ile hukuk arasında zorunlu bir ilişki kurmasını eleştirmektedir. Raz açısından söz konusu ilkelerin yerine getirilmemesi, hukuk devletinin var olmadığı anlamına gelse bile, ilgili hukuk kuralının geçersizliği sonucunu yaratmaz. Bu da doğal hukukçu Fuller ile pozitivist Raz arasında hukuk devletine dair yaklaşım farklılığını ortaya koymaktadır.

Fuller'in biçimsel yasallık ilkeleri arasında kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim gibi unsurlar olmadığı için şekli hukuk devleti ideali bakımından eksiklik arz ettiği düşünülebilir. Ancak teorinin hukuk devleti bakımından asıl eksikliği, hukuk kurallarının içeriği konusunda ahlaki denetimden yoksun olmasıdır<sup>33</sup>. Fuller'in içsel ahlakı, maddi anlamda hukuk devletinin gereklerini doğrudan yerine getirmemektedir. Yine de şekli/biçimsel yasallık ilkelerine riayet edilmesi halinde, hukuk kurallarının içeriğine dönük haksızlık ve adaletsizlik ihtimalinin azalması muhtemeldir. Söz konusu ilkeler hukukun içeriğini doğrudan olmasa da dolaylı biçimde denetleyebilecektir. Fuller'in pozitivistlerle arasındaki fark, hukuk devletinin ahlaki olarak adlandırdığı nitelikleri ile hukuk kavramı arasında zorunlu ilişki kurarak ayrılabilirlik tezini reddetmesidir. Ayrılabilirlik tezi kapsamında pozitivistler, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmadığını kabul etmektedirler<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Joseph Raz, "Hukuk Devleti ve Erdemi", (çev. Bilal Canatan), Ali Rıza Çoban/ Bilal Canatan/ Adnan Küçük (ed.) Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 152.

<sup>30</sup> Jorgen Moller, "The Advantages of a Thin View", Christopher May/ Adam Winchester (ed.), Handbook on the Rule of Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 28.

<sup>31</sup> Sururi Aktaş, Prosedüral Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 72.

<sup>32</sup> L.L. Fuller, Hukukun Ahlakı, (çev. Engin Arıkan), 2. Basım, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 54.

<sup>33</sup> Aktaş, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış', s. 14.

<sup>34</sup> Raymond Wacks, Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş, (çev. Fatma Süzgün, Şahin Ünver ve Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2016, s. 69.

Çağdaş hukuk felsefesi düşünürlerinden Ronald Dworkin'in hukuk ve etik birlikteliğine dayanan yapısal hukuk teorisinde adalet, hukuk ile ilgili konularda belirleyici etmendir<sup>35</sup>. Düşününün hukuki pozitivizm ve doğal hukuk okuluna getirdiği eleştirilerle üçüncü bir eğilimi temsil ettiği ifade edilebilir.

Dworkin, hukuk devleti kavramına dair kurallar kitabı kavrayışı (*rule book conception*) ve haklar kavrayışı (*rights conception*) olmak üzere ikili bir ayrım gerçekleştirmiştir. Kurallar kitabı kavrayışına göre herkese açık bir kurallar kitabı içerisinde düzenlenmiş kurallarla uyumlu olma dışında, devlet gücü bireyler aleyhine kullanılamaz. Dar kapsamlı kurallar kitabı kavrayışında, kuralların içeriğine dair herhangi bir kriter aranmamaktadır. Temel husus kurallar kitabında yer alan kurallara mutlak biçimde riayet edilmesidir.<sup>36</sup> Söz konusu hukuk devleti anlayışı literatürde kanun devleti ya da pozitivist hukuk devleti olarak da adlandırılmakta olup yönetimin mevcut kanunlara bağlılık içinde yürütülmesidir<sup>37</sup>.

Haklar olarak nitelendirilen hukuk devleti kavrayışına göre bireylerin birbirlerine yönelik ahlaki hak ve ödevleri ile bir bütün olarak devlete karşı politik hakları mevcuttur. Haklar kavrayışı, kurallar kitabındaki normların ahlaki hakları yansıtmaları ve uygulaması gerektiğini savunmaktadır. Dworkin, söz konusu hakların pozitif hukuk tarafından verilmediği, bunun yerine pozitif hukukun arka planını ve ayrılmaz yönünü oluşturduğu konusunda ısrarcıdır<sup>38</sup>. Haklar kavrayışı çerçevesinde hukuk devleti, bireysel hakları temel alan bir ideal olarak konumlanmıştır. Dworkin söz konusu yaklaşımıyla maddi hukuk devletini ifade etmektedir.

Tek boyutlu kurallar kitabı kavrayışı siyasi topluluk için yetersiz görülebilir. Yüksek derecede itaate dayanan söz konusu yaklaşıma göre adil toplum, en önemli gereklilik olarak dikkat çekmektedir<sup>39</sup>. Kendi kurallar kitabına aykırı davranan bir hükümet adil olamaz. Kurallar kitabıyla tam uyum sağlamak adaletin temini için yeterli değildir. Kurallar adil değilse kurallara tam itaat, tam bir adaletsizlik yaratabilir.

Haklar kavrayışının gerçek kılınmasında başarı sağlayan bir toplum, kötü yönetilse dahi kesin biçimde adil olma niteliğine sahip olacaktır<sup>40</sup>. Buna rağmen adil bir toplumda bireylerin haklarını koruma işlevi açısından haklar kavrayışı bir gereklilik değildir. Kurallar kitabı anlayışında bireyler, haklarına ilişkin hüküm verilmesi ve icra edilmesi için talepte bulunarak korumayı gerçekleştirir. Haklar kavrayışında adil bir hükümet, inisiyatif alarak bireylerin haklarını güvence altına alacaktır. Gerçekten de haklar kitabı kavrayışı kanunlara sıkı sıkıya bağlı olma fikrinden uzak, bireysel kaygıları (bireysel mülkiyet ve bireysel unvan) önceleyen bir yaklaşımdır.

## SONUÇ

Çağdaş hukuk düşüncesinde şekli ya da maddi hukuk devletinden yana tavır alan düşünürlerin görüşlerine yer verilmeye çalışılmıştır. Hukuk devleti kavramını oluşturan değer ve usullere ilişkin bir fikir birliğinin mevcut olmadığı ayrıca tespit edilebilir.

<sup>35</sup> Gülriiz Özkök, 'Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar', HFSA, 5. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 98.

<sup>36</sup> Ronald Dworkin, 'Political Judges and the Rule of Law', *Proceedings of the British Academy*, Sayı: 64, Yıl: 1980, s. 262.

<sup>37</sup> Yıldırım Torun, 'Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu', 1. Basım, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 55.

<sup>38</sup> Tamanaha, s. 102.

<sup>39</sup> Dworkin, s. 263.

<sup>40</sup> Dworkin, s. 263.

Robert S. Summers, *A Formal Theory of the Rule of Law* adlı makalesinde hukuk devletinin biçimsel anlayışının tercih edilir olduğunu ifade etmekte, söz konusu durumu şöyle gerekçelendirmektedir<sup>41</sup>: Şekli hukuk devleti yaklaşımı, politik olarak tarafsızdır. Dolayısıyla maddi hukuk devleti ile karşılaştırıldığında şekli hukuk devletinin sağ, sol ya da merkez nitelikli siyasi görüşlerden daha fazla destek elde etmesi mümkündür.

Güçlü bir hukuk devleti teorisinin inşası, şekli ve maddi hukuk devleti gerekliliklerine dayanan ortak bir formül aracılığıyla mümkündür. Söz konusu ortak formülde çekirdek hakların güvence altına alınması büyük önem taşır. Hukuk devleti, normlar hiyerarşisinin ötesine geçerek hukuk tarafından açıkça tanınan ve uygun güvence mekanizmalarına sahip olan ilkeler ve değerler bütününe bağlılık olarak anlaşılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKTAŞ**, Sururi, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.
- AKTAŞ**, Sururi, 'Hukuk Devleti İdeali Felsefi Bir Bakış', Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2021/1, ss. 1-32.
- AKTAŞ**, Sururi, Prosedüral Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- BEDNER**, Adriaan, "The Promise of a Thick View", Christopher May/ Adam Winchester (ed.), Handbook on the Rule of Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, ss. 37-47.
- BRAND**, Jeffrey, Philosophy of Law: Introducing Jurisprudence, Bloomsbury, London, UK, 2013.
- CHEESMAN**, Nick, 'Law and order asymmetrical opposite to the rule of law', Hague Journal on the Rule of Law, Cilt: 6, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 96-114.
- DICEY**, Albert Venn, Introduction to the Study of The Law of the Constitution, 8. Basım, Liberty Fund, (reprint published by Macmillan in 1915), USA, 1915.
- DWORKIN**, Ronald, 'Political Judges and the Rule of Law', Proceedings of the British Academy, Sayı: 64, Yıl: 1980, ss. 259-287.
- FULLER**, L.L., Hukukun Ahlakı, (çev. Engin Arıkan), 2. Basım, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2019.
- HAYEK**, Friedrich August Von, Kölelik Yolu, (çev. Turhan Feyzioğlu ve Yıldırım Arsan), 6. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2015.
- KELSEN**, Hans, Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016.
- MOLLER**, Jorgen, "The Advantages of a Thin View", Christopher May/ Adam Winchester (ed.), Handbook on the Rule of Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, ss. 21-33.
- NOZICK**, Robert, Anarşi, Devlet ve Ütopya, (çev. Alişan Oktay), 1. Basım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2000.
- ÖZCAN**, Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.
- ÖZKÖK**, Gülriz, 'Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar', HFSA, 5. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, ss.98-106.
- RAZ**, Joseph, "Hukuk Devleti ve Erdemi", (çev. Bilal Canatan), Ali Rıza Çoban/ Bilal Canatan/Adnan Küçük (ed.) Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara, 2008, ss. 149-166.

<sup>41</sup> Summers, s. 136.

- SAMPFORD**, Charles, “Reconceiving the Rule of Law for a Globalizing World”, Spencer Zifcak (ed.), Globalisation and the Rule of Law, Routledge, New York, 2005.
- SANCAR**, Mithat, Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, 5. Basım, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2010.
- SUMMERS**, Robert S., ‘A Formal Theory of the Rule of Law’, Ratio Juris, Sayı: 6, Yıl: 2.7.1993, ss. 127-142.
- TAMANAHA**, Brian Z., On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2005.
- TORUN**, Yıldırım, Ronald Dworkin’in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu, 1. Basım, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2008.
- UYGUN**, Oktay, Devlet Teorisi, 7. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- WACKS**, Raymond, Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş, (çev. Fatma Süzgün, Şahin Ünver ve Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2016.

## İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN ÜLKE DIŞI UYGULAMASI

### Extraterritorial Application of European Convention on Human Rights

Doç. Dr. Yıldırım SAK\*

#### Özet

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) göre, bir Taraf Devletin temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin sorumluluğu, mağdurun Taraf Devletin yetkisi içinde olmasına bağlıdır. Başvuru, Taraf Devletin ülkesinin dışında gerçekleşen olaylara ilişkinse, yetki sorumluluğun ön koşulu haline gelmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), bir yandan ihlal iddiasına neden olan olayların Taraf Devletin yetkisinde olup olmadığına karar verecektir, diğer yandan da, eğer öyleyse, Taraf Devletin sorumluluğu olup olmadığını tespit edecektir. Sorumluluk meselesi, 'insan hakları yükümlülüklerinin' özel niteliği gereği, normal şartlarda sorun olmamakla birlikte, ülke dışılık mevzubahis olduğunda dikkatlice ele alınmalıdır. Tebliğimizin hitap ettiği mesele de esas itibarıyla Taraf Devletlerin ülke dışında gerçekleşen eylemlerinde İHAS'ın uygulanmasıyla ilgili İHAM kararlarındaki ülkesel ve ülke dışı yetkidir; gereken yerde sınırlı olarak sorumluluk meselesine de değinilecektir.

Taraf Devletin, kendi ülkesi dışında gerçekleşen ve sorumluluğu ileri sürülen eylemler (olaylar, fiiller, kişiler) üzerindeki yetkisi, ana kural olan yetkinin ülkeselliği ile birlikte bazı istisnalara tabi tutulmuştur. Çalışmada ilk olarak, İHAM tarafından ülke dışındaki eylemleri gerçekleştirenler ve onların temas ettiği kişi ve şeyler üzerinden verilen kararlar değerlendirilmiştir. İkinci olarak ise, İHAM'ın coğrafya ya da alanı esas alan yaklaşımı ele alınmıştır. İHAM'ın İHAS'ın ülke dışı uygulaması ile ilgili farklı kararlarda farklı argüman ve yaklaşımlar kullandığı gözlemlenmektedir ve bu durum hukuki öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ile bağdaşmadığı gibi, içtihadın farklılaşmasının negatif etkilerini de barındırmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İHAS, Yetki, Ülkesellik, Ülke-dışılık, Askeri Operasyonlar.

#### Abstract

According to the European Convention on Human Rights (ECHR), obligation of a State Party for violating human rights and fundamental freedoms depends on whether the victim is under the jurisdiction of the State. If an application's subject matter mentions events that happened outside the territory of a State Party, the issue of jurisdiction becomes a condition for responsibility. The European Court of Human Rights (ECtHR) is to both decide on whether actions allegedly cause a violation is under a State Party's jurisdiction and if affirmative, whether that State Party has responsibility. Although responsibility is not an issue under normal circumstances, in the event of extraterritoriality, it must be held rigorously, because of the nature of 'human rights obligations'. The main concern of our article is the territorial and extraterritorial jurisdiction in the case law of ECtHR regarding the application of ECHR to extraterritorial actions of State Parties. The matter of responsibility will be addressed in a narrow sense when considered necessary.

Jurisdiction of State Parties regarding actions which take place outside its territory and claimed to be under its responsibility (incidents, activities and persons), along with the general principle of territorial jurisdiction, has been subjected to certain exceptions. At first in this study, judgments regarding State officials who

\* T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, [yildiraysak@maltepe.edu.tr](mailto:yildiraysak@maltepe.edu.tr), Orcid: 0000-0001-7570-617X.



executed extraterritorial actions, and individuals and objects that are affected by these actions have been discussed. Secondly, the approach of the ECtHR on geographical and regional basis have been discussed. It is observed that the ECtHR has used different arguments and approaches in different judgments regarding the extraterritorial application of ECHR. This situation holds the negative effects of fragmentation of case-law, as it also conflicts with legal expectation and legal certainty.

**Keywords:** ECHR, Jurisdiction, Territoriality, Extraterritoriality, Military Operations.

## GİRİŞ

İHAM'ın kararlarında, İHAS'ın ülke dışı uygulamasında Sözleşmenin ihlal edildiği iddialarına ilişkin şikayetlere konu olaylar ya da fiillerin, Taraf Devletin yetkisi içinde olup olmadığı meselesi yeni bir mesele değildir; bununla birlikte son zamanlarda yeniden gündeme gelmeye başlamıştır. Taraf Devletin, kendi ülkesi dışında gerçekleşen ve sorumluluğu ileri sürülen eylemler (olaylar, fiiller, kişiler) üzerindeki *yetkisi*, ana kural olan yetkinin ülkeselliği ile birlikte bazı istisnalara tabi tutulmuştur. Bunlar, neticesi ülke dışında oluşan, iade, sınır dışı edilme, geri gönderme işlemleri çerçevesindeki istisnalar, Taraf Devletin ülkesi dışındaki eylemlerden dolayı, diğer bir Taraf Devletin mahkemeleri önünde dava edilememesi istisnası ve Taraf Devletin yetkisinin ülke -fiziksel anlamda- dışına taşınması istisnasıdır. Sonuncu istisnaya konu davaların İHAM yargılamasındaki seyri, çalışmanın esasını oluşturmaktadır ve iki ayrı başlık altında ele alınmıştır.

Bu çalışmada ilk önce, genel olarak andlaşmaların ülke dışı uygulamasına kısaca değinilecektir. Daha sonra İHAS'ın 1. maddesinde düzenlenen yetki ve devletin İHAS ile üstlendiği yükümlülükler üzerinde durulacaktır. Buradan hareketle, ülke dışılık kavramı, türleri ve ülke dışında gerçekleşen fiillerin Taraf Devletin yetkisi içinde olup olmadığına, İHAM içtihadı içinde öne çıkan bazı davalar üzerinden hitap edilecektir. İlk olarak, ülke dışındaki eylemleri gerçekleştirenler ve onların temas ettiği kişi ve şeyler üzerinden verilen kararlar değerlendirilmiştir. İkinci olarak ise, İHAM'ın coğrafya ya da alanı esas alan yaklaşımı ele alınmıştır. Takip eden bölümlerde, ülke dışılık konusunda dikkat çeken bazı davalar ve yeni tarihli kararlar ele alınacak ve nihayet son bölümde de bir değerlendirmeye yer verilecektir.

## I. GENEL OLARAK ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN ÜLKE DIŞINDA UYGULANMASI – ÜLKE DIŞILIK (EXTRATERRITORIALITY)

Uluslararası andlaşmaların uygulanmasına yardımcı olmak amacıyla, uluslararası hukukta her türlü andlaşmaya uygulanabilecek bazı ilkeler düzenlenmiştir. Bazıları genel hukuk ilkeleri arasında yer almış, bazıları da örf ve adet hukuku mertebesine erişmiş, bir yandan da, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin çeşitli maddeleri içinde yer alan bu uygulama ilkelerinin amacı, devletler arasında akdedilen spesifik bir sözleşmenin her durumu öngöremeyeceğinden hareketle, hakimlere ve diğer uygulamacılara yardımcı olmaktır.<sup>1</sup> Bunlardan biri olan andlaşmaların ancak taraf devletlerin ülkesinde uygulanabileceği ilkesi<sup>2</sup>, çoğu andlaşmada uygulanmasında herhangi bir zorlukla karşılaşılmayan bir ilkedir; zira andlaşmaların konusundan ya da devletlerin ilgili andlaşmanın nerede uygulanacağına ilişkin iradelerinin tespitinin son derece kolay olmasından, çoğu kez andlaşmanın uygulanma yeri sorunu doğmaz. Örneğin Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulanma alanı sorunu olmaz; zira sözleşmenin en önemli ve sözleşme tarafları bakımından son derece tartışmasız unsuru uygulanma yeridir. Ya da diğer bir örnek olarak, Kurtuluş Savaşı sırasında Fransa ile akdedilen, Türkiye – Suriye sınırı ile beraber, Süleyman Şah Türbesi'nin

<sup>1</sup> Ayşe Nur Tütüncü/ Enver Arıkoğlu/ Verda Neslihan Akün/ Elif Başkaracaoğlu, Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 52.

<sup>2</sup> Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk –I-, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021, s. 159.

bulunduğu yerin özel statüsü ve İskenderun'un yönetimi gibi meseleleri de düzenleyen 21 Ekim 1921 tarihli Ankara Antlaşması da<sup>3</sup>, aynı şekilde uygulanma yeri açısından bir özelliği havi değildir.

Öte yandan özellikle insan hakları korumasını konu alan andlaşma, sözleşme ya da konvansiyonlardan bazılarının, Taraf Devletlerin ülkesinde uygulanmasının ötesinde, ülke dışında da uygulanması meselesi gündeme gelmiştir. Hangi insan hakları sözleşmeleri için bu meselenin ortaya çıktığının tespiti ve ülke dışı uygulamanın açığa çıkartılması, ilgili sözleşmenin hükümleri ve bu hükümlerin yorumlanması ile mümkün olmaktadır.

Uluslararası seviyede insan hakları ve özgürlükleri düzenleyen 1966 Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (UMSHS) ülke dışı uygulamanın konu olduğu metinlerin başında gelmektedir. Sözleşmenin uygulanması ile ilgili hüküm<sup>4</sup>, ilk bakışta Sözleşme hükümlerinin Taraf Devletlerin ülkesi içinde ve Devletin yetkisi altında olan kişileri kapsar gözükmektedir. Bununla birlikte, bazı başvurular vesilesi ile Sözleşme organları hükmün yer itibarı ile uygulanma alanının genişletmiştir denilebilir.

UMSHS'nin hazırlık çalışmaları ve bu çalışmalar sırasındaki beyanlar incelendiğinde, Taraf Devletlerin, bir devletin kendi ülkesi dışında yetki kullandığı zaman yükümlülük altında olmamasını amaçladıkları anlaşılmaktadır. Aksine Taraf Devletlerin, ülke dışında bulunan kişilerin haklarını sadece vatandaşları oldukları ve yetkileri altında olmadıkları devlete karşı ileri sürmemelerini, ama ülkesinde bulundukları devlete karşı da ileri sürmelerini amaçladıkları görülmektedir.<sup>5</sup> Nitekim İnsan Hakları Komitesi de, devletin yetkisini yabancı devletin ülkesinde kullandığı durumlarda UMSHS'yi uygulanabilir kılmıştır. Komite, Uruguaylı ajanlar tarafından ülke dışında gerçekleştirilen tutuklama işlemlerinin konu olduğu başvuruda Sözleşme'nin uygulanabileceğine karar vermiştir.<sup>6</sup>

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da, başvuruçuların Grenada'ya yapılan Birleşik Devletler müdahalesi sırasında maruz kaldıkları fiillere ilişkin yaptıkları başvuruda, Amerika Birleşik Devletleri'nin başvuruçulara yaptığı ve ülke dışında gerçekleşen müdahalelere, Amerikan Yurttaş Hak ve Ödevleri Deklarasyonu'nun uygulanabileceğine karar vermiştir.<sup>7</sup>

Diğer insan hakları koruma sistemlerinde olduğu gibi, ülke dışı uygulama İHAS içinde de önemli bir yer tutmakta ve İHAM'ın içtihadına konu olmaktadır; hatta aşağıda görüleceği gibi, son derece önemli ve insan haklarının uluslararası düzeyde koruma standardını etkileyebilecek kararlar gündeme gelmektedir.

<sup>3</sup> İsmail Soysal, Türkiye'nin Siyasal Andlaşmaları, I. Cilt, (1920-1945), 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 48.

<sup>4</sup> UMSHS, m. 2/1: Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, kendi ülkelerinde bulunan ve yetkisi altında olan herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer herhangi bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin, bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara riayet etmekle yükümlüdür.

<sup>5</sup> İnsan Hakları Komisyonu, 'İlk Taslak Tartışmaları', E/CN.4/SR.194, parag. 46; Birleşmiş Milletler, 'Genel Kurulu Resmi Kayıtları, 10. oturum, Ekler', A/2929, 1955, bölüm II, kısım V, parag. 4.

<sup>6</sup> İnsan Hakları Komitesi, 52/79, *Lopez Burgos v Uruguay*; 56/79 *Lilian Celiberli de Casariego v. Uruguay*. Almanya Uruguay Konsolosluğunun el koyduğu pasaportun sahibinin yaptığı başvuruda da, Almanya'da gerçekleşen fiiller nedeniyle UMSHS uygulanmıştır. Bkz. İnsan Hakları Komitesi, 106/81, *Montero v. Uruguay*.

<sup>7</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Coard et al.*, 10.951, 29 September 1999, Report no 109/99, parag. 36-44.

## II. İHAS VE ÜLKE DIŞI UYGULAMA

### A. İHAS'ın 1. Maddesi: Taraf Devletin Yetkisi ve Yükümlülüklerin İhlalinde Sorumluluk

İHAS'ın 1. maddesine göre, Taraf Devletlere ancak kendi yetkileri içinde olan bireylerin haklarını ve özgürlüklerini garanti altına alma sorumluluğu yüklenmiştir. Bir başka deyişle, Taraf Devletin, İHAS'ta düzenlenen hak ve özgürlüklere aykırılığı iddia edilen eylemlerden sorumlu tutulabilmesi için ön koşul<sup>8</sup>, eylemlere maruz kalan kişinin o devletin yetkisi altında olmasıdır. İhlal iddialarına konu olan eylemler Taraf Devletin kara, deniz ya da hava ülkesi sınırları içinde ise, maddedeki Taraf Devletin 'yetkisi içinde' (*within their jurisdiction*) ifadesi karşılanmış ve ön koşulun da gerçekleşmiş olduğu kuşkusuzdur. Örneğin, Taraf Devlet görevlisinin, devletin gözaltı mahallinde şüpheliye işkence yaptığı iddiasında, ne devletin yetkisinin tesisinde ne de sorumluluk konusunda bir sorun çıkar. Yine örneğin, yaşama hakkının ihlal edildiğinin ileri sürülmesi halinde, ölüme sebebiyet veren fiillerin Taraf Devletin ülkesinde bir *sivil* tarafından gerçekleştirildiği hallerde, İHAS 1. maddedeki Taraf Devletin 'yetkisi içinde' olmak anlamında yine bir sorun yoktur. Bu ikinci örnekte öne çıkan husus yetki ön koşulu değil, Taraf Devletin sorumluluğu meselesidir; zira fiilleri gerçekleştiren kişi Taraf Devletin vatandaşı ya da ülkesindeki yabancı olan bir sivilidir. Devlet görevlisi olmayanların fiillerinden dolayı bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinde, sorumluluğun doğması için, sivillerin fiillerinin devlete atfedilmesi aranır.<sup>9</sup> Bir sivilin eyleminin devlete atfedilebilmesi için de, bu eylemlerin devletin 'talimatı', 'yönlendirmesi', 'kontrolü' ya da 'göz yumması' ile gerçekleşmiş olması gerekir.<sup>10</sup>

İHAM'ın Taraf Devleti sorumlu tutmak için söz konusu atfedilme kurallarını dikkate aldığı söylenemez. Sivillerin İHAS'ta düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal etmesi durumunda İHAM, ihlal edilen yükümlülüğün Taraf Devlete atfedilebilmesinden ziyade, İHAS'taki yükümlülüklerinin *niteliklerine* odaklanmıştır. Üniversite hastanesi personeli ile özel ambulans görevlilerinin ihmalleri nedeniyle başvurucunun eşinin hayatını kaybetmesine ilişkin *Mehmet ve Bekir Şentürk v. Türkiye* davasında İHAM, Taraf Devletin ulusal hukukunun, kişilerin bu olaydaki gibi bariz bir şekilde zorunlu olan tıbbi yardımı sağlamaksızın mağdurun eşinin ölümüne sebep olmasını önleyecek düzenlemelerden yoksun olmasını, Taraf devletin ihlalden sorumlu olması için yeterli bulmuştur.<sup>11</sup>

İHAM'ın, İHAS'tan kaynaklanan yükümlülüklerin sadece *riayet etme* yükümlülüğü olmadığı ama aynı zamanda, *koruma* ya da *önleme* yükümlülüğü niteliğinde olduğundan hareket etmesi, Taraf Devletlerin bu geniş yükümlülüklerine aykırı hareket ettiklerinin tespit edildiği durumlarda, kişilerin fiillerinin devlete atfedilmesi meselesi üzerinde durmasını gereksiz kılmıştır. Taraf Devletin söz konusu pozitif yükümlükleri<sup>12</sup>, ihlalden sorumlu olmaları ile sonuçlanır; ayrıca atfedilebilme sorunu doğmaz. Taraf Devletlerin İHAS'taki hak ve özgürlükler ile ilgili yükümlülüklerinin bu şekilde nitelendirilmesi ve sorumluluğun buna göre işletilmesinde, devletlerin birey ve bireylerin hak ve özgürlükleri karşısındaki konumu belirleyici olmaktadır. Taraf Devletlerin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini *uluslararası* düzeyde garanti altına alan İHAS yükümlülüklerini bu şekilde nitelendiren yaklaşımın arkasında, devletin *ulusal* düzeyde *ülkesinde* yaşayan insanlara karşı sahip olduğu konumun dikkate alınmasının olduğu söylenebilir. Bireyin karşısında siyasal iktidarın cismani hali olan devletin, *ülkesinde*, otoritesi altındaki herkese karşı yasama, yürütme ve yargı erkleri yolu ile bir

<sup>8</sup> İHAM, *İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, 48787/99, 08/07/2004, ECHR 2004-7, parag. 311.

<sup>9</sup> Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha, 2010, s. 118-145.

<sup>10</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), 'Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler', Yearbook of the International Law Commission, Cilt 2, Bölüm 2 (IV-E), 2001, s. 23 (madde 8). Ayrıca bkz. UAD, Amerika Birleşik Devletleri v. İran (Tahran Rehinelere Davası), UAD Raporları 1980 s.3, parag. 62-69; UAD, Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri (Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Paramiliter Eylemler Davası), UAD Raporları 1986, s.14, parag. 86; 115-116.

<sup>11</sup> İHAM, *Mehmet ve Bekir Şentürk v. Türkiye*, 13423/09, 09/07/2013, ECHR 2013-2, parag. 95-96.

<sup>12</sup> İHAM, *İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, 48787/99, 08/07/2004, ECHR 2004-7, parag. 322.

hükmetme gücüne sahip olması, konusu temel hak ve özgürlükler olan uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesinin, sadece *riayet etme* yükümlülüğü ile sınırlanmasına engel olur: Hükmetme gücüne sahip devlet, görevlilerinin temel hak ve özgürlüklere riayetini sağlamaktan başka, onları *koruma* ve *önleme* yükümlülüğünün bir gereği olarak gereken tüm önlemleri alıp üçüncü kişilerin müdahalesine de engel olmalıdır.

İhlal iddiasına konu olan fiiller, devletin otoritesinden ülke dışında gerçekleşmek sureti ile uzaklaştığında, bahsi geçen ön koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği İHAM kararlarına sıkça konu olmaktadır. Bu durumda madalyonun diğer yüzü de, ihlal iddialarını konu olan ülke dışındaki eylemlerin Taraf Devletin personeli olmayan siviller tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, Taraf Devletin sorumluluğun pozitif yükümlülükler yaklaşımı ile işletilmesindeki zorluklardır.

## B. İHAM Kararlarında Ülke Dışılığın Türleri ve Ülke Dışında Gerçekleşen İhlaller için İHAS'ın Uygulanması

Taraf Devletin, İHAS'ta düzenlenen hak ve özgürlüklere aykırılığı iddia edilen eylemlerden sorumlu tutulabilmesi için yukarıda bahsedilen ön koşulun varlığının kontrolü, – yani eylemlerin o devletin yetkisi içinde olup olmadığı – devletin yetkisinin esas itibarı ile ülkesel olduğu ana ilkesinden ayrılmadan gerçekleştirilir. Pakistan vatandaşı bir öğrencinin, hakkında Birleşik Krallık'ta bulunduğu sırada başlayan ve Pakistan'a döndükten sonra da devam eden ve terörist şüphesiyle gerçekleştirilen işlemlerin, İHAS'ın 5 ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla yaptığı başvuruyu değerlendirirken İHAM, 'Devletin 1. madde altındaki yetkisinin öncelikle ülkesel olduğunu, başvurunun kendi isteği ile Pakistan'a döndükten sonra, şikayetlerini Pakistan'dan devam ettirmediğini'<sup>13</sup> belirterek, başvuruyu kabuledilemez bulmuştur. İHAM daha eski kararlarında da, devletin 1. maddede belirtilen yetkisinin esasen ve öncelikle ülkesel olduğunu ve Taraf Devletlerin kural olarak İHAS'ı ülkelerinde uygulayacağını açıkça ifade etmiştir.<sup>14</sup>

İHAS'a Taraf Devletin, ihlal iddialarına konu eylemler (olaylar, fiiller, kişiler) üzerindeki yetkisi, ana ilke olan yetkinin ülkeselliği ile belirlenmekle birlikte, ana ilkenin İHAM kararlarında istisnalara tabi tutulduğu ülke dışılık türleri üç grup altında toplanabilir<sup>15</sup>: i) İade (extradition), sınır dışı edilme (expulsion) ve geri gönderme (refoulement) işlemleri çerçevesinde, neticesi ülke dışında oluşan işlemler (Netice ülke dışılığı)<sup>16</sup>, ii) Taraf Devletin ülkesi dışındaki eylemlerden dolayı, diğer bir Taraf Devletin mahkemeleri önünde dava edilememesi (Devletin Yargı Bağışıklığı)<sup>17</sup>, iii) Taraf Devletin yetkisinin ülke -fiziksel anlamda- dışına taşınması (Gerçek ülke dışılık).

<sup>13</sup> İHAM, *Abdul Wahap Khan v. UK*, Kabuledilebilirlik, 11987/11, 28/01/2014, ECHR 2104, parag. 25.

<sup>14</sup> İHAM, *Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri*, Kabuledilebilirlik, 522207/99, 19/12/2001, ECHR 2001-12, para. 59; *Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, parag. 312; *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 55721/07, 07/07/2011, parag. 131.

<sup>15</sup> İlk iki hal çalışmamızın kapsamı dışındadır.

<sup>16</sup> Taraf Devletin, kişiyi iade, sınır dışı ya da geri gönderme işlemlerine tabi tutması halinde, İHAS'da korunan bir hakkın (örneğin, yaşama hakkı, işkence yasağı ya da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) ihlali riski var ise, İHAS'ın uygulanması söz konusu olur. Bu tür hallerde, ihlal Taraf Devletin işleminin netice olarak ülkesi dışında meydana geldiğinden, netice ülke dışılığı söz konusu olur. Bu hallerin söz konusu olduğu bazı davalar için bkz. İHAM, *Soering v. UK*, 14038/88, 07/07/1989, ECHR 1989- Series A/161, parag. 90-91; İHAM, *Al-Nashiri v. Poland*, 28761/11, 24/07/2014, ECHR 2014, parag. 453-457; İHAM, *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, 61498/08, 02.03.2010, ECHR 2010, parag. 137.

<sup>17</sup> Bir Taraf Devletin eyleminin ülke dışında gerçekleşmesi ancak eylemin neden olduğu ihlallerle ilgili davaların, eylemi gerçekleştiren Taraf Devlette değil, eylemin gerçekleştiği Taraf Devlette açılması halinde İHAS'ın uygulanması sorunu ile karşılaşılabilir. İrlanda vatandaşı başvurunun, Birleşik Krallık İrlanda sınırından geçerken, İrlanda tarafına geçen bir İngiliz askerinin kendisine ateş açması nedeniyle, İrlanda Cumhuriyeti'nde Birleşik Krallık'a karşı açtığı dava, İrlanda Mahkemelerince Birleşik Krallık'ın yargı muafiyeti nedeniyle reddedilmiştir. Daha sonra İrlanda ve Birleşik Krallık'a karşı İHAM'da açtığı davada başvuru, Birleşik Krallık'ın İrlanda'daki davaya katılarak yargı bağışıklığı ileri sürmesi nedeniyle yargılamayı yapılamadığını ve İHAS'ın 6. maddesine ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İHAM, Birleşik Krallık'a karşı olan davada, Birleşik Krallık'ın şikayete konu işleminin ülke dışında gerçekleştiğini reddetmemiş, ancak başvurunun şikayetlerini, bir devletin diğer bir taraf devlette yargılanmasının mümkün olmadığı ve Birleşik Krallık'ın

Yukarıda (II A) altında verdiğimiz yaşama ve vücut bütünlüğü hakkı ya da işkence yasağı ihlali ile ilgili örnekleri, fiillerin gerçekleştiği yeri değiştirerek geliştirelim. Bu kez fiiller, Taraf Devletin yetki ve hükümler alanının dışında olan başka bir ülkede, Taraf Devletin istihbarat elemanı ya da askeri, ezcümle bir görevlisi tarafından gerçekleştirmiş olabilir ya da ihlal iddiasına konu fiiller bir devlet görevlisi tarafından değil, bir sivil, birkaç sivil ya da organize bir grup sivil tarafından gerçekleştirilebilir. Bu tür örnekler karşısında, İHAS'ın ülkede uygulanacağı ana kuralına, genel uluslararası hukuk çerçevesinde ve İHAM kararları ile getirilen sonuncu grup istisna ile Taraf Devletin ülkesi dışında gerçekleşen eylemler Taraf Devletin yetkisi içinde sayılmıştır. Bununla birlikte, İHAM'ın gerçek ülke dışılığı konu olduğu aşağıda bazı örneklerini verdiğimiz içtihadında, birbiriyle bağlantılı sorunlar vardır. İHAM'ın Taraf Devletin yetkisini ülke dışına taşıyıp taşımadığını konu alan kararlarındaki değerlendirmeleri, ihlal iddialarının Taraf Devletin doğrudan görevlileri ile ilgili olduğu durumlarda bile farklılaşırken, fiillerin Taraf Devlet görevlilerince gerçekleştirilmediği hallerde daha da istikrarsızlaşmakta ve açıklıktan uzak bir hal almaktadır. Bu ikinci durumun nedeni, yukarıda bahse konu olan ve İHAM'ın üzerinde fazla durmadığı 'sorumluluğun atfedilmesinin' İHAS'ın ülke dışı uygulamasında gündeme geldiğinde, ihlal iddialarına konu olan fiillerin Taraf Devletin yetkisine girmesi ile fiillerin Taraf Devlete atfedilmesinin arasındaki farkın zaman zaman kaybolmasıdır.

## 1. Taraf Devletin Yetkisinin Ülke Dışına Taşınması

Bazı davalarda İHAM, ülke dışında gerçekleşen eylemlerin Taraf Devletin yetkisi içinde olduğuna karar verirken, ana kuralın uygulanması ve istisna edilmesinde genel uluslararası hukuk ile bağdaşır ve istikrarlı kararlar vermektedir. Bu davalarda İHAM, yetkinin ülke dışına taşınıp taşınmadığına ilişkin kararlarını, ihlal iddialarına konu eylemleri *gerçekleştirenlere* odaklanarak vermektedir.

Öte yandan İHAM diğer bazı davalarda, yetkinin ülke dışına taşınıp taşınmadığına ilişkin değerlendirmelerini, ihlal iddialarına konu olan eylemlerin gerçekleştiği coğrafyaya, bölgeye, *alana* odaklanarak yapmakta ve kararlarını da buna dayanarak vermektedir.

### a. İHAS'ı İhlal Ettiği İddia Edilen Eylemleri Gerçekleştirenler Üzerinde Otorite ve Kontrol

İHAM birçok davada Taraf Devletin ülkesel yetkisini ülke dışına taşıyıp taşımadığını ve İHAS'ın ülke dışında uygulanıp uygulanmayacağını, ihlal iddiasına konu eylemi gerçekleştirenlerin, Taraf Devletin otoritesi ve kontrolü altında olup olmadığına göre karar vermiştir. *Illich Sanchez Ramirez v. Fransa* davasında, başvuru Sudan'da bulunduğu sırada kaçırılmış, Fransız görevlilere teslim edilmiş ve bu görevlilerce de kendisine daha önce hakkında çıkartılan tutuklama emri tebliğ edilmiştir. Başvurucunun İHAS'ın 5. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürdüğü davada Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon), kişinin yakalanmasında ve tutukluluk halinin devamı müddetinde Fransız devletinin otoritesi altında olduğunu ve bu nedenle Fransa'nın yetkisi içinde olduğuna karar vermiştir.<sup>18</sup> *Isaak ve diğerleri v. Türkiye* davasında ise İHAM, İHAS'ın 'Taraf Devletin kendi ülkesinde gerçekleştirilmesine izin vermediği eylemleri, ülke dışında gerçekleştirilmesine izin verir şeklinde yorumlanamayacağını' belirtmiş, Taraf Devletin görevlilerinin yetkisini aşmasının bir önemi olmadığını ekleyerek yine 'ülke dışı yetki için eylemi gerçekleştirenler üzerinde Taraf Devletin

başışıklık itirazı ileri sürmesinin, başvuru, İHAS'ın 1. maddesi anlamında Birleşik Krallık'ın yetkisi içine sokmadığına karar vererek başvuruyu kabuledilemez bulmuştur. İHAM, *Mc Elhinney v. Ireland and UK*, Kabuledilebilirlik, 31253/96, 09.02.2000, ECHR 2000.

<sup>18</sup> Komisyon, *Illich Sanchez Ramirez v. Fransa*, Kabuledilebilirlik, 28780/95, 24.06.1996, DR no. 86, s. 161-162

otoritesi ve kontrolüne' dikkat çekmiştir.<sup>19</sup> Kararda özellikle davalı 'Taraf Devletin asker ve yetkililerinin fiilleri gerçekleştirenler arasında olması vurgulanmıştır.<sup>20</sup>

İHAM, *Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya* davasında, ülkesel yetkinin ana ilke olduğunu belirttiikten sonra, eylemler üzerinde otorite ve kontrolün ülkesel yetkinin taşınmasındaki önemine bir kez daha değinmiştir. Moldova'nın uluslararası düzeyde tanınmamış ve Rusya tarafından desteklenen Moldova Transdinyester Cumhuriyeti'nde tutuklu bulunan başvuruçuların ihlal iddiaları ile ilgili olarak verdiği kararda İHAM, Taraf Devletin ülke dışı (Transdinyester'deki) eylemlerini bu devletin yetkisi altında görmektedir ve ihlal iddiası ile ilgili işlemleri gerçekleştirenlerin 'Taraf Devletin ya da organlarının otoritesi ve kontrolü altında olduklarını ve onların iradelerine göre hareket ettiklerini belirterek, Taraf Devletin ya da organlarının İHAS'a ülke dışında da uymak zorunda olduklarına' karar vermiştir.<sup>21</sup>

Kıbrıs'la ilgili ilk başvurularda da İHAM, otorite ve kontrol ölçütüne yer vermiştir. Neredeyse İHAS'ın ve Protokollerinin bütün maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile diğer davalardan ayrılan *Kıbrıs v. Türkiye* davasında, 1974 Kıbrıs Barış Harekâtı ile Türkiye'nin İHAS'ı ve Protokollerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Otorite ve kontrol ölçütü somut bir müşahhas eylem ile onun üzerinde otorite ve kontrolü öne çıkardığından, başvurunun genel olarak bir askeri harekâta dayandırılması hasebiyle bu ölçütün uygulanması zordur. Buna rağmen Komisyon, Taraf Devletin 'yetkisi içinde' teriminin sadece kendi ülkesini kapsamadığını, 1. maddeden ve İHAS'ın bütününden, Taraf Devletin otoritesi altındaki herkesin - meğerki bu otorite (görevlileri vasıtasıyla) ülke dışında kullanılsın - İHAS'taki hak ve özgürlüklerini güvence altına alması gerektiğinin anlaşıldığını ifade etmiştir.<sup>22</sup> Böylece, İHAS'ın ülke dışında uygulanması ve eylemlere maruz kalan kişilerin 1. madde anlamında 'yetki içinde' olup olmadığının tespiti için, otorite ve kontrol ölçütü uygulanmıştır.<sup>23</sup>

İHAM, *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında, bu ölçütü biraz daha rafine bir şekilde uygulamıştır.<sup>24</sup> Başvuru, Irak'ın Mayıs 2003 sonrasında gerçekleşen işgali sırasında, Birleşik Krallık güçlerinin kontrolü altında olan Basra'da gerçekleşen operasyonlar sırasında ölen kişilerin yakınları tarafından, İHAS'ın 2. maddesinin ihlali nedeniyle yapılmıştır. Davalı Birleşik Krallık'ın kabuledilebilirliğe ilişkin itirazlarından biri olan olayların kendi ülkesi dışında gerçekleştiği itirazını İHAM esas ile birlikte ele almıştır.<sup>25</sup> *Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri* ve *Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya* davalarına referansla Taraf Devletin yetkisinin öncelikle ülkesel olduğunu belirttiikten sonra İHAM, 'Taraf Devletin görevlileri vasıtasıyla bir kişi ya da bir şey üzerinde kontrol ya da otoriteye sahip olması ya da kişi üzerinde otorite ya da kontrol kullanması, o kişiyi 1. madde anlamında Taraf Devletin yetkisi altına koyar'<sup>26</sup> ve 'bu tip durumlarda önemli olan, ilgili kişi üzerinde fiziki güç ve kontrol uygulanmasıdır'<sup>27</sup> ifadeleri ile otorite ve kontrol ölçütünün uygulanmasına açıklık getirmiştir.<sup>28</sup> *Ilich Sanchez Ramirez v. Fransa* davasındaki olaylara benzer arka

<sup>19</sup> İHAM, *Isaak ve diğerleri v. Türkiye*, Kabuledilebilirlik, 44587/98, 28.06.2006, ECHR 2006, s. 19-20.

<sup>20</sup> Ibid. s. 21.

<sup>21</sup> *Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, parag. 319.

<sup>22</sup> Komisyon, *Kıbrıs v. Türkiye*, Kabuledilebilirlik, 6780/74, 26.05.1975, DR no 2, s. 136 (parag. 8).

<sup>23</sup> Başvuruda, harekât sırasında İHAS ve Protokollerinin birçok maddesinin ihlal edildiği öne sürülmüştür. İHAS'ın ülke dışı uygulanmasında, otorite ve kontrolün söz konusu olacağı eylem ve kişiler öne çıkar ve bu nedenle, ihlal edilen her madde ile ilgili fiillerin belirli olması gerekir. Hem başvuruda bu açıklık yoktur hem de öte yandan İHAM kararlarında bu gibi durumlarda yetki meselesini çoğu kez esas ile birlikte değerlendirilmiştir. Ayrıca bu başvurunun ve iddiaların değerlendirilmesinde İHAS'ın uygulanması açısından sorun olan bir başka husus da, başvurunun silahlı çatışma kuralları ile ve daha genel olarak da uluslararası insancıl hukuk ile ilgili olmasıdır. Çalışmanın kapsamı dışında olduğundan bu konuya değinilmeyecektir.

<sup>24</sup> İHAM, *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 55721/07, 07/07/2011, ECHR 2011.

<sup>25</sup> Ibid. parag. 101 -102.

<sup>26</sup> Ibid. parag. 137.

<sup>27</sup> Ibid. parag. 136.

<sup>28</sup> Ibid. parag. 150.

plana sahip *Öcalan v. Türkiye* davasında da, Kenyalı görevliler tarafından Türk askerleri ve görevlilerine teslim edilen başvuruçunun üzerinde ülke dışında kullansa bile otorite kullanıldığı, bu nedenle başvuru ve eylemin Taraf Devletin yetkisi içinde olduğu belirtilmiştir.<sup>29</sup>

İtalyan askeri gemilerinin, yolunu kesip durdurduğu gemideki Somalili göçmenleri alıkoyup Tripoli'ye geri götürdüğü olayda İHAM, zorla alıkonulduklarını iddia eden başvuruçularla ilgili olarak, İHAS'ın, Taraf Devletin bayrağını taşıyan gemilerde gerçekleştiği iddia edilen ihlaller için de uygulanacağını karara bağlamıştır.<sup>30</sup> Taraf Devletin yetkisinin personeli üzerinden açık denizdeki yabancı bayraklı bir gemiye dahi taşıdığı ve böylece İHAS'ın uygulanabileceğinin hüküm altına alındığı daha ilginç bir dava ise *Medvedyev ve diğerleri v. Fransa* davasıdır.<sup>31</sup> Bu davada başvuruçular Kamboçya bayraklı Winner isimli geminin çalışanlarıdır. Kamboçya bayraklı Winner isimli gemi uyuşturucu taşıdığı şüphesi ile Fransız fırkateyni tarafından bordalanmış, gemi kontrol altına alınarak, gemi personeli tutuklanmış ve fırkateyn ile Fransa'ya götürülmüştür. İHAM, yabancı bayraklı bir ticaret gemisinin, bordalanmasını, personelinin şüpheli olarak ele geçirilmesini, geminin yönü değiştirilerek Taraf Devletin askeri gemileri eşliğinde Fransa'ya götürülmesini, açık denizde ve yabancı bayraklı bir gemide de olsa, Taraf Devletin kendi personeli ile kişiler üzerinde devamlı, kesintisiz ve tam bir otorite ve kontrole sahip olduğu şeklinde değerlendirmiştir.<sup>32</sup>

### **b. İHAS'ı İhlal Ettiği İddia Edilen Eylemlerin Gerçekleştiği Alan Üzerinde Genel Kontrol (Overall Control)**

İHAM'ın bazı davalarda uyguladığı bu ölçüte göre, Taraf Devletin eylemlerin gerçekleştiği yerde genel kontrolü varsa, İHAS ihlal iddialarına konu eylemlerin gerçekleştiği ve Taraf Devletin ülkesi dışındaki bu alanda uygulanır. Bir başka deyişle bu defa, ihlal iddialarına konu eylemlerden dolayı İHAS'ın uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmesi, devlet görevlileri üzerinden kontrol ve otorite kullanılıp kullanılmadığı ölçütü üzerinden yapılmaz; ihlal iddiasına konu fiilleri gerçekleştirenler yerine, olayların geçtiği alanda Taraf Devletin genel (overall) bir kontrolü (control) olup olmadığına odaklanılır. Alanda genel kontrol ölçütüne yer verilen davalar, Taraf Devletlerin uluslararası insancıl hukuk anlamında 'işgalci güç' statüsüne sahip olup olmadığının kesin olmadığı haller de dahil olmak üzere, geniş anlamda askeri harekâtların ve dış müdahalelerin söz konusu olduğu davalardır.<sup>33</sup>

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İHAM'ın alanda genel kontrol ölçütüne yer verdiği davalarda 'ülke dışı'na bakışı sorunludur. İHAS'ın zaman zaman açık denizde vuku bulan olaylarda bile uygulanmasını mümkün kılan İHAM, Taraf Devletlerin alanda genel kontrolünün varlığını ele aldığı birbirine benzer davalarda 'Taraf Devletlerin hukuk alemi' (the legal space (espace juridique) of the Contracting States)<sup>34</sup> mefhumu ile ülke dışına bakışını farklılaştırmıştır. Geniş çapta askeri operasyonların söz konusu olduğu *Loizidou v. Türkiye*, *Kıbrıs v. Türkiye* ve *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davalarında, ihlal iddialarına ilişkin olayların geçtiği yerleri Taraf Devletlerin ülkesi dışında (KKTC ve Irak) genel kontrolündeki alan olarak kabul edip<sup>35</sup>, *Bankovic ve diğerleri v. Belçika*

<sup>29</sup> İHAM, *Öcalan v. Türkiye*, 46221/99, 12.05.2005, ECHR 2005-4, parag. 91. Aynı yönde bkz. İHAM, *Al-Saadoon ve Mufdhi v. Birleşik Krallık*, Kabuledilebilirlik, 61498/08, 30.06.2009, ECHR 2009, parag. 87-89.

<sup>30</sup> İHAM, *Hirsi Jamaa ve diğerleri v. İtalya*, 27765/09, 23.02.2012, ECHR 2012, parag. 76-79.

<sup>31</sup> İHAM, *Medvedyev ve diğerleri v. Fransa*, 3394/03, 29.03.2010, ECHR 2010.

<sup>32</sup> Ibid. parag. 66-67

<sup>33</sup> İHAM, *Loizidou v. Türkiye*, İlk İtirazlar, 15318/89, 23.03.1995, Ser. A no.310, ECHR 1995; İHAM, *Loizidou v. Türkiye*, Esas, 15318/89, 18.12.1996, ECHR 1996-6; İHAM, *Cyprus v. Türkiye*, 25781/94, 12.05.2014, ECHR 2001-4; *Ulaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*; *Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri*; İHAM, *Catan ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, 43370/04, 8252/05 ve 18454/06, 19.10.2012, ECHR 2012.

<sup>34</sup> *Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri*, parag. 80/son; *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, parag. 142; *Kıbrıs v. Türkiye*, 25781/94, parag. 78.

<sup>35</sup> *Loizidou v. Türkiye*, İlk İtirazlar, parag. 62; *Kıbrıs v. Türkiye*, 25781/94, parag. 76-77; *Loizidou v. Türkiye*, Esas, parag. 52.

ve diğerleri davasında eski Yugoslavya Federasyonunu İHAM'a taraf olmadığı için Taraf Devletlerin hukuk aleminin dışında kabul ederek İHAM, ülke dışılık ile irtibatı olmayan bir gerekçe göstermiştir.<sup>36</sup>

Alanın genel kontrolünü uygularken ülke dışı alana bakıştaki bu şaşılık bir yana, Taraf Devletin alanı nasıl 'genel olarak kontrolünde' tuttuğuna ilişkin de kararlar arasında ciddi farklılıklar vardır. Bu farklılıklara, genel kontrolün 'etkili' (effective overall control) bir kontrol olup olmadığının ya da bu etkinin derecesinin farklı değerlendirilmesinin veyahut da Taraf Devletin işgalci statüsü ile ilgili değerlendirmenin sebep olduğu söylenebilir.<sup>37</sup> Bu anlamda, ölçütün uygulanışında maddi vakıalar ve bunların ele alınışı kimi zaman gayet yüzeysel yapılırken, kimi zaman da, maddi vakıalar o kadar detaylı ele alınmaktadır ki, genel kontrol ölçütü, görevli ya da personel üzerinde detaylı otorite ve kontrol kullanılıp kullanılmadığı ölçütüne dönüşmektedir.

Örneğin bu ölçütün uygulandığı *Loizidou v. Türkiye* davalarında İHAM, Taraf Devletin alanda etkili kontrolünü oldukça yüzeysel bir şekilde ele almıştır. İlk itirazların görüldüğü aşamada İHAM, Taraf Devletin askeri harekâtın bir sonucu olarak ülke dışında etkili kontrol uyguladığından sorumlu olacağını ifade etmiştir; böyle bir kontrol doğrudan kendi askerleri ile olabileceği gibi, dolaylı olarak askeri harekâtın yürütüldüğü alanın yerel idaresi vasıtasıyla da olabilir.<sup>38</sup> Mülkiyete erişim hakkının ihlalinin iddia edildiği olayda, yapılan bir gösteri sırasında BM Ateşkes hattını zorlayanlardan Loizidou KKTC polisleri tarafından durdurulmuş, 10 saat sonra da salıverilmiştir. İHAM, 20 yıl önce gerçekleştirilmiş olan harekâtın sonucunda Türk birliklerinin adadaki varlığının dışında, doğrudan genel kontrole dayanak olacak herhangi bir hususun üzerinde durmamıştır. Genel kontrolün varlığının ortaya koyulması için, davalı Taraf Devlet ile yerel idare arasındaki irtibatın da yeterince üzerinde durmamıştır. Aynı tutum *Kıbrıs v. Türkiye* davasında da izlenebilmektedir.<sup>39</sup> Benzer koşulları havi *İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya* davasında İHAM, genel nitelikli etkili kontrolün uygulanmasında<sup>40</sup> ihlal iddialarının gerçekleştiği ülke dışı alanda Rus güvenlik güçlerinin varlığı dışında ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. Bu inceleme, genel nitelikli etkili kontrol üzerinden yapılmış ve genel kontrolün etkili olup olmadığını tespit için, Rus güvenlik güçlerinin konumu, alandaki hakimiyeti, Transdinyesterli ayrılıkçılar ile ilişkileri ve diğer bir çok faktör dikkate alınmıştır.<sup>41</sup>

Öte yandan, *Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri* davasında İHAM, uzunca bir zaman davalı devletlerin NATO şemsiyesi altında gerçekleştirdiği yoğun bir hava operasyonu ile tümüyle davalı devletlerin kontrolü altına giren hava ve kara ülkesindeki eylemler (bombardıman) sonucu yaşama hakları ihlal edildiği iddia edilen kişiler ile davalı Taraf Devletler arasında yetki bağı kurulduğuna 'ikna olmamıştır'.<sup>42</sup> Genel kontrolün bu denli yoğun bir şekilde vuku bulduğu bir vakıada İHAM, bir aydan fazla süre ile bir alanın tamamen kapatılarak kontrol altında tutulmasını anlık bir ülke dışı eylem<sup>43</sup> olarak görmüş ve etkili olmadığını değerlendirmiştir.

<sup>36</sup> Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri, parag. 80.

<sup>37</sup> Loizidou v. Türkiye, İlk İtirazlar, parag. 62; Loizidou v. Türkiye, Esas, parag. 52; Cyprus v. Türkiye, 25781/94, parag. 76; İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, parag. 314, 316; Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri, parag. 70; Catan ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, parag. 106.

<sup>38</sup> Loizidou v. Türkiye, İlk İtirazlar, parag. 62.

<sup>39</sup> Cyprus v. Türkiye, 25781/94, parag. 77.

<sup>40</sup> İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, parag. 314-316.

<sup>41</sup> Ibid. parag. 370-394.

<sup>42</sup> Bankovic ve diğerleri v. Belçika ve diğerleri, parag. 82.

<sup>43</sup> Ibid. parag. 75. Medvedyev ve diğerleri v. Fransa, parag. 64. Öte yandan, *Isaak ve diğerleri v. Türkiye* davasında bir gösteri sırasında çok kısa sürede gerçekleşen bir fil davalı Taraf Devlet Türkiye'nin yetkisi içinde sayılmıştır, *Isaak ve diğerleri v. Türkiye*, Kabuledilebilirlik, 44587/98, 28.06.2006, ECHR 2006.



## 2. İHAM'ın Ülke Dışı Yetki ve Sorumluluk Meselesine Yaklaşımında Yenilikler

İHAS'ın ülke dışı uygulamasının söz konusu olduğu davalarda İHAM'ın farklı sonuçlara vardığı kararları tartışmalıdır. Kontrol ve otorite ölçütünü uyguladığı davalar ile alan üzerinde genel kontrol ölçütünü uyguladığı davalarda ulaştığı sonuçlar farklı olduğu kadar, genel kontrol ölçütünde uyguladığı değerlendirme ve gerekçeler de kendi içinde tutarsızdır. İHAS'ın ülke dışı uygulanması neticesinde farklı sonuçlara varılan davaların ortak yönü, askeri operasyonlar ya da dış müdahalelerle irtibatlı eylemlerin muhtemel sorumluluğunun, yalnızca bir Taraf Devlet ile ilgili olmaması ama eylemlerin vuku bulduğu yerde, ya Taraf Devletin dışında İHAS'a taraf olmayan ve uluslararası toplum tarafından tanınmayan tarafların bulunması ya da uluslararası bir örgütün şemsiyesi altında hareket eden bir ya da birden fazla Taraf Devletin söz konusu olmasıdır. İhlal iddialarına konu olan fiillerin bir Taraf Devletin yetkisi içinde olup olmadığı ile bu fiillerin Taraf Devletlere atfedilebilmesinin bu tür davalarda birbirinden ayrılabilmesi, ülke dışı uygulama söz konusu olduğunda yetki ve sorumluluk meselesinin kararlarda ayrı ayrı ve dikkatlice değerlendirilmesini gerektirmektedir. İHAM'ın son on yıldaki kararları bu açıdan bazı yenilikler içermektedir.

Esasen *Al-Skeini* davasında İHAM, İHAS'ın 1. maddesi çerçevesinde, Taraf Devletlerin 'yetkisi içinde' ifadesinin ne demek olduğuna ve kapsamına ilişkin geniş ve detaylı bir çerçeve ortaya koymuştur.<sup>44</sup> Yetkinin ülkeselliğini vurguladıktan sonra, alanın genel nitelikli etkili kontrolü ile kişiler üzerinde otorite ve kontrol ölçütlerini birbirinden ayırmış, kategorize ederek detaylandırmıştır. Her bir kategoriye ayrıca hitap ettikten sonra, Birleşik Krallığın durumunun, bir alanın (Irak'ın güneyi) genel nitelikli etkili kontrolü değil, sınırları belli bir bölgenin askerleri yolu ile kamu gücünü kullanarak idare edilmesi olduğunu belirtmiştir.<sup>45</sup>

Yine uluslararası örgüt şemsiyesi altındaki operasyonlarda ve Irak'ın güneyinde gerçekleşen olaylarla ilgili daha yeni bir kararında İHAM, ihlal iddiasının geçtiği yeri ve koşulları dikkatlice ele almış ve bu kez *Al-Skeini* kararından bir adım daha ileri giderek, kararda yetki ve atfedilme meselelerini birbirinden ayırmıştır.<sup>46</sup> *Jaloud v. Hollanda* davasında, Irak'ın güneyinde işgalci güç statüsündeki Birleşik Krallık'ın bölgesindeki bir kontrol noktasına saldırı yapılmış, kontrol noktası komutanı Hollandalı askerleri bölgeye devriye olarak çağırmıştır. Hollandalı askerlerin kontrol noktasına varmasından kısa bir süre sonra, yeni bir saldırı daha olmuş ve kontrol noktasındaki diğer askerlerle birlikte, Hollandalı devriye komutanı bir teğmen tarafından araca ateş açılmış ve başvurucunun araçta bulunan oğlu hayatını kaybetmiştir.<sup>47</sup> İHAM bu davada açıkça işgalci statüsünün belirleyici olmadığını belirttikten sonra, *Al-Skeini*'deki şablonu uygulamış<sup>48</sup> ve Hollandalı askerlerin devride bulunduğu alanın Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına da atıfta bulunarak Birleşik Krallık kontrolünde olduğunu tespit ettikten sonra, genel kontrolün kimde olduğuna değinmeden ve Hollanda'nın askerleri üzerinde tam bir kontrolü olduğunu belirterek, Hollandalı askerlerin otorite ve kontrolü altında gerçekleşen eylemleri<sup>49</sup> İHAS'ın ülke dışı uygulamasına temel olarak göstermiştir.

Kararın en önemli yönü, İHAM'ın ihlallerin atfedilebilirliğini ayrı olarak değerlendirmesidir. İHAM açıkça, İHAS'ın 1. maddesinde düzenlenen yetkiye ilişkin test ile genel uluslararası hukuktaki sorumluluk testinin aynı şey olmadığını ifade etmiştir. İHAM, ihlal eylemlerinin Hollanda'ya atfedilmesi ile ilgili olarak, şikayetlerin kaynağının Hollanda askeri personeli ve diğer Hollandalı

<sup>44</sup> *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, parag. 130-150.

<sup>45</sup> *Ibid.* parag. 143-150.

<sup>46</sup> İHAM, *Jaloud v. Hollanda*, 47708/08, 20.11.2014; ECHR 2014.

<sup>47</sup> *Jaloud v. Hollanda*, parag. 10-13.

<sup>48</sup> *Ibid.* parag. 139.

<sup>49</sup> *Jaloud v. Hollanda*. parag. 143, 150-153.

görevlilerin fiil ve ihmalleri olmasının, ihlallerden Hollanda'nın sorumlu olmasını gerektirdiğini belirtmiştir.<sup>50</sup>

Moldova'nın Transdinyester bölgesinde Rusya'nın da müdahil olduğu ve Transdinyesterlilerin uluslararası toplumca tanınmayan Moldova Transdinyester Cumhuriyeti'nin (MTR), başvuruçuların eğitim hakkına müdahalesinin şikayet konusu olduğu davada İHAM, Rusya'nın Transdinyester'de İHAS'ı uygulayıp uygulamayacağı sorununu ele almıştır.<sup>51</sup> İHAM'ın *Catan ve diğerleri v. Moldova ve Rusya* kararında, İHAS'ın uygulanıp uygulanmayacağı yaklaşımında bazı noktalar öne çıkmaktadır. Öncelikle İHAM, şikayetlere konu olaylar ve olayların geçtiği dönemde, Rusya'nın doğrudan bir genel kontrolünü irdelemek yerine, şikayete konu müdahaleyi yapan yerel idare ile Rusya arasındaki ilişkinin çeşitli yönlerine odaklanmıştır.<sup>52</sup> Rus askerleri ya da görevlilerinin ihlale konu eylemleri gerçekleştirmediğini belirterek, doğrudan yetki irtibatı kurmaktan kaçınmıştır.<sup>53</sup> İkincisi, İHAM bu ilişkinin değerlendirilmesinin, yerel idarenin Rusya'nın bir organı olup olmadığı üzerinden yapılamayacağını, zira bunun Taraf Devletin sorumluluğunun tespiti ile ilgili bir değerlendirme olacağını belirtmiştir. Böylelikle İHAM yeni dönem kararlarında belirttiği, İHAS'ın 1. maddesinde düzenlenen yetkiye ilişkin test ile genel uluslararası hukuktaki sorumluluk testinin aynı şey olmadığı tespitinin altını çizmiştir.<sup>54</sup> Üçüncü olarak İHAM, İHAS'ın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirmesinde, şikayete konu müdahaleyi yapan yerel idare ile Rusya arasındaki ilişkiyi detaylı olarak değerlendirmiştir. Gerek askeri (mühimmat vs.) ve gerekse sivil anlamda (hastane, okul, cezaevi, yaşlılık aylığı vs.) Rusya'nın yerel idareye yardım yaptığını ve MRT'nin bu yardımlarla ayakta durduğunu ortaya koyarak, İHAS'ın ülke dışı uygulamasındaki gerekçelendirmesini geliştirmiştir.

Bununla birlikte İHAM *Catan* kararında sorumluluğu ayrı değerlendireceğini belirtmesine ve 'Rus görevlilerin müdahalede hiçbir eyleminin olmadığını'<sup>55</sup> kabul etmesine rağmen, anlaşılamaz bir şekilde yetki bölümündeki değerlendirmelere yollama yaparak Rusya'nın ihlallerden sorumlu olduğuna hükmetmiştir.<sup>56</sup>

İHAM'ın son on yıllık periyotta ülke dışı yetki ve onu sorumluluktan ayırmaya ilişkin bazı gelişmeleri yansıtan karar çizgisi, *Güzelyurtlu ve diğerleri v. Kıbrıs ve Türkiye* davası ile *kanaatimizce* bozulmuştur.<sup>57</sup> Başvuruya dayanak olan olaylar şöyledir: KKTC'de banka sahibi olan E.G. ve kendisi gibi Türk kökenli Kıbrıs (Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti) vatandaşı olan eşi ve kızı ile KKTC'de yaşamaktadır. Bankası battıktan sonra, Kıbrıs'ın Larnaka şehrine kaçar, kısa süre sonra eşi ve kızı da ona katılır. 15 Ocak 2005 günü, Larnaka- Lefkoşa otoyolunda görevli bir Kıbrıs polisi tarafından arabanın içinde ölü bulunurlar.<sup>58</sup> Adanın her iki tarafındaki yönetim soruşturma başlatır. Eksik soruşturma iddiaları ile hiçbir bağlantısı<sup>59</sup> olmamasına rağmen, İHAM bu iddialar ile ilgili işlem/eylemleri Türkiye'nin ülke dışı yetkisi içinde saymıştır. İHAM yetki bağını kurabilmek için bu kez, 'special features' (özel durumlar/özel nitelikler) şeklinde ifade ettiği bir kavram kullanmıştır.<sup>60</sup> Özel durumlardan biri yeni şişe eski şarap kabilindendir: ülke dışılık bağı için Türkiye'nin 'işgalci' olması yeterli sayılmıştır. Diğerisi ise, cinayet şüphelilerinin KKTC'ye kaçmasıdır; İHAS'a taraf bir

<sup>50</sup> Ibid. parag. 154.-155.

<sup>51</sup> *Catan ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, parag. 102-123.

<sup>52</sup> Ibid. parag. 116-120.

<sup>53</sup> Ibid. parag. 113-114.

<sup>54</sup> Ibid. parag.115.

<sup>55</sup> *Catan ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, parag. 114.

<sup>56</sup> Ibid. parag. 150.

<sup>57</sup> İHAM, *Güzelyurtlu ve diğerleri v. Kıbrıs ve Türkiye*, 36925/07, 29.01.2019, ECHR 2019.

<sup>58</sup> Ibid. parag. 13-15.

<sup>59</sup> Bu anlamda İHAM *Catan ve diğerleri v. Moldova ve Rusya* kararından da ayrılmıştır.

<sup>60</sup> *Güzelyurtlu ve diğerleri v. Kıbrıs ve Türkiye*, parag. 192.

devlete üstü kapalı adam kaçırma imasında bulunulmuştur.<sup>61</sup> İHAM, bu iki *special features* ışığında ve İHAS'ın 1. maddesi çerçevesinde, başvuruçuların şikayetleri ile Türkiye'nin yetkisi arasında bağın kurulduğunu düşünmektedir.<sup>62</sup>

### C. Sorun Yetki İle Sorumluluğun Birbirine Karışması mı?

Sorumluluğun ön koşulu olan Taraf Devletin ülke dışı yetkisi ile ülke dışında gerçekleşen ihlallerden sorumluluğunun konu olduğu sorunlu ilk grup davalar, uluslararası bir örgüt şemsiyesi altında bir ya da birden fazla Taraf Devlet tarafından gerçekleştirilen askeri harekâtlarla ilgili ihlal iddialarını içeren davalardır.

Uluslararası örgütlerin kararları ile gerçekleştirilen askeri operasyonlar ile ilgili davalarda İHAM'ın, askeri operasyonları yöneten işgalci statüsündeki Taraf Devletle birlikte başka Taraf Devletlerin de askeri operasyonlarda yer alması durumunda yetki bağını, alanın genel kontrolü ölçütünün ağırlığını azaltarak ve esas itibarı ile de Taraf Devletlerin personeli üzerindeki otorite ve kontrol ölçütünü uygulayarak kurmuştur. Bu tespit yapıldıktan sonra, ihlal iddiasına konu olan eylemlerin görevliler üzerinden hangi devlete atfedilebileceği konusu sorun olmaktan çıkmıştır. Eğer işgali yöneten Taraf Devletin, örneğin operasyon öncesi hazırlık ve işlemlerde önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde fiil ve ihmali yoksa, sorumluluk, eylemleri ile ihlale yol açan Taraf Devlete yüklenmektedir (*Jaloud v. Hollanda*).

İkinci grupta ise, Taraf Devletlerin gerçekleştirdiği sınır ötesi askeri operasyonlar ya da müdahaleler sırasında ülke dışındaki insan hakları ihlallerini içeren davalar yer alır.

Bu davalarda ise, durum biraz daha karmaşıktır. Sınır ötesi askeri/istihbarat harekâtları ya da müdahalelerde, ülke dışı insan hakları iddialarına konu olan fiillere ilişkin bazı davalarda İHAM, Taraf Devletin yetki bağını personeli üzerindeki otorite ve kontrol ölçütü ile çözmektedir (*Illich Sanchez Ramirez v. Fransa, Isaak ve diğerleri v. Türkiye, Öcalan v. Türkiye*).

Öte yandan söz konusu bu fiillerin içinde, bir Taraf Devlet ile beraber Taraf Devletin askeri harekât yürüttüğü ya da müdahalede bulunduğu ülkedeki yerel idare/siviller de olabilmektedir. Bu defa, ihlale neden olan eylemler Taraf Devletin görevlileri tarafından gerçekleştirilmemekte ama yerel idare/sivil unsurlar tarafından gerçekleştirilmektedir ve bu durum sorumluluğun ön koşulu olan yetki meselesi ile sorumluluk meselesinin üst üste binmesine neden olmaktadır.

Sınır dışı operasyonlar ya da müdahaleler sırasında yerel idarenin/sivil unsurların eylemlerinin temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olduğunun iddia edilmesi durumunda, bu eylemlerin talimat ya da yönlendirme yolu ile Taraf Devlete atfedilebilmesi<sup>63</sup> güçtür. Zira Taraf Devletin, kendi personeli dışındaki yerel idare/sivillerin ihlal niteliğinde olabilecek fiillerini önleme yükümlülüğü (pozitif yükümlülük), öncelikle kişilerin Taraf Devletin kişisel yetkisi içinde olmasına bağlıdır.<sup>64</sup> Tam da bu noktada iki mesele örtüşmektedir. İHAM, insan hakları ihlaline ilişkin fiilleri gerçekleştirdiği iddia edilen yerel idarenin/sivillerin, davalı Taraf Devletin personelinin otorite ve kontrolü altında olduğunu tespit edemediğinde, alanın 'genel nitelikli etkili kontrolü' ölçütüne sarılmaktadır. Alan kontrolünün kendi içindeki uygulanma sorunları nedeniyle, yetkinin bu şekilde tesis edilmesinin Taraf Devletin sorumluluğunun tespitindeki yıkıcı etkileri dikkatten kaçmaktadır.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Ibid. parag 193-194.

<sup>62</sup> Ibid. parag 195.

<sup>63</sup> UHK, *Taslak Maddeler*, madde 8.

<sup>64</sup> Ülke içinde devlet görevlileri dışındaki sivillerin ihlal niteliğindeki fiillerini önleme yükümlülüğünü mümkün kılan, kişilerin yasama, yürütme ve yargı erkinden oluşan hükmetme gücünün tam bir otoritesi altında olmasıdır.

<sup>65</sup> 'Alanın genel kontrolü, Taraf Devletin sorumluluğunu gerektirdiği için...', *Loizidou v. Türkiye*, Esas, para. 56; 'Taraf Devletin ülke dışı alanda genel kontrolü varsa, yerel idare/sivillerin eylemlerinde de sorumludur', *Kıbrıs v. Türkiye*, 25781/94, parag. 77.

Belki de sorun – özellikle sınır dışı operasyonlar ve müdahaleler sırasında – İHAM’ın İHAS’ı bir şekilde ve her halde uygulamak ve mutlaka bir sorumlu bulmak istemesi yönündeki tutumudur.

## DEĞERLENDİRME

İHAM’ın ülke dışılık ile ilgili yukarıda ele alınan kararları, kendi yargı yetkisini (*jurisdictional competence*) genişletme eğilimini ortaya çıkaran kararlardır. İHAM’ın kararlarındaki bu eğilimini, uluslararası örgüt şemsiyesi altında gerçekleştirilen askeri harekâtlarda, İHAS’a taraf devletlerin, örgüt şemsiyesi ve kararları vasıtasıyla hak ihlallerini perdelemesini önlemek kaygısıyla geliştirip sürdürdüğü söylenebilir. Ama bu durumda *Banković* kararı sahip olduğu birçok eksiklikle hukuken hatalı bir karar mıdır<sup>66</sup>, yoksa bu eğilim içinde bir anomali midir? Karar yazılırken, 11 Eylül saldırılarının ardından askeri harekata ABD ile birlikte Avrupa’dan devletlerin de katılması ertesinde vuku bulacak muhtemel insan hakları ihlallerinin, bu devletlere ‘atfedilmesine’ neden olabilecek muhtemel başvuruların, süregelen eğilim içinde bir anomali yaratmış olduğu düşünülebilir.

Sınır ötesi askeri operasyonlar ya da müdahalelerde İHAM’ın yargı yetkisini genişletme eğilimini bir fonksiyonun bir tarafına koyduğumuzda, fonksiyonun diğer tarafında Taraf Devletlerin yükümlülüklerinin ‘sonsuz’ gitmesi söz konusudur. Devlet personeli olmayan yerel idarenin, hükmetme gücünden uzakta *ülke dışında* gerçekleşecek ihlale konu muhtemel fiillerinden dolayı, Taraf Devlettten ihlalleri önleme ve bireylerin haklarını koruma yükümlülüklerini yerine getirilmesini beklemek, pozitif yükümlülüklerin kapsamının sonsuz bir şekilde genişlemesine sebep olacaktır. Türkiye’nin, *Güzelyurtlu ve diğerleri v. Kıbrıs ve Türkiye* davasında, Kıbrıs’ta işlenen bir cinayetin hem işlendiği yerde (Güney Kıbrıs) hem de KKTC ülkesinde (Türkiye için her durumda *ülke dışında*) gerçekleşen soruşturmasından Türkiye’nin sorumlu olmasına sebep olduğu gibi. İHAS’ın 2. maddesindeki negatif yükümlülüğün ihlali fiillerinin ön koşul anlamında Taraf Devletin (Türkiye’nin) 1. maddesindeki yetkisi içine girmesinin mümkün olmadığı ve bu nedenle de negatif yükümlülüğün sorumluluğun söz konusu olamayacağı bir durumda, adam öldürme soruşturması ile ilgili – üstelik İHAS’ın *hukuk aleminin* dışında meydana gelen! - pozitif yükümlülük Taraf Devlete nasıl yüklenebilir?

İHAM’ın önüne sınır ötesi askeri harekâtlar ve müdahaleler ile ilgili yeni başvurular gelecek gibi gözükmektedir. Bunlardan biri, Ukrayna ile Rusya destekli ayrılıkçılar arasında silahlı çatışmaların yaşandığı bölge üzerinde, 17 Temmuz 2014 günü, karadan atılan bir füze ile vurulan uçakta 298 yolcu ölmesine üzerine, ölenlerin yakınlarının, uçağın Rusya’nın desteklediği ayrılıkçıların bölgesinden açılan ateş sonucu düşürüldüğünü belirterek, İHAS 2. maddesinin Rusya tarafından ihlal edildiğini iddia ettikleri başvurudur.<sup>67</sup>

Diğer bir muhtemel başvurunun gelebileceği bölge de Suriye’nin kuzeyi olabilir. Gerek Türkiye’nin Suriye’nin kuzeyinde yürüttüğü sınır ötesi askeri harekât ve özellikle de bu hareket bölgesindeki sivil grupların fiilleri ile ilgili başvurularda ve gerekse de Ukrayna’dan gelen başvurularda, İHAM’ın – özellikle de sivillerin *ülke dışındaki* fiillerinden Taraf Devletin sorumlu tutulması – eğilimini değiştireceğine ilişkin bir beklenti şimdilik gerçekçi değildir. Gerçekçi olan devletlerin gelmekte olana kısa ve uzun vadede hazırlanmalarıdır.

<sup>66</sup> Kararın detaylı bir analizi için bkz. Aslan Gündüz, ‘Creeping Jurisdiction of the ECtHR: The Bankovic case v. The Loizidou case’, Cilt 24, Sayı 1-2, 2004, s. 451.

<sup>67</sup> *Ayley and Others v Russia*, 25714/16 and 56328/18 (04.04. 2019).

## KAYNAKÇA

**AKSAR**, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -I-, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021.

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER**, ‘Genel Kurulu Resmi Kayıtları, 10. oturum, Ekler’, A/2929, 1955.

**ERKİNER**, Hakkı Hakan, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yayıncılık, 2010.

**İNSAN HAKLARI KOMİSYONU**, ‘İlk Taslak Tartışmaları’, E/CN.4/SR.194.

**SOYSAL**, İsmail, Türkiye’nin Siyasal Andlaşmaları, I. Cilt, (1920-1945), 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000.

**TÜTÜNCÜ**, Ayşe Nur/ **ARIKOĞLU**, Enver/ **AKÜN**, Verda Neslihan/ **BAŞKARACAOĞLU**, Elif Toluner, Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

**ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU**, ‘Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler’, Yearbook of the International Law Commission, Cilt 2, Bölüm 2 (IV-E), 2001.

## KAMUSALLIK, KAMUSAL ALAN VE İNTERNET

### Publicness, Public Sphere and the Internet

Dr. Öğr. Üyesi A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER\*

#### Özet

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin demokratik bir toplum bakımından işlevi ve bu bağlamda herkese açık ve özgür bir tartışma ortamı ile karakterize olan demokrasilerde internetin bu ortamın bir aracı olarak görülüp görülemeyeceği dünya genelinde tartışılmalı bir konudur. Özellikle günümüzde temsili demokrasinin çıkmazları göz önünde bulundurularak internetin, yurttaşların kamusal alana eşit erişimi ve siyasi karar alma süreçlerine katılımı güçlendirici bir potansiyeli olup olmadığı incelenmektedir. Bu çalışmada da internetin kamusal alan olma potansiyeli ve bu noktada getirilen eleştiriler çerçevesinde bir inceleme yapılmaktadır. Bu çerçevede güncel anayasal gelişmeler ışığında kamusallık, kamusal alan, demokratik yurttaşlık ve internet arasındaki ilişkinin ve internetin kamusal alan düşüncesine etkisinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda kamusal alan düşüncesinin tarihsel kökenlerinin günümüze yansımaları dikkate alınarak bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişimiyle kamusal alan kavramsallaştırmasına getirilen eleştiriler incelenmektedir. İnternetin küresel düzeyde hem bir hak hem de bir iktidar alanı haline gelmesi ile başlayan dijital çağ tartışmalarının kamu hukukuna yansımaları temelinde internetin kamusallığı ve bir kamusal alan olarak ele alınması konusu irdelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamusallık, Kamusal Alan, İnternet, Demokrasi, Yurttaşlık.

#### Abstract

The function of information and communication technologies (ICT's) in democratic societies, and in this context, whether the internet can be seen as a tool of democracies characterized by open and free discussion is a matter of debate throughout the world. In particular, considering the dilemmas of representative democracy today, it is examined whether the internet has a potential to empower citizens' equal access to the public sphere and participation in decision-making processes. In this study, an examination is made according to the potential and the critics of the internet as a public sphere. So it is aimed to reveal the relationship among publicity, public sphere, democratic citizenship and the internet in the light of current constitutional developments and the effect of the internet on the idea of public sphere. Accordingly, the criticisms brought to the conceptualization of the public sphere with the development of ICT's are examined, considering the reflections of the historical origins of the public sphere. The publicity of the internet and its handling as a public sphere are analyzed on the basis of the digital age debates on public law, which started with the internet becoming both a right and a power area at the global level.

**Keywords:** Publicness, Public Sphere, Internet, Democracy, Citizenship.

---

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, [asli.simsek@atilim.edu.tr](mailto:asli.simsek@atilim.edu.tr), Orcid: 0000-0001-7743-0509.

Hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim Tarihi: 11.11.2021, Kabul Tarihi: 02.12.2021.

## **GİRİŞ**

Dünya genelinde 2000'lerin ilk on yılından itibaren kitlesel protestoların arttığı ve yaygınlaştığı ve sosyal medya ve internetin, bu protesto süreçlerinin bir parçası haline geldiği görülmektedir. Bu süreçle birlikte bilgi ve iletişim teknolojilerinin demokratik bir toplum bakımından potansiyeli üzerinde durulmaya başlanmıştır. Herkese açık ve özgür bir tartışma ortamı ile karakterize olan demokrasilerde internet, bu ortamın bir aracı olarak görülebilmektedir.

Özellikle temsili demokrasinin kamusal alan ve sivil toplum oluşturmada yeterli gelmediği günümüz toplumları için müzakereci demokrasi yaklaşımı önerilmektedir. Bu yaklaşıma göre demokrasilerde sağlıklı bir müzakere ortamı için eşit haklara sahip yurttaşların, herhangi bir zorlama ve müdahale olmaksızın kararlara katılmaya, kararları etkilemeye ve önerilerde bulunmaya yönelik iletişim kanallarına eşit erişimi gibi kamusal alana ilişkin temel kavram ve ilkelere riayet gereklidir. Bu bağlamda internetin kamusal alana eşit erişimi ve siyasi karar alma süreçlerine katılımı hem nitel hem de nicel olarak güçlendirme ve demokratik siyasi sürece ve yurttaşlığa katkı sunma kapasitesi üzerinde durulmaktadır.

Öte yandan hem müzakereci demokrasinin hem de internet kullanımının mevcut iktidar ilişkilerinde herhangi bir değişim yaratmadığı ve internet-demokrasi ilişkisinin tahmin edildiği şekilde özgürlükler lehine sonuç doğuran, açık, eşit ve erişilebilir bir müzakere ortamı sunmadığı yönünde eleştiriler de mevcuttur. Aynı zamanda internetin bir araya gelme, örgütlenme, muhalefet etme gibi kolektif boyutunun, demokrasinin radikal okumalarını güçlendirdiği ve fakat hakim internet hakkı söyleminin liberal hak teorisiyle temellendirilmesi dolayısıyla internetin bu boyutunun ihmal edildiği şeklinde eleştiriler de söz konusudur. Bu tartışmaların ortak noktası ise kamusal alan bağlamında interneti ne şekilde ele alacağımızda düğümlenmektedir.

Bu çalışma kapsamında internet, kamusal alan olma potansiyeli ve bu noktada getirilen eleştiriler çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu çerçevede çalışmada teorik bir tartışma yürütülmekte ve tartışmanın ana hatları güncel örnekler ve saha araştırmalarıyla desteklenmektedir. Gerçekten de bazı devletler anayasalarında interneti bir hak ve özgürlük alanı olarak tanıma yolunda adımlar atmıştır. Benzer şekilde yüksek mahkemeler tarafından internetin nasıl bir kamusal alana karşılık geldiği yönünde hüküm kurulduğu görülmektedir. Bu gibi güncel anayasal gelişmeler ışığında kamusal alan, demokratik yurttaşlık ve internet arasındaki ilişkinin ve internetin kamusal alan düşüncesine etkisinin ortaya konulmasına ihtiyaç vardır. Bu çalışma ile küreselleşen bilgi ve iletişim teknolojilerinin demokrasi ve kamusal alan üzerindeki etkisi çerçevesinde internetin bir kamusal alan olarak ele alınıp alınamayacağını incelemek amaçlanmaktadır. Bu bağlamda demokratik yurttaşlık ile internet ilişkisi Kamu Hukukundaki kamusal alan literatürü perspektifinden tartışılmaktadır.

## **I. KAMU VE KAMUSAL ALAN DÜŞÜNCESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİNE KISA BİR BAKIŞ**

Geç Ortaçağ'dan itibaren Avrupalı toplumlarda kamu-özel ikiliği, genel hatlarıyla iki farklı anlamıyla tezahür etmeye başlamıştır. Birincisi modernleşen, merkezileşen ve şiddeti tekelde toplayan devletin iktidar alanı ile siyasal denetim alanının dışında görülen, ekonomik faaliyetler ve kişisel bağların kurulduğu özel alan arasındaki ilişkilerle bağlantılı görülmektedir. Bu anlamıyla kamu, giderek daha fazla devletten kaynaklanan ve devletle ilgili olan faaliyeti, başka bir deyişle kamu otoritesini ifade ederken, özel alan, devletten ayrı ve onun dışındaki faaliyetler ve yaşam alanı olarak anlaşılmaya başlanmıştır.<sup>1</sup>

Devletin vergilendirme yetkisinin parlamentolar gibi demokratik kurumları beraberinde getirmesi, liberal anayasal modelin yaygınlaşmasıyla siyasilerin yapıp ettiklerinin alenileşmesi ve 19.

<sup>1</sup> John B. Thompson, *Medya ve Modernite*, (çev. S. Öztürk), Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2008, s. 186.

yüzyıl itibarıyla kapitalist toplumlarda devletlerin ekonomik faaliyeti düzenleme aracılığıyla özel alana daha fazla müdahale etmesi sonucu bireyler ve birey grupları, kişisel ve ekonomik bağlar dışında kamusal karar alma süreçlerine katılmak ve kamuoyu oluşturmak üzere baskı ve menfaat grupları kurmaya başlamışlardır.<sup>2</sup> Böylece kamu-özel ikiliğinin ikinci anlamı ortaya çıkmıştır. Bu anlamıyla kamu, aleni ve kamuya açık demektir. Gerçekten de ikinci anlamda kamu, mahremiyete karşı kamusalılık, gizliliğe karşı açıklık, görünmezliğe karşı görünürlük<sup>3</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda kamusal eylem, kapalı kapılar ardında ve gizlice gerçekleştirilen eylemden ayrılarak herhangi birinin görülebileceği şekilde icra edilmiş görünür bir eylemi ifade etmektedir.<sup>4</sup> Buna karşıt olarak Ortaçağ feodalizmini karakterize eden hususun, bütün etkinliklerin sadece özel alana sahip olduğu hane alanında gerçekleşmesi dolayısıyla bir kamu alanının mevcut olmamasıdır.<sup>5</sup>

Bu gelişmeler sonucunda modern toplumlarda kamu, iki farklı şekilde anlaşılmaktadır. İlki, yasama, yürütme organları, kolluk ve kamu hizmetlerini ifa eden devletin sahibi olduğu ekonomik kurumlar da dahil devlet ve yarı devlet kurumları anlamında kamusal alanı belirtmektedir. İkincisi ise aleni ve kamuya açık anlamında kullanılan kamudur. Bu ikinci anlamıyla, özel ve kapalı olmayan, gayrimuayyen olan anlamında kamu; görülen, gözlenen, izleyiciler önünde icra edilen, herkesin veya çoğunluğun görmesine ve işitmesine açık olan bir kamusal alana işaret etmektedir.<sup>6</sup> Böyle bir kamusal alan düşüncesinin kökeni, Antik Yunan'a dayanmaktadır.

Kökeni Antik Yunan'a dayanan ve fakat çeşitli yönleriyle Antikite'deki kamusal alandan ayrılan modern kamusal alan düşüncesinin ortaya çıkışıyla birlikte çağdaş kamusal alan modelleri üzerine tartışılmaya ve bunun öncekilerden farkı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Örneğin Antik Yunan Polisi'nin kamusal alanını ideal bir mekan olarak ele alan Arendt'in kamusal alan modeline göre poliste kamu alanında eylemde bulunan kimse, yaptığı eylemle kendisini başkalarına açıklamak istemektedir.<sup>7</sup> Buna karşılık modern dönemde nüfus arttıkça, kamu alanı siyasetten ziyade toplumsal olan tarafından belirlenmeye başlamıştır. Bu da Arendt'in kamusal alan modelinin, Antik Yunan Polisi'nin özelliklerine sahip bir mekanda gerçekleşebilecek kamusal alan modellerinin özel bir türü olarak değerlendirmeyi olanaklı kılmaktadır.<sup>8</sup>

Bireysel haklar ve serbest piyasa ekonomisine dayanan liberal kamusal alan modelinde kamusal yaşama katılım, araçsallaştırılarak farklı ahlaki ve bireysel tercihlerin kendini ifade edebileceği bir ortam olarak ele alınmaktadır.<sup>9</sup> Bu bağlamda siyasî liberalizmin tarihsel olarak mutlakiyetçiliğe karşı sınırlı ve rasyonel iktidar ve özel alana saygı temelinde yükseldiği üzerinde durulmaktadır.<sup>10</sup> Devlet iktidarının ve diğer kamu etkinliklerinin sınırları ve meşruiyetine yoğunlaşmış olan liberalizm zamanla günümüzde uygulandığı biçimiyle liberal demokratik temsilî sistemler olarak kurumsallaşmış ve bu da sistemi siyasi yaşamın dernekler, toplumsal hareketler ve

<sup>2</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 187.

<sup>3</sup> Hannah Arendt, İnsanlık Durumu, (çev. B. S. Şener), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994, s. 74.

<sup>4</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 188-189.

<sup>5</sup> Hannah Arendt, s. 54. Pierson bu durumu, kamu hukuku ile özel hukuk ilişkilerinin iç içe geçmesi şeklinde betimlemektedir. Christopher Pierson, Modern Devlet, (çev. N. Kutluğ-B. Erdoğan), Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 63-65.

<sup>6</sup> Jürgen Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, (çev. T. Bora-M. Sancar), 15. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 58; Norman P. Barry, Modern Siyaset Teorisi, (çev. M. Erdoğan-Y. Şahin), Liberte Yayınları, Ankara, 2004, s. 312; Thompson, Medya ve Modernite, s. 187-189.

<sup>7</sup> Ahmet Karadağ, 'Kamusal Alan Modelleri: Çoğulcu Perspektiften Bir Değerlendirme', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 3, Yıl: 2003, s. 177.

<sup>8</sup> Seyla Benhabib, 'Kamu Alanı Modelleri', Cogito, Sayı: 8, Yıl: 1996, s. 239; Karadağ, s. 178.

<sup>9</sup> Reyhan Sunay, 'Cumhuriyetçi-Liberal-Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye'de Kamusal Alanın Gelişimi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2002, s. 56-57.

<sup>10</sup> Jürgen Habermas, "Kamusal Alan", (çev. M. Özbek), Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 99.



yurttaş grupları gibi başka boyutlarını ihmal etmeye götürmüştür.<sup>11</sup> Bu ise liberal modelde kamusal tartışmanın belirli sınırları olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>12</sup> Öyle ki liberal devletin yurttaşlarının adil bir siyasi düzenin ilkelerini saptayan kurucu meclisi bir kez oluşturduktan sonra “politik alışverişin demokratik arenasını terk edip kendi özel meskenlerine çekileceği” varsayılmaktadır. Dolayısıyla bir siyasi tartışma, eylem ve alışveriş yeri olarak düşünülen kamusal alan kavramı liberal modelde küçük bir role sahip olarak nitelendirilmektedir.<sup>13</sup>

Habermasçı anlamıyla kamusal alan ise temsili kamu, edebi kamu ve siyasal kamu olmak üzere üç türdür. Kendini toplumsal bir alan, bir kamu alanı olmaktan ziyade, Avrupa Ortaçağı boyunca iktidarını halkın önünde temsil ve teşhir eden feodal hükümdarın statü belirtisi olarak gören temsili kamu, kapitalizm öncesi döneme özgü olarak nitelendirilmektedir.<sup>14</sup> Bu noktada kamu ile özel alan arasındaki ilişki bakımından antik veya modern dünyadaki gibi bir karşıtlık yerine hem kamusal egemenlik yetkilerinin hem de kazanılmış özel hakların toprak ve araziye bağlı olarak sıkı sıkıya bütünleştikleri görülmektedir.<sup>15</sup> Kapitalist döneme geçişle birlikte çözülen temsili kamu ve onun kurumları olan kilise, krallık ve aristokrasi, burjuvazinin öncülerinin kamusal akıl yürütme sanatını saraydan koparmasıyla dönüşüme uğramıştır.<sup>16</sup> Bu dönüşüm aynı zamanda modern devlet aygıtının, monarkın kişisel alanından ayrışıp özerkleşmesiyle yakından ilişkilidir.<sup>17</sup> Kamusal akıl yürütme sanatının saraydan koparılması, burjuva toplumunun, ekonomik yaşamın merkezi olan şehrin aynı zamanda kahvehaneleri, salonları, yemek davetleriyle sarayın kültürel karşıtı olarak konumlanarak edebi kamuyu kurumlaştırması anlamına gelmektedir.<sup>18</sup> Böylece feodal dönemden kapitalist döneme geçişle birlikte yapısal bir dönüşüme uğrayan kamusal alan, artık yasama ve yürütme erkinin siyasi işlevli bir kamu aracılığıyla müzakereye sunulduğu bir siyasal düzende vücut bulmaktadır.<sup>19</sup> Bu müzakere ise kamusal topluluğun akıl üretimiyle oluşan ve gelişen tartışmanın basın aracılığıyla özgür bir hareket alanına kavuşan kamuoyunu ifade etmektedir. Bu süreçte henüz basın faaliyetinin kendisi ticarileşmemiştir.<sup>20</sup> Böylece Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü’nde burjuva kamusal alanının ortaya çıkışından hareket etmekte ve Avrupa toplumunun 16. yüzyıldan itibaren modernleşme sürecinin, yeni bir kamusal alanın doğuş koşullarını yarattığına işaret etmektedir.

Dolayısıyla modern toplumlarda siyasi karar alma süreçlerine katılım için Habermas’ın kavramsallaştırdığı kamusal alan, Antik Yunan kamusal yaşamındaki geleneksel biraradalık ve yüz yüzelik düşüncesinin izlerini taşımaktadır.<sup>21</sup> Bu yeni kamusal alanın beraberinde getirdiği kamusal alan, artık devletin bir parçası olmayan, aksine devlet faaliyetlerinin eleştirilip sorgulandığı devletten özerk bir alandır.<sup>22</sup>

<sup>11</sup> Benhabib, ‘Kamu Alanı Modelleri’, s. 248.

<sup>12</sup> Levent Köker, “Demokratik Meşruluk, Kamusal Alan ve Çokkültürlülük Sorunu”, Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 317.

<sup>13</sup> Benhabib, ‘Kamu Alanı Modelleri’, s. 248.

<sup>14</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, s. 64-65; Karadağ, s. 185.

<sup>15</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, s. 62-63.

<sup>16</sup> Karadağ, s. 186.

<sup>17</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, s. 96.

<sup>18</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü s. 96-97.

<sup>19</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, s. 43 ve 169-170.

<sup>20</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, s. 308-309.

<sup>21</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 199.

<sup>22</sup> Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, s. 51-52; Thompson, Medya ve Modernite, s. 112-113.

## II. KAMUSALLIK DÜŞÜNCESİNİN EVRİMİ, SORGULAMALAR VE ELEŞTİRİLER

Özel alandan ve temsili kamudan ayrılan burjuva kamusal alanı siyasi konuları ele alan süreli basının yükselişi ve insanların yüz yüze bir araya gelmelerini sağlayan kahvehaneler ve salonların sayısının kentlerde artışı ile karakteristik görünümüne kavuşmuştur. Gerçekten de Habermas'ın ortaya koyduğu kamusalılığı karakterize eden, devletin eylem ve işlemlerini özel alandan farklılaşan, devletten özerk bir sivil toplum alanında tartışan bireylerden oluşan bir burjuva kamusal alanıdır. Bu yeni kamusal alanın meydana gelişinde Habermas, 17. ve 18. yüzyılda toplumsal ve siyasi konuları ele alan süreli basının yükselişi ile insanların yüz yüze bir araya gelmelerini sağlayan kahvehaneler ve salonların sayısının kentlerde artışının etkili olduğuna dikkat çekmektedir.<sup>23</sup> Modern devlet kurumsallaşırken süreli basının tetiklediği bu eleştirel ve sorgulayıcı açık tartışma ortamının devlet üzerinde dönüştürücü etkisi olduğunu belirten Habermas, anayasal demokrasiler ve onların parlamentoları ile bu demokrasiyi destekleyen hukukun üstünlüğüne dayalı diğer kurumlarının icraatlarının aleniyetinin de kurumsallaştığını belirtmektedir.<sup>24</sup>

Böyle bir kamusalılık düşüncesi, geç Ortaçağ ve erken modern dönemde Avrupa toplumlarında geçerli olan temsili kamu düşüncesine karşı gelişmiştir. Sarayın kapalı kapıları ardında devlet işlerinin yürütülmesi ve soyluluk göstergesi olan işaret, kılık-kıyafet, ritüellerin kamusal olarak sergilenmesi kurumsallaşarak temsili kamuya vücut vermiştir.<sup>25</sup> Karar ve siyasaları görünür kılınması için değil, iktidarlarının yüceltilmesi ve kamusalılığının vurgulanması için kullanılan temsili kamusalılık, karar alma süreçlerini halkın bakışına kapalı bir mekanda, gizli bir kabinde gerçekleştirerek hikmet-i hükümeti (raison d'état) oluşturmuştur.<sup>26</sup> Avrupa toplumlarında 17. yüzyıla gelindiğinde geçerli olan burjuva kamusal alanı ise kraliyet ailesinin ve feodal düzenin aristokratik siyasi yapısının geleneksel otoritesi ile çatışmaktadır. Kamusal akıl yürütme sanatını sarayın kapalı kapıları ardından çıkararak kahvehaneler, salonlar, davetler ve toplantılara taşıyan burjuva sınıfı, hem özel alandan hem de temsili kamudan ayrılan bir kamusal alan oluşturmuştur.<sup>27</sup> Böylece siyasî tartışma ve müzakere ortamı kapalı ve gizli olmaktan açık ve aleni olmaya evrilmiştir. Devletlerin meşruiyet inşasını beraberinde getiren anayasal demokratik kurumlar aracılığıyla siyasî iktidarın görünmezliğine belli açılardan sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre sadece devlet güvenliği ve istikrarını ilgilendiren konuların devlet sırrı olarak kabul edilmesi ve devlet sırrının kapsamının daraltılması<sup>28</sup> aracılığıyla temsili demokrasilerde parlamento gibi siyasî kurumlar ve yurttaşlık hakları alanı kamusal hale getirilmiştir.<sup>29</sup>

Habermas'ın çizdiği bu ideal kamusal alan düşüncesi ise teorik olarak kamusalılığa evrensel erişim üzerine kuruludur. Pratikte ise eğitilmiş, en azından okur-yazar, kentli, soylu ya da burjuva mülk sahibi sınıflardan gelen erkek yurttaşların istifade ettiği bir kamusalılık türemiştir.<sup>30</sup> O halde bu yeni kamusalılık bazı toplumsal kesimleri dışarıda mı bırakmıştır, yoksa Habermas çalışmasında

<sup>23</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 100-108; Thompson, Medya ve Modernite, s. 113.

<sup>24</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 171-173; Thompson, Medya ve Modernite, s. 114; Antje Gimmter, 'Deliberative Democracy, the Public Sphere and the Internet', Philosophy & Social Criticism, Cilt: 27, Sayı: 4, Yıl: 2001, s. 24.

<sup>25</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 65-66.

<sup>26</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 190.

<sup>27</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 96-98.

<sup>28</sup> Günümüzde devlet sırrı kavramı, her ne kadar devletlerin tayin edebildiği bir bilgi alanına karşılık gelse de şeffaf, hesap verebilir ve sorgulanabilir bir siyasî iktidarın çeşitli bilgileri sır statüsüne yükselterek o bilgiye erişme ayrıcalığını kamunun görüş açısından çıkarıp denetim dışı bırakması demokratik rejimlerde hukuk devleti anlayışı gereği eleştirilmektedir. Rukiye Akkaya Kia, 'Devlet Sırrı, Kimin Sırrı?', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 750, 751 ve 755.

<sup>29</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 191.

<sup>30</sup> Douglas Kellner, 'Habermas, the Public Sphere, and Democracy: A Critical Intervention', <http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/kellner.html> (erişim tarihi 07.06.2021), s. 5.

burjuva kamusalılığı dışındaki kamusalılıkları dışarıda mı bırakmıştır? Her iki husus açısından da Habermas'ın çalışması ve genel hatlarıyla “burjuva kamusal alanının sınırlı doğası”<sup>31</sup> eleştirilmektedir.<sup>32</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü'nü 1962 yılında yayımlamış olmasına karşın, eserin yeniden keşfi olarak adlandırılan dönem ve bu dönemde olgunlaşan eleştiriler, 1980'lerin sonları ve 1990'ların başında karşımıza çıkmaktadır.<sup>33</sup> Yöneltilen eleştirileri dört başlık altında toplamak mümkündür.<sup>34</sup> İlk eleştiriler, toplumun farklı kesimlerinin kamusal alana ve burada üretilen bilgiye erişiminin evrenselleştirilemeyeceği, aksine burjuva sınıfından erkeklerin dahil olabildiği, kadınların ise dışlandığı sınırlı bir kamusalılığın söz konusu olduğu noktasında toplanmaktadır.<sup>35</sup> Benzer şekilde örneğin 19. yüzyıl Kuzey Amerikası'nda resmi kamusal alandan dışlansalar bile farklı sınıf ve etnisiteden kadınlar siyasal yaşama katılmanın yollarını bulmuşlardır. O halde kamusal alana evrensel bir eşit erişimin verili kabul edilmesi eleştirilmektedir.<sup>36</sup> İkinci olarak özel alan-kamusal alan ile devlet-kamusal alan ayrımları belirlenirken sınırların Habermas'ın tespit ettiği kadar açık olmadığı yolundaki eleştirilerdir.<sup>37</sup> Buna göre liberal devletin özel alanı düzenlemekle varsayıldığı kadar ilgisiz olduğu ya da toplumsal ve siyasal çatışmanın çözümünde düşünüldüğü gibi müdahaleci olmadığı hususuna itiraz edilmektedir. Dolayısıyla devletin yaptığı düzenlemelerle ve hukuk reformları aracılığıyla özel mülkiyete dayalı serbest piyasanın önünü açması ve aynı zamanda kamuya ait alanı koruması üzerinde durulmaktadır.<sup>38</sup> Üçüncü olarak akılcı (rasyonel) bir iletişim aracılığıyla evrensel normlara dayalı bir konsensüs oluşturulabilmesine yöneliktir. Burada kamuyu kamusal alanda kanaatlerini oluştururken sadece rasyonel şekilde akıl yürüten bireyler yurttaşların oluşturmadığına, ama aynı zamanda toplumsal baskılar nedeniyle gerçek kanaatlerini gizleyen; sadece akılla değil, inançlarıyla da hareket eden bir kitlenin kamuyu oluşturduğuna odaklanılmaktadır.<sup>39</sup> Dördüncü olarak Habermas'ın kamusalılığa evrensel erişim düşüncesinin pratikte sadece “okuyan bir kamuya tahsis edilmiş bir alan” a karşılık gelmesi yönündeki eleştiriler yer almaktadır.<sup>40</sup> Bu bağlamdaki eleştirilerin başlattığı ve “muhalif (karşıt) kamusal alan” olarak adlandırılan bu ekol, kamusal alanı üretim ilişkileri üzerinden tarif ederek proletaryayı ve proleter tecrübe ve onun örgütlenmesini kamusal alana taşımaktadır.<sup>41</sup> Habermas da 1990'ların başında bu eleştirilere yanıt vermiş ve yaklaşımında burjuva kamusal alanının sınırlı doğasından kaynaklanan eksikliklere yönelik eleştirilerin hakkını teslim etmiştir.<sup>42</sup> Bu noktada belirtilen eleştirileri de dikkate alarak 21. yüzyıl itibarıyla sorulması gereken temel soru dijitalleşmenin kamusal alanı ne şekilde etkilediği olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>31</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 117.

<sup>32</sup> Carol Pateman, The Sexual Contract, Stanford University Press, USA, 1988, s. 3-8; Gimmler, s. 24; Seyla Benhabib, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, Habermas and the Public Sphere, Craig Calhoun (ed.), The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1992, s. 92-93; Thompson, Medya ve Modernite, s. 114-115 ve 117.

<sup>33</sup> Meral Özbek, “Önsöz”, Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul, 2010, s. 10.

<sup>34</sup> Éric Dacheux, ‘Kamusal Alan: Demokrasinin Anahtar Bir Kavramı’, Éric Dacheux (der.), Kamusal Alan, (çev. H. Köse), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 16-18.

<sup>35</sup> Pateman, s. 10-11; Nancy Fraser, ‘Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy’, Social Text, Sayı: 25/26, Duke University Press, 1990, s. 60-61.

<sup>36</sup> Fraser, s. 60-61.

<sup>37</sup> Dacheux, s. 16.

<sup>38</sup> Geoff Eley, “Nations, Publics, and Political Cultures: Placing Habermas in the Nineteenth Century”, Craig Calhoun (ed.), Habermas and the Public Sphere, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1996, s. 320-321.

<sup>39</sup> Dacheux, s. 17.

<sup>40</sup> Dacheux, s. 18.

<sup>41</sup> Oskar Negt/ Alexander Kluge, “Kamusal Alan ve Tecrübe’ye Giriş”, Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul, 2010, s. 134-135; Ülker Yükselbaba, ‘Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları’, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: LXVI, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 258.

<sup>42</sup> Jürgen Habermas, “Further Reflections on the Public Sphere”, Craig Calhoun (ed.), Habermas and the Public Sphere, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1996, s. 421.

## **A. Devletin Piyasaya Müdahalesinden Küreselleşmenin Etkilerine Kamusalığın Dönüşümü**

Devlet ile toplum ve devlet ile ekonomi arasındaki ilişkinin klasik anlamıyla verili ulusal sınırlar içinde belirlendiği varsayılmaktadır.<sup>43</sup> Benzer şekilde devlet ve ekonomi alanından ayrıışan kamusal alan da ulusal sınırlar içinde bir olgu olarak düşünülmektedir. Buna karşılık küreselleşme ile birlikte devletlerin kapasite sınırlarının küresel ya da uluslararası olarak adlandırılan toplumsal ve siyasal ortam tarafından giderek daha fazla belirlendiği öne sürülmektedir.<sup>44</sup> O halde kamusal ve kamusal alan küreselleşmeden ne şekilde ve ölçüde etkilenmektedir? Habermas’a göre 20. yüzyıl kamusalılığı bu anlamda 17. yüzyılda meydana gelen kamusalılıktan oldukça farklıdır. Habermas’ın öne sürdüğü üzere, 20. yüzyılda mal ve hizmetlerin, onlara erişemeyenlere devletin piyasaya müdahalesiyle kamu hizmeti olarak sunulması ile birlikte kamusal alana tekrar devlet kurumlarının dahil olması ve öte yandan medya araçlarının ticarileşmesi ve küreselleşmesi, kamusal alanı yapısal bir dönüşüme uğratmıştır.<sup>45</sup>

Bu noktada kamusalığın dönüşümünde birbiriyle ilişkili iki farklı boyut karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki devletin piyasaya müdahalesinin kamusalılığı dönüştürmesi, ikincisi ise ekonominin küreselleşmesiyle yakından ilgili olarak medya araçlarının ticarileşmesi ve küreselleşmesidir. Devletin piyasaya müdahalesinin kamusalılığı dönüştürmesi dendiğinde Habermas, burjuva kamusalılığının, özel bireylerin mutabakatına dayalı bir kamusalılıktan meydana gelen yasalar iken sosyal devlet politikalarının izlenmesiyle dönüştüğünü belirtmektedir. Ona göre artık siyasal kamu devletle iş gören ya da doğrudan kamu idaresiyle ilişki içinde olan kitle örgütleri, siyasal partiler gibi toplumsal yapıların birbiriyle çatışan özel çıkarlarının uzlaşması anlamına gelmektedir. Bu durumda Habermas, kamusal ve özel alanların birbirinin içine geçmesinden söz etmekte ve bunu kamusal alanın bir tür “yeniden feodalleşmesi” olarak adlandırmaktadır.<sup>46</sup> Habermas, aynı zamanda sosyal devletin siyasal kamusalılığının artık salt basın-yayın kurumları aracılığıyla serbestçe görüş bildiren bireylerin özel kişiler olarak kanaatlerini açıkladıkları geleneksel biçimle ilişkili görülmediğinin altını çizmektedir. Habermas’a göre artık bu alana devletin karışmaması değil, tam tersine karışması ve hatta bu alanı kurumlara ödevler yükleyerek düzenlenmesi söz konusudur.<sup>47</sup>

Kamusalığın dönüşümünde ikinci olarak karşımıza ekonominin küreselleşmesiyle yakından ilgili olarak medya araçlarının ticarileşmesi ve küreselleşmesi çıkmaktadır. Kitle iletişiminin<sup>48</sup> özelliklerinden birinin de buna erişilebilirliğin kamusal alan ile özel alan arasındaki farklılıkla ilgili olduğu savunulmaktadır. Kitle iletişim ürünlerinin kamuya açık ve erişilebilir olmasının, onun kamusal bir özellik göstermesi anlamına geldiği belirtilmektedir.<sup>49</sup> Haberleşme teknolojilerinin iletişime zamandan ve mekandan bağımsızlaşarak hız kazandırmasıyla küresel düzeyde birbirine karşılıklı bağımlı bölgelerin anlık bir iletişim hızına ulaşması mümkün olmuştur.<sup>50</sup> Bu noktada kitle iletişim araçlarının kullandığı teknolojiler aracılığıyla modern iletişim tekniklerinin gelişmesinin siyasal anlamda bireysel ve grup ilişkilerini etkilediği üzerinde durulmaktadır. Bu anlamda coğrafi uzaklık ya da yakınlığın siyasi önemini kaybetmesiyle devletlerin siyasal sınırlarının öneminin azaldığı belirtilmektedir.<sup>51</sup> Medya iletilerinin içeriği, farklı yerlerde yaşayan bireylerce görülebilir ve

<sup>43</sup> Pierson, s. 163.

<sup>44</sup> Pierson, s. 164.

<sup>45</sup> Habermas, Jürgen, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 334, 340, 342-345.

<sup>46</sup> Habermas, ‘Kamusal Alan’, s. 100-101.

<sup>47</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 366-367.

<sup>48</sup> Thompson, kitle iletişimini “enformasyon veya sembolik içeriğin sabitlenmesi ve iletimi yoluyla sembolik malların kurumsallaşmış üretimi ve genelleşmiş dağıtımı” olarak tanımlamaktadır. Thompson, Medya ve Modernite, s. 49.

<sup>49</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 55.

<sup>50</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 62-63.

<sup>51</sup> İlyas Doğan, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 400.

gözlemlenebilir hale getirilerek kamusallaştırılmaktadır.<sup>52</sup> Konumuz bağlamında iletişimin küreselleşmesindeki temel etkenlerden görülen internetin, bilgiye ulaşmayı dünya çapında olanaklı kılmasından ve bunların da siyaset alanında şeffaflığı beraberinde getirmesinden söz edilmektedir.<sup>53</sup> Bunun yanı sıra geleneksel kitle iletişim araçları olarak görülen yazılı basın, radyo ve televizyondan da bu anlamda ayrılan internetin hem kişisel iletişimde hem de kitle iletişimde kullanılabildiği hem de diğerlerinden farklı olarak medya kuruluşu için belirli bir sermaye ya da gazeteci gibi meslek elemanı olmaksızın herkesin yayıncı olabilme özelliği,<sup>54</sup> internetin kamusalığa katkısı çerçevesinde kamusal alan tartışmalarını tekrar gündeme getirmiştir.<sup>55</sup>

Bu gelişmeleri basitçe internetin iletişimi küreselleştirerek yeni bir kamusalılık ortaya çıkardığı ya da yönetimleri daha şeffaf hale getirdiği biçiminde yorumlamak internet ile kamusalılık ve kamusal alan arasındaki ilişkiyi açıklamaya yetmemektedir. Bir yandan devletin piyasaya müdahalesinin kamusalılığı dönüştürmesi meselesi 20. yüzyıldaki basın özgürlüğü bağlamındaki gelişmeleri anlamak için yeterli gelse de bu yüzyılın sonu ve yeni yüz yılın başı itibarıyla medya endüstrilerinde çoğalan kaynak yoğunlaşmasıyla iletişim alanında küresel çapta şirketlerin güç kazanması<sup>56</sup> devlet dışında yeni aktörlerin kamusalılığı ne yönde etkilediği meselesini gündeme taşımaktadır. Dolayısıyla bugün medya örgütlerinin küresel ölçekli ticari kuruluşlara dönüşmesiyle ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi bireysel özgürlük alanının, devlet iktidarının aşırı müdahalesinden ziyade küresel şirketler niteliğindeki medya kuruluşlarının aşırı büyümelerinden kaynaklı bir tehditle karşı karşıya olduğu ifade edilmektedir.<sup>57</sup>

Öte yandan ekonominin küreselleşmesiyle sermayenin hızlanan uluslararası devingenliği, uluslararası ticaretin yoğunlaşması ve küresel rekabetin gerekleri gerekçesiyle 20. yüzyıl sonunda toplumsal yaşama devlet müdahalesinin asgari düzeye düşürülmesi ve kamu hizmeti olarak görülen hizmetlerin özelleştirilmesi yoluna gidilmiştir.<sup>58</sup> Dolayısıyla küreselleşme dalgasıyla birlikte devlet, adaletin ve fırsat eşitliğinin sosyal refah politikaları aracılığıyla piyasaya müdahale yönteminden vazgeçerek kamu harcamalarını azaltma ve küçülme yoluna gitmiştir.<sup>59</sup> Bu süreç, küreselleşme taraftarlarınca kusursuz bir biçimde bütünleşen uluslararası piyasaların, devletin çoğu zaman baskıcı müdahalesini hızla tasfiye ederek sınırsız bir dünyaya kapı açtığı şeklinde yorumlansa da küreselleşme ve modern ulus-devlet ilişkisine daha dikkatli bakıldığında özünde devlet müdahalelerin hacminin değil, niteliğinin değişmiş olduğunun altı çizilmektedir.<sup>60</sup> Belirtilen bu gelişmeler ışığında internetin kamusalığa etkisinin küreselleşme, devlet müdahalesinin değişen niteliği ve bilgi ve iletişim teknolojilerinin ticarileşmesi bağlamında ele alınması yerinde olacaktır.

## **B. Endüstri Devrimi'nden Endüstri 4.0'a Kamusal Alanın Dönüşümü**

Kamusal alana ilişkin literatürde yaklaşık otuz yıllık sessizliğin nedeni olarak dönemin siyasi atmosferini belirleyen, birbirine bağlı iki önemli süreç gösterilmektedir. Birincisi Habermas, eserini kaleme aldığı henüz 2. Dünya Savaşı sonrası bir toplumsallık yaşanmaktaydı ve bunu belirleyen siyasi süreç iki kutuplu dünya idi. Henüz devlet, toplum ve ekonomi arasındaki ilişkiler, ulusal sınırlar içinde şekillenmekteydi. Ancak aynı zamanda modern ulus devletlerin içinde yeşerdiği 17.

<sup>52</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 55-56.

<sup>53</sup> Doğan, s. 400.

<sup>54</sup> Ömer Gedik, "İnternet Özgürlüğü: Önemi ve Unsurları", Selda Çağlar (ed.), Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 428-429.

<sup>55</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 355.

<sup>56</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 360.

<sup>57</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 361.

<sup>58</sup> Pierson, s. 167-168.

<sup>59</sup> Mehmet Akad/ Bihterin Vural Dinçkol/ Nihat Bulut, Genel Kamu Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 218.

<sup>60</sup> Pierson, s. 168 ve 170; Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 205-206.

yüzyıl kamusalılığından da farklı bir kamusalılık, 19. yüzyıl itibariyle Endüstri Devrimi ile birlikte yaşanmaya başlamıştı.

İkinci olarak Habermas’a göre 19.-20. yüzyıla gelindiğinde medyanın ticarileşmesi, radyo ve televizyon gibi yeni medya tekniklerinin gelişmesiyle kamusal iletişim biçimleri piyasada salt eğlence ve rahatlatma ihtiyaçlarına tahsis edilmiş tüketilecek birer mala dönüşmüştür. Böylece 18. yüzyılda yerleşik hale gelen devlet ve sivil toplum ayırımına dayalı rasyonel kamusal akıl yürütmeye dayalı burjuva kamusal alanı, dönüşmüş ve çökmüştür.<sup>61</sup> Habermas’ın bu tespitinin temelinde yurttaşların televizyon gibi teknolojilerle aktif katılımları olmaksızın, tek taraflı olarak bir şekilde seyrettikleri, manipüle edildikleri ve bu yeni iletişim teknolojileri ve medya teknikleri aracılığıyla edilgen bir konumda kolayca yönlendirilebildikleridir.<sup>62</sup> Gerçekten de kamusal akıl yürütme ve kamusal söylemin televizyon aracılığıyla ortadan kalktığını tespit eden eleştirel çalışmalar 1980’lerden itibaren yankı uyandırmıştır.<sup>63</sup> Bu eleştiriler, esasında kitle iletişim teknolojilerinin yöntemsel olarak kullanılarak bireylerin aktif yurttaştan ve onun kamusalılığından pasif izleyici bireye ve onun özel alanına doğru dönüşümünde bireylerin mutlak edilgenliğini hem kitle iletişim teknolojilerinin bir sonucu hem de günümüz dünyasının verili koşulu olarak kabul etmektedir.

Günümüzde bilgi ve iletişim teknolojileri ve konumuz bağlamında internetin kamusal alana etkisini ise artık sadece 19. ve 20. yüzyılda meydana gelen ekonomik, siyasi ve toplumsal gelişmelerle açıklamak tek başına yeterli gelmemektedir. Sanayileşmenin başlangıcından bu yana, teknolojik sıçramalar, günümüzde “endüstriyel devrimler” olarak adlandırılmaktadır. Bugün geldiğimiz noktada endüstrileşmenin dört aşamasından söz edilmektedir.<sup>64</sup> Öyle ki Habermas’ın üzerinde durduğu modern ulus devletlerin içinde yeşerdiği 17. yüzyıl kamusalılığından farklılaştığını ifade ettiği 19. yüzyıl itibariyle gerçekleşen Endüstri Devrimi bugün geldiğimiz noktada 1. Endüstri Devrimi olarak adlandırılmaktadır. Endüstri Devrimi belirleyici özelliği gereği sürekli geliştiği ve yeni devrimlere yol açtığı için 19. yüzyıl sonu 20. yüzyıl başı itibariyle elektrik kullanımı ve montaj hattı aracılığıyla seri üretime geçiş 2. Endüstri Devrimi olarak adlandırılmaktadır.<sup>65</sup> Bu süreç aynı zamanda toplumun seri üretim aracılığıyla teknolojinin ve elektriğin gündelik hayatta kullanımıyla tanışmasına denk gelmektedir. 3. Endüstri Devrimi ise 2. Dünya Savaşı sonrasında, özellikle 1960’lardan itibaren nükleer, mikroelektronik, lazer ve genetik gibi alanların yanı sıra bilgisayarın icadı ve kullanımı ile karakterize olmaktadır.<sup>66</sup> Bu gelişmeler aynı zamanda Habermas’ın, toplumun televizyon gibi teknolojilerle aktif yurttaşlıktan pasif tüketiciliğe geçmesi, yeni iletişim teknolojileri ve medya teknikleri aracılığıyla iktidar tarafından manipüle edilmesi şeklinde betimlediği kamusalılıkta dönüşüm sürecine karşılık gelmektedir.

<sup>61</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 281-283.

<sup>62</sup> Habermas, Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, s. 290-297. 20. yüzyıl itibariyle hızlı bir şekilde yaygınlaşan kitle iletişim araçlarının getirdiği iletişim kolaylığına şüpheci yaklaşan benzer argümanlar, Sennett tarafından da dile getirilmektedir. Richard Sennett, Kamusal İnsanın Çöküşü, (çev. S. Durak-A. Yılmaz), 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 337.

<sup>63</sup> Örneğin Postman, televizyonla ilgili sorunun, izleyicilere “*eğlendirici temalar sunması değil, bütün temaların eğlence olarak sunulması*” olduğunu vurgulayarak televizyonun herhangi bir teknoloji olmanın ötesine geçerek toplumsal ve düşünsel ortamı yaratan ve şekillendiren bir araca (medium) dönüştüğünü ifade etmektedir. Neil Postman, Televizyon: Öldüren Eğlence, (çev. O. Akınhay), 3. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 91-98, 101-105. Televizyon gibi kitle iletişim teknolojilerinin kamusal akıl yürütmede aktif olması gereken yurttaşı, pasif bir izleyici konumuna getirdiği yönündeki bir diğer eleştiri, Sennett’ten de gelmektedir. Sennett’e göre elektronik medyanın, kamusal yaşamın yükselişi ve çöküşü üzerinde özel bir etkisi söz konusudur. Bireyin televizyondaki politikacıya tepkisini doğrudan kendisine ve hatta yayıncıya dahi gösterememekte, en fazla televizyonu kapatabilmektedir. Bu anlamda izleyicinin pasif konumda olması, bu teknolojinin temel mantığıdır. Sennett, s. 336-337, 363-65.

<sup>64</sup> H. Lasi/ P. Fettke/ H. G. Kemper/ T. Feld/ M. Hoffmann, ‘Industry 4.0’, Business & Information Systems Engineering, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 239.

<sup>65</sup> Ahmet Fazıl Özsoylu, ‘Endüstri 4.0’, Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 42.

<sup>66</sup> Özsoylu, s. 43.

20. yüzyıl sonu, 21. yüzyıl başı itibarıyla ise bilgisayarla birlikte endüstride artan makineleşme ve otomasyon, veri alışverişi ve üretim teknolojilerinin kullanımıyla 4. Endüstri Devrimi ya da Endüstri 4.0 olarak adlandırılan aşamaya gelmiştir.<sup>67</sup> Bu aşama “dijital devrim” olarak da adlandırılmakta olup belirleyici özellikleri internet, yapay zeka ve makine öğrenmesi olarak ifade edilmektedir. Dijital devrimin, piyasa ekonomisinin iktidarının ağ-veri gücüyle eşanlamlı hale gelerek neoliberal ekonomik küreselleşmenin yeni bir aşamasını başlattığı üzerinde durulmaktadır.<sup>68</sup>

### **III. İNTERNETİ KAMUSALLIK, KAMUSAL ALAN VE DEMOKRASİ BAĞLAMINDA ANLAMA ÇABALARI**

Çalışmanın bu bölümünde internetin günümüz toplumları için anlamı ve etkisi dikkate alınarak Endüstri 4.0 ile birlikte kamusalılığı ve Kamu Hukukunu dönüştürme potansiyeli ve internetin kendisinin kamusal alan olarak ele alınıp alınamayacağı tartışmalarına değinilmektedir. Bu bağlamda dijital anayasacılık gibi güncel anayasal gelişmeler normatif düzeyde internetin kamusallığını anlama çabalarını kolaylaştırmaktadır.

#### **A. 20. Yüzyıl Sonu ve 21. Yüzyıl Başı İtibarıyla İnternetin Anlamı**

Teoride bu tartışmalar devam ederken pratikte 20. yüzyıl sonuna gelindiğinde internet gibi bireylerin eriştiklerinde onu kullanıp kendi yaşamına dahil ettiği ve içerik üretici olduğu, diğer bir ifadeyle edilgen değil, etken olduğu bağlamlar ortaya çıkmış ve hızla yaygınlaşmıştır.<sup>69</sup> 20. yüzyıl sonu ve 21. yüzyıl başı itibarıyla yaşanan bu dönem, kendinden önceki dönemlerden de belirli yönleriyle ayrıştırılmaya ve farklı şekilde tanımlanmaya başlamıştır. Öyle ki Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Özel Raportörü La Rue, tarihteki diğer herhangi bir mecradan farklı olarak internetin, bireylerin anında ve ucuz bir şekilde iletişim kurmasına olanak tanıdığını; bilgi ve fikirlerin paylaşılma ve erişilme şekli üzerinde çarpıcı bir etkiye sahip olduğunu vurgulamaktadır.<sup>70</sup>

Bilgi ve iletişim teknolojisi kullanımının etkisi altında gelişen bu yeni toplum yapısı “bilgi toplumu” ya da “ağ toplumu” gibi adlandırmalarla anılmaktadır.<sup>71</sup> Modern akıllı telefonlar, küresel bilgi ağları veya sanal gerçeklik gibi sadece birkaç on yıl önce bilimkurgu olarak kabul edilecek dijital teknolojiler dünya genelinde kanıksanmış, gündelik hayatın bir parçası olarak görülmeye başlanmıştır. Aynı zamanda toplumların dijital teknolojilere ve altyapıya giderek daha bağımlı hale gelmesi söz konusudur. Örneğin bankacılık, elektrik şebekesi yönetimi, sağlık kayıtları ve diğer kişisel verilerin saklanması ve kullanımında dijital ağlara ve veri tabanlarına giderek daha fazla oranda başvurulmaktadır.<sup>72</sup> Endüstri 4.0 ile birlikte eylemlerimize sıklıkla dijital teknolojiler tarafından aracılık edilmesi ve karşılaştığımız nesnelerin sıklıkla dijital müdahalelerle şekillendirilmesi, bir başka ifadeyle dijitalin nüfuz ettiği bir toplumda yaşıyor oluşumuz dolayısıyla<sup>73</sup> bugünün toplumu “dijital toplum” olarak anılmaya başlanmıştır. İnternet, dünya tarihinde en

<sup>67</sup> Lasi/ Fettke/ Kemper/ Feld/ Hoffmann, s. 240; Özsoylu, s. 45-46.

<sup>68</sup> Anita Gurumurthy/ Nandini Chami, ‘Towards a Global Digital Constitutionalism: A Radical New Agenda for UN75’, Development, Yıl: 2021, <https://doi.org/10.1057/s41301-021-00287-z> (erişim tarihi 11.06.2021), s. 1.

<sup>69</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 120.

<sup>70</sup> Frank La Rue, ‘Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression’, A/HRC/17/27, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 16 Mayıs 2011, s. 6-7.

<sup>71</sup> Her iki toplum tanımının ortak noktasının yüksek düzeyde bilgi alışverişi ve bilgi ve iletişim teknolojisi kullanımı ile şekillenen modern toplumlar olduğu söylenebilir. Aradaki farkı ise bilgi toplumu kavramında, bu toplumlarda faaliyet ve süreçlerin değişen özünün vurgulanması; Ağ toplumu kavramında ise dikkatin bu toplumların değişen örgütsel biçimlerine ve (alt)yapılarına verilmesi olduğu belirtilmektedir. Jan A.G.M. van Dijk, The Network Society, Sage Publications, 2006, s. 19.

<sup>72</sup> Tomi Dufva/ Mikko Dufva, ‘Grasping the Future of the Digital Society’, Futures, Sayı: 107, Yıl: 2018, s. 17.

<sup>73</sup> Allan Martin, ‘Digital Literacy and the ‘Digital Society’’, Colin Lankshear-Michele Knobel (ed.), Digital Literacies: Concepts, Policies and Practices, Sayı: 30, Peter Lang, New York, 2008, s. 151.

yenilikçi ve en hızlı gelişen iletişim ortamı olarak kabul edilmekte ve insandan insana (örneğin sosyal ağlar aracılığıyla), insandan nesneye (örneğin akıllı telefon gibi mobil iletişim cihazları aracılığıyla) ve nesneden nesneye (örneğin akıllı arabalar veya cihazlar) etkileşimi olanaklı hale getirmektedir.<sup>74</sup> Örneğin akıllı telefona ya da bilgisayara bir eklenti veya uygulama indirerek bunun kullanımı yoluyla dijital topluma aktif olarak katılmak, teknolojiyi kullananın gözünden dijitalliğe ilişkin daha fazla deneyimsel kavrayış sağlayabilmektedir.<sup>75</sup> Bu gibi dijital araçlarla birey, dijital toplumun bir parçası haline gelmektedir. Hatta günümüzde teknolojinin ulaştığı düzey itibarıyla internetin siyasi iktidarı etkileme yollarını arttırdığı ve siyasi sistem içi araçları çeşitlendirdiği kabul edilmektedir. Özellikle internete erişimin ucuzlaşması ve kolaylaşmasının siyasi yaşama katılım alanındaki dijital demokrasi araçlarını çeşitlendirdiği ifade edilmektedir. Başka bir deyişle yurttaşların internet üzerinden bilgiye erişimi kolaylaşmış, bu sayede bilgi ve düşünce üretimi de çeşitlenmiştir. Bilgi üretiminin çeşitlenmesinin ise bilginin siyasi iktidar tarafından denetlenmesini ve yönlendirilmesini zorlaştırdığı ve bu anlamda dijital çağın bilgiye de demokratik bir nitelik kazandırdığı belirtilmektedir.<sup>76</sup>

Bugünün toplumunu niteleyen bilgi, ağ ve dijital gibi ifadeler, var olan toplumun çok belirgin bir özelliğine ve toplumdaki kapsamlı bir değişikliğe işaret etse de önceden beri var olagelen sosyal, ekonomik ve siyasal düzendeki adaletsizlik ve eşitsizlik esasen devam etmektedir.<sup>77</sup> Konumuz bağlamında toplumun parçası olmak için gerekli dijital araçların kullanımı internete erişimin varlığını gerektirmektedir. Serbest piyasa kapitalizminin egemen olduğu hiyerarşik ve eşitsiz bir toplumda internete erişimdeki eşitsizliğin yarattığı “sayısal uçurum”<sup>78</sup> zaten uzun süredir var olan eşitsizliklere başka bir boyut katmaktadır. Bu anlamda internet ile bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımı aracılığıyla kamusal yaşama katılımın daha olanaklı hale geldiğine ilişkin tespitler eleştirilmektedir.<sup>79</sup> Bu eleştiriler ise bilgi ve iletişim teknolojileri alanında ortaya çıkan küresel şirketlerle yakından ilgilidir.

Günümüz toplumu Castells’e göre enformasyonelizmin kapitalizmi küresel düzeyde genişletmesi ve yenilemesiyle de bağlantılıdır.<sup>80</sup> Bu anlamda dijitalleşmenin, küresel kapitalizmin de yeni bir görünümü olduğu düşünülmektedir. Bu düşüncenin ortaya çıkışında “teknoloji devleri” (tech giants) olarak adlandırılan küresel teknoloji şirketlerinin etkisi büyüktür. Teknoloji devi kavramı, hukuki bir kavram olmamakla birlikte, teknoloji şirketlerinin, platformlarının ve hizmetlerinin yaygınlaşması sonucu pazarda hakim konum elde eden bu şirketleri tanımlamak için kullanılmaktadır.<sup>81</sup> Dijital toplumun gelişmesiyle birlikte teknoloji devleri, iletişim, bilgi arama, kamusal tartışma gibi faaliyetlerin gerçekleştiği platformları ve hizmetleri giderek daha fazla kontrol ettikleri için literatürde de artan ilginin konusu olmaktadır.<sup>82</sup>

<sup>74</sup> Mathias C. Kettemann, *The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online*, Oxford University Press, 2020, s. 21-22.

<sup>75</sup> Dufva/ Dufva, s. 24.

<sup>76</sup> Alper Işık, *Dijital Çağda Demokrasinin Dönüşümü*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 110.

<sup>77</sup> Martin, s. 153.

<sup>78</sup> Doğan, s. 402. Sayısal uçurum olarak adlandırılan bilgi ve iletişim teknolojilerine erişimdeki eşitsizlik, ekonomik eşitsizlikle yakından bağlantılı kabul edilmektedir. Örneğin yoksul toplumlar, yeni teknolojilerin en düşük seviyelerde yaygın olarak kullanıldığı toplumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde bir ülke içinde teknoloji altyapısının daha az kar getireceği düşünülen kırsal alanların bilgi ve iletişim teknolojilerine erişim kentsel alanlara göre daha kısıtlıdır. Dolayısıyla ülke içinde ya da ülkeler arasında bir eşitsizlik biçimi olarak sayısal uçurumdan söz edilebilmektedir. Kieron O'hara/ David Stevens, *Inequality.Com: Power, Poverty and the Digital Divide*, Oneworld Publications, Oxford, 2006, s. 144.

<sup>79</sup> Martin, s. 153.

<sup>80</sup> Manuel Castells, *Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum ve Kültür-Ağ Toplumunun Yükselişi*, (çev. E. Kılıç), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 23.

<sup>81</sup> Rikke Frank Jørgensen/ Marya Akhtar, *Tech Giants, Freedom of Expression and Privacy*, The Danish Institute for Human Rights, 2020, s. 9.

<sup>82</sup> Apple, Amazon, Google, Facebook, Netflix ve Microsoft gibi az sayıda teknoloji şirketi pazarın büyük kısmına hakim



Bunun yanı sıra devletin internet gibi yeni teknolojileri ve iletişim olanaklarını kullanarak toplumu biçimlendirmek ve siyasal bakımdan toplumu kontrol etmek amacıyla hareket etmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu durumda günümüz toplumları için internetin anlamı demokratik hayata katılım için yeni bir olanak olmaktan ziyade antidemokratik ve özgürlükleri kısıtlayıcı bir bağlam kazanabilmektedir.<sup>83</sup> Örneğin 2013 yılında protestolara karşı tepki olarak Mısır Hükümeti'nin emri üzerine Mısır'daki başlıca internet servis sağlayıcılardan biri olan Telecom Egypt'in verdiği internet hizmetlerini kesmeye başladığı ve kısa bir süre içinde diğer servis sağlayıcı şirketlerin de interneti kestiği bilinmektedir.<sup>84</sup> Benzer şekilde Belarus hükümeti, Ağustos 2020'de gerçekleşen başkanlık seçimleri sırasında internete erişimi kesintiye uğrattığı, özellikle seçim sonuçlarına itirazları dile getirmek üzere düzenlenen protestoların organizasyonunda kullanılan sosyal medya platformlarına ve buradaki çevrimiçi içeriğe hükümet tarafından erişimin engellenmesinin söz konusu olduğu duyurulmuştur.<sup>85</sup> Daha yakın bir tarihte, Şubat 2021'de Myanmar'da gerçekleşen askeri darbenin ardından gerçekleştirilen protestolara karşı internet kesintisi yaşandığı ve sosyal medya platformlarına erişimin kısıtlandığı bildirilmiştir.<sup>86</sup>

## **B. İnterneti Kamusal Alan Olarak Düşünmek: İnternetin Kamusalılığı ve Kamu Hukuku**

Nasıl ki 18. yüzyıl kamusal alanı, burjuva kamusal alanı olarak klasik liberal hak ve özgürlükler ile, 20. yüzyıl kamusal alanı kamu hizmetleri ve medya teknolojilerinin gelişimi ile karakterize olduysa, 21. yüzyıl kamusal alanı içinde yaşadığımız dijitalleşme süreci ve ağ toplumu gibi kamusal alanın yeni biçimlerini yaratabilecek unsurları dikkate alarak kamusal alanı yeniden düşünmeyi gerektirmektedir.

Yeni kamusal alan biçimleri ve kamusal alanı yeniden düşünmek dendiğinde, internet ile demokrasi ve yurttaşlık ilişkisi akla gelmektedir. Kamusal yaşama katılım da bu bağlamda değerlendirilmektedir. İnternetin demokratik yurttaşlığı etkilediği bağlamlar şu şekilde sınıflandırılabilir: (i) Yeni bir kamusal alan açılma potansiyeli ve görünürlük, (ii) internete eşitsiz erişim, (iii) iletişimin küreselleşmesi, (iv) medya kurumlarının ticarileşmesi, (v) devletin internet sansürü, interneti yavaşlatması, kapatması ve dijital teknolojileri daha sıkı bir gözetim amacıyla kullanması.

Buna karşılık ağ toplumunda küreselleşmiş ticarî iletişim şirketlerinin tek başına bilgi üretmediği ve kontrol etmediği ya da devletlerin kısıtlamalarının tek başına belirleyici olmadığı da belirtilmektedir. İnternet kullanıcıları ile karşılıklı bir etkileşim sonucu, küresel düzeyde ortaya çıkan iletişim biçimleri ve ağlar ekonomik, siyasi ve toplumsal alanı üretme ve değiştirme potansiyeline sahip görülmektedir.<sup>87</sup> Bu bağlamda değerlendirilebilecek bir örneği Benhabib'in "sınır aşan hak

---

konumda olduğundan bu şirketler GAFAA (Google, Apple, Facebook, Amazon, Alibaba), GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), FAANG (Facebook, Apple, Amazon, Netflix, Google) gibi kısaltmalarla anılmaktadır. Gurumurthy/ Chami, 2021, s. 1.

<sup>83</sup> Doğan, s. 401.

<sup>84</sup> Wolfgang Benedek/ Matthias C. Kettemann, İfade Özgürlüğü ve İnternet, Avrupa Konseyi, 2014, <https://rm.coe.int/16807005e4> (erişim tarihi 18.03.2021), s. 111.

<sup>85</sup> Andrei Makhovsky/ Tom Balmforth, 'Internet Blackout in Belarus Leaves Protesters in the Dark', Reuters, 11 Ağustos 2021, <https://www.reuters.com/article/us-belarus-election-internet-idUSKCN2571Q4> (erişim tarihi 08.06.2021); Human Rights Watch, 'Belarus: Internet Disruptions, Online Censorship', 28 Ağustos 2020 <https://www.hrw.org/news/2020/08/28/belarus-internet-disruptions-online-censorship> (erişim tarihi 18.06.2021).

<sup>86</sup> Michael Caster, "How to Bypass 'Digital Dictatorship' During the Myanmar Coup", Vice, 8 Şubat 2021, [https://www.vice.com/en/article/dy8ekx/how-to-bypass-digital-dictatorship-during-the-myanmar-coup?utm\\_content=1612795203&utm\\_medium=social&utm\\_source=VICEWorldNews\\_twitter](https://www.vice.com/en/article/dy8ekx/how-to-bypass-digital-dictatorship-during-the-myanmar-coup?utm_content=1612795203&utm_medium=social&utm_source=VICEWorldNews_twitter) (erişim tarihi 08.06.2021).

<sup>87</sup> Lee Salter, "Democracy, New Social Movements, and the Internet: A Habermasian Analysis", Martha Mccaughey-Michael D. Ayers (ed.), Cyberactivism: Online Activism in Theory and Practice, Routledge, New York&London, 2003, s. 129-130.

talepleri” olarak adlandırdığı insan hakları mücadelesinde uluslararası ağlar incelemesinde buluruz. Benhabib, Kanadalı göçmen ve Müslüman kadınların küresel ağ örgütlenmesiyle bağları aracılığıyla kendilerine küresel düzeyde nasıl kitlesel taban yarattıkları üzerinde durmaktadır. Göçmen Müslüman kadınlar, Kanada’da aile ve miras konulu uyuşmazlıklarda yasal olarak İslam Hukukunun uygulanması önerisine karşı, kendisini uluslararası dayanışma ağı olarak tanımlayan İslam Hukuku Altında Yaşayan Kadınlar (Women Living Under Muslim Laws/WLUML) ile işbirliği yaparak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere insan onuru ve eşitlik gibi uluslararası insan hakları rejimi tarafından benimsenen temel değerlere atıfla karşı çıkmışlardır.<sup>88</sup>

O halde kamusalığa ve demokratik toplumlarda kamusal alana ilişkin hem eleştirileri hem de olanakları dikkate alarak kamusal ve internet ilişkisini kurmak gerekmektedir. İnternetin bir haberleşme aracı olarak konumlandırıldığı, örneğin internette haber okuma, yorum yazma, ileti paylaşma gibi hususlar ve bu hususların gerçekleştiği siber mekan oluşu bağlamında ele alındığı bilinmektedir. Örneğin çevrimdışı ortamda gösteri, yürüyüş ya da toplantı düzenlemek amacıyla bireylerin çevrimiçi ortamda örgütlendikleri, çevrimiçinden çevrimdışına iletişim ve haberleşmede sürekliliğin sağlandığı ve organize olunduğu, iletişim ağları kurulduğu görülmektedir. Buna karşılık internet dediğimizde internet kullanımı salt haberleşme ile sınırlı değildir ya da internete bağlanmayı sağlayan bilgisayar gibi bir cihaz ile sınırlı görülmemesi gerekmektedir. Burada önemli olan cihaz değil, bilgisayar gibi cihazlar aracılığıyla kurulan iletişim tarafından oluşturulan ve giderek yaygınlaşan yeni etkileşim biçimleridir.<sup>89</sup> Buna örnek olarak İspanya’da düzenlenen ve tarihte ilk kez gerçekleştirilen hologram protesto yürüyüşü gösterilebilir.<sup>90</sup> İspanya’da 2015 yılında yürürlüğe giren ve kamusal alandaki pek çok protesto yürüyüşü ve gösterisini yasaklayan ve düzenlendiği takdirde bunlara ağır cezalar öngören bir yasaya karşı sivil toplum örgütleri bir araya gelerek No Somos Delito (“Biz Suç Değiliz”) hareketini başlatmış ve yeni kısıtlamalar hakkında farkındalık yaratılması ve düzenlemenin yürürlükten kaldırılması için dijital teknolojileri kullanarak hologram protesto yürüyüşü düzenlemiştir. Hologram yürüyüşü için İspanya’dan sivil toplum örgütleri, dünyanın dört bir yanındaki insanları, sloganlarını seslendirip kaydederek, pankartlar yazarak ve bunların fotoğraflarını veya web kamerası videolarını göndererek katılmaya çağırmıştır. Bu şekilde bir araya getirilen görüntüler ve sesler dijital olarak Madrid’deki parlamento binasının önünde hologram bir protesto olarak gerçekleştirilmiştir. Fiziksel gösterilerin yasaklanması üzerine halkın protesto düzenleme hakkını kullanması için yeni bir yol sunan bu yürüyüşün aynı zamanda kimin kamusal alanı işgal etme ve kullanma hakkına sahip olduğu sorularını ortaya attığı düşünülmektedir.<sup>91</sup> Benzer şekilde insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturmalarda ve kovuşturmalarda yeni teknolojilerin kullanımını güçlendirmek; uluslararası kuruluşlar, haber kaynakları ve mahkemeler için soruşturmaları yürütmek üzere insan hakları belgeleri ve bilgilerine yönelik açık kaynak oluşturmak; potansiyel savaş suçları ve nefret suçları hakkında kamuya açık bilgileri doğrulamak ve dijital kanıtlar geliştirmek için protokoller oluşturmak<sup>92</sup>; yeni teknolojilerin ve teknoloji şirketlerinin insan hakları ihlallerine ve antidemokratik uygulamalara karşı teknolojinin sorumlu kullanımını ve

<sup>88</sup> Seyla Benhabib, Buhran Çağında Haysiyet: Zor Zamanlarda İnsan Hakları, (çev. B. Yıldırım), 2. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 148-149.

<sup>89</sup> John B. Thompson, ‘Mediated Interaction in the Digital Age’, Theory, Culture & Society, Cilt: 37, Sayı: 1, 2020, s. 6.

<sup>90</sup> Hologram yürüyüş, amacını yeni dokümantasyon biçimleri üreterek araçları, süreçleri ve yapımcıları bir araya getirmek, sergilemek ve ilham vermek olarak ifade eden ve dijital çağda belgeseli dönüştüren insanların, projelerin ve teknolojilerin derlendiği bir veritabanı olarak tanımlayan Docubase MIT Open Documentary Lab’ın projelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Docubase MIT Open Documentary Lab tanıtım metninde demokrasilerde günümüz teknolojilerinin ve tekniklerinin seslerini duyurmak isteyenlere alan açma ve yeni kamulara erişim gibi yeni ifade alanları için yaratıcı olanaklar sunduğunu vurgulamaktadır. Docubase MIT Open Documentary Lab, ‘Mission’, <https://docubase.mit.edu/about/> (erişim tarihi 18.06.2021).

<sup>91</sup> Docubase: MIT Open Documentary Lab, ‘Holograms for Freedom’, 2015, <https://docubase.mit.edu/project/holograms-for-freedom/> (erişim tarihi 19.06.2021).

<sup>92</sup> Human Rights Center, ‘Technology & Human Rights Program’, UC Berkeley Law, <https://humanrights.berkeley.edu/programs-projects/tech> (erişim tarihi 19.06.2021).

dağıtımını desteklemek<sup>93</sup>; insan hakları alanında çalışanların ve hak savunucularının yapay zeka (doğal dil işleme ve bilgisayarlı görü gibi) ve makine öğrenmesi gibi teknolojik araçlara erişimini kolaylaştırmak<sup>94</sup> amacıyla merkezler ve laboratuvarlar kurulduğu görülmektedir.

Görüldüğü üzere internetin kamusal yaşama katılmada yarattığı potansiyel çok daha kapsamlıdır. Bu anlamda internet ile kamusal alan ilişkisini, tek taraflı olmayan, karşılıklı etkileşim halindeki düşüncelerin ve kanaatlerin özgürce tartışıldığı ve görmezden gelinebilecek seslerin kendini ifade edecek demokratik bir ortam bulduğu siber uzam<sup>95</sup> olarak tarif etmek, interneti gerçek yaşamın çevrimiçi, sanal karşılığı olan bir ortam olarak tahayyül etmekle sınırlı bir bakış açısı sunmaktadır. Gerçekten de iletişim medyasının gelişimiyle yeni iletişim biçimleri, yeni görünürlük türleri ve yeni bilgi iletişim ağları meydana gelmiştir.<sup>96</sup> İnternet, bu biçim, tür ve ağların hepsini kapsayan bir “ağların ağı” olarak tanımlanmaktadır. Küresel düzeyde iletişim medyasının gelişimi, yeni etkileşim ve eylem biçimleri yaratmıştır. Toplumsal etkileşim, fiziksel mekandan ayrılarak bireylerin, birey gruplarının ve toplumların ortak bir zaman ve mekan bağlamını paylaşmaksızın yaşadıkları yerlerden çok uzakta gerçekleşen eylem ve olaylara tepki göstermelerine olanak sağlamıştır.<sup>97</sup> Dolayısıyla internet kullanımıyla inşa olan bu yeni kamusalılık, bireylerin başka birey ve olaylarla aynı mekan ve zamanı paylaşmadan ve aynı mekan ve zamanda karşılaşmadan birbirlerini gözlemleme ve birbirleriyle etkileşim kurma olanağı sunmaktadır.<sup>98</sup> Benzer şekilde demokratik katılım, hukukun üstünlüğü, hesap verebilirlik, şeffaflık anlamında internet aracılığıyla elde edilen yeni dijital araçlar karşımıza çıkmaktadır.

Thompson’ın, Habermasçı biraradalık kamusalılığından ayrılan yönleriyle yeni iletişim medyasının vücut verdiği kamusalılığı tanımlamak üzere kullandığı “yersiz kamu”<sup>99</sup>, internete erişim bağlamında değerlendirilebilir. Buna göre internet aracılığıyla oluşan yersiz kamu, ortak bir mekanı paylaşmayı gerektirmemektedir. Thompson bunu, doğrudanlık ve yüz yüzelikten ayırmak için dolayimli kamusalılık olarak ele almaktadır.<sup>100</sup> Hatta Thompson, internetin yaygın kullanımı ve dijitalleşmeyle birlikte dolayimli kamusalılık kavramsallaştırmasını yeniden ele alarak internet ile ortaya çıkan yeni iletişim biçimlerinin televizyon ve telefonda da farklılaşarak karşılıklı etkileşim ve bire bir yerine çoktan çoğa ilişki üzerine kurulu olduğunu ifade etmektedir.<sup>101</sup> Yersiz kamunun üyeleri, zaman zaman birbirleriyle fiziksel mekanlarda bir araya gelebilirler. Bu noktada kamusalılık açısından dönüşen temel unsur, herhangi bir hususu kamusal kılma eyleminin, kanaati/ifadeyi üreten ve yayan araçlara erişime bağımlı hale gelmesidir.<sup>102</sup> Geleneksel biraradalık kamusalılığı ise sadece ortak bir mekanı paylaşarak icra edilen eylem ve olayı görme ve işitme kapasitesiyle ilgilidir. Buna karşın yersiz kamusalılık, söyleşmeli eyleminin ötesine geçerek olayın kamusalılığı ile kavranması arasında bağın kurulması<sup>103</sup> için medya okur-yazarlığını ve yeri geldiğinde daha ileri düzeyde bilgi ve iletişim teknolojilerine erişimi zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle olayın veya eylemin gerçekleştiği an orada olmayanlar bakımından bunun kamusal statü kazanabilmesi için internet aracılığıyla görme, işitme ve kanaat oluşturma kapasitesine ihtiyaç vardır.

<sup>93</sup> JustPeace Labs, ‘Ethics & Human Rights’, <https://justpeacelabs.org/services/ethics/> (erişim tarihi 19.06.2021).

<sup>94</sup> Center for Human Rights Science, Carnegie Mellon University, <https://www.cmu.edu/chrs/index.html> (erişim tarihi 19.06.2021).

<sup>95</sup> Burak Özçetin/ Umut Tümay Arslan/ Mutlu Binark, ‘Türkiye’de İnternet, Kamusalılık ve Demokratik Kanaat Oluşumu’, *Folklor/Edebiyat*, Cilt: 18, Sayı: 72, Yıl: 2012, s. 53.

<sup>96</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 120.

<sup>97</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 130.

<sup>98</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 121.

<sup>99</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 191.

<sup>100</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 192.

<sup>101</sup> Thompson, ‘Mediated Interaction in the Digital Age’, s. 6.

<sup>102</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 194.

<sup>103</sup> Thompson, *Medya ve Modernite*, s. 195.

İnternet, uzak yerlerde meydana gelen olaylarla ilgili olup biten, görüntüler, bilgi ve belgeleri bireylere ileterek devletlerin sınırlarını aşan bir toplumsal eylem biçimini belirlemekte, bu eylemin yönüne nüfuz etmekte ve eylemi teşvik edebilmektedir. Hatta aynı veya benzer olay ve durumlara farklı coğrafyalardan ve ülkelerden bireyler ve gruplar eşzamanlı tepki gösterebilmekte ve eylemde bulunabilmektedir. Gerçekten de internet, yokluğunda meydana gelmeyecek olaylar ve gündemler yaratmaktadır.<sup>104</sup> Günümüz temsili demokrasilerinde yurttaşların siyasal kararlardan haberdar edilmeleri için internete ihtiyaç duyulmaktadır. Kaldı ki yurttaşların tek taraflı haberdar edilmeleri ve bilgilendirilmeleri, demokratik yurttaşlık için yeterli değildir. Aynı zamanda yurttaşların kararlar hakkında edindikleri bilgilerle kanaatlerini oluşturarak karar alma süreçlerine dahil olabilmeleri gerekmektedir. Bu gereklilik, bizi karar alma süreçlerine dahil olabilmek için yurttaşların ihtiyaç duyduğu enstrümanların neler olduğu sorusuna götürmektedir. Tek taraflı bir haberdar etme/olmadan değil, karşılıklı bir ilişkiden söz edebilmek için iletişim araçlarına ve konumuz bağlamında internete erişim olmalıdır.

Günümüz temsili demokrasilerinde büyük oranda internete erişimle mümkün hale gelen dolayimli kamusalılık, geleneksel kamusalılığın yerine ikame edilmemiştir. Aksine kamusal toplantılar, yürüyüşler, gösteriler gibi yurttaşlar topluluğunun sivil alandaki faaliyetleri ve parlamentolar, siyasi partiler ve seçimler gibi kurumlar halen önemini korumaktadır. Dolayısıyla yeni bir kamusalılık biçimi olan dolayimli kamusalılığın geleneksel kamusalılık biçimini tamamlayıcı, genişletici ve dönüştürücü etkisinden söz etmek daha uygun olacaktır.<sup>105</sup> Bu etki, yersiz kamu düşüncesini pekiştiren internete erişim aracılığıyla demokrasilerde kamusalılığı yeniden keşfetmeye yönelik bir pencere açmaktadır.<sup>106</sup>

Demokrasileri güçlendirici bu yönlerinin yanı sıra internetin kendine özgü belirli yönlerinin demokrasiler ve kamusalılık için anlamı üzerinde durmakta fayda vardır. İnternette gizliliğin ve anonimliğin, aksi halde konuşmaktan imtina eden ya da geleneksel kamusal alandan dışlanan kesimleri güçlendirse de, korkutma yoluyla başkalarının konuşmalarını susturan ve dijital şiddet uygulayan çevrimiçi zorbalı<sup>107</sup> da korumuş olduğu üzerinde durulmaktadır. Ayrıca, çevrimiçi anonimliğin, binlerce paravan şirkete halkı, yasa koyucuları ve düzenleyicileri etkileyebilecek mesajları kimin finanse ettiğini gizleme yetkisi veren finansal anonimlik ile birlikte düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir. Çevrimiçi ortama herkes katılmaya davetlidir, ancak “herkes”in içinde linçlere yol açan çevrimiçi etiketler (hashtag), gereksiz ve uygunsuz iletiler (spam) veya zorbalık yoluyla çevrimiçi olarak diğer toplulukları ve onların faaliyetlerini bozmaya da muktedir olanlar da dahildir. Benzer şekilde teknoloji devleri tarafından dijital kamusal alanda geliştirilen sosyal medya

<sup>104</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 178-179.

<sup>105</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 192.

<sup>106</sup> Thompson, Medya ve Modernite, s. 357-358.

<sup>107</sup> Dijital şiddetin henüz yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte literatürde “teknolojinin olanaklarından faydalanmak suretiyle belirli bir kişiye veya gruba yönelik, bu kişi veya kişilerle ilgili bir bilişim sistemine veya bilişim sistemindeki verilere ilişkin ya da bir bilişim sisteminin araç olarak kullanıldığı rahatsız ya da kontrol edici her türlü eylem ve işlemler olarak” tanımlanmaktadır. Damla Songur, ‘Hukuki Açıdan Cinsiyete Dayalı Dijital Şiddet’, KOÇ-KAM Blog, 24 Aralık 2020 [https://kockam.ku.edu.tr/hukuki-acidan-cinsiyete-dayali-dijital-siddet-damla-songur/#\\_ftn5](https://kockam.ku.edu.tr/hukuki-acidan-cinsiyete-dayali-dijital-siddet-damla-songur/#_ftn5) (erişim tarihi 19.06.2021). Dijital şiddet, çevrimdışı ortamda karşılaştığımız psikolojik, sosyal, ekonomik, cinsel şiddet türlerinin dijital ortama taşınması olarak karşımıza çıkabileceği gibi, “doxlama” ya da “trolleme” olarak adlandırılan ve internet ortamının kendine özgü özelliklerinin kötüye kullanılması olarak ortaya çıkabilmektedir. “Doxer”ın gerçekleştirdiği doxing eylemi, İngilizceden dilimize geçmiş olup bir kişi hakkında, o kişinin rızası olmaksızın gerçek adı, ev adresi, iş yeri, telefonu, finansal ve diğer kişisel bilgileri gibi tanımlayıcı bilgileri çevrimiçi ortamda ifşa etme eylemine verilen addır. Kaspersky, ‘Doxing nedir?: Tanım ve Açıklama’, <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-is-doxing> (erişim tarihi 19.06.2021). Özellikle sosyal medyada kullanılan troll ifadesi, çevrimiçi bazı hesapların insanları manipüle etmek, tartışmaya sevk etmek, birbirine düşürmeye amacıyla çeşitli konularda aşırı fanatik düşünce açıklamalarını yayma ve karşıt görüşteki sosyal medya hesaplarını dijital ortamda tacize varacak derecede rahatsız eden kaba ve nezaketsiz davranışı iş edinen sosyal medya hesaplarına denmektedir. Maja Golf-Papez/Ekant Veer, ‘Don’t Feed the Trolling: Rethinking How Online Trolling is Being Defined and Combated’, Journal of Marketing Management, Cilt: 33, Sayı:15-16, Yıl: 2017, s. 1338-1339.

algoritmaları da sistematik olarak nefreti ve yanlış bilgiyi yaymaya, siyasi kutuplaşmayı ve müzakereci demokrasinin bozulmasını yoğunlaştırmaya yol açılabilmektedir.<sup>108</sup>

Konunun ekonominin küreselleşmesi ve iletişimin ticarileşmesi boyutunda ise FAANG'ın sadece soyut bir sanal ortamda kalmadığı; sektörler arası faaliyetleri veri aygıtına dahil ederek operasyonlarını gerçek dünyaya doğru genişlettiği ve böylece kapitalizmin dijital kapitalizm denilen evresinde Küresel Güney'deki ülkelerin veri kaynağı olduğu yeni bir emperyalizm çağını başlattığı yönünde eleştiriler yöneltilmektedir.<sup>109</sup> Benzer şekilde Afrika kıtası internetin en eşitsiz erişildiği ve fakat teknoloji devlerinin teknoloji çöplüğü haline getirildiği bir kıtaya dönüştüğüne ilişkin çalışmalar kaşıma çıkmaktadır.<sup>110</sup> Öte yandan internet gibi teknolojilerin kullanımında devletlerin iletişim araçlarının tekeli denetimi yönünde eğilim gösterdiği, teknolojinin getirdiği karmaşık toplumsal meselelerde karar almanın teknoloji aracılığıyla daha demokratik hale gelmesinden ziyade merkezileşmesi ve iktidar gücünün tekelleşmesine yol açtığı görülmektedir.<sup>111</sup> İnternetin kamusal alanına ve kamusal alana etkisine ilişkin tüm bu tartışmaları iki ana başlıkta toplayarak Kamu Hukukundaki güncel gelişmeleri değerlendirmek mümkündür. Çalışmanın devamında bu iki ana başlık kamusal alan-özel alan ayrımı ve dijital anayasacılık olarak belirlenmektedir.

### **1. Siber Alem (Cyberspace): Özel Alan ile Kamusal Alan Arasında**

“Bilgi toplumu” üzerine ilk Dünya Zirvesi’nin Birleşmiş Milletler nezdinde 2002-2005 yılları arasında Dünya Bilgi Toplumu Zirvesi (World Summit on the Information Society/WSIS) adı altında yapıldığı bilinmektedir. Bu ilk Zirve’de hükümetler bir araya gelerek siber alemin (siber ortam/sanal ortam/cyberspace) siyasal anlamda ilk anayasası olarak tanımlanan belgeyi kabul etmiştir. Bu belgenin temel noktasını ise bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımı konusunda gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki dijital uçurumun azaltılmasına yardımcı olmak oluşturmaktadır.<sup>112</sup> Dolayısıyla 2000’lerin başından itibaren sanal ortamın devletler eliyle düzenlenerek kamusal bir özellik arz etmesi yönünde bir eğilim olduğu söylenebilir.

Buna karşılık internete ilişkin günümüzde henüz her yerde geçerli bir uluslararası sözleşmeden ya da bu alanı düzenlemekle ilgilenen tek bir kuruluştan söz edilememektedir. Aynı zamanda sanal ortamın bağımsız bir “egemenlik alanı” da mevcut değildir. Aslında, “sanal ortam” kavramının kendisi çevrimiçi ve çevrimdışı deneyimleri ve etkileşimleri ayırt etmek için kullanılan diğer metaforlar gibi yanıltıcı olabilmektedir. Sanal ortamın düzenlemeden bağımsız bir alana karşılık geldiği de söylenememektedir. Çevrimiçinde, çevrimdışında olduğu gibi uluslararası veya ulusal birtakım normlar geçerlidir. Sanal ortam da dahil günümüzün bilgi toplumunun olduğu her yerde belirli bir hukuk geçerli olacaktır.<sup>113</sup> O halde temel mesele kamusal alana ilişkin mi, yoksa özel alana ilişkin mi hukukun sanal ortamda geçerli olduğu yönünde yoğunlaşmaktadır. Bir yandan devletler öte yandan teknoloji devleri olarak anılan şirketler internet altyapısı, internete bağlanmak için gerekli donanımın temini, internetteki verilerin depolanması ve işlenmesi, internetteki içeriğin düzenlenmesi ve sınırlanması gibi konularda kurallar ve düzenlemeler getirmektedir.

<sup>108</sup> Frank A. Pasquale, ‘The Automated Public Sphere’, Faculty Scholarship, 1605, University of Maryland Francis King Carey School of Law, 2017, [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/1605](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1605) (erişim tarihi 19.06.2021); Gurumurthy/ Chami, 2021, s. 2.

<sup>109</sup> Pasquale, 2017, Gurumurthy/ Chami, 2021, s. 2.

<sup>110</sup> Christian Fuchs/ Eva Horak, ‘Africa and the Digital Divide’, Telematics and Informatics, Sayı: 25, Yıl: 2008, s. 102-105; Toks Dele Oyedemi, ‘Global Digital Capitalism: Mark Zuckerberg in Lagos and the Political Economy of Facebook in Africa’, International Journal of Communication, Sayı: 13, Yıl: 2019, s. 2046-2048.

<sup>111</sup> Abdullah Dinçkol, “Teknoloji ve Hukuk”, Hayrettin Ökçesiz-Gülriiz Uygur (haz.), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s. 274-276.

<sup>112</sup> Adama Samassékou, “Foreword”, Human Rights in the Global Information Society, Rikke Frank Jørgensen (ed.), The MIT Press, 2006, s. VII.

<sup>113</sup> Kettmann, s. 4.

Bu noktada yasal olan-olmayan içeriğin belirlenmesi, otomatikleştirilmiş içerik filtreleme gibi ifade ve haberleşme özgürlüğüne ilişkin zorluklar; gözetim kapitalizmi olarak adlandırılan ve şirketlerin toplanan verileri kullanıcıların profillerini geliştirmek, davranışlarını tahmin etmek, pazarlama faaliyetlerini hedeflemek ve kullanıcıları satın almak ve görüşlerini etkilemek için kullanması; şeffaflıkta eksiklikler; veri toplanmasının asgariye indirilmesi ve bunun toplanma amacının sınırlanması gibi özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin zorluklar karşımıza çıkmaktadır.<sup>114</sup>

Bunun yanı sıra kamusal alan için oluşturulan normatif düzenin ve kuralların özel alana uygulanması da gündeme gelmektedir. Bu noktada yüksek mahkemelerin kamusal alan ve özel alan ayrımı bağlamında yaptığı değerlendirmeler yol gösterici olabilir. Örneğin 2003 tarihli *Appleby ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında<sup>115</sup> başvuruçuların siyasi eylemciler olarak bir alışveriş merkezi işletmecisinin, alışveriş merkezinde broşür dağıtmalarını ve imza toplamalarını engellemesi olayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başvuruçuların siyasi endişelerini alışveriş merkezi dışında ilan edebileceklerini veya yerel medya aracılığıyla iletişim kurabileceklerini gerekçe göstererek ihlalin gerçekleşmediğine hükmetmiştir. Alışveriş merkezi sahibinin mülkiyet hakkı ile alışveriş merkezinin içinde imza toplamak isteyen bir grubun ifade özgürlüğü arasında denge kurmayı amaçlayan AİHM, ifade özgürlüğünün işleyen bir demokrasinin önkoşullarından biri olduğunu kabul etmekle birlikte, alışveriş merkezinin dışı ya da yerel medya gibi alternatif araçların kullanılmasının mümkün olduğu durumlarda ifade özgürlüğünden istifade edilmesinin alışveriş merkezinin kullanılmasına bağımlı olmadığına karar vermiştir.<sup>116</sup> Bu yorum yoluyla alışveriş merkezi yerine özel mülkiyet konusu olan ve internet servis sağlayıcıları, arama motorları ve sosyal medya platformları gibi bir internet aracı tarafından işletilen bir iletişim platformu dışında ifade özgürlüğünü kullanmanın herhangi bir alternatif yolu yoksa, özel olarak yönetilen bu alana kamu lehine normatif bir müdahalenin sadece meşru değil, aynı zamanda gerekli görülmesini beklemek mümkündür.<sup>117</sup>

Benzer bir uyuşmazlığın ABD’de de gündeme geldiği görülmektedir. 1994 tarihli *Ortadoğu’da Savaşa Karşı New Jersey Koalisyonu/J.M.B. Realty Corp.* davasında<sup>118</sup> New Jersey Yüksek Mahkemesi, alışveriş merkezlerinde protesto niteliğinde bildiri dağıtma olayını değerlendirirken özel mülkiyet hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir denge gözetmekte ve AİHM’den daha farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Mahkeme, alışveriş merkezlerinin fiili kamusal forumlar olduğunu ve bu bağlamda merkezler içinde kişilerin kendini ifade edici bildiriler dağıtılmasına izin vermek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle de alışveriş merkezinin sahipleri gibi üçüncü kişilerin ifade ve toplanma özgürlüğünü sınırlamalarına izin vermenin makul karşılanamayacağına hükmetmiştir.<sup>119</sup> Yine Mahkeme, 2000 tarihli *New Jersey Yeşiller Partisi/Hartz Mountain Industries, Inc.* davasında<sup>120</sup> bu anlayışı geliştirerek alışveriş merkezi sahiplerinin özel mülkiyet hakları ile kişilerin ifade ve toplanma özgürlükleri arasında denge gözetilirken nelere dikkat edilmesi gerektiği konusunda New Jersey’deki bu tür alışveriş merkezlerinin çok sayıda vatandaşın yüz yüze buluşabileceği tek yer olması dolayısıyla alışveriş merkezlerinin siyasi dilekçeler için imza toplamak veya kamuoyunda genel endişe uyandıran konulara ilgi çekmek için benzersiz forumlar olduğundan hareketle belirli ölçütler ortaya koymuştur.<sup>121</sup>

<sup>114</sup> Jørgensen/ Akhtar, s. 27-46.

<sup>115</sup> ECtHR, *Appleby and Others v. United Kingdom* (May 6, 2003), application no. 44306/98.

<sup>116</sup> Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Kettemann, s. 152; Benedek/Kettemann, s. 105.

<sup>117</sup> Kettemann, s. 152.

<sup>118</sup> *New Jersey Coalition Against War in the Middle East/J.M.B. Realty Corp.* (1994), 138 NJ 326, 650 A.2d 757.

<sup>119</sup> Benedek/Kettemann s. 105.

<sup>120</sup> *The Green Party of New Jersey/Hartz Mountain Industries, Inc.*, 2000 WL 758410 (N.J.).

<sup>121</sup> Benedek/ Kettemann, s. 105. Mahkeme, burada bir denge gözetirken New Jersey’deki bu tür alışveriş merkezlerinin

Yüksek mahkemelerin bu gibi yaklaşımları çevrimiçi ortamın katı bir özel alan-kamusal alan ayırımına göre değerlendirilemeyeceği konusunda ipuçları vermektedir. Bu bağlamda özel mülkiyet hakkı kapsamındaki sosyal ağların sadece hizmet kullanım şartlarına bağlı kalması ile ifade özgürlüğü arasında bir denge gözetilirken çevrimiçi ortamın özel, yarı kamusal veya kamusal alan olarak değerlendirilmesi gerekebilecektir. Örneğin bir sosyal ağda belli yasal içeriklerin yayımlanmasını hizmet kullanım koşullarına dayanarak engellemek ifade özgürlüğü hakkının ihlali anlamına geliyorsa, devlet sosyal ağ sağlayıcısı gibi bir üçüncü kişiyi o ifadenin açıklanması ve yayımlanmasına zorlayabilmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık AİHM’in işarete ettiği gibi alternatif yollar mevcutsa hizmet kullanım şartları geçerliliğini koruyacaktır. Her ne kadar günümüzde çevrimiçi olarak görüşleri ifade etmenin pek çok yolu olduğu öne sürülebilirse de teknoloji devleri olarak tanımlanan şirketlerin bilgi ve iletişim pazarında küresel düzeyde çok büyük bir paya sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda çevrimiçi ortamda kendi kar, ticari çıkar ve verimlilik beklentilerine göre bazı düşüncelerin yer bulamamasına, dışlanmasına ya da sansürlenmesine yol açabilecekleri de olasılık dahilindedir.<sup>122</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 2011 tarihli Fraport kararında<sup>123</sup> ise bu defa özel olarak işletilen havaalanlarının kamusalılığı gündeme gelmiştir. Dava, Frankfurt Havalalanı’nda imza toplama, kamuoyu yoklamaları yürütme ve gösteriler düzenlemenin havalalanını işleten şirket tarafından yasaklanıp yasaklanamayacağı sorusuna ilişkindir. Kararda “kamusal forum”dan ne anlaşılması gerektiği “çeşitli faaliyet ve ilgi alanlarının kendine yer bulmasına izin veren ve böylece çok yönlü ve açık bir iletişim yaratan” bir ortam olarak ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre “toplantılar yoluyla toplu fikir beyanı biçimindeki siyasi tartışmalar” böyle bir halka açık forumun dışında tutulamaz. Böylece havaalanı gibi özel olarak işletilen temel bir ulaşım tesisi kamusal özelliği olan bir tesise evrilmektedir.<sup>124</sup> Appleby kararından hareketle internetin alışveriş merkezi gibi özel olarak işletilen, yarı kamusal bir foruma mı, yoksa Fraport kararındaki gibi kamusal niteliği haiz bir alana mı dönüştüğü tartışması geleneksel özel alan-kamusal alan yaklaşımının sınırlarını normatif düzeyde zorlamaktadır.

Bu noktada BM İfade Özgürlüğü Özel Raportörü Frank La Rue’nun 2011 tarihli raporunda internetin günümüzde ne anlama geldiğine ilişkin tespiti yol göstericidir. La Rue’ya göre internet “bireylerin ifade özgürlüğünden ve her türlü bilgiyi ve düşünceyi arama, edinme ve yayma haklarından istifade edebilmek için kullanabilecekleri hayati bir iletişim aracı haline gelmiştir”.<sup>125</sup> Benzer bir tespiti AİHM, 2015 tarihli Cengiz ve Diğerleri/Türkiye kararında<sup>126</sup> yapmıştır. AİHM’e göre internet “bireylerin siyasi meseleler ve genel çıkar meseleleri ile ilgili faaliyetlere ve tartışmalara katılım için gerekli araçların sağlanmasında

---

çok sayıda vatandaşın yüz yüze buluşabileceği tek yer olması dolayısıyla alışveriş merkezlerinin siyasi dilekçeler için imza toplamak veya kamuoyunda genel endişe uyandıran konulara ilgi yaratmak için benzersiz forumlar olmasının yanı sıra siyasi kampanyalar ve bir adayın partisinin kamu görevine adaylığını elde etme çabaları bağlamında broşür hazırlamanın ve imza toplamanın önemini vurgulayarak seçmenlerle kişisel temasın önemine dikkat çekmiştir. Bu tür broşürlerin çok sayıda vatandaşla tanışmak için düşük maliyetli ve zamandan tasarruf sağlayan araçlar olması bakımından etkili araçlar olduğunun altını çizen Mahkeme, broşür dağıtılması karşısında alışveriş merkezi sahiplerinin maruz kalabileceği zararı ölçerken, broşür ve broşür yazarlar tarafından alışveriş merkezine yönelen riskin niteliğini ve kapsamını incelerken birtakım varsayımsal risklerden değil, benzer grupların daha önce yol açtığı bir fiziksel ya da maddi zarar veya herhangi maliyet yük getirip getirmemesi gibi nesnel faktörlerden hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. John D. Cromie/James Jacobus, ‘Court Stakes a Middle Ground on Free Speech in Shopping Malls’, New Jersey Law Journal, 2000 <https://www.connellfoley.com/newsroom-publications-john-cromie-coauthors-court-stakes-a-middle-ground-on-free-speech-in-shopping-malls> (erişim tarihi 20.06.2021).

<sup>122</sup> Benedek/ Kettemann, s. 106.

<sup>123</sup> BVerfG, judgement of February 22, 2011, 1 BvR 699/06, Fraport, Aktaran Kettemann, s. 152.

<sup>124</sup> Kettemann, s. 152.

<sup>125</sup> La Rue, s. 1.

<sup>126</sup> ECtHR, Cengiz and Others v. Turkey (December 1, 2015), applications nos. 48226/10 and 14027/11.

*bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğüne ilişkin haklarını kullanmalarının başlıca yollarından biri haline gelmiştir.”<sup>127</sup>*

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 2011 tarihli “Özel sektör tarafından işletilen internet platformları ve çevrimiçi servis sağlayıcılarıyla ilgili olarak ifade özgürlüğünün ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün korunmasına ilişkin Bildiri”<sup>128</sup> de internet servis sağlayıcısı şirketlerin kamusal tartışma konusunda giderek artan rollerinin iki sonucu üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki, servis sağlayıcıların kısa vadeli ticari çıkarları zarar görse bile böyle bir tartışmayı sürdürme/besleme yükümlülüklerinin olmasıdır. İkincisi ise devletlerin özel sektör tarafından işletilen internet platformları ve çevrimiçi servis sağlayıcıları üzerinde siyasi motivasyonlu baskılar uygulamama ve ifade özgürlüğü başta olmak üzere tüm insan haklarına saygı gösterme yükümlülükleri olmasıdır.<sup>129</sup>

Farklı kamusal alan modellerinin ortak noktası, kamusal alan mefhumunun bizatihi özel yurttaşların “iktidara hakikati söyleyebildikleri” bir yer olarak tasavvur edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk bakışta internette pek çok ifade alanı, herkese açık olma anlamında aslında kamusal bir görünüm arz etmemektedir. Buna karşılık bir kişinin siyasi iktidara hakikati söyleyebilmesi için sanal ortamda öncelikle farklı türde bir iktidarı, başka bir ifadeyle muktedir internet şirketlerinin hizmet kullanım şartlarını kabullenmesi gereklidir. Neredeyse tüm internet servis sağlayıcılarının, sosyal ağ sağlayıcılarının ve blog servislerinin geçit bekçileri olarak şart koştuğu bu hizmet kullanım şartları internetteki konuşma ve kendini ifade etme alanlarını hukuki açıdan birer özel mekana dönüştürmesi konunun özel alan boyutuna işaret etmektedir.<sup>130</sup>

## 2. Dijital Anayasacılığa Doğru

Bilgi ve veri akışının olduğu yeni bir alan olarak dijital ortamı, sınır ötesi hizmetler sunma ve bireysel özgürlükleri kullanma olanağı sunsa da genel olarak Kamu Hukuku ve daha özelde Anayasa Hukuku için ciddi zorlukları da beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Geçen yüzyılın sonundan bu yana, dijital teknolojilerin gelişimi yalnızca bireylerin ifade özgürlüğü, özel alan ve kişisel verileri koruma gibi temel hak ve özgürlüklerin korunmasına meydan okumakla kalmamıştır. Daha da önemlisi, liberal fikirler tarafından yönlendirilen bu teknolojik çerçeve, dijital ortamda, özellikle çevrimiçi platformlarda faaliyet gösteren ulusötesi şirketlere, ulusötesi bağlamda yarı-kamusal işlevleri yerine getirme ve böylece kamu aktörleriyle rekabet etme yetkisi vermiştir. Dolayısıyla tartışmanın artık salt Özel Hukuk veya Rekabet Hukuku bağlamında yürütülemediği; Kamu Hukuku perspektifine ve belirli olarak dijital bir anayasal perspektife doğru kaydığı görülmektedir.<sup>131</sup>

Modern anayasacılık temel hak ve özgürlükleri korumayı ve sınırsız iktidar kullanımının ortaya çıkmasını sınırlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede anayasalar da hükümet yetkilerini sınırlamak ve böylece bireyleri kamu otoritelerinin hukuka aykırı müdahalesinden korumak amacıyla geliştirilmiştir. Anayasa Hukuku perspektifinden bakıldığında, iktidar kavramı geleneksel olarak kamu otoritelerine verilmiştir. Ancak içerik düzenleme ve veri işleme konusundaki muazzam kapasitesi nedeniyle dijital ortamda yeni bir iktidar biçiminin ortaya çıktığı öne sürülmektedir. Bu

<sup>127</sup> ECtHR, Cengiz and Others v. Turkey (December 1, 2015), applications nos. 48226/10 and 14027/11, para. 49.

<sup>128</sup> Committee of Ministers, Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers, 1129th meeting of the Ministers' Deputies, 7 Aralık 2011 [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844) (erişim tarihi 20.06.2021).

<sup>129</sup> Committee of Ministers, Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers, 1129th meeting of the Ministers' Deputies, 7 Aralık 2011 [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844) (erişim tarihi 20.06.2021), para 4.

<sup>130</sup> Benedek/ Kettemann, s.102.

<sup>131</sup> Giovanni De Gregorio, ‘The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union’, ICON, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 41-42.



yeni iktidar biçimi dijital kapitalizm ve teknoloji devleri tarafından şekillendirilmektedir. Yeni iktidar biçiminin ortaya çıkışında dijital anayasacılık bakımından zorluğun ise bunun yalnızca kamu aktörlerinin dijital ortamı düzenlemedeki rolünü değil, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere yönelik tehditlere ve doğası gereği özel alanda konumlanan iktidarın yükselişine karşı tepki göstermek için küresel düzeyde bir “anayasa hukuku yeteneği”ni de içermesi olduğu vurgulanmaktadır.<sup>132</sup>

Bu bağlamda sanal ortamın hukuk eliyle düzenlenmesinde çözüme kavuşturulması gereken belli başlı sorunları sıralamak gerekirse; (i) internette hem kamusal hem de özel malların üretimi, kullanımı ve tüketiminin giderek daha fazla küreselleşmesi, (ii) internetin evrenselliğinin sağlanması için ulusal hukukların tek başına yetersiz kalmaya başlaması, (iii) otoriter rejimlerde internete ilişkin yasama faaliyetinin hesapverebilir ve şeffaf işlememesi, (iv) demokratik olsa bile hükümetlerin, şirketlerin bu alandaki hakimiyetine belirli oranda mahkum kalabilmesi; (v) şirketlerin ise demokrasi ve özgürlükler yerine kamunun ortak kaynaklarının aşırı kullanımına gidebilmesi veya özgürlükler lehine norm koyma yerine çıkarlarına göre norm koymada seçici davranabilmesi gibi karı, verimliliği, ticari çıkarları önceleyebilmesi.<sup>133</sup>

Devletlerdeki anayasal demokrasi, hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi anayasal karaktere benzer işlevleri yerine getiren normların dijital anayasacılığa uyarlanması gerektiği düşünülmektedir. İlk olarak, özel hayatın, kişisel verilerin, mülkiyetin ve internete erişimin korunması dijital anayasacılığın temel hak ve özgürlüklere ilişkin boyutu olduğu üzerinde durulmaktadır. İkinci olarak böyle bir anayasa yapımının örneğin Birleşmiş Milletler çatısı altında örgütlenen İnternet Yönetişimi Forumu (Internet Governance Forum/IGF) gibi internet ile ilgili kamu politikalarının tartışılmasını kolaylaştıran küresel çok paydaşlı platformlar aracılığıyla fikirleri bir araya getirmek ve ifade etmek için mekanizmalar geliştirerek demokratik olarak meşrulaştırılması gerektiği belirtilmektedir. Üçüncü olarak ise ancak güvenli bir altyapının, internetin küresel olarak demokratik karar alma süreçleri için bir araç olarak işler hale gelmesini sağlayabileceği belirtilmektedir. Bundan hareketle anayasanın, internet altyapısının siber güvenlik için gerekli olan hususları devletlerin ve uygulanabilir olduğu durumlarda devlet dışı aktörlerin sorumluluğunu yansıtmaları gerektiği ifade edilmektedir. Bunlara özellikle internet ortamında kamu işlevleri yerine getiren özel aktörlere karşı temel hak ve özgürlüklerin korunması ve yetki sınırlamalarının getirilmesi eklenebilir.<sup>134</sup> Dolayısıyla internetin anayasal demokrasilere, demokratik yurttaşlığa ve kamusal hayata katılıma etkisine bütüncül bakan bir Kamu Hukuku ve anayasacılık perspektifine ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.

## SONUÇ

Kamusal alanın tarihsel kökenlerini ve yapısal dönüşümünü incelediğimizde bilgi ve iletişim teknolojileri alanındaki gelişmelerin geleneksel kamusal alan yaklaşımlarını olduğu kadar dijitalleşme ve kamusal alan konusundaki tartışmaları da belirleyici olduğu görülmektedir. İnternetin belirleyici olduğu dijital çağ ve bilgi toplumunda da geleneksel kamusal alan modellerinde incelediğimiz kamusal alana evrensel bir eşit erişimin verili kabul edilmesi meselesi karşımıza çıkmaktadır. Buna

<sup>132</sup> Gregorio, s. 42.

<sup>133</sup> Kettemann, s. 4.

<sup>134</sup> Kettemann, s. 211; Claudia Padovani/ Mauro Santaniello, ‘Digital Constitutionalism: Fundamental Rights and Power Limitation in the Internet Eco-System’, The International Communication Gazette, Cilt: 8, Sayı: 4, Yıl: 2018, s. 298.

karşılık internete erişimin sayısal uçurum dolayısıyla küresel düzeyde yeni tür eşitsizlikler yarattığı bilinmektedir.

Devletler, toplumu ve bireyi gözetleme kapasitelerini interneti kullanarak güçlendirmekte ve genişletmektedir. Bu da internetin sadece devletleri daha da baskıcı hale getirecek bir teknolojik araca indirgemeye yol açabilmektedir. Oysaki internete erişimin demokratik toplum yararına tasarlanması, düzenlenmesi, kullanılması da mümkün olabilir. Aynı zamanda internetin kamusalılığı tartışmaları, özel alan-kamusal alan ayrımı belirlenirken sınırların Habermas'ın tespit ettiği kadar açık olmadığını bir kere daha teyit edici niteliktedir. Devletin internetin düzenlenmesine müdahalesi kadar artık teknoloji devlerinin internetin düzenlenmesine ne ölçüde söz sahibi olabileceği meselesi de gündemdedir.

İnternetin Habermasçı anlamda akılcı (rasyonel) bir iletişim aracılığıyla evrensel normlara dayalı bir konsensüs oluşturulabilmesi düşüncesi, kamuyu kamusal alanda kanaatlerini oluştururken sadece rasyonel şekilde akıl yürüten yurttaşların oluşturduğu varsayımına dayanmaktadır. Buna karşılık çevrimdışında geçerli olan toplumsal baskılar, çevrimiçinde de dijital şiddet, zorbalık gibi çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle sanal ortamda da gerçek kanaatlerini gizlemek zorunda hisseden; etnik, dini ya da cinsiyet kimliği dolayısıyla dışlanan veya sosyal sınıfı nedeniyle internete erişimi olmayan toplumsal kesimler için kamusal alandan dışlanma durumu devam edebilmektedir. Benzer şekilde internette “burjuva kamusalılığı” dışında ağ toplumu aracılığıyla kendi kamusalılıklarını oluşturan toplulukların nasıl bir kamusal alana karşılık geldiğinin de ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Dijital çağın yol açtığı insan haklarına yönelik ihlal ve tehditler, internet ve insan hakları taleplerinin farklı bağlamlarda kurulmasına ilişkin yaklaşımlar ortaya atılmasıyla sonuçlanmıştır. Kamusal alan yaklaşımı interneti kamusalılık ile ilişkilendirerek demokratik yaşama katılım bağlamını ön plana çıkarmaktadır. Geline nokta da temel hak ve özgürlük denetimi yapan mahkemelerin sosyal ağlar, internet tabanlı şirketler ve erişim sağlayıcıların mülkiyet hakkını ve kapsamda değerlendirilen hizmet kullanım koşullarını belirleme hakkını internetin kamusal niteliğiyle dengelemesi beklenmektedir. Bunun yanı sıra internetin sadece sanal ortam olarak ele alınmayıp internet altyapısı ve internetteki verilerin kullanılması gibi farklı boyutlarının yarattığı yeni iktidar biçimleri gözetilerek Kamu Hukukunun küresel düzeydeki manevra kabiliyetini güçlendirmesi önerilmektedir.

## KAYNAKÇA

- AKAD**, Mehmet / **VURAL DİNÇKOL**, Bihterin / **BULUT**, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- AKKAYA KİA**, Rukiye, ‘Devlet Sırrı, Kimin Sırrı?’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 749-755.
- ARENDT**, Hannah, İnsanlık Durumu, (çev. B. S. Şener), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994.
- BARRY**, Norman P., Modern Siyaset Teorisi, (çev. M. Erdoğan-Y. Şahin), Liberte Yayınları, Ankara, 2004.
- BENEDEK**, Wolfgang / **KETTEMANN**, Matthias C., İfade Özgürlüğü ve İnternet, Avrupa Konseyi, 2014, <https://rm.coe.int/16807005e4> (erişim tarihi 18.03.2021).
- BENHABIB**, Seyla, ‘Kamu Alanı Modelleri’, Cogito, Sayı: 8, Yıl: 1996, s. 238-258.
- BENHABIB**, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, Craig Calhoun (ed.), Habermas and the Public Sphere, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1992, s. 73-99.
- BENHABIB**, Seyla, Buhran Çağında Haysiyet: Zor Zamanlarda İnsan Hakları, (çev. B. Yıldırım), 2. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

- CASTELLS**, Manuel, Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum ve Kültür-Ağ Toplumunun Yükselişi, (çev. E. Kılıç), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- CASTER**, Michael, “How to Bypass ‘Digital Dictatorship’ During the Myanmar Coup”, Vice, 8 Şubat 2021, [https://www.vice.com/en/article/dy8ekx/how-to-bypass-digital-dictatorship-during-the-myanmar-coup?utm\\_content=1612795203&utm\\_medium=social&utm\\_source=VICEWorldNews\\_twitter](https://www.vice.com/en/article/dy8ekx/how-to-bypass-digital-dictatorship-during-the-myanmar-coup?utm_content=1612795203&utm_medium=social&utm_source=VICEWorldNews_twitter) (erişim tarihi 08.6.2021).
- Center for Human Rights Science**, Carnegie Mellon University, <https://www.cmu.edu/chrs/index.html> (erişim tarihi 19.06.2021).
- Committee of Ministers**, Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers, 1129th meeting of the Ministers' Deputies, 7 Aralık 2011 [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844) (erişim tarihi 20.06.2021).
- CROMIE**, John D. / **JACOBUS**, James, ‘Court Stakes a Middle Ground on Free Speech in Shopping Malls’, New Jersey Law Journal, 2000 <https://www.connellfoley.com/newsroom-publications-john-cromie-coauthors-court-stakes-a-middle-ground-on-free-speech-in-shopping-malls> (erişim tarihi 20.06.2021).
- DACHEUX**, Éric, “Kamusal Alan: Demokrasinin Anahtar Bir Kavramı”, Éric Dacheux (der.), Kamusal Alan, (çev. H. Köse), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 13-28.
- DE GREGORIO**, Giovanni, ‘The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union’, ICON, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 41-70.
- DİNÇKOL**, Abdullah, “Teknoloji ve Hukuk”, Hayrettin Ökçesiz-Gülriz Uygur (haz.), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s. 248-279.
- Docubase MIT Open Documentary Lab**, ‘Holograms for Freedom’, 2015, <https://docubase.mit.edu/project/holograms-for-freedom/> (erişim tarihi 19.06.2021).
- Docubase MIT Open Documentary Lab**, ‘Mission’, <https://docubase.mit.edu/about/> (erişim tarihi 18.06.2021).
- DOĞAN**, İlyas, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008.
- DUFVA**, Tomi / **DUFVA**, Mikko, ‘Grasping the Future of the Digital Society’, Futures, Sayı: 107, Yıl: 2018, s. 17-28.
- ECtHR**, Appleby and Others v. United Kingdom (May 6, 2003), application no. 44306/98.
- ECtHR**, Cengiz and Others v. Turkey (December 1, 2015), applications nos. 48226/10 and 14027/11.
- ELEY**, Geoff, “Nations, Publics, and Political Cultures: Placing Habermas in the Nineteenth Century”, Craig Calhoun (ed.), Habermas and the Public Sphere, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1996, s. 289-340.
- FRASER**, Nancy, ‘Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy’, Social Text, Sayı: 25/26, Duke University Press, 1990, s. 56-80.
- FUCHS**, Christian/ **HORAK**, Eva, ‘Africa and the Digital Divide’, Telematics and Informatics, Sayı: 25, Yıl: 2008, s. 99-116.
- GEDİK**, Ömer, “İnternet Özgürlüğü: Önemi ve Unsurları”, Selda Çağlar (ed.), Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 423-447.
- GIMMLER**, Antje, ‘Deliberative Democracy, the Public Sphere and the Internet’, Philosophy & Social Criticism, Cilt: 27, Sayı: 4, Yıl: 2001, s. 21-39.
- GOLF-PAPEZ**, Maja/ **VEER**, Ekant, ‘Don’t Feed the Trolling: Rethinking How Online Trolling is Being Defined and Combated’, Journal of Marketing Management, Cilt: 33, Sayı: 15-16, Yıl: 2017, s. 1336-1354.

- GURUMURTHY**, Anita/ **CHAMI**, Nandini, "Towards a Global Digital Constitutionalism: A Radical New Agenda for UN75", Development, Yıl: 2021, <https://doi.org/10.1057/s41301-021-00287-z> (erişim tarihi 11.06.2021), s. 1-10.
- HABERMAS**, Jürgen, "Further Reflections on the Public Sphere", Craig Calhoun (ed.), Habermas and the Public Sphere, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1996, s. 421-462.
- HABERMAS**, Jürgen, "Kamusal Alan", (çev. M. Özbek), Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 95-103.
- HABERMAS**, Jürgen, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, (çev. T. Bora-M. Sancar), 15. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- Human Rights Center**, 'Technology & Human Rights Program', UC Berkeley Law, <https://humanrights.berkeley.edu/programs-projects/tech> (erişim tarihi 19.06.2021).
- Human Rights Watch**, 'Belarus: Internet Disruptions, Online Censorship', 28 Ağustos 2020 <https://www.hrw.org/news/2020/08/28/belarus-internet-disruptions-online-censorship> (erişim tarihi: 18.06.2021).
- İŞİK**, Alper, Dijital Çağda Demokrasinin Dönüşümü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.
- JØRGENSEN**, Rikke Frank/ **AKHTAR**, Marya, Tech Giants, Freedom of Expression and Privacy, The Danish Institute for Human Rights, 2020.
- JustPeace Labs**, 'Ethics & Human Rights', <https://justpeacelabs.org/services/ethics/> (erişim tarihi 19.06.2021).
- KARADAĞ**, Ahmet, 'Kamusal Alan Modelleri: Çoğulcu Perspektiften Bir Değerlendirme', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 3, Yıl: 2003, s. 171-195.
- Kaspersky**, 'Doxing nedir?: Tanım ve Açıklama', <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-is-doxing> (erişim tarihi 19.06.2021).
- KELLNER**, Douglas, 'Habermas, the Public Sphere, and Democracy: A Critical Intervention', <http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/kellner.html> (erişim tarihi 07.06.2021), s. 259-288.
- KETTEMANN**, Mathias C., The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online, Oxford University Press, 2020.
- KÖKER**, Levent, "Demokratik Meşruluk, Kamusal Alan ve Çokkültürlülük Sorunu", Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 309-321.
- LA RUE**, Frank, 'Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression', A/HRC/17/27, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 16 Mayıs 2011.
- LASI**, H./ **FETTKE**, P./ **KEMPER**, H. G./ **FELD**, T./ **HOFFMANN**, M., 'Industry 4.0', Business & Information Systems Engineering, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 239-242.
- MAKHOVSKY**, Andrei/ **BALMFORTH**, Tom, 'Internet Blackout in Belarus Leaves Protesters in the Dark', Reuters, 11 Ağustos 2021, <https://www.reuters.com/article/us-belarus-election-internet-idUSKCN2571Q4> (erişim tarihi 08.06.2021);
- MARTIN**, Allan, "Digital Literacy and the 'Digital Society'" Colin Lankshear-Michele Knobel (ed.), Digital Literacies: Concepts, Policies and Practices, Sayı: 30, Peter Lang, New York, 2008, s. 151-176.
- NEGT**, Oskar/ **KLUGE**, Alexander, "Kamusal Alan ve Tecrübe'ye Giriş", Meral Özbek (ed.), Kamusal Alan, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul, 2010, s. 133-141.
- New Jersey Coalition Against War in the Middle East/J.M.B. Realty Corp.** (1994), 138 NJ 326, 650 A.2d 757.
- O'HARA**, Kieron/ **STEVENS**, David, Inequality.Com: Power, Poverty and the Digital Divide, Oneworld Publications, Oxford, 2006.

- OYEDEMI**, Toks Dele, ‘Global Digital Capitalism: Mark Zuckerberg in Lagos and the Political Economy of Facebook in Africa’, *International Journal of Communication*, Sayı: 13, Yıl: 2019, s. 2046-2061.
- ÖZBEK**, Meral, “Önsöz”, Meral Özbek (ed.), *Kamusal Alan*, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul, 2010, s. 9-19.
- ÖZÇETİN**, Burak/ **ARSLAN**, Umut Tümay/ **BİNARK**, Mutlu, ‘Türkiye’de İnternet, Kamusal ve Demokratik Kanaat Oluşumu’, *Folklor/Edebiyat*, Cilt:18, Sayı:72, Yıl: 2012, s. 51-76.
- ÖZSOYLU**, Ahmet Fazıl, ‘Endüstri 4.0’, *Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi*, Cilt:21, Sayı:1, Yıl: 2017, s. 41-64.
- PADOVANI**, Claudia/ **SANTANIELLO**, Mauro, ‘Digital Constitutionalism: Fundamental Rights and Power Limitation in the Internet Eco-System’, *The International Communication Gazette*, Cilt: 8, Sayı: 4, Yıl: 2018, s. 295-301.
- PASQUALE**, Frank A., ‘The Automated Public Sphere’, Faculty Scholarship, 1605, University of Maryland Francis King Carey School of Law, 2017, [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/1605](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1605) (erişim tarihi 19.06.2021).
- PATEMAN**, Carol, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, USA, 1988.
- PIERSON**, Christopher, *Modern Devlet*, (çev. N. Kutluğ-B. Erdoğan), Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011.
- POSTMAN**, Neil, *Televizyon: Öldüren Eğlence*, (çev. O. Akınhay), 3. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2010.
- SALTER**, Lee, “Democracy, New Social Movements, and the Internet: A Habermasian Analysis”, Martha Mccaughey-Michael D. Ayers (ed.), *Cyberactivism: Online Activism in Theory and Practice*, Routledge, New York&London, 2003, s. 127-154.
- SAMASSÉKOU**, Adama, “Foreword”, Rikke Frank Jørgensen (ed.), *Human Rights in the Global Information Society*, The MIT Press, 2006, s. XII-X.
- SENNETT**, Richard, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, (çev. S. Durak-A. Yılmaz), 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013.
- SONGUR**, Damla, ‘Hukuki Açıdan Cinsiyete Dayalı Dijital Şiddet’, KOÇ-KAM Blog, 24 Aralık 2020 [https://kockam.ku.edu.tr/hukuki-acidan-cinsiyete-dayali-dijital-siddet-damla-songur/#\\_ftn5](https://kockam.ku.edu.tr/hukuki-acidan-cinsiyete-dayali-dijital-siddet-damla-songur/#_ftn5) (erişim tarihi 19.06.2021).
- SUNAY**, Reyhan, ‘Cumhuriyetçi–Liberal–Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye’de Kamusal Alanın Gelişimi’, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2002, s. 51-78.
- The Green Party of New Jersey/Hartz Mountain Industries, Inc.**, 2000 WL 758410 (N.J.).
- THOMPSON**, John B., ‘Mediated Interaction in the Digital Age’, *Theory, Culture & Society*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2020, s. 3-28.
- THOMPSON**, John B., *Medya ve Modernite*, (çev. S. Öztürk), Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2008.
- VAN DIJK**, Jan A.G.M., *The Network Society*, Sage Publications, 2006.
- YÜKSELBABA**, Ülker, ‘Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlıları’, *İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: LXVI, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 227-271.

## **CEZA MUHALEMESİ KANUNU AÇISINDAN İŞLENEN FİİLİN HAKSIZLIK İÇERİĞİNİN AZLIĞI**

### **The Lack of Unjustness of the Committed Act in terms of Criminal Procedure Law**

*Dr. Öğr. Üyesi Zahit YILMAZ\**

#### **Özet**

5271 sayılı CMK'ya göre işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmektedir. Bu hüküm çeşidi, sanığın suç teşkil eden fiili işlediğinin sabit olmasına karşın gerçekleşen fiilin haksızlık içeriğinin mahkumiyet kararı verilmesi için yeterli ağırlıkta olmadığı takdirde mahkumiyet cezası almamasına imkan vermektedir. Bu itibarla CMK'da bu düzenlemeye yer verilmesi oldukça olumludur. Bununla birlikte, bu hükmün hangi hallerde tatbik edilmesi gerektiği konusunda netlik olduğunu ifade etmek güçtür.

Esasen işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilebilmesi için yasada açık bir norm bulunması gerektiğine ilişkin mecburi bir düzenleme olduğu kanaatinde değiliz. Hakimlerin, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı konusunda yegane takdir hakkı sahibi olduğu açıktır. Nitekim hakim, somut olayda TCK'nın 61'inci maddesi uyarınca fiilin işleniş biçimini dikkate alıp suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı da belirlemektedir. Ancak fiilin haksızlık içeriğinin azlığının tespiti halinde CMK'nın 223/4-d maddesi uyarınca sanığa hiç ceza verilmemektedir. Haksızlık içeriğinin azlığının tespiti noktasında farklı kriterlerden hareket edilebilirse de düzenlemenin belirsizliği, uygulamada farklılıklara neden olarak eşitlik ilkesine zarar verebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Hüküm, Haksızlık, Mahkumiyet, Takdir Hakkı, Belirlilik.

#### **Abstract**

According to CPC no. 5271, although the committed act keeps on the characteristics of a crime, a judgment of "no need to inflict punishment" is rendered due to lack of unjustness of the committed act. This type of judgement allows the accused not to be sentenced if it is proven that the criminal act has been committed, however the unjustness of the act is not of sufficient for the perpetrator to be sentenced. In this respect, it is quite positive that this regulation has been included in the CPC. However, it would be difficult to say that there is exact clarity regarding to which cases this provision apply. In fact, we do not believe that there is a mandatory regulation stating there should be a clear norm in the law in order to be able to decide that there is no room for punishment due to the unjustness of the committed act. It is clear that judges have the sole discretion regarding the unjustness of the committed act. As a matter of fact, it is the judge who determines the penalty to be applied between the lower and upper limits of the penalty stipulated in the legal definition, taking into account the way the act was committed in accordance with Article 61 of the TCC. However, if the lack of unjustness of the committed act is detected, no penalty is given to the accused in accordance with Article 223/4-d of the CPC. Although different criteria can be used at the point of determination of

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, [zahityilmaz@marmara.edu.tr](mailto:zahityilmaz@marmara.edu.tr),  
Orcid: [0000-0003-3959-3141](https://orcid.org/0000-0003-3959-3141).

the lack of unjustness of the committed act, the uncertainty of the regulation may harm the principle of equality by causing differences in practice.

**Keywords:** Judgement, Unjustness, Conviction, Discretion, Certainty.

## GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen bazı hallerde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir. Maddenin 4'üncü fıkrasının d bendinde yer alan işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı olarak belirtilen durum da bu haller arasında yer almaktadır.

İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kavramından neyin kastedildiği açık değildir. Bu sebeple Yargıtay'ın da bu hükmü oldukça dar bir şekilde uyguladığını görmekteyiz. Fiilin, suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesine rağmen fail hakkında mahkumiyet yerine, ceza verilmesine yer olmadığına karar vermek, oldukça olumlu bir düzenlemedir. Ancak fıkranın düzenleniş biçimi itibarıyla belirsizlik içermesi, bu hükmü neredeyse işlevsiz bir hale getirmiştir.

Çalışmamızda öncelikle konuya ilişkin yasal düzenleme hakkında genel bir çerçeve oluşturulmaya ve hüküm çeşidi olarak haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesinin şartlarından bahsedilecek ve bu çerçevede haksızlık içeriğinin azlığının ne anlama geldiği konusundaki görüşler ile kanaatimiz aktarılmaya çalışılacaktır. Çalışmada nihai olarak haksızlık içeriğinin azlığı ile ilgili TCK'da yer alan çeşitli düzenlemelere yer verilecek ve yargı kararlarında ilgili hükmün ne şekilde değerlendirildiğine işaret edilecektir.

## I. KANUNİ DÜZENLEME

### A. Genel Bilgi

5271 sayılı CMK'nın üçüncü kitabı "*Koruşturma Evresi*" başlıklı olup "*Kamu Davasının Sona Ermesi*" başlıklı ikinci kısmın 223'üncü maddesinin başlığı "*Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm*"dür. Buna göre; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CVYO), mahkumiyet, güvenlik tedbirleri, davanın reddi, davanın düşmesi hüküm olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu, 223'üncü maddenin 10'uncu fıkrasında "*Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır*" düzenlemesine yer vermiştir. Bu başlık altında yer alan hüküm çeşitlerinden biri olan CVYO kararı verilmesini gerektiren haller, üçüncü ve dördüncü fıkra da sayılmıştır. CVYO kararı, mülga CMUK'ta yer almamasına karşın yargı kararlarında CVYO, kararın gerekçesini oluşturmakta ancak beraat kararı verilmekteydi<sup>1</sup>. Bu tarz bir durumun yasal olarak düzenlenmesi olumlu olarak görülmelidir.

Kanun koyucu CVYO kararının verilmesi mümkün halleri iki farklı fıkra halinde düzenlemiştir. 223'üncü maddenin üçüncü fıkrasında "*Sanık hakkında ..... kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir*" denilmesine karşın<sup>2</sup> dördüncü fıkra da "*İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen*" etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza

<sup>1</sup> Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 713.

<sup>2</sup> (3) Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/30 md.) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

verilmesine yer olmadığı kararı verileceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme, üçüncü fıkrada sayılan hallerde “işlenen fiilin suç olma özelliğini devam” ettirmediği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira Kanun koyucu, sanığın eyleminin suç teşkil etmemesi halinde beraat kararı verileceğini açıkça düzenlemiştir (m.223/2).

CMK’nın 230’uncu maddesinin 3’üncü fıkrası “Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığına gösterilmesi gerekir” şeklindedir. Ancak buna neden gerek duyulduğuna ilişkin bir belirlilik söz konusu değildir. Öğretide de bu duruma ilişkin yeterli bir açıklama mevcut değildir<sup>3</sup>. İki fıkradaki haller arasındaki temel fark, üçüncü fıkradaki hallerin, failin kusurluluğunun bulunmaması nedeniyle söz konusu olan; dördüncü fıkradaki hallerin ise fail kusurlu olsa da çeşitli sebeplerle cezalandırılmaması sonucunu doğuran haller şeklinde açıklanmaktadır<sup>4</sup>. Örneğin TCK’nın 145’inci maddesindeki hal açısından sanığın eyleminin sabit olduğunun tespit edileceği, bu tespitin de hukuk hakimini bağlayacağı ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Kendi içerisinde ele alındığında, 3’üncü fıkradaki hallerin beraat; dördüncü fıkra da yer alan hallerin ise mahkumiyete daha yakın olduğu belirtilmektedir<sup>6</sup>. Üçüncü fıkra, “sanık” ibaresine yer verilmişken dördüncü fıkra “fail” kavramı kullanılmıştır. Bu durum, eleştirilmesine karşın öğretide bu fıkra da maddi ceza hukuku müesseselerinden bahsedildiği için fail kavramının kullanılması makul bulunmuştur<sup>7</sup>. Kanaatimizce bu ayrımın bilinçli olduğunu söylemek zordur. Buna karşın hükmün belirliliği açısından düzenleme anlam taşımaktadır.

Beraat kararı verilmesi gereken bir durum var ise hakim CVYO kararı veremez<sup>8</sup>. Bilindiği üzere gerek beraat gerekse de CVYO kararının verilmesi halinde sanık cezaevine girmemekte ancak CVYO kararının söz konusu olduğu hallerde güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir<sup>9</sup>. Kusursuzluk nedeniyle CVYO kararı verilmesi halinde soruşturma aşamasında bu durumun belirtilmesi suretiyle CMK m.172’ye göre kovuşturma yapılmasına yer olmadığı, kovuşturma aşamasında ise aynı durumun belirtilerek kusurun bulunmaması dolayısıyla CVYO kararı verilmesi gerektiği söylenmiştir<sup>10</sup>. Esasen örneğin 145’inci maddeye ilişkin olarak malın değerinin azlığının soruşturmaya etkisi olmadığı ifade edilerek 171’inci maddede buna ilişkin bir özellik olmadığı belirtilmiştir<sup>11</sup>. Malın değerinin azlığının cezaı müstelzim ağırlıkta olmadığına tespiti halinde yani 223/4-d durumunun varlığı halinde soruşturma açılmaması en doğru olan yol olacaktır. Bununla birlikte CMK’nın 171’inci maddesinde buna özgü bir düzenleme olmadığı da bir gerçektir. 172’nci madde kapsamında da meseleye yaklaşıldığında kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar vermeye uygun doğrudan bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz.

Üçüncü fıkra ile dördüncü fıkra arasındaki farkın, adli sicile kaydolup kaydolmama kapsamında açıklanabileceği öne sürülse de<sup>12</sup> bu ayrımın, farklılığı izahta yetersiz olduğu isabetle

<sup>3</sup> Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 767.

<sup>4</sup> İsmail Deniz, Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri-Oluşturma Şekilleri-Şartları), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 86, 87; Elif Bekar, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)’, İÜHFM, C. LXXV, S. 1, Yıl: 2017, İstanbul, s. 30.

<sup>5</sup> Gamze Türker/ Hüseyin Hatemi, ‘Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Medeni Hukuk Yargılamasına Etkisi’, Working Paper Series 3, no. 1 (Haziran 15, 2021): 16-22.

<http://workingpaperseries.ticaret.edu.tr/index.php/wps/article/view/53>. (erişim tarihi 12.07.2021) s. 21.

<sup>6</sup> Bekar, s. 30.

<sup>7</sup> Bekar, dn. 93, s. 30.

<sup>8</sup> Ahmet Gökçen/ Murat Balcı/ Mehmet Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.627.

<sup>9</sup> Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1671.

<sup>10</sup> Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, s.627.

<sup>11</sup> Timuçin Köprülü, ‘Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı’, TBB Dergisi, S. 71, Yıl: 2007, Ankara, s. 258.

<sup>12</sup> CVYO kararının, kusur yokluğu nedeniyle verilmesi halinde bu kararın adli sicile kaydedilmeyeceği ifade edilmektedir. Erkan Şenses, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı’, TBB Dergisi, S. 105, Yıl: 2013,



öne sürülmüştür<sup>13</sup>. Nitekim 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının g bendine göre ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran etkin pişmanlık sicile kaydedilecekken kusurun bulunmaması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının adli sicile kaydedilmeyeceği görüşünü eleştiren bir görüşe göre bu hallerden *akıl hastalığına* ilişkin açık düzenleme bulunmaktadır<sup>14</sup>.

223’üncü maddenin 4’üncü fıkrasında yer alan CVYO kararı verilmesi gereken haller yönünden *etkin pişmanlık*, *şahsî cezasızlık* sebebinin varlığı, *karşılıklı hakaret* hallerinin hangi maddelere atıf yaptığı anlaşılmakla birlikte haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle CVYO kararının verilmesi açısından aynı belirlilik söz konusu değildir. Nitekim öğretide de bahse konu hükümle neyin kastedildiğinin açık olmadığı ifade edilmiştir<sup>15</sup>. Öğretide, “*işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hali*” kavramının belirsizliğine işaret edilerek “*malvarlığına karşı suçlarda malın değerinin azlığı*” olarak düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>16</sup>. Benzer şekilde eğer düzenleme ile 145’inci madde kast ediliyorsa maddede “*fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*” şeklinde yer alan ibarenin “*malın değerinin az olması nedeniyle fiili haksızlık içeriği az ise*” şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir<sup>17</sup>.

## II. HÜKMÜN TATBİK ŞARTLARI

### A. Şartlar

#### 1. İşlenen Fiilin Suç Teşkil Etme Özelliğini Devam Ettirmesi

223’üncü maddenin 4-d bendine göre CVYO kararı verilmesi için ilk şart fiilin suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesidir. Bu açıdan işlenen fiilin kast veya taksirle işlenmiş olması hükmün tatbiki açısından önemsizdir. Esasen 223/4’üncü maddenin, yalnızca TCK’nın 145’inci maddesi ile sınırlı olduğunu kabul edersek böyle bir izaha da gerek kalmamaktadır.

İşlenen fiilin suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesinin sonucu olarak sanığın suç işlediğinin sabit olması gerekir. Eğer, beraat kararı verilmesi gereken “a) *Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması*, b) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*, c) *Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması*, d) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*, e) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” halleri varsa CVYO kararı verilmez.

Kanaatimizce işlenen fiilin suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesi ibaresi yerine “*Yüklenen suçun işlendiğinin sabit olmasına rağmen*” ifadesine yer verilmesi daha isabetli olurdu. Zira kanun koyucu, bu ihtimalde de suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olduğunu ancak işlenen fiilin haksızlık içeriğinin ceza verilmesini gerekli kılmayacak ağırlıkta ve içerikte olduğunu kabul etmiştir. Belirtelim ki Yargıtay, CVYO kararının verilmesinden önce kimi kararlarda mahkumiyet hükmü kurulmasını ararken bazı kararlarında ise buna gerek duymamaktadır<sup>18</sup>.

Ankara s. 382.

<sup>13</sup> Bkz. Bekar, s. 30-31.

<sup>14</sup> Bkz. Bekar, s. 30-31.

<sup>15</sup> Bkz. Metin Feyzioğlu, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’, TBB Dergisi, S. 62, Yıl: 2006, Ankara, s. 59.

<sup>16</sup> Şenses, s. 398.

<sup>17</sup> Feyzioğlu, s. 59.

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Deniz, s. 87-88.

## B. İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı

### 1. Haksızlık İçeriği Konusundaki Görüşler

CMK'nın 223/4-d maddesi kapsamında hüküm verilebilmesinin diğer bir şartı olan işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kavramı, öğretide farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Öğretide bir görüşe göre suç, haksızlık görüşü ile izah edilemez zira bu durumda hukuka aykırılık aynı zamanda ahlaka aykırılık şeklinde anlaşılabilir ki ahlaka aykırılık, ceza hukukunda yeri olmayan bir durumdur<sup>19</sup>. Bu nedenle de haksızlık kavramından hukuka aykırılık anlaşılmalıdır<sup>20</sup>. Yazar, haksızlık kavramının içeriğinin belirsiz olduğundan Anayasa açısından kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edebileceğini ileri sürmektedir<sup>21</sup>. Öğretide bir görüşe göre kanun koyucu, haksızlık kavramına farklı bir anlam vermekte ve haksızlığın kusurluluk gibi ölçülebileceğini düşünmektedir<sup>22</sup>. Kanun koyucunun 5237 sayılı TCK sistemi açısından kusurluluğu suçun unsuru görmeyip kast ve taksiri, haksızlığın çeşitleri şeklinde ele aldığından bir görüşe göre haksızlık içeriğinin azlığından maksat, bu durumda zorunlu olarak kast veya taksirin yoğunluğudur<sup>23</sup>.

Öğretide, hukuka aykırılığın fiilin bir özelliği olduğu ancak haksızlığın hukuka aykırı fiilin bizatihi kendisi olduğu ileri sürülmektedir<sup>24</sup>. Hukuka uygunluğun, fiilin hukukun gereklerine uygun olup olmadığı anlamına geldiğini savunan yazar, hukuka aykırılığın derecelendirilmeye tabi tutulamayacağını belirtmektedir<sup>25</sup>. Buna göre basit yaralamanın, ağır yaralamaya nazaran daha hukuka aykırı olduğu söylenemese de haksızlık muhtevası farklı olabilir denilmektedir<sup>26</sup>. Örneğin, (A)'nın meşru savunma halinde olması ihtimalinde (B)'ye tekme atması hukuka aykırı değildir zira bu fiili hukuk düzeni ile çatışmamaktadır. Fiil tipik olsa da özelliği itibarıyla hukuka uygundur. Oysa (A)'nın, (B)'ye kızgınlıkla tokat atması veya sırtında sopa kırması hallerinde eylemler, haksız eylemler olup iki yaralama arasındaki fark haksızlık muhtevası ile ilgilidir. Bu fıkre göre, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak 61'inci maddedeki ölçütler, işlenen suçun haksızlık içeriği konusunda etkilidir<sup>27</sup>. Hukuka aykırılığın az ya da çokluğundan bahsetmenin mümkün olmadığını savunan bir görüşe göre hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilin sıfatıdır<sup>28</sup>. Yazar hukuka aykırı olan fiillerin ifade ettikleri haksızlık muhtevalarının farklı olabileceğini belirtmiştir<sup>29</sup>. Öğretide bir görüşe göre 61'inci maddenin 1'inci fıkrasının f bendi (Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını) dışında kalan haller, haksızlığın içeriğine ilişkin hallerdir<sup>30</sup>.

Eylemin haksızlık içeriği ile kusur içeriği açısından da meseleye yaklaşılmıştır<sup>31</sup>. Buna göre haksızlık içeriği, eylemin neticesine (suçun konusunun zarar görmesi veya tehlikeye maruz kalması) veya harekete (hareketin gerçekleştiriliş türü ve şekli) göre belirlenmektedir ki ikisi de objektif ve

<sup>19</sup> Günel Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 156.

<sup>20</sup> Kurşun, s. 156.

<sup>21</sup> Kurşun, s. 157.

<sup>22</sup> Kurşun, s. 157.

<sup>23</sup> Kurşun, s. 157.

<sup>24</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 319.

<sup>25</sup> Özgenç, s. 319.

<sup>26</sup> Özgenç, s. 319.

<sup>27</sup> Özgenç, s. 954.

<sup>28</sup> Özgenç, s. 318.

<sup>29</sup> Özgenç, s. 318.

<sup>30</sup> Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 708.

<sup>31</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 128.

sübjektif unsurlar içermektedir<sup>32</sup>. Yazar, eylemin kusur içeriğinin ise o eylem ile ifade edilen tutumun kınanabilirliği ölçüsüne göre belirleneceğini ifade etmektedir<sup>33</sup>.

Haksızlık kavramının, hukuka aykırılıkla izah edilemeyeceğini belirten bir görüşe göre hukuka aykırılık suçun unsurudur ve fiile atfedilen bir özelliktir<sup>34</sup>. Tüm hukuk düzeni ile çelişme anlamına gelen hukuka aykırılık kavramının derecelendirilmeye tabi tutulamayacağı savunulmaktadır<sup>35</sup>. Yazar, “*hukuka aykırı fiili ifade eden haksızlık fiilin bir sıfatı, vasfı değil; bizzat kendisidir ve görüldüğü gibi derecelendirmeye tabi tutulması da mümkündür*” görüşünü ileri sürmüştür<sup>36</sup>.

Haksızlık içeriğinin azlığı, öğretide bir görüş tarafından fiilin toplumsal uygunluğuyla izah edilmiştir<sup>37</sup>. Bu ihtimalde failin kusur yeteneği yerinde ve eylem tipe uygun olsa da örf ve adet gereği şahsa, fiili toplumsal uygunluğa sahip olduğundan ceza verilmez<sup>38</sup>. Buna örnek olarak açık bahçe kapısından giren kişinin musluktan su içmesi verilmektedir<sup>39</sup>. Bu görüş sahiplerine göre 223/4-d hükmü 145’inci madde ile sınırlı değildir<sup>40</sup>. Kanaatimizce de düzenleme eğer 145’inci madde ile sınırlı tutulacak olursa şahsa, mağdurun rızası olmadığından su içtiği için hırsızlıktan ceza verilmeyecek iken aynı ağırlıkta olan izinsiz şekilde bahçeye girmesi halinde fail konut dokunulmazlığını ihlalden ceza alacaktır. Oysa iki eylemin de haksızlık içeriği herhangi bir cezayı müstelzim boyutta değildir.

## 2. Kanaatimiz

İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, esasen fail tarafından fiil gerçekleştirilmesine rağmen meydana gelen ve hukuka aykırılığı tespit edilmiş olan eylemin meydana getirdiği haksız neticenin mahkumiyeti gerektirmeyecek bir ağırlıkta olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla ister sırf hareket isterse de neticeli bir suç olsun, meydana gelen haksızlık, mahkûmiyete nazaran az olmalıdır. Elbette bu hususta takdir hakime aittir. Bununla birlikte hakim hükmünü birtakım gerekçelere dayandıracaktır. Bu kriterler açısından TCK’nın 61’inci maddesine başvurmanın isabetli olacağını düşünmekteyiz. Nitekim işlenen fiilin suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesi, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle CVYO kararı verilmesi, esasen sanığa ceza verilmesini gerektiren şartların oluştuğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla hakim, fiilin, fail tarafından işlendiğini tespit ettikten sonra TCK’nın 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan haller kapsamında yer alan kriterleri esas alarak işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olup olmadığını belirleyecektir.

TCK’nın 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen haller arasında özellikle bazı bentler kanaatimizce işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı açısından önem taşımaktadır. Fıkranın d bendinde yer alan suçun konusunun önem ve değeri ve e bendinde düzenlenen meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı hallerini objektif kriterler olarak kabul edebiliriz. Bunun yanında f bendinde yer alan failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ve g bendinde düzenlenen failin güttüğü amaç ve saikin de sübjektif kriterler olarak kabul etmek mümkündür.

Kanun koyucu 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17’nci maddesinin 2’nci fıkrasında “İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur” düzenlemesine yer vererek idari para cezasının

<sup>32</sup> Hakeri, s. 128.

<sup>33</sup> Hakeri, s. 128.

<sup>34</sup> Bekar, s. 39.

<sup>35</sup> Bekar, s. 39.

<sup>36</sup> Bekar, s. 39.

<sup>37</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 717.

<sup>38</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 717.

<sup>39</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 717.

<sup>40</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 717.

belirlenmesi açısından bu kritere işaret edilmiştir. Haksızlık içeriği, suç teşkil eden fiillerden daha az olduğu için kabahatlerin idari yaptırım gerektirir şeklinde düzenlenmesi ceza hukukunun son çare olma ilkesini güçlendirmesi anlamıyla isabetli bulunmuştur<sup>41</sup>. Belirtelim ki Kabahatler Kanunu Tasarısının Genel Gerekçesinde de “Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Ancak, bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, bunun esasen haksızlık ifade etmesi gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Esas itibarıyla haksızlık ifade etmeyen, hukuka aykırı olmayan bir fiil hiçbir surette suç veya kabahat olarak tanımlanamaz. Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmalıdır. Bu bakımdan, esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı doğurmaktadır” ifadelerine yer verilerek kabahatler ile suçlar arasındaki haksızlık içeriğine temas edilmiştir.

Fiilin haksızlık içeriğinin, tipiklikteki unsurlar içerisinde ele alındığı<sup>42</sup> böylece haksızlığın, dar anlamda tipiklik olarak kabul edildiği de anlaşılmaktadır<sup>43</sup>.

Haksızlık kavramı çeşitli şekillerde tanımlanabilecek bir kavram olmasına karşın kanun koyucunun, haksızlıktan kastının suçun bütünü üzerindeki değerlendirme olduğunu düşünmekteyiz. Zira düzenlemenin “işlenen fiilin suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesine rağmen” şeklinde olduğu dikkate alındığında, suçun bütün unsurlarıyla tamam olmasına ve hukuka aykırılık unsurunun yani hukuk düzeniyle çatışma halinde olma özelliğinin devam etmesine rağmen bu durumun failin cezalandırılmasını gerektirecek bir seviyede olmadığı düşünülmektedir. Nitekim bu sebeple verilen CVYO kararı açısından da işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az da olsa tespit edildiğinden hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir<sup>44</sup>. CVYO kararı verilebilmesi için öncelikle mahkumiyet kanaati hasıl olması gerektiği mahkumiyet kararının da hukuk hakimnin, bağlayacağı belirtilmektedir<sup>45</sup>. Kanaatimizce yapılması suçun işlendiğinin sabit olduğunun tespitinden sonra 61’inci madde kapsamında değerlendirme yapılarak 223/4-d’nin tatbik edilip edilmeyeceğine de bu çerçevede karar vermektir<sup>46</sup>.

## C. İlgili Düzenlemelerde Durum

### 1. Genel Bilgi

223/4-d maddesinde yer alan işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle CVYO kararının her suç açısından verilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Esasen kanun koyucunun kusur yeteneği olmayan bir kişiyi cezalandıramayacağı ancak her kusur yeteneğine sahip olan kişiyi cezalandırmak için de düzenleme ihdası zorunda olmadığı, hangi hallerde kişilere ceza verilmeyeceğinin kanun koyucunun takdirinde olduğu belirtilmiştir<sup>47</sup>. Her ne kadar kanun koyucunun her kusurlu kişinin cezalandırılacağına ilişkin düzenleme yapma zorunlu olmasa da bu durumun *yasayla* düzenlenmesinin zorunlu olduğu öne sürülmüştür<sup>48</sup>. Belirlilik ilkesi gereği bu

<sup>41</sup> Koca/ Üzülmüş, s. 35.

<sup>42</sup> Koca/ Üzülmüş, s. 104.

<sup>43</sup> Koca/ Üzülmüş, s. 105.

<sup>44</sup> Derya Belgin Güneş, ‘Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri’, İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 77/1, Yıl: 2019, İstanbul, s. 206.

<sup>45</sup> Türker/ Hatemi, s. 19, 20.

<sup>46</sup> Ayrıca bkz. Deniz, s. 88.

<sup>47</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 714.

<sup>48</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 714.

zorunlu bir durumdur. İlgili hükmün hangi maddelere yollama yaptığının belirsiz olduğunu savunmaktadır<sup>49</sup>.

Öğretide bir görüş açısından, her suç açısından, “*haksızlık içeriğinin azlığı*” kavramı tartışılabilir ve bu kavram esas alınarak faile verilecek cezada belirleme ve bireyselleştirme yapılabilir ancak, “*haksızlık içeriğinin azlığı*” kavramı her suç açısından cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi anlamında kullanılabilirse de her suç açısından haksızlık içeriğinin azlığı kavramına istinaden CVYO kararının verilemez<sup>50</sup>. Yazar, bahse konu hükmün sadece “*malın değerinin azlığı*” şeklindeki kavramlara yer veren suç tipleri açısından söz konusu olduğunu belirtmektedir<sup>51</sup>. Aksi bir durumun suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal edeceğini savunan yazar, buna gerekçe olarak usul hukukuna ilişkin genel bir hüküm ile maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemenin bertaraf edilemeyeceğini göstermektedir<sup>52</sup>. Belirtmek gerekir ki öğretide haksızlık içeriğinin, soyut ceza olarak da ifade edilen kanun koyucunun alt ve üst sınırlarını belirlediği ve bu şekliyle kanunlarda yer alan cezaların belirlenmesinde, korunan hukuki yararın temel ölçüt olduğu ancak haksızlık içeriğinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

Aksi düşünce açısından haksızlık içeriğinin azlığı, her suç bakımından incelenebilir<sup>54</sup>. Buna göre haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle beraat kararı verilmesine engel bir durum söz konusu olmaktadır; zira az da olsa fail tarafından işlenen fiilde haksızlık söz konusudur<sup>55</sup>.

Bir diğer görüş açısından haksızlık içeriğinin azlığı muğlak bir kavram olup hukuk düzeni bakımında sakıncalar doğurabilir<sup>56</sup>. Öğretide malın değerinin azlığına işaret edildiğinden bahisle “*malvarlığına karşı suçlarda malın değerinin azlığı*” şeklinde değiştirilmesinin isabetli olacağı ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Tıpe uygunluğun hem eylemin kanunilik unsuru bakımından yansımaları hem de haksızlık içeriğini oluşturduğu savunulmuştur<sup>58</sup>.

Konuya örnek verme şeklinde izah getirmekte olan bir yazara göre ise malvarlığı aleyhine karşı işlenen suçlarda malın değerinin azlığı, hırsızlık, rüşvet suçunda rüşvet anlaşmasına konu olan yararın değerinin azlığı haksızlık içeriğinin azlığına örnek olarak gösterilebilir<sup>59</sup>. Ancak öğretide konuya ilişkin yeterli bir açıklama olduğunu söylemek güçtür.

Kanaatimizce haksızlık içeriğinin azlığı, her suç bakımından incelenebilir bir husus olup, işlenen tipik ve hukuka aykırı fiilin varlığı nedeniyle beraat kararının verilmesine engel teşkil etmektedir. İşlenen fiilde haksızlık içeriği az da olsa mevcuttur ve bu nedenle kişi hakkında beraat kararı verilmeyecek ancak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir.

Kanun koyucu kimi zaman, eylem suç teşkil etse de cezalandırmayı, haksızlık içeriğinden bağımsız birtakım şartlara bağlamış olabilir ki objektif cezalandırılabilme şartları bu duruma örnek teşkil eder<sup>60</sup>. Kişinin, şahsi cezasızlıktan yararlanıyor olması meşru savunmada saldırının haksızlık

<sup>49</sup> Konu hakkında bkz. Şenses, s. 396.

<sup>50</sup> Deniz, s. 120.

<sup>51</sup> Deniz, s. 120.

<sup>52</sup> Deniz, s. 120.

<sup>53</sup> Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 663, 664.

<sup>54</sup> Bekar, s. 41.

<sup>55</sup> Bekar, s. 41.

<sup>56</sup> Şenses, s. 396.

<sup>57</sup> Şenses, s. 398.

<sup>58</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 211.

<sup>59</sup> Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1024.

<sup>60</sup> Özgenç, s. 705.

içeriğine etki etmez bu anlamda şahsın milletvekili, diplomat, yabancı asker olması, hareketlerinin haksızlık içeriğini koruduğu gerçeğini değiştirmez<sup>61</sup>.

Cezalandırmaya engel haller olarak kabul edilen failin şahsi niteliği, anayasa hukukuna veya uluslararası hukuka dayalı sebeplerle kabul edilen, fiilin tipe uygunluk ve hukuka aykırılığı devam etmesine ve kusurluluğa etki etmemesine rağmen cezalandırılmasına engel hallerdir<sup>62</sup>. Fiilin haksızlığını devam ettirmesi bu nedenleri hukuka aykırılıktan ayrılmaktadır<sup>63</sup>.

## 2. Çeşitli Suç Tipleri

### a. Hırsızlık (TCK m.145)

223'üncü maddenin 4'üncü fıkrasının d bendi uyarınca CVYO kararı verilebilecek hallere en sık örnek verilen düzenleme, TCK'nın 145'inci maddesidir<sup>64</sup>. TCK'nın "*Malın değerinin az olması*" başlıklı 145'inci maddesi "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektense vazgeçilebilir*" şeklindedir. Bahse konu düzenleme, Kanun'un ilk halinde mevcut olmayıp daha sonra getirilmiştir. Öğretide 145'inci maddenin fiilin haksızlık içeriğine değil malın değerinin azlığına işaret ettiği de belirtilmiştir<sup>65</sup>.

Değerin azlığının çifte karakterli olduğunu öne süren öğretide bir görüşe göre tek başına değer ele alınması, hafifletici sebep iken değer azlığının yanında suçun işleniş şekli ve özelliklerinin dikkate alınması suretiyle cezadan vazgeçilebilmesi de mümkün olmaktadır<sup>66</sup>. İlgili hükmün uygulanması açısından, Yargıtay tarafından Kanun'da yer almayan daha çoğunu alabilme imkânı varken yalnızca gereksinimi kadar alma koşulunun getirilmesi eleştirilmektedir<sup>67</sup>. Yargıtay böylece objektif değer yanında subjektif de bir kriter getirmektedir<sup>68</sup>. Esasen öğretiye göre malın değerinin azlığının, hafifletici sebep sayılması durumunda değerlendirmenin objektif olarak yapılması, daha çoğu varken azını alma kriterinin ise cezayı tamamen kaldıran "*suçun işleniş şekli ve özellikleri*" kapsamında dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>69</sup>. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre de daha az cezayı gerektiren hal açısından objektif değer esas alınması ve TCK m.3 dikkate alınarak işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı cezanın belirlenmesi gerekir; değer azlığı nedeniyle ceza vermektense vazgeçme kararı açısından ise malın değerinin yanında "*suçun işleniş şekli ve özellikleri*" de dikkate alınmalıdır<sup>70</sup>.

<sup>61</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 303. Ayrıca bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 163.

<sup>62</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 714.

<sup>63</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 714.

<sup>64</sup> Yenisey/Nuhoglu, s. 781; Şenses, s. 396; Güneş, s. 205.

<sup>65</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 717.

<sup>66</sup> Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 638.

<sup>67</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 638; Ayrıca bkz. Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 774; Köprülü, s. 263.

<sup>68</sup> Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 611 konu hakkında ayrıca bkz. M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 603.

<sup>69</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 638-639.

<sup>70</sup> Yarg. 17.CD, 16.1.2017, 26488-465, karar için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 775. "(...) Yargıç, çalınan veya çalınmaya kalkışılan bu değer azlığını ya indirimli bir cezayla ya da suçun istenmesindeki özellikler itibarıyla ceza vermemekle değerlendirebilecektir. Maddenin ilk metninden sonraki değişiklikte; "suçun işleniş şekli ve özellikleri gözönünde bulundurularak" ibaresinin, "cezada indirim" seçeneğinden sonra ve "ceza vermektense vazgeçilebilir" seçeneğinden önce yazılmasının, suça konu malın değerini farklılaştırmayacağı açıktır. Bu nedenle; "az ceza verme" seçeneğinde daha yüksek değer aranacağı, "ceza vermektense vazgeçme" halinde ise daha az bir değer aranmasının gerekli olduğu düşünülmemelidir. Bu itibarla, 5237 sayılı Yasa'nın 145. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCY'nin

Hükmün tatbikinde, farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. Örneğin eylem teşebbüs aşamasında kalırsa ne şekilde hareket edilmelidir? Esasen bu ihtimalde “*hırsızlık eyleminde değere ilişkin bir saptama yapılamadığına göre, kuşkuடன் sanık yararlanır ilkesi uyarınca sanık hakkında 522. maddesi hükmü pek hafif değer ölçüsüne göre uygulanmak gerekir*” şeklindeki eski tarihli içtihadattan yararlanmak mümkünse de<sup>71</sup> kanaatimizce cezasızlık halinde sanığın kastının değersiz mala yönelik olduğu açık ise bu hükümden yararlanması aksi ihtimalde yararlanmaması gerekir. Acaba yanılma halinde durum nasıl olacaktır? Yani şahıs, esasen fazla miktarda bir mal almak istemesine rağmen az bir mal alırsa 223/4-d hükmü tatbik olunacak mıdır? Öğretide malın değerinin azlığı konusundaki nitelikli halin, şahsın hatası halinde de tatbik edileceği ve cezanın indirileceği ifade edilmektedir<sup>72</sup>. Aynı sonuca 223/4-d kapsamında da varmak gerekir. Böylece şahsın çok değerli olduğunu tasavvur ettiği bir cismin mücevher değil de sıradan bir cam parçası olması halinde işlenen fiilin haksızlık içerdiğinden yararlanması gerekir.

## b. Yağma Suçu (TCK m.150/2)

TCK’nın “daha az cezayı gerektiren nitelikli hal” başlıklı 150’nci maddesinin 2’nci fıkrası “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir” şeklindedir. Belirtelim ki ilgili düzenlemeye “indirilebilir” şeklinde yer alan kavram daha önce “indirilir” şeklindeydi<sup>73</sup>. Yargıtay bir kararında olayın özelliği ve sanığın kişiliğinin de değerlendirilerek 150/2’nci maddenin tatbik edilip edilmeyeceğine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir ki bu karar maddede yer almayan bir hususun gerekçeye dahil edilmesi anlamında haklı olarak eleştirilmiştir<sup>74</sup>. Her ne kadar yağmayla korunan hukuki değerler dikkate alındığında bunların sadece malvarlığına ilişkin olmaması sebebiyle malın değerinin azlığına dayalı bir ceza indirimi eleştirilse de Yargıtay’ın hükmün tatbikinde aradığı kriterlerin endişeleri ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir<sup>75</sup>. Yargıtay, ilgili hükmün tatbik alanını daraltarak suçun işleniş biçimi, olayın özelliği ve sanığın özgülünen kastının da dikkate alınarak daha çoğunu alabilme olanağı varken gereksinimi kadar alma şeklinde bir kriter benimsemiştir<sup>76</sup>. Bu anlamda objektif ve sübjektif kriterlerin birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>77</sup>.

Yağmanın cebir veya tehdit içermesi sebebiyle bunların göz ardı edilerek sadece malın objektif değeri dikkate alınarak indirim uygulanmasını eleştiren görüş açısından bu karar

522. maddesinde öngörülen “hafif” ya da “pek hafif” kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, Yargıtay’dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. 5237 sayılı Yasa’nın 145. maddesinin vazediliş amacı gözetilmeli, normların gerektiğinden farklı olduğu kabul edilmelidir. Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, suçun işleniş şekli, mağdur veya sanığın konumu, olayın gerçekleştiği yer ve zamanı dikkate alacak, 5237 sayılı TCY’nin 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli, her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenecek ve muhakkak ki şekillenen takdirin gerekçesi kararda gösterilecektir” (Yarg. CGK., 13.11.2007, 6-210/234) Karar için bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 603.

<sup>71</sup> CGK, 27.04.1987, E. 1987/94, K. 1987/237. Karar ve açıklama için bkz. Köprülü, s. 261.

<sup>72</sup> Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 702. Bu durumda fail, değerli bir mal almak isterken az değerli malı alma konusunda hataya düşmüş olabilir yahut değeri az bir malı almak isterken hataen değerli bir mal almış olabilir. Her iki halde de kişi, indirimden yararlanacaktır Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 777. Ayrıca bkz. Köprülü, s. 261.

<sup>73</sup> 29/6/2005 t.li, 5377 sayılı Kanunun 17’nci maddesi.

<sup>74</sup> Karar ve açıklamalar için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Ceza Özel Hükümler, s. 670, 671.

<sup>75</sup> Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 653.

<sup>76</sup> Yarg. 6.CD., 21.01.2008, 2007/5501, 2008/162. Karar ve açıklama için bkz. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 665, 666. Ayrıca bkz. Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 610.

<sup>77</sup> Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 653.

isabetlidir<sup>78</sup>. Kanaatimizce bu durum, kanun metninde yer almayan bir ibarenin eklenmesi anlamına gelir ki suç ve cezada belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Öğretide malın değerinin azlığının objektif ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği savunulmuştur<sup>79</sup>. Sanığa ceza verilmekten vazgeçilemeyecek ise de Yargıtay bu durumda cezanın indirilmesini gerektiren hükmün uygulanması gerektiğine işaret etmektedir<sup>80</sup>.

Yağma suçunda 223/4-d'nin tatbik alanı bulup bulamayacağı konusunda, hırsızlık suçundan farklı olarak sadece malın objektif değeri ve failin sübjektif durumu değil bunların yanında bu suçun, cebir veya tehdit içermesi de dikkate alınarak bir karar verilmelidir. Fikrimize göre mevcut hali ile lafzi olarak 223/4-d kapsamında CVYO kararı vermeye engel yoksa da bu durumun tespiti oldukça güçtür. Yine cebir ve tehdit gibi suçlarla korunan hukuki değerler dikkate alındığında 223/4-d maddesi kapsamında CVYO kararı vermek güç olsa da kanun koyucunun malın değerinin azlığı halini, yağma için de daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul ettiği de unutulmamalıdır.

### c. Zimmet Suçu (TCK m.249)

TCK'nın 249'uncu maddesi "Daha az cezayı gerektiren hal" başlığı altında "Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir" şeklinde bir düzenleme içermektedir<sup>81</sup>. Bu noktada zimmet suçuna konu malın değerinin azlığı ile suçun işlenmesiyle ortaya çıkacak zararın farklı olabileceği belirtilmektedir<sup>82</sup>. Bu açıdan malın değerinin değil yararın esas alınması gerektiği savunulmuştur<sup>83</sup>.

Konumuzu ilgilendiren husus, öğretide müsamaha edilebilen zimmet olarak da nitelendirilen durumdur<sup>84</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 249'uncu madde gerekçesinde müsamaha edilebilen zimmete işaret edilmiştir<sup>85</sup>. Bu ihtimalde, oldukça değersiz olan kalem, silgi gibi bir mal, zimmete konu olmaktadır ki bu sebeple sanığa zimmetten ceza verilmemesi gündeme gelir<sup>86</sup>. Cezalandırılmamanın gerekçesi olarak, örf ve adet, mefruz rıza gibi sebepler gösterilmektedir ki burada işlenen fiilin haksızlık muhtevasının cezayı gerektirici boyutta olmadığı ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Kanaatimizce bu durum tam olarak CMK m.223/4-d düzenlemesine uymaktadır. Zira fiil bu durumda da suç vasfını devam ettirmektedir.

<sup>78</sup> Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 665.

<sup>79</sup> Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 820.

<sup>80</sup> "Toplam 25 TL çalan suça sürüklenen çocuk hakkında, suç konusu eşyanın değerinin tespiti ile, suçu işleniş şekli ve özellikleri itibariyle ceza vermekten vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle, TCK'nın 145. maddesi gereğince suça sürüklenen çocuğa verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin düşünülmemesi" (Yarg. 13. CD., 13.03.2018 T., 2016/13748 E., 2018/3509 K.); Karar için bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 557.

<sup>81</sup> Yarg. 6 CD.19.12.2005, 11614-12107 karar ve eleştirisi için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 670, 671.

<sup>82</sup> Konu hakkında bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1061.

<sup>83</sup> Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1272.

<sup>84</sup> Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 1016, 1017.

<sup>85</sup> "Suç konusu malın değerinin az olması durumunda da zimmet suçu oluşur. Ancak, bu durumlarda zimmet suçundan dolayı verilecek cezada belli bir oranda indirim öngörülmüştür. Söz konusu madde metninde bu indirimin oranı belirlenmiştir. Zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda, bu tasarruf, boşgörüyle karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda, gerek süre gerek biçim bakımından boşgörüyle karşılanabilir". M.Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M.Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Gerekçeli Ceza Kanunları, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 295.

<sup>86</sup> Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 1016, 1017.

<sup>87</sup> Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 1017.



#### d. İrtikap Suçu (TCK m.250/4)

İrtikap suçunun düzenlendiği TCK'nın 250'nci maddesinin dördüncü fıkrası “İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir” şeklinde olup bu düzenleme de kanuna daha sonra dahil edilmiştir<sup>88</sup>. Yargıtay, ilgili hükmün uygulanmasında da subjektif değerleri dikkate almaktadır. Nitekim bir kararında bu hususu, 1500 Mark elde etmek isteyen sanıkların 40 TL elde etmelerini, sanıkların özgülünen kastını dikkate alarak cezanın azaltılmasını gerektiren hal olarak değerlendirmemiştir<sup>89</sup>.

### III. YARGITAY'IN MESELEYE YAKLAŞIMI

Yargıtay'ın birçok kararında CMK'nın 223/4-d maddesinde yer alan hükmün tatbiki için eylemin suç olarak düzenlendiği Kanun normunda açık hüküm olması gerektiği ve bunun kanunilik ilkesinin sonucu olduğu ifade edilmektedir<sup>90</sup>. Bu anlamda Yargıtay kararlarında, 223/4-d'nin her suç için uygulanacak genel bir hüküm olmadığına işaret edilmektedir.

Dolandırıcılık suçu hakkında da 223/4-d hükmünün uygulanabileceğine ilişkin istisnai olarak ifade edebileceğimiz bir karar mevcut olmakla beraber bu kararın da oy birliği ile alınmadığı

<sup>88</sup> Bkz. Ek: 2/7/2012-6352/86 md.

<sup>89</sup> **Yarg.5 CD.2011/11276; 2013/1107**. Karar için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Ceza Özel Hükümler, s. 1085, 1086.

<sup>90</sup> “CMK'nın 223/4-d madde ve fıkrasında yer alan "filin haksızlık içeriğinin azlığı" nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için, eylemin suç olarak düzenlendiği Kanun normunda bu konuda açık bir hükmün bulunması, suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin sonucu olarak zorunludur. Başka bir anlatımla filin haksızlık içeriğinin azlığı, her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp, sadece kanunda öngörülen hallerde uygulama imkanı bulunan bir hükümdür. **Yarg. 18. CD., E. 2015/6947 K. 2015/8025 T. 15.10.2015.** lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021). “Sanığın mahkemece haksız tahrik altında işlediği sabit görülen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 86/2,3-a maddeleri kapsamında kalması ve bu suçla ilgili olarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin kanun'da işlenen filin haksızlık içeriğinin azlığı halinde ceza verilmeyebileceğine dair bir hüküm öngörülmemesine rağmen olayda uygulama olanağı bulunmayan 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince "filin haksızlık içeriğinin azlığı" gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, **Yarg.3. CD., E. 2014/40381 K. 2015/16504 T. 11.5.2015** lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021). “CMK'nun 223/4-d madde ve fıkrasında yer alan "filin haksızlık içeriğinin azlığı" nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için, eylemin suç olarak düzenlendiği yasa normunda bu konuda açık bir hükmün bulunması, suç ve cezanın yasal olması kuralının sonucu olarak zorunludur. Başka bir anlatımla filin haksızlık içeriğinin azlığı, her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp, sadece yasada öngörülen hallerde uygulama olanağı bulunan bir hükümdür”. **Yarg. 11. CD., E. 2015/9664 K. 2016/6612 T. 29.9.2016** lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021). “CMK'nın 223/4-d madde ve fıkrasında yer alan "filin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp, sadece yasada özel düzenleme bulunan suçlar yönünden uygulanabileceğinin gözetilmemesi” **Yarg.18. CD., E. 2015/27996 K. 2016/6789 T. 4.4.2016.** lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021). “CMK'nın 223/4-d maddesinde yer alan “filin haksızlık içeriğinin azlığı” gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için, eylemin suç olarak tanımlandığı ceza normunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmasının zorunlu olduğunun, yaralama suçu yönünden ise Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 25. ya da 29. maddesinin uygulanma koşulları tartışılarak hüküm kurulması gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi”, **Yarg.18. CD., E. 2015/28495 K. 2017/2099 T. 27.2.2017** lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021). “Sanık Eyüp'ün, yaz aylarında kullanmak üzere köyüne ev yaptırdığı, evinin hemen arkasında amcasının oğlu olan katılan Kemal'e ait araba garajının bulunduğu, araba garajının çatısından sanığın evine gelen yağmur ve kar suları nedeniyle sanığın kazmayla garajı yıktığı ve bu şekilde mala zarar verme suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; mahkemece sanığın eyleminde haksızlık içeriğinin az olduğu gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de; sanığın, katılanın garajından akan suların evine zarar vermesi nedeniyle mala zarar verme fiilini işlemiş olmasının, eylemin haksızlık içeriğinin azlığı sonucunu doğurmayacağı, bu suç yönünden şahsi cezasızlık ve etkin pişmanlık sebepleri dışında failin cezalandırılmasına engel oluşturacak herhangi bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nda yer almadığı, gözetilmeden yasal dayanağı olmayan yazılı gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi” **Yarg. 15. CD., E. 2013/27729 K. 2014/18419 T. 10.11.2014.** lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

görülmektedir<sup>91</sup>. Karşı oyda bahse konu suç açısından dolandırıcılık suçunda 159' uncu maddede öngörülen daha az cezayı gerektiren nitelikli hal veya etkin pişmanlık hallerinin söz konusu olmadığı yahut hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı belirtilmiştir.

Yargıtay, yerel mahkemelerin verdiği birçok kararda haksız tahrik hükümleri tartışılmaksızın 223/4-d düzenlemesine dayanılarak hüküm verilmesini bozma sebebi saymaktadır<sup>92</sup>. Bu anlamda Yargıtay'ın, haksızlık içeriği sebebiyle CVYO kararı verilmesini uygun görmediği hallerde, haksız tahrik müessesesi ile değerlendirme yapılmasını arzu ettiği ifade edilebilir. Haksız tahrik halinde eylem, haksızlık vasfını korumaktadır ki öğretide de haksız tahrikin etkisi altında işlenen fiilin haksızlık içeriğinde herhangi bir azalmanın olmadığı kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

Yargıtay bazı kararlarında da konu hakkında uygulanabilecek özel bir hüküm var iken 223/4-d'ye başvurulmasını bozma sebebi yapmaktadır<sup>94</sup>. Buna örnek olarak karşılıksız yararlanma

<sup>91</sup> “Gerçekte yeşil kartı bulunmayan sanığın, usulsüz olarak yeşil kart çıkartıp, bu kartla hastanede tedavi görerek, ilgili kurumun toplam 0,58 TL zararına sebebiyet vermek suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, suça konu haksız menfaatin değerinin 0.58 TL olması nedeniyle haksızlık içeriğinin çok az olduğu dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 23/06/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi”. **Yarg. 15. CD., E. 2014/10982 K. 2014/12474 T. 23.6.2014** (Karşı oy) Toplanan deliller, tüm dosya kapsamı ve mahkeme kabulüne göre; sanığın olay tarihinde adına düzenlenmiş yasal olarak verilmiş bir yeşil kart bulunmamasına rağmen, sahte oluşturulmuş sağlık karnesi ile tedavi olmak suretiyle kamu kurumunun zarara uğradığı sabit olmasına rağmen; Mahkemece; sanık hakkında “işlenen suçun haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Somut olayımızda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni ve TCK 159-168 maddelerinde uygulanma koşullarının bulunmadığı halde, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olmasına rağmen, mahkemece verilen hükmün bozulması yerine hükmün ONANMASINA yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyorum”. [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr) (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>92</sup> “Sanığın mahkemece sabit görülen eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 86/2-3a maddesi kapsamında kaldığı, bu suçla ilgili olarak sanığın eyleminin haksız tahrik altında işlenip işlenmediği tartışılarak oluşan vicdani kanaate göre hüküm kurulması gerekirken olayda uygulama yeri olmayan “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, **Yarg. 3. CD., E. 2015/23538 K. 2015/35149 T. 8.12.2015. lexpera.com.tr** (erişim tarihi 14.07.2021). “Katılanın, sanık ve kızına karşı gerçekleştirdiği eylemlerden sonra sanığın eylemini gerçekleştirmesine dayanarak, sanık hakkında CMK'nın 223/4-d maddesindeki “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilemeyeceği gözetilmeden, şartları varsa TCK'nın 29. maddesinin uygulanması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” **Yarg. 18. CD., E. 2019/7028 K. 2019/16100 T. 13.11.2019** [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr) (erişim tarihi 14.07.2021). “CMK'nın 223/4-d maddesinde yer alan “fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için, eylemin suç olarak tanımlandığı ceza normunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmasının zorunlu olduğunun, yaralama suçu yönünden ise Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 25. ya da 29. maddesinin uygulanma koşulları tartışılarak hüküm kurulması gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi,” **Yarg.18. CD., E. 2015/27368 K. 2016/5332 T. 21.3.2016. lexpera.com.tr** (erişim tarihi 14.07.2021). “Sanığın eşinin mağdur tarafından darp edilmesi üzerine sanığın da mağdur basit nitelikte yaraladığının kabul edilmesine göre, 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesindeki haksız tahrik hükümlerini uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı da tartışılarak sanığın basit yaralama suçundan mahkumiyeti yerine, olayda uygulanma koşulu oluşmayan işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı gerekçe gösterilerek yazılı şekilde sanığa ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi” **Yarg. 3. CD., E. 2019/9293 K. 2019/18944 T. 21.10.2019** [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr) (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>93</sup> Koca/ Üzülmüş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 360; Hakeri, s. 429. ““Sanıklara atılı kasten yaralama ve hakaret suçlarının niteliği itibarıyla, sanıklardan birinin hakaret etmesi üzerine diğerinin yaralama eylemini gerçekleştirmesinin, eylemlerin haksızlık içeriğinin azlığı sonucunu doğurmayacağı, bu suçlar yönünden şahsi cezasızlık sebepleri ve hakaretin karşılıklı olması dışında, failin cezalandırılmasına engel oluşturacak herhangi bir düzenlemenin TCK'da yer almadığı, ancak koşulların varlığı halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği gözetilmeden...” **Yarg. 2. CD., 11.04.2012, 10519/9365. Karar için bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 264.**

<sup>94</sup> “Somut olayda, sanığın haksız tahrik altında tehdit ve hakaret suçlarını işlediğinin kabul edilmesi karşısında, tehdit suçu yönünden TCK'nın 29., hakaret suçu yönünden de aynı yasanın 129. maddesinin uygulanma olanağı tartışılması gerekirken, “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu” biçimindeki, kanuni olmayan gerekçeyle, tehdit ve hakaret suçlarında uygulama imkanı bulunmayan CMK'nın 223/4-d madde ve fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, **Yarg. 4. CD., E. 2015/28597 K. 2020/1323 T. 21.1.2020** [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr) (erişim tarihi 14.07.2021).

suçuna ilişkin olarak yer verilen 168'inci maddenin 5'inci fıkrasındaki “*Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz*” düzenleme gösterilebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında “*Alınan bilirkeşi raporu sonucunda, sanığın karşılıksız yararlanma kastıyla hareket ettiğinin tespiti halinde, sanığa makul bir süre verilerek "bilirkeşi tarafından belirlenen vergili cezasız tüketim bedelini tamamen tazmin etmesi halinde kamu davasının düşürüleceğine"* dair bildirimde bulunarak sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, dosya içeriğine uymayan ve fiilin haksızlık içeriğinin azlığı şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesini bozma sebebi saymıştır<sup>95</sup>.

Yargıtay, CVYO kararının ilgili bent yerine 223/4-d maddesi kapsamında verilmesini de isabetli olarak bozma sebebi saymaktadır. Tehdit ve hakaret suçunu işleyen sanık hakkında 223/4-d maddesi uyarınca CVYO kararı veren yerel mahkemenin kararını, tehdit suçu açısından haksız tahrik; hakaret suçu açısından da 129'uncu maddenin uygulanma olanağının tartışılmamasını bozma sebebi saymıştır<sup>96</sup>. Zira karşılıklı hakaret halinde 223/4-d maddesi uyarınca değil 223/4-c maddesi uyarınca ve “*Karşılıklı hakaret*” kapsamında CVYO kararı verilebilecektir.

## SONUÇ

Çalışmamızın sonuç kısmında makalede değindiğimiz hususları tekrardan kaçınarak ana hatlarıyla konuya ilişkin çerçeve çizilmesine ve çözüm önerilerine yer verilmeye çalışılacaktır.

-CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle fail hakkında CVYO kararı verilmesi şeklinde bir düzenleme ihdası olumludur zira kimi durumlarda fail hakkında suç işlediği sabit olduğu halde mahkumiyet kararı verilmesi, cezanın adli sicile işlenmesi başta olmak üzere birtakım ağır sonuçlara yok açacaktır. Bu sebeple bu düzenlemenin orantılılık ilkesine uygun olduğunu düşünmekteyiz.

-223/4-d maddesi gereğince CVYO kararı verilebilmesi için öncelikle “*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması*” gerekir. Bu sebeple işlenen fiilin suç teşkil etme özelliğini devam ettirmesi yerine “*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olmasına rağmen*” ifadesinin tercih edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

-CVYO kararı verilecek haller kusurluluğun olmaması (m.223/3) ve cezasızlık halleri (m.223/4) şeklinde düzenlenmiştir. Öncelikle yeknesaklığın sağlanması için her iki maddede de sanık ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır. Bu farklılığın bilinçli olduğu düşüncesinde değiliz.

-223/4-d'de ifade edilen haksızlık içeriğinin azlığının hukuka aykırılık olmadığı zira bir şeyin ya hukuka aykırı yani hukuk düzeniyle çelişkili ya da hukuka uygun olduğu fıkriinden hareketle hukuka az aykırılık ya da çok aykırılık gibi bir derecelendirmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu anlamda 223/4-d kapsamında haksızlıktan maksadın bütün unsurlarıyla tipik eylem olduğunun kabulü fıkriindeyiz. Suçun konusu başta olmak üzere kast ve taksir gibi hususların bütünüyle değerlendirilmesi, dolayısıyla TCK'nın 61'inci maddesi kapsamında cezanın

“Sanık hakkında TCK'nın 270. maddesinde düzenlenen suç üstlenme suçundan suçun eşini cezadan kurtarmak amacıyla işlendiğinden bahisle CMK'nın 223/4-b maddesi uyarınca şahsi cezasızlık sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı yerine hatalı şekilde fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle CMK'nın 223/4-d maddesi uyarınca hüküm kurulması”, **Yarg. 4. CD., E. 2019/4092 K. 2019/14093 T. 19.9.2019 lexpera.com.tr** (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>95</sup> 17. CD., E. 2016/449 K. 2017/7510 T. 12.6.2017 lexpera.com.tr (erişim tarihi 14.07.2021).

<sup>96</sup> “Somut olayda, sanığın haksız tahrik altında tehdit ve hakaret suçlarını işlediğinin kabul edilmesi karşısında, tehdit suçu yönünden TCK'nın 29., hakaret suçu yönünden de aynı yasanın 129. maddesinin uygulanma olanağı tartışılması gerekirken, “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu” biçimindeki, kanuni olmayan gerekçeyle, tehdit ve hakaret suçlarında uygulama imkanı bulunmayan CMK'nın 223/4-d madde ve fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, **Yarg. 4. CD., E. 2015/28597 K. 2020/1323 T. 21.1.2020 lexpera.com.tr** (erişim tarihi 14.07.2021).

belirlenmesinde kriter olarak yer alan hususların, haksızlık içeriğinin azlığı konusunda da ölçü olacağı fikrindeyiz.

-Yargıtay'ın 223/4-d maddesi uyarınca CVYO kararı verilmesi için normda açık bir düzenleme araması, maddede yer almayan bir hususun içtihatla kabulü gibi bir sonuca neden olmaktadır. Her ne kadar Yargıtay'ın malın değerinin azlığı hususunda “*çoğu varken azın tercih edilmesi*”, “*failin özgülenen kastı*” gibi kriterleri, maddenin tatbiki açısından söz konusu olan endişeleri gidermek amacıyla getirdiği ifade edilse de bu hususta Kanun koyucunun düzenleme yapması gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi bir durum Kanun'da yer almayan hususların, içtihatlar ile Kanun'a dahil edilmesi şeklinde bir soruna yol açmaktadır.

-Kanun koyucunun haksızlık içeriğinin azlığı ifadesinden maksadının ne olduğunu daha net şekilde koyması gerekmektedir. Zira 223/4'üncü maddede yer alan bütün hallerin hangi hükümlere atıf yaptığı anlaşılsa da d bendinde yer alan düzenlemenin neye işaret ettiği belirsizdir. Bu durum belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve kanun önünde eşitlik ilkesinin, ihlal tehlikesine neden olmaktadır.

-Yargıtay'ın her suç açısından 223/4-d maddesinin tatbik edilemeyeceği görüşüne lafzi açıdan katılmıyor olsak da bu görüş, suç ve ceza prensipleri açısından dikkate alınmalıdır. Bu itibarla ilgili hükmün ya mal varlığına karşı suçlarda değer azlığı olarak değiştirilmesi yahut suçun konusunun değerinin azlığı olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Zira ilgili düzenleme bu haliyle zaten işlevsizdir. “*Suçun konusu itibarıyla*” haksızlık içeriğinin azlığı şeklinde bir düzenleme getirilmesi halinde, suçun konusunun örneğin kişinin bedeni olması ihtimalinde (cinsel dokunulmazlık, vücut dokunulmazlığı) ilgili hükmün tatbik edilemeyeceği de kabul edilmelidir. Zira bu değerler açısından suçun konusu itibarıyla değer azlığı yahut çokluğundan bahsetmenin mümkün olmayacağını düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- ARTUK**, M. Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARTUK**, M. Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, Gerekçeli Ceza Kanunları, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BEKAR**, Elif, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)’, İÜHFM, C. LXXV, S. 1, Yıl: 2017, İstanbul.
- DENİZ**, İsmail, Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri-Oluşturma Şekilleri-Şartları), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- FEYZİOĞLU**, Metin, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’, TBB Dergisi, S. 62, Yıl: 2006, Ankara.
- GÖKCEN**, Ahmet/ **BALCI**, Murat / **ALŞAHİN**, Mehmet Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÜNEŞ**, Derya Belgin, ‘Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri’, İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 77/1, Yıl: 2019, İstanbul.
- HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KOCA**, Mahmut / **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

- KOCA**, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KÖPRÜLÜ**, Tımuçin, 'Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı', TBB Dergisi, S. 71, Yıl: 2007, Ankara.
- KURŞUN**, Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZEN**, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÖZEN**, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞENSES**, Erkan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı', TBB Dergisi, S. 105, Yıl: 2013, Ankara.
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **ÖNOK**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- TÜRKER**, Gamze/ **HATEMİ**, Hüseyin, 'Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Medeni Hukuk Yargılamasına Etkisi', Working Paper Series 3, no. 1 (Haziran 15, 2021): 16-22.  
<http://workingpaperseries.ticaret.edu.tr/index.php/wps/article/view/53>. (erişim tarihi 12.07.2021).
- ÜNVER**, Yener/ **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

## **BÖLÜNMÜŞ BİR MAHKEMENİN ANALİZİ: ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİNDE AZINLIK-ÇOĞUNLUK DENGESİNDEN BİR KESİT**

### **Analysis of a Divided Court: A Section from the Minority-Majority Balance in the Norm Review of the Constitutional Court**

*Dr. Öğr. Üyesi Serkan YOLCU\**

#### **Özet**

Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları üzerine yapılan analizler genellikle bunların sonuç ya da hüküm kısmına odaklanmaktadır. Oysa AYM kararları hükmü aşan bir “karar alma” sürecinin ürünüdür. Bu sürecin dikkat çeken bir yönü de kararlarda gözlemlenen görüş ayrılığı ve bunun yol açtığı çoğunluk-azınlık dengesidir. Mahkeme üyeleri arasında bazı kararlarda belirgin bir görüş ayrılığı ortaya çıktığı, bununla birlikte kararın sonucunu ortaya çıkaran çoğunluk ile karşı görüşteki azınlığın arasındaki oy farkının ise epey daraldığı gözlemlenmektedir. Bu halde AYM üyeleri arasında belirgin bir yargısal bölünme olduğu iddia edilebilir. Bu tür bir bölünmenin görüldüğü en yeni alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (CBK) denetimidir. Bu çalışma CBK’ların yargısal denetimini esnasında AYM üyelerinin nasıl bölündüğünü ve bunun sonuçlarını incelemektedir. Bu bağlamda çalışmanın yanıt aradığı temel sorun AYM’nin CBK’ların denetimi bağlamında hakiki bir “bölünmüş mahkeme” olarak görülüp görülemeyeceğini sorgulamaktadır. Bunun için Mahkemenin CBK içtihadındaki çoğunluk görüşü ve azınlık görüşlerinin birbirleri karşısındaki konumu karşı oylar ve çoğunluk görüşlerinin niteliği ve niceliği aracılığıyla analiz edilmektedir. Sonuç olarak AYM’nin belirgin bir yargısal bölünme sergilediği iddia edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yargısal Bölünme, Çoğunluk Görüşü, Karşı Oy.

#### **Abstract**

Analyzes of Constitutional Court (AYM) decisions generally focus on the conclusion or judgment part of them. However, AYM decisions are the product of a “decision-making” process beyond the judgment. A striking aspect of this process is the divergence of opinion in the decisions and the majority-minority balance caused by it. It is observed that there is a clear difference of opinion among the members of AYM in some decisions, however, the difference between the majority that reveals the result of the decision and the minority opinion has narrowed considerably. In this case, it can be claimed that there is a clear judicial division among the members of AYM. The most recent area where such a division exists is the review of Presidential Decrees (CBK). This paper examines division of the members during the judicial review of CBKs and the consequences. The main problem that the paper seeks to answer is whether AYM is a genuine “divided court” in the context of the judicial review of CBKs. Thus, the position of majority opinion and minority opinion against each other in the AYM’s CBK case-law is analyzed. In conclusion, it is claimed that AYM exhibits a distinct judicial division.

---

\* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, [serkan.yolcu@ieu.edu.tr](mailto:serkan.yolcu@ieu.edu.tr),  
Orcid: 0000-0002-2951-4406.

**Keywords:** Constitutional Court of Turkey, Presidential Decree, Judicial Division, Majority Opinion, Dissenting Opinion.

## GİRİŞ

Yargısal karar alma süreci sadece yayınlanan kararların hüküm kısmından ibaret değildir. Yargı kararı görünenden daha aşkın birtakım özellikler barındırır. Çünkü *hüküm* yargıçların uzlaşma ve çatışmalarının bir ürünüdür. Anayasa mahkemeleri de bunun gözlemlendiği birincil alanlardan biridir. Çünkü anayasa yargısı organları çoğunlukla hassas ve kritik sorunları çözüme bağlamaya uğraşırken, kararlarının etkisi ise diğer mahkemelere göre daha esastır. Dolayısıyla bu mahkemelerin karar alma süreçlerinde gözlemlenen dinamikler, anayasa hukukunun genel etkisi açısından kayda değer bir veri içermektedir.

Anayasa mahkemeleri, denetledikleri normların nitelikleri, üyelerinin seçim yöntemi ve kararlarının siyasal sonuçları nedeniyle görüş ayrılığının daha sık gerçekleştiği yargı organlarıdır. Özellikle anayasa yargıçlarının görev yaptıkları mahkemede anayasanın nihai yorumuna yön verdikleri gerçeği bu üyeler arasında derin çatışmaların doğmasına yol açabilir. Ayrıca üyelerin geldikleri kaynak ve seçilme yöntemleri de belirli uyumsuzluklarda belirli yönde karar vermeyi tercih etmelerini etkileyebilir. Nihayet mahkemelerin içyapısı ve işleyiş kuralları da anayasa yargıçlarının azınlık ya da çoğunluk görüşüne mensup olma tercihinde rol oynar. Tüm bunlar dikkate alındığında anayasa yargıçlarının görüş ayrılığının anayasa hukukunun önemli bir sorun alanı olduğu söylenebilir.

Buna karşın ülkemizde Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları üzerine yapılan analizler genellikle bunların sonucuna (*hüküm*) kısmına odaklanmaktadır. Yani AYM'nin karar alma sürecinden çok verdiği hükümler incelenmektedir. Oysa AYM kararları hükmü aşan bir “karar alma” sürecinin ürünüdür ve kararların ortaya çıktığı bu süreç en az kararın sonucu kadar önemlidir. Mahkemenin karar alma sürecinin dikkat çeken bir yönü ise üyeler arasındaki görüş ayrılığıdır. Mahkeme üyeleri arasında bazı kararlarda derin bir görüş ayrılığı (yargısal bölünme) ortaya çıktığı, bununla birlikte kararın sonucunu ortaya çıkaran *çoğunluk* ile karşı görüşteki *azınlık* arasındaki oy farkının ise epey daraldığı gözlemlenmektedir.

Bu tür bir bölünmenin görüldüğü en belirgin ve en yeni alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (CBK) denetimidir. Bu düzenleme türü hukukumuzda daha önce var olmadığı için, Mahkemenin bu alandaki içtihadının henüz gelişmekte olduğu söylenebilir. Buna karşın Mahkeme bu yeni denetim türünde bugüne kadar azımsanmayacak bir içtihat yaratmış ve CBK'ların denetiminde kullandığı yöntemi ve temel kriterleri belirlemiş, hukuksal etki ve içerik bakımından ilgi çekici kararlar vermiştir. Ancak bu kararların ortaya çıkmasındaki çoğunluk-azınlık dengesinin pek dikkat çektiği söylenemez.

Bu çalışmanın amacı AYM'nin CBK denetiminin karar alma sürecini yakından incelemek ve bu sürecin azınlık-çoğunluk dengesini ele almaktadır. Bu bağlamda çalışmanın temel araştırma sorusu şudur: AYM, CBK'ların denetimi bağlamında hakiki bir *bölünmüş mahkeme* olarak görülebilir mi? Burada *bölünmüş mahkeme* tabiri Amerikan hukukunda kullanıldığı gibi kararın azınlık-çoğunluk dengesinin kırılmasını ve görüş ayrılığının derinliğini ifade etmektedir. Bu soruya yanıt aramak için Mahkemenin CBK içtihadındaki çoğunluk görüşü ve azınlık görüşlerinin temel parametreleri analiz edilecek, böylece olası bir üye değişikliğinin AYM içtihadı üzerine nasıl yansıtılabileceği tartışılacaktır.

Çalışma bölünmüş mahkeme kavramını açıklayarak başlamaktadır. Bunun için ABD'ye uzanılarak Amerikan Yüksek Mahkemesinde gözlemlenen yargısal bölünme irdelenmektedir. Bir sonraki başlık CBK'ların yargısal denetiminin temel özelliklerinden hareketle AYM'nin CBK denetimi yaptığı kararlara daha yakından bakmakta ve bu kararlardaki azınlık görüşlerini detaylıca incelemektedir. Nihayet son bölümde AYM'nin CBK denetimi içtihadında gözlemlenen oyçokluğu,

başka bir ifadeyle oybirliği yokluğu, ile ilgili verinin analizi yapılmaktadır. Böylece AYM'nin en azından norm denetiminin bir kısmı bakımından bir *bölünmüş mahkeme* olarak kabul edilmesi gerektiği iddiası doğrulanmaktadır.

## I. BÖLÜNMÜŞ MAHKEME KAVRAMI: YARGISAL BÖLÜNME NEDİR?

Mahkeme kararlarındaki derin görüş ayrılığı, genellikle ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the United States) ile ilgili analizlerde gözlemlenmektedir. Yüksek Mahkemenin federal anayasanın nihai yorumcusu olduğu malum. Mahkemenin anayasaya uygunluk denetimi ise genellikle bir federal ya da federe kanunun federal anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermeyi içerir. Yüksek Mahkemenin bu denetim ile ABD Anayasasının anlamını nihai olarak belirlemesi bir başka açmazı beraberinde getirmektedir. Mahkeme üyeleri arasında süren yorum kriterleri üzerindeki keskin bölünme, Mahkemenin birbirine çok yakın bölünmeler yaşamasına sebep olmaktadır. Bu halde ise anayasanın belirli bir konuda ne anlama geldiğinin bir ya da iki üye tarafından değişmesi mümkün olmaktadır.<sup>1</sup>

Gerçekten, Yüksek Mahkemenin anayasaya uygunluk denetimi yaptığı davalarda oybirliği yerin oyçokluğu görmek olağan bir durumdur. Anayasada ne yazarsa yazsın, üyeler anayasa metninden farklı anlamlar çıkarmaktadır. Çünkü anayasanın yorumu bir boyama kitabındaki rakam-renk sistemine göre boyanması gereken türde bir resim değildir.<sup>2</sup> Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetiminin bunu yapan yargıçlar arasında belirgin görüş ayrılıklarının doğal habitatı olduğu söylenebilir. Nitekim siyaset bilimcilerin ABD Yüksek Mahkemesi kararlarını analiz ederken üyeler arasındaki *muhafazakâr* ve *liberal* kanada ait ayrışma üzerine odaklanmaları bu gerçeğin bir yansımasıdır. ABD Yüksek Mahkemesinde özellikle 5'e karşı 4 oyçokluğu ile verilen kararlarda belirgin bir muhafazakâr/liberal ayrışmasının gözlemlendiği bilinmektedir. Çok üzerinde durulmasa da Yüksek Mahkemenin verdiği eşit bölünme kararları da vardır. 1791'den beri 183 eşit oy kararı verildiği bilinmektedir.<sup>3</sup> Bu halde alt derece mahkemesinin kararının eşit olarak bölünmüş Yüksek Mahkeme tarafından onandığı kabul edilir (Affirmed by an Equally Divided Court). Ancak bu karar emsal karar niteliği taşımaz, yani uyuşmazlık aslında nihai olarak çözülmemiştir.

Her zaman bu ayrım geçerli olmasa da, bir mahkemenin bölünmesinden bahis uyuşmazlık konusu üzerindeki ideolojik ayrışmanın çoğunluk ve azınlık görüşüne yansımasını ifade etmektedir. Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin mevcut oluşumunda bu ayrışmanın artık bir geçirgenlik edindiği ve bölünmenin daha az beklenen çoğunluklara yol açtığı da not edilmelidir. Başkan Trump döneminde atanan üyeler ile birlikte, Mahkeme üyeleri arasında daha az beklenen iş birlikleri ortaya çıkmaktadır. Bu, kuşkusuz bir ülkenin yargısal karar alma kültürü ve yargıçların nitelikleri ile yakından ilgilidir.

ABD'de bir önceki mahkeme başkanı William Rehnquist dönemi (1986-2005) Yüksek Mahkeme, bölünmüş bir mahkeme (*divided court*) olarak tasvir edilmektedir. Bu dönemin bölünmesinin sadece muhafazakâr ve liberal ayrışması olmadığı, aksine yargıçlar arasında iki tür Cumhuriyetçi akımın gözlemlendiği belirtilmektedir. Yargıçlar anayasanın ne anlama geldiği hakkında güçlü görüşleri olan hukukçulardır. Elbette onların da diğerleri gibi kaprisleri olabilir. Ancak anayasanın anlamı konusundaki görüş ayrılığını bu kaprislere indirgemek de bir hata olur. Bu bakımdan Rehnquist dönemindeki ABD Yüksek Mahkemesinin yaşadığı bölünme muhafazakâr yargıçların kendi içlerinde değişik konulardaki görüş ayrılıklarından kaynaklanmıştır. Dolayısıyla bu

<sup>1</sup> David J. Bodenhamer, *The U.S. Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2018, s. xxii.

<sup>2</sup> Linda Greenhouse, *The US Supreme Court: A Very Short Introduction*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2020, s. 17.

<sup>3</sup> Aditi Deal, 'When Less Is More: A New Formula for Avoiding Equally Divided Decisions in the Supreme Court', *Houston Law Review*, Cilt: 58, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 187.



dönem Yüksek Mahkeme içindeki bölünme görüldüğünden daha karmaşıktır.<sup>4</sup> Öyleyse bölünmüş bir mahkeme bir mit değil, gerçek bir vakadır. Dün olduğu gibi bugün de gözlemlenmektedir.

Türkiye’de anayasa yargıçlarının anlaşmazlıkları çoğunlukla normun anayasa aykırılığı ya da bir hak ihlali bulunup bulunmadığı ile sınırlı olduğundan, AYM içindeki bölüme daha çok esasa ilişkin tartışmalar üzerinden sürmektedir. Oysa daha dar, sadece bir kelimenin anlamı gibi teknik ayrıntılar da yargısal bölünmenin sebebi olabilir. Öyle ki Amerikan Yüksek Mahkemesi *Niç-Chavez v. Garland*, 593 U. S. \_\_ (2021),<sup>5</sup> kararında bir sözcük üzerinde anlaşmazlık yaşamış ve 6’ya karşı 3 çoğunluk ile İngilizce “bir” (a) sıfatının ne ifade ettiği üzerinde görüş ayrılığı yaşanmıştır. Ayrıca bu karardaki çoğunluk görüşü üç muhafazakâr yargıcın mahkemenin üç üyeli liberal kanadına katıldığı olağandışı bir ittifak ortaya çıkarmıştır.

Dava, sürekli oturuma iznine sahip olmadıkları için sınır dışı edilmeye maruz kalan göçmenlerin, en az on yıldır sürekli olarak ABD’de bulunmaları da dâhil olmak üzere çeşitli kriterleri karşılamaları halinde ülkede kalmak için başvuruda bulunmalarına izin veren 1996 tarihli bir federal yasa ile ilgilidir. Yasaya göre göçmenlerin sınır dışı etme duruşması için çeşitli bilgiler içeren “bir görüşme bildirimi” (a notice to appear) aldıklarında bu süre durmaktadır. Davadaki uyuşmazlık, devletin tüm bilgileri bir kerede sağlaması gerekip gerekmediği veya bunu parça parça yapıp yapamayacağıydı. Çoğunluk görüşü yasanın bildirimi düzenleyen hükümde “bir” sıfatının kullanmasının önemli olduğunu vurgulamış ve “bir bildirimin” gerekli tüm bilgileri içeren tek bir belge anlamına geldiğini belirtmiştir. Yargıç Gorsuch tarafından yazılan çoğunluk görüşüne göre nasıl ki bir otomobil satın alan kişi bugün şasiyi, gelecek hafta tekerlekleri ve ardından motoru almayı beklemese, yasada emredilen “bir bildirim” de tüm parçaları yani gerekli tüm bilgileri içermelidir.

Yargıç Kavanaugh tarafından yazılan karşı oy ise, 16 sayfalık çoğunluk görüşüne 22 sayfalık bir yanıt vermiş ve “sıradan anlam ve lafzi anlam iki farklı şeydir” diyerek yasaları yorumlayan yargıçların sıradan anlamı takip etmesi gerektiğini belirtmiştir. Yasanın “bir bildirim” ibaresindeki “bir” sıfatının nasıl anlaşılacağına dair farklı bir görüş benimseyen karşı oya göre bir müşteriye bir otomobil göndermeyi vaat eden bir otomobil bayisinin, müşteriye tek seferde bir otomobil parçası göndermesi durumunda yükümlülüğünü yerine getirmediği, buna karşın, önce bir özgeçmiş ve ardından referanslar göndererek “bir iş başvurusu” yapıldığını hatırlatarak çoğunluğa karşı çıkmıştır.<sup>6</sup> Öyleyse sadece tek bir sözcüğün anlamı üzerinde yapılacak yorum mahkemelerin karar alma sürecindeki bölünmeyi tetikleyebilir.

Bölünmüş bir mahkemedeki derin görüş ayrılığı uyuşmazlığın esasına ilişkin teorik bir ayrılık olabileceği gibi usul üzerinde de gerçekleşebilir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesinde, sadece davanın esasına ilişkin görüş ayrılıkları değil, olağanüstü durumlarda kullanılan kimi usul mekanizmalarının işletilmesinde de derin bölünme gözlemlenebilmektedir. Öyle ki federe bir kürtaj yasasının yürürlüğe girmesinin durdurulması talebi ile yapılan acil bir başvuruda, mahkeme beşe karşı dört bölünmüş ve henüz esasa ilişkin uyuşmazlık önüne gelmeden olası bir uyuşmazlıktaki derin görüş ayrılığı mahkeme kararına yansımıştır. Teksas kürtaj yasası ile ilgili tek paragraflık usulden ret kararında<sup>7</sup> Mahkemenin beş kişilik çoğunluğuna karşı dört kişilik azınlığın her bir ayrı

<sup>4</sup> Mark Tushnet, *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W. W. Norton, 2005, New York & London, s. 9-12.

<sup>5</sup> [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-863\\_gjgm.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-863_gjgm.pdf) (erişim tarihi 09.09.2021).

<sup>6</sup> Adam Liptak, ‘A Sharp Divide at the Supreme Court Over a One-Letter Word’, *The New York Times*, April 29, 2021 (Updated June 1, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/04/29/us/politics/supreme-court-article-a.html> (erişim tarihi 01.09.2021).

<sup>7</sup> *Whole Woman’s Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al.*, On Application For Injunctive Relief, [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24\\_8759.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24_8759.pdf) (erişim tarihi 09.09.2021).

bir karşı oy yazmıştır. Dolayısıyla ABD Yüksek Mahkemesinin bölünmüş niteliği bu çalışma yazılırken de sürmektedir.<sup>8</sup>

ABD’de gözlemlenen yargısal bölünme sadece Amerikan yargıçlarına özgü değildir. Anayasa mahkemeleri gibi bir hukuk sistemindeki en üst düzey denetimin yapıldığı yargı organlarında da derin görüş ayrılığı görülmesi diğer mahkemelere göre daha olasıdır. Çünkü anayasa mahkemelerinin denetim yaptığı sorunlar hassas ve çok yönlüdür. Bu bağlamda AYM de görüş ayrılığının sıklıkla görüldüğü bir mahkemedir. Bu görüş ayrılığı oyçokluğundaki bölünme yoğunluğu ve kararlardaki *karşı oy* ile ölçülmektedir.

AYM içtihadı *oybirliği* veya *oyçokluğu* ile karar verme bakımından dikkat çekici bir veri sunmaktadır. Bu veriyi hem norm denetimi hem de bireysel başvuru alanında gözlemlemek mümkün. AYM’nin karar alma sürecinde karşı oy kanunların ve KHK’ların denetiminde zaten görülmekteydi. Bireysel başvurularda da ilk günden itibaren çoğunluk-azınlık dengesinde dikkat çeken kararlar ortaya çıkmıştır. Bireysel başvuruda özellikle genel kurul tarafından verilen kararlardaki bölünmenin azımsanmayacak sayıda olduğu görülmektedir. Beş kişilik bölümlerin dörde bir ya da üçe iki bölündüğü ihlal kararları da bulunmaktadır.<sup>9</sup> Özellikle kamuoyunda çok yankı uyandıran iptal davaları ve bireysel başvurularda Mahkeme üyelerinin kimi zaman tek ses kimi zaman ise derin bir bölünme ile karar verdiği gözlemlenmektedir. (Ör: çoklu Baro kararı, af niteliğinde infaz, barış bildirisi imzacıları, Enis Berberoğlu) Elbette bu alanlardaki görüş ayrılığının dinamikleri de AYM’nin yaşadığı bölünme bakımından anlamlıdır. Ancak bu çalışmanın kapsamı Mahkemenin 2017 anayasa değişikliği sonrasına odaklanmış ve münhasıran CBK denetimi ile sınırlandırılmıştır.

## II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN DENETİMİNDE YARGISAL BÖLÜNME TİPOLOJİLERİ

Bu çalışmanın yayına hazırlandığı günlerde (Eylül 2021) CBK’ların sayısı seksenin üzerine çıkmış durumdadır.<sup>10</sup> İlk CBK’nın yayınlandığı günden itibaren bu düzenlemenin giderek daha sık kullanıldığı buna karşın yasama faaliyetinin gerilediği dikkat çekmektedir.<sup>11</sup> Öte yandan CBK’lar kamu hukukçularının ilgisini pek çok açıdan çekmektedir. Bu ilginin düzenlemelerin içeriği ve hukuk yaratma kabiliyeti üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir. Bu çalışmanın CBK’ların düzenleme

<sup>8</sup> <https://www.scotusblog.com/2021/09/supreme-court-leaves-texas-abortion-ban-in-place/> (erişim tarihi 09.09.2021).

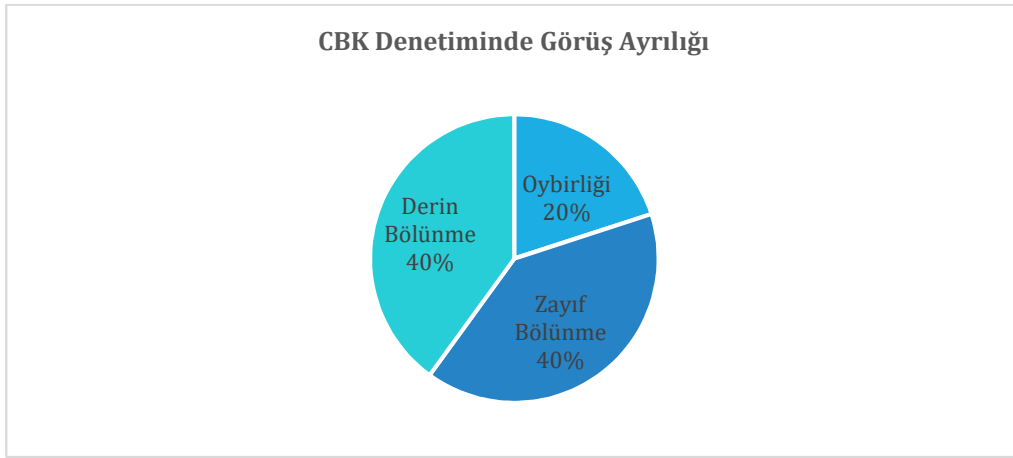
<sup>9</sup> Kararlar bilgi bankasında (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>) Eylül 2021 itibarıyla, Birinci Bölüm tarafından verilen 4468 kararın 322’sinin, İkinci Bölümün verdiği 4398 kararın ise 327’sinin *oyçokluğu* ile verildiği görülmektedir. Genel Kurul tarafından karar bağlanan 277 başvurunun ise 116’sının oyçokluğu ile verilmiştir. Elbette bu sayılar kararlar esas incelemesi dışında kabul edilemezlik kararlarını da içermektedir. Keza esas incelemesi yapılanlar hem ihlal bulan hem de ihlal bulmayan kararlardır. Buna göre AYM’nin bireysel başvuru kararlarında Bölümlerin verdiği kararlarda karşı görüş içeren karar oranı %7 civarındayken, bu oran Genel Kurul tarafından verilen kararlarda %40’ın üzerine çıkmaktadır. Dolayısıyla AYM’de karar veren üye sayısı ile yargısal bölünme oranı arasında bir doğrudan korelasyon olduğu söylenebilir.

<sup>10</sup> Eylül 2021 itibarıyla en son 25 Ağustos 2021 tarihli Resmî Gazete’de 83’üncü CBK yayınlanmıştır.

<sup>11</sup> Nitekim Ekim 2020 itibarıyla Cumhurbaşkanı 68 CBK yürürlüğe koyarken, TBMM aynı sürede uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin olanlar hariç 54 kanun çıkarmıştır. Bu tablonun Anayasa m. 104 kapsamındaki CBK düzenlemelerinin çokluğunun ve başka CBK hükümlerini değiştiren ve/veya yürürlükten kaldıran CBK’ların hukuk istikrarını ve öngörülebilirliği tehlikeye atacak sıklıkta çıkarılmasının bir sonucu olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Şule Özsoy Boyunsuz/Berk Esen, Türkiye İçin Yeni Bir Hükümet Sistemi: Hükümet Sistemi Kaynaklı Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Politika Raporu), İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, Aralık 2020, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_6a562ba050bb4af7b0acf37226c53109.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_6a562ba050bb4af7b0acf37226c53109.pdf) (erişim tarihi 01.09.2021), s. 14-15, 38. Son veriye göre (Temmuz 2021) ise Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde geçen 3 yılda çıkarılan CBK sayısı ile Meclisin kabul ettiği kanun sayısı eşitlenmiş durumdadır. Bkz. <https://www.gazeteduvvar.com.tr/yeni-sistemin-3-yillik-bilancosu-erdogan-80-meclis-80-haber-1528840> (erişim tarihi 01.09.2021).

konusu, sınırları ve hukuki statüsünü irdeleme gibi bir amacı yok. Keza genel olarak AYM'nin bu normun denetimini nasıl yapacağı da ilk CBK yayınlandığı günden beri merak konusu olmuştur. Ancak Mahkeme yayınladığı ilk denetim kararlarından itibaren CBK'ların denetiminde nasıl bir yöntem izleyeceğini ortaya koydu ve sonraki kararlarında yöntemini pekiştirdi. Dolayısıyla CBK'ların denetiminin nasıl yapıldığı üzerinde bir şüphe olmadığı söylenebilir. Ancak denetimde gözlemlenen yargısal bölünme henüz araştırmacıların ilgisini çekmekten uzak görünmektedir.

Bu başlık CBK'ların yargısal denetimini esnasında AYM'nin nasıl bölündüğünü sorgulamaktadır. Bunun için Mahkemenin CBK'ları denetlediği ve belirgin bir bölünme görülen kararlar incelenmektedir. Amaç AYM'nin CBK denetiminde çoğunluk görüşü ve azınlık görüşünün nasıl belirdiği ve karar alma sürecindeki rolünü analiz etmek ve AYM'nin bu yeni ve gelişmekte olan CBK içtihadının karar alma sürecine odaklanarak üyelerin görüşlerindeki derinleşen bölünmeyi incelemektedir. Bunun için önce daha az rastlanan oy birliği, ardından zayıf bölünme ve nihayet derin bölünme açıklanmaktadır. Her bir tipolojinin toplam karar sayısı içindeki oranı şöyle göstermek mümkün.



#### A. Oybirliği

AYM bugüne kadar (Eylül 2021) CBK'ların anayasaya uygunluk denetimini yaptığı on beş (15) karar yayınladı.<sup>12</sup> Bunlardan sadece üçünde oybirliği sağlanabilmiştir. Yani bu üç kararda hiçbir karşı oy ya da farklı gerekçe yer almamaktadır.<sup>13</sup> Bunlardan ikisi iptal, biri ret ile sonuçlanmıştır. Ret kararı (9) numaralı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında CBK'nın bazı hükümlerinin denetlendiği davadır ve fazla tartışma yaratacak nitelikte değildir. 29 Nisan 2021 tarihli iptal kararında ise AYM (65) numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin CBK ile bazı üniversiteler için öğretim elemanı kadroları ihdas edilerek bunların (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında CBK'ya eklenmesinin anayasaya aykırı olduğuna, ancak kararın Resmî Gazetede yayınlandıktan dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğine karar vermiştir. Bu iptal kararında CBK'nın, Anayasa m. 104/17'nin üçüncü cümlesine aykırı olduğu tespit edilmiştir. Nihayet iptal yönündeki 11 Haziran 2020 tarihli kararda ise (19) numaralı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair CBK, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunundaki cetvellerden birine ekleme yaptığı için Anayasa m. 104/17'nin birinci cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliği ile iptal edilmiş, iptal kararı karşılığını daha sonra yeni bir kanun ile bulmuştur.

23 Temmuz 2020'de yayınlanan karar ile iptal edilen düzenleme, 16 Ekim 2020 tarihli ve 7254 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması

<sup>12</sup> [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler\\_id=14](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14) (erişim tarihi 15.09.2021).

<sup>13</sup> E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021; E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020; E.2018/126, K.2020/32, 25/06/2020.

Hakkında Kanun ile yeniden düzenlenmiştir.<sup>14</sup> Bu kanun 5018 sayılı kanuna ekli cetvelleri tamamen yeniden düzenlerken aslında AYM'nin bunun CBK ile yapılamayacağı görüşünün gereğini yerine getirilmiştir. Ancak kanun teklifinin gerekçesinde diğer bazı hükümlerin başka AYM kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için sunulduğu yer almasına rağmen, cetvellerin düzenlenmesinin 19 sayılı CBK hakkında verilen iptal kararından kaynaklandığına dair hiçbir ifade yer almamaktadır.<sup>15</sup> Buna karşın kanunun Plan ve Bütçe Komisyonundaki görüşmeleri esnasında teklif sahiplerinden İbrahim Aydın yaptığı açıklamada şöyle demiştir: “Anayasa Mahkemesinin 11 Haziran 2020 tarihli kararıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle 5018 sayılı Kanun’un (I) sayılı Cetveline eklenen sıralar iptal edilmiştir. Kanun teklifimizin 5’inci maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesi kararına uygun olarak ilgili kurumların listeye eklenmesi sağlanmaktadır. ... Teklifimizle, ... Anayasa Mahkemesi kararına uyum sağlayabilmek için ilgili madde yeniden düzenlenmektedir.”<sup>16</sup>

Kalan 12 karar en az bir ve daha fazla karşı oy ve/veya farklı gerekçe içermektedir. Bunlardan bazılarında üyeler arasındaki görüş ayrılığı daha zayıf iken diğer bazılarındaki daha derindir. Zayıf ve derin bölünme ayrımı Mahkemenin asgari karar yeter sayısı dikkate alınarak belirlenmiştir. AYM, Anayasaya göre en az on bir (11) üye ile toplanabildiğine göre (m. 149/1) karar için gereken asgari çoğunluk 6’dır. Öyleyse en az 5 üyenin azınlıkta kaldığı bir AYM kararında derin bölünmenin görüldüğü söylenebilir. Çünkü bu halde, beş üye karar alma sürecinde bir üyeyi daha ikna ederek azınlık olmaktan çıkıp çoğunluğa dönüşme potansiyeline sahiptir.<sup>17</sup> Buna göre CBK denetimi yapan on iki karardan bir, iki, üç ya da dört üyenin muhalif görüş belirttiği kararlar nispeten daha az, zayıf bölünme görülen altı karardır. Beş ve daha fazla üyenin muhalif kaldığı altı karar ise derin bölünmenin örnekleridir.

## B. Zayıf Bölünme

Zayıf bölünme görülen altı kararın<sup>18</sup> en eskisi Ocak 2020, en yenisi ise Mart 2021 tarihli. İlk karar Yüksek Askeri Şura’nın (YAŞ) düzenlenmesine ilişkin bir CBK düzenlemesi ile ilgilidir ve dört üye (Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ) düzenlemenin konu bakımından yetki yönünden anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle karşı oy yazmıştır. İkinci kararda M. Emin KUZ, iki farklı hükmün anayasaya uygun olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne karşı çıkmıştır. Üçüncü kararda da KUZ, yine iki farklı karşı oy ile çoğunluğun ret kararına katılmamıştır. İletişim Başkanlığı Teşkilatını düzenleyen CBK ile ilgili dördüncü kararda ise konu bakımından yetki yönünden anayasaya uygun bulunan ancak içerik bakımından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen üç hüküm için KUZ üç karşı oy ile çoğunluğun konu bakımından yetki yönünden ret kararlarına katılmamış, bir diğer hüküm bakımından ise hem yetki hem içerik bakımından düzenlemeyi anayasaya uygun bulan çoğunluk görüşüne karşı çıkmıştır. Ayrıca bu kararda çoğunluğun üç hükmü içerik bakımından iptal eden görüşüne, birinde Rıdvan

<sup>14</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/10/20201016M1-1.htm>

<sup>15</sup> <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3113.pdf>

<sup>16</sup> TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, 1’inci Toplantı, 6 Ekim 2020 Salı, [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2571](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2571), (erişim tarihi 09.09.2021), s. 9. Komisyon Raporundaki muhalefet şerhlerinden birinde, kanun teklifinin 5018 sayılı kanundaki cetvelleri yeniden düzenleyen maddesinin gerekçesinde AYM’nin 11 Haziran 2020 tarihli CBK iptali kararından “bahsedilmemesinin gerekçesi tarafımızca anlaşılamamıştır” diyerek dikkat çekmiştir. Dahası muhalif üyeler “yasama belleği ve yasama etigi açısından en azından gerekçe kısmında Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapılmasının gerekli olduğunu” vurgulamıştır. Antalya Milletvekili İbrahim Aydın ve Ağrı Milletvekili Ekrem Çelebi ile 17 Milletvekilinin Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/3113) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 228, s. 60, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss228.pdf> (erişim tarihi 09.09.2021)

<sup>17</sup> Kuşkusuz nitelikli çoğunluk gereken siyasi partilerin kapatılması ve anayasa değişikliğinin denetimi bu ölçüt belirlenirken dikkate alınmamaktadır.

<sup>18</sup> E.2020/58, K.2021/19, 18/03/2021; E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021; E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020; E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020; E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020; E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020.

Güleç ve Recai Akyel, diğer ikisinde ise Rıdvan Güleç katılmamıştır. Beşinci kararda ret yönündeki çoğunluk görüşüne bu defa KUZ ve ARSLAN karşı çıkmıştır. Nihayet Merkez Bankası üyeliği ile ilgili son kararda üç üye (Rıdvan GÜLEÇ, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN) bu CBK'nın iptali yönündeki çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Zayıf bölünme kararlarının bu kısa sıralamasına öne çıkan isim M. Emin KUZ'dur. Zira bu altı kararın dördünde KUZ azınlıkta yer almaktadır. Üç üyenin muhalif kaldığı Merkez Bankası kararında ve dört üyenin azınlıkta kaldığı YAŞ kararında ise KUZ iptal yönündeki çoğunluk görüşünde yer almıştır. Azınlıkta kaldığı iki kararda KUZ tek başına muhalif kalmıştır. Bu iki kararda da KUZ'un karşı oyları, çoğunluğun iptali istenen CBK kuralının konu bakımından yetki yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddi yönündeki görüşüne karşı çıkmaktadır. KUZ yerli yazarları ve eserleri teşvik etmek amacıyla nakdi destek verilebilmesini düzenleyen kuralın denetlendiği kararda (E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021) Zühtü Arslan ile birlikte karşı oy yazan safta yer almıştır. Ancak KUZ ve ARSLAN, CBK kuralının konu bakımından yetki yönünden anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmış olsa da bunu tamamen farklı gerekçeler ile yapmıştır. Zühtü ARSLAN iptali istenen CBK hükmünün mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olduğu ve Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının *ikinci cümlesinde* sınırları çizilen yasak alanı ihlal ettiği gerekçesiyle çoğunluğun ret görüşüne karşı çıkmıştır. Buna karşın KUZ, aynı düzenlemenin Anayasaya göre göre kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının *üçüncü cümlesine* aykırı olduğu gerekçesiyle çoğunluğa katılmamıştır.

Zayıf bölünme görülen kararlardan birinde, 33 sayılı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bazı hükümlerinin iptalinin incelendiği davada (E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020), ilginç bir azınlık görüşü sorunu görülmektedir. Bu kararda M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL azınlıktadır. Ancak bu üç üyenin azınlık görüşlerinin yönünde belirgin bir farklılık olduğu belirtilmelidir. KUZ, çoğunluğun bazı CBK hükümlerinin iptal talebini konu bakımından yetki yönünden reddeden görüşüne katılmamıştır. Yani KUZ, çoğunluğun anayasaya uygun bulduğu düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği görüşünde olduğu için karşı oy yazmıştır. Ancak bu hükümler KUZ'un da katıldığı çoğunluk tarafından içerik bakımından anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir.

Oysa aynı kararda çoğunluğun bu hükümlerin içerikleri itibarıyla Anayasaya aykırı olduğuna ve iptali görüşüne katılmayan Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL ise bu içerik denetimine neden katılmadıklarını açıklayan bir ortak karşı oy yazmıştır. Öte yandan kararın hüküm kısmında iki ayrı CBK kuralının daha içeriği itibarıyla Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Rıdvan Güleç'in karşı oyu ile karar verildiği yazmaktadır. Buna karşın Rıdvan Güleç'in bu iki düzenlemenin daha içerik bakımından anayasaya aykırı olmadığı yönündeki karşı oyu kararda yer almaktadır. Dolayısıyla GÜLEÇ'in bu iki hüküm açısından çoğunluk ile neden görüş ayrılığı yaşadığını maalesef bilmek mümkün değil. Güleç'in azınlıkta kaldığının hükümde yazmasına rağmen neden karşı oyunun kararda yer almadığı ise cevabını sadece Mahkemenin bildiği bir sır olarak kalmaya devam ediyor.

Bu kararlardan ilkindeki (E.2020/58, K.2021/19, 18/03/2021) azınlık görüşü, daha sonra çıkarılan bir kanunla geçerli hukuk haline dönüştürülmeye çalışılmış, ancak bu girişimden Meclisteki kanunlaşma sürecinde vazgeçilmiştir. 62 numaralı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi Üyeliği Hakkında CBK'nın iptal edilmesi ile ilgili davada azınlıkta kalan üç üye TCMB'nin kamu kurumu niteliği taşıması karşısında 2547 sayılı Kanun uyarınca öğretim üyelerinin Banka Meclis üyesi olarak görevlendirilebilmesinin mümkün olduğu, 2547 sayılı Kanun'un öğretim üyelerinin diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında geçici olarak görevlendirilmesini düzenleyen hükmünün (m. 38) Banka Meclis üyeliği ile öğretim üyeliğinin bağdaşacağını da düzenlediğini, dolayısıyla dava konusu CBK'nın kanunun açıkça düzenlediği bir konuya ilişkin olmadığı gerekçesiyle Anayasa m. 104 bağlamında konu bakımından yetki yönünden anayasaya aykırı olmadığını savunmuştur. Bundan sonraki süreçte bu azınlık görüşü ile çoğunluk görüşü daha da ilginç bir hal almıştır.

Bu CBK iptal edildikten sonra Meclise sunulan bir kanun teklifinde<sup>19</sup> sonra Merkez Bankası Kanununda yapılacak değişiklik ile Banka Meclisi üyeliği ile birleşen görevler arasına Devlet üniversitelerindeki öğretim üyeliği de eklenmek istenilmiştir. Ancak birçok kanunda değişiklik getiren torba kanun teklifindeki bu düzenleme, ilginç bir şekilde teklifin komisyon aşamasında tekliften çıkarılmıştır. Komisyon görüşmeleri esansında bu hükmün Genel Kurula gönderilecek tekliften çıkarılması ile ilgili görüşler, bu kanun teklifinin Meclise sunulması ile AYM kararındaki çoğunluk ve azınlık görüşleri arasındaki bağı ilişkilendirmek bakımından oldukça ilgi çekici bir veri sunmaktadır.

### C. Derin Bölünme

Daha derin bölünme görülen altı kararın<sup>20</sup> ikisinde 5 üye azınlıkta kalmışken, iki kararda 6 üye, bir kararda 7 üye ve bir kararda ise 8 üye azınlıkta kalmıştır. Bu son karar AYM'nin geçici bir süre on altı üye ile görev yaptığı dönemin bir ürünüdür. Mahkeme on altı üye ile görev yaptığı dönemde verilmiş başka kararlarda var elbette. Ancak bu olağanüstü sayıdaki üyenin CBK'ların denetiminde eşit olarak bölündüğü sadece bir karar var. Dolayısıyla böylesi bir azınlık-çoğunluk dengesinin yeniden gerçekleşmesi olası değildir. Öte yandan bu karar hariç diğer beş kararda azınlıkta kalan üyeler denetlenen CBK kuralının iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğa karşı çıkarken, eşit bölünme kararında azınlıkta kalan üyeler diğer beş karardaki üyelere tamamen farklıdır. Kararda azınlıkta kalan sekiz üyenin yazdığı iki karşı oyun toplamı bin sekiz yüz kelime civarındadır. Ayrıca bu azınlık denetlenen CBK kuralının iptal talebinin reddedilmesi görüşüyle çoğunluk görüşüne karşı çıkmıştır. Dolayısıyla eşit bölünme kararı diğer beş karardaki azınlığın çoğunluk haline döndüğü ilginç bir istisnadır. CBK'lar ile ilgili görüş ayrılığındaki dinamikleri resmetmek bakımından da öğreticidir. AYM'nin altı kararında gözlemlenen derin yargısal bölünme bölünmenin yoğunluğu ile doğru orantılı olarak şöyle sıralanabilir:

Sıra	Karar Künyesi	Azınlık Üyesi
1	E.2019/78, K.2020/6, 23/01/2020	(5)
2	E.2020/8, K.2021/25, 31/03/2021	(5)
3	E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021	(6)
4	E.2018/127, K.2021/18, 18/03/2021	(6)
5	E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020	(7)
6	E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020	(8)

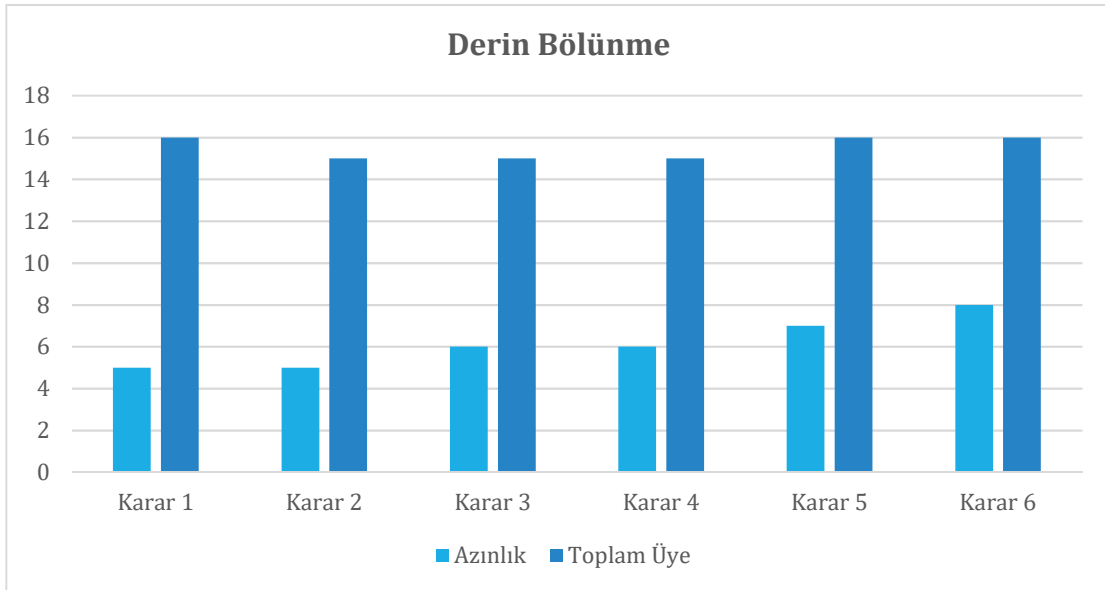
Derin bölünme görülen kararlarda azınlıkta kalan üyelerin genellikle “konu bakımından yetki yönünden” görüş ayrılığı yaşadığı görülmektedir. Muhalif üyelerin konu bakımından yetki yönünden azınlıkta kalmakla birlikte, genellikle aynı hükmün içerik denetimine muhalefet etmedikleri görülmektedir. Konu bakımından yetki yönünden oyçokluğu belirlediğinde aynı hükmün içerik yönünden de anayasaya aykırı olmadığına oybirliği ile karar verildiği gözlemlenmektedir. Yani yetki bakımından anayasaya aykırılık görüşünde azınlıkta kalan üyelerin, aynı hükmü içerik

<sup>19</sup> Ankara Milletvekili Orhan Yegin ve 45 Milletvekilinin 9 Temmuz 2021 tarihli Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/3740), <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3740.pdf>

<sup>20</sup> E.2018/127, K.2021/18, 18/03/2021; E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021; E.2020/8, K.2021/25, 31/03/2021; E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020; E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/01/2020.

bakımından da anayasaya aykırı bulma yoluna gitmediği böylece içerik bakımından yapılan denetimde çoğunlukla oybirliği sağlandığı gözlemlenmektedir.

Bunun tek istisnası, (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." ibaresi ile ilgili ortaya çıkmıştır. Bu hükmün iptali oyçokluğu ile reddedilirken azınlıkta kalan beş üyeden dördü aynı hükmün içerik bakımından da anayasaya aykırı olduğu görüşünde ısrar etmişlerdir. Beş üyenin azınlıkta kaldığı bu kararda konu bakımından yetki yönünden azınlıkta kalan beş üyeden dördü içerik bakımından da ilgili hükmü anayasaya aykırı bulmuştur. Y. Ş. Hakyemez hükmün yetki bakımından anayasaya aykırı bulurken, içerik bakımından anayasaya uygun olduğu görüşüne katılmıştır. Altı üyenin azınlıkta kaldığı bir kararda ise, muhalif üyelerin tamamı aynı anda hem konu bakımından yetki hem içerik yönünden çoğunluğa katılmadıklarını belirtmiştir. Bu bakımdan kararlardaki bölünmenin yoğunluğu açısından bu veri şöyle bir tespitte bulunmayı mümkün kılmaktadır. Bu altı karar, görüş ayrılığının yoğunluğu bakımından, azınlıkta kalan üyelerin sayısından ziyade, görüş ayrılığının pekişmesi bakımından değerlendirilmelidir.



İlk bakışta en derin bölünme görülen kararının 7 üyenin azınlıkta kaldığı *Genel Kadro* usulü ile ilgili karar olduğu düşünülebilir. Esasen bunda bir yanlışlık da yok. Ancak yukarıda belirtildiği gibi bu kararda da azınlık sadece konu bakımından yetki yönünden muhalif kalmış, iptali istenen düzenlemenin içerik denetimi oybirliği ile anayasaya uygun bulunmuştur. Konu bakımından yetki yönünden çok sert şekilde çoğunluğa karşı çıkan üyeler, düzenlemenin içeriği açısından karşı oy yazmayı tercih etmemiştir. Öte yandan bu kararda hüküm kısmında yedi üyenin muhalif kaldığı belirtilmesine rağmen, kararda 6 karşı oy yer almaktadır. Muhalif üyelerden Celal Mümtaz AKINCI'nın karşı oyu kararda bulunmuyor. *Genel Kadro* kararı 16 üye ile verildiği ve 7 üyenin muhalif kaldığı dikkate alındığında çok derin bir bölünme örneği olarak kabul edilebilir. Çünkü bir üyenin yer değiştirmesi halinde 8/8 eşit bölünme gerçekleşmesi muhtemeldir. Bu ihtimalde ise Başkan'ın bulunduğu tarafın görüşü çoğunluk görüşü haline dönüşebilirdi. Bir an için bu kararın 16 üye ile değil 15 üye verildiğini varsayıldığında da yine çoğunluk değişmezdi ve karar 8'e karşı 7 yine ret yönünde olurdu. Ancak elbette bu kararın çok derin bir bölünme içerdiğini söylemek mümkün. Çünkü yine bir üyenin yer değiştirmesi halinde hüküm tam tersi yönde, iptal yönünde, çıkabilirdi.

Bu iki karardaki görüş ayrılığı iki bakımdan dikkat çekicidir. Birincisi niteliği itibarıyla 6 üyenin hem konu bakımından yetki hem de içerik bakımından azınlıkta kaldığı *Resmî Gazete*'de yayımlanacak düzenlemeler ile ilgili karar, *Genel Kadro* kararına kıyasla daha derin bir bölünme olarak kabul edilmelidir. Çünkü bu kararda azınlığı meydana getiren 6 üye incelenen CBK düzenlemesinin

konu bakımından yetki ve içeriği itibarıyla Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamış ve beş farklı karşı oy yazmıştır. *Genel Kadro* kararında karşı oyu yer almayan Celal Mümtaz Akıncı, bu defa Yusuf Şevki Hakyemez ile birlikte karşı oy yazmıştır. *Genel Kadro* kararında bu altı üye ile birlikte azınlıkta kalan Kadir Özkaya, bu defa çoğunluk görüşüne katılmıştır.

İkincisi nicelik bakımından ise tam tersi bir tablo ile karşılaşılmaktadır. *Resmî Gazete* kararındaki karşı oyların tamamı 5 bin kelime civarındayken, *Genel Kadro* kararındaki karşı oylar toplamda 11 bin kelimedenden fazladır. Oysa birincisinde hem yetki hem içerik denetimi yapıldığı, ikincisinde sadece yetki denetimi yapıldığı dikkate alındığında bunun tersinin gerçekleşmesi beklenirdi. Dolayısıyla AYM'nin CBK denetimindeki bölünme üyeler arasındaki görüş ayrılığının bu mahiyeti bakımından olağandışı bir özellik göstermektedir. AYM'nin muhalif kesimi hem yetki hem de içerik denetimi yaparken, sadece yetki denetimindeki muhalefetlerinden daha cılız bir karşı oy yazmayı tercih etmektedir. Kuşkusuz bunda incelenen düzenlemenin konusu etkilidir. Ancak tek başına bu tablo, Mahkemedeki görüş ayrılığı üzerine yapılacak analizlerde ihtiyatlı olmayı gerektirecek niteliktedir.

Bir diğer sorun bu kararların kaç kişilik bir heyet ile verildiğidir. Çünkü AYM her zaman on beş üye ile toplanmamaktadır. İlk karar 16 üye verilmiş ve 5 üye azınlıkta kalmıştır. İkinci karar 15 üye ile verilmiştir ve 5 üye azınlıkta kalmıştır. Üçüncü karar 15 üye ile verilmiştir ve 6 üye azınlıkta kalmıştır. Dördüncü karar 15 üye ile verilmiştir ve 6 üye azınlıkta kalmıştır. Beşinci karar 16 üye ile verilmiştir ve bu defa 7 üye azınlıktadır. Altıncı karar 16 üye ile verilmiş ve eşit bölünme (8/8) yaşanmıştır. Dolayısıyla CBK kararlarında heyet ile azınlık üyelerinin oranının aşağı yukarı benzer seyrettiği söylenebilir.

Öte yandan bu altı kararın beşinde de aynı üyeler azınlıkta kalmışken, bu üyeler sadece bir kararda ilginç bir biçimde çoğunluğa dönüşerek iptal kararı verilmesini sağlamıştır. Mahkeme tarihinde ender görülen biçimde eşitlik ortaya çıkan kararda 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun gereği<sup>21</sup> Mahkeme Başkanının bulunduğu taraf oyçokluğunu sağlamış ve böylece iptal kararı çıkmıştır. Ayrıca bu iptal kararı konu bakımında yetki yönünden anayasaya aykırılık ile verilmiştir. Oysa kalan beş kararda bu sekiz kişinin bir kısmı sürekli olarak azınlıkta kalmış ve iptal yönünde karar ortaya çıkmamıştır. Bu kararların dikkat çeken bir yönü hepsinde Mahkeme Başkanı Zühtü ARSLAN'ın azınlıkta kalmasıdır. Beş kararın hepsinde ARSLAN muhaliftir.

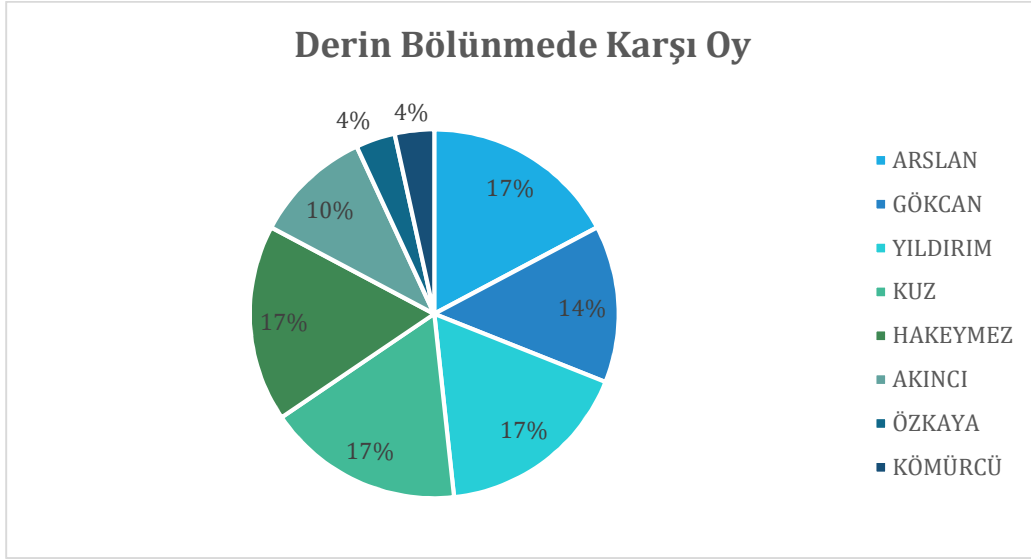
### III. ANALİZ: AYM'DE AZINLIK VE MAHKEMENİN GELECEĞİ

Derin bölünme görülen kararlarda, eşit bölünme ile sonuçlanan karar hariç, toplam 30 karşı oy ortaya çıkmıştır.<sup>22</sup> Sekiz üyenin katıldığı bu azınlık görüşlerindeki karşı oyların sahipleri şöyle dağılmaktadır:

<sup>21</sup> “MADDE 65- (1) Genel Kurul ve bölümler kararlarını katılanların salt çoğunluğuyla alır. Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur.”

<sup>22</sup> Bu rakam belirlenirken bir üyenin aynı kararda birden fazla hüküm için azınlıkta kalıp kalmadığı veya bazı hükümlerin denetiminde muhalif kalıp diğerlerinde çoğunluğa katılması gibi farklar dikkate alınmamıştır.





Eşit bölünme kararı hariç ortaya çıkan tablo belirgin bölünmeye işaret etmektedir. Öyleyse eşit bölünme ile verilen iptal kararında (E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020) Başkanın bulunduğu tarafın oyçokluğuna dönüşmesi bugün için ne anlam ifade etmektedir? Belirtmek gerekir ki bu kararda imzası bulunan 16 üyenin 3'ü artık görevde değil. Bunlardan ikisi (Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN) kararda azınlıkta, biri ise (Recep KÖMÜRCÜ) çoğunlukta yer almıştı. Biri çoğunluktan biri de azınlıktan iki üyenin yerine yeni iki üye atandı (Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN), ancak üçüncü üye yerine bir yeni üye atanmadığından Mahkemenin CBK'lar ile ilgili 16 üye karar verme ihtimali artık yok. Öte yandan bu karar aynı zamanda muhalif 8 üyenin beşinin iptal talebi konu bakımından yetki yönünden reddedilen CBK hükmü için yazdıkları farklı gerekçeyi de içermektedir. Yani beş üye sonraki kararlarda yapılacak denetimde sergileyecekleri tutumu bu karardaki çoğunluğun ret sonucuna onlardan farklı bir gerekçe katıldıklarını vurgulayarak açıklamışlardır. Nitekim sonraki kararlarda bu beş üyenin eşit bölünme kararındaki altı üye karşısında daha fazla çoğunlukta yer alması, farklı gerekçelerindeki tutumu sürdürdüklerinin göstergesidir.

CBK denetiminde gözlemlenen azınlık oyları bazı açılardan da ilginç özellikler göstermektedir. Bir kere Mahkemenin beş üyesi CBK'ların denetimindeki derin bölünme görülen kararların %80'inden fazlasında muhalif kalmıştır. Dolayısıyla Mahkeme içinde, üyelerin en azından üçte birinin üyelerin kalanından derin bir bölünme yaşadığı söylenebilir. Öte yandan yukarıda tespit edilen muhalif üyeler karşı oylarını sürekli olarak bireysel yazıyorlar, çok nadir görülen iki kişilik karşı oylar dışında üyeler karşı görüşlerini hep tek başlarına ifade etmeyi tercih ediyorlar. Bu da ortaya çıkan doğal ittifakında aslında bir o kadar da kırılğan olduğunun göstergesi. Çünkü ortak bir karşı görüşte buluşamıyor olmaları, azınlık üyelerinin her an görüşlerinin değişebileceği izlenimini yaratmaktadır.

Derin bölünmenin yaşandığı en yeni iki karar AYM'deki bölünmenin son halini yansıtmak için anlamlıdır. Bunlardan biri 18 Mart 2021 tarihli *Resmî Gazete* kararı, diğeri ise 31 Mart 2021 tarihli Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığında kadro iptalini ve yeni kadroların ihdasını dağıtılmasını düzenleyen CBK'nın denetiminin yapıldığı karardır (E.2020/8, K.2021/25, 31/03/2021). Bu iki karar günümüzde AYM'deki yargısal bölünmeyi resmeden en net kararlardır. Çünkü bunlar AYM'nin on beş üyeli mevcut kompozisyonu ile CBK'ların sınırlarını nasıl çizdiğini göstermektedir. *Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı* kararı konu bakımından yetki yönünden denetimdeki bölünmeyi göstermektedir. *Resmî Gazete* kararı ise hem içerik hem de yetki bakımından denetimdeki görüş ayrılığı içermektedir. Her iki kararda azınlık aynı üyelerden meydana gelmektedir. Bu bakımdan iki karardaki karşı oylar, AYM'nin üye yapısında yakın zaman önce

gerçekleşen değişimin, Mahkemenin karar alma sürecindeki azınlık-çoğunluk dengesine, CBK'ların denetimi bakımından, etkisini gözler önüne sermektedir.

Bu iki kararda şöyle bir tablo ile karşılaşilmektedir. 18 Mart'ta on beş üyeli AYM'nin dokuz üyesi —Kadir ÖZKAYA, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN— Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlere ilişkin tasarlardan Cumhurbaşkanlığı tarafından “uygun bulunmayanların” ilgili kuruma iade edilmesini düzenleyen CBK hükmünü ne yetki ne de içerik bakımından Anayasaya aykırı bulmamıştır. Buna karşın altı üye —Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ— ise hem yetki hem de içerik bakımından düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu görüşündedir.

Kısa bir süre sonra verilen 31 Mart tarihli kararda ise aynı dokuz üye Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı merkez teşkilatında bir kadronun iptal edilerek, yerine başka kadroların ihdas edilmesine ilişkin CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Buna karşın yine aynı altı üye ise kadro ihdasının CBK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığı görüşü ile çoğunluğa karşı çıkmıştır. Ayrıca bu altı üyenin yazdığı beş karşı oydan üçü, benzer bir sorunun incelendiği *Genel Kadro* kararındaki karşı oylarına da atıf yapmıştır. Dolayısıyla azınlığın yetki konusundaki görüşlerini bu karar ile pekiştirdiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu altı üyenin çok kısa süre arayla aynı sorun üzerinde azınlıkta kaldığı dikkate alındığında, CBK'ların denetimi bakımından AYM'nin azınlık-çoğunluk dengesinin berrak olarak ortaya çıktığı söylenebilir.<sup>23</sup>

## SONUÇ

AYM CBK'ların anayasaya uygunluğu denetiminde, kimi anayasal sorun alanlarında oybirliği ile çok daha sağlam iptal veya ret kararı verirken, kimi alanlarda bu kararları üye sayısındaki belirgin bir bölünme ve kırılgan bir tutum ile sağlayabilmektedir. Öyle ki on beş üyeli AYM bazı kararlarını dokuza altı gibi derin bir bölünme alabilmiştir. Ayrıca bu bölünme üyeler arasında tekrar eden belirgin bir görüş ayrılığını yansıtmaktadır. Yani CBK'ların denetiminde bir grup Mahkeme üyesi, sürekli diğer bir grup üye ile çatışmaktadır. Bu durum Mahkemenin üye yapısında olası bir değişikliğin, AYM'nin günümüzde CBK'ların anayasaya uygunluğuna ilişkin içtihadının, daha sonra kolaylıkla tersine dönmesini mümkün kılabilir. Dolayısıyla AYM üyelerinin değişmesine paralel olarak, CBK'ların denetiminde kısa veya orta vadede içtihadın değişmesi de olasıdır.

CBK'ların denetlendiği on beş karar AYM üyelerinin anayasaya uygunluk denetimindeki bölünmesi açısından orijinal bir veri sunmaktadır. Çünkü bu normun denetiminde belirlenen ölçütler daha önce var olamayan bir denetim modeli geliştirmiştir. Bu modelin karar alma sürecinde görülen yargısal bölünme, AYM'nin gelecekteki işleyişinin izleri olarak okunabilir. Bir başka deyişle AYM üyeleri arasında CBK'ların denetiminde gözlemlenen görüş ayrılığı, Mahkemenin karar alma sürecinin geleceği hakkında bir projeksiyon sunmaktadır. Buna göre Mahkemenin mevcut üyelerinden altısı CBK'ların yetki unsuru bakımından daha sınırlayıcı, kalan dokuz üye ise yürütmeye daha fazla hareket alanı bırakma eğiliminde olduğu söylenebilir. Bu eğilimin sürüp sürmeyeceği ise yürütme organındaki süreklilik/değişim ile birlikte takip edilmelidir. Öyleyse mevcut hali ile yürütme organının düzenleme yetkisi bakımından bölünmüş bir mahkeme izlenimi veren AYM'nin gelecekte nasıl karar alacağı, yürütme organının kendisi ile de ilgilidir. Bu bakımdan CBK'ların denetiminde gözlemlenen çoğunluk-azınlık dengesinin, bundan sonraki seyrini

<sup>23</sup> İlginçtir ki çoğunluk da *Genel Kadro* kararındaki görüşüne atıfta bulunmuştur. (§ 17, 23).

gözlemlemek, Türkiye'nin mevcut anayasal düzeninin işleyişinin alacağı yön açısından da ufuk açıcı olacaktır.

Bu çalışma sadece CBK denetimine odaklandı ve böylece AYM üyeleri arasındaki yargısal bölünmenin bir kesitini aktardı. Ancak incelenen kesit Mahkemenin karar alma sürecini takip etmeyi gerektirmektedir. AYM'deki olası üye değişimlerinin karar alma sürecini kuvvetli şekilde etkileyeceği düşünüldüğünde, AYM içtihadının azınlık-çoğunluk parametresi daha yakından izlenmelidir. Çünkü mevcut hükümet sisteminde CBK yayınlama hızı giderek artmaktadır. Bunların denetimine şimdi dikkat kesilmek sonraki dönemlerde AYM ile ilgili yapılacak analizler için yol gösterici olabilir.

## KAYNAKÇA

- BODENHAMER**, David J., *The U.S. Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2018.
- BOYUNSUZ**, Şule Özsoy/ **ESEN**, Berk Türkiye İçin Yeni Bir Hükümet Sistemi: Hükümet Sistemi Kaynaklı Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Politika Raporu), İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, Aralık 2020, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_6a562ba050bb4af7b0acf37226c53109.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_6a562ba050bb4af7b0acf37226c53109.pdf) (erişim tarihi 01.09.2021).
- DEAL**, Aditi, 'When Less Is More: A New Formula for Avoiding Equally Divided Decisions in the Supreme Court', *Houston Law Review*, Cilt: 58, Sayı:1, Yıl: 2020, ss. 185-210.
- GREENHOUSE**, Linda, *The US Supreme Court: A Very Short Introduction*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2020.
- HOWE**, Amy, 'Supreme Court leaves Texas abortion ban in place', Sep 2, 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/09/supreme-court-leaves-texas-abortion-ban-in-place/> (erişim tarihi 01.09.2021).
- LIPTAK**, Adam, 'Sharp Divide at the Supreme Court over a One-Letter Word', *The New York Times*, April 29, 2021 (Updated June 1, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/04/29/us/politics/supreme-court-article-a.html> (erişim tarihi 01.09.2021).
- TUSHNET**, Mark, *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W. W. Norton, New York & London, 2005.

## Anayasa Mahkemesi Kararları

- E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021  
E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020  
E.2018/126, K.2020/32, 25/06/2020  
E.2018/127, K.2021/18, 18/03/2021  
E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021  
E.2020/8, K.2021/25, 31/03/2021  
E.2020/58, K.2021/19, 18/03/2021  
E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021  
E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020  
E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020  
E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020  
E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020  
E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020  
E.2018/125, K.2020/4, 22/01/2020

E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020  
E.2019/78, K.2020/6, 23/01/2020

#### ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

*Niz-Chavez v. Garland*, 593 U. S. \_\_\_\_ (2021), [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-863\\_6jgm.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-863_6jgm.pdf) (erişim tarihi 09.09.2021).

*Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al.*, September 1, 2021, [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24\\_8759.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24_8759.pdf) (erişim tarihi 09.09.2021).

#### Yasama Kaynakları

Ankara Milletvekili Orhan Yegin ve 45 Milletvekilinin 9 Temmuz 2021 tarihli Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/3740), <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3740.pdf> (erişim tarihi 09.09.2021).

Antalya Milletvekili İbrahim Aydın ve Ağrı Milletvekili Ekrem Çelebi ile 17 Milletvekilinin Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/3113) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 228, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss228.pdf> (erişim tarihi 09.09.2021)

Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3113.pdf> (erişim tarihi 09.09.2021).

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, 1'inci Toplantı, 6 Ekim 2020 Salı,

[https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2571](https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2571) (erişim tarihi 09.09.2021).

## **2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN KAMU PERSONEL HUKUKUNA BAZI YANSIMALARI (GÜNCEL ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADI VE UYGULAMADAN HAREKETLE BİR İNCELEME)**

### **Some Reflections of 2017 Constitutional Amendment on Public Personnel Law (A Review Based on Constitutional Court's Current Case Law and Practice)**

*Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU\**

#### **Özet**

1982 Anayasası'nda 2017 yılında yapılan değişiklikle Devletin yönetim biçiminde köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu yeni sistemde, kamu personel hukukunun tabi olduğu esas ve usullerin belirlenmesinde yasamanın sahip olduğu baskın rol yerini yürütmenin üstün olduğu bir hukuki yapıya bırakmıştır. Tüketici bir nitelik taşımayan bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin güncel kararları ışığında Anayasa değişikliğinin kamu personel hukukuna bazı yansımaları inceleme konusu olmuştur. İlk olarak, genel kadroya ilişkin düzenlemelerin personel hukukuna yönelik değil, teşkilat hukukuna ilişkin bir konu olduğunu vurgulayan Anayasa Mahkemesi, idareye ait kadroların ihdası ile düzenlenmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesinde yürütmenin yetkisini oldukça genişletici bir şekilde yorumlamıştır. Bu durum Anayasa'nın başta 128. maddesi olmak üzere, farklı maddeleri bakımından tartışmaları beraberinde getirmiştir. Anayasa değişikliğinin getirdiği en önemli yenilik ise, bundan önce dağınık bir mevzuatta, birbirinden farklı hukuki statülerde düzenlenen ve ayrı bir kamu personeli kategorisi şeklinde tasniflenmemiş olan üst kademe yöneticilerine ayrı bir personel statüsünün Anayasa'da kazandırılmış olmasıdır. Son olarak, Anayasa'da yapılan değişiklik sonrasında Türk idari teşkilatında meydana gelen değişim birtakım yeni istihdam biçimlerinin ortaya çıkmasına ve kamuda istihdam anlayışının arkasında yatan ilkelerin önemli değişime uğramasına da yol açmıştır. Bu çalışmadaki değerlendirmeler, 2017 Anayasa değişikliğinin personel hukukundaki bazı ilke ve kavramların yeniden gözden geçirilmesini gerektirdiğini ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Üst Kademe Kamu Yöneticisi, Liyakat, Genel Kadro, Kariyer, 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

#### **Abstract**

With amendments made to 1982 Constitution of Turkey in 2017, fundamental changes were made in system of government. In this system, dominant role of legislature in determining principles and procedures to which public personnel law is subject has been replaced by legal structure in which executive is superior. In this study some reflections of constitutional amendments on public personnel law have been examined in light of current decisions of Constitutional Court. Firstly, by emphasizing that regulations regarding general cadre is a matter related to administrative organization, not to public personnel law, Constitutional Court has interpreted executive's authority broadly in determining procedures regarding creation and regulation of cadres. This situation generated discussions on different articles of Constitution, especially on article 128. Foremost innovation of constitutional amendment is that a separate personnel regime is laid down in Constitution for high-ranking executives, who were previously regulated in scattered legislation and weren't

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, [cihanyuzbasioglu@gmail.com](mailto:cihanyuzbasioglu@gmail.com), Orcid: 0000-0002-7740-5677.

Hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim Tarihi: 08.11.2021, Kabul Tarihi: 22.02.2022.

classified as separate category. Finally, change occurred in Turkish administrative organization after constitutional amendment has also led to emergence of new employment forms and significant changes in principles behind notion of employment in public sector. This study reveals that some principles in public personnel law should be revisited after 2017 constitutional amendments.

**Keywords:** High-Ranking Executives, Competence, General Cadre, Career, Presidential Decree No. 3.

## GİRİŞ

1982 Anayasası'nda 2017 yılında 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklik daha çok hükümet sisteminde meydana gelen değişim sebebiyle kamuoyunda ilgi toplamıştır. Gerçekten de sözü geçen değişiklik, Cumhuriyetin kurulmasından bu yana ülkemizde uygulama bulan parlamenter sistem yerini pek çok yönüyle kendine özgü nitelikler taşıyan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bırakmıştır. Türk idare teşkilatının yapısı ve tabi olduğu ilkeler önemli ölçüde değişmiş, merkezden yönetim teşkilatı yeniden yapılandırılmış, Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesi mutlak niteliğini pek çok yönden yitirmiş, Cumhurbaşkanlığı makamının yürütme ve idarenin merkezini oluşturduğu, Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin ise baskın rol oynadığı bir sisteme geçiş yapılmıştır.

Başta merkezden yönetim olmak üzere Türk idare teşkilatının tümü üzerinde etkin bir otorite haline gelen Cumhurbaşkanlığı makamı, kamu personel hukuku anlamında da genişletilmiş yetkilere sahip olmuştur. Bu doğrultuda daha önceden Başbakan ya da Bakanlar Kurulu tarafından atanan pek çok kamu personeli cumhurbaşkanı tarafından atanmaya başlanmış, Anayasa'nın 104. maddesinde tanınan yetki doğrultusunda yürütme işlevine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılmıştır. Yürütme yetkisinin kullanımına ve teşkilatına yönelik düzenlemeler çoğu zaman, bu yetkileri fiili anlamda icra eden kamu personelinin hukuki statüsü üzerinde de sonuçlar yaratmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin güncel kararları ve karşı oy yazılarında yer alan gerekçeler ise duruma çözüm getirmekten ziyade karmaşanın daha da artmasına yol açmıştır.

Öte yandan, 1982 Anayasası'nın önceki halinde kavram olarak yer bulan ve fakat ayrılmış bir kamu görevlisi statüsüne sahip olmayan üst kademe yöneticileri somut bir kamu görevlisi kategorisi halinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer bulan bu yeni kategorinin tabi olduğu hukuki rejim, 1982 Anayasası'nın sistematığı bakımından pek çok tartışmayı beraberinde getirdiği gibi, Türk kamu personel hukukuna tabi olan pek çok anayasal ilkenin halen geçerliliğini koruyup korumadığını da tartışmalı hale getirmiştir.

İdari teşkilatın kuruluşu ve yapılanmasında meydana gelen değişim ise kamuda yeni istihdam türü arayışlarını beraberinde getirmiş, daha önceden öngörülmemiş olan ve klasik kamu personeli tanımı ile bağdaştırılması güçlük arz eden kamusal güvencelerden yoksunlaştırılmış, yeni personel rejimleri ortaya çıkmıştır.

İdare teşkilatında gerçekleştirilen değişimin, tüzel kişi niteliğinde olan bu teşkilatın insan unsurunu oluşturan kamu personelinin hukuki statüsü üzerinde yol açtığı farklılaşma elbette ki bu çalışmada sunulanların çok daha ötesindedir. Anayasa değişikliğinin gerçekleştiği 2017 yılından bu yana mevzuatta ve uygulamada meydana gelen gelişimin yanında Anayasa Mahkemesi'nin güncel kararları kapsamında ortaya çıkan bazı ilkesel sorunlar bu çalışma kapsamında inceleme konusu yapılmıştır. Bu doğrultuda ilk olarak güncel yargı kararlarına konu olan, idari kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin anayasallığı inceleme konusu yapılacak (I); ikinci bölümde ise yeni bir kamu personeli kategorisi olan üst kademe yöneticilerinin tabi olduğu rejim ile buna ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın sistematığına ve Türk kamu personel hukukunun tabi olduğu ilkelere uygunluğu farklı perspektiflerle değerlendirilecektir (II). Son kısımda ise, kamu personel hukukunda ortaya çıkan yeni istihdam rejimleri ile bunların Anayasa'nın 104 ve 128. maddeleri doğrultusunda tabi oldukları kanunilik ilkesini sağlayıp sağlamadıkları tartışılacaktır (III).

## I.KADRO DÜZENLEMESİ ALANINDA CUMHURBAŞKANLIĞININ YETKİLERİ BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi üzerine, yeni hükümet sistemine özgü bir idari teşkilat yapılanmasının sağlanması amacıyla Anayasa'nın çok sayıda maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bunlardan konumuz bakımından en önemli olduklarını düşündüklerimiz ise kuşkusuz Anayasa'nın 104 ve 106. maddeleridir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilme yetkisine sahip olmuştur. İdarenin kuruluş ve görevlerinin de içinde yer aldığı yürütme alanının düzenlenmesi bakımından Cumhurbaşkanına asli (ilk-el) kural koyma yetkisi verilmiştir. Yine sözü geçen fıkranın devamında bu yetkinin sınırları da ortaya konulmuştur. Buna göre, *“Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”* Görüldüğü gibi yürütme fonksiyonunun düzenlenmesi bakımından Cumhurbaşkanına tanınan yetkiye farklı ölçütlerle konu yönünden sınırlama getirilmiştir.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasından kaynaklanan yetki doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı tarafından 10.07.2018 tarihli ve 2 numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkartılarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıklarına ait kadro ve pozisyonların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usuller belirlenmiştir<sup>1</sup>. Bu çerçevede, başta merkezden yönetime bağlı kadrolar olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadrolar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkün değildir. 2017 Anayasa değişikliğinden bu yana Anayasa Mahkemesi'nin süregelen içtihadında, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiğine yönelik ibare bulunan alanlar, münhasıran kanunla düzenlenecek konu olarak kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Bu doğrultuda, kanunla düzenleneceği Anayasa'da açıkça öngörülmüş olan konular hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkün olmayacaktır. Kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen alanlardan biri de Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleridir. Başka bir ifadeyle, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi esastır.

İdare bünyesindeki kadroların oluşturulması ve düzenlenmesi bir yanıyla idare teşkilatının oluşumuna yönelik bir konu iken, diğer yönüyle bu kadrolara atanacak personelin hak ve yükümlülükleri üzerinde sonuçlar yaratmaktadır. Anayasa'nın 106. maddesine göre, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmektedir<sup>3</sup>. Yine Anayasa'nın 123. maddesine

<sup>1</sup> Kadro ihdası ve usulleri 2017 Anayasa değişikliği öncesinde 13.12.1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmekteydi. Buna karşılık, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyum sağlanması amacıyla çıkartılan ve 09.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 9. maddesiyle, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>2</sup> AYM, T. 28.12.2017, E.2016/150, K.2017/179, RG, 15.02.2018, S. 30333; AYM, T. 18.01.2018, E. 2016/180, K. 2018/4, RG, 07.02.2018, S. 30325; AYM, T. 29.11.2017, E. 2017/51, K. 2017/163, RG, 21.12.2017, S. 30277; AYM, T. 14.12.2016, E. 2016/139, K. 2016/188, RG, 03.01.2017, S. 29937; AYM, T. 06.06.2013, E. 2013/47, K. 2013/72, RG, 12.07.2013, S. 28705.

<sup>3</sup> Hatta öğretide bu alanın yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gerektiği, kanunla bu alana yönelik düzenleme yapılamayacağı; dolayısıyla bu alanın Anayasa'nın 123. maddesi anlamında *“idarenin kanuniliği”* ilkesinin yanı sıra, *“yasamanın genelliği”* ilkesinin de istisnasını oluşturduğu da savunulmaktadır. (Melikşah Yasin, ‘Cumhurbaşkanlığı

göre, kamu tüzel kişiliklerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür. Kadroların ihdasının ve düzenlenmesinin teşkilat hukukuna ilişkin bir konu olduğunun kabulü halinde, bu alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir. Nitekim bu durumda, başta mahalli idareler ve üniversiteler olmak üzere kanunla kurulması gerektiği Anayasa’da belirtilenler dışındaki idarelerin kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün olacaktır. Aksi yorumda, -yani kadroların ihdasının ve düzenlenmesinin personel hukukuna ilişkin bir konu olduğunun kabulü durumunda- Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında öngörülen konu yönünden sınırlama sebebiyle, bu alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık oluşturacaktır.

Bu doğrultuda öncelikle, kadroların ihdasının ve düzenlenmesinin teşkilat hukukuna mı yoksa personel hukukuna ilişkin bir konu mu olduğu sorusuna, Anayasa Mahkemesi’nin 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki ve sonrasındaki içtihatları da değerlendirilerek, yanıt aranacak **(A)**, ardından 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde öngörülen düzenlemenin içerik yönünden Anayasa’nın sistematığına uygunluğu incelenecektir. **(B)**

### **A. Kadro Düzenlemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Konu Edilebilirliği**

Kadro ihdası ve düzenlemesi, yukarıda da belirtildiği üzere, bir yönüyle insan unsurunu teşkil ettiği idari teşkilatın oluşumuna ilişkin bir konu; diğer yönüyle bu kadrolara atanmak isteyen / atanan kişilerin hak ve yükümlülükleri üzerinde sonuç yaratan bir husustur<sup>4</sup>. Kadroya yönelik düzenlemeler, özellikle kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından değerlendirilmek üzere çok defa Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş, Mahkeme konuya ilişkin olarak 2017 yılına kadar sürdürdüğü içtihadını Anayasa değişikliği sonrasında terk etmiştir **(1)**. Bu içtihat değişikliği Anayasa’nın pek çok hükmü bakımından tartışmayı beraberinde getirmiştir **(2)**.

#### **1. Kadro Düzenlemesi Faaliyetine İlişkin Anayasa Mahkemesi İçtihadı ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Konu Edilebilirliği**

Kadro ihdasına yönelik düzenlemeler bakımından kanunilik ilkesinin uygulaması Anayasa Mahkemesi’nin farklı kararlarına konu olmuş, Mahkeme süregelen içtihadında gerek merkezden yönetime bağlı idari birimlere ve gerek yerinden yönetim kuruluşlarına ait kadroların ihdasının ve düzenlenmesinin mutlaka kanunla gerçekleştirilmesi gerektiğini yerleşik içtihadında açıkça ortaya koymuştur.

2017 öncesinde Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, kadro ihdası ya da kadro usulüne ilişkin düzenlemelerin, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olduğunu, idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturduğunu, bu sebeple de mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğini kabul etmekteydi: Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında konuyla ilgili olarak “*Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünü bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.*” denilmektedir<sup>5</sup>. Her ne

Kararnamelerinin ‘Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara, s. 318; aynı yönde Özen Ülgen Adadağ, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2018/1, Yıl: 2018, İstanbul, s. 22; Turan Yıldırım, ‘İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara, s. 299; Yavuz Atar, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara, s. 247; Recep Narter/ Semih Batur Kaya, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 269. Yasama yetkisinin genelliğinin Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de devam ettiğini ileri süren ve mahfuz alan yaklaşımını reddeden görüş için bkz. Artuk Arıcıoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2017, Ankara, s. 44.

<sup>4</sup> AYM, T. 04.02.1966, E. 1965/32, K. 1966/3, RG, 08.06.1966, S. 12317.

<sup>5</sup> AYM, T. 04.02.1966, E. 1965/32, K. 1966/3, RG, 08.06.1966, S. 12317.



kadar idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa'nın 123. maddesindeki düzenleme mevcudiyetini korusa da<sup>6</sup>, gerek Anayasa'nın 123. maddesinde sözü geçen kanunilik ilkesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini de içine alacak şekilde geniş yorumlanmasının Anayasa'nın sistematığına daha uygun olduğunu ortaya koyan görüşler ve gerek bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğine ilişkin Anayasa'nın 106. maddesinde yer alan düzenleme, -en azından merkezden yönetim içinde yer alan idari birimler bakımından- Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda alıntılanan içtihadının esas alınmasını güçleştirmektedir. Buna karşılık, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken kamu tüzel kişilerinin kadrolarının ihdası ve usulü bakımından anılan Anayasa Mahkemesi içtihadı halen geçerliliğini korumaktadır.

Buna karşılık, bazı kararlarında Anayasa Mahkemesi kadro ihdası ve usulünün kamu personel hukuku ile doğrudan ilişkili olduğu ve bu sebeple Anayasa'nın 128. maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur: *“Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır.”*<sup>7</sup> Buna göre kadro, kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini belirleyen unsurlardan biridir. Kadro belirlenirken derecesi ve ünvanı da belirlenmekte, dolayısıyla kamu görevlilerinin alacağı aylık ve ödeneklerin miktarı da doğrudan etkilenmektedir. Başka bir kararında da Anayasa Mahkemesi, *“Memurun çalışması ve yükselmesi kadroya bağlı olduğuna göre, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilke olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir”* ifadeleriyle aynı hususa işaret etmiştir<sup>8</sup>.

Daha yakın tarihli başka bir kararında ise Anayasa Mahkemesi, herhangi bir ek gerekçe sunmaksızın, kadroların düzenlenmesi usulünün personel hukukuna ilişkin bir konu olduğunu ortaya koyarak, *“genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi”* gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.<sup>9</sup>

2017 değişikliği ile Anayasa'nın 128. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı ve Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası gereğince münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı açık olduğundan, söz konusu içtihat

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kanunla düzenlenmesi esastır. İdarenin kanuniliği ilkesinin istisnası niteliği taşıyan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek idareler ise Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülmüştür. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği açıkça öngörülmüş idareler bakımından Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesi uygulama bulmamaktadır. (AYM, T. 11.06.2020, E. 2018/119, K. 2020/25, RG, 09.11.2020, S. 31299.)

<sup>7</sup> AYM, T. 22.03.2007, E.2005/139, K.2007/33, RG, 15.12.2007, S. 26731. Başka bir kararında da aynı hususu *“İdarenin kanuniliği ilkesi, bakanlık birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. Kadro ünvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro ünvanı ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, idarede istihdam edilecek ve genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa edecek personelin niteliklerinin kanun ile belirlenmesi aynı zamanda Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir. Buna göre bakan yardımcılığı kurumu da Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan, bunların kadrolarına ve bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin temel kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.”* ifadeleriyle ortaya koymuştur. (AYM, T. 4.02.2013, E. 2011/89, K. 2013/29, RG, 31.12.2013, S. 28868.) Aynı yönde daha yakın tarihli başka bir karar için bkz. AYM, T. 01.07.2015, E. 2015/39, K. 2015/62, RG, 15.07.2015, S. 29417.

<sup>8</sup> AYM, T. 28.06.1988, E. 1987/21, K. 1988/25, RG, 08.01.1989, S. 20043. Aynı yönde başka bir karar için ayrıca bkz. AYM, T. 22.03.2007, E. 2005/139, K. 2007/33, RG, 15.12.2007, S. 26731; AYM, T. 12.12.2007, E. 2002/35, K. 2007/95, RG, 22.01.2008, S. 26764.

<sup>9</sup> AYM, T. 24.07.2019, E. 2018/73, K. 2019/65, RG, 29.11.2019, S. 30963.

gereği kadro ihdası ve usulünün ancak kanunla düzenlenmesinin mümkün olduğunu savunmak mümkündür. Dolayısıyla, bu alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin kadro ihdasının ve usulünün bütçe ile doğrudan ilişkili olduğunu, bütçenin ise kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğunu ortaya koyduğu kararları da bulunmaktadır. Buna göre bütçe hakkı, parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin en etkili yoludur. Bu anlamda kamu görevlilerine yapılacak ödemelerde belirleyici olan kadroların ihdası yetkisinin yasama organında olması, kuvvetler ayrılığını tamamlayan denetleme ve dengeleme sistemi bakımından önemlidir. Kadro ihdasının yürütmeye ait olduğunun ileri sürülmesi, yasamanın elindeki denetim aracı olan bütçe hakkını işlevsiz kılmaktadır<sup>10</sup>. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarla paralel olarak, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında öngörülen hükümet sisteminde de bütçenin karara bağlanması yetkisi yasama organına ait olduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin anılan içtihadı halen geçerliliğini korumaktadır. Bu bağlamda, kadroların ihdası ve usulünün düzenlenmesinin “*yürütme yetkisine ilişkin konularda*” çıkarılmış bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi 2017 Anayasa değişikliği sonrasındaki içtihadında kadro ihdası ve usulünün teşkilat yapısının ayrılmaz parçası olduğunu vurgulayarak idarenin önemli bir kısmını oluşturan bakanlıkların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası ve kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>11</sup> Nitekim anılan içtihadta, kadro belirlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilmesinin mümkün de olamayacağı vurgulanmıştır. Yine bu yöndeki başka bir kararında Anayasa Mahkemesi, kadro ihdası ve usulünün, Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi yasaklanan kişi hakları ve ödevleriyle siyasal hak ve ödevlerle ilgili herhangi bir düzenleme içermediğini de açıkça ortaya koymuştur<sup>12</sup>.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında, önceki içtihadını değiştiren ve merkezden yönetim teşkilatına -bakanlıklara ve bağlı kuruluşlara- ait kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini kabul eden Anayasa Mahkemesi, kanunla düzenlenmesi gerektiği Anayasa'da açıkça öngörülmüş olan idarelere ait kadroların ise mutlaka kanunla ihdas edilmesi ve düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur: “*Anayasa'nın 130. maddesinde üniversitelerin kanunla kurulacağı vurgulanmış olup dava konusu kuraldaki üniversite öğretim elemanlarının kadrolarının düzenlenmesine ilişkin husus Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin de değildir. Bu itibarla kuralda Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı...*” vurgulanarak üniversitelere ilişkin kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin mümkün olmadığı ortaya konulmuştur<sup>13</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından hareketle üniversitelerin yanı sıra, münhasıran kanunla kurulması öngörülen mahalli idarelerin, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek

<sup>10</sup> Bütçe hakkı, “...halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesi” olarak tanımlanmıştır ve “demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır.” (AYM, T. 14.02.2018, E. 2016/47, K. 2018/10, RG, 06.04.2018, S. 30383.) Aynı yönde başka bir kararlar için bkz. AYM, T. 14.02.2018, E. 2017/61, K. 2018/12, RG, 06.04.2018, S. 30383; AYM, T. 04.05.2014, E. 2013/88, K. 2014/101, RG, 22.07.2014, S. 29068; AYM, T. 14.11.2013, E. 2013/24, K. 2013/133, RG, 22.07.2014, S. 29068; AYM, T. 29.01.2009, E. 2005/152, K. 2009/14, RG, 03.04.2009, S. 27189; AYM, T. 08.01.2009, E. 2004/69, K. 2009/6, RG, 11.06.2009, S. 27255; AYM, T. 12.06.2008, E. 2004/55, K. 2008/118, RG, 05.11.2008, S. 27045; AYM, T. 12.12.2007, E. 2002/35, K. 2007/95, RG, 22.01.2008, S. 26764; AYM, T. 01.02.1990, E. 1988/64, K. 1990/2, RG, 21.04.1990, S. 20499; AYM, T. 28.06.1988, E. 1987/21, K. 1988/25, RG, 08.01.1989, S. 20043.

<sup>11</sup> AYM, T. 11.06.2020, E. 2018/119, K. 2020/25, RG, 09.11.2020, S. 31299.

<sup>12</sup> AYM, T. 31.03.2021, E. 2020/8, K. 2021/25, RG, 15.06.2021, S. 31512.

<sup>13</sup> AYM, T. 29.04.2021, E. 2020/71, K. 2021/33, RG, 16.06.2021, S. 31513.

Kurumunun, Ekonomik ve Sosyal Konseyin teşkilatının ve bu kapsamda kalan kadrolarının da kanunla düzenlenmesi gerektiğinin kabulü gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararları bir bütün halinde incelendiğinde Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak öngörülen merkezden yönetim teşkilatının, -bakanlıkların- kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması ile düzenlenmesi kapsamında, teşkilat ile yakın ilişkisi olan kadroların ihdası ve düzenlenmesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Daha kısa bir ifadeyle, teşkilatlanması Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilen idarelere ait kadroların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür. Buna karşılık, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen idarelerin, teşkilatının yanı sıra kadrolarının da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

## 2. Anayasa Mahkemesi İçtihadının Anayasa'nın Sistematiği ile Bağdaşırılığı

Anayasa Mahkemesi'nin 2017 sonrasındaki içtihadının, kadro ihdası ve usulünün düzenlenmesine yönelik olarak Cumhurbaşkanlığı makamına oldukça geniş yetkiler tanıdığı açıktır. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekenler dışındaki idarelerin kadrolarının sayı ve niteliğinin belirlenmesi ve düzenlenmesi bakımından Cumhurbaşkanlığı neredeyse tek yetkili makam haline gelmiştir. Kadro düzenlemesinin yalnızca teşkilat hukukuna ilişkin bir konu olduğunun kabulü halinde, bu alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleniyor olması, 2017 değişikliği sonrasında öngörülen anayasal düzen bakımından tutarlıdır. Ancak yukarıda da defaten vurgulandığı üzere kadro düzenlemesi yalnızca teşkilat hukukuna yönelik sonuçlar yaratmayan ve fakat bütçe hakkını, kamu personel hukukunu ve hatta temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını da ilgilendiren bir konudur. Dolayısıyla kadro düzenlemesini ilişkili olduğu diğer anayasal alanlardan izole etmek suretiyle değerlendirme konusu yapmak, bazı anayasal düzenlemelerin göz ardı edilmesine yol açmaktadır ki bu durumun Anayasa'nın sistematiği ile bağdaşmayacağı şüphesizdir<sup>14</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 2017 öncesindeki içtihadında ve 2017 sonrasındaki içtihadının bazı karşı oy yazılarında vurgulandığı üzere kadro düzenlemesi teşkilat hukukunu aşan birtakım sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu doğrultuda idare teşkilatında bulunan birimlerin kadro sayıları ve nitelikleri aynı zamanda bütçe hakkı üzerinde sonuçlar yaratan bir konudur. Yargı kararlarında<sup>15</sup>, “*halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesi*” şeklinde tanımlanan bütçe hakkı ile aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan kamu görevlilerinin kadrolarının sayı ve niteliğinin doğrudan ilişkili olduğu şüphesizdir. Zira, yeni kadro ihdası, yahut mevcut kadrolarda değişiklik yapılması, bütçe üzerinde yeni masraf kalemleri oluşturacaktır.

Anayasa'nın 161. maddesine göre, malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü “*kanunla*” düzenlenir. Yine, Anayasa'nın 87. maddesinde bütçenin kabulü yasama organının yetkileri arasında sayılmıştır. Görüldüğü gibi bütçede yer alacak harcama kalemlerinin belirlenmesi bakımından yetkili organın yasama olduğu Anayasa'da açıkça öngörülmektedir. Kaldı ki, parlamenter sistemi benimseyen ülkelerde olduğu gibi, başkanlık sisteminin uygulama bulduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde de bütçenin kabulü, yasamanın en temel fonksiyonları arasında kabul edilmektedir. Öte yandan bütçe düzenleme yetkisi, parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin etkili yollarından biridir. Kadroları düzenleme yetkisinin yasama organında kalması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir uzantısı olan yasamanın yürütme organını denetleme ve dengeleme imkanı (*checks and balances*) bakımından önem taşımaktadır. Kadro

<sup>14</sup> Bu yaklaşımı destekleyen görüş için bkz. Dilşad Çiğdem Sever, “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da ‘Parthenogenesis’ Olmak”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, www.kamuhukukculari.org. (erişim tarihi 19.07.2021)

<sup>15</sup> AYM, T. 14.02.2018, E. 2016/47, K. 2018/10, RG, 06.04.2018, S. 30383.

ihdasının yürütmeye bırakılması ise bütçe yoluyla yasamanın yürütmeyi denetleme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu doğrultuda bütçenin en önemli kalemlerinden birini oluşturan kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen konu bakımından sınırlamaya aykırılık taşıdığı gibi, Anayasa'nın en temel ilkelerinden olan ve Başlangıç kısmında da açıkça vurgulanan kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de örtüşmemektedir.

Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü alanlardan biri de kamu görevlilerinin atanmaları, görev ve yetkileri ile hak ve yükümlülükleridir. Anayasa'nın 128. maddesine göre kamu görevlilerinin statüsüne ilişkin düzenlemelerin tümünün kanunda yer alması gerekmektedir. Nitekim başta sözleşmeli personelin hukuki statüsünün belirlenmesi hususunda idareye geniş takdir yetkisi veren kanuni düzenlemelerin inceleme konusu yapıldığı kararları olmak üzere, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadında kamu personel rejimine ilişkin konular bakımından kanunilik ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen 2017 öncesi içtihadında da açıkça vurgulandığı üzere kadro ihdası ve usulünün düzenlenmesi kamu personel hukuku ile doğrudan ilişkilidir. Keza bağlı bulunduğu kadronun niteliğine bağlı olarak kamu görevlisinin aylık ve mali hakları değişebilmekte, görev ve yetkilerinin kapsamı bakımından farklılıklar meydana gelebilmektedir. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan konu bakımından sınırlama uyarınca kamu görevlilerinin atanmaları ile hak ve yükümlülükleri bakımından doğrudan etki yaratan kadro düzenlemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı söylenebilecektir.

Bunun yanında, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası uyarınca kişi hakları ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevlere ilişkin konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin farklı kararlarına konu olduğu üzere kadro düzenlemeleri kişi hakları ve ödevleri arasında yer alan, Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ile de doğrudan ilişkili bir konudur. Anayasa Mahkemesi içtihadında, Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının, “*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını*” kapsadığı ortaya konulmaktadır<sup>16</sup>. Kadroya ilişkin düzenlemelerin, bu kadrolarda görev yapacak kamu görevlilerinin aylık ve diğer mali hakları bakımından sonuç yaratacağı dikkate alındığında, kadrolara yönelik olarak yapılacak düzenlemelerin kamu görevlilerinin mülkiyet hakkı bakımından sınırlama yaratacağı açıktır<sup>17</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin teşkilatlanmasının münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği Anayasa'da öngörülenler dışında kalan idarelere -ki bunlar çoğunlukla merkezden yönetime bağlı idari birimlerden oluşmaktadır- ait kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin mümkün olduğuna dair içtihadının, bu alanın çok yönlü niteliği ve yarattığı hukuki sonuçlar doğrultusunda Anayasa'nın farklı maddelerinde öngörülen ilke ve kurallar ile bağdaşmadığını söylememiz mümkündür.

## **B. 2 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasa ile Öngörülen Rejimle Bağdaşırılığı**

Önceki kısımda genişçe değerlendirildiği üzere, kadro düzenlemelerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleştirilmesinin 2017 değişikliği sonrasında öngörülen anayasal sistematikte bağdaşmadığını savunmaktayız. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi güncel kararlarında, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken idarelere ait kadroları dışarıda tutarak, Türk idare teşkilatının çok büyük bir kısmına ait kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin önünü açmıştır. Kadroların düzenlenmesine yönelik olarak 2 numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmıştır. Kararnamenin içeriğinin Anayasa Mahkemesi'nin

<sup>16</sup> AYM, T. 01.07.2015, E. 2015/39, K. 2015/62, RG, 15.07.2015, S. 29417.

<sup>17</sup> AYM, T. 25.12.2019, E. 2019/50, K. 2019/96, RG, 24.03.2020, S. 31078; AYM, T. 06.09.2018, E. 2017/163, K. 2018/90, RG, 06.12.2018, S. 30617; AYM, T. 11.05.2018, E. 2018/8, K. 2018/85, RG, 04.12.2018, S. 30615.

2017 değişikliği sonrasında oluşturduğu ve yukarıda zikredilen içtihadıyla bağdaşırılığı ise ayrı bir tartışma konusu yaratmaktadır.

2 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 2. maddesine göre, 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıklarına ait kadro ve pozisyonların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usuller bu Kararnamede düzenlenmektedir. “İstisnalar” başlıklı 3. maddede ise bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanmayacağı idareler sayma yoluyla sıralanmıştır. Buna göre, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı idari teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar kapsam dışında tutulmuştur.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Cumhurbaşkanlığının yanı sıra Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Sayıştay gibi yüksek yargı organları ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşlar da sıralanmıştır. Kararnamenin 3. maddesi uyarınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı idari teşkilatı kapsam dışında tutulduğundan tartışma yaratmamaktadır. Yine, Cumhurbaşkanlığının kendisine ait teşkilatı düzenlemeye yönelik kararname çıkarma yetkisi 1982 Anayasası’nın 2017 değişikliğinden önceki halinde de hâlihazırda mevcut bulunan bir yetkiydi<sup>18</sup>.

(I) sayılı cetvelde sıralanan bakanlıklar ile bağlı kuruluşların teşkilatının ve bu kapsamda ele alınan kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda zikredilen içtihadında kabul edilmişti. Dolayısıyla, her ne kadar Mahkeme’nin içtihadına sonuçları bakımından katılmasak da, bu idarelere ait kadroların 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına alınması, Anayasa’nın 106. maddesi gereği, hukuka uygun gözükmemektedir<sup>19</sup>.

Buna karşılık, esas tartışmalı olan husus (I) sayılı cetvelde sayılan yüksek yargı organlarının kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olup olamayacağıdır. Anayasa’nın 149. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi’nin, 154. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca Yargıtay’ın, 155. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca Danıştay’ın, 159. maddesinin on üçüncü fıkrası uyarınca Hakimler ve Savcılar Kurulunun ve 160. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Sayıştay’ın kuruluşu, işleyişi ve personeline ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle, (I) sayılı cetvelde yer alan yüksek yargı organlarının kuruluş ve teşkilatı münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer almaktadır. Bu bakımdan yüksek yargı organlarına ait kadroların 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmesi, Anayasa’nın 104. maddesinde öngörülen konu bakımından sınırlama bakımından aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasa’nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesi öngörülmüştür. Yüksek yargı organları Anayasa’nın “Yürütme” başlıklı ikinci bölümünde değil; “Yargı” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, bu organlara ait teşkilat ve kadroların düzenlenmesinin yürütme fonksiyonu içinde kaldığının kabulü, Anayasa’nın sistematigi göz önünde bulundurulduğunda oldukça güçtür. Dolayısıyla, sözü geçen alanın 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa’nın 104. maddesine ayrıca aykırılık taşımaktadır. Nitekim bu hususa Anayasa Mahkemesi’nin bir kararının farklı karşı oy yazılarında işaret edilmiştir<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> 1982 Anayasası 2017 değişikliği önceki hali

“Madde 107 – Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.”

<sup>19</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Yasin Söyler, ‘Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?’, Yasama Dergisi, Sayı: 39, Yıl: 2019, Ankara, s. 68.

<sup>20</sup> AYM, T. 11.06.2021, E. 2018/119, K. 2020/25, RG, 09.11.2020, S. 31299.

2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlar ile bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların, bu Kararname kapsamında düzenlenmekte olduğunun açıkça öngörülmesi ise, (I) sayılı cetvele yapılan atfın yalnızca yüksek yargı organlarının idari kadrolarının bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebileceği gibi anayasaya uygun bir yorumunun yapılabilmesinin açıkça önünü kapatmaktadır. Bu nedenle, 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2 ve 4. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda yüksek yargı organlarında faaliyet yürüten hâkim ve savcılara ilişkin kadroların da bu Kararname ile düzenlenmesinin öngörüldüğü açıktır.

Bu durum yalnızca, -yukarıda değinilen sebeplerle- Anayasa'nın 104. maddesi bağlamında değil; hâkimlik ve savcılık mesleğinin ve teminatlarının düzenlendiği 140. madde bakımından da birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Anayasa'nın 140. maddesine göre hâkim ve savcıların diğer özlük işleri gibi kadroyla doğrudan ilişkili olan *"aylık ve ödeneklerinin"* de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi gerekir. Yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatına vurgu yapan bu anayasal hüküm hâkim ve savcılarının kadrolarını düzenleme yetkisinin yasamaya ait olduğunu göstermektedir. Gerçekten de kadrolarının ihdası ile düzenlenmesi yürütme organı tarafından yapılan yüksek yargı organı mensuplarının yürütme organının etkisinden uzak, bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar alabileceğinin savunulması oldukça güçtür. Bu durum, Anayasa'nın 138. maddesinde altı çizilen, *"hâkimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerine"* ve *"hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceğine"* ilişkin ilkeler bakımından da tartışmaları beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, yüksek yargı organlarının kadrolarının 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmesi, Anayasa'nın 104. maddesindeki konu yönünden sınırlamalara aykırı olduğu gibi, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığına ilişkin anayasal ilkelerle de bağdaşmamaktadır.

Benzer şekilde, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelde Yükseköğretim Kurulu, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı ile üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitülerinin yanında özel bütçeli idareler sıralanmaktadır. Yüksek yargı organlarına ilişkin açıklamalarımızla paralel şekilde, Anayasa'nın 131. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Yüksek Öğretim Kurulu'nun, 130. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca ise yükseköğretim kurumlarının kuruluşu ve teşkilatının kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu doğrultuda, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen bu alanlara 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer verilmesi, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen konu bakımından sınırlamalara aykırılık oluşturacaktır. Kaldı ki, 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinde öğretim elemanı kadrolarının Kararname'nin kapsamı içinde kaldığının ortaya konulması, buradaki aykırılığın açıkça vurgulanmasına yol açmaktadır.

Bu düzenlemenin yalnızca Anayasa'nın sistematığı ile değil ve fakat Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan 2017 değişikliği sonrasındaki içtihadıyla da bağdaşmadığı açıktır. Şöyle ki, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurumlar olarak nitelendirilen üniversitelerin, Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulayan Anayasa Mahkemesi, üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulması gerektiğini ortaya koymuştur. Öte yandan, üniversitelerin teşkilatının olduğu gibi, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, mali işleri ve özlük haklarının da kanunla düzenlenmesi anayasal bir zorunluluk olarak belirtilmiştir. Bu doğrultuda, öğretim görevlilerine ait kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, öğretim elemanlarının görev ve yetkileriyle, özlük hakları üzerinde doğrudan sonuç yarattığından, bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> AYM, T. 29.04.2021, E. 2020/71, K. 2021/33, RG, 16.06.2021, S. 31513.

Öte yandan, -her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında oldukça yüzeysel bir şekilde sözü edilmiş olsa da-, yükseköğretim kuruluşlarına ait kadroların kanunla düzenlenmesi, Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen “*bilimsel özerklik*” ve Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen bilim hürriyeti bakımından da önem taşımaktadır<sup>22</sup>. Zira, yükseköğretim kuruluşlarının kadrolarının ihdasının ve düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması, bu kuruluşların merkezden yönetime karşı belli bir özerkliğinin oluşması, gerektiğinde merkezden yönetimi memnun etmeyecek bilimsel faaliyetleri gerçekleştirebilmesi bakımından engel oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, bilimsel özerkliğin gerçek anlamda uygulamaya konulabilmesi için yükseköğretim kuruluşlarının kadrolarının düzenlenmesinde merkezden yönetimin ayrışık tutulması gerektiğini savunmaktayız.

Öte yandan, (II) sayılı cetvelde yer alan özerk bütçeli idarelerin kadrolarının düzenlenmesi bakımından ikili bir ayırım yapılmasının yararlı olacağını savunmaktayız. Öncelikle belirtmek gerekir ki, (II) sayılı cetvelde yer alan özerk bütçeli idareler ayrı kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Anayasa'nın 123. maddesi çerçevesinde kurulmaktadır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmaktadır. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmuş olan kamu tüzel kişilerinin teşkilatının yanı sıra, personeline ait kadrolarının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan içtihadı doğrultusunda hukuka uygun olacaktır<sup>23</sup>. Benzer şekilde, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan Sosyal Güvenlik Kurumu da 4 numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 403. maddesi ve devamında düzenlenmiş olan bir kamu tüzel kişisi olduğundan ve Anayasa'da teşkilatının münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğine yönelik bir ibare bulunmadığından, Sosyal Güvenlik Kurumu'na ait kadroların 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan içtihadı gereği hukuka aykırılık yaratmayacaktır.

Buna karşılık, kanunla kurulmuş olan kamu tüzel kişilerine ait kadroların ise kanunla düzenlenmesi gerektiği aynı içtihadın mefhumu muhalifi olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim aynı sonuca, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen konu bakımından sınırı yönünden de ulaşılabilmektedir. Buna göre, kanunla düzenlenen

<sup>22</sup> Kadrolar ile bilimsel özerklik arasındaki ilişkiye dair geniş bilgi için bkz. Burcu Alkış, Akademik Özgürlük, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 104.

<sup>23</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Söyler, Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?, s. 69. Aksi yönde görüş için bkz. Emin Kuz'a ait karşı oy yazısı: “*Bilindiği gibi, Anayasanın 123. Maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükme bağlanarak genel ilke belirlenmiş; üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanun yanında CBK ile kurulmasına da imkân sağlanmıştır. Böylece Anayasa koyucu; Anayasanın başka maddelerinde olduğu gibi 123. Maddede de ‘kurma’ ve ‘düzenleme’ kavramlarını ayrı ayrı kullanmıştır. Esasen buna ilişkin Anayasa değişikliğinde de 123. maddenin üçüncü fıkrasındaki ‘ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak’ ibaresi ‘kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle’ şeklinde değiştirilmiş; buna ilişkin madde gerekçesinde de, değişiklikle kamu tüzel kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de ‘kurulabilmesine’ imkan tanındığı belirtilmiştir. Bu itibarla, Anayasanın 123. Maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzel kişilikleri bakımından CBK’lar için birinci fıkradaki genel ilkeye getirilen istisna sadece bunların kurulmasına ilişkin olup -Anayasanın 106. Maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması yanında görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının düzenlenmesi yönünden öngörüldüğü şekilde- düzenleme yapılması konusunda bir istisna getirilmemiştir. Başka bir anlatımla, Anayasa koyucu 106. Maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık 123. Maddenin son fıkrasında, birinci fıkradaki ilkeye sadece kamu tüzel kişiliğinin ‘kurulması’ bakımından bir istisna getirmiştir. Nitekim Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasının değiştirilmesinden önce de kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişilikleri kurulduğunda ‘kurma’ ve ‘düzenleme’ kavramları arasındaki bu fark dikkate alınarak- sadece kamu tüzel kişiliğinin kurulmasıyla yetinilmiş; tüzel kişiliğin kurulmasına ilişkin kararname ile, tüzel kişiliği haiz bu yeni idarenin teşkilat yapısı, görev ve yetkileri düzenlenmemiştir. ...Sonuç olarak Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasının değiştirilmesine ilişkin madde gerekçesinde de, fıkrada sadece ibare değişikliği yapıldığının vurgulandığı dikkate alındığında, Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına bir kanuna dayanmadan kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi tanındığını, yani CBK’larla kamu tüzel kişiliğinin sadece kurulabilmesinin benimsendiğini kabul etmek, buna karşılık bunların teşkilatı ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki yerleşik anayasal yorumdan ayrılmamak gerekir.” (AYM, T. 11.06.2020, E. 2018/119, K. 2020/25, RG, 09.11.2020, S. 31299.)*

konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Dolayısıyla, teşkilatlanması kanunla düzenlenmiş olan kamu tüzel kişilerine ait kadroların da kanunla düzenlenmesi Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen düzenin bir gereğidir. Buna karşılık, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelde sırlanan özerk bütçeli idarelerden bazılarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile, diğerlerinin ise kanunla kurulduğu görülmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla kurularak teşkilatı düzenlenen özerk bütçeli idarelere ait kadroların 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmesi Anayasa'nın 104. maddesiyle öngörülmüş olan, kanunla düzenlenmiş alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına dair konu bakımından sınırlama yönünden hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi bir kararında yukarıda yapmış olduğumuz yorumun aksi yönde bir yaklaşım ortaya koymuştur. Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca kanunda “açıkça” düzenlenmiş olan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, kanunla kurulan ve fakat kadroları kanunda düzenlenmemiş olan kamu tüzel kişilerine ait kadroların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırılık taşımayacağı yönünde hüküm kurmuştur<sup>24</sup>. Ancak kanaatimizce böyle bir yorum, teşkilatın düzenlenmesi bakımından kanunilik koşulunun içinin boşalmasına yol açmaktadır.

## II. ÜST KADEME YÖNETİCİLERİNİN TABİ OLDUĞU REJİM BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

2017 Anayasa değişikliğinin kamu personel hukuku yönünden en çok gündeme gelen ve belki de en tartışmalı konularından biri de üst kademe yöneticilerinin tabi olduğu rejime yönelik olarak yapılan düzenlemedir.

Anayasa'da 2017 yılında yapılan değişiklik öncesinde Türk hukukunda üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin olarak bir tanımlama bulunmamakta olup, görev ve yetkileri ile sorumlulukları mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Nitekim, Anayasa'da “*üst kademe yöneticileri*” şeklinde ayrı bir kategoriden söz edilmiş olsa da, bu kategorinin kapsamı ortaya konulmadığı gibi, üst kademe yöneticilerine yönelik ayrı ve kendine özgü bir personel rejimi de bulunmamaktaydı<sup>25</sup>. Bu dönemde üst kademe yöneticilerinin tanımı ve kapsamına yönelik olarak farklı ölçütler benimsenmekteydi<sup>26</sup>. Üst kademe yöneticileri Türk hukukunda ilk olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından daha sonra bazı maddeleri iptal edilen<sup>27</sup> 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun'un

<sup>24</sup> AYM, T. 11.06.2020, E. 2018/119, K. 2020/25, RG, 09.11.2020, S. 31299.

<sup>25</sup> 1982 Anayasası'nın yapılış aşamasında üst kademe yöneticilerinin atanmalarının ve görevden alınmalarının tabi olduğu usul ve esasların da kanunda düzenlenmesi gerektiğine yönelik ibarenin Anayasa'ya eklenmesi gerektiği Danışma Meclisi görüşmeleri sırasında ileri sürülmüşse de sözü geçen talep madde metninin son halinin oluşturulmasında dikkate alınmamıştır. (Faruk Günay, 'Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, Yıl: 2006, Ankara, s. 168.)

<sup>26</sup> Namık Kemal Öztürk, 'Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması', Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 4, Yıl: 2019, Erzurum, s. 1282; Mehmet Zahit Sobacı/ Özer Köseoğlu, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler, SETA Yayınları, İstanbul, 2018, s. 12.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi 3149 sayılı Kanun'da üst kademe yöneticilerinin kapsamının belirlenmesi hususunda idareye [Bakanlar Kuruluna] çok geniş bir takdir yetkisi verilmiş olduğu gerekçesiyle üst kademe yöneticilerinin kapsamının düzenlendiği, anılan Kanun'un 2. maddesinin ilgili fıkralarını iptal etmiştir: “*Öğretide kimlerin üst kademe yöneticisi sayılmaları gerektiği konusunda birleşmiş değildir. 'Kamu politikasının tayinine katılma', 'Seçimle gelmemekle birlikte etkin bir otoriteye sahip olma', 'Kuruluşunun en üst düzeyinde bulunan', 'Kuruluş amacının gerçekleştirilmesinden önemli yetki ve sorumluluklarla donatılmış, kuruluşun planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yönetme, denetim ve temsil gibi işlevlerin bir bölümünü görev olarak yerine getiren' biçiminde ölçütler kullanılması önerilmişse de, sorun kesin bir çözüme kavuşturulamamıştır. Mevzuat yönünden de durum aynıdır. Yasa Koyucu, üst kademe yöneticisinin tanımını yapmaktaki güçlüğü dikkate alarak bunları bir bir saymak yolunu tercih etmiştir. Esasen, bir tanım yapılsaydı dahi, tam anlamıyla bir tanım olmayacak ve takdire yine de elverişli bulunacaktı. Kanunun, ilke olarak kimleri kapsadığı tek tek sayılmıştır. Bunların yanında, ileride doğacak ihtiyaçlara ve kurulacak eğitim kurumlarının olanaklarının gelişmesine bağlı olarak, Devlet Personel Başkanlığının önerisi ve Bakanlar Kurulu kararıyla kimi yönetici sınıflarının da kanun kapsamına alınabilmesi, üst*



2. maddesinde düzenlenmekteydi. Buna göre, üst kademe yöneticileri, “*kamu kurum ve kuruluşlarında müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, başkan, kurul başkanı, genel müdür yardımcısı, daire başkanı, büyükelçi, vali, kaymakam, bölge müdürü olarak atanabilecek kamu görevlileriyle Devlet Personel Başkanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilecek diğer üst kademe yöneticilerini*” kapsamaktaydı. Dolayısıyla madde metninde sayma yoluyla sınırlı sayıda belirlenen üst kademe yöneticilerinin yanında, değişen koşullara bağlı olarak Devlet Personel Başkanlığı’nın teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna üst kademe yöneticilerinin kapsamını artırma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yine, aynı maddenin ikinci fıkrasında Adalet Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetler (TSK) mensubu personelin de üst kademe yöneticisi konumuna getirilebilmesi bakımından karar alma hususunda Adalet Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir. Son olarak, 2. maddenin son fıkrasında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ve TBMM Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin bazılarının üst kademe yöneticisi statüsünde olduğuna işaret edilmiştir.

Devlet Personel Başkanlığı’nın 2015 tarihli bir raporunda ise üst kademe yöneticilerinin kapsamı, “*bakan yardımcısı, müsteşar, müsteşar yardımcısı, valiler, vali yardımcısı, kaymakamlar, bağlı kurum başkanları, bağlı kurum başkan yardımcısı, başkanlık bünyesindeki genel müdürler, genel müdür yardımcısı, kurul başkanı, kurul üyeleri, kurul bünyesindeki başkan, daire başkanı, bölge müdürleri, bölge müdür yardımcısı, il müdürleri, başkanlık müşaviri, bağlı kurum başkan yardımcısı, ilişkili kurum başkan yardımcısı, ilgili kurum başkan yardımcısı, ilgili kurum başkanları, bağlı kurum başkanları, ilişkili kurum başkanları, yargı organları başkanları*” şeklinde sınırlandırılmıştır. Buna karşılık, TSK, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, MİT Müsteşarlığı, Merkez Bankası, Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankasına ait kadro ve pozisyonlar üst kademe yöneticisi kapsamı dışında tutulmuştur<sup>28</sup>.

Yine, 2003 yılında kabul edilen 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 11. maddesinde “*üst yönetici*” kavramı geçmektedir. Buna göre, bakanlıklarda müsteşarın, diğer kamu idarelerinde en üst yöneticinin, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanının üst yönetici olduğu öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, üst kademe yöneticilerinin kapsam ve tanımına yönelik açık bir düzenleme bulunmamakta olduğu gibi ayrı bir personel kategorisi oluşturup oluşturmayacağı da tartışmalıydı<sup>29</sup>. Ayrıca kapsamda yer alan yöneticilerin atanma usul ve

---

*kademe yöneticilerinin yetiştirilmesi usul ve esaslarıyla doğrudan ilgili değildir. Fıkranın bu bölümüyle eğitimin usul ve esaslarına ilişkin bir kural getirilmeyip, eğitilecek olanlarla ilgili ayrıntı niteliğinde bir kural öngörülmüştür. Burada Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, koşullar gerektirdiğinde maddede sayılanlar dışında kalan yöneticilerin de kanun kapsamına alınmasından ibarettir. Yukarıda da değinildiği gibi, üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu, ne öğretide ne de yasalarda kesin bir biçimde açıklığa kavuşturulmuş değildir. 13/12/1983 günlü, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 2. Maddesi uyarınca çıkartılan 18/7/1984 günlü, 84/8360 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm kadro ve unvanların belirtilmesine karşın, kimlerin üst kademe yöneticisi sayılacağı açıkça belli edilmemiştir. 3149 sayılı Kanunun 2. Maddesinde bir yandan üst kademe yöneticileri sayılırken, öte yandan ‘diğer üst kademe yöneticiler’den söz edilmesi bu belirsizliği ortaya koymaktadır. Maddenin birinci fıkrasında sayılanlar dışında üst kademe yöneticileri olarak nitelendirilmeleri gerekenlerin çıkması veya başka yöneticilerin de bu eğitimden geçmesi zorunluluğunun doğması durumunda, Kanunla Bakanlar Kuruluna böyle bir olanak tanınmıştır. Nitekim TBMM İçişleri Komisyonu Raporunda ‘...İkinci maddede ise, bugünkü şartlarda kapsama girecek kadro unvanları tarif edilmiş, ileride doğacak değişik kadro unvanları için yeniden kanun çıkartılması yerine kolaylıkla intibak ettirilebilecek bir sistem getirilmiştir. İdareyi yeniden düzenleme çalışmalarına giren, birtakım genel müdürlükleri kaldırarak, yeni genel müdürlükler kurarak hızla sürat ve verimliliği artırma çalışmaları içinde bulunan hükümetin bugünkü şartlarda böyle bir tasarı ile gelmesi kadar makul bir durum olamaz...’ denilmiştir.” (AYM, T. 18.06.1985, E. 1985/3, K. 1985/8, RG, 18.10.1985, S. 18902.)*

<sup>28</sup> Aktaran, Halil İbrahim İriş, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmaları, Nitelikleri ve Görevlerinin Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 49.

<sup>29</sup> Öğretide İriş, karşılaştırmalı hukuktan da yola çıkarak, kesin bir tanımını yapmadığı üst kademe kamu yöneticilerinin belli özellikleri taşıyor olması gerektiğini ileri sürmektedir. İdari teşkilat içerisinde en üst kademelerde yönetici olarak görev yapmak, politika belirlenmesinde önemli görev ve sorumluluklara sahip olmak, üst düzey mevkilere yakın şekilde faaliyet yürütmek, zayıf hukuki güvencelere sahip olmak. (İriş, s. 64.) Öğretide Günay, söz konusu belirsizliğin üst kademe yöneticilerinin atanması, tabi olduğu rejim ve yetiştirilmesi bakımından idareye sınırsız bir takdir alanı bıraktığını ileri sürmüştür. (Günay, s. 170.) Ergun ise üst kademe yöneticilerini, “*genel yönetimin merkez ve taşra*

esasları farklı kanunlarda, birbirinden farklı ve bağımsız olarak tanzim edilmiş olup, özlük hakları ise diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki veya özel kanunlardaki rejime tabi tutulmaktaydı<sup>30</sup>. Bunlardan bir kısmı müşterek kararname ile, bazıları Bakanlar Kurulu kararıyla, diğerleri ise bireysel idari işlemle atanmaktaydı<sup>31</sup>. Dolayısıyla, üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esasları ile özlük hakları, çoğunlukla faaliyet yürüttükleri idari birimlerin teşkilat kanununda ve bu idare bünyesinde faaliyet yürütmekte olan kamu personelinin tabi olduğu rejimle bütünlük içinde düzenlenmekteydi.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında üst kademe kamu yöneticileri kavramı anayasal bir değer edinmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre Cumhurbaşkanı üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. Dolayısıyla, ayrı bir kamu personeli kategorisi haline gelmiş olan üst kademe yöneticilerinin atanması, görevden alınması ve bazı özlük haklarına yönelik olarak ortak kurallar öngörülmüştür. Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesinin üçüncü fıkrasında üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının, kanunla düzenleneceği özel olarak öngörülmüştür<sup>32</sup>. Buna göre ayrı bir kamu görevlisi kategorisi haline gelmiş olan üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, yetiştirilmelerine ilişkin usul ve esasların ise kanunla düzenlenmesi gerekmektedir<sup>33</sup>.

Gerçekten de üst kademe yöneticileri 2017 Anayasa değişikliği ile ayrıştırılmış, kendine özgü personel rejimi olan bir kamu personeli kategorisi haline getirilmiştir. Buna karşılık yapılan düzenleme, üst kademe yöneticilerinin tabi olduğu rejimin halihazırda kabul gören kamu personeli kavramı tanımına ve kamu personel hukukuna hakim olan ilkelere uygunluğu bakımından pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir **(A)**. Öte yandan, esas olarak üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının düzenlendiği 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin mevcut anayasal kurallarla bağdaşırılığı ise ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır **(B)**.

#### **A. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Tabi Olduğu Rejimin Türk Kamu Personel Hukukunun Tabi Olduğu İlkelerle Bağdaşırılığı**

Üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ve görevlerine son verilmesine ilişkin usul ve esaslar 10.07.2018 tarihli ve 3 numaralı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesinde, ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, ek (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere ise Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılacağı öngörülmüştür.

3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinde ise ek (I) ve ek (II) sayılı cetvellerde sayılan kadro, pozisyon ve görevlere atanacaklarda aranacak koşullar ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, ek (I) sayılı cetvelde yer alan ve doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından

---

*kuruluşlarında, kamu girişimlerinde, özerk ya da yarı özerk kurumlarda ve yerel yönetimlerin üst düzeylerindeki kilit noktalarda görev alan kişiler* olarak tanımlamıştır. (Turgay Ergun, 'Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu', Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 1983, Ankara, s. 24.)

<sup>30</sup> Söz gelimi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun, 2477 sayılı 23/4/1981 tarih ve 2451 sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usulüne İlişkin Kanun'da üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktaydı.

<sup>31</sup> Sobacı/ Köseoğlu, s. 39 vd.

<sup>32</sup> Belirtilen bu ayrım, gerçekte bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir. *Kaman*, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmeleri ile atanmalarının birbirini takip eden sürecin parçası olduğunu vurgulamış, ardışık nitelik taşıyan söz konusu işlemlerin ayrı erkler tarafından tanzim edilmesinin hukuki sorunları beraberinde getirebileceğini ileri sürmüştür. (Nur Kaman, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri', Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 90.)

<sup>33</sup> Arıdoğan, s. 44; Mehmet Rauf Karşı, 'Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1, Yıl: 2020, Konya, s. 189.

atanacak olan üst kademe yöneticilerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde sayılan şartları taşımasının yanında, en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olması (eğitim koşulu) ve kamuda veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olması (tecrübe koşulu) gerekmektedir. Anılan koşullar dikkate alındığında (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara atama bakımından Cumhurbaşkanına çok geniş bir takdir yetkisi verildiği açıktır<sup>34</sup>. Cumhurbaşkanının (I) sayılı cetvelde yer alan pozisyonlara, halihazırda kamu görevlisi olan kişiler arasından atama yapması mümkün olduğu gibi, kamu dışında özel sektör bünyesinde ya da serbest olarak çalışan kişiler de atanabilmektedir. Öğretide bazı yazarlar üst kademe yöneticilerinin atanmasına yönelik rejimin istisnai memurluk statüsüyle benzerlik taşıdığını vurgulamaktadır<sup>35</sup>.

Ek (II) sayılı cetvelde yer alan ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanacak olan kamu görevlilerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde sayılan şartları taşımasının yanında, en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olması (eğitim koşulu) ve kamuda en az 5 yıllık hizmetinin bulunmasının yanında, il ve bölge müdürü kadro, pozisyon ve görevleri ile kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyeliklerine atanacaklar için kamuda veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak, alanında en az beş yıl çalışmış olması gerekmektedir (tecrübe koşulu). Görüldüğü gibi, (II) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara atanacak kişilerde, (I) sayılı cetveldekinden farklı olarak kamuda görev yapma koşulu aranmaktadır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı onayı ile bu pozisyonlara atanacak personelin belirlenmesi bakımından takdir yetkisinin (I) sayılı cetveldekine nazaran önemli ölçüde sınırlandırılmış olduğu söylenebilecektir.

Yine, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinde, ek (I) sayılı cetvelde yer alanların görev süresinin atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçemeyeceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, bunların görevi de sona ermektedir. Görev süreleri sona erenler yeniden atanabilmekte olduğu gibi, görev süreleri sona ermeden de Cumhurbaşkanınca her zaman görevden alınabilmektedir. Buna karşılık, ek (I) sayılı cetvelde sayılan pozisyonlardan bazılarını içine alacak şekilde oluşturulmuş olan ek (III) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara atanacak kişilerin görev süresi (III) sayılı cetvelde açık şekilde düzenlenmiş ve 4. maddede yer alan görev süresi ve görevden almaya ilişkin düzenlemelerin bu kapsamda kalan personel hakkında uygulanmayacağı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7. maddesinde açıkça öngörülmüştür.

Bu açıklamalar doğrultusunda ek (I) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara kamu personeli arasından ya da özel sektör veya serbest olarak belli bir süre faaliyet yürüten kişiler arasından atama yapabilme hususunda Cumhurbaşkanına geniş bir takdir yetkisinin tanındığını söylemek mümkündür. Buna paralel olarak, ek (I) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlarda yer alan personelin görevden alınması bakımından ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre, yalnızca ek (I) sayılı cetvelde sayılan üst kademe yöneticilerinin görevden alınması bakımından Cumhurbaşkanına geniş bir serbestlik tanınmıştır. Kendilerini atayan Cumhurbaşkanının görev süresinin sona ermesi ile birlikte görevi kendiliğinden sona ermekte olan bu kapsamdaki kamu yöneticilerinin, Cumhurbaşkanının görev süresi sona ermeden önce de her zaman görevden alınabilmesi mümkündür. Buna karşılık, ek (III) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara atanan kamu görevlilerinin görev süresi, yine (III) sayılı cetvelde açıkça düzenlenmiş olup, Cumhurbaşkanının görev süresinin sona ermesinden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, bu kapsamdaki personelin görev süresi sona ermeden önce Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınabilmesinin önü de kapatılmıştır.

Ayrıca, ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere atananların, atandıkları kadro, pozisyon ve görevlerde 657 sayılı Kanun'un ve diğer kanunların sözleşmeli personel

<sup>34</sup> Karşlı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 202.

<sup>35</sup> Karşlı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 197.

çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli olarak da çalıştırılmasının mümkün olduğu, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüştür. Görev süresi sona eren veya görevden alınan üst kademe kamu yöneticisinin görevi ile ilişkisi kesilir ve sözleşmesi feshedilmiş sayılır.

Buna karşılık, (II) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara Cumhurbaşkanı onayı ile atanacak olan personelin gerek görev süresine ve gerek görevden alınmasına yönelik olarak 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Benzer şekilde bu kapsamda kalan kamu görevlilerinin sözleşmeli statüde istihdam edilmeleri de 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında mümkün gözükmemektedir.

Her iki cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara atamaya yönelik düzenleme birlikte değerlendirildiğinde -başta (I) sayılı cetvelde sayılanlar olmak üzere- 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca atanan personelin kamu çalışanları arasından ya da özel sektörde faaliyet yürüten kişiler arasından Cumhurbaşkanının geniş takdir yetisi doğrultusunda atandığı, görev süresinin Cumhurbaşkanının görev süresiyle ya da ek (III) sayılı cetvelde belirlenen süreyle sınırlı olduğu ve bu kapsamdaki kamu personelinin görev süresi sona ermeden de her zaman Cumhurbaşkanı tarafından, herhangi bir gerekçe gösterilmesine gerek duyulmaksızın, görevden alınabileceği söylenebilecektir.

Üst kademe yöneticileri bakımından, Anayasa'da tanınan yetki doğrultusunda 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle yapılan bu düzenleme kamu personel hukukuna ilişkin bazı kavram ve ilkelerin yeniden sorgulanmasına yol açmaktadır. Bu bakımdan ilk olarak, özellikle özel sektör çalışanları ya da serbest faaliyet yürütenler arasından atanan üst kademe yöneticilerinin Anayasa'da öngörülen ve içtihatla da benimsenen kamu görevlisi tanımına uygunluğu, tartışılması gereken ilk husustur. (1) İkinci olarak, üst kademe yöneticilerinin atanması ve görevden alınmasına yönelik usul ve esaslar, kamu personel hukukuna hakim olan kariyer, liyakat ve güvenlik hakkı bakımından önemli tartışmaları beraberinde getirmekte, bu ilkelerin halen geçerli olup olmadığının sorgulanmasına yol açmaktadır. (2)

## 1. Kamu Görevlisi Tanımı Bakımından Değerlendirme

Kamu görevlisi kavramı hukukumuzda geniş ve dar anlamıyla tanımlanmaktadır<sup>36</sup>. Kamu görevlilerine ilişkin temel düzenleme Anayasa'nın 128. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Anayasal düzenlemeye göre kamu görevlileri kendi içerisinde memurlar ve diğer kamu görevlileri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ağırlıklı içtihadı kamu görevlisi kavramını Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen dar (idare hukuku) anlamıyla tanımlamaktadır. Buna göre, "*kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar 'memur ya da kamu görevlisi' sayılmakta, bu nitelik ve koşulları taşımayanlar ise, 'memur ya da kamu görevlisi' deyimi kapsamında kabul edilmemektedir. ...seçimle ve belirli bir süre için kamu hizmetine katıldıkları,*

<sup>36</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde ise, geniş anlamda kamu görevlisi tanımı yapılmaktadır. Buna göre, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişiler kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda yapılan bu tanım uyarınca idare hukuku anlamında kamu görevlisi olmayan bakanlar ile seçimle göreve gelen kişiler de kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir. Ceza hukuku anlamında atanan-seçilen, geçici-sürekli olarak kamu görevi yürüten kimseler kamu görevlisi olarak nitelendirilmiştir.

Ancak buradaki geniş anlamdaki kamu görevlisi tanımı yalnızca ceza hukuku bakımından uygulama alanı bulmakta olup, idare hukuku anlamında Anayasa madde 128 anlamındaki dar anlamda kamu görevlisi tanımı kabul edilmektedir.

genelde kurul halinde çalıştıkları, kurulun dışında resmi sıfat ve statüleri bulunmayıp kendi iş ve meslek statülerini korudukları; geçici ve gönüllü köy korucuları ile geçici işçiler ve öğretmenlerin ise, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları için kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmamaktadır.”<sup>37</sup>

Bu doğrultuda bir kişinin kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için, Devlet, kamu tüzel kişileri veya kamu iktisadi teşebbüsleri bünyesinde faaliyet yürütülmesi<sup>38</sup>, genel idari esaslara göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği faaliyetlerin, asli ve sürekli şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Faaliyetin asli olarak (meslek olarak) yürütülmesi yargı kararlarında, görevlinin başka bir işte çalışmaması, belli bir kadroya bağlı olarak çalışması anlamında yorumlanmaktadır<sup>39</sup>. Bu doğrultuda kamu görevlisi için belli bir kadro tahsis edilmektedir. Yine, kamu görevlisinin statüler bir ilişki içinde faaliyet yürütmesi, faaliyetin asli şekilde yürütülmesinin bir gereğidir. Bu statüler ilişki Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca genel, soyut, objektif olarak kanunda düzenlenmektedir. Genel idari esaslara tabi olma koşulundan anlaşılması gereken ise, faaliyetin kamusal iş görme usullerine göre yürütülmesi ve kamu yararı amacıyla hareket edilmesidir<sup>40</sup>. Genel idari esaslara göre yürütülmekte olan faaliyetlerde kamu gücünün kullanılması esastır. Bu çerçevede tek taraflı işlemler yapılabilen, özel işletmecilik esasları uygulanmamaktadır. Öte yandan genel idari esaslara tabi faaliyetler statüler bir ilişki çerçevesinde yürütülmektedir.

Faaliyetin sürekli olarak yapılması kesintisizlikle eş anlamlı olarak yorumlanmamaktadır. Görevlinin hizmetin devamlılığını sağlayacak şekilde ve ihtiyaca bağlı olarak faaliyetin yürütülmesine devamlı olarak katkıda bulunması anlamına gelmektedir. Anayasa’nın 128. maddesinin lafzında esasen kamu görevlilerinin asli ve sürekli olan görevlerde faaliyet yürütmeleri öngörülmüştür. Ancak Danıştay’ın yerleşik içtihadında görevin sürekli olmasıyla personelin sürekli olarak istihdam edilmesi arasında zorunlu bir bağın bulunduğu vurgulanmış, kamu personelinin devamlı şekilde faaliyet yürütmesi gerektiği ortaya konulmuştur<sup>41</sup>. Nitekim bir kararında Danıştay “Öğreti ve yargısal kararlarda, kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar ‘memur ya da kamu görevlisi’ sayılmakta, bu nitelik ve koşulları taşımayanlar ise, ‘memur ya da kamu görevlisi’ deyimi kapsamında kabul edilmemektedir.” ifadeleriyle kamu hizmetine belli bir süreyle, geçici olarak katılanların kamu görevlisi sayılmasının mümkün

<sup>37</sup> Dan.1. D., T. 19.12.1996, E. 1996/131, K. 1996/242, Danıştay Dergisi, S. 94, s. 83. Bu yönde başka bir karar için bkz: “Onursal ajan kategorisine giren il genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.” (Dan. 5. D., T. 13.05.1998, E. 1997/1129, K. 1998/1411, Danıştay Dergisi, S. 98, s. 302.) Aynı yöndeki Anayasa Mahkemesi içtihadı için ayrıca bkz. AYM, T. 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, RG, 26.11.1988, S. 20001.

<sup>38</sup> Dan. 8. D., T. 26.05.1993, E. 1993/121, K. 1993/2187, Danıştay Bilgi Bankası.

<sup>39</sup> Dan. 10. D., T. 28.11.2006, E. 2003/2919, K. 2006/6899, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.

<sup>40</sup> AYM, T. 01.02.1990, E. 1988/64, K. 1990/2, RG, 21.04.1990, S. 20499.

<sup>41</sup> Dan. 8. D., T. 15.10.1964, E. 1963/9879, K. 1964/121, aktaran Karşı, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, s. 40. Aynı yöndeki Anayasa Mahkemesi içtihadı için bkz. AYM, T. 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, RG, 26.11.1988, S. 20001; AYM, T. 10.12.1985, E. 1985/3, K. 1985/23, RG, 21.01.1986, S. 18995.

Öğretide Onar da kamu hizmetlerinde istikrar sağlanabilmesi için sürekliliğin önem taşıdığını ve bu amaçla sabit kadrolara ihtiyaç duyulduğunu “Memur, bu kadroya daimî olarak girmiş, onunla imtiyaz etmiş ve onun içinde kaynaşmış olan kimsedir. Bu sebeple kadro ve memur hizmetin unsurlarıdır, mütemmim cüzleridir ve binaenaleyh ondan hiçbir suretle ayrılmazlar. Teşkilât, kadro ve memur hukuk bakımından bir küll, bir bütün teşkil eder ve aynı kaidelere tâbi olur. Hizmet içindeki bu hukukî duruma dolayısıyla memurun kadrodaki vazife ve meşguliyetinden başka hariçte, iş âleminde bir mevcudiyeti yoktur: memur kendisini daimi bir surette âmmeye hizmetine hasretmiş ve hizmetin kadrosu, hiyerarşisi içinde kaynarak kaybolmuş, yani iş hayatında, hukukî bakımdan ferdiyetini, varlığını tamamen kaybetmiştir. Onun hizmetten ayrılabilmesi de hizmetin icaplarına göre ayrı bir takım kaidelere tâbi olduğu gibi bazen de imkânsızdır.” ifadeleriyle ortaya koymuştur. (Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1077.)

olamayacağı yönünde hüküm kurmuştur<sup>42</sup>. Başka bir deyişle, görevin ve personelin sürekliliğinden anlaşılması gereken, görevleri icra eden personelin kamu ile süreye bağlanmamış bir şekilde ve statüye dayalı bir istihdam bağı ile görevini ifa etmesidir<sup>43</sup>. Bu doğrultuda, klasik kamu personel hukukunda süreklilik ilkesinden kastın belli bir kadroya atanmak suretiyle devamlı ve sürekli bir şekilde kariyer ilerlemesinin gerçekleşmesi olduğu kabul edilmekte, geçici süreyle kamu hizmetine katılan kimseler kamu görevlisi olarak nitelendirilmemektedir<sup>44</sup>.

3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesine göre Cumhurbaşkanı, ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara, belli tecrübe koşullarının sağlanması durumunda, kamu personeli içerisinde veya özel sektör çalışanları veya serbest faaliyet yürütenler arasından atama yapma hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu doğrultuda, (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara atanmadan önce zaten kamu personeli olanların, görev sürelerinin sona ermesi ya da görevden alınmaları durumunda, daha önceki kadro derece ve kademelerine uygun kadrolara atanacağı 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, halihazırda kamu personeli iken, geçici süreyle üst kademe yöneticisi olarak faaliyet yürüten kişiler, görevleri sona erdikten sonra yine kamu görevlisi olarak kalmaya devam etmektedir. Bu bakımdan, her ne kadar yürütülen faaliyet değişse de kamu görevlisinin sürekli olarak istihdam edilmesi koşulu bu ihtimalde sağlanmaktadır.

Buna karşılık, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanının (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara daha önceden kamu görevlisi olmayan özel sektörde veya serbest faaliyet yürüten kimseler arasından atama yapabilmesi de mümkündür. Bu kapsama giren personelin, görev süresi sonrasında kamu sektörü içerisinde herhangi bir kadro veya pozisyona atanmasına yönelik olarak 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, bilakis görevleri sona eren veya görevden alınanlara tazminat ödenip ödenmemesi ve tazminat miktarına ilişkin olarak Cumhurbaşkanına düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla, daha önceden kamu personeli olarak faaliyet yürütmeyen bir kimsenin, Cumhurbaşkanı tarafından üst kademe yöneticisi olarak atanması durumunda, en çok Cumhurbaşkanının görev süresiyle sınırlı olmak üzere, geçici süreli olarak atama yapılması ve bu sürenin dolması ile birlikte kamu ile ilişkinin kesilmesi söz konusu olmaktadır.

Bu kapsamda yer alan personel bakımından, tıpkı mahalli idarelerin seçimle göreve gelen organlarında olduğu gibi, kamu görevine geçici süreli olarak katılma söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle, kamusal faaliyeti meslek olarak ve sürekli şekilde yürütmeyen bir kişi, geçici süreli olarak kamusal faaliyete katılmakta ve görev süresi sona erdikten ya da görevden alındıktan sonra yine kamu dışı sektörlerde faaliyetlerini sürdürmeye devam etmektedir. Kamu personelinin tanımına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar ile yargı kararları birlikte değerlendirildiğinde, asli ve sürekli olarak yürütülme koşulunun sağlanabilmesi bakımından faaliyetin meslek olarak, devamlı surette, kariyer yapılması suretiyle ve belli bir kadro ilişkisi çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. Görüldüğü gibi, (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara Cumhurbaşkanınca özel sektörde ya da serbest faaliyet yürüten kimseler arasından atama yapılması durumunda, meslek olarak nitelendirilemeyecek, geçici süreli ve kariyer ilkesiyle bağdaşmayan bir istihdam ilişkisinin oluşacağı açıktır. Bu kapsamdaki üst kademe yöneticilerini mahalli idarelerin seçilmiş organlarından ayıran tek husus ise kamusal göreve atama yoluyla gelmeleridir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yukarıda anılan yerleşik içtihadı gözetildiğinde, ek (I) sayılı cetvelde yer alan pozisyonlara bu yolla atanan kişilerin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

<sup>42</sup> Dan. 1. D., T. 19.12.1996, E. 1996/131, K. 1996/242, Danıştay Dergisi, S. 94, s. 83.

<sup>43</sup> İriş, s. 35; Karşı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 196.

<sup>44</sup> Çınar Can Evren/ İsmail Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 23.

<sup>45</sup> Kariyer ilkesinin üst kademe yöneticilerinin atanması usulü bakımından da uygulama bulması gerektiğine yönelik görüş için bkz. Günay, s. 171.

Bu durumda ya kamu görevlisi tanımında aranan “*asli ve sürekli*” faaliyet yürütme koşuluna üst kademe yöneticileri bakımından istisna getirilmesi ya da bu yolla atanan üst kademe yöneticilerinin tıpkı mahalli idarelerin seçilmiş organlarında olduğu gibi geniş anlamda kamu görevlisi ve fakat Anayasa’nın 128. maddesi anlamında dar anlamda kamu görevlisi olmadığının kabulü gerekecektir.

## 2. Kamu Personel Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirme

Başta Devlet memurları olmak üzere, kamu personelinin tabi olduğu rejimin kamu personel hukukuna hakim ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bu ilkelerin bir kısmı Anayasa’dan, diğerleri ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’ndan kaynaklanmaktadır. Kamu personel hukukuna hakim olan ilkeler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 3. maddesinde üç başlıkta düzenlenmiş olup, bunlar kariyer, liyakat ve sınıflandırma ilkeleridir.

657 sayılı Kanun’un 3. maddesinde öngörülen kariyer ilkesi uyarınca Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanı sağlanmalıdır<sup>46</sup>. Kariyer ilkesinin bir diğer sonucu olarak, kamu görevlilerinin belli bir kadroya atanması esas olup, kadrosuz çalıştırılmamaktadırlar. Yine, Kanun’un 64. maddesinde kademe ilerlemesi, 68. maddesinde ise derece ilerlemesi kurala bağlanmıştır.

Kanun’un anılan maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu personel hukukunda esas olanın, kişinin bir kadroya atanması ve bu kadro doğrultusunda kamu görevinde en alt basamaktan en üst basamağa kıdem ve liyakate bağlı olarak yükselbilmesinin kariyer ilkesinin gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, kıdem (tecrübe) ve meslekte uzmanlaşmaya bağlı olarak yükselme ile yükselmeye bağlı olarak yetkilerin ve özlük haklarının [ücret hakkının] artması kariyer ilkesi bağlamında değerlendirilen hususlardır.

Liyakat ilkesi ise en genel olarak, kamu görevine girmede ve kamu görevinde ilerlemede, kişilerin eşit imkanlara sahip olmaları ve bu imkanlar çerçevesinde serbestçe ilerleyebilmeleri anlamına gelmektedir<sup>47</sup>. Liyakat ilkesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 3. maddesinde, “*Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Liyakat ilkesinin Anayasa’nın 10 ve 70. maddelerinde de dayanakları bulunmaktadır. Buna göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır<sup>48</sup>. Anayasa’nın 70. maddesine göre ise her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olup; hizmete alınmada, *görevin gerektirdiği niteliklerden başka* hiçbir ayırım gözetilemez.

Liyakat ilkesi, göreve alınmada, ilerleme ve yükselmeye, görevden uzaklaştırılmada, yer değiştirmede ve görevin sona ermesinde dikkate alınmaktadır<sup>49</sup>. Bu alanlarda kişilerin ehliyet ve eğitim durumunun dikkate alınması; kayırmacılığın ve ayrımcılığın önünün kapatılması esastır. Bu bakımdan, göreve atanma, yükselme ve görevin sona ermesi gibi konularda idarenin takdir yetkisinin mümkün olduğunca objektif ölçütlerle kısıtlanması, görevin gerektirdiği nitelikler dışında ayırım yapılmaması, idare tarafından kullanılan takdir yetkisinin, başta amaç unsuru yönünden olmak

<sup>46</sup> Evren/ Uçar, s. 37.

<sup>47</sup> Liyakat ilkesinin ortaya çıkışı ve gelişimine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, s. 123 vd.

<sup>48</sup> AYM, T. 12.05.2004, E. 2003/106, K. 2004/59, RG, 03.11.2004, S. 25632; AYM, T. 15.07.2002, E. 2001/380, K. 2002/69, RG, 28.12.2002, S. 24977; AYM, T. 26.06.2002, E. 2001/377, K. 2002/59, RG, 09.11.2002, S. 24931; AYM, T. 02.11.2000, E. 2000/10, K. 2000/47, RG, 18.09.2002, S. 24880; AYM, T. 20.03.2002, E. 2000/39, K. 2002/35, RG, 01.06.2002, S. 24772.

<sup>49</sup> Dan. 5. D., T. 27.05.1997, E. 1996/1272, K. 1997/1118, Danıştay Dergisi, S. 94, s. 353.

üzere, yargı denetimine tabi tutulması liyakat ilkesinin bir gereğidir<sup>50</sup>. Nitekim Danıştay da liyakat ilkesinin sağlanması bakımından atama ve görevden alma işlemlerini içtihadında idari işlemin “amaç unsuru” yönünden denetime tabi tutmaktadır<sup>51</sup>.

Öte yandan, her ne kadar 657 sayılı Kanun’un 3. maddesinde “ilke” olarak düzenlenmemiş olsa da, Kanun’un 18. maddesinde öngörülen “Güvenlik hakkı” uyarınca, “Kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilmez, aylık ve başka hakları elinden alınmaz.” Söz konusu düzenlemeye göre, Devlet memurlarının ancak kanunda öngörülen hallerden birinin ortaya çıkması durumunda görevine son verilebilmesi mümkün olup, idarenin bu konuya ilişkin takdir yetkisi neredeyse tümüyle ortadan kaldırılmıştır<sup>52</sup>. Benzer şekilde Danıştay içtihadında, sözleşmeli statüde istihdam edilmekte olan kamu görevlilerinin, hizmete duyulan ihtiyacın devam etmesi durumunda, sözleşmelerinin ancak haklı sebebin bulunması durumunda idare tarafından yenilenmemesinin mümkün olduğu ortaya konulmuştur<sup>53</sup>. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, görev süresi sona eren sözleşmeli personelin sözleşmesinin haklı gerekçe olmaksızın yenilenmemesine yönelik idari işlemlerin iptaline karar vermiştir. Yerleşik hale gelmiş olan bu içtihat doğrultusunda, sözleşmeli olarak faaliyet yürüten kamu görevlileri bakımından da güvenlik hakkı içtihat yoluyla kabul edilmiş olmaktadır.

Anayasa’da 2017 yılında yapılan değişiklik sonucunda hukukumuzda yer bulan üst kademe yöneticilerine yönelik ayrı hukuki rejim ile bu rejimin ortaya konulduğu 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde yer alan düzenlemeler, kamu personel hukukunun tabi olduğu,

<sup>50</sup> Güran, s. 152; Yasin Sezer, ‘Kamu Hizmetine Girme Hakkı’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3-4, Yıl: 2013, Konya, s. 159; Evren/ Uçar, s. 38.

<sup>51</sup> Dan. 2. D., T. 22.10.2020, E. 2020/570, K. 2020/3102, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>52</sup> Karslı, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, s. 83.

<sup>53</sup> “Dava, Milli Eğitim Bakanlığı’nın sözleşmeli öğretmen istihdamına ilişkin 4.7.2006 gün ve 2006/58 sayılı genelgesinin EK-1’inde bulunan Hizmet Sözleşmesinin feshi hallerinin düzenlendiği 13. Maddesinin ‘ taraflar, bir ay önce ihbar etmek şartıyla, sebep göstermeksizin sözleşmeyi her zaman fesh edebilir’ hükmünü içeren (c) fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır. Anayasa’nın 128. Maddesinin 1. Fıkrasında; ‘Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.’ hükmü yere almaktadır. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. Maddesinde; Kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, (B) fıkrasında sözleşmeli personelin (...) hüküm altına alınmıştır. Sözleşmeli öğretmenlerin, istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerden ziyade idarenin asli ve sürekli hizmetlerinden olan eğitim-öğretim hizmetini yürütmesi ve bu halin devamlılık arz etmesi, norm kadro uygulaması nedeniyle sözleşmeli öğretmen istihdamına gidilmesi, norm kadro uygulaması olmaması halinde bu kişilerin kadrolu istihdamının mümkün olabilecek olması, sözleşmeli öğretmenlerle imzalanan hizmet sözleşmesinin kişiselleştirilmemesi aksine tüm sözleşmeli öğretmenler için genel, nesnel ve kişilik dışı kurallar belirlenmesi dikkate alındığında (genel idare usullerine göre sürekli ve asli bir görevi yürütür hale gelen sözleşmeli öğretmenlerin) Anayasa’nın 128. maddesinin ilk fıkrasında geçen diğer kamu görevlileri kategorisine dahil olduğu açıktır. (...) İdarenin tek taraflı ve üstün iradesinin etkisi ile hazırlanan sözleşmeli öğretmenlerin tip hizmet sözleşmesinin 13. maddesinin a, b, d, e, f, g, ğ fıkralarında sözleşmenin hangi hallerde feshedilebileceğinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve feshin belirli kriterlere bağlanmasına rağmen aynı maddenin (c) fıkrasında sebep gösterilmeksizin ve her zaman hizmet sözleşmesinin feshine imkan tanınması, Anayasa, 657 sayılı Yasa ve 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kamu hizmeti görevlileri olarak kabul edildiği anlaşılan, asli ve sürekli kamu hizmetini yürüten, idare ile statü ilişkisine benzer bir bağ kuran ve bunun sonucunda İdare karşısında zayıf durumda bulunan sözleşmeli öğretmenlerin, yürütmekte olduğu kamu hizmetindeki verimliliğini, çalışma güven ve huzurunu olumsuz etkileyeceği dolayısıyla yürütülen hizmetin kalitesi üzerinde olumsuz etkiler yapacağı ve subjektif değerlendirmelere açık uygulamalar yapılmasına neden olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda; yapacağı işlem ve eylemler önceden belirlenen ve duyurulan kurallara bağlı olan idarenin hiç bir kurala bağlı olmaksızın takdir yetkisini kullanması sonucunu doğuracak dava konusu düzenleme; hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi asli ve sürekli bir kamu hizmeti olan eğitim-öğretim hizmetine yukarıda bahsedilen olumsuz etkileri dikkate alındığında kamu yararı ve hizmet gerekleri ile de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; Milli Eğitim Bakanlığı’nın sözleşmeli öğretmen istihdamına ilişkin 4.7.2006 gün ve 2006/58 sayılı genelgesinin EK-1’inde bulunan Hizmet Sözleşmesinin feshi hallerinin düzenlendiği 13. maddesinin (c) fıkrasının iptaline, (...) oybirliği ile karar verildi.” (Dan. 12. D., T. 29.09.2009, E. 2006/3643, K. 2009/4943, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası.) Aynı yönde başka bir karar için bkz. Dan.İDDGK., T. 14.12.2020, E. 2019/1886, K. 2020/3148, Kazancı İçtihat Bankası.



yukarıda değinilen ilkelerin tüm kamu görevlileri bakımından geçerliliğini koruyup korumadığının sorgulanmasına yol açmaktadır.

İlk olarak, yukarıda değinilen liyakat ilkesi doğrultusunda kamu görevine alınmada görevin gerektirdiklerinin dışındaki niteliklerin aranmaması esastır. Bu doğrultuda idarenin takdir yetkisi objektif ölçütlerle sınırlandırılmış ve yargı denetimine tabi tutulmuştur. 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ek (I) sayılı cetvelinde yer alan kadro ve pozisyonlara, Kararname'nin 3. maddesi uyarınca kamu görevlileri arasından atama yapılabildiği gibi, özel sektör ya da serbest faaliyet yürüten kimseler arasından da atama yapılabilmesi mümkündür<sup>54</sup>. Kararname'de belirtilen ölçütler dikkate alındığında, özellikle kamu sektörü dışından atanacak kişiler bakımından Cumhurbaşkanına çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olduğu görülmektedir. Öyle ki, ek (I) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara atanan kişilerin görev süresinin en fazla kendilerini atayan Cumhurbaşkanının görev süresi ile sınırlı olması, bu kadro ve görevlere liyakat ilkesine göre atama yapılmasından ziyade, birlikte çalışmak istedikleri arasından Cumhurbaşkanınca belirlenecek kişilerin yerleştirilmesi gibi bir sonuca yol açmaktadır. Öğretide *Güran*, liyakat ilkesinin tersi olan kayırma sisteminin, memurlukların yeterliliklerinden çok siyasi partilere hizmet ölçğine göre bir ödül olarak dağıtılması niteliğinde olduğunu vurgulamıştır. Buna göre, seçimden başarılı çıkan siyasi parti, iktidara “*yandaşlarıyla*” birlikte gelmeli ve onlarla birlikte gitmelidir<sup>55</sup>. Mevcut durum, 2017 Anayasa değişikliğiyle üst kademe yöneticileri bakımından liyakat ilkesinin yerini, kadro ve pozisyonların ödül olarak öngörüldüğü ganimet ya da kayırma prensibine bıraktığı izlenimini yaratmaktadır<sup>56</sup>. Kaldı ki, özel sektör ya da serbest faaliyet yürütenler arasından atanan kişilerin görev süresi dolduktan ya da görevden alındıktan sonra kamuyla ilişkisinin kesilmekte olması da böyle bir yorumu perçinlemektedir.

Bunun yanında, üst kademe yöneticisi kadro ve pozisyonlarına özel sektör ya da serbest faaliyet yürütenler arasından atama yapılması kamu personel hukukuna hâkim olan kariyer ilkesi ile de örtüşmemektedir. Buna göre, kişinin bir kadroya atanması ve bu kadro doğrultusunda kamu görevinde en alt basamaktan en üst basamağa kıdem ve liyakate bağlı olarak yükselbilmesi kariyer ilkesinin bir sonucudur. Yine yükselmeye bağlı olarak aylık ve özlük hakları ile görev ve yetkilerin artması esastır. Kararname'nin 3. maddesi uyarınca ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara daha önceden kamuda çalışmamış olan, özel sektörde veya serbest faaliyet yürüten kimseler arasından atama yapılabileceği ve Cumhurbaşkanının görev süresinin sona ermesiyle birlikte bu kişilerin görev süresinin de kendiliğinden dolacağı dikkate alındığında, belli bir kadroya atanma suretiyle kariyer ilerlemesi ve buna bağlı olarak elde edilen görev, yetki ve haklardan da söz edilemeyecektir. Yine, kariyer ilkesinin bir diğer sonucu olarak, üst kademe yöneticilerinin görevlerinin sona ermesine ilişkin olarak da Kararname'de açık bir güvence bulunmamaktadır. Buna göre, esas olarak Cumhurbaşkanının görev süresiyle sınırlı olarak atanmakta olan üst kademe yöneticilerinin, bu süre dolmadan önce Cumhurbaşkanı tarafından, herhangi bir sebep gösterilmeksizin görevden alınması da mümkündür. Aynı husus 375 sayılı KHK'nin ek 35. maddesinde de öngörülmüştür: “*Cumhurbaşkanınca süreli atanan üst kademe kamu yöneticileri, ilgili kanunlarda öngörülen görevden alma gerekçeleri yanında kurumsal hedeflere ulaşamaması nedeniyle de süreleri tamamlanmadan görevlerinden alınabilirler.*” Görüldüğü gibi, anılan düzenlemede Cumhurbaşkanının görevden alma yetkisi her ne kadar “*kurumsal hedeflere ulaşamaması*” ifadesiyle sınırlandırılmış olsa da, söz konusu sınırlamanın Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmakta olan takdir yetkisini gerçek

<sup>54</sup> Bununla birlikte, üst kademe yöneticilerinin atanması bakımından salt liyakate dayalı ya da salt siyasal nitelikli atama ilkesinin uygulanmasının da uygulamada bazı sakıncalara yol açabileceği öğretide savunulmaktadır. (Sobacı/ Köseoğlu, s. 16 vd.)

<sup>55</sup> Sait Güran, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980, s. 86.

<sup>56</sup> Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 599.

Ganimet ya da kayırmacılık sistemine (*spoil system*) ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, s. 86 vd.; Sezer, s. 161.

anlamda kısıtladığının kabulü mümkün gözükmemektedir. Oluşan bu durumun ise kariyer ilkesi ile bağdaşmayacağı şüphesizdir.

Üst kademe yöneticilerinin, görev süresi dolmadan önce Cumhurbaşkanı tarafından, herhangi bir sebep gösterilmeksizin görevden alınabiliyor olması, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 18. maddesinde öngörülen güvenlik hakkıyla da bağdaşmazlık içindedir. Buna göre, kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun görevine son verilemez. Kararname'nin 3. maddesinde Cumhurbaşkanıya tanınan, hiçbir gerekçe gösterilmeksizin göreve son verebilme yetkisinin güvenlik hakkı ile bağdaşmadığı şüphe götürmeyecek bir durumdur. Nitekim sözü geçen düzenlemenin, Danıştay'ın sözleşmeli personel bakımından öngördüğü ve güvenlik hakkını ön plana çıkaran içtihadına aykırı bir duruma yol açacağı da ortadadır.

Kamu personel hukukuna hakim olan liyakat ve kariyer ilkeleri ile güvenlik hakkının halen 657 sayılı Kanun'da düzenleniyor olması, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için öngörülen konu yönünden sınırlama bakımından 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hakkında bazı tereddütler oluşturmaktadır<sup>57</sup>. Şöyle ki, kanunda düzenlenmiş olan ilkelere aykırı bir içerikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması Anayasa'nın 104. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde sayılan kadro ve pozisyonlarda görev yapan kişilerin Devlet memuru olarak nitelendirilmesi durumunda, Kararname Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. Zira böyle bir yorumda kanunla açıkça düzenlenmiş olan konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile değiştirilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Anayasa'ya uygun bir yorum olan, üst kademe yöneticilerinin kamu görevlisi olduğu ve fakat Devlet memuru olmadığına kabulü durumunda, Kararname kapsamındaki kadro ve pozisyonlarda görev alanlar hakkında 657 sayılı Kanun ancak kıyasen uygulanabileceği için söz konusu düzenlemenin hukuka uygun olduğu savunulabilmektedir<sup>58</sup>. Kanaatimizce de böyle bir yorum, üst kademe yöneticileri için öngörülen rejim bakımından daha isabetlidir. Yukarıda da değinildiği üzere, konuya ilişkin olarak 2017 Anayasa değişikliğiyle getirilmesi amaçlanan yenilik, dağınık bir mevzuatta düzenlenmiş olan üst kademe kadro ve pozisyonlarına yönelik olarak ortak bir hukuki rejim oluşturmaktır. Atanmaları, görev süreleri ve görevden alınmaları bakımından Cumhurbaşkanı merkezli olarak düzenlenen, daha güvencesiz bir statü öngörülen ve yukarıda da tartışıldığı üzere kamu görevlisi niteliği dahi tartışmalı olan bu personel rejiminin kanaatimizce ayrı bir kamu personeli kategorisi olarak kabulü gerekmektedir. Böyle bir yorum, sözü geçen düzenlemenin Anayasa'nın 104. maddesi yönünden anayasaya aykırılık yaratmasının da önünü kapatacaktır.

## **B. 3 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2017 Değişikliği Sonrası Anayasal Sistemle Bağdaşırılığı**

Üst kademe yöneticileri hakkında öngörülen hukuki rejim mevcut kamu personel hukukunun tabi olduğu ilkelerle bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 2017 değişikliği sonrasındaki lafzı ile de tam anlamıyla uyumamaktadır. Başka bir ifadeyle, üst kademe yöneticilerinin tabi olduğu rejimi düzenleyen 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 1982 Anayasası'nın mevcut haline bazı aykırılıklar taşımaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadında vurguladığı “*üst kademe yöneticilerinin kapsamının sınırlarının çizilmesi*” hususunun boşlukta bırakıldığı, bu konuda yürütmeye geniş bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir (1). Bunun yanında, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin konu yönünden de, Anayasa'da yalnızca üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının düzenlenmesi bakımından Cumhurbaşkanlığına tanınmış olan yetkinin ötesine geçtiği, “*taşkın*” bir görüntü oluşturduğu dikkat çekmektedir (2).

### **1. Üst Kademe Yöneticilerinin Kapsamının Belirlenmesi Bakımından Belirsizlik**

<sup>57</sup> Kaman, s. 93.

<sup>58</sup> Ulusoy, s. 599.

Üst kademe kamu yöneticisi kavramının kapsamı ya da kimlerin üst kademe kamu yöneticisi olarak nitelendirileceğine ilişkin olarak 2017 Anayasa değişikliği öncesinde açık ve net bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yukarıda da açıklandığı üzere, farklı mevzuat hükümlerinde, farklı kapsamlı tanımlamalar yapılmaktaydı. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin bazı fıkralarını iptal ettiği kararında, üst kademe yöneticilerinin belirlenmesi bakımından idareye [Bakanlar Kuruluna] oldukça geniş bir takdir yetkisi verildiğini, bu durumun kamu personel hukukuyla bağdaşmadığını ortaya koymuştur. Bu içtihat doğrultusunda üst kademe yöneticilerinin kimlerden ibaret olduğunun kanun koyucu tarafından, açık ve net bir şekilde ortaya konulmasının anayasal bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır.

Bu doğrultuda tartışılması gereken ilk husus, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan düzenlemenin Cumhurbaşkanlığına üst kademe yöneticilerinin belirlenmesi hususunda düzenleme yapma yetkisi verip vermediğidir. Düzenlemenin lafzında Cumhurbaşkanının yetkileri, üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesi ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir. Bu bağlamda, üst kademe yöneticilerinin belirlenmesine yönelik olarak Cumhurbaşkanlığı makamına açıkça verilmiş bir yetki bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı makamı yalnızca kimlerden oluştuğu daha önceden kanunla belirlenmiş olan üst kademe yöneticilerinin atanmaları ve görevlerine son verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemekle yetkilidir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan içtihadı ile anayasal düzenlemenin lafzı birlikte okunduğunda üst kademe yöneticilerinin kapsamının kanunla belirlenmesi, atanmalarına ilişkin usul ve esasların ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gerekir. Buna karşılık, mevcut düzenlemede, üst kademe yöneticilerinin tanımını yapan ya da kimleri kapsadığını ortaya koyan bir kanuni düzenleme bulunmadığı gibi, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde öngörülen usule göre ataması ve görevden alınması gerçekleştirilen kamu personelinin kimlerden oluştuğu, anılan Kararname'ye ek (I) ve (II) sayılı cetvellerde öngörülmüştür<sup>59</sup>. Başka bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı bir yandan üst kademe yöneticilerinin sınırlarını çizerken, diğer yandan kendi belirlemiş olduğu kamu personelinin atanmaları ve görevden alınmasına ilişkin usulleri düzenlemektedir<sup>60</sup>.

Kanaatimizce söz konusu durum Anayasa'nın sistematığı ile örtüşmemektedir. Şöyle ki, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Başka bir deyişle, kamu personel hukukuna hâkim olan ilke kanuniliktir. Dolayısıyla kamu personel hukukunda yer alan personel kategorilerinin yanı sıra, bu kategorilere yerleştirilecek olan personelin taşınması gereken nitelikler ile özlük haklarının kanunla düzenlenmesi esastır. 2017 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine üst kademe yöneticileri bakımından birtakım istisnalar getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, kamu personel hukukunun tabi olduğu ilke kanunilik olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması istisnadır. İstisnaların dar yorumlanması ise hukukun en temel prensiplerinden biridir. Bu doğrultuda, istisna niteliği taşıyan kamu personel hukukunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapma yetkisinin de aynı şekilde dar yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, üst kademe yöneticilerinin kapsamının kanunla düzenlenmesi, buna karşılık atanmaları ve görevden alınmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde öngörülmesi hukuki bir gerekliliktir. Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda, üst kademe yöneticilerinin kimlerden oluştuğunun 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ek (I) ve (II) sayılı cetvellerinde düzenlenmesi kanaatimizce mevcut anayasal düzen ve Anayasa Mahkemesi içtihadıyla çelişkilidir.

<sup>59</sup> Öztürk, s. 1288; Betül Merve Yılmaz, Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 40.

<sup>60</sup> Kaman, s. 91; Yasin Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 124; Ülgen Adadağ, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, s. 23, dn. 30.

Üst kademe yöneticilerinin kapsamının belirlenmesi bakımından 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer alan hukuki sorun yukarıda yapılan açıklamayla sınırlı da değildir. 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin başlığı “*Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” olmakla birlikte ek (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan kadro ve pozisyonların üst kademe yöneticilerine ilişkin olduğu hususunda Kararname içerisinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>61</sup>. Başka bir deyişle, her ne kadar Kararname'de ek (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan kadro ve pozisyonlara yapılacak atamalara ilişkin esas ve usuller yer almaktaysa da bu kadro ve pozisyonların üst kademe yöneticilerine ait olduğu, ancak Kararname'nin başlığından yola çıkılarak yorumlama yapıldığında savunulabilmektedir. Öte yandan, gerek Kararname'nin başlığında geçen “*ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında*” ibaresi ve gerek Kararname'nin 1. maddesinde geçen “*ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usûl ve esaslarını belirlemektir.*” ibareleri ek (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan kadro ve pozisyonların bazılarının üst kademe yöneticisi olmayan ve fakat kamu kuruluşu olmayan personele ait olduğu izlenimini de yaratmaktadır. Zira, 3 numaralı Kararname'nin gerek başlığı ve gerek “*Amaç ve kapsam*” başlıklı 1. maddesi bu Kararname'nin yalnızca üst kademe yöneticilerinin değil; kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak atamalara yönelik usul ve esasları da düzenlemekte olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, salt 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin lafzından hareketle ek (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan pozisyonların üst kademe yöneticilerine ait olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, üst kademe yöneticilerinin kapsamının ortaya konulabilmesi bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde öngörülen düzenleme de belirsizdir.

Öte yandan Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasının lafzı buradaki belirsizliği daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmektedir. Şöyle ki, Cumhurbaşkanının görevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, üst kademe kamu yöneticilerinin atanması ve görevlerine son verilmesi Cumhurbaşkanının yetkisindedir. Düzenleme üst kademe yöneticileri esas alınarak okunduğunda, ancak Cumhurbaşkanı tarafından atanmış olan kişilerin üst kademe yöneticisi olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanı tarafından atanmak üst kademe yöneticisi olmanın bir koşuludur. 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesine göre, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere ise Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılmaktadır.

Anayasa'nın 104. maddesinin katı bir şekilde yorumlanması durumunda, ancak doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanan ek (I) sayılı cetvelde bulunan kadro ve pozisyonların üst kademe yöneticilerine ait olduğunun kabulü; buna karşılık ek (II) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara Cumhurbaşkanı tarafından değil ve fakat Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılması sebebiyle üst kademe yöneticisi olarak nitelendirilmemesi söz konusu olmaktadır. Nitekim öğretide *Gözler* de (II) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara Cumhurbaşkanı “*onayı*” ile atama yapılması sebebiyle, bu kapsamda kalan kadro ve pozisyonların üst kademe yöneticisi olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>62</sup>. Keza, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin farklı maddelerinde<sup>63</sup> yalnızca ek (I) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlara

<sup>61</sup> Nitekim öğretide bir görüş, ek (I) ve (II) sayılı cetvellerde sayılı kadro ve pozisyonların üst kademe yöneticisi niteliğinde olmadığını savunmaktadır. (Öztürk, s. 1283.) Aynı yönde başka bir görüş için bkz. Karşı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 202.

<sup>62</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. 1, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 337-338.

<sup>63</sup> Söz gelimi, “*Görev süresi*” başlıklı 4. Madde ile “*Sözleşme*” başlıklı 5. Maddesinde yalnızca ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlar bakımından düzenleme yapılmış, ek (II) sayılı cetveldekilere yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumun özellikle ek (II) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlara atanan kişilerin görev süresi bakımından önemli bir belirsizliğin oluşmasına yol açmaktadır.

yönelik düzenleme yapılmış olması da, yalnızca ek (I) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonların üst kademe yöneticilerine ait olduğuna yönelik görüşü destekler bir izlenim yaratmaktadır.

Buna karşılık, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında geçen “*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir*” ibaresinin genişletici yorumla, yalnızca doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamaları değil, Cumhurbaşkanı onayı ile tamamlanan atamaları da kapsayacak şekilde okunması durumunda hem (I) hem de (II) sayılı cetvelde yer alan kadro ve pozisyonlarda faaliyet yürüten personelin üst kademe yöneticisi olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır. Nitekim ek (II) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonlar bakımından da atama işlemi Cumhurbaşkanının iradesi ile tamamlanmaktadır. Başka bir deyişle, atama işlemi Cumhurbaşkanı tarafından sonuçlandırılmaktadır. Hülasa, 375 sayılı KHK'nin ek 35. maddesinin beşinci maddesinde geçen “*...üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine Cumhurbaşkanı onayı ile atanmalar hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartlar dışında üçüncü fıkra hükümleri uygulanmaz.*” ibaresinden hareketle ek (II) sayılı cetvelde sayılan kadro ve pozisyonların da üst kademe yöneticisi olarak nitelendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olmaktadır.

Görüldüğü gibi, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin her iki yoruma da elverişli olması dahi düzenlemenin belirsizliğini ve bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan içtihadıyla örtüşmediğini açıkça ortaya koymaktadır.

## **2. 3. numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Konu Yönünden İçeriğinin Anayasa'ya Uygunluğunun Değerlendirilmesi**

Üst kademe yöneticilerinin tanımlanması ve kapsamının ortaya konulması bakımından, yukarıda incelendiği üzere, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer alan düzenlemeler önemli belirsizlikler taşımaktadır. Bunun yanında, Kararname içerik yönünden de Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek konuların sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesine göre, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Görüldüğü gibi, kamu personel rejimini, daha da özelden ise kamu görevlilerinin atanmalarına ve haklarına yönelik konuların kanunla düzenlenmesi anayasal bir gerekliliktir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre de kanunla düzenlenmesi gereken konularda temel kural ve ilkelerin kanunda gösterilmesi gerekmektedir<sup>64</sup>. Başka bir deyişle, konuya ilişkin çerçeve kanunla belirlemeli ve idareye belirsiz bir düzenleme alanı bırakmamalıdır<sup>65</sup>. Kamu personel hukukunda katı bir şekilde uygulama bulan kanunilik ilkesi bakımından Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla üst kademe yöneticileri için öngörülen istisna yalnızca üst kademe yöneticilerinin atanma ve görevlerine son verilmesine yönelik usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebiliyor olmasını kapsamaktadır. Dolayısıyla, yukarıda da değinildiği üzere istisnaların dar yorumlanması gerektiğine yönelik hukukun temel ilkesi doğrultusunda, Türk hukukunda kamu personelinin atanmasının, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülükleri ile diğer tüm özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi esastır. Bu kuralın istisnası üst kademe yöneticisi olarak nitelendirilen kamu görevlileri olup, bu kapsama giren kamu görevlilerinin ise yalnızca atanmaları ve görevlerine son verilmesine yönelik usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün olmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası ile 128. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle yaptığımız bu yorumla, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin konu yönünden içeriği çeşitli yönlerden bağdaşmamaktadır.

<sup>64</sup> AYM, T. 28.06.1988, E. 1987/21, K. 1988/25, RG, 08.01.1989, S. 20043; AYM, T. 01.02.1990, E. 1988/64, K. 1990/2, RG, 21.04.1990, S. 20499.

<sup>65</sup> Karşı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 201.

İlk olarak, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin başlığı, “Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” olarak düzenlenmiştir. Henüz yalnızca düzenlemenin başlığı incelendiğinde Anayasa'nın 104. maddesiyle bağdaşmazlık durumu ortaya çıkmaktadır. Başlıkta da görüldüğü üzere, Kararname'de yalnızca üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmemekte, bu kapsamda yer almayan ve fakat kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak atamalara dair usul ve esaslar da bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca esas kural kamu personelinin atanmasına ilişkin kuralların kanunda düzenlenmesidir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen istisna [üst kademe yöneticileri] dışında kalan kamu görevlilerinin atanma usul ve esaslarının münhasıran kanunla düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur<sup>66</sup>. Bu bakımdan, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin başlığında ve “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinde vurgulanmakta olduğu üzere, diğer kamu görevlilerinin atanma usul ve esaslarının düzenlenmiş olması Anayasa'nın 104. maddesinin on dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için öngörülen konu yönünden sınırlamaya aykırılık oluşturacaktır<sup>67</sup>. Nitekim 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8. maddesi ve devamı hükümlerinde Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeline yönelik olarak düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, anayasal düzenlemeler ile bağdaşmamaktadır<sup>68</sup>.

İkinci olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca üst kademe yöneticilerinin atanmaları ve görevlerine son verilmesine ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür<sup>69</sup>. Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilmeye dair istisna yalnızca atama ve göreve son verme usul ve esaslarıyla sınırlıdır. Bu doğrultuda, üst kademe yöneticilerinin atama usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, bunun dışında kalan, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri gibi konuların Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekmektedir<sup>70</sup>. Buna karşılık, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde üst kademe yöneticilerinin atanmalarına yönelik usul ve esasların yanında, istihdam usulleri (madde 5), özel sektörde ya da serbest faaliyet yürüten kişiler arasından atanan üst kademe yöneticilerine görev süresi dolduğunda ya da görevden alındığında ödenecek tazminat ile kamu personeli olup da üst kademe yöneticisi olarak atanan personelin görev süresi dolduktan ya da görevden alındıktan sonra gerçekleştirilecek özlük işlemleri (madde 6) gibi konuların da düzenlendiği görülmektedir. Yine, üst kademe yöneticilerine ödenecek olan ücretlerin belirlenmesine ilişkin olarak Cumhurbaşkanına herhangi bir çerçeve ya da azami sınır öngörülmezsizin geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Başka bir deyişle, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında öngörülen konu yönünde sınırın ötesine geçilmesi söz konusudur. Bu durumun Anayasa'nın 104. maddesinin on dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle bağdaştığının kabulü kanaatimizce mümkün olmayacaktır<sup>71</sup>. Kanaatimizce bu durum sebebiyledir ki, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ndeki atanma ve görevden alma dışında kalan hususlara yönelik hususlar 375 sayılı KHK'nin ek 35. maddesinin

<sup>66</sup> AYM, T. 15.01.2009, E. 2004/70, K. 2009/7, RG, 11.06.2009, S. 27255; AYM, T. 12.06.2008, E. 2004/35, K. 2008/118, RG, 05.11.2008, S. 27045; AYM, T. 12.12.2007, E. 2002/35, K. 2007/95, RG, 22.01.2008, S. 26764.

<sup>67</sup> Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Kaman, s. 90.

<sup>68</sup> Kaman, s. 91.

<sup>69</sup> Öğretide Ülgen Adadağ ise, üst kademe kamu yöneticilerinin atanması usulünün tespitinin siyasi haklar ve ödevler kapsamında yer alan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin konulardan olduğuna vurgu yaparak, Anayasa'nın 104. Maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen konu bakımından sınırlamalar uyarınca bu alanların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağını ileri sürmüştür. (Özen Ülgen Adadağ, 'Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar', Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara. Aynı yönde görüş için bkz. Yıldırım, s. 301.)

<sup>70</sup> Yılmaz, s. 41; Karşı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 194.

<sup>71</sup> Kaman, s. 92; Karşı, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, s. 202; Yılmaz, s. 43. Aksi yönde görüş için bkz. Öztürk, s. 1290.

yedinci fıkrası ve devamında tekrar düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu, konu yönünden sınırın aşılmasından kaynaklanan Anayasa'ya aykırılığı belli bir ölçüde ortadan kaldırmış olmaktadır<sup>72</sup>.

## **II. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE YENİ KAMUSAL İSTİHDAM TÜRLERİ BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR**

İlk iki bölümde de belirtildiği üzere, 2017 Anayasa değişikliğiyle kamu personel hukuku bakımından birtakım yeni müessese ve kategoriler oluşturulmuş, mevcut yapıya uygunluğu tartışmalı olan bazı yeni düzenlemeler getirilmiştir. Buna karşılık, Anayasa'nın 104. maddesinin 14. fıkrası uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen alanlara ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının mümkün olmadığı ve Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, aksi Anayasa'da açıkça düzenlenmedikçe, kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanda yer aldığı dikkate alındığında, üst kademe yöneticileri dışında kalan kamu görevlilerinin tabi olduğu hukuki rejim bakımından herhangi bir yenilik bulunmadığı düşünülebilir.

Her ne kadar anayasal düzeydeki değişiklikler gerçekten de diğer kamu görevlilerine uygulanacak hukuk kuralları bakımından doğrudan yenilik getirmemekteyse de, sözü geçen değişiklik esas alınarak oluşturulan idari teşkilat yapısı, diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu hukuki rejim üzerinde bazı yansımalar sebep olmuştur.

Bu doğrultuda karşımıza çıkan ilk yenilik, kamu personel hukukunda ortaya çıkan yeni istihdam türleridir **(A)**. Bilindiği üzere, önceki süreçte temel kamusal istihdam türü olan Devlet memurluğu statüsünün yanında, 1982 Anayasası ile birlikte sözleşmeli personel önemli bir kamu görevlisi kategorisi oluşturmuştur. Bu doğrultuda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yanı sıra, idarelerin düzenlendiği farklı kanunlarda gerek kamu hukukuna ve gerek özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeli personel çalıştırılabilmesine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte ise, farklı mevzuatlarda düzenlenen sözleşmeli personel kategorilerinin önemli bir bölümü bir araya getirilerek Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülen sözleşmeli personel olarak adlandırılacak yeni bir istihdam türü oluşturulmuştur. Öte yandan, bu yeni personel kategorisi çerçevesinde istihdam edilen personelin bazı haklarının da gerek ilk-el, gerek kanunların verdiği yetki doğrultusunda ve gerek kanunlarda yer alan düzenlemelerden farklı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde düzenlendiği de dikkat çeken bir husustur **(B)**. Bu yöndeki düzenlemelerin, Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen sınırlamalara uygunluğu ayrıca tartışmalıdır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, 2017 Anayasa değişikliği sonucunda -üst kademe yöneticileri dışında kalan- kamu görevlilerinin tabi olduğu rejimde meydana gelen değişim aşağıda tartışılacak konularla sınırlı olmayıp<sup>73</sup>, tüketici nitelik taşımayan bu çalışmada esas olarak anayasal değişikliklerle doğrudan bağlantılı olan sonuçlar inceleme konusu yapılmıştır. Söz gelimi, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte kamu personel yönetiminde ortaya çıkan kurumsal değişiklikler, bu çerçevede kaldırılan, değişime uğrayan veya yeni kurulan örgütlerin sistem içindeki yerleri ile bu örgütler arasındaki iş bölümü ilişkisi ve yetki karmaşası da ayrı bir değerlendirmeyi gerektiren konulardır<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Yasin Söyler, *Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?*, s. 83 vd.

<sup>73</sup> Söz gelimi, 2017 Anayasa değişikliği ile getirilmiş bir diğer yenilik Devlet Personel Başkanlığı'nın 703 sayılı KHK ile kapatılması ve bu kurum tarafından kullanılmakta olan yetkilerin Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde faaliyet yürütmekte olan "İnsan Kaynakları Ofisi", "Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü" ve "Çalışma Genel Müdürlüğü" arasında paylaştırılmış olmasıdır.

<sup>74</sup> Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kamu personel yönetimi örgütlenmesine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Levent Demirelli/ Recep Aydın, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Türk Kamu Personel Yönetiminin

## A. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Ortaya Çıkan Yeni İstihdam Türleri

Kamu görevlileri, Anayasa'nın 128. uyarınca Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Diğer kamu görevlileri kavramı 1982 Anayasası ile hukukumuzda girmiş olup, 1961 Anayasası dönemindeki tek kamusal istihdam modeli Devlet memurluğu olmaktadır.

Klasik kamusal istihdam türü olan Devlet memurlarının statüsünün 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda ayrıntılı şekilde düzenlendiği dikkate alındığında, “*diğer kamu görevlileri*” kapsamına kimlerin girdiği ayrıca önem taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu alandaki mevzuat ve içtihat oldukça dağınıktır. Diğer kamu görevlilerinin bazılarının kendi özel personel kanunu bulunmakta olup, Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabi değildir<sup>75</sup>. Bazı kamu görevlileri ise, Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak görev yapmakla birlikte Devlet memuru statüsünü taşımamaktadır. Gerçekten de 657 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, “*bu Kanuna tabi kurumlar, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştırmayacak olup*”, Kanun'un 4. maddesinde kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütüleceği öngörülmüştür. Bunlardan geçici personel 2017 yılında mülga edildiğinden, halihazırda bu Kanun'da üç ayrı istihdam rejimi yer almaktadır. Öte yandan, Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendine göre, işçiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmamaktadır. Dolayısıyla, mevcut sistemde, 657 sayılı Kanun'da Devlet memurları ve sözleşmeli personel olmak üzere iki temel kamusal istihdam türünün düzenlenmiş olduğu söylenebilir.

Devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen asli ve sürekli faaliyetler kural olarak statü ilişkisi ile görev yapan Devlet memurları tarafından yürütülmektedir. Sözleşmeli personel istihdamı ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 4. maddesine uyarınca, zaruri ve istisnai hallerde geçici olarak sözleşmeli personel istihdam edilmesi mümkündür<sup>76</sup>. Buna karşılık, bazı alanlarda geçici olmayan işlerde de sözleşmeli personel görevlendirilmektedir. 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde belirtilen geçici nitelikli sözleşmeli personel 1 yıllık süre için istihdam edilmektedir<sup>77</sup>.

Başta -yukarıda açıklandığı üzere- yalnızca geçici ve zaruri nitelik taşıyan işler bakımından öngörülmüş olan sözleşmeli personel istihdam biçimine dair farklı kanunlarda düzenlemeler yapılmış, daha önceden Devlet memurları eliyle yürütülmekte olan bazı kamu hizmetlerinin sözleşmeli personel tarafından yerine getirilmesi anlayışı benimsenmiştir. Bu doğrultuda farklı kanunlarda, asli ve sürekli nitelik taşıyan hizmetlerin sözleşmeli istihdam edilen personel tarafından yapılmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir<sup>78</sup>. Dolayısıyla, başlangıçta istisnai ve geçici nitelik

Örgütlenmesi', Yasama Dergisi, Sayı: 42, Yıl: 2020, Ankara, s. 56 vd.

<sup>75</sup> Bunlara örnek olarak, 926 sayılı Kanun uyarınca Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları, 2802 sayılı Kanun uyarınca hâkim ve savcılar, 2914 sayılı Kanun uyarınca üniversite öğretim elemanları gösterilebilir.

<sup>76</sup> 657 sayılı Kanun'da geçici işler için sözleşmeli personel çalıştırılması öngörülmüştür. Buna göre sözleşmeli personel, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Cumhurbaşkanınca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde ihdas edilen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.

<sup>77</sup> Bu kapsamda yer alan sözleşmeli personelin tabi olduğu rejim klasik anlamda sözleşmesel ilişkiden oldukça farklıdır. Sözleşmenin unsurları idare tarafından tek yanlı olarak düzenlenmekte olup, karşılıklı müzakere ortamından söz edilememektedir. Bu haliyle sözleşmeli personelin tabi olduğu rejim esasında Devlet memurlarının statüsüyle yakınlaştırılmıştır. 657 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin birinci fıkrasının (B) bendine göre, sözleşmeli personelin sözleşmesinde yer alan hususların büyük kısmı 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Bakanlar Kurulu tarafından düzenlenmekteyken, değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmektedir.

<sup>78</sup> Tüketici nitelik taşımamakla birlikte, bunlara örnek olarak, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde



taşıyan sözleşmeli personel istihdamı, Devlet memurluğuna alternatif bir kamu personel rejimi halini almıştır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hem memurların hem de diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunludur. Dolayısıyla tabi olunan statünün kanuniliği bakımından kamu görevlileri arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Hangi idareler bünyesinde sözleşmeli personel çalıştırılacağı yanı sıra bu personelin hukuki statülerinin de -en azından çerçeve düzeyde- kanunla düzenlenmesi anayasal bir gerekliliktir.

Görüldüğü gibi, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, kamusal istihdam türleri Devlet memurluğu ve sözleşmeli personel olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Anayasa değişikliği sonrasında ise, teşkilat yapısı Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen idareler bakımından ayrı bir sözleşmeli personel kategorisi oluşturulmuştur. Bu değişimin arkasında şüphesiz ki, idari teşkilata ilişkin mevzuatta 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklik yatmaktadır. Şöyle ki, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecinde çıkarılan 703 sayılı KHK ile, pek çok idarenin kuruluşu ve yapısına ilişkin kanun ve KHK kısmen ya da tümüyle ilga edilmiş, bu idareler Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi ile birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yeniden oluşturulmuştur<sup>79</sup>. 703 sayılı KHK sözü geçen idarelerin yalnızca teşkilatına ilişkin değil; personeline ilişkin hükümleri de yürürlükten kaldırmıştır. Kaldırılan hükümler arasında -yukarıda sözü geçen- sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktaydı. Bu doğrultuda, 703 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, teşkilatı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen idareler bünyesinde sözleşmeli personel çalıştırılması bakımından boşluk ortaya çıkmıştır. Bu boşluğun giderilmesi amacıyla, 703 sayılı KHK ile 375 sayılı KHK'de bazı değişiklikler yapılmış, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idarelerde sözleşmeli personel çalıştırılabilmesine yönelik ortak düzenlemeler getirilmiştir<sup>80</sup>.

Bu kapsamda ilk olarak, 375 sayılı KHK'nin ek 23. maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarında idari hizmet sözleşmesi ya da iş sözleşmesiyle uzman istihdam edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi kapsamında (Devlet memuru) personel istihdam edilmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla kurumun görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere 657 sayılı Kanun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın idari hizmet sözleşmesiyle ya da iş mevzuatına tabi olarak uzman ve uzman yardımcısı istihdam edilebilir<sup>81</sup>.

---

Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname sıralanabilir.

<sup>79</sup> Öğretide *Yıldırım*, 703 sayılı KHK'nin temel niteliğinin adeta mıntıka temizliği yapmak olduğunu vurgulamıştır. (Yıldırım, s. 297.)

<sup>80</sup> Sözü geçen istihdam türlerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammed Göçgün, 'Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yeni İstihdam Türleri', Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 104 vd.

<sup>81</sup> Aynı KHK'nin "*Müfettiş, denetmen, denetçi, kontrolör, aktüer istihdamı*" başlıklı ek madde 24 hükmü uyarınca da, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla bakanlık, kurum ya da birim düzeyinde müfettiş, denetmen, denetçi, kontrolör, aktüer ile müfettiş yardımcısı, denetmen yardımcısı, denetçi yardımcısı, aktüer yardımcısı ve stajyer kontrolör istihdam edilebilmektedir. Uzman personele ilişkin ek madde 23 hükmüyle paralel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş olan idarelerde müfettiş, denetim elemanı, denetçi, kontrolör ve aktüerlerin, kararnamede açıkça öngörülmesi durumunda sözleşmeli statüde çalışması imkanı yaratılmıştır. Burada ek madde 23 düzenlemesinden farklı olarak, ilgili idare bünyesinde Devlet memuru istihdam edilmemesi şartının aranmadığı da dikkat çekmektedir.

Anılan düzenlemeyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş olan idarelerde faaliyet yürüten uzman personelin, ilgili kararnamede öngörölmüş olması durumunda sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılması ya da özel hukuk hükümleri uyarınca faaliyet yürütmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak bunun için, sözü geçen idare bünyesinde Devlet memuru istihdam edilmemesi koşulu aranmaktadır. Başka bir deyişle, Devlet memuru istihdam edilmesi durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde öngörölmesi halinde dahi sözleşmeli personel istihdamı mümkün olmayacaktır.

Yine, 703 sayılı KHK ile değiştirilen, 657 sayılı Kanun'un ek madde 41 hükmünde, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörölmesi kaydıyla kurumun görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere merkez teşkilatlarında, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığında, Genelkurmay Başkanlığı ve kuvvet komutanlıklarının merkez karargâhlarında uzman ve uzman yardımcısı istihdam edilebileceği öngörölmüş olup, aynı maddede bu kapsamda istihdam edilen uzman personelin atanması, mali hakları ve özlük haklarına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bünyesindeki uzman istihdamında esas olarak KHK'nin ek madde 23 düzenlemesinin uygulanması, uzman istihdamına ilişkin 657 sayılı Kanun'un ek 41. maddesinin ise kıyasen uygulanması öngörölmüştür.

375 sayılı KHK'de yalnızca uzman personelin sözleşmeli statüde çalıştırılması düzenlenmemiş olup, diğer personel bakımından da belli koşulların bulunması durumunda sözleşmeli statüde faaliyet yürütölmesi mümkün kılınmıştır. Ek madde 27 hükmü uyarınca, 657 sayılı Kanun kapsamında Devlet memuru istihdam edilmeyen kamu kurum ve kuruluşlarından, teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörölönlere ait hizmetler 657 sayılı Kanun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağılı olmaksızın idari hizmet sözleşmesiyle istihdam edilen personel eliyle yürütölür<sup>82</sup>. Yine aynı KHK'nin 28. maddesiyle, Devlet memuru istihdam edilmeyen kamu kurum ve kuruluşlarından, teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörölmesi durumunda iş mevzuatı hükümlerine göre personel istihdam edilmesi mümkün hale gelmiştir. Görölldüğü gibi, uzman personel istihdamına ilişkin düzenlemeyle paralel olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş olan idareler bünyesinde idari hizmet sözleşmesiyle ya da iş sözleşmesiyle personel istihdamı imkanı tanınmıştır.

Yukarıda sözü geçen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bünyesinde uzman personel ile diğer personelin kararnamede açıkça belirtilmiş olması durumunda sözleşmeli statüde istihdam edilebileceği ve hatta idari hizmet sözleşmesinin yanında iş hukuku sözleşmesi ilişkisinin kurulmasının da mümkün olduğı anlaşılmaktadır. Örnek olarak belirtmek gerekirse, salt 4 numaralı Bakanlıklara Bağılı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde 54 farklı kuruluşun teşkilatı ile bu kuruluşlarda görev alacak personelin istihdam

<sup>82</sup> 375 sayılı KHK'nin "Yerli veya yabancı sözleşmeli personel istihdamı" başlıklı ek madde 26 hükmünde ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bünyesinde özel bilgi ve uzmanlık gerektiren işlerde tam zamanlı, kısmi zamanlı veya geçici personel istihdamı düzenlenmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörölmesi kaydıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlere bağılı olmaksızın, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde, yerli veya yabancı personel tam zamanlı, kısmi zamanlı veya projelerle sınırlı olarak sözleşmeyle istihdam edilebilir.

Bu düzenleme, değişen teknolojiye ayak uydurmak bakımından kamu yönetiminin ihtiyaç duyacağı uzman personelin gerektiğinde yurt dışından da karşılanması önünü açmaktadır.

Burada KHK'nin ek madde 27 hükmünden farklı olarak, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren personel istihdam edilebilmesi bakımından ilgili idare bünyesinde Devlet memuru çalıştırılmaması koşulunun aranmadığı dikkat çekmektedir.

biçimi düzenlendiği dikkate alındığında, sözleşmeli personel istihdamının öngörülmesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine geniş bir düzenleme alanı bırakıldığı söylenebilir.

375 sayılı KHK'nın 23, 27 ve 28. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında öngörülen teşkilat yapısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idarelerde sözleşmeli personel istihdam usulünün tek bir çatı altında toplandığı, daha önceden farklı kanunlarda öngörülmüş olan sözleşmeli personel istihdam usullerinin birleştirildiği görülmektedir. Bu durum özellikle idare içinde bütünlük sağlanması ve mevzuatın uyumlulaştırılması bakımından yararlı olmakla birlikte; farklı hizmet alanlarında faaliyet yürüten kuruluşların tümü bakımından aynı kuralların öngörülmesi sebebiyle personelin yetersiz kalması gibi olumsuz neticelere de yol açabilmektedir. Öte yandan söz konusu düzenlemeler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bünyesinde sözleşmeli personel istihdam edilebilmesine yönelik olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenleme yapılabilmesine yönelik geniş bir takdir yetkisi tanımakta, bu durum Anayasa'nın 128. maddesi anlamında kanunilik ilkesinin geçerliliğini tartışmalı hale getirmektedir.

Şöyle ki, anılan düzenlemeler uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmakta olan bir idarede gerek idare hukuku ve gerek özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeli personel çalıştırılabilmesi bakımından nihai irade kanun ile değil; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ortaya konulmaktadır. Her ne kadar, buradaki Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabilmesi imkanı doğrudan kanunla tanınmaktaysa da, bu durum sözleşmeli personel istihdamı hususunda Cumhurbaşkanlığı makamının belirleyici rol üstlendiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu personelinin tabi olduğu rejime ilişkin hususların kanunla düzenlenmesinin zorunluluğu ve istihdam biçiminin personel rejimi ile doğrudan ilişkili olduğu dikkate alındığında, gerek kanunla ve gerek Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idareler bünyesinde hangi istihdam rejiminin uygulanacağını da nihai olarak kanunda düzenlenmesi kanaatimizce anayasal bir gerekliliktir. Her ne kadar bu görüşün savunulması Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle oluşturulmak istenen idari teşkilat yapısı ile uyusmamaktaysa da, böyle bir düzenlemenin hukuka uygun kabul edilmesi için öncelikle gerekli anayasal zeminin oluşturulmasının bir ihtiyaç olduğunu savunmaktayız.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülen sözleşmeli personel usulü olarak adlandırdığımız bu istihdam biçiminin Anayasa'nın 128. maddesine açık bir aykırılık taşımadığını ve fakat bu maddede öngörülen “*kanunilik*” ilkesini oldukça esnettiğini söyleyebiliriz.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında öngörülen bir diğer yeni istihdam usulü de Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı personeline yöneliktir. 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı teşkilatı kadrolarında; esas ve usulleri Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı teşkilatına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilen sözleşmeli personel ile Cumhurbaşkanının tasvibi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sivil ve asker personel ve adli, idari, askeri yargı mensupları da Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının talebi ile süreli veya geçici olarak görevlendirilebilir. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı teşkilatının düzenlendiği 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 13. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı personelinin istihdam biçimleri düzenlenmiştir<sup>83</sup>. Buna göre, Başkanlık bünyesinde, kadrolu personel, kadroya bağlı süreli personel, kadroya bağlı olmayan süreli personel, sözleşmeli personel ve kısmi zamanlı personel olmak üzere beş ayrı statüde personel çalıştırılması mümkündür<sup>84</sup>.

Bunlardan kadrolu personel, 657 sayılı Kanun'a göre ve istisnai memur statüsünde istihdam edilmektedir. Kadroya bağlı süreli personel, kamu kurum ve kuruluşları, bankalar ya da yargı

<sup>83</sup> Sözü geçen istihdam biçimlerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Göçgün, s. 97 vd.

<sup>84</sup> Öztürk, s. 1286.

teşkilatında faaliyet yürüten ve üç yıl süreyle Başkanlık bünyesindeki kadrolar için görevlendirilmiş personeldir. Bunlardan farklı olarak, kadroya bağlı olmayan süreli personel statüsünde faaliyet yürüten kamu görevlileri esas olarak kadroları ve kadroya bağlı bütün özlük hak ve işlemleri kendi kurum veya kuruluşlarında olan, Başkanlık bünyesinde geçici süreli olarak görevlendirilmiş personeldir. Kısmi zamanlı personel ise, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı bünyesinde haftanın belli günlerinde veya günün belli saatlerinde çalıştırılan doktor, mühendis, mimar, sağlık personeli ile teknik personeldir. Görüldüğü gibi bu son kapsama giren personel, Başkanlığın esas görev alanında değil; yan hizmet alanlarında faaliyet yürütmektedir.

375 sayılı KHK’de öngörülen düzenlemeye uygun olarak 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 13. maddesinin yedinci fıkrasında, 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair hükümlerine bağlı kalınmaksızın, sözleşmeli personel istihdam edilmesi öngörülmüştür. Yine, 13. madde kapsamında çalıştırılan sözleşmeli personelin tabi olduğu rejime -özellikle de mali hakları ile istihdam şekli, sözleşmenin sona erme koşullarına- ilişkin düzenlemeler Kararname’nin 14. maddesinde öngörülmüştür. Kararname’nin 15. maddesinde ise, bu Kararname’de düzenleme bulunmayan konularda 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde öngörülen rejimin uygulanacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, 2879 sayılı Kanun’un 4. maddesinde, Başkanlık bünyesinde istihdam edilecek personelin tabi olacağı rejimin belirlenmesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılması hususunda takdir yetkisi tanınmış olup, bu doğrultuda 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde Başkanlık bünyesinde farklı statülerde personel istihdam edilebilmesine yönelik kurallar öngörülmüştür. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, istihdam türlerinin kanunla değil; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde öngörülmüş olmasının tartışma yarattığı kanaatindeyiz.

## **B. Yeni İstihdam Türlerinin Tabi Olduğu Rejimin Düzenlenebilmesi Meselesi**

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Kamu personel hukukunda kanunilik prensibi olarak adlandırabileceğimiz bu düzenleme uyarınca, kamu görevlilerinin tabi olduğu rejimin -ve bu çerçevede hak ve ödevlerinin- kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim, en temel kamusal istihdam türü olan Devlet memurlarının tabi olduğu rejim 657 sayılı Kanun’da detaylı şekilde öngörülmüştür. Yine, 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki sistemde kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar ile özlük haklarının KHK ile düzenlenebileceği Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmekteydi<sup>85</sup>.

Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmeli personel ile kurulan istihdam ilişkisi klasik anlamda sözleşmesel ilişki olmayıp, istihdama ilişkin kuralların çerçevesi kanunda düzenlenmekte, ayrıntılar ise idari işlemlerde öngörülmektedir. Sözleşme ise, çoğu zaman, idare tarafından tek taraflı olarak belirlenen kuralların personel tarafından kabul edilmesi şeklinde kurulmaktadır. Bu bakımdan sözleşmeli personelin tabi olduğu rejimin de en azından ana hatlarıyla kanunda düzenlenmesi, çerçevenin çizilmesi ve bu çerçeve içerisinde idareye takdir yetkisi bırakılması gerekmektedir<sup>86</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı da bu yöndedir<sup>87</sup>. Bu bakımdan, buradaki kanunilik ilkesinden anlaşılması gereken, kamu personel hukukunun tabi olduğu rejimin tüm unsurlarıyla kanunda düzenlenmesi değildir<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> AYM, T. 26.07.2017, E. 2017/141, K. 2017/123, RG, 26.09.2017, S. 30192. Aksi yönde karar için bkz. AYM, T. 29.11.2012, E. 2011/100, K. 2012/191, RG, 22.02.2013, S. 28567.

<sup>86</sup> Yıldırım, s. 302; Mehmet Sağlam, ‘Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması’, Danıştay Dergisi, Sayı: 109, Yıl: 2005, Ankara, s. 2.

<sup>87</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. Sağlam, s. 3 vd.

<sup>88</sup> Söyler, Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?, s. 66.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda iki temel çıkarımın yapılması mümkündür. İlk olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bünyesinde faaliyet yürüten sözleşmeli personelin tabi olduğu rejimin çerçevesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesi ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için öngörülen konu bakımından sınırlamalar birlikte değerlendirildiğinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülen sözleşmeli personelin atanması, görevden alınması, hak ve ödevlerinin de içinde yer aldığı rejimin, esas olarak, kanunda düzenlenmesi gerekir. Sözü geçen hususların ilk-el düzeyde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmesi Anayasa'nın 104. maddesine aykırılık oluşturacaktır. Nitekim uygulamada da, personel rejimine ilişkin hususlara yönelik olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bakımından kanun ya da KHK hükümleriyle ek düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, -her ne kadar yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda anayasal düzenlemeyle bağdaşmadığını savunsak da-, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülen sözleşmeli personelin tabi olduğu hukuki rejime yönelik olarak kararnamede düzenleme yapılmaması, bu alanın kanun koyucuya bırakılması anayasal bir gerekliliktir.

Uygulamada ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idareler bünyesinde istihdam edilen sözleşmeli personelin tabi olduğu rejime yönelik olarak hem ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde hem de kanun ya da KHK'de düzenlemeler yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu düzenlemeler çoğu zaman birbiriyle örtüşse de, bazı istisnai hallerde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde kanundaki düzenlemeye aykırı ya da ek koşullar getiren veya eklemeler yapan hükümler getirildiği görülmektedir. Söz gelimi, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Kurulu Başkanlığı bünyesinde istihdam edilen personele uygulanacak hukuki rejim ile personele ait bazı haklara yönelik olarak hem 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4. maddesinde hem de 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 14. maddesinde düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede personelin mali haklarına, sözleşmeli personelin istihdam biçimine, sözleşmenin sona ermesine, atanma usul ve esaslarına yönelik kurallar Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülmüştür<sup>89</sup>. Nitekim, içerik bakımından incelendiğinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ndeki düzenlemenin kanuni düzenlemeden yer yer farklılaştığı, yeni koşullar getirdiği de ayrıca dikkat çekmektedir<sup>90</sup>.

Böyle bir durumun Anayasa'nın 104. maddesine uygunluğu bir yana, uygulamada hangi düzenlemenin esas alınması gerektiğine yönelik yarattığı belirsizlik de ayrıca sorun yaratmaktadır. Kanunda yer alan düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile örtüşmemesi durumunda, Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen düzenleme uyarınca kanunun öncelikli olarak uygulanması anayasal bir zorunluluktur. Kaldı ki, 104. maddenin on yedinci fıkrasına göre münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir husus olan kamu görevlilerinin tabi olduğu rejimin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi ayrıca Anayasa'nın 104. maddesine aykırı olacaktır.

Öte yandan, kanunda yer alan düzenlemelerden farklı içerik taşıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri ihdas edilmesi Anayasa'nın 128. maddesi bakımından da tartışmaları beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, kural olarak kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları ile haklarının kanunda düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesi gereği bir zorunluluktur. Bu kurala, bazı kamu görevlileri bakımından anayasal istisnalar getirilmiştir. Buna karşılık, istisna kapsamına girmeyen kamu görevlileri bakımından Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesi geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Bu doğrultuda, kamu görevlilerinin atanmaları ile hak ve yükümlülüklerine yönelik olarak kanunlardakinden farklı düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle getirilmesi Anayasa'nın 128. maddesine de ayrıca aykırılık oluşturacaktır.

<sup>89</sup> Göçgün, s. 100.

<sup>90</sup> Yine, görevi sona eren üst kademe yöneticilerinin farklı idareler bünyesindeki uzman kadrolarına atanmasına yönelik olarak hem 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesinde hem de 375 sayılı KHK'nin ek madde 35. maddesinde düzenlemeler yapıldığı dikkat çekmektedir.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer ihtimal ise, kamu görevlilerinin tabi olduğu rejimin kanunla düzenlenmemesi ve fakat kanunla verilen yetki doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülmesidir. Gerçekten de, kamu görevlilerinin tabi olduğu rejime yönelik olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenleme yapılmasını öngören kanun hükümleri bulunmaktadır. Söz gelimi, 657 sayılı Kanun'un ek madde 41 hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan bakanlıklar ve bağlı kuruluşları ile kamu tüzel kişilerinde istihdam edilen personelin atanmasına yönelik olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ek koşullar getirilebilmesi imkanı tanınmıştır<sup>91</sup>.

2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanun arasında hiyerarşik bir ilişki olmayıp, ancak kanunla düzenlenmemiş olan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkündür. Başka bir ifadeyle, sözü geçen iki norm birbirinin alternatifi durumundadır. Nitekim, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yalnızca kanunda düzenlenmemiş konularda ilk-el düzenleme yapılmaktadır. Bu bakımdan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için, kanun ile düzenleyici işlem arasındakine benzer bir ilişkinin kabulü, mevcut anayasal sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan işlevle de bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında kanunla düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı ayrıca belirtilmiştir. Aksi yöndeki bir yorum, Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesinin içini, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan idarelerde faaliyet yürüten personel bakımından, boşaltacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda, söz konusu düzenlemelerin Anayasa'nın sistematiği ile bağdaştığının kabulü mümkün gözükmemektedir<sup>92</sup>.

Kanunilik ilkesi çerçevesinde konumuz bakımından gündeme gelen bir diğer tartışma da, kamu personel rejiminin idari işlemlerle düzenlenmesine imkan veren kanun ya da KHK hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğu sorunudur. Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmeli personelin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesinde, tüm hususların ayrıntılı olarak kanunda düzenlenmemesi, kanunla öngörülen sınırlar çerçevesinde idareye takdir alanı bırakılması anlayışı benimsenmektedir<sup>93</sup>.

375 sayılı KHK'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülen sözleşmeli personel istihdamına ilişkin ek madde 23 ve devamı hükümlerinde, bu maddeler kapsamında istihdam edileceklerin mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma ve yeterlik sınavları, çalışma usul ve esasları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerinin feshi, hizmetin gerektirmesi halinde birim veya görev yeri itibarıyla yer değiştirme esasları gibi hususların yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Bu bakımdan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülen sözleşmeli personelin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi bakımından, KHK'de çerçeve çizilmeksizin idareye geniş bir takdir yetkisinin tanındığı söylenebilir. Yukarıda sayılan unsurlardan özellikle mesleğe alım ile sözleşmenin feshi konularının Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı ile doğrudan ilişkili olduğu dikkate alındığında, bu konuların kanunla düzenlenmesinin Anayasa'nın 128. maddesinin yanında 13. maddesinin de bir gereği olduğunu savunmaktayız.

## SONUÇ

Türk idari teşkilatının kurulması ile yapısında önemli değişiklikler meydana getiren 2017 Anayasa değişikliğinin, idarenin insan unsuru olan kamu personeli üzerinde de önemli etkiler yarattığı açıktır. Gerçekten de gerek, başta merkezden yönetim olmak üzere, idarenin kuruluşu ve

<sup>91</sup> Öğretide *Söyler*, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan düzenlemenin kanundakini tekrar edebileceğini ve fakat ek koşullar getiremeyeceğini ileri sürmektedir. (Söyler, Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?, s. 73.)

<sup>92</sup> Söyler, Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?, s. 74.

<sup>93</sup> Yıldırım, s. 302.

gerek ayrı bir kamu personel kategorisi haline gelmiş olan üst kademe yöneticilerinin tabi olduğu rejim bakımından Cumhurbaşkanlığına geniş bir düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Nitekim bu doğrultuda, 2 numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 3 numaralı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmış, yine pek çok Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yeni personel istihdam biçimleri öngörülmüştür. Sözü geçen düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı makamını kamu personel hukuku bakımından da merkezi bir konuma taşımıştır.

Ancak söz konusu düzenlemeler, kamu personel hukukunun tabi olduğu ilkelerin yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik hale gelmiş içtihadı ile de önemli ölçüde çelişmektedir. Uzun zamandan bu yana personel ve bütçe hukukuna ilişkin bir konu olarak addedilen kadro ihdası ve düzenlemesinin teşkilat hukuku kapsamında değerlendirilmesinin yanında; kapsamı belirsiz olan üst kademe yöneticisi kategorisinde yer alan kamu görevlilerinin göreve gelmesi ve görevden alınması bakımından Cumhurbaşkanına tanınan yetki, Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen, kamu personel hukukunda kanunilik prensibinin uygulama alanını oldukça daraltmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin güncel kararlarının gerekçeleri ise, kanunilik ilkesinin ön planda tutulduğu yerleşik içtihadın neden terk edildiğini izahtan oldukça uzaktır. Nitekim, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle oluşturulan personel rejiminin de başta kariyer ve liyakat olmak üzere kamu personel hukukuna hakim olan ilkelerle bağdaşmadığı da ayrıca ortadadır.

Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer alan, kamu personel hukukuna dair düzenlemelerin içeriğinin de, Anayasa'nın 2017 değişikliği sonrasındaki metnin lafzı ile bağdaştığını söylemek de güçtür. Bu alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu ve içerik yönünden Anayasa'da tanınan alanın ötesine geçtiği, özellikle yeni istihdam rejimlerinin öngörüldüğü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında ortaya konulan sınırlamalara aykırılıklar taşıdığı ortadadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında ortaya çıkan uygulamada, kamu personel hukuku alanındaki mevcut pek çok ilkenin belirsizleştiği, istisnaların çoğaldığı ve kamuda istihdam bakımından Cumhurbaşkanlığının merkezi bir konuma getirilmesi suretiyle kanunilik ilkesinin büyük ölçüde etkisizleştirildiği söylenebilir. Cumhurbaşkanlığı makamının teşkilata ilişkin yetkilerini -personel hukukuna ilişkin anayasal düzenlemelerin muhafaza edilmesine karşın- personel hukukunu de içine alacak şekilde kullanabilmesinin önünü açan Anayasa Mahkemesi'nin mevcut tutumu, uygulamanın Anayasa'nın metni ile çelişkili olarak gerçekleşmesine ortam sağlamaktadır. Söz konusu çelişkinin giderilmesi bakımından personel hukuku ile teşkilat hukuku arasındaki sınırın Anayasa Mahkemesi'nce içtihat yoluyla çizilmesinin ya da uygulamanın Anayasa'da öngörülen düzenlemenin lafzına uygun hale getirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Aksi halde, mevcut durumda olduğu gibi, uygulamanın anayasal düzenlemelerin lafzına aykırı şekilde evrilmesinin söz konusu olacağı kuşkusuzdur.

## KAYNAKÇA

- ALKIŞ**, Burcu, Akademik Özgürlük, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- ARDIÇOĞLU**, Artuk, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2017, Ankara.
- ATAR**, Yavuz, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi', Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara.
- ERGÜN**, Turgay, 'Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu', Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 1983, Ankara.

- EVREN**, Çınar Can/ **UÇAR**, İsmail, Kamu Görevlileri Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- DEMİRELLİ**, Levent/ **AYDIN**, Recep, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Türk Kamu Personel Yönetiminin Örgütlenmesi’, Yasama Dergisi, Sayı: 42, Yıl: 2020, Ankara.
- GÖÇGÜN**, Muhammed, ‘Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yeni İstihdam Türleri’, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019.
- GÖZLER**, Kemal, İdare Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- GÜNAY**, Faruk, ‘Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, Yıl: 2006, Ankara.
- GÜRAN**, Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980.
- İRİŞ**, Halil İbrahim, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmaları, Nitelikleri ve Görevlerinin Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KAMAN**, Nur, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri’, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019.
- KARSLI**, Mehmet Rauf, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KARSLI**, Mehmet Rauf, ‘Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1, Yıl: 2020, Konya.
- NARTER**, Recep/ **KAYA**, Semih Batur, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZTÜRK**, Namık Kemal, ‘Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması’, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 4, Yıl: 2019, Erzurum.
- NARTER**, Recep/ **KAYA**, Semih Batur, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SAĞLAM**, Mehmet, ‘Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması’, Danıştay Dergisi, Sayı: 109, Yıl: 2005, Ankara.
- SEVER**, Dilşad Çiğdem, ‘Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da ‘Parthenogenesis’ Olmak’, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, [www.kamuhukukculari.org](http://www.kamuhukukculari.org). (erişim tarihi 19.07.2021)
- SEZER**, Yasin ‘Kamu Hizmetine Girme Hakkı’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3-4, Yıl: 2013, Konya.
- SOBACI**, Mehmet Zahit/ **KÖSEOĞLU**, Özer, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler, SETA Yayınları, İstanbul, 2018.
- SÖYLER**, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- SÖYLER**, Yasin, ‘Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenebilir mi?’, Yasama Dergisi, Sayı: 39, Yıl: 2019, Ankara.
- ULUSOY**, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- ÜLGİN ADADAĞ**, Özen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2018/1, Yıl: 2018, İstanbul.
- ÜLGİN ADADAĞ**, Özen, ‘Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara.



- YASİN**, Melikşah, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara.
- YILDIRIM**, Turan, ‘İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, Ankara.
- YILMAZ**, Betül Merve, Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ULUSOY**, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019.

## **TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN OLAĞANÜSTÜ HAL YÖNETİMİNİ DENETİMİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ\***

### **Strengthening the Oversight of Grand National Assembly of Turkey over State of Emergency**

*Dr. Öğr. Üyesi İsmail YÜKSEL\*\**

#### **Özet**

Tebliğ Türkiye Büyük Millet Meclisinin olağanüstü hal üzerindeki denetim yetkilerini güçlendirecek yöntemler ele alınacaktır. Olağanüstü Hal üzerindeki yargısal denetime getirilmiş olan anayasal sınırlamalar ve yargı süreçlerinin doğası gereği sadece hukukilik denetimiyle sınırlı, yargısal denetimin bunlara ek olarak hem geriye dönük hem de yavaş olması olağanüstü hal dönemlerinde yargının temel haklara getirilen ölçsüz müdahalelere engel olmasını zorlaştırmaktadır. 2017'den itibaren halk tarafından seçilen ve olağanüstü hal ilanı ile olağanüstü hal tedbirlerini bizzat imzalayan Cumhurbaşkanı bir denetim merci değil aksine denetlenmesi gereken bir aktör haline gelmiştir. Olağanüstü hal üzerinde TBMM'nin siyasi denetimi siyasi partilerin disiplinli olması nedeniyle neredeyse tamamen etkisizdir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin olağanüstü hali etkin şekilde denetleyebilmesi için dört önerimiz bulunmaktadır; i) bunlardan ilki yükselen nitelikli çoğunluk sistemidir, ii) ikinci önerimiz olağanüstü hal üzerinde yapılacak her türlü oylamanın gizli oy yöntemiyle yapılmasıdır. iii) üçüncü önerimiz olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için, bir anayasaya aykırılık beyanının zorunlu kılınmasıdır. iv) Son olarak Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini onaylayarak kanun haline getirirken Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı zamanda ilgili kanunun yürürlük süresini ilgili olağanüstü hal ile sınırlaması zorunlu kılınarak olağanüstü hal dönemine özgü yöntemlerin hukuk sisteminde kalıcı etkiler yaratması engellenebilecektir. Bu düzenlemeler kanımızca bir anayasa değişikliğine dahi gerek duyulmadan sadece bir TBMM İçtüzük değişikliği ile gerçekleştirilebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Olağanüstü Hal, Yükselen Nitelikli Çoğunluk, İçtüzük, 19. Madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi.

#### **Abstract**

Several systematic breaches of human rights, rule of law and democratic process are remnants of overextended periods of state of emergency. Judicial review of state of emergency do not offer required effect on unproportional limitation of fundamental rights because of the following reasons; de jure nature of the review, constitutional limits, retrospectivity and languidness. President became the sole wielder of state of emergency powers and thus turned from a check on emergency powers into the object of review process. Party discipline easily debilitates political review of state of emergency by the Grand National Assembly of Turkey. We propose four measures to ensure effective review of state of emergency by GNAT; i) firstly, super-majoritarian escalator, ii) secondly, requiring use of secret ballot for every vote regarding state of emergency, iii) thirdly, a mandatory declaration of incompatibility iv) and lastly, to remove permanent effects of the state of emergency measures GNAT shall provide a sunset provision that will

\* (Video bağlantısı: <https://youtu.be/H7xXqad55FU>)

\*\* Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, [yuksel.ism@gmail.com](mailto:yuksel.ism@gmail.com), Orcid: 0000-0001-8740-3520.

automatically remove the measure at the end of state of emergency while assenting to the measure by an act. Listed changes are possible to enact with an amendment to parliamentary rules of procedure.

**Keywords:** State Of Emergency, Super-Majoritarian Escalator, Parliamentary Procedure, Section 19, GNAT.

## GİRİŞ

Ülkemizde 1984 yılından 2002 yılına kadar devam eden olağanüstü hal yönetimine tanık olunmuş,<sup>1</sup> bu dönemde birçok olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkartılmıştır. Bu kararnamelerin birçoğu olağanüstü hal bölge valiliğine dair kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapmış. Olağan dönemde uygulanacak kanunları değiştirmemiştir. Yaklaşık üç yıl önce sona eren son olağanüstü hal yönetimin hatırası daha taze iken bu süreçten bir an önce dersler çıkartmamız ve bir dahi ki olağanüstü halin demokratik sistemimize zarar vermesinin engellenmesi için önlemleri konuşmamız gerekiyor. Eğer bir an önce yeni tedbirleri tartışmazsak tıpkı bir hastalığın belirtileri hafifler hafiflemez sağlığımızın kıymetini unutmamız gibi yaşanan sorunların doğrudan zarar görenler dışında unutulması tehlikesi vardır.

Olağanüstü hal yönetim usulleri bir demokrasinin bağımsızlık sistemine benzetilebilir. Olağan zamanlarda sistem için bir tehlike yok iken uykuda kalan ancak demokratik sistemin ve bireylerin varlığını ve sağlığını tehdit eden bir tehlikenin doğmasıyla beraber uyanarak bu tehlikeyle etkin ve hızlı bir biçimde mücadele edilmesini sağlayan kurallardan ibaret olmalıdır. Olağanüstü halde yürütme organının yetkilerini kötüye kullanmasının nasıl engelleneceği temel sorun olmayı sürdürmektedir.<sup>2</sup> Olağanüstü hal nedeniyle alınan temel haklara müdahale eden tedbirlerin sürekli gerekli olduğunun kabul edilmesi ihtimal dâhilindedir.<sup>3</sup> Bununla beraber olağanüstü hal yönetimlerinin, olağan döneme temel hakları zedeleyen uygulamalar miras bırakması da engellenmelidir. Olağanüstü hal kurallarının ve kurumlarının tehdit sona erdikten sonra da varlığını ve etkinliğini sürdürmesi tıpkı bağımsızlık sisteminin hatalı çalışması durumunda olduğu gibi demokratik sistem ve bireylerin temel hak ve hürriyetleri için en büyük tehlikeyi oluşturacaktır. Bu nedenle hem olağanüstü hal tedbirlerinin alınırken denetimi hem de ihtiyaç ortadan kalktığında kendiliğinden yürürlükten kalkmaları sağlanmalıdır.

## I. SİYASİ DENETİM VE YARGISAL DENETİM KARŞILAŞTIRMASI

Kanımca hem olağanüstü halin hem de olağanüstü hal tedbirlerinin denetiminde en güvenceli sistem, en etkin yolu yargısal denetimdir. Bu nedenle ilk anayasa değişikliği paketinde Anayasa Mahkemesi'nin yetkisine getirilmiş olan sınırlamaların kaldırılması gerekmektedir. Bununla beraber bu tebliğ olağanüstü halin siyasi denetimine ayrılmıştır.

Bir yanlış anlaşılmayı önlemek için daha bu noktada yapmak istediğim bir uyarı yapmalıyım; hiçbir biçimde siyasi denetimin yargısal denetime bir alternatif olduğunu savunmamaktayım.<sup>4</sup> Siyasi denetim ancak, yargısal denetimi destekleyebilir. Günümüzde disiplinli siyasi partiler kanalı ile ortaya çıkmış olan yasama-yürütme birliği yargısal denetimi vaz geçilmez kılmaktadır. Bu tebliğde yer alan öneriler siyasi denetiminin, yargısal denetime bir alternatif olmasını değil siyasi denetimin etkinliğini arttırmayı amaçlamaktadır.

<sup>1</sup> Selin Esen, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 272.

<sup>2</sup> Esen, s. 27.

<sup>3</sup> David Cole, "The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot," Yale Law Journal, Cilt: 113, Sayı: 8, Yıl: 2004, Connecticut, s.1770.

<sup>4</sup> Aksi yönde bkz. Bruce Ackerman, "Terrorism and the Constitutional Order," Fordham Law Review, Cilt: 75, Sayı: 2, Yıl: 2006, New York, s. 475.

Burada yer verdiğim önerilerin birer içtüzük değişikliği ile yapılması mümkündür. Ancak içtüzük hükümlerinin basit çoğunlukla değiştirilebilmesi nedeniyle yeterli koruma sağlanabilmesi için Anayasa değişikliği en güvenceli yol olacaktır. Dahası olağanüstü hale ilişkin parlamento kararları Anayasa Mahkemesinin eylemli içtüzük değişikliği içtihadı ile açmış olduğu yol dışında Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyecektir ve Anayasa Mahkemesinin bu yolu kullanıp kullanmayacağı ise bellisizdir. Tüm bunlara rağmen kanımızca aşağıda yer verdiğimiz araçların içtüzük değişikliği ile hukuk sistemimize alınması mümkündür. Bir dahaki olağanüstü halin bir sonraki anayasa değişikliğini beklemesini ummak yerine Anayasa'nın 96. maddesindeki olağan karar yeter sayısıyla yapılacak bir değişikliğin hemen yapılması basiretli bir tercih olacaktır.

Bu çalışmada yer verdiğim öneriler olağanüstü halin denetimine dair tüm sorunları çözecek araçlar değildir. Panecea'nın iksirini keşfettiğimi iddia etmemekteyim. Tüm hukuk kuralları gibi bu araçlar da kendilerini çalıştırmamakta ya da kötüye kullanmakta kararları bireylerin karşısında çaresiz kalacaklardır. Burada hedeflediğim olağanüstü halin siyasi denetimini güçlendirebilecek araçları tanıtmaktan ibarettir. Eğer bu araçlar bir bütün halinde benimsenirse, geçtiğimiz olağanüstü hal döneminde hiçbir etki yaratmamış olan siyasi denetim, başka bir ifadeyle Türkiye Büyük Millet Meclisi, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında rol oynayabilecektir. Özellikle 6771 sayılı kanun sonrasında Türkiye Büyük Millet Meclisinin olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerini onaylaması için öngörülen üç aylık zaman sınırı önerilerimle bir araya geldiğinde, siyasi denetimi önemli bir koruma haline getirebilir.

Öncelikle geçmişe dönük bir inceleme yaparken hangi kanun hükmünde kararnamelerinin; olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi hangilerinin olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi olduğunu tespit etmek ne yazık ki oldukça zordur. Kanun hükmünde kararnamelerin başlıklarında böyle bir bilgi bulunmamaktadır. Bu bilgiye kanun hükmünde kararnamenin bakanlar kurulunda mı yoksa 6771 sayılı kanun öncesindeki hükümler uyarınca Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunda mı çıkartıldığına bakılarak ulaşılabilir. Bunun dışında iki tür kanun hükmünde kararname arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Önümüzdeki dönemde bir olağanüstü hal ilanı durumunda bu ayrımın yapılması daha da zorlaşacaktır. Bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hangi hükümlerinin olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesi hangilerinin olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnamesi olduğu dahi tartışılabilir.

Hangi kanunların olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini onayladığını tespit etmek ise daha da güçtür. Kanunların ne başlıklarında ne de metinlerinin içinde hangi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesini onayladıklarına yer verilememiştir. Bu bilgiyi ancak ve ancak ilgili kanunun komisyon raporunda yani sıra sayısında görmek mümkündür.

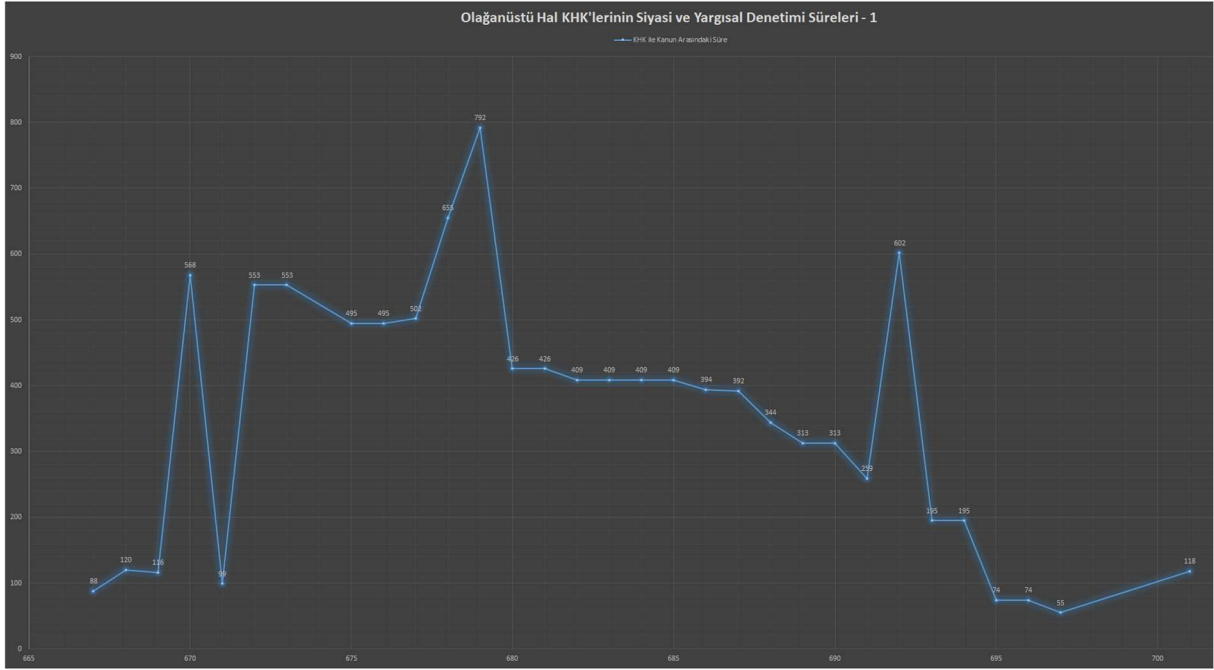
TABLO – 1

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Üzerinde Siyasi ve Yargısal Denetim Süreleri (Gün)			
Kanun Hükmünde Kararname No	Kanun Hükmünde Kararname ile Kanun Arasındaki Süre	Kanun Hükmünde Kararname ile AYM Kararı Arasındaki Süre	Kanun ile AYM Kararı Arasındaki Süre
667	88	1195	1107
668	120	1716	1596
669	116	1188	1072
670	568	652	84
671	99	1183	1084
672	553	667	114
673	553	637	84
675	495	579	84

676	495	1126	631
677	502	616	114
678	655	1178	523
679	792	906	114
680	426	1210	784
681	426	540	114
682	409	523	114
683	409	493	84
684	409	493	84
685	409	493	84
686	394	508	114
687	392	505	113
688	344	428	84
689	313	427	114
690	313	426	113
691	259	966	707
692	602	686	84
693	195	309	114
694	195	279	84
695	74	188	114
696	74	1053	979
697	55	169	114
701	118	1115	997

Tablo-1’de kanun hükmünde kararnamelerin, kanunların ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete’de yayınlanma tarihleri esas alınmıştır. Bunun nedeni bireyler için ilgili işlemlerin sonuç doğurmaya Resmi Gazete’de yayınlamaları ile başlamasıdır. Bu tabloda dikkat edilmesi gereken ve genel eğilimi bozan bir husus Ana Muhalefet Partisi tarafından şekil bozukluğu nedeniyle açılan iptal davları üzerine Anayasa Mahkemesinin çok hızlı bir şekilde verdiği iptal kararlarıdır. Hatırlanacağı üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin görüşülmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisine 30 günlük bir mühlet vermektedir. Ana Muhalefet Partisi bu mühleti aşması nedeniyle çıkartılan kanunların şekil yönünden anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuş ancak Anayasa Mahkemesi şekil denetiminin sınırlarını gerekçe göstererek bu iptal davalarını reddetmiştir. Tabloda görülen onaylayan kanun ve Anayasa Mahkemesi kararı arasında neredeyse 90 günün altında sürelerde verilen iptal kararları bunlardır. Bu kararların Resmi Gazete’de yayınlanması bile kanunun yayınlanmasının ardından yaklaşık üç ay sonra olmuştur. Bu tabloyu daha iyi anlamak için aşağıdaki grafiklerden yararlanabiliriz.

## Grafik -1



Grafik-1’de gösterilen kanun hükmünde kararname ile kanun arasında geçen süre; bize olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin siyasi denetimi için geçen süreyi vermektedir. Tabloda görüldüğü üzere 6771 sayılı kanun ile Anayasa’ya eklenmiş olan kanun hükmünde kararnamelerin üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanması ve aksi takdirde yürürlükten kalkması yöntemi gerçek ve önemli bir ihtiyaca karşılık gelmiştir. Daha önceki yıllarda olduğu gibi son olağanüstü hal döneminde de Türkiye Büyük Millet Meclisi büyük oranda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetlemeyi geciktirmeyi seçmiştir. İncelediğimiz olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden sadece üç tanesi bu sınıra uymuştur. Her ne kadar süreyi sınırlamış olsa da, üç aylık mühletin esasa ilişkin anlamlı bir değerlendirmeyi sağlayacağını düşünmek başkaca bir önlem alınmadığı takdirde naiflik olacaktır.

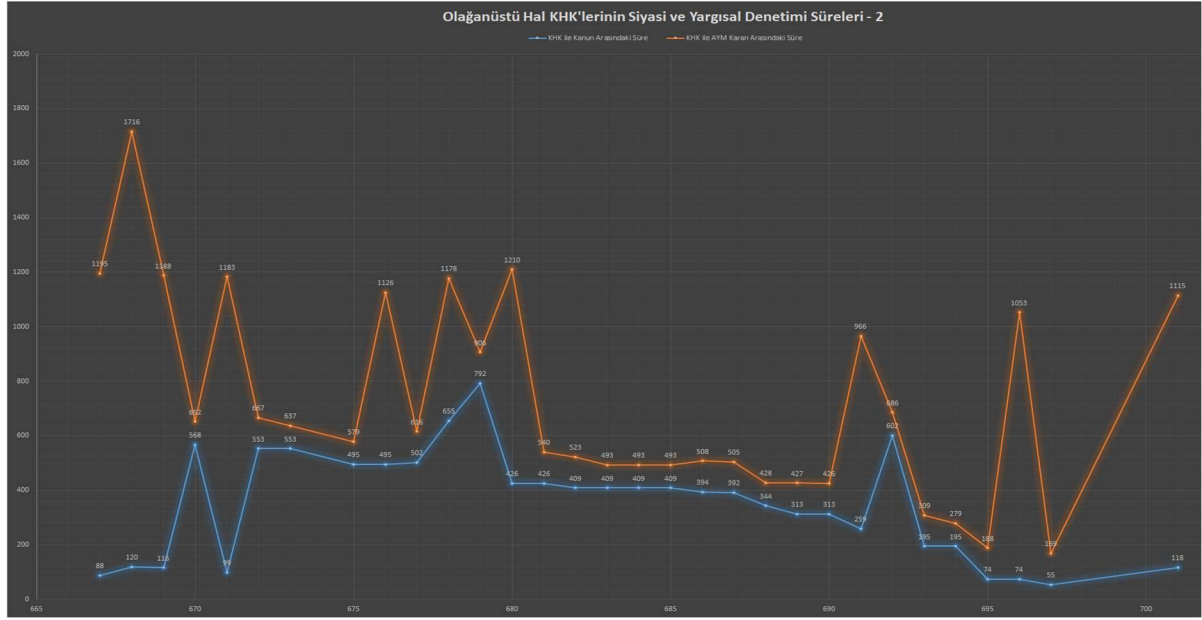
Anayasa Mahkemesi yeni içtihadına göre olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini ancak kanunlaşmalarından sonra denetlemektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi 2016’ya kadar olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin anayasalık denetimini içtihat yoluyla mümkün kılmış olsa da,<sup>5</sup> 2016 sonrasında Anayasa Mahkemesi eski içtihadını terk ederek olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetlemeyi reddetmiştir.<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi, olağanüstü halin anayasal sınırları olduğunu kabul etmekle beraber bu sınırların denetimi için olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin esasına girmenin gerektiğini ve yetkisizlik nedeniyle bu denetimi yapamayacağını belirtmiştir.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Ece Göztepe, “The permanency of the state of emergency in Turkey The rise of a constituent power or only a new quality of the state?”, Zeitschrift für Politikwissenschaft, Sayı 28, Yıl:2018, Almanya, s. 529.

<sup>6</sup> Göztepe, s. 531.

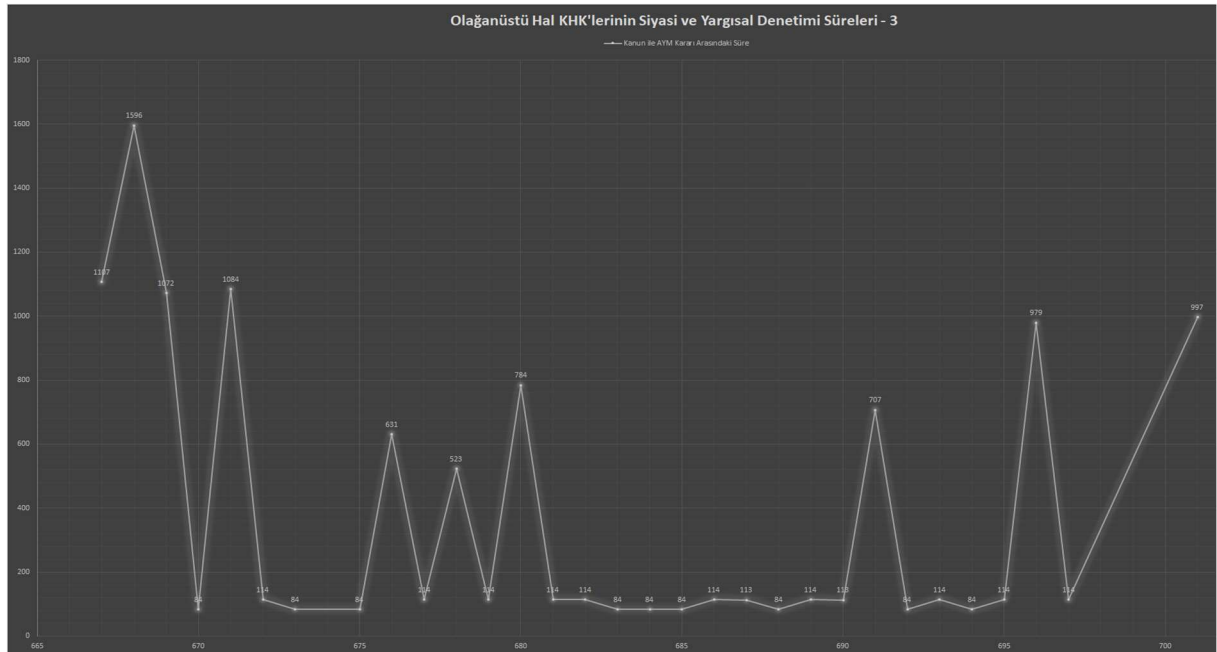
<sup>7</sup> Göztepe, s. 532.

## Grafik - 2



Kanun ile kanun hükmünde kararname arasında geçen süreler yukarıda Grafik-1’de değinmiştik. Grafik-2 ise kanun hükmünde kararname ile Anayasa Mahkemesi kararı arasında geçen süreyi vermektedir. Kanun hükmünde kararname ile Anayasa Mahkemesi kararı arasında geçecek olan sürenin şuan için iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki siyasi denetime, yani kanunun çıkmasına kadar geçen süre ikincisi ise kanun çıktıktan sonra Anayasa Mahkemesinin kararına kadar geçen süredir. Grafik-2’de iki çizgi arasında kalan uzaklık kanunun ardından yapılan anayasallık denetiminde Anayasa Mahkemesinin kararının resmi gazetede yayınlanmasına kadar geçen süreyi vermektedir.

## Grafik – 3



Grafik-3’te görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetim kanunun resmi gazetede yayınlamamasından itibaren en azından seksen gün sürmektedir ve az önce belirttiğim gibi bu kısa süreler şekil açısından açılan iptal davalarında verilen ret kararlarıdır.

Görüldüğü üzere yargısal denetim tam koruma sağlayabilse, hiçbir kısıtlamaya tabi olmasa dahi bireyleri korumak için gereken hıza sahip değildir.

Ackerman, yargısal denetimin özellikle olağanüstü hal ilanına neden olan tehlikenin devam ettiği süre içinde yeterli olmadığını, anayasa yargısı organlarının daha çekingen davranacağını ve ancak tehlike geçtikten sonra geriye dönük olarak belki de yıllar sonra verilen kararlar ile işlemlerin hukuka aykırı olduğunu tespit ettiğini belirtmektedir.<sup>8</sup> Bu iddianın doğruluğu tartışmaya açıktır. Benim odağım ise kararların niteliğinden bağımsız olarak kararların bireyler korumak için yeterince hızlı alınmadığıdır ve yukarıdaki grafiklerden görüleceği üzere yapısına uygun ve doğal olarak yargı faaliyeti tıpkı yasama gibi yavaştır.

Yargısal denetim buna ek olarak sadece hukukilik denetimi ile sınırlı olmak zorundadır. Yerindelik denetimi için yargı organı ne kurumsal olarak yeterli imkânlarla ne de demokratik meşruiyet ya da siyasi sorumluluğa sahiptir. Bu nedenle siyasi denetim, yerindelik denetimi olarak da gerçekleştirilebilecek olması sayesinde yargısal denetimin zorunlu olarak taşıdığı bir eksikliği giderecektir. İkincisi yargısal denetim istisnai durumlar dışında geriye dönük ve düzelticidir. Hukuk normu geçerlilik kazandıktan ya da uygulandıktan sonra yargısal denetim söz konusu olmaktadır ve bunun sonucu olarak temel hak ve hürriyet ihlal edildikten sonra yargı organı devreye girmektedir. Bu gecikme kimi durumlarda krizin geçmesiyle beraber geriye dönük değerlendirme imkânı yaratarak daha isabetli değerlendirmeler yapılmasını sağlayabilse de,<sup>9</sup> kanımca bir avantajdan ziyade tehlikeden ibarettir. Siyasi denetim ise önleyici biçimde kurulabilir, norm geçerlilik ve hatta varlık kazanmadan gerçekleştirilebilir. Anayasa tarafından getirilen zorunlu ve kesin süre siyasi denetimin belki de günümüzde kadar en zayıf yönü olan ataleti de ortadan kaldırmıştır. Anayasa'ya göre 90 gün içinde siyasi denetim gerçekleşir; Türkiye Büyük Millet Meclisi 90 gün içinde cumhurbaşkanlığı kararnamesini reddedebileceği gibi hiçbir işlem yapmaması durumunda da zımni olarak olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesini reddetmiş olacaktır. Dolayısıyla siyasi denetim gereği gibi çalıştırılabilirse üç açıdan yargısal denetimin eksikliklerini giderecektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesini hemen gündeme alarak neredeyse tamamen önleyici bir denetim yapabilir, bu derecede hızlı davranmasa dahi denetim süresi 90 gün ile sınırlandırıldığı için her koşulda Anayasa Mahkemesinden hızlı olacaktır. Dahası siyasi denetim sadece hukukilik ile sınırlı kalmak zorunda değildir, alınan olağanüstü hal tedbirlerinin yerindeliği de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından denetlenebilir.

## **II. ARTAN NİTELİKLİ ÇOĞUNLUK**

Siyasi denetimi güçlendirmek için ilk önerimiz Ackerman'ın Güney Afrika örneğini temel alarak getirmiş olduğu "Artan Nitelikli Çoğunluk Sistemi". Güney Afrika Anayasası olağanüstü hal ilanından sonra olağanüstü hal süresinin uzatılmasında git gide artan karar yeter sayıları aramakta ve bu sayı nihayetinde yüzde 60'a kadar çıkmaktadır. Ackerman yüzde altmış çoğunluğu yetersiz görmekte bu noktadan sonra da çoğunlukların yüzde seksene kadar artmaya devam etmesini önermektedir. Bu sayede eninde sonunda, ister iki ay ister altı ay sonra olsun, ister güvenlik güçlerinin tehlikeyi savuşturmasıyla isterse tehlikenin pasif hale geçmesiyle olsun olağanüstü hal son bulacaktır.<sup>10</sup>

Bu sayede git gide daha küçük azınlıklara olağanüstü hal yönetimini durdurma hakkı tanınmış olacaktır. Nihayetinde olağanüstü hal zorunlu olarak ortadan kalkacaktır.<sup>11</sup> Olağanüstü hal şartları altında hem mevcut tehlike hem de başta ifade hürriyeti olmak üzere temel haklara getirilen

<sup>8</sup> Bruce Ackerman, "The Emergency Constitution," Yale Law Journal, cilt 113, sayı 5, Yıl:2004, Connecticut, s. 1042.

<sup>9</sup> Cole, s.1762.

<sup>10</sup> Ackerman, "Terrorism and the Constitutional Order," s. 479.

<sup>11</sup> Bruce Ackerman, "The Emergency Constitution," s. 1048.



sınırlamalar nedeniyle salt çoğunluğun sağlanması mümkün olsa da, beşte üç, beşte dört gibi çoğunlukların yakalanması oldukça güçtür. Dahası her oylamada parlamenterler daha önce yürütme organına zaten yetki verdikleri gerekçesine dayanarak daha az siyasi maliyet ile hayır oyu kullanabilecektir. Bu sistem sadece Güney Afrika'da değil, Yunanistan'da ve Almanya'da da kısmen uygulanmaktadır.

Ackerman'ın kurguladığı bu sistem doğal olarak yaşadığı ülkedeki olağanüstü hal tedbirlerine dayanmakta ve büyük oranda terör saldırıları gibi geçici tehlikelere odaklanmaktadır.<sup>12</sup> Terör saldırısı veya terör saldırısı tehlikesi sürekli değil geçici bir durumdur. Ackerman'ın önerdiği sistem yani olağanüstü hal süresinin uzatılması için yüzde yetmiş, yüzde seksen gibi inanılmaz güç çoğunluklar aranması olağanüstü hal yönetimini işlemez kılabılır. Olağanüstü hal ilanına sebep olan tehlikeler, savaş, salgın hastalık, ekonomik buhran gibi çok uzun hatta belirsiz süreli olabilirler<sup>13</sup> bu nedenle demokratik bir ülkede sağlanması zaten çok zor olan üye tamsayısının beşte üçünün üzerinde aranacak çoğunluklar olağanüstü hal yönetimini çalışamaz hale getirebilir. Başlangıçtaki örneğimize dönersek organizma halen hastalıkla savaş halindeyken tedavinin kesilmesi akıllıca olmayacaktır. Kanımızca üye tamsayısının beşte üçünün de üzerinde bir çoğunluk aranmamalıdır.

Unutulmaması gereken artan nitelikli çoğunluk ilan edilmiş bir olağanüstü halin denetimi için aranırken art arda olağanüstü haller ilan edilmesini engellemektedir.<sup>14</sup>

Artan Nitelikli Çoğunluk Sistemi bir içtüzük değişikliği ile hukukumuzda girebilir. Anayasa Mahkemesi E. 2003/30 - K. 2003/38 sayılı kararında; 96. madde ile toplantı ve karar yeter sayısının alt sınırının belirlendiğini, kimi durumlarda, demokratik katılımın daha üst düzeyde gerçekleştirilmesi amacıyla ve kendi iradesi doğrultusunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu sayının üstünde bir çoğunlukla karar alabilmesine olanak tanınmasına Anayasal bir engel bulunmadığını belirtmiştir. Örneğin ilk uzatmada toplantıya katılanların salt çoğunluğu aranırken, ikinci ve üçüncü uzatmalarda üye tam sayısının salt çoğunluğu dördüncü ve sonraki uzatmalarda ise üye tamsayısının beşte üçü aranabilir.

### **III. GİZLİ OY ŞARTI**

Artan nitelikli çoğunluk sistemini daha da güçlendirmenin yolu sadece olağanüstü hal süresinin uzatılmasında değil olağanüstü hale ilişkin tüm oylamalarda gizli oylama yönteminin kullanılmasından geçer. Çok yüksek nitelikli çoğunluklar aramak yerine siyasi parti disiplini gizli oylama yoluyla kırmak siyasi denetimi daha güçlü hale getirecektir. İktidarda bulunan siyasi partilerin parti programlarını yürütmeleri ve istikrarlı bir yönetim için günümüzde anlamlı faydalar sağlayan parti disiplini, tıpkı cezai sorumluluğu gerektiren oylamalarda olduğu gibi, olağanüstü hal yönetimi ilanı ve olağanüstü hal tedbirleri gibi parti siyasetinden bağımsız konularda devre dışı bırakılmalıdır. Olağanüstü hal bir siyasi partiye değil ülkenin tamamına, kişilerin mal ve can güvenliğine, demokratik sisteme ve temel haklara yönelik bir tehlikenin ortaya çıkması halinde kullanılabilecek bir yöntem olduğuna göre parti disiplini gereksiz olmakla kalmaz aynı zamanda tehlikelidir. Bu nedenle olağanüstü hale ilişkin tüm oylamalarda gizli oy yöntemi kullanılmalıdır.

Anayasamızda hangi oylamaların zorunlu olarak gizli oylama ile yapılacağı belirtilmiştir. Anayasanın belirlediği bu oylamaların başka bir yöntemle yapılması mümkün olmamakla beraber İçtüzük ile başka kararlar için de gizli oylama şartı aranmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Her ne kadar geçmişte milletvekillerinin gizli oylama şartını ihlal ettiği ve Anayasa Mahkemesinin bu ihlali yaptırma bağlamadığı örnekler olsa da en azından bulunduğu mevkiin ciddiyetine uygun

<sup>12</sup> Bruce Ackerman, "The Emergency Constitution," s. 1045.

<sup>13</sup> Cole, s.1774.

<sup>14</sup> Zoltan Miklosi, "Terrorism, Constitutionalism, Sovereignty" Fundamentum, Cilt:9, Sayı:5, Yıl: 2006, Çevrimiçi Yayın, s. 112.

davranan milletvekilleri için bir zorunluluk, mensubu olduğu siyasi partinin demokrasi karşıtı kararlarını durdurmak isteyen milletvekilleri içinse bir kalkan yaratılacaktır.

#### **IV. ANAYASAYA AYKIRILIK BİLDİRİMİ**

Olağanüstü Hal Yönetimi ilan edildiğinde yürütme organı belki de doğal olarak ciddi bir tehlikeyle mücadele ettiğini düşündüğü için olağan dönemlerde bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması olan odağını biraz daha güvenlik tarafına kaydırmaktadır. Bu nedenle olağanüstü hali yaratan tehlikeyi bertaraf etmek için tedbirler planlanırken temel ve hak ve hürriyetlere getirilen müdahaleler neredeyse göz ardı edilmektedir. Bu duruma bir çare olarak Birleşik Krallık İnsan Hakları Kanunu'nun 19. maddesinin<sup>15</sup> getirmiş olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluk bildirimi uyarlanabilir bir araç sunmaktadır.<sup>16</sup> Dahası olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uyumlu olup olmadığı eğer uyumlu değilse hangi maddelerden sapılmakta olduğunu bildirmek zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesine göre Türkiye Cumhuriyetinin sorumluluğudur. Benzer bir yükümlülük ve BMÖ Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesinin 4. maddesiyle de getirilmiştir. İnsan Hakları Kanunu'nun 19. maddesi her bir kanun için ilgili bakanın parlamento görüşmeleri sırasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluk bildirimi yapmasını ya da eğer uygunluk bildirimi yapması mümkün olmuyorsa, kanunun hangi maddeleri nedeniyle bu uygunluk bildirimini yapamadığını belirtmesi gerekmektedir. Yapılan bu bildirim yargı- yasama veya yürütme organı için bağlayıcı değildir. Bu bildirimin yegâne amacı yürütme organının temel haklar alanında daha dikkatli olmaya, kanun yapım faaliyeti sırasında temel hakları göz önünde bulundurmaya itmektir.

Ülkemizde de her bir olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesi benzer bir zorunluluk getirilmesi mümkündür. Olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesi Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulurken hangi temel hak ve hürriyetlere müdahale ettiği ve bu müdahalenin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunu belirtmesi zorunluluğu bir içtüzük değişikliği ile getirilebilir. Bu sayede yürütme organı daha cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hazırlık aşamasında temel hak ve hürriyetler açısından da bir değerlendirme yapmak zorunda bırakılacaktır. Hukuki hiçbir yaptırımı veya bağlayıcılığı olmayacak bu bildirim temel haklara yapılan müdahalelerin daha görünür olmasını sağlayacaktır.

#### **V. YÜRÜRLÜK SÜRESİ KISITLAMASI**

6771 sayılı kanun ile getirilen 3 aylık süre sayesinde belki de bir daha yıllarca Türkiye Büyük Millet Meclisi denetiminden geçmeden Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde bekleyerek yürürlükte kalan olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile karşılaşmamız imkânsız hale gelmiştir. Üç aylık süre sonunda cumhurbaşkanlığı kararnamesi ya onaylanacak ya da yürürlükten kalkacaktır. 6771 sayılı kanun öncesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini tıpkı diğer kanun hükmünde kararnameler gibi bir kanun ile onaylamakta ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesini kanun haline getirmekteydi. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin ve gelecekteki muhtemel olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun ile onaylanması usulünün en önemli artısı bu normların Anayasa Mahkemesinin denetimine açılmasıdır. Anayasamızda olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnameleri için getirilen denetim yasağına Anayasa Mahkemesinin mutlak biçimde uyması nihayetinde bu normların denetimi için tek yol Türkiye Büyük Millet Meclisinin cumhurbaşkanlığı kararnamesini kanun ile onaylaması olmaktadır.

<sup>15</sup> National Council for Civil Liberties, “A Parliamentarian’s Guide to the Human Rights Act”, 2010, s.16.

<sup>16</sup> UK Cabinet Office, “Guide to Making Legislation”, 2017, s.113.

Buna rağmen 6771 sayılı kanundan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisinin olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerini bir kanun ile onaylaması Anayasa'ya aykırı olacaktır. 6771 sayılı kanun yürütme organının kanun teklif etme yetkisini iki şekli kanunla; bütçe ve kesin hesap kanunları ile sınırlamıştır. Olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla onaylanması ve bu sayede kanunun haline gelmesi Cumhurbaşkanına belirli bir dönem ile sınırlı da olsa kanun teklif etme yetkisi verecektir. Bu nedenle olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin önceki dönemde de öğretinin bir kısmı tarafından da savunulduğu üzere kanunla değil bir parlamento kararıyla onaylanması gerekmektedir.

Buna karşın yerleşik uygulamanın değişmemesi ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinde olduğu gibi, olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de kanun ile onaylanıp yasa haline gelmesi muhtemeldir.<sup>17</sup> Olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun değil kararlara onaylanmaları durumunda kanunlarda kalıcı değişiklik yapma yeteneklerini kaybedeceklerdir. Bununla beraber kanun ile onaylama yönteminde ısrar edilecek olursa da İçtüzük'ün 128. maddesine yapılacak bir ekleme ile olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerini onaylayan kanunların yürürlük maddelerine yürürlük sürelerinin olağanüstü hal süresi ile sınırlı olduğunu belirten bir hüküm konulması zorunlu hale getirilebilir. Bununla beraber her ne kadar geçici süreyle yürürlükte kalacak olsa bile Olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamesini onaylayan bir kanunun açıkça ilga ettiği hükümler olağanüstü hal sonrasında kendiliğinden eski hallerine dönmeyeceklerdir. Bunu engellemek içinse 128. maddeye ikinci bir ek daha yapılarak olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerini onaylayan kanunların diğer kanun hükümlerini açıkça ilga edemeyeceği kuralı getirilmelidir. Bu saye geçici sürenin sonunda zımnen ilga edilmiş olan hükümler yeniden hayata dönecektir.

## SONUÇ

Ülkemizde parlamento çoğunluğunun 2002 – 2018 yılları arasında disiplinli bir parti, 2018'den bu yana ise neredeyse homojen hale gelmiş bir koalisyonun kontrolünde olması siyasi denetim mekanizmalarının tamamen unutulmasına neden olmuştur. Siyasi parti disiplini nedeniyle sadece ülkemizde değil, benzer parti yapılarına sahip tüm ülkelerde ortaya çıkan bu gelişmenin olumsuz etkileri çok basit hukuki araçlarla giderilebilir.

Siyasi denetimin etkin çalışması için gizli oy yöntemi vaz geçilmezdir, bununla beraber anayasal düzen ve temel hak ve hürriyetler açısından ciddi tehlikeler doğurabilecek olan olağanüstü halin olağanlaşması/sürekli hale gelmesi riskini en aza indirmek için gizli oy yöntemi ile azınlık vetosunun yani nitelikli çoğunluk şartının birleşmesi gerekmektedir.

Siyasi denetim için yetki tanınmış olan kişilerin, kullandıkları oylar ve bu denetimi gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri nihayetinde yargısal denetimin dışında kalacak, bu kişilerin takdirine bırakılmış kararlardır. Siyasi denetimi gerçekleştirecek kişilerin sorumluluğu bu nedenle hukuki değil ancak siyasi olacaktır. Siyasi sorumluluğun ortaya çıkması içinse yapılan denetimin görünür olması gerekmektedir. Bu ise olağanüstü hal tedbirlerinin temel haklara getirdiği sınırlamaların açıkça duyurulmasıyla sağlanabilir.

Son olarak olağanüstü hal tedbirlerinin olağanüstü hal döneminin ötesine taşmasını engellemek için bu tedbirleri içeren kanunların diğer kanunları açıkça ilga etmesi önlenmeli, zımni ilga içeren ya da yeni düzenleme getiren olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerini onaylayan kanunların ise yürürlük süreleri olağanüstü hal süresine bağlanmalıdır. Bu tedbirlerin tamamı bir İçtüzük değişikliği ile alınabilecektir.

<sup>17</sup> Esen, s.277.

## KAYNAKÇA

- ACKERMAN**, Bruce, 'Terrorism and the Constitutional Order', Fordham Law Review, Cilt: 75, Sayı: 2, Yıl: 2006, New York, ss. 475-488.
- ACKERMAN**, Bruce, 'The Emergency Constitution', Yale Law Journal, Cilt: 113, Sayı: 5, Yıl: 2004, Connecticut, ss. 1029-1092.
- COLE**, David, 'The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot', Yale Law Journal, Cilt: 113, Sayı: 8, Yıl: 2004, Connecticut, ss. 1753-1800.
- ESEN**, Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- GÖZTEPE**, Ece, 'The permanency of the state of emergency in Turkey The rise of a constituent power or only a new quality of the state?', Zeitschrift für Politikwissenschaft, Sayı: 28, Yıl: 2018, Almanya, ss. 521-534.
- MİKLOSI**, Zoltan, 'Terrorism, Constitutionalism, Sovereignty', Fundamentum, Cilt: 9, Sayı: 5, Yıl: 2006, Çevrimiçi Yayın (<https://epa.oszk.hu/02300/02334/00022/pdf/>), 109-115.
- National Council for Civil Liberties, "A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act", 2010.
- UK Cabinet Office, "Guide to Making Legislation", 2017.