

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
SİYASET VE SOSYAL BİLİMLER BİLİM DALI

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YARGISAL DAVRANIŞI: HİBRİT
BİR ANALİZ (2016-2023)**

Doktora Tezi

AHMET AYATA

İSTANBUL, 2023

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
SİYASET VE SOSYAL BİLİMLER BİLİM DALI

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YARGISAL DAVRANIŞI: HİBRİT
BİR ANALİZ (2016-2023)**

Doktora Tezi

AHMET AYATA

Danışman: PROF. DR. ÖMER FARUK GENÇKAYA

İSTANBUL, 2023

ÖZET

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YARGISAL DAVRANIŞI: HİBRİT BİR ANALİZ (2016-2023)

Bu çalışmanın temel problemi Anayasa Mahkemesi'nin yargısal davranışının Türkiye'nin değişen sosyal ve siyasal konjonktürü ile etkileşimidir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin yargısal davranışının yakın dönemde hangi yasal ve sosyal etkenler çerçevesinde ve nasıl şekillendiğinin anlaşılması amaçlanmaktadır. Yargısal davranışın genel tablosunun ortaya konması amacıyla anlamlı olabilecek sayısal veriler değerlendirilmiş, bu verilerin işaret ettiği hususlara ilişkin kararlar ve karşıoylar hukuki ve siyasi bir analize tâbi tutulmuştur. Bu aşamada ilgili kararlar sosyal etkenlerin hukuki etkenlerle bulunduğu kavşak olarak kabul edilebilecek hukuk metodolojisi kapsamında incelenmiştir.

Bu çerçevede uluslararası literatürde örnekleri görüldüğü biçimde Anayasa Mahkemesi'nin hibrit bir model şemsiyesi altında toplanabilecek birbiriyle yarışan etkenler uyarınca yargısal davranış geliştirdiği, bu davranışın çalışmanın varsayımlarıyla uyumlu biçimde doktrin, mevzuat ve emsal kararlar gibi yasal etkenlerin yanı sıra sosyal değişkenlerin de etkisine açık olduğu bulgulanmıştır. Söz konusu davranış monolitik bir yapıda olmayıp, mahkeme üyelerinin münferit tutumlarının farklılığı ile incelenen kararlarda tespit edilen bloklaşma, üye kompozisyonundaki değişiminin önemini ortaya koymuştur.

Anahtar Kelimeler: Yargısal Davranış, Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü Hâl, Kanun Hükmünde Kararnameler, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

ABSTRACT

JUDICIAL BEHAVIOR OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT: A HYBRID ANALYSIS (2016-2023)

The main problem of this study is the interaction of the Constitutional Court's judicial behavior with Turkey's changing social and political context. In this framework, it is aimed at understanding how and within which legal and social factors the judicial behavior of the Constitutional Court has been shaped in the recent period. In order to present a general picture of judicial behavior, the numerical data that may be meaningful is evaluated, and the decisions and dissents on the issues pointed out by these data are subjected to a legal and political analysis. At this stage, the relevant decisions are analyzed within the scope of legal methodology, which can be considered the intersection where social factors meet legal factors.

In this framework, it has been found that the Constitutional Court, as exemplified in the international literature, develops judicial behavior in accordance with competing factors that can be gathered under a hybrid model, and that this behavior is open to the influence of social variables as well as legal factors such as doctrine, legislation, and precedent decisions in line with the assumptions of the study. The behavior in question is not monolithic, and the difference in the individual attitudes of the members and the blocking identified in the decisions examined reveal the importance of the change in the composition of the members.

Keywords: Judicial Behavior, Turkish Constitutional Court, State of Emergency, Statutory Decrees, Presidential Decrees

ÖNSÖZ

Bu çalışmayı ortaya koymamı sağlayacak motivasyonları ortaokul yıllarımdan beri taşıdığımı düşünüyorum. Lise çağlarında hukuk okumam gerektiğinden oldukça emin olmama rağmen kendimi bir anda mühendislik öğrencisi olarak bulmuştum. Hayatımı mühendislik yaparak geçirme fikrinin geceleri uykumu kaçırdığı sıralarda Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi derslerimize giren Doç. Dr. Mehmet Beşikçi bende “garipliği” farketmiş olacak ki yüksek lisansımı sosyal bilimlerde yapmam konusunda beni teşvik etmişti. O günden sonra inşaat mühendisliğini bitirmekteki tek motivasyonum bir an evvel içinde mühendislikten ve sosyal bilimlerden nüveler gördüğüm hukukta lisansımı alıp merak ettiğim konularda akademik çalışmalar yapmak olmuştu. Dolayısıyla Doç. Dr. Mehmet Beşikçi’ye bende yeniden heyecan ve cesaret uyandırdığı ve ne yapacağını bilmeyen onsekiz yaşındaki bir lisans öğrencisine bonkörce vakit ayırdığı için minnettarım.

İşler öyle yolunda gitti ki ilk görev yerim Marmara Üniversitesi’ndeki ilk amirim ve tez danışmanım Prof. Dr. Ömer Faruk Gençkaya oldu. Hem ilgi alanlarım hem de müktesebatım bakımından ondan daha uygun bir danışman bulamazdım. Tüm yoğunluğuna rağmen beni geri çevirmediği ve bu çalışmayı tamamlamamı sağladığı için minnettarım. Adeta ikinci danışmanım olan Prof. Dr. Osman Can yalnızca akademik olarak değil Anayasa Mahkemesi’ndeki tecrübesi itibariyle anekdotlar ve veriler bakımından da teze çok büyük katkı sağladı. Osman Hoca’nın merakı, ilgisi ve birikimi olmasaydı muhtemelen ben daha az heyecanlı olacaktım ve bu çalışma çok daha zayıf kalacaktı. Kendisine ne kadar teşekkür etsem azdır. Prof. Dr. Ahmet Kemal Bayram’a ise çalışmanın iskeletine ilişkin keyifli anlatımıyla sunduğu katkılar ve tüm süreç boyunca takındığı nazik ve samimi tutum için müteşekkirim. Tez savunma jürime gelme nezaketi göstererek tezin son haline katkı sunan Dr. Öğr. Üyesi Yakup Levent Korkut ve Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Çattık’a da ayrıca teşekkür etmeliyim.

Tezimin sonuç kısmını yazdığım esnada sürece ilişkin tavsiyelerde bulunan Doç. Dr. Mehmet Emin Erendor’a, Dr. Öğr. Üyesi Vedat Kanat’a ve Arş. Gör. Dr. Murat Cingöz’e teşekkür ederim.

Akademik ve manevi desteklerini esirgemeyen ve borcumu ödeyemeyeceğim isimleri ayrıca anmalıyım. Dr. Ezgi Ediboğlu’na, Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Aydın’a ve Dr. Öğr. Üyesi Şeyda Eruyar’a ne kadar teşekkür etsem azdır. Arş. Gör. Abdullah Eryiğit’e ve Dr. Öğr. Üyesi Nurullah Çakmaktaş’a sürece gösterdikleri ilgi için müteşekkirim. Ayrıca bu süreçte her türlü yükümü hafifleten can dostum Dr. Öğr. Üyesi Fatih Baha Aydın’ın hakkını ödeyemem.

Elbette zaman zaman benden ya da atmosferden kaynaklanan nedenlerle tezimden uzaklaştığım oldu. Ancak geri dönüp baktığımda bu durumların nadiren ortaya çıktığını söyleyebilirim. Tezin yazım

süreci ve savunma kısmı yukarıdaki isimlerin de katkısıyla bazen o denli merak ve heyecan uyandırdı ki bir gece rüyamda bir Mahkeme üyesinden teze ilişkin kritik bilgi ve tüyolar dahi aldım. Rüyalarım atıf yapamayacağım için bu malumat bende kalacak.

Bu çalışmada beni tanıyan pek çok insanın az veya çok katkısı bulunuyor ve tamamının ismini saymam mümkün görünmüyor. İsmi sayamadıklarımın affına sığınıyorum. Ancak başta Marmara Üniversitesi çalışanları olmak üzere emeği geçen herkese teşekkürü borç bilirim. Ayrıca bu süre zarfında TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı 2211-Yurt İçi Lisansüstü Burs Programı kapsamında destek aldığımı belirtmeliyim.

Son olarak elbette aileme teşekkür etmek istiyorum. Zira günümüz koşullarında okumaya ve öğrenmeye hala kıymet veriyorsam bu büyüdüğüm ortam sayesinde. Anneme ve babama her zaman yanımda oldukları için minnettarım. Onlar gibi hekim olan ve en ufak sağlık sorunumu bile büyük bir ciddiyetle ele alma nöbetini onlardan devralan kardeşim Orhan Ayata'ya, her zaman neşe kaynağımız olan meslektaşım, kardeşim Zeynep Ayata Aydoğan'a ve nihayet kardeşlerimin ailemize kattıkları kıymetli eşleri Tuğba ve Muhammet Ali'ye teşekkür ederim.

Ahmet AYATA

İstanbul, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	xi
TABLO LİSTESİ	i
GRAFİK LİSTESİ	ii
GİRİŞ.....	1
1. LİTERATÜR İNCELEMESİ.....	8
1.1. Yargısal Davranış Literatürü.....	8
1.2. Modeller ve Teoriler	11
1.2.1. Yasal Model.....	11
1.2.2. Tutumsal Model.....	13
1.2.3. Stratejik Model	15
1.2.4. Hibrit Modeller	20
1.3. Türk Anayasa Mahkemesi'ne İlişkin Literatür.....	32
1.4. Değerlendirme.....	41
2. ANAYASA YARGISINDA YARGISAL DAVRANIŞ.....	48
2.1. Anayasa Yargısının Kurumsallaşması: Yasal Faktörler	49
2.2. Anayasa Yargısı ve Siyaset İlişkisi: Yasal Ol(may)an Faktörler.....	50
2.2.1. Hukuk ve Siyaset İlişkisi Bağlamında Eleştirel Bir Çerçeve	51
2.2.2. Temel Hukuki Yaklaşımlar ve Yargıya Bıçılan Rol.....	55
2.2.2.1. Doğal Hukuk Ekolü	56
2.2.2.2. Hukuki Pozitivizm	61
2.2.2.3. Normativist Hukuk Ekolü	63

2.2.2.4.	“Hukuk İlminde Sosyolojik Reaksiyon” ve İlişkili Yaklaşımlar	65
2.2.2.5.	Realist Hukuk Ekolü	69
2.2.2.6.	Eleştirel Hukuk Çalışmaları	72
2.2.3.	Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışına Dair Tezler	74
2.2.4.	Liberal Anayasacılık Bağlamında Anayasa Yargısı ve Siyaset.....	76
2.2.4.1.	Anayasacılık.....	78
2.2.4.2.	Anayasa Yargısının Meşruiyeti.....	79
2.3.	Anayasa Yargısında Yöntembilim: Yasal Modelin Sınırları	89
2.3.1.	Kavramsal Çerçeve.....	90
2.3.2.	Geleneksel Yorumun Unsurları	98
2.3.2.1.	Lafzi Unsur	99
2.3.2.2.	Tarihsel ve Teleolojik Unsur	102
2.3.2.3.	Sistematik Unsur	107
2.3.3.	Hukuki Yorumda Güncel Yaklaşımlar	110
2.3.3.1.	Argümantasyon Kuramları.....	110
2.3.3.2.	Topik Yaklaşım.....	117
2.3.3.3.	Somutlaştırma Yaklaşımı	118
2.4.	Değerlendirme: Anayasa Yargısının Meşruluğu ve Yöntembilim.....	124
3.	ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL DAVRANIŞI: HİBRİT BİR ANALİZ	133
3.1.	Kurumsal Olarak Anayasa Mahkemesi.....	134
3.2.	Üye Kompozisyonu	135
3.3.	Soyut Norm Denetimine İlişkin İstatistikler	143
3.4.	Bireysel Başvuru Kararlarına İlişkin İstatistikler.....	145
3.5.	Anayasa Mahkemesinin Merkezi Bütçedeki Payı.....	153
3.6.	İktidar Bloku ve Oy Oranları	154
3.7.	Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri Örneği.....	158

3.7.1.	Olağanüstü Hâl	160
3.7.2.	Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi.....	170
3.7.3.	Kanun Hükmünde Kararnameler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.....	172
3.8.	Olağanüstü Hâl KHK’larına İlişkin Kararlar	177
3.8.1.	E. 1990/25, K. 1991/1.....	177
3.8.1.1.	Davaya Konu Olayın Özeti	177
3.8.1.2.	Dava Dilekçesi.....	177
3.8.1.3.	Hukuki Sorun.....	178
3.8.1.4.	Karar İncelemesi	178
3.8.1.5.	Karşıoyların İncelenmesi	183
3.8.1.6.	Değerlendirme	187
3.8.2.	E. 1991/6, K. 1991/20.....	189
3.8.2.1.	Davaya Konu Olayın Özeti	189
3.8.2.2.	Karar İncelemesi	189
3.8.2.3.	Karşıoyların İncelenmesi	189
3.8.2.4.	Değerlendirme	190
3.8.3.	E. 2003/28, K. 2003/42.....	190
3.8.3.1.	Davaya Konu Olayın Özeti	190
3.8.3.2.	Başvuru Kararı.....	191
3.8.3.3.	Karar İncelemesi	191
3.8.3.4.	Karşıoyların İncelenmesi	192
3.8.3.5.	Değerlendirme	192
3.8.4.	E. 2016/166, K. 2016/159 ve E. 2016/167, K. 2016/160.....	193
3.8.4.1.	Davaya Konu Olayın Özeti	193
3.8.4.2.	Dava Dilekçesi.....	193
3.8.4.3.	Hukuki Sorun.....	194

3.8.4.4.	Karar İncelemesi	194
3.8.4.5.	Karşıoyların İncelenmesi	196
3.8.4.6.	Değerlendirme	196
3.8.5.	İçtihatlarla İlişkin Genel Değerlendirme	198
3.9.	Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Kararlar	201
3.9.1.	E. 2018/125, K. 2020/4.....	202
3.9.1.1.	Davaya Konu Olan Olayın Özeti	202
3.9.1.2.	Dava Dilekçesi.....	202
3.9.1.3.	Hukuki Sorun.....	202
3.9.1.4.	Karar İncelemesi	203
3.9.1.5.	Karşıoyların İncelenmesi	204
3.9.2.	E. 2019/31, K. 2020/5.....	206
3.9.2.1.	Davaya Konu Olan Olayın Özeti	206
3.9.2.2.	Dava Dilekçesi.....	206
3.9.2.3.	Hukuki Sorun.....	206
3.9.2.4.	Karar İncelemesi	207
3.9.2.5.	Karşıoyların İncelenmesi	209
3.9.3.	E. 2019/78, K. 2020/6.....	211
3.9.3.1.	Davaya Konu Olan Olayın Özeti	211
3.9.3.2.	Dava Dilekçesi.....	211
3.9.3.3.	Hukuki Sorun.....	211
3.9.3.4.	Karar İncelemesi	211
3.9.3.5.	Karşıoyların İncelenmesi	213
3.9.4.	E. 2018/155, K. 2020/27.....	215
3.9.5.	E. 2019/105, K. 2020/30.....	216
3.9.6.	E. 2018/126, K. 2020/32.....	218

3.9.7.	E. 2018/124, K. 2020/56.....	219
3.9.8.	E. 2018/199, K. 2020/25.....	219
3.9.9.	E. 2019/71, K. 2020/82.....	224
3.9.10.	E. 2018/162, K. 2020/66	227
3.9.11.	E. 2019/77, K. 2021/2	228
3.9.12.	E. 2020/8, K. 2021/25	229
3.9.13.	E. 2018/134, K. 2021/13	229
3.9.14.	E. 2020/71, K. 2021/33	235
3.9.15.	E. 2018/127, K. 2021/18	235
3.9.16.	E. 2020/58, K. 2021/19	237
3.9.17.	E. 2018/133, K. 2021/70	239
3.9.18.	E. 2021/50, K. 2021/89	239
3.9.19.	E. 2021/88, K. 2021/105	239
3.9.20.	E. 2018/121, K. 2021/84	240
3.9.21.	E. 2021/91, K. 2021/106	244
3.9.22.	E. 2019/96, K. 2022/17	245
3.9.23.	E. 2021/85, K. 2022/60	248
3.9.24.	E. 2020/94, K. 2022/61	250
3.9.25.	E. 2020/5, K. 2022/115	250
3.9.26.	E. 2021/90, K. 2022/108	250
3.9.27.	E. 2021/95, K. 2022/118	252
3.9.28.	E. 2021/99, K. 2022/119	254
3.9.29.	E. 2022/98, K. 2022/157	254
3.9.30.	E. 2021/6, K. 2022/166	255
3.9.31.	E. 2019/12, K. 2022/164	255
3.9.32.	E. 2023/21, K. 2023/22	255

3.9.33.	E. 2018/123, K. 2022/138	255
3.9.34.	E. 2022/71, K. 2023/65	262
3.9.35.	E. 2019/39, K. 2023/67	263
3.9.36.	E. 2020/4, K. 2022/147	263
3.9.37.	E. 2020/28, K. 2022/156	265
3.9.38.	E. 2021/86, K. 2023/34	266
3.9.39.	E. 2020/7, K. 2022/146	267
3.9.40.	E. 2020/29, K. 2022/155	269
3.9.41.	E. 2019/38, K. 2022/148	270
3.9.42.	E. 2022/37, K. 2023/44 ve E. 2022/35, K. 2023/35	272
3.9.43.	E. 2020/34, K. 2023/25	272
3.9.44.	E. 2019/87, K. 2022/158	274
3.9.45.	E. 2023/38, K. 2023/39	276
3.9.46.	E. 2020/89, K. 2023/85	276
3.9.47.	E. 2020/54, K. 2022/165	277
3.9.48.	E. 2021/25, K. 2023/104	278
3.9.49.	E. 2018/149, K. 2022/163	279
3.9.50.	E. 2023/72, K. 2023/75	285
3.9.51.	E. 2022/38, K. 2023/80	285
3.9.52.	E. 2022/92, K. 2023/81	286
3.9.53.	E. 2022/94, K. 2023/82	286
3.9.54.	E. 2022/114, K. 2023/83	286
3.9.55.	E. 2021/115, K. 2023/133	286
3.9.56.	İçtihatlarla İlişkin Genel Değerlendirme	286
SONUÇ ve DEĞERLENDİRME		305
KAYNAKÇA		319

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AKP	: Adalet ve Kalkınma Partisi
ANAP	: Anavatan Partisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
DDK	: Devlet Denetleme Kurulu
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemeleri
EHÇ	: Eleştirel Hukuk Çalışmaları
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KOSGEB	: Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı
MASAK	: Mali Suçları Araştırma Kurulu
MHP	: Milliyetçi Hareket Partisi
OHAL	: Olağanüstü Hâl
RG	: Resmî Gazete
SHP	: Sosyaldemokrat Halkçı Parti
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
YAŞ	: Yüksek Askeri Şûra

TABLO LİSTESİ

Tablo 1: AYM Üyelerinin Görev, Atanma, Meslek, Öğrenim ve Doğum Yeri Bilgileri.....	137
Tablo 2: CBK'lara İlişkin Kararların İptal Oranları.....	288
Tablo 3: Tüm Norm Denetimi ve CBK'lara İlişkin Kararların İptal Oranları.....	288



GRAFİK LİSTESİ

Grafik 1: Soyut Norm Denetimi İstatistikleri ve İptal Oranları	144
Grafik 2: İhlal Kararları ve Yıllara Göre Oranları.....	146
Grafik 3: Her Yıl İçin Yapılan ve Sonuçlandırılan Bireysel Başvuru Sayıları	147
Grafik 4: İhlal Kararlarının Yıllara Göre Dağılımı	148
Grafik 5: Yıllara Göre Verilen İhlal Kararlarının Yıllık Sonuçlandırılan Başvuru Sayısına Oranları.....	149
Grafik 6: Yıllara Göre Esastan İncelenen Bireysel Başvuru Kararlarında İhlal Oranları	150
Grafik 7: AYM'nin Merkezi Bütçedeki Payının Yıllara Göre Değişimi.....	153
Grafik 8: Yıllara Göre İktidar Bloku Oy Oranları	156

GİRİŞ

Türkiye’de anayasa yargısı ve özellikle Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) ilişkin literatür belirli konularda verilen kararların incelenmesi şeklindeki yazının dışında Mahkeme’nin görev ve yetkileri ile üye seçimi gibi konuları kapsayan normatif, doktrinel hukuk çalışmalarıdır. Bu çalışmalardan farklı olarak anayasa yargısının meşruiyeti bağlamında doğrudan Mahkeme’yi konu edinen, hukuk ve siyaset felsefesi kapsamında da görülebilecek çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Yargısal meşruiyete ilişkin bu çalışmalar büyük ölçüde yargısal aktivizm, siyasetin yargısallaşması, yargı vesayeti gibi birbirleriyle bağlantılı olarak kullanılan kavramlara dayandırılmışlardır. Bu bağlamda kaleme alınan çok sayıda çalışmada Mahkeme, “yargısal aktivizm” sergileyen ve “hegemonik koruma tezi” çerçevesinde stratejik davranan siyasal bir aktör olarak değerlendirilmiştir (Arslan, 2002; Atar, 2013; Bali, 2012; Can, 2012; Hakyemez, 2009; Küçük, 2019; Özbudun, 2007; Öztürk, 2011; Uslu, 2014). Literatürün bu yönde gelişmesi kavramsal çalışmaları da beraberinde getirmiş ve yargısal aktivizmin mahiyeti ayrıca tartışma konusu olmuştur (Ergül, 2013b; Korucu, 2013).

Anayasa yargısının çalışma alanı göz önünde bulundurulduğunda kuvvetler ayrılığı ilkesini hangi davranışın zedelediğini belirlemek daha da zorlaşmaktadır. Öyle ki anayasa yargısının varlık nedeninin bizzatıhi aktivizmin kaynağı olabileceği şeklindeki, izleri yargısal ve demokratik meşruiyet tartışmalarına kadar takip edilebilecek argümanlar mevcuttur (Lindquist ve Cross, 2009: 24-26).

Aktivizm tabanlı çalışmaların 2000’li yılların başlarında yoğunlaşması Türkiye’nin geçirdiği sosyal ve siyasal dönüşümle paraleldir. İlgili dönemde açıklayıcı görünen bu çalışmaların temelini oluşturan sosyal ve siyasal konjonktürün değişimi, çalışmaların özellikle hegemonik koruma tezi ve bu tezin dayandığı merkez-çevre dikotomisine ilişkin kabullerini zamanla daha çok sorgulanır hâle getirmiştir (Alpbaz, 2019; Demirtaş, 2022; Seven ve Vinx, 2017). Bunda kullanılan kavramların muğlak ve sübjektif değerlendirmelere oldukça açık olmalarının da payı vardır. Bu sebeple özellikle aktivizmin daha sofistike biçimde kullanıldığı çalışmalar ortaya çıkmıştır (Belge, 2006).

2010 yılında bireysel başvuru imkânının tanınması, 2016’da gerçekleştirilen darbe girişimi ve hemen ardından gelen anayasa değişikliği, AYM’nin hem formel hem de informal olarak değişmesine sebep olmuş ancak özellikle bireysel başvuru kararları üzerinden kuruma yöneltilen “aktivizm” eleştirileri son yıllarda yeniden artmaya başlamıştır. Üstelik Mahkeme, aynı zamanda norm denetimi kararları bakımından tersi yönde (kaçınma, seçici yanıt verme, uyum, kendi kendini sınırlandırma gibi) olumsuz sayılabilecek eleştiriler de almaktadır. Dolayısıyla Mahkeme’nin adı zaman zaman zikredilen kavramlarla birlikte anılmakta, ancak bu kavramlar ve özellikle aktivizm olup biteni

açıklamaktan ziyade beğenilmeyen kararların yerilmesi amacına hizmet etmektedir. Diğer bir deyişle bu kavramların kullanımı çoğunlukla Mahkeme'nin gözlemlenebilir davranışının açıklanması veya anlaşılmasına değil öznel biçimde değerlendirilmesine yöneliktir. Hâlbuki mevcut durumu izah etmek ancak yargı kurumlarının davranışlarını öznel değerlendirmelerin ötesinde incelenen nesneler yahut anlaşılacak eylemler olarak kabul etmekle mümkün olabilir (Posner, 2005: 32).

Sayılan sebeplerle AYM'nin güncel davranışını yeterince açıklamadığını ileri sürdüğümüz hegemonik koruma tezine ve yargısal aktivizme dayanan çalışmalar, açıkça zikredilmemesine rağmen aslında “stratejik yargısal davranış” konu edinmektedirler. Türkçe literatürde pek teveccüh gösterilmeyen yargısal davranış çalışmaları ve geliştirdikleri modeller, davranışsalcılık ve realist hukuk ekolünün etkisiyle gelişen sosyo-legal çalışmalar kapsamında, aktivizmle sınırlı olmayan tüm yargısal davranışları¹ ve ilişkili tezleri açıklamak bakımından elverişli bir teorik zemin sunmaktadır.

Bahsi geçen yargısal davranış modellerinden yasal model en temel hâliyle yargısal davranışa ilişkin “olması gerekene” işaret eden yaygın kanaatlerin davranışı belirlediğini ileri sürmektedir. Buna göre yargı kararları, “kanunun ağzı” olan ve tüm sosyal etkenlerden “bağımsız” yargıçların, yasal materyali somut olaya uygulamasıyla ortaya çıkarlar. Bu varsayımın kabulü hâlinde yasal materyalin aynı kaldığı durumlarda içtihatların nasıl değişebildiği sorusu yanıtızsız kalmaktadır. İlgili kısımda genişçe yer verildiği şekilde, klasik yaklaşıma karşı gelişen sosyolojik reaksiyona dayanan literatür, hukuka ilişkin klasik formalist pozitivist anlayışı sorgulayarak “olana ilişkin” tespitlerde bulunmanın yollarını araştırmaktadır. Buna göre yargısal karar vermede yasal materyal ve hukuk doktrini kadar, yargıçların politik tercihleri, vakaların kendilerine has özellikleri ve ele alındıkları döneme hâkim olan siyasi konjonktür gibi yasal olmayan (extra-legal) faktörler de etkilidir. Bu etkenler yargısal karar vermenin yasal, tutumsal ve stratejik modellerle açıklanabileceğini ileri süren tüm tezlerin argümanlarının zaman, mekân ve vakaya bağlı olarak değişen ölçülerde geçerli olabileceğine işaret etmektedir. Bu çerçevede yargısal kararlar beğenilen ya da yerilen sonuçlar olmanın ötesinde gözlemlenecek nesneler ve anlaşılacak süreçler olarak kabul edilmektedirler.

Tüm bu etkenler arasında AYM literatüründe belki de en çok ihmal edilen husus yargıçların kişisel özellikleri olarak tanımlanabilecek profilleri, politik tercihleri ve siyasi angajmanlarıdır. Türkiye’de üyelere ilişkin bu bilgiler hâla ABD örneği ile mukayese edilemeyecek kadar sınırlı olmakla birlikte bu kısıtlılığın, Ergül’ün 2003’te ileri sürdüğü şekilde, bu bilgiler kullanılarak çalışma yapılmasını engelleyecek düzeyde olduğu söylenemez (Ergül, 2003: 46-47). Bu durumda Türkiye’nin değişen konjonktürünün de etkisi olduğu açıktır. Dolayısıyla sayılan faktörlerin yargısal davranış

¹ Takip eden kısımlardan da anlaşılacağı üzere bu çalışma “davranışsalcı” bir yöntem benimsememektedir. Dolayısıyla “yargısal davranış” kavramı jenerik anlamda davranışsalcı bir bakış açısıyla ölçülebilir davranışlarla sınırlı tutulmamıştır.

üzerinde etkili olabileceği ve Türkiye örneğinde dikkate alınabileceği kabul edilmelidir. Bu varsayım yargıçların tercihlerinin tamamıyla kişisel çıkarları doğrultusunda gelişeceği anlamına gelmez. Yargıçlar, çoğu zaman bu tercihlerinin arkasındaki motivasyonların farkında dahi olmayabilirler. Bu tercihler hukuk doktrinini de belirleyen gömülü politikanın birer sonucu olabilir (Cross, 2007a: 60). Dolayısıyla yargıçların kararları “motivated reasoning” çerçevesinde önceden belirlenen sonuca yönelik olarak gerçekleşebilir (Cross, 2007a: 40). Bunun yanı sıra yargıçlar karar verirken stratejik de davranabilirler. Bu stratejiler bireysel olabileceği gibi kurumsal dengeleri gözeten stratejiler hâlinde de ortaya çıkabilir. Çoğu kez AYM’den bahsederken adeta homojen bir heyetin monolitik kararlar aldığı kabul edilmektedir. Hâlbuki AYM’nin ve benzer pek çok yargı kurumunun üye kompozisyonunda meydana gelen değişikliklerin yargısal davranışa etki etmesi muhtemeldir (Tushnet, 2005). Bu varsayımlar aynı zamanda kararların sonuçlarının yanı sıra karşıoylara da odaklanılmasını gerektirmektedir. Çünkü karşıoylar karar verme ve gerçekleşen sosyal inşa süreçlerine ilişkin önemli ipuçları verirler.

AYM’nin, ülkenin politik konjonktüründen etkilendiği ve yukarıda belirtildiği gibi benzer varsayımları ve kavramsal çerçeveyi benimseyen çalışmaların aynı periyotta sıklaştığı yönündeki tespit de AYM’nin yargısal davranışının sosyal bağlam içerisinde incelenmesinin açıklayıcı olacağına işaret etmektedir. Sözü edilen çalışmalar, hukukun ve sosyal bilimlerin metodlarını birlikte kullanarak hukuku içerisinde bulunduğu sosyal bağlamla birlikte (law in context) değerlendirmektedir (McConville & Chui, 2007: 1).

Sosyal bilimlerin yöntemlerine başvurabilen sosyo-legal hukuk araştırmalarında ölçülebilirliği arttırmak için nicel veriler sıkça kullanılmaktadır. Gerçekten de nicel analiz pek çok kabulün doğrulanması veya yanlışlanması noktasında fayda sağlamaktadır. Ancak, nihayetinde insan davranışının yargı alanındaki bir tezahürü olan yargısal karar verme sürecinin kompleks yapısı nicel analizin açıklayıcılığına şüpheyle yaklaşılmasını gerektirmektedir. Zira literatür taramasında örnekleri gösterileceği üzere yargısal süreçlerde dönem ve vaka özelinde birbirine zıt sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla yargısal karar vermenin insan davranışının karmaşıklığıyla malul yapısı nitel analizi zorunlu kılmaktadır.

Özellikle stratejik modelin bir alt dalı olarak görülebilecek tarihsel kurumsalcı yaklaşımların nitel analiz örnekleri (“jurisprudential regime” yaklaşımını temal alan çalışmalar gibi) karara etki eden çok sayıda faktörü dikkate alan hibrit modeller sunmaları bakımından bu çalışmanın varsayımlarıyla uyumlu yaklaşımlardır. Buna göre her bir vaka kendine has özellikler taşımakta ve yargısal kararları etkilemesi muhtemel faktörlerin etkisine farklı seviyelerde açık bulunmaktadır. Dolayısıyla yargısal kararlar; klasik yaklaşımın yasal materyale dayalı hukuki analizinde olduğu gibi hukuki değişkenlere

ve stratejik ve tutumsal yaklaşımların önerdiği gibi davranış temelli etkenlere aynı anda farklı düzeylerde açık olabilirler.

AYM'nin yargısal davranışına ilişkin az sayıda sosyo-legal çalışma yapılmıştır. Bunlar arasında salt nitel analiz yürütenler olduğu gibi (Alpbaz, 2019; Demirtaş, 2022; Ergül, 2003; Oder, 2021, 2017; Petersen, 2018; Seven & Vinx, 2017; Yancı Özalp, 2018; Yeğen, 2018) nicel verilere başvuranlar da bulunmaktadır (Aydın Çakır, 2018; Belge, 2006; Hazama, 2012, 2023; Shambayati & Sütçü, 2012; Şener, 2018; Ünsal, 1980; Varol vd., 2017; Yıldırım vd., 2017). Sayılan çalışmalar, hegemonik koruma tezine ve yargısal aktivizme dayanan çalışmaların varsayımlarını sorunsallaştırma, kullanılan kavramları katmanlı hâle getirme (seçici aktivizm gibi) ve yargısal davranış ölçülebilir kılma konusunda ciddi mesafe alınmasını sağlamışlardır. Ancak bunlardan nicel veri kullanmayan Petersen'in (2018) ve Yancı Özalp'in (2018) çalışmaları haricindekiler kararların hukuki analizini göz ardı etmektedirler.

Hâlbuki yargısal davranış büyük oranda yargısal kararlar şeklinde tezahür etmektedir. Sosyo-legal çalışmaların dayanağını teşkil eden realist hukuk ekolü jenerik olarak yargısal kararların ortaya çıkışında yasal materyali göz ardı etmekteyse de işbu çalışma yargısal kararların sosyal etkenlere açık olduğu şeklindeki hipotezi kabul etmekle birlikte ilişkili literatürün de ortaya koyduğu gibi yargısal kararların yasal materyalin uygulanmasından bağımsız olamayacağı kabulüne dayanmaktadır. Yasal materyalin kullanımıysa hukuk metodolojisi çerçevesinde ele alınmalıdır. Zira hukuk metodolojisi yasal ve sosyal bileşenlerden oluştuğu ve yargı kararlarının objektifleştirilmesine, gerekçelendirilmesine ve varsayımlarının ortaya konmasına uygun bir zemin hazırladığı için yasal materyalin ne derece sınırlayıcı olduğuna, diğer bir deyişle yasal materyalin sosyal faktörlerle etkileşimine dair bilgi verir. Dolayısıyla yöntembilimsel kriterlerin gözetildiği bir karar analizi yargısal davranışın hangi faktörler altında nasıl ortaya çıktığını anlamak için elverişli ve hatta zorunludur. Kararları şekillendiren yöntemsel unsurlar, birtakım siyasal stratejilerle inşa edilebildikleri için (Sancar, 1995: 98) araştırmacılara karara etki eden değişkenleri ideal biçimde soyutlayabilecekleri bir laboratuvar vermeseler de kararın arkasında yatan varsayımları ve ilişkileri deşifre edebilecekleri, analitik bir strateji sunabilirler (Feteris, 2019: 213-214). Kararların bu çerçevede analiz edilmemesi hâlinde kimi zaman nicel veriler tek başlarına anlam ifade etmeyebilirler. Buna karşılık salt yasal modele ve klasik biçimci anlayışa dayanan çalışmaların da sonuçları oluşturan süreçleri ve nedenleri anlamlandırmaları mümkün değildir.

Yöntembilimsel araçların gözetilmesi yoluyla kararların nitel analizi zorunlu olmakla birlikte incelenen kararların seçiminde nesnelliğin sağlanması ve münferit örnekler incelenerek yargısal davranışa ilişkin hatalı genellemelere varılmasının önlenmesi ancak sayısal verilerin

değerlendirilmesiyle mümkün olabilir. Ayrıca sayısal verilerin kullanımı yargısal davranışın kararlar dışındaki göstergelerine dair bilgi edinmeyi de kolaylaştırabilir.

Bu tez çalışmasının ana sorusu, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen başarısız darbe girişiminin ardından, AYM'nin kurumsal ya da üyeler seviyesinde geliştirdiği yargısal davranışın hangi araçlarla ortaya konduğu ve bu davranışın yasal ve yasal olmayan (extra-legal) faktörlerden nasıl etkilendiğidir. Bu kapsamda çalışmada şu alt sorulara da cevap aranacaktır: Yargısal davranış hangi etkenler şekillendirmektedir? AYM'nin kurumsal bir yargısal davranışı var mıdır; varsa AYM'nin yargısal davranışı mezkûr değişimden etkilenmekte midir? Bu davranışta süreklilik arz eden kalıplar var mıdır? AYM yargısal davranışını hangi araçlarla ortaya koymaktadır? AYM'nin yargısal davranışının politik bağlamla ilişkisi varsa bu nasıl bir ilişkidir ve hangi yasal ve yasal olmayan faktörlerle açıklanabilir?

Bu çerçevede, yargısal davranışa etki eden faktörlerin sayısı, insan davranışının kendine has özellikleri, nicel ve nitel analizin görece avantajlı ve dezavantajlı olduğu durumlar göz önünde bulundurularak çalışmada, AYM'nin işleyişini evrensel ve zamandan bağımsız biçimde ortaya koyacak bir teori yerine belirli vakaları analiz ederek, işleyişi anlamakta yarar sağlayacak ve başka vakalarla mukayese imkânı tanıyacak bir strateji izlenmektedir. Bu kapsamda kurumun yargısal davranışının tüm zamanlarda ve koşullarda geçerli büyük bir açıklaması yerine, belirli koşullarda geçerli nicel ya da nitel mümkün olan bütün veriler değerlendirilerek “tematize edilmiş” bir kavrayışı hedeflenmektedir (Scheppelle, 2004: 391).

Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümünde yargısal davranışın hangi etkenlerle belirlendiği sorusuna cevap aranmıştır, alternatif argümanlar literatür taraması kapsamında değerlendirilmiştir. Öncelikle klasik biçimci hukuk yaklaşımından farkları vurgulanarak yargısal davranış modelleri derlenmiş, bu sırada Türkiye örneğinde daha açıklayıcı olabileceği düşünülen araştırmalar öne çıkarılmıştır. Böylece AYM örneğinin sınırlılıklarına uygun ve açıklayıcı görülen etkenlerin tümünün değerlendirilmesi amacıyla ve yukarıda belirtilen varsayımlarla yargısal davranışa ilişkin hibrit bir modelin bu çalışmaya uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Sosyo-legal çalışmaların incelemeye değer gördüğü etkenlerin yukarıda bahsedildiği üzere anayasa yargısı özelinde hukuk metodolojisi çerçevesinde kendisini nasıl gösterdiği ve böylece Mahkeme üyelerinin incelenen hususlarda benimsedikleri yaklaşımların izinin nasıl sürüleceği yahut karar analizinde nasıl bir strateji izleneceği ikinci bölümde ele alınmıştır. Bu bölüm aynı zamanda çalışmanın teori temelli hipotezlerinin de kaynağını detaylandırmaktadır. Böylece hipotezlerle araştırmanın araçları arasındaki bağlantının açıkça ortaya konulması hedeflenmiştir.

Takip eden üçüncü bölümde, literatüre dair yukarıdaki tespitlere binaen Türk Anayasa Mahkemesi'nin yakın dönem yargısal davranışına ilişkin genel resmi görmek amacıyla alanyazında sıkça başvurulmuş sayısal verilerden faydalanılmış, sayısal verilerin işaret ettiği dönem (2016 yılı) ve temada hukuk metodu çerçevesinde karar analizine başvurulmuştur. Küçük örnekleme çalışmanın, sayılan etkenlerin izolasyonunu kolaylaştırdığı ve derinlemesine analize imkân tanıdığı kabulüyle vakalar dönem ve dönemin baskın konjonktürüyle sınırlandırılmaya çalışılmıştır.

Yargısal davranışa etki ettiği varsayılan politika hukuk ilişkisinin en rahat gözlemlenebileceği dönemler kriz dönemleridir. Bu çalışma özelinde nicel veriler kriz dönemleriyle yargısal davranış ilişkisini desteklemektedir. Çalışmanın odaklandığı 2016 yılı, olağanüstü hâl ilanı ile sonuçlanan bir askeri darbe girişimine sahne olmuştur ve AYM kararlarına ilişkin istatistikler bu tarihte açık bir kırılmaya işaret etmektedir. Buna karşılık olağan vakalarda politika hukuk ilişkisinin ortaya konması nispeten zordur. Zira bu tip durumlarda yasal materyal sosyal etkenlere göre daha ön plandadır. Ancak “zorlu davalarda” sosyal bağlam daha belirgin hâle gelebilmektedir. Bu varsayım Schmittyen istisna hâli tanımına dayanmakta, buna göre olağanüstü durumlarda yasal materyalin öneminin azaldığı ve politik etkenlerin öne çıktığı kabul edilmektedir.

Söz konusu kriz anı bir olağanüstü hâl olup bu istisna hâllerinde yürütmenin düzenleme yetkisi, kuvvetler ayrılığı ve dolayısıyla egemenlik tartışmaları önem kazanmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ise hukuk metodolojisinde yorumun sınırını ve hatta anayasa yargısının meşruiyetini belirlemektedir. Bu varsayıma istinaden bahsi geçen kriz anı ve bu kriz sonucunda ortaya çıkan hukuki ve sosyal durumun doğrudan etkili olduğu normların denetimine odaklanılmıştır. Bu normlar da yürütmenin ilk elden düzenleme yetkisine sahip olduğu olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri (OHAL KHK) ve olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) ile sınırlı tutulmuştur. Zira bu düzenlemeler bakımından, istisna hâliyle oluşan konjonktürle bağları gereği normun silikleştiği ve egemenin kararının baskın hâle geldiği, diğer bir deyişle yasal olmayan etkilere daha açık yorumlara imkân tanıdığı varsayılmıştır. Benzer bağlamda değerlendirmesi mümkün olan bireysel başvuru kararları her ne kadar stratejik davranış açısından çok önemli ipuçları veriyor olsalar da çalışmanın sınırlılıkları sebebiyle incelenmemişlerdir.

OHAL KHK'larına ilişkin içtihadın değişmesi nedeniyle önceki içtihadı konu kararlarla yeni içtihadı konu kararların karşılaştırılması yoluna gidilmiştir. Böylece yasal materyalin (İçtüzük haricinde) değişmediği durumda kararın ve dolayısıyla yargısal davranışın değişimi değerlendirilmiştir. 15/10/2023 tarihine kadar yayımlanan CBK'lara ilişkin 56 karar benzer biçimde ele alınmış aynı hipotezin bu kararlarda da sınanması amaçlanmıştır. Bu kararlar yayımlandıkları tarihlere göre ele alınmış, benzer hususları ele alan kararlar tezin amaçlarına yönelik değerlendirmeler

yapılırken mukayese edilmişlerdir. Kararlar kadar karşıoylar da dikkate alınmış, karşıoy sahipliği üye profili ve AYM'nin kompozisyonu kapsamında analiz edilmiştir. Ayrıca stratejik davranışın araçları olarak kullanılma potansiyellerine istinaden kararların verilme süreleri normun yayımlandığı günden itibaren her karar için ayrıca hesaplanmıştır. CBK'lar için kararların geciktirilmesi şeklinde bir stratejinin varlığı sorgulanmış ve süreler aynı periyotta verilen diğer norm denetimi kararlarının ortalama süreleriyle mukayese edilmişlerdir. İlgili bölümün ilk kısmında karar seçiminde dikkate alınan iptal oranları CBK'ların incelendiği yıllar için ayrıca detaylandırılmış, bu yıllarda iptal oranlarındaki değişimin kararların içeriğine yansıyor yansımadığı kontrol edilmiştir.

Yargısal karar verme sürecine ilişkin çalışmalar realist hukuk ekolünün yükselişiyle büyük mesafe katetmiş ve çeşitlenmiştir. Ancak bu çalışma, realist hukuk yaklaşımının yargısal karar vermeyi sonuca indirgeyen versiyonunu kabullenmeden yargısal kararların yasal materyal dikkate alınarak değerlendirilmesinin kaçınılmaz olduğu görüşüne yaslanmaktadır. Çalışma, sosyo-legal yaklaşımların değerini teslim etmekle birlikte yasal materyali göz ardı etmemek için hukuk metodunu da kullanarak hukuki analizle siyasal analizi ve dolayısıyla realist hukuk anlayışıyla formel hukukun zorunluluklarını birleştirmeyi amaçlamaktadır. Böylece benzer vakalarda yasal materyalin ve somut olayın etkisiyle farklı sonuçlara ulaşılması durumunda sosyal faktörlerin etkisine ilişkin özellikle nicel analizlerin hatalı çıkarımlarından kaçınılması hedeflenmiştir.

1. LİTERATÜR İNCELEMESİ

1.1. Yargısal Davranış Literatürü

Anayasa hukukuna ilişkin akademik yazın geleneksel kamu hukuku literatüründe normatif veya teorik içerikli doktrinel hukuk çalışmaları ağırlıklıdır. Doktrinel hukuk çalışmaları, yargı kararlarından mevzuata kadar uzanan hukuk metinlerinin, diğer bir deyişle belirli bir alanda “var olan hukukun”, hukuki akıl yürütme yoluyla analizine dayanmaktadır (Dobinson ve Francis, 2007: 17). Yine bu metinlerden türeyen ilkeler ve ilişkili kavramlar da geleneksel hukuk çalışmaları başlığı altında toplanabilirler. Bu çerçeveden bakıldığında hukuk içine kapalı bir alandır ve bu çalışmalarda hukuk dışındaki dünyaya atıf yok denecek kadar azdır (McConville ve Chui, 2007: 1). Bu durumda hukuku münferit bir bilim dalı olarak tasavvur etmeye dayanan pozitivist hukuk anlayışının rolü büyüktür. Felsefe ve tarih odaklı anayasa çalışmalarıysa disiplinlerarası özellik taşımakla birlikte alışlageldik çalışmalar arasında sıkça karşımıza çıkmaktadırlar (Pritchett, 1968: 485).

Doktrinel hukuk çalışmalarının ağırlıklı olduğu kamu hukuku yazınında, 20. yüzyılın başlarına kadar, yargılama sürecine ilişkin baskın görüş; pozitivist, biçimci hukuk anlayışına yaslanan “mekanik yargılama” düşüncesi çerçevesinde yargıçların, değer yargılarından bağımsız birer yasa kâşifi ya da “yargılama otomatu” olarak görülmesiydi (Haines, 1922: 96-97).

Yargıçları böylesine dar bir çerçeveye sıkıştıran yaklaşımın temelinde yargısal kararların, çok büyük ölçüde somut olaya uygulanacak mevzuatın “açık anlamının (plain meaning)” yasa koyucunun amacına uygun biçimde belirlenerek verildiği kabulü vardır. Diğer bir anlatımla kararı belirleyen temel etkenin mevzuat ya da içtihat olduğu düşüncesi hâkimdir (Segal ve Spaeth, 2002: 48). Bu hukuki etken veya etkenler yansızdır (neutral), diğer bir deyişle bagajları yoktur ya da varsa dahi araştırmaya tâbi tutulmazlar. Böylece araştırma malzemesi olarak seçilen hukuki metinler ve dayandıkları amaç unsurunun somut olaylara uygulanması ve uygulamanın gerekçelendirilmesi hukuk çalışmalarının esasını oluşturur (Cross, 2007a: 11, 40-41).

Yargısal davranışın nedenlerini araştıran modellerden katı yasal model (legal model)² olarak adlandırılacak bu biçimci yaklaşım, yargıçların benzer biçimsel yorum tekniklerine başvurdukları hâlde neden her defasında aynı yargısal sonuçlara ulaşmadıklarını nesnel biçimde açıklayamamaktadır (Pickerill ve Brough, 2017: 36). Öyle ki hukuki gereklilikler değişmediğine göre değişen hukuk dışı bir faktör olmalıdır. Bu soru ve benzerlerinin sonucunda, daha erken dönemde nüveleri ortaya

² İngilizce literatürde “legal model” olarak adlandırılan bu yaklaşım Türkçe literatürde “yasal model” olarak ifade edilmekte olup İngilizce literatürde yalnızca yasaları değil hukukun yazılı kaynakları başta olmak üzere yasa koyucunun amacı gibi yardımcı kaynakları da içerecek şekilde kullanılmaktadır.

çıkarmakla birlikte, 1960’lardan sonra hukuki realizmin ve hukukta sosyolojik (sosyo-legal) yaklaşımların etkisiyle “kitaplardaki hukuk” ve “gerçek hayattaki hukuk” ayrımı daha çok dikkat çekmeye başlamıştır. Ardından 1980’lerden itibaren “eleştirel hukuk çalışmaları” hukukun yalnızca inceleniş mekanizmasını sorunsallaştırmamış aynı zamanda incelediği konuları da genişletmişler ve diğer disiplinleri hukuk çalışmalarına davet etmişlerdir. Böylece hukuk klasik çalışmaların aksine dışa kapalı bir disiplin olmaktan çıkartılarak sosyal bir bağlama oturtulmuştur (McConville ve Chui, 2007: 1, 5-6).

Bu değişimin bir uzantısı olarak klasik yaklaşımın daha evvel ilgisini cezbetmeyen yargı kararlarına etki eden sosyal faktör sorusuna binaen, kamu hukukçuları ve siyaset bilimciler arasında “yargısal davranış”, “yargısal siyaset” ya da “yargısal karar verme” süreci beşerî değişkenler ve politik bağlam içerisinde değerlendirilmeye başlanmıştır (Maveety, 2003: 2-3).

Anayasa yargısı özelindeyse 1920’lerden itibaren öncelikle, sosyo-ekonomik fikirlerin kararlara yansımalarının yadsınmaması fikrini savunan Oliver Wendell Holmes gibi ünlü Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) yargıçlarının tutumu (Haines, 1922: 102; Holmes, 2009: 34-35) ve ardından gelişen Amerikan hukuki realizminin etkisiyle yargısal karar vermenin normatif hukuki bileşeni dışında kalan etkenlerinin de araştırılmaya başlandığı görülmektedir (Pritchett, 1968: 487).

Dolayısıyla yargı kararlarının yasal modelin öngördüğü; hukuk metni, emsal kararlar ve doktrin gibi sınırlamaların yanı sıra hukukla doğrudan bağlantılı olduğu düşünülmeyen sosyal ve beşerî etkenlerle de şekillenebileceğini ileri süren ve sosyal bilimlerin yöntemlerini hukuka uyarlayan çalışmaların önü açılmıştır. Tüm bu gelişmeler ışığında rahatlıkla söylenebilir ki; yargısal davranış ya da yargısal karar verme çalışmaları, kamu hukuku ile siyaset biliminin teorik ve metodolojik gelişmelerinin buluştuğu bir kavşak hâline gelmiştir (Maveety, 2002: 3-4).

Bu çerçevede akademik amaçlı, mesleki amaçlı ve politika yapımına ilişkin olabilecek hukuk çalışmalarının diğer sosyal bilim araştırmalarından çok da farklı olmadığı ileri sürülebilir (Dobinson ve Johns, 2007: 20). Dolayısıyla hukuk çalışmaları yalnızca doktrinel olmak zorunda değildir, başka bir deyişle hukuk, gözleme dayalı çalışmalara konu edilebilir. Salt teorik ve normatif içerikli çalışmalar dışında ister nitel ister nicel olsunlar hukuk çalışmaları gözleme dayalı oldukları sürece ampirik çalışmalar olarak görülebilirler (Epstein ve King, 2002: 2-3). Zira bir hukuki düzenlemenin doğru ya da beklendiği gibi çalışmadığı hâllerde hukuki problemlerin tespiti ve buna yönelik politika ve reform önerileri, sosyal etkenlerin dikkate alındığı “sosyo-legal” hukuk çalışmaları gerektirmektedir. Hatta doktrinel hukuk çalışmalarının dahi vakanın özelliklerine göre seçilecek yasal

materyalin (legal material)³ hukuki akıl yürütme çerçevesinde ele alınması faaliyetini kapsadığı ve yargıçların hukuk ve olgular arasındaki ilişkiden hareketle hukuki akıl yürütmeye başvurduğu kabul edildiğinde belirli ölçülerde nitel analizin konusu olduğu söylenebilir (Dobinson ve Johns, 2007: 20-22).

Hukuk araştırmalarına ilişkin bu değişimin pozitivist hukuk anlayışından hukuki realizme doğru bir kaymanın sonucu olduğu görülmektedir. Hukuki realizm, ileride konu edileceği üzere, hukukun normatif karşılığından ve pozitivist hukukun nedenselliğinden ziyade gözlemlenebilir alanda ortaya çıkan hukuki sonuçlara odaklanır. Yargısal davranış, değer yargılarından izole düşünemeyeceğimiz yargıçların, yargısal süreçteki rollerine ilişkin varsayımlardan bağımsız değildir. Yargıç, “kanunun ağzından” daha fazlası olarak, karar alırken hukukun yaratıcısı pozisyonundadır ve bu esnada “ideolojik tercihlerinin” de etkisi altındadır. Bu yaklaşıma göre yargıçların sadece politik baskılardan değil aynı zamanda sosyal etkenlerden (extra-legal) de bağımsız oldukları bir çeşit “illüzyondur” ya da “çocukça bir kurgudur” (Haines, 1922: 105-106, 108; Pritchett, 1968: 486-487). Gerçekte olup biten ancak yargısal karar verme sürecinin; mahkemelerin, diğer devlet organları, yargıçlar arası ilişkiler ve diğer yargı organlarıyla ilişkiler çerçevesinde politika üretiminin bir parçası olarak değerlendirilmesiyle ortaya konabilir (Pritchett, 1968: 490). Günümüzde yargısal karar vermeye yasal model çerçevesinde bakan çalışmalar dahi çoğunlukla mutlak bir “biçimsel determinizmi” benimsemezler (Pickerill ve Brough 2017: 35). “Yasal modelin iyiniyet teorisi” (the theory of good-faith legal decision making) (Burton, 1992) olarak çevirebileceğimiz çağdaş ya da “post-pozitivist” yasal model hukuki gereklilikleri esas almayı sürdürmekle birlikte yasal materyalin yetersiz ya da belirsiz kaldığı hâllerde, kaçınılmaz olması koşuluyla, yargıçların kişisel değer yargılarının önem kazanacağını kabul eder” (Cross, 2007a: 41; Gillman, 2001: 486).

Geleneksel anayasa hukuku çalışmalarından farklı olarak benzer vakalarda farklı kararların alınması ve karşıoyların varlığını sorunsallaştıran bu tip çalışmalar; yargı kararlarına odaklanmanın ötesinde, bu kararların öncesini ve sonrasını da çalışma konusu edinmişlerdir. Zira yargılama süreci “süregiden sosyal, ekonomik, politik ihtilafın yalnızca bir kısmına” ışık tutmaktadır. Daha ziyade siyaset bilimciler tarafından yürütülen bu çalışmalar genellikle bu “ihtilafın kökenini” araştırmaktadırlar. Bu araştırma; “çıkar sahibi aktörlerin kimler oldukları, ne tip çıkarları olduğu, bu çıkarların karara ne derece etki ettiği, alt derece mahkemelerinin etkileşimleri, karar sonrası süreçler, kamuoyu ve basının tepkisi, kazanan ve kaybeden tarafların davranışları, yasama ve yürütmenin işlemlerinin karardan ne şekilde etkilendiği” sorularını gerekli kılmaktadır (Pritchett, 1968: 493-494).

³ İngilizce literatürde kullanılan “legal material” kavramı bu çalışma kapsamında yukarıda “legal model” için belirtildiği gibi yalnızca yasaları değil yazılı kaynaklar başta olmak üzere, içtihatlar, teamül, yasa koyucunun niyeti gibi ikincil kaynakları yani klasik anlamda hukukun kaynaklarını kapsayacak şekilde “yasal materyal” kavramıyla karşılanmıştır. Böylece “yasal model” kavramıyla uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Amerikan hukuki realizminin yukarıda bahsi geçen varsayımlarına dayanarak yapılan çalışmalar nitel verilerin yanı sıra nicel verileri de kullanarak yargısal davranışı mümkün olduğunca ölçülebilir hâle getirmeye çalışmışlardır. Daha çok Amerika Birleşik Devletleri menşeli olan bu araştırmalar beklenebileceği gibi Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi üzerine yoğunlaşmışlardır ve disiplinlerarası nitelik kazanmışlardır (Epstein, 2016: 2019-2023). Bununla birlikte Yüksek Mahkeme dışındaki yargı kurumlarını inceleyen çalışmalar da mevcuttur (Boldt ve Boyd, 2018; Cross, 2007a; Steigerwalt ve Martinek, 2017)

Bu gelişmeleri de göz önünde bulundurarak, mahkemelere ilişkin uluslararası literatürü “yargıçların seçilmeleri ve görev süreleri, mahkemelere erişim, yargısal yetki üzerindeki sınırlar ve yargısal karar verme süreci” başlıkları altında toparlayabiliriz (Epstein ve Knight, 2022: 255). Sayılan diğer başlıkların aynı zamanda yargısal karar verme sürecini etkileyen faktörlerle de zorunlu bağları olduğunu söylemek mümkündür. Yargıçların seçimle yahut atamayla işbaşına gelmelerinin ve ömür boyu görevde kalıp kalmayacaklarının kararları üzerinde etkisi olduğuna ilişkin çalışmalar göreve gelme usulü ile karar verme arasındaki ilişkiye örnek gösterilebilir. Bu konuda yürütülmüş çalışmaların bir kısmı yargıçların seçimle işbaşına gelmelerinin, yargısal süreçlere karşı seçmenlerin ilgisizliği sebebiyle atama usulünden pek farklı olmadığını ve yargıçları kısıtlamadığını ileri sürmektedirler (Flango ve Ducat, 1979). Buna karşılık seçilen yargıçların, atanarlara göre çoğunluğun taleplerini daha çok dikkate aldığını savunan araştırmalar da bulunmaktadır (Brace ve Hâll, 1993).

1.2. Modeller ve Teoriler

1.2.1. Yasal Model

Yargısal davranış üzerine gelişen literatür zamanla belirli model ya da teoriler çerçevesinde kümelenmeye başlamıştır. Bunlardan ilki olan yasal modele (legal model) yukarıda klasik doktrinel hukuk yaklaşımıyla birlikte değinilmişti. Zikrolunduğu gibi yasal model de zamanla katı versiyonuna göre dışsal etkenlere daha uyumlu bir hâl almıştır. Gerçekten de yargısal kararlar söz konusu olduğunda ilk akla gelen, yasal modelin öngördüğü biçimde; yasal materyalden türetilen, yargıcın tarafsız ve bağımsız oluşu ilkesi çerçevesinde ideolojik tutumlardan yalıtıldığı varsayılan hükümlerdir. Alalade yahut hukuki belirsizliğin düşük olduğu vakalar için sürecin sıkça bu şekilde tekrarladığı da kabul edilebilir. Ancak yargıçlar, tamamen yasal çerçeve içerisinde karar verdiklerini ileri sürdükleri vakalar da bile psikologların “motivated reasoning” dedikleri akıl yürütmeye başvuruyor olabilirler, diğer bir deyişle farklı etkilere maruz kaldıklarının ve başlangıçta belirledikleri karara ulaşmaya çalıştıklarının bilincinde olmadan tamamen yasal çerçevede karar verdikleri düşüncesine kapılıyor olabilirler (Cross, 2007a: 43).

Yargıçlar yasal model uyarınca karar veriyorlarsa bunu hangi motivasyonla yaptıkları da ayrıca sorulması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruya klasik yaklaşımla verilecek cevap nettir; “çünkü yargıçların görevi budur”. Ancak sosyolojik hukuki yaklaşımların verecekleri cevaplar farklılaşmaktadır. Bunlardan ilki aşağıda stratejik model çerçevesinde ele alınacak kurumsal baskıyla ilişkilendirebileceğimiz “the enforcement theory”nin ileri sürdüğü zorunluluktur. Diğer iki teori birbirleriyle ilişkili “duty theory” ve “duty-based role theory”dir ki bunlar da yine stratejik modelde ve diğer kurumsalcı yaklaşımlarda kendilerini gösterirler. “Görev teorisi”ne göre yargıçlar görev anlayışları uyarınca yasal altlama faaliyetini esas alarak karar verirler. Bu teori bir çeşit diğergamlık unsuruna dayanmaktadır. “Görevi temel alan rol teorisi” ise bir çeşit oyun teorisine dayanır. Yargıçlar, bunlardan ilkinde kendi tercihlerinden feragat ederler ikincisindeyse kendi tercihleri pahasına “oyunun kurallarına” uyarlar; sonuç aynıdır. Yargıçların yargısal güçlerini uyguladıkları kurallardan; yani yasal materyalden aldıklarını ve bu sebeple bu malzameye uymalarının içsel ve işlevsel bir tercih olduğunu ileri süren “tercih teorisi” (the preference theory) ise yargıçların politik tercihleriyle yasal model arasında bir geçişkenlik öngörmektedir. Diğer bir deyişle yargıçlar dışsal değil içsel bir profesyonel zorunlulukla yasaya bağlı tercihler ortaya koyarlar (Gillman, 2001: 486). Aşağıda ele alınacak modellerle birlikte değerlendirildiğinde bu teorilerin tümünün aslında yasal modelin tekbaşına geçerli olmadığı düşüncesine dayandığı anlaşılabacaktır (Cross, 2007a: 44-45).

Yasal modelin işlerliğini izaha çabalayan bu teorilerin de birtakım arızaları olduğu şüphesizdir. Örneğin yasal modelin yargıçların zorlanma altında olmaları sebebiyle çalışacağını ileri süren “enforcement theory”nin yargıçların kendilerini zorlayacak aktörlerle aynı fikirleri paylaşmaları hâlinde yasal sınırlılıklara neden uyulacağını izah edemeyeceği açıktır. Yukarıda değindiğimiz gibi yasal model az ya da çok yasal materyalin belirleyiciliğine dayanmaktadır. Yargıçların yasal materyalle çalışma görevini üstlendiklerini ileri süren bu yaklaşım, H. L. A. Hart gibi pozitivistlerin dahi kabul ettiği hâliyle dilin kendine özgü belirsizliklerinin sebep olacağı karmaşayı açıklayamayacaktır. Daha evvel belirtildiği ve ileride de değinileceği gibi hukuki realizmin altını çizdiği ve eleştirel hukuk çalışmalarının bir ileri aşamaya taşıdığı dilin bu belirsizliğinin bir sonucu olarak yargıçların benzer vakalarda farklı doğrultuda hüküm vermeleri de bu koşullarda sürpriz olmayacaktır (Cross, 2007a: 60-61).

Bu belirsizlik yasal materyalin “doğru” kullanımına ilişkin farklı yaklaşımlar gelişmesine sebep olmuştur. Yargıçların mevzuata ya da emsal kararlara göre sonuca varacağını kabul etsek dahi bu materyalin nasıl kullanılacağı sorusunu cevaplamadan tartışma nihayete ermeyecektir. Bu da kaçınılmaz olarak hukuk metodolojisi ve bu yöntemlerin arkasında yatan felsefi bagajı tartışmayı gerektirecektir. Bu tartışmada benimsenen fikirlere göre yasal malzemenin kullanımını yasal model

çerçevesinde değerlendirmek kadar diğer modellerle izah etmek de mümkün olacaktır. Dolayısıyla bu tartışmaya diğer teoriler ele aldıktan sonra tekrar değinilecektir.

Sonuç olarak; klasik doktrinel yaklaşımın hukuki akıl yürütmeye ve dilin yapısına ilişkin varsayımları sorunsallaştırılmalı ve bu kapsamda nitel ya da nicel çalışmalar yürütülerek yasal modelin gerçekte ne zaman, ne derecede ve ne kadar etkili olduğu araştırılmalıdır. Bu araştırma nitel olabileceği gibi nicel de olabilir. Yasal malzemenin özellikle esasa ilişkin hususlarda ölçülebilir hâle getirilmesi güç olmakla birlikte örneğin Frank Cross, temyiz mahkemeleri üzerine yaptığı ve usule ilişkin düzenlemeleri analiz eden ampirik bir çalışmada, tüm metodolojik zorluklara ve sınırlılıklara rağmen yasal faktörlerin ideolojiden daha etkili olduğunu ileri sürmüştür (Cross, 2007a: 67-68).

1.2.2. Tutumsal Model

Diğer bir model olan tutum teorisi (attitude theory/model) ya da tutumsal model (attitudinal model) sosyal bilimlerde inkişaf eden davranışsalci ekolün hukuk çalışmalarını etkilemesiyle doğrudan bağlantılıdır. Teori, yukarıda saydığımız gelişmelere paralel olarak ortaya çıkmıştır. Bu sebeple disiplinlerarası çalışmaları benimseyerek bu modeli geliştiren isimlerin örneğin psikoloji gibi alanlardaki çalışmalardan ilham almış olmaları şaşırtıcı değildir (Segal ve Champlin, 2018: 18).

Yargısal davranış literatüründe sıklıkla birbirlerini ikame eder şekilde kullanılmakla birlikte ideoloji, tutum ve tercih (preference) birbirlerinden farklı anlamlar taşımaktadır. İdeoloji, siyasal ideoloji anlamında kullanılıp yargıçların, hükümetin ve yargının rolü üzerine düşüncelerinden toplumsal meselelere kadar sayısız düşüncesini kapsayacak şekilde geniş bir kullanımı bulunmaktadır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne ilişkin literatürde yargıçların ideolojileri “liberal ve muhafazakâr” olarak sınıflandırılmaktadır. Tutum ise ideolojiden daha spesifik bir anlam taşımaktadır. Bir yargıcın tutumundan bahsederken tekil bir konuya yaklaşımı kastedilmektedir. Daha açık bir ifadeyle ideoloji birtakım konularda farklı tutumlar takınılmasını gerektirebilecek dünya görüşüne karşılık gelmektedir. Politik tercihlerse yargıçların, önlerine gelen vakada alternatif politikalar arasından yapacakları bir seçimdir (Braman, 2009: xvi).

Tutum teorisi kabaca, yargıçların oy verme davranışlarının; değer yargıları, geçmiş tecrübeleri ve sosyal koşullar altında şekillendirdikleri ideolojileri, tutumları ve politika tercihleri doğrultusunda değişiklik gösterdiğini ileri sürmektedir (Brace ve Hâll, 1993: 916). Teorinin önde gelen isimlerinden Segal ve Spaeth, geleneksel kamu hukuku doktrininin hukuk düzenlemeleri uyarınca işletilen yargısal argümantasyon ve karar verme anlayışını, yargıçların daha evvelden ideolojik olarak verdikleri kararları aklama/rasyonelleştirme ya da gerçeği perdeleme girişimi olarak değerlendirmektedirler (Segal ve Spaeth, 2002: 53). İki yaklaşım arasındaki temel fark, hukuk felsefesinde pozitivizmde ve

realizmde izdüşümleri olacak şekilde yargıçların hedeflerine ilişkindir. Yasal modelin öngördüğü yargısal karar verme sürecinde yargıçların “doğru kararları” hedeflediği (accuracy goals) varsayılırken; tutum modelinin öngördüğü yargısal karar verme sürecinde yargıçların politik tercihlerine en uygun sonuçları hedeflediği (directional goals) varsayılmaktadır (Baum, 2018: 117).

Tutum modeli doğrultusunda yapılan çalışmalar, yargıçların ideolojileri ve değer merkezli tutumlarının tespit ve ölçümelerini birkaç farklı yöntemle gerçekleştirmektedirler. Bunlardan ilki, yargıçların verdikleri kararların tercihlerini ortaya koyduğu varsayımıyla oylara odaklanmak şeklindedir (Pritchett, 1941; Schubert, 1965; Martin ve Quinn, 2002) Yargıçların atanmalarını sağlayan politik aktörlerle benzer politika tercihleri olacağı kabulüne yaslanılması da mümkündür (Håll ve Brace, 1993). Varsa yargıçların üye oldukları partiler de bir gösterge olabilir (Braman, 2009: 5). Yargıçların kamuya yansıyan özellikleri temel alınarak basın yoluyla edinilen bilgilere başvurulması bir diğer yöntemdir (Segal vd., 1995). Son olarak; somutlaştırılması pek çok diğer etkene göre kolay olan, yargıçların kökenlerini (kır-kent, anne ve babalarının kamu görevinde bulunmuş olması vb.) kariyerlerini (avukat ya da yargıç kökenli olmaları) maddi durumlarını, yaşlarını, daha evvel suç mağduru olup olmamaları gibi kişisel tecrübelerini ve sosyal aidiyetlerini (social background) (din, cinsiyet, sosyal sınıf vb.) içerecek şekilde kişisel özelliklerine (personal attribute) dayanan tutum araştırmaları da mevcuttur (Tate & Handberg, 1991). Bu değişkenlerden bir kısmının yargıçların atama sürecinde (preappointment screening process) zaten değerlendirmeye tâbi tutulduğu ve böylece yargısal karara etkilerinin sağlıklı ölçülemeyeceği de ileri sürülen fikirler arasındadır (Cross, 2007a: 69-70, 72). Benzer bir durum, bu özelliklerin ideolojiyle çakışması hâlinde de ortaya çıkabilir. Diğer bir deyişle karara etki eden değişkenin ideoloji mi yoksa sosyal aidiyet/profil mi olduğu her zaman kolayca ayırılmaz (Cross, 2007a: 74-75).

Çoğu sosyal aidiyetin yargısal kararlar üzerinde değişen düzeylerde etkili olduğu ve bu etkinin farklı vakalarda değişkenlik göstereceği ileri sürülmektedir. Örneğin gey hakları konusunda, yargıcın azınlık mensubu ve kadın olması ya da genç olması oyun lehe kullanılmasında etkili olabilmektedir. Yine din etkeni de gey haklarına ilişkin kararlarda önem arz etmektedir (Cross, 2007a: 73-74, 93). Ayrıca aynı çalışmada sosyal aidiyetlerle ideolojik oy verme davranışı arasındaki ilişki de araştırma konusu yapılmıştır ve yaş ile ideolojik oylar arasında anlamlı bir ilişki tespit edilememiştir. Buna karşılık Yahudi olmakla belirli bir düzenlemeye ilişkin kararlarda (first amendment cases) muhafazakâr oy kullanmak arasında ilişki tespit edilmiştir (Cross, 2007a: 80, 83). Ancak Cross’un çalışmasında sayılan etkenlerden en büyüğü yargıçların varlıklı olup olmamalarıdır. Varlıklı yargıçların, muhafazakâr oy kullanma eğiliminin küçük ama istatistiki olarak önemli ölçüldüğü; ancak bu etken de dâhil tüm faktörlerin yukarıda zikrolunan atama süreciyle birlikte değerlendirilmesi

gerektiği ileri sürülmüştür. Zira atama sürecinde yargıçların tâbi tutulduğu eleme ölçütleri ideolojiyi bu etkenlerin önüne geçirmektedir (Cross, 2007a: 87, 92).

Yapılan pek çok çalışma, tutum modelinin bütün bir yargısal karar verme sürecini açıklayamadığını; hukuki, stratejik ve çevrenin politik koşullarına ilişkin faktörlerin de yargısal davranışta etkin olduğunu göstermektedir. Hesaba katılması gereken bu etkenlerin yanı sıra tutum modeli için önem arz eden ideoloji değişkeninin her bir vaka için değişen oranlarda etkili olduğu da ileri sürülmektedir (Cross, 2007a: 38; Segal ve Champlin, 2018: 17). Bu noktada ne tip vakalarda yargıçların hangi derecede politik tercihlerine dayandıkları ve hangi derecede geleneksel hukuk metotlarına riayet ettikleri ayrıca araştırılmalıdır (Epstein ve Knight, 2018: 55). Zira mahkeme heyetlerinin ideolojik dağılımının yasal materyale uygun karar verilip verilmeyeceği noktasında etkili olabileceği ileri sürülmektedir (Cross, 2007a: 21). Bunun yanı sıra tutum modeli temel alınarak yürütülen çok sayıda çalışma yargıçların benimsedikleri tutumların zamanla değişkenlik gösterebileceğini de ileri sürmekte ve dinamik tutum modelleri önermektedir (Cross, 2007a: 38; Martin ve Quinn, 2002; Tate ve Handberg, 1991).

1.2.3. Stratejik Model

“Kurumların stratejik teorisi” ya da “yargı alanında rasyonel tercih teorisi” olarak da adlandırılan (Ergül, 2003: 43) stratejik model de tutum modeli gibi yargıçların politik tercihlerine odaklanır. Ancak tutum modeli daha çok psikoloji temelli iken stratejik modelin ekonomik rasyonel aktör modeline dayandığı söylenebilir (Martin ve Quinn, 2002: 135). Tutum modelinden farklı olarak yalnızca politik tercihlerin değil her türlü motivasyonun stratejik model dâhilinde dikkate alınması mümkündür. Stratejik modelde ideolojik tercihleri bulunan yargıçlar, rasyonel ve çıkarlarını ençoklaştırmaya çalışan aktörler olarak, stratejik davranırlar; kararlarını verirken, diğer devlet organlarının, kamuoyunun, baskı gruplarının, hukukçuların ve hatta kendi kurumlarında bulunan diğer üyelerle birlikte başka mahkemelerin verecekleri reaksiyonu da değerlendirirler (Epstein, 2016: 2066-2067; Epstein ve Knight, 2018: 48-49).

Stratejik modelin üç temel kabulünden bahsedilebilir. Bunlardan ilki yargıçların hedeflerine yönelik hareket ettikleridir. İkincisi yargıçların stratejik karar vericiler olarak ilişkili aktörlerin tercihlerini ve olası hamlelerini hesaba katarak hareket ettikleridir. Zira aksi hâlde hedeflerine ulaşmaları bu kurumlar tarafından engellenebilir. Böylelikle diğer kurumların kararlarını geçersiz kılmasını önlemek için politik tercihlerini erteleyebilirler. Son olaraksa yargıçlar içlerinde bulundukları kurumsal yapıları da göz önünde bulundurarak karar verirler. Bu kurumsal sınırlandırmalar, kendi kurumlarından kaynaklanabileceği gibi dışsal birtakım kurumsal sınırlamalar da mümkündür. Sınırlamalar formel şekilde olabileceği gibi informal de olabilir (Epstein ve

Weinsh ll, 2021: 3-10; Epstein ve Knight, 2018: 49).  şsel sınırlandırmalar; mahkemeler arası hiyerarşiye ya da yargılamayı gerçekleştiren kurumun heyetten ya da tek h kimden müteşekkil olmasına bağlı olarak değişiklik gösterebilir. Çoğunluk görüşlerinden, üyeler arasındaki iletişime kadar pek çok husus, yargıçlarının oy ve gerekçelerinde farklılıklar meydana getirebilir (Epstein ve Knight, 2018: 50-51).

Dışsal kurumsal etkenler söz konusu olduğundaysa ilk akla gelen şüphesiz diğer devlet erkleriyle ilişkilerdir. Yargı organı hedeflerine ulaşmak için yasama ve yürütme organının hamlelerini de hesaba katmak zorundadır (Epstein ve Knight, 2018: 52). Klasik hukuki yaklaşım ya da yasal model, yargıçların önceden ortaya konmuş düzenlemeler uyarınca karar verdiklerini varsayar. Dolayısıyla yargıçlar vakayı geriye dönük olarak değerlendirmeye tâbi tutarlar. Buna karşın stratejik model, yargıçların olası reaksiyonları göz önünde bulundurarak hareket ettiklerini, dolayısıyla vakaları geleceğe dönük olarak ele aldıklarını ileri sürmektedir. Bunun sonucunda ise mahkemelerin içtihatları, uyum sağlama eğilimi gösterdikleri kurumlara göre zamanla değişebilir. Yargı organlarının stratejik davrandıkları varsayımı şüphesiz yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişir nitelikte görülebilir. Yargı organlarının bağımsızlığından ilkesel düzeyde bahsedilse de daha evvel değinildiği gibi beklentilerle “gerçekte olan” arasında farklılık bulunması kaçınılmazdır. Kaldı ki, erkler arasındaki bu ilişkinin denge ve denetimin bir parçası olduğunu savunmak da mümkündür (Cross, 2007a: 96).

Yargı organlarını sınırlandıran kurumlar diğer yargı organları olabileceği gibi (judicial reversal theories) kurumsal sınırlandırma diğer devlet organlarının yargıyı sınırlandırması şeklinde de gerçekleşebilir. Anayasa yargısı yasa koyucunun düzenlemelerini iptal gücüne sahip olsa da yasamanın aynı ya da benzer düzenlemeleri yeniden ortaya koyma yoluna giderek yargı kararını işlevsiz hâle getirmesi mümkündür (Eskridge, 1991: 332). Bunun yanı sıra yargısal denetimin alanını daraltacak, iptal kararlarını güçleştirecek,  yeleri su landıracak veya azledecek, özlük haklarını etkileyecek ya da atama süreçlerini değiştirecek düzenlemelere ve mahkemelerin b t  lerinin kısıtlanması gibi uygulamalara da imza atılabilir (Cross, 2007a: 113; Epstein, 2016; Rosenberg, 1992: 377; Segal vd, 2011). Bazı durumlarda yargı organları, yasama ya da yürütmenin kamuoyunun tepkisinden, kendi içinde bulundukları ittifak yapılarından ya da uluslararası reaksiyondan çekinerek sorumluluğunu üstlenmekten kaçındığı konularda bizatihi bu organlar tarafından kendi almaları gereken  etin kararları almaya zorlanabilirler (Lovell, 2001; Pickerill ve Brough, 2018: 41). Dahası gelişmekte olan ülkeler üzerinde yapılan bazı çalışmalar, hükümetlerin yargı organlarına yönelik ilgadan fiziksel şiddete varan çok farklı yaptırımlar uygulayabildiklerini göstermektedir (Helmke, 2002: 292). Mahkemeler de bu organlara karşı incelemeden kaçınma ya da hükümetin gücünü tartarak

hareket etme (zayıflayan hükümetlere karşı daha aktif bir davranış sergilemek) gibi yollar izlemektedirler (Dahl, 1957; Epstein ve Knight, 2018: 53; Helmke, 2002: 291).

Yargı organlarının karar verirken reaksiyonlarını göz önünde bulundurma olasılığı yüksek bir diğer grupsa kamuoyudur. Bu fikre öncülük eden çalışma Robert Dahl'ın 1957'de yayımlanan Yüksek Mahkeme'yi politik bir özne olarak gören makalesidir. Dahl, eserinde Yüksek Mahkeme'nin karar alırken baskı grupları ve kamuoyunu kapsayan "ittifakın" (dominant national alliance) politik tercihlerinden tamamıyla ayrılamayacağını ileri sürmektedir (Dahl, 1957). Yazara göre Yüksek Mahkeme, parçası olduğu ulusal ittifakın görüşlerine paralel kararlar verir ve meşruiyetini de bundan alır (Dahl, 1957: 293).

Kamuoyunun etkisini bu çerçevede inceleyen; "stratejik davranış" ya da "politik uyum" (Giles vd., 2008: 294-295) hipotezine dayanan çalışmalar, yargı organlarının diğer devlet erklerine karşı konumlarını sağlamlaştırabilmek için toplumsal desteğe ihtiyaç duyduklarını ileri sürmektedirler (Friedman, 2010). Yargıçlar, aynı zamanda elde ettikleri meşruiyetle muhataplarının verdikleri kararlara uymalarını veya bu kararları uygulamalarını beklerler (Enns ve Wohlfarth, 2018: 184). Aynı sonuç yargının yasama ve yürütmeyle ilişkileri çerçevesinde de ortaya çıkar; yasama ve yürütme toplumun yaygın kanaatlerine göre hareket etme eğiliminde olduklarından yargının da stratejik davranma eğiliminde olacağı ve bunun sonucunda toplumsal beklentilere cevap vermek üzere kararlarını sınırlandıracağı düşünülebilir (Hall, 2014: 352). Ancak farklı bir açıklama da mümkündür; farklı aktörlerin reaksiyonlarının hesabına dayanan "stratejik davranış" yaklaşımına alternatif olarak yargıçların değişen kararlarının kamuoyunun baskısıyla değil yargıçların tutumlarının zamanla değişmesiyle ortaya çıktığını ileri sürülen "tutumsal değişim" yaklaşımı kabaca yargıçların da toplumla benzer görüşleri paylaşmalarının mümkün olduğunu ileri sürmektedir (Giles vd. 2008: 295). Gerçekten yargıçlar da toplumun birer üyesi olduklarına göre toplumun beklentilerinin yargıçların kendi beklentileriyle uyuşması ihtimalini de yok saymamak gerekir (Epstein ve Knight, 2018: 54).

Kamuoyunun yargısal karar verme sürecine etkisini inceleyen yaklaşımların farklı nicel analizlere dayandıklarını, açıklayıcı ve fakat aynı zamanda kesinlikten uzak sonuçlar ürettiklerini belirtmek gerekir. Zira kamuoyunun kararla ilgilenip ilgilenmediği, mahkemenin yargı hiyerarşisi içindeki konumu, yargıçların politik tercihleri ve somut olay, kararla kamuoyu arasındaki etkiyi azaltıp arttıracak faktörler olabilirler. Toplumun ilgilendiği kararlar söz konusu olsa dahi yargıçların ideolojik tercihleri toplumsal sınırlamanın düzeyini etkileyebilmektedir (Giles vd. 2008: 303- 304). Ayrıca toplumun dikkatini çekmemiş vakalarda da yargıçların kendilerini içselleştirilmiş bir sınırlamaya tâbi hissettiklerini iddia eden çalışmalar vardır (Burton, 1992: 44). Tekrar belirtmek gerekir ki, bu konuda

yapılan çalışmalar nicel olsalar bile birbirine zıt sonuçlar ortaya koyabilmektedirler (Enns ve Wohlfarth, 2018: 185).

Ayrıca özellikle yargısal geri çevirmeye –yargı organının kararının diğeri bir yargı organı tarafından uygulanmaması ya da bozulması vd.- dayanan stratejik bir yargısal karar verme davranışından bahsettiğimize akla ilk gelen içtihatlarla uyumlu karar verme davranışının, stratejik modeli mi yoksa yasal modeli mi doğruladığını saptamak da tek başına nicel bir analizle mümkün olmayabilir (Cross, 2007a: 122).

Yargıçların, toplumsal değeri, baskı gruplarına ya da hükümete uyum sağlama eğilimleri dönemsel olarak da değerişiklik arz edebilir. Savaş dönemlerinde yargı organlarının hükümetlerle daha uyumlu bir tutum sergiledikleri yönündeki bulgular buna örnek gösterilebilir (Epstein vd., 2005; Staudt, 2011).

Stratejik modeli destekler nitelikte sonuçlara ulaşmış çalışmalar olmakla birlikte Jeffrey Segal tarafından yapılmış bir alışma Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının karara ulaşırken, Kongre’nin çoğunluğunu politik tercihlerine nazaran daha az dikkate aldıklarını ileri sürmektedir (Cross, 2007a: 114; Segal, 1997: 42). Dolayısıyla mahkemelerin basitçe çoğunluğun fikirleriyle uyumlu kararlar vereceğeri fikri sorgulanmaktadır. Bu çerçevede verilecek kararın etki edeceğeri alan da önem taşıyabilir. Mahkemeler tarafından ortaya konacak kararların ve buna bağılı gelişen doktrinin makro düzeyde çoğunluğun düşüncesiyle uyumlu olacağı düşünülebilirse de tekil yargılamalarda (Keck, 2007) yargıçların, her zaman tutum modelinin öngördüğeri ya da politik angajmanlarının düşündürdüğeri şekillerde oy vermedikleri, buna karşın “kurumsal görev anlayışıyla” hareket edebilecekleri de ileri sürülen bir diğeri yaklaşımdır (Pickerill ve Brough, 2018: 41).

En kaba hâliyle üyelerine “görev anlayışı” yüklediğeri varsayılan “kurumları” temel alan ve bu kurumların süreklilik ya da tarihsel olarak değerişkenlik gösteren görevlere ve perspektiflere sahip olduklarını ileri süren siyaset bilimi yaklaşımına “tarihsel kurumsalcılık” denilmektedir. Yasal modelin hukuki düzenlemelere, tutum modelinin ideoloji ve politika tercihlerine, stratejik modelin yargıçlara ve diğeri aktörlere yüklediğeri anlamı çeşitli düzeylerde her bir faktör için kabul eden “tarihsel kurumsalcılık” (Baum, 2018: 115) şemsiyesi altında toplanan yaklaşımlar; yargıçların hukuk tarafından sınırlandırıldığını ama aynı zamanda yargıçların otoritesinin de hukuktan kaynaklandığını varsayarlar. Hukuksa ideolojiden bağımsız değeriildir; hukukun çerçevesini de ideoloji oluşturmaktadır (Pickerill ve Brough, 2018: 39-40). “Kurumların pozitif teorisi” olarak da adlandırılan “stratejik model”, kurumları dikkate alsa da bunu yapmaktaki amacı yargıçların oylarını, kurumlar arası ya da kurum içi ilişkilerin nasıl etkilediğini tespit etmektir. Ancak bu kurumların özünde karara etki eden birtakım hukuki etkenler de bulunabilir. Dolayısıyla yargıçların politik tercihlerini stratejik olarak

etkilemenin dışında kurumların üyelerini içerisine ittiği, yukarıda bahsettiğimiz “kurumsal görev anlayışı” gibi, politik misyonlardan da bahsetmek mümkündür. Bu misyon öyle bir yönlendirmedir ki, üyeler çoğu zaman bunun farkında dahi olmayabilirler. Bu bakış açısına göre stratejik model ya da tutum modeli yargıçların oylarının arkasındaki motivasyonu tam olarak vermezler. Zira bu modeller sadece oya bakarlar. Örnek vermek gerekirse muhafazakâr bir yargıç, muhafazakâr bir oy kullandığında bu oyun ideolojik tercihlerle mi yoksa yargıcın rolüne ilişkin muhafazakâr bir yaklaşım sebebiyle mi kullanıldığı sorusu stratejik model ve tutum modeli tarafından yanıtlanmamaktadır (Braman, 2009: 6; Pickerill ve Brough, 2018: 39-40).

“Yeni kurumsalcı” yaklaşımın bir alt dalı olan “tarihsel kurumsalcılık” fikrinin yargı kurumlarına uygulanmasının öncülerinden Rogers Smith’e göre diğer yaklaşımların göz ardı ettiği şey “hukuki kurumların” kararlara etkisidir. Smith, kurumları geleneksel siyaset bilimi ve kamu hukuku yaklaşımından farklı olarak devletle ve biçimsel hukukla eş anlamlı olarak ele almaz. Böylelikle kurumlar daha esnek daha geçirgen biçimde tanımlanmış olurlar. Yazara göre kurumlar; “[...] sadece devlet kurumları gibi katı organizasyonlar değil aynı zamanda bir politik söylemin belirli geleneklerinin retorik meşruiyet özelliklerinin kalıpları gibi bilişsel yapılar veya popüler inanç sisteminde bulunan çeşitli yardımcı değerlerdir”. Böylelikle kurumlar arka planları uyarınca, içlerinde faaliyet gösteren üyelere roller yüklerler ve üyeler bu etki altındaki “anamlı eylemleriyle” kurumları yeniden şekillendirirler (Smith, 1988: 91). Bu eylemler yorumsamacı bir perspektifle incelenirler. Diğer bir deyişle, tarihsel kurumsalcılık açısından aktörler diğer modellerden farklı olarak rasyonel ve çıkarlarını ençoklaştırmaya çalışan aktörler olmak zorunda değildirler. Bu sebeple tarihsel kurumsalcılık, “yorumsamacı kurumsalcılık” olarak da adlandırılır. Bu fark “kurumların pozitif teorisi” olarak da anılan stratejik modelle aralarındaki en önemli farklardan birisidir (Clayton ve May, 1999: 238-240).

Tarihsel kurumsalcılık çatısı altındaki bazı çalışmalar aynı zamanda siyasetin hukuku nasıl inşa ettiği sorusuyla da ilgilenmiştir. Dahl’ın yukarıda değindiğimiz çalışmasından esinlenen “politik rejim” yaklaşımı olarak da bilinen bu yaklaşıma göre mahkemelerin benimsedikleri hukuk doktrinleri siyasi tartışmalar ve gelişmelerle şekillenirler ve zamanla değişkenlik gösterirler. Özellikle sıkça karşılaşılan “siyasetin yargısallaşması” tartışmaları bakımından da anlamlı görülebilecek bu yaklaşım, yargıçların kendilerini atayan baskın siyasi koalisyonların beklentilerinden tümüyle bağımsız olamayacaklarını ileri sürmektedir. Bu ilişkilerin etkisiyle mahkemeler pek çok açıdan siyasete dâhil olabilirler (Pickerill ve Brough, 2018: 40).

Mahkeme kararlarının siyasi değişiklikler ve doktrindeki değişiklikler yoluyla şekillenmesi fikri aslında tutum modelinin esas malzemesini oluşturan oyların arkasındaki motivasyonlara ilişkin

cevaplamadığı soruya yanıt bulma çabasıdır. Yargıçlar kendiliğinden liberal ya da muhafazakâr oldukları için değil, gündelik siyasetin ve siyaset düşüncesi yoluyla şekillenen hukuk doktrininin bir sonucu olarak liberal ya da muhafazakâr pozisyonlar alırlar (Pickerill ve Brough, 2018: 40).

Smith'in tarihsel kurumsalcı yargı kurumu anlayışıyla “politik rejim” yaklaşımını birleştiren Clayton ve May, yargısal kararların; mahkemelerin üyelerine yüklediği mesleki rollerinin, görev anlayışlarının ve yargıçların mevzuatın en otantik olduğuna inandıkları hukuki yorumlarının etkisinde şekillendiğini ileri sürerler. Buna karşılık yargıçların politika tercihleri kararlarda etkili olmakla birlikte kurumsal perspektifler ve yargıçların edindikleri roller tarafından sınırlandırıldıkları için tek başlarına belirleyici değildirler (Clayton ve May, 1999: 234, 239). Ayrıca hukuk doktrini, emsal kararlar ve belirtildiği şekliyle mevzuatın yorumuna ilişkin hukuki unsurlar da kararlar üzerinde etkilidirler (Clayton ve May, 1999: 248).

Doktrin, emsal kararlar, mevzuat gibi hukuksal sınırlandırmaların etkisine yönelik nicel araştırmaların yanında nitel analizler de bulunmaktadır. Genellikle yine tarihsel kurumsalcılık ekseninde değerlendirebileceğimiz bu çalışmalar hukuki etkenlerin tek başına bütün bir karar verme sürecini açıklayamayacağını ancak önemli ölçüde etkili olduklarını ileri sürmektedirler. Temel olarak aşağıda değinilen “jurisprudential regime” teorisinin niteliksel versiyonu olarak görülebilecek bu çalışmalar, mahkemelerin belirli konularda “izlek bağımlılığı” (path dependency) içerisinde, önceki kararlarını dikkate alarak, hukuk doktrini çerçevesinde yaptıkları yorumlar yoluyla yeni vakalara cevaplar ürettiklerini savunmaktadırlar (Baum, 2018: 124). Bu kapsamda yargıçlar, yukarıda Sagel ve Spaeth'e atıfla dile getirilen kendi politik tercihlerini rasyonalize etme ve maskeleye saikiyle olsa dahi bir hukuk metodolojisi inşa etmişlerse bu metodoloji gelecek yargıçlar için kurumsal bir sınırlandırma, tarihsel bir izlek olarak değerlendirilebilir (Barkow, 2005: 1073-1074).

1.2.4. Hibrit Modeller

Buraya kadarki yaklaşımlar yasal modelin aksine büyük ölçüde siyasetin ya da sosyal ve beşerî etkenlerin yargısal kararları şekillendirdiği kabulüne dayanmaktadır. Ancak tarihsel kurumsalcı yaklaşımlarda değindiğimiz, hukuki etkenler olarak adlandırabileceğimiz yasal düzenlemelerin ve emsal kararların da yargısal karar vermede etkili olduğu muhakkaktır. Bu noktada yasal model kadar determinist olmayan ancak tutum modeli kadar da hukuku göz ardı etmeyen birtakım hibrit modellerden bahsetmek mümkündür (Bartels, 2009: 475).

Yasal gerekliliklerin yargısal karar vermede tamamen göz ardı edilemeyeceği hukuk doktrini ve disiplini açısından tartışmasızdır. Yasal değişkenlerin ölçülmesinin güçlüğü bunların nicel analize tâbi tutulmasını güçleştirmektedir. Bu durum çoğu sosyo-legal çalışmanın yasal sınırların etkisini

ölçülemediği için görmezden gelmesine sebep olmaktadır. Bununla birlikte yasal gerekliliklerin yargısal karar üzerinde ideolojilerden daha büyük etki oluşturduğunu ileri süren çalışmalar da bulunmaktadır (Cross, 2007a: 7).

Emsal kararlara bağlılık (stare decisis), nispeten kolay gözlemlenebildiği için hukukun yargısal karar vermede sınırlandırıcı bir etkiye sahip olduğunu ileri süren ampirik çalışmalarda çokça yer almıştır (Baum, 2018: 123; Pickerill ve Brough, 2018: 44). Ancak geri kalan hukuki araçların göz ardı edilmesini bir kenara koymuş olsak dahi emsal kararların ne denli sağlıklı ölçümlere tâbi tutulabileceği tartışmalıdır. Karar verme sürecinin kendisine has karmaşıklığı araştırma sonuçlarını geçersiz kılabilir. Hukuki düzenlemeler, sonuçlar üzerinde her zaman saf determinist bir etkiye sahip olmayabilirler (Bartels, 2009: 475). Bunun yerine karar verme sürecinde bir çerçeve işlevi taşıyabilirler (Richards ve Kritzer, 2002).

Yargısal karar vermede hukuksal sınırlandırmaların etkisinin ölçülmesine yönelik en çok atıf alan çalışmalardan Jeffrey Segal ve Harold Spaeth'in araştırması, emsal kararların politik tercihleri çok küçük bir oranda (%12) sınırlandırabildiğini ileri sürmektedir (Segal ve Spaeth, 1999: 288). Yasal materyalin ve içinde bulunan hukuk sisteminin, yargıçları ne ölçüde sınırlandırdığı nispeten yeni çalışılmakta olan bir konudur ve çalışmaların sonuçları oldukça büyük farklılıklar göstermektedir (Benesh ve Spaeth, 2007: 756).

Yargıçlar, çeşitli sebeplerle, özellikle yasal düzenlemelerin açık biçimde kendi tercihleriyle çeliştiği kanaatinde olduklarında, tercihlerini az ya da çok geri planda tutabilirler. Rasmusen, yargıçların doktrin ve emsal kararlarla uyumlu karar vermelerinin kendilerinden sonra gelecek yargıçlar üzerindeki etkilerini temin etmek amacı taşıdığını ileri sürmektedir. Bu sebeple yargıçlar, davranışlarını sınırlayarak ilgili sistemin meşruiyetine katkı sunarlar (Rasmusen, 1994).

Bir diğer neden hukuki öngörülebilirlik ilkesine yönelik beklenti olabilir; emsal kararlara yapılan atıflarda çoğu zaman hukuki belirliliği sağlama amacı taşındığı kabul edilmektedir. Ayrıca yargıçların benzer vakalarda emsallere uygun karar vermelerinin işyüklerini hafiflettiği bu sebeple emsal kararlara başvurdıkları da ileri sürülen nedenler arasındadır (Posner, 1993: 39-41).

Benzer doğrultuda, emsal kararlara bağlılık/süreklilik (legal principles of stare decisis), yargısal sınırlandırma (judicial restraint) ve metne sıkı bağlı yorumlama (strict interpretation) ilkelerinin yargısal davranışı sınırlandırdığı ileri sürülmektedir (Bailey ve Maltzman, 2008). Yine benzer konularda yargıçların seçilmiş yetkililere göre daha az ideolojik davranma eğiliminde oldukları ve bu durumun da hukuki sınırlamalar neticesinde ortaya çıktığını ileri süren çalışmalar yapılmıştır (Bailey ve Maltzman, 2011). Aynı çalışmalara göre, yargıçların emsal kararların sınırlayıcı etkisine uyumları dönemsel olarak da değişiklik gösterebilir (Bailey ve Maltzman, 2008, 2011).

Emsal kararların sınırlandırma etkisine ilişkin bir diğer teori, Türkçe’ye “içtihat rejimi” olarak çevirebileceğimiz “jurisprudential regimes” yaklaşımıdır. Buna göre yargıçlar belli konularda karar verirken, özgürlükler ve hükümetin onları sınırlandırma yetkisi arasında denge sağlamaya çalıştıkları konuya ilişkin kavramları ilgili içtihatlar çerçevesinde değerlendirirler (Richards and Kritzer 2002: 308).

Emsal kararların bağlayıcılığı mahkeme üyelerinin pozisyonlarına göre de değişiklik gösterebilir (Bartels, 2009: 474). Örneğin Rachle Hinkle’nin çalışması, gelecekte kariyer beklentisi olan temyiz mahkemesi yargıçlarının emsal kararlara uyma eğiliminin Yüksek Mahkeme üyelerine kıyasla daha yüksek olduğunu ileri sürmektedir. Yine aynı çalışma, arama ve el koymaları sınırlandıran ABD Anayasası hükmüne (Fourth Amendment) ilişkin davalarda verilen kararların, emsal kararların etkisine ideolojinin etkisine olduğundan daha açık olduğu sonucuna da ulaşmıştır (Hinkle, 2015).

Emsal kararlara göre daha az çalışılan bir diğer hukuki sınırlandırma çeşidi de usule ilişkin yasal düzenlemelerin yargısal kararlara etkisidir. Bu çalışmaların temelinde çoğu zaman esasa ilişkin düzenlemelere göre daha açık şekilde sosyal değişkenlerden izole olduğu varsayılan usul kural ve ilkelerinin kullanımı sorunsallaştırılmaktadır. “Dava şartları” ya da “kabul edilebilirlik koşulları” olarak Türkçe’ye çevrilebilecek “threshold rules” kavramı, başvuru sahiplerinin ya da davacıların mahkemeye başvurmadan önce sağlaması gereken koşulları ifade etmektedir. Yargılama yetkisinden hukuki yarar unsuruna, “açıkça daynaktan yoksunluktan” “başvuru yollarının tüketilmiş olmasına” ve “politik sorun doktrinine” kadar pekçok ilke ya da kural bazıları ideolojik içerik taşımasa dahi kullanımları esnasında politik tercihlere hizmet edebilirler (Cross, 2007a: 178-179). Hatta yukarıda emsal kararlar için söylendiği gibi ekonomik tercihler çerçevesinde hareket ettikleri ve işyüklerini azaltmak için bu kuralları kullandıkları da ileri sürülebilir (Posner, 1993: 39). Geleneksel yasal modelin açıklayıcılığının kanıtı gibi görünse de bu kulların karara etkisinin ideolojik boyutları göz ardı edilmemelidir. Zira yargıçlar karar vermek istemedikleri durumlarda sorumluluktan kurtulmak için yansız görülen bu tip kurallara başvurabilirler. Bu şekilde tutum modeli uyarınca ideolojik karar verebilecekleri gibi stratejik modele uygun biçimde diğer aktörlerle ilişkilerini de hesaba katıyor olabilirler. Bu tip iddiaları destekleyecek anekdotlara dayalı kanıtlar sunmak zor değildir (Cross, 2007a: 182-184).

Richard Pierce tarafından hukuki yarar kuralına ilişkin temyiz mahkemelerinde yapılan çalışma ilgili kuralın kullanımındaki ideolojik boyutun varlığını ampirik olarak destekler mahiyettedir. Buna göre yargıçların ideolojik pozisyonları tarafların hukuki yarara sahip bulunmalarına ilişkin kararlarını etkilemektedir. Ocak 1993’ten Mayıs 1998’e kadarki dönemde Columbia Bölgesi Temyiz

Mahkemesi'nce ele alınan ve %29'u hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle reddedilen 33 vakayı konu edinen çalışmada, çevreci davacıların hukuki yararları bulunmadığı gerekçesiyle reddedilme oranları Cumhuriyetçi yargıçlarda %43.5 iken Demokrat yargıçlarda bu oran %11,1 olarak gerçekleşmiştir (Pierce, 1998: 1760).

Emsal kararlara ve eşik kararlarına ilişkin çalışmalara göre az sayıda olsa da karar vermede hukuki sınırlandırmanın parçası olabilecek başka etkenlerin de çalışmalara konu olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin metodolojik zayıflıklarına rağmen (Baum, 2018: 123) oybirliği üzerine yapılan bir çalışmaya göre “hukuki belirlilik”, mahkemelerde oluşabilecek uzlaşmayı etkileyebilmektedir (Corley, Steigerwalt, ve Ward, 2013).

Yukarıda bahsedildiği gibi yargısal karar verme sürecinin karmaşık yapısı ve hukuk metnlerinin tam olarak ölçülebilir hâle getirilemeyecek yönleri de düşünüldüğünde hem karar verici öznelerin hem de karara etki ettiği varsayılan hukuki etkenlerin özelliklerine göre daha katmanlı biçimde incelenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Brandon L. Bartels, “jurisprudential regime” teorisinden esinlenerek tasarladığı çalışmasında diğer hibrit çalışmalardan farklı olarak hukuk ve ideoloji faktörlerini birbirlerinden bağımsız görmez. Buna göre farklı hukuki etkenler yargıçları farklı düzeylerde sınırlandırır; diğer bir deyişle farklı vakalar ve farklı hukuki etkenler yargıçların tutumlarının verdikleri kararlara farklı düzeylerde yansması sonucunu doğururlar (Bartels, 2009: 475).

Hukuki sınırlandırmalara uygun davranış geliştirilmesini izaha çabalayan bir diğer teori yargıçların hukuk öğrenimi yoluyla sosyalleşmelerini konu edinir. Hukuk öğrenimi ve öğretisi yargıçların hukuki düzenlemelerin normatif oluşunun bir sonucu olarak bu düzenlemeler çerçevesinde karar vermelerini öngörür (Baum, 1997; Braman, 2004; Epstein ve Knight, 1996). Zira kendileri gibi hukuk öğrenimi görmüş diğer profesyoneller (dinleyiciler), yargıçların kararlarını takip ederler ve bu “hukuk camiasının hukuka uygun davranışa yönelik kuvvetli bir beklentisi vardır” (Baum, 2006: 106; Harnay ve Marciano, 2004: 406). Hukuk camiası gibi kamuoyunun da yargıçların hukuki sınırlamalara uyması, daha evvelki kararlara uygun kararlar vererek istikrarı sağlaması ve böylece hukuki belirsizliği azaltmaları yönünde talepleri vardır. Bu talep kamuoyu ve diğer devlet erkleri nezdinde mahkemelerin meşru görülmesi açısından da önem taşır (Epstein ve Knight, 1998). Dolayısıyla kendi tercihlerini yansıtamamak pahasına öngörülebilirliği arttırmak yine yargıçların çıkarlarına hizmet ediyor olabilir (Richards ve Kritzer, 2002). Bu yaklaşım yargıçların da tıpkı diğer aktörler gibi kendi ideolojik ve politik tercihlerine ilişkin gündemleri olduğunu kabul etmekte ancak bu motivasyonlarının diğer aktörlerden farklı olarak hukuki sınırlamalara tâbi olduğunu ileri sürmektedir. Yargıçlar, karar verirken kasıtlı biçimde, politik tercihlerini ortaya koyma amacıyla ya da tutumları

lehine yasal sınırlamaları yok saymazlar. Bunun yerine hukuki akıl yürütme faaliyetini bu motivasyonlar çerçevesinde yürütürler ya da bu motivasyonlara en uygun kararları hukuki akıl yürütme çerçevesinde alırlar. “Karar vermede tutumsal etkiler [...], hem yargıçların içselleştirdikleri hukuk normlarından hem de kişisel politik veya politika tercihlerinden etkilenen psikolojik bir sürecin parçalarıdır (Braman, 2009: 5,7; Pickerill ve Brough, 2018: 43).

Yargıçların verdikleri kararlarda tutumsal önyargılarının ve sair motivasyonlarının rolünü azaltmanın bir yolu olarak hukuki akıl yürütme araçlarının kullanılması yasal modelin bir diğer varsayımdır (Braman, 2009: 5). Hukuki akıl yürütme ve buna bağlı argümantasyon süreçleri, belki sonuçtan daha çok sonucun açıklanması ve/veya gerekçelendirilmesi aşamasında kendisini gösterir. Yargıcın oyu kadar, sonuca katılan oyun farklı gerekçelerinin ya da karşıoylarının dissenting gerekçesi ve kullandığı yöntemler de yargısal karar verme süreci açısından önemlidir. Oy gerekçeleri ve karşıoylar zamanla mahkemenin eğilimini değiştirme ve gündem belirleme işlevine sahip olabilir (Corley ve Ward, 2018). Az çalışılan konulardan olmakla birlikte gerekçelerin, emsal kararların da içinde olduğu yasal materyalin nasıl kullanıldığıyla ilgili önemli ipuçları sunduğu muhakkaktır (Cross, 2007a: 226).

Gerekçeleri incelemek suretiyle mahkemelerin meşruiyet kaygılarının karar verme sürecine etkisini önemseyen teorileri destekleyecek bir çalışma Robert Hume tarafından gerçekleştirilmiştir. Buna göre karşıoy kullanan yargıçların, gerekçelerinde içtihatlarla ve klasik kaynaklara daha fazla atıf yaptıkları ileri sürülmektedir (Hume, 2006). Yine stratejik davranışın bir çeşidi olarak yargıçlar yasamanın denetimini güçleştirmek için daha kompleks gerekçeler yazabilmektedirler (Owens vd. 2013). Kompleks ya da muğlak gerekçeler mahkemelerle kamuoyu arasındaki stratejik dengeler için de araç olarak kullanılabilirler (Epstein ve Weinshâll, 2021: 24). Bu tip çalışmaların varsayımı daha ziyade “çoğunluğun hukuki akıl yürütmesine karşı olma isteğinin tutumsal, stratejik ya da kurumsal faktörlerin bir kombinasyonundan kaynakladığıdır” (Wahlbeck vd., 1999: 507).

Sayılan modellerin karşıoylar ya da farklı gerekçeler üzerindeki açıklayıcılıklarının analiz edildiği çalışmaların yanı sıra yasal modelin açıklayıcılığının konu edildiği bir diğer çalışmada, karşıoyların incelenmesi yoluyla hukukun yargısal kararları ne derece sınırlandırdığını araştıran Benesh ve Spaeth, yargıçların ideolojik karar verdiklerini varsayarlar. Soru, bu kararların hukuk ile sınırlanıp sınırlanmadığıdır. Çalışmada öncelikle karşıoy yazılarında yargıçların anlaşmazlık yaşadıkları hususların hukuki nitelendirmeye ilişkin mi yoksa hukuki sonuca ilişkin mi oldukları araştırılmıştır. Fikir ayrılığının hukuki uyuşmazlığın niteliğine ilişkin olması hâlinde bunun yasal düzenleme içinde kalan ve hukukun sınırlandırıcı etkisine dair fikir vermeyen bir ayrılık olduğu kabul edilmiştir (Benesh ve Spaeth, 2007: 756-757). Söz konusu uyuşmazlıkların olası hukuki sınırlandırma

nedenleri arasında “yasal hüküm, konu ve yetki” değerlendirilmiştir (Benesh ve Spaeth, 2007: 759). Buna göre, çoğu karşıoyun ideolojik ayrılık sonucu verildiği ve etkileri olmakla birlikte nadiren yasal hükme ve konuya isnat edilerek karşıoy verilmesi sebebiyle; hukukun sınırlandırıcı etkisinin ideolojiye göre zayıf kaldığı ileri sürülmüştür (Benesh ve Spaeth, 2007: 766).

Sonuç olarak, yargıçların ideolojileri, politik tercihleri veya stratejik modelin önerisine uygun biçimde daha geniş olarak her tür kişisel motivasyonları⁴ ile yargı kararları arasında yüksek bir korelasyon olduğu ileri sürülmektedir. Segal ve Spaeth, tutumsal modele dayanan çalışmalarında tutumsal modelin yargıçların kararlarının %77’sini doğru sınıflandırdığı sonucuna varmışlardır (Segal & Spaeth, 2002: 319). Bu aynı zamanda %23’lük bir kısmın da açıklanamadığı anlamına gelmektedir. Tutumların ileri sürülen bu etkisinin yasal, kurumsal, sosyal, siyasal, psikolojik vb. sınırları olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira vakadan vakaya, mahkemeden mahkemeye (Epstein vd., 2013), ülkeden ülkeye, dönemden döneme değişiklik gösteren çok çeşitli etkenlerden bahsetmek mümkündür (Epstein ve Knight, 2018: 55-56). Kaldı ki tutumsal ve stratejik modellerin çıkarlarını ençoklaştırmaya çalışan rasyonel insan modeli son dönemde varlığı yaygın kabul gören, çoğu zaman kararlarını uzun uzadıya düşünmeden ve sezgisel biçimde alan insan modeliyle de çelişmektedir (Epstein ve Knight, 2018: 58).

Belki de daha büyük bir tartışma ideoloji ve hukukun birbirlerinden ne kadar ayrı düşünölebilecekleri üzerine yürütölmelidir. Yasal modelin öngördüğü mekanik yargılama esnasında uyulacak hukukun ideolojik bir arka planı olduğu muhakkaktır (Baum, 2018: 115). Bir yargıcın takdir yetkisini kullandığı bir alanda karar verirken ideolojik/politik tercihlerinden izole olması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla tutum modelinin öne çıkarmış olduğu ideolojiyle yasal modelin temel aldığı yasa, içtihat ve sair düzenlemelerin her koşulda bir zıtlık içerisinde olması gerekmez. Daha açık ifade etmek gerekirse; yasal modelin temel argümanı uyarınca yargıçlar, siyaset tarafından şekillendirilmiş hukuk doktrini çerçevesinde hukuka uygun birtakım kararları, bireysel tercihleri bu yönde olmasa da verebilirler (Cross, 2007a: 44). Bu minvalde yargıcın kararı kadar karara giderken kullandığı araçlar da incelenmeye değerdir. Yukarıda argümantasyon bahsinde söylenenlere benzer biçimde, hukuk doktrini ışığında karara ilişkin mevzuatın seçimi de tıpkı oy gibi az ya da çok öznelidir (Baum, 2018: 126). İleride detayları ele alınacak hukuki pozitivizm bahsinde ve H. L. A. Hart’ın dile ilişkin fikirlerinde göröleceğı üzere; yargıcın saf biçimci bir yasal model etrafında karar verdiğini düşünmüş olsak dahi siyasetten bağımsız karar verdiğini söylememiz mümkün değildir. Zira “siyasi olan”, dili araç olarak kullanan “hukuki olana” gömölüdür (Cross, 2007a: 60). Bunun sonucu olarak Baum, yargıçların oylarından çok doktrine ilişkin ideolojik yaklaşımlarının ölçölmesi gerektiğini

⁴ Çok sayıda motivasyon belirlemek mümkün olsa da stratejik model açısından en etkili olabilecek motivasyonun görevde yükselme olduğunu savunan bir çalışma için bkz. Epstein, Lee, William M. Landes, and Richard A. Posner. 2013. *The Behavior of Federal Judges*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

savunmaktadır. Velhasıl yargıçlar, pekâlâ siyaset tarafından ortaya konmuş kuralları yine siyasi elitlerin ya da diğer devlet erklerinin istekleri doğrultusunda uyguluyor olabilir (Pickerill ve Brough: 34-35).

Son dönemde, daha çok hukukçular tarafından kullanılan yasal modeli benimseyen çalışmalar da bu gerçekliği dikkate alarak hukuki yorum ve gerekçelendirme konularını siyasetle birlikte değerlendirmeye başlamışlardır. Bununla birlikte yargısal davranışa ilişkin çalışmalarda baskın hâle gelen tutumsal ve stratejik modelin karşısına koyduğumuz yasal modelin ampirik çalışmalarla, ölçüme tâbi tutularak yanlışılanabilir hâle getirilmesi tutumlara kıyasla daha zor görünmektedir (Sagel ve Spaeth, 1993: 33). Buna rağmen hukuk normlarının karar verme sürecinde yargıcı sınırlandırdığını kabul eden bu yaklaşımları destekleyen teorik çalışmalara ampirik olanlar da eklenmeye başlamıştır (Baum, 2018: 124; Pickerill ve Brough, 2018: 46).

Yargısal kararlara ulaşırken yasal materyalin nasıl kullanıldığı ya da bu materyale nasıl bir anlam atfedildiği sorusu önemlidir. Mevzuatın ya da önceki mahkeme kararlarının taşıdığı “doğru” anlamın belirlenmesinde izlenen hukuk metodolojisi varılan kararın hangi modele dayalı olarak alındığını da göstermektedir. Bir kararın yasalara dayanılarak verilmiş olması o kararın salt yasal model uyarınca alındığı sonucuna ulaşmamızı sağlamaz. Zira benimsenen yorum yaklaşımlarının bizatihi felsefi bagajları bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse; “ABD Yüksek Mahkemesi yargıcı Antonin Scalia metnin ilk anlamına atıfla ‘orijinalizm’ olarak adlandırılan ve bu yorumda bu anlamın esas alınması gerektiğini ileri süren yaklaşımı muhafazakâr olduğu için mi benimsemiştir yoksa bu yaklaşımı benimsediği için mi muhafazakâr çıktılar vermektedir?” sorusu tartışılabilir. Aynı soru demokratik amaçlara göre yorum yapılmasını öneren Yargıç Breyer için de geçerlidir; “Breyer’in en liberal yargıçlardan birisi olması tesadüf müdür?” (Benesh & Czarnecki, 2009: 114).

Buckler ve Gilmore Yüksek Mahkeme üzerine yaptıkları çalışmada “orijinalist” yaklaşımla muhafazakârlık arasında; mevzuatın kabulünden sonra kendine özgü ayrı bir varlık ve amaca ulaştığını ve bunun zamanla değişeceğini ileri süren “yaşayan belge” yaklaşımıyla liberal siyaset arasında ilişki olduğunu ileri sürmektedirler. Yazarlar, emekli mahkeme üyesi Scalia’dan yaptıkları alıntıyla; anekdotlara dayanarak, yargıçların yasal model çerçevesinde karar verdiklerini söylemenin mümkün olduğunu ancak ampirik kanıtların, yargıçların hem politik tercihlerine hem de yasal sınırlılıklara göre karar vermeleri olarak tanımladıkları yargısal realizme uygun biçimde karar verdiklerini gösterdiğini ileri sürmektedirler (Buckler ve Gilmore, 2017: 32). Yargıçlar bu yargısal davranışları çeşitli yorum anlayışları çerçevesinde sergilerler. Çalışmada ele alınan yaklaşımlar orijinalist, yaşayan belgeci, faydacı muhafazakâr yorum anlayışlarıdır. Diğer yaklaşımı benimseyen yargıçların orijinalist yaklaşımı benimseyenlere göre hükümete muhalif oy kullanma noktasında, çalışmada incelenen grup

etkisine daha açık oldukları tespit edilmiştir. Orijinalistlerse vaka tipinin etkisine diğerlerinden daha açık görünmektedirler (Buckler ve Gilmore, 2017: 28).

Hukuk metodunun uygulanmasında hukuki ve kurumsal faktörlerin birlikte etki ettiği tezini destekler mahiyette bir diğer çalışma yine Frank Cross'a aittir. Yazar hukuki belirsizliğin arttığı durumlarda hukuk metodolojisine ya da yasal modelin beklentilerine daha az riayet edileceğini ileri sürmektedir. Yüksek Mahkeme çok daha açık biçimde politik vakalarla ilgilendiği için yargıçların takdir alanı daha geniştir. Esasa ilişkin bu tespitin yanı sıra, çalışmada bu durumun yargı organları arasındaki hiyerarşi ile ilişkili olduğu; alt mahkemelerin yöntem konusunda üst mahkemelere göre daha dikkatli olmak durumunda kaldıkları ileri sürülmektedir (Cross vd., 2012).

Fischman ve Jacobi'nin yürüttüğü çalışma, aynı kabulle yargıçların ne salt yasal malzemeye ne de tercihlerine göre karar verdiklerini ileri sürer. Etkenleri genişletmek için tutum modelinde karşılaştığımız tek boyutlu ideoloji skalasına yasal boyutu ikinci bir boyut olarak ekler. Çalışmaya göre tutum modelini benimseyen araştırmalar, genelde politik tercihlerine göre karar vermesi beklenen yargıçların bunun dışına çıkmalarını “beklenmedik uyum” ya da sapma olarak tanımlar. Ancak yazarlar, bu durumun örneğin Barkow'un çalışmasında olduğu gibi (Barkow, 2006) belirli tip vakalara has olmadığını (Fischman ve Jacobi, 2015: 7) ve farklı ideolojik yaklaşımları benimseyen yargıçların benzer yönde oy kullanmalarının “beklenen” bir davranış kalıbı uyarınca gelişebileceğini ileri sürmektedir. Bu kalıplarsa yargısal davranışın “metodoloji temelli ikinci boyutuyla” ölçülebilirler (Fischman ve Jacobi, 2015: 2-4). Daha evvel (Schubert, 1965)'te karşımıza çıkan “ekonomik ve politik temelli” iki boyutlu çalışmada olduğu gibi (Graber, 2006) metodoloji temelli ikinci boyut ya da diğer bir deyişle yasal materyale dayalı yargısal karar verme, benzer tutumlar benimseyen yargıçların farklı tutumlar benimseyen yargıçlarla nasıl azımsanmayacak oranda benzer kararlar verdiklerini açıklamaya çalışmaktadır (Fischman ve Jacobi, 2017: 7).

Yasal modelin açıklayıcılığına ilişkin metodoloji odaklı çalışmalarda tıpkı tutumsal modele dayalı çalışmalarda kullanılan liberal-muhafazakâr ayrımında olduğu gibi doğrultunun bir ucunda, yargısal kararlarda kabaca yasal materyalin temel alındığını ya da alınması gerektiğini öne süren “yasalcılık”, diğer ucunda da daha evvel “hukuk-dışı” faktörler olarak tabir edilen yasal materyal dışındaki faktörlere ağırlık veren “pragmatizm” yer almaktadır (Posner, 2009: 40-41).

Yasallık, yukarıda yargısal davranış hedefleri ele alınırken bahsedilen “doğru karar” amacına yönelirken pragmatizm “amaç” unsuruna odaklanmaktadır. Ayrıca literatürde birbirlerine çoğu zaman paralel olan “yasallık” yerine “hukuki pozitivizm”, “metinselcilik (textualism)”, “originalism”; “pragmatizm” yerine “hukuki normativizm”, “amaç odaklılık” ya da “dinamik yaklaşım” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bu kavramlar birebir örtüşmemekle birlikte benzer noktalara işaret

eden benzer doğrultuda kavramlardır. Bu açıdan ilk grup yaklaşımlar normları kurallar olarak ele alırlar; geleneksel hukuk anlayışına dayanacak şekilde hukuku kapalı bir sistem olarak değerlendiriler. İkinci gruptakiler normları takip edilecek ilkeler olarak analize dâhil ederler ve hukuk dışı dünya ile birlikte diğer bir deyişle bağlamla birlikte ele alırlar. Bu çerçevede varsayımları bakımından ilk grubu oluşturan yaklaşımlar yasal modelle ikinci grupsa realizmin etkisindeki diğer modellerle daha uyumlu görünmektedir.

Yargıçların hedefledikleri sonuçlara ulaşmak için benimsedikleri metodolojik yaklaşımlara aykırı davranabilecekleri ve hukuki sınırlamanın hukuk dışı faktörlere nazaran zayıf olduğunu ileri süren bir diğer çalışmaysa yöntembilimsel yaklaşımın sonuçları belirlemede yetersiz kaldığı durumları incelemiştir. Yöntemin sınırladıcı etkisinin, legalistlerin “metnin en iyi yorumu” hakkında ve pragmatistlerin hangi sonucun “en istenen sonuç” olduğu konusunda anlaşılmadıkları durumlarda artabileceği ileri sürülmüştür. Yoruma ilişkin farklı sonuçlara işaret etseler de legalist ve pragmatist olarak iki uca ayrılan metodolojik yaklaşımların, yasal materyalin önemine ilişkin çeşitli derecelerde farklılaştıklarını, bunun topyekûn bir reddiye anlamına gelmediğini belirtmek gerekir (Fischman ve Jacobi, 2017: 6).

ABD Yüksek Mahkemesi üzerine yapılan çalışmalar, yargıçların metodolojik çoğulculuk çerçevesinde hareket ettiklerini; belirli metodolojik yaklaşımları benimsediklerini beyan etmelerine rağmen somut olaylara göre farklı yöntemlere başvurdıklarını göstermektedir. Mahkeme’nin kurumsal olarak uyguladığı yöntemler de zamana bağlı olarak değişkenlik göstermektedir (Cross, 2007b: 179-180).

Frank Cross tarafından 1994 ila 2002 yılları arasında tek tek yargıç oylarını analiz etmek suretiyle yürütülen nicel çalışmada ABD Yüksek Mahkemesi’nin metodolojik yaklaşımı incelenmiştir. “Metinselcilik, yasa koyucunun amacı, ilkeler (canons) ve pragmatizm” olarak sınıflandırılan dört farklı yöntembilimsel yaklaşım ya da unsur ölçümlerde esas alınmıştır. Buna göre ileride tarihsel unsur kapsamında ele alacağımız yasa koyucunun amacına yapılan atıfların oranı zannedildiği kadar düşük değildir. En çok başvurulan yöntem “metinselcilik”dir fakat yasa koyucunun amacına yapılan atıflarla metin odaklı atıflar arasında çok büyük fark yoktur. İlkelere yapılan atıf ilk ikisine göre düşüktür. Pragmatizmin oranı düşük olmakla birlikte yazarın da kabul ettiği gibi ölçülebilir hâle getirilmesi zor olduğu için bu sonuç ortaya çıkmış olabilir. Yine yukarıdaki çoğulculuk iddiasını destekler şekilde yargıçlar kendi benimsedikleri yaklaşımlarla birlikte tüm yaklaşımlara başvurabilmektedirler. Bu sonuca paralel olacak şekilde; çalışma, yargıçların ideolojileriyle seçtikleri yorum yöntemleri arasında açık bir ilişki olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, belki de şaşırtıcı biçimde, “en muhafazakâr yargıçlar tarihsel unsura en mesafeli yargıçlarken, görece liberal yargıçlar bu yaklaşımı en çok

destekleyenlerdir”. Dolayısıyla metodu şekillendiren etken büyük ölçüde ideolojidir. Yazara göre muhafazakâr yargıçlar liberal sonuçlar doğuracağında kendi metodolojik tercihlerinden politik tercihleri lehine taviz verebilirler. Ayrıca muhafazakâr yargıçların, metnin anlamının zamanla değişime uğraması dinamik yaklaşım fikrine karşı olan “originalism”e muhafazakâr doğası gereği daha fazla teveccüh gösterdikleri de ileri sürülmektedir (Cross, 2007b: 1980-1988).

Metodolojik sürekliliğin kararlar üzerinde hukukun sınırlayıcı etkisinin bir göstergesi mi yoksa politik tercihlerin sonucu mu olduğu sorusunu soran bir diğer çalışma benzer şekilde metoda ilişkin teorik kabullerin pratikte beklendiği gibi işlemediğini ileri sürmektedir (Benesh ve Czarnezki, 2009: 115). İlk olarak; orijinalist araçlara başvuranlar muhafazakâr oylar, yasa koyucunun niyetine başvuranlar liberal oylar kullanmaktadır. İkincisi; yargıçlar orijinalizm ve yasa koyucunun niyetine ilişkin yorum unsurlarını tercih ettikleri sonuca göre kullanma eğilimi göstermektedirler. Yazarların da kabul ettiği gibi bu durum; hukuki realizmin, sonuçların hukuki akıl yürütmeden evvel geldiği savını kanıtlar nitelikte değildir. Ancak kullanılan yöntemlerin yargıçların verdikleri “en iyi” kararları gerekçelendirme/aklama girişiminin bir parçası olduğu yönünde bulgular vardır (Benesh ve Czarnezki, 2009: 131-132).

Özetle literatür, yargısal karar verme davranışının üç temel etken etrafında şekillendiğini ileri sürmektedir ve bunlar; hukuk doktrini, mevzuat ve emsal kararlar gibi hukuki etkenler (yasal model), yargıçların politika tercihleri (tutum modeli) ve başka aktörlerin politika tercihleridir (stratejik model) (Baum, 2018: 115). Bu etkenlere değişen oranlarda önem atfeden modellere ise “hibrit modeller” ismi verilebilir. Geliştirilmiş tüm modeller, bu değişkenler içerisinde, çeşitli düzeylerde açıklayıcıdır ve her bir modelin güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Yasal model yargıçların aynı ya da benzer vakalarda farklı doğrultuda kararlar vermelerini açıklayamamaktadır. Bu farklılığı açıklama çabası geliştiren tutum modeli ve stratejik model açısından büyük önem taşıyan politika tercihleri çoğunlukla nicel yöntemlerle ölçülmeye çalışılmaktadır. Hukuki etkenleri öne çıkaran çalışmaların nicel analizi ise nispeten zordur ve daha ziyade niteliksel analizlere tâbi tutulmaktadır. Bu tip çalışmaların sonuçları her ne kadar nicel çalışmalara göre daha şüpheli kanıtlar sunsa da nicel çalışmaların da her zaman su götürmeyecek derecede geçerli kanıtlar sundukları söylenemez. Benzer şekilde yasal etmenlere odaklanan yargısal davranış çalışmaları farklı okumalara müsait olsalar da yasal etmenlerin yargıçların davranışlarını farklı düzeylerde sınırlandırdıklarını göstermektedirler. Buna karşın yargıçların politika tercihlerini temel alan çalışmalar benzer vakalarda farklı yargısal kararların ortaya çıkmasıyla tezlerini güçlendirmiş olmakla birlikte politika tercihlerinin tâbi tutulduğu ölçümlerin geçerliliği çoğu zaman tartışmalıdır. Zira çalışmalar arası farklılıklar çoğu kez çalışmaların varsayımları arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır (Baum, 2018:126-127). Şu hâlde ortaya

atılan modellerin hiçbirisi için tüm koşulları kapsayan bir geçerlilikten bahsetmek mümkün değildir. “Bütün yargısal tercihlerin yasal, stratejik ve tutumsal bileşenleri [...]” olduğunu kabul etmek en doğru seçenek gibi görünmektedir (Graber, 2006: 48).

Sayılabilecek tüm etkenler, farklı somut olaylar için, farklı değişken kompozisyonlarında, farklı derecelerde etkili olabilirler (Cross, 2007a: 38). Dolayısıyla yasal model ve yasal model şemsiyesi altında toplanabilecek hukuk doktrinine ilişkin araştırmalar özellikle ABD menşeli siyaset bilimi çalışmalarında ileri sürüldüğünden çok daha açıklayıcı olabilirler.

Tiller ve Cross’un ifadesiyle “hukuk doktrini hukukun geçer akçesidir” (Tiller ve Cross, 2005: 517). Yasal materyal ve hukuk doktrini, hukuki argümantasyonun temelini oluşturmaktadır. Hukuk doktrinine ilişkin çalışmaların farkında olduğu bu gerçek, yasal malzemenin yargısal karar verme sürecine etkisi ampirik olarak desteklenmesine rağmen, hukuka sosyal bilimler perspektifinden yaklaşan çalışmalar tarafından göz ardı edilebilmektedir (Cross, 2007a: 67-68). Hatta denilebilir ki hukuki realizm ile ortaya çıkan trende göre hukuk; neredeyse yargısal karar verme sürecini hiç etkilememektedir ya da doğrudan bizatihi hukuk, yargısal karar verme politikasıdır (Pickerill ve Brough, 2018: 38). Buna karşın, hukuka etki eden yasal olmayan faktörler de hukuk öğretisi tarafından sıkça göz ardı edilmektedir. Hâlbuki yargısal kararlar yasal ya da sosyal pek çok faktörün etkisi altında şekillenirler. Binaenaleyh yargısal kararların, tüm faktörlerin dikkate alındığı bütüncül bir bakış açısıyla açıklanmaları gerekir (Cross, 2007a: 7).

Dikkatli bakıldığında yargısal davranış mekanizmasını çözmek konusunda karşılaşılan zorluğun altında yatan sebeplerle; yargıçların somut olaya en uygun yöntemi seçmelerine dayanan metodolojik çoğulculuğun (Cross, 2007b: 1978) dayandığı nedenler aynıdır (Pickerill ve Brough, 2018: 41). İnsan davranışının bir ürünü olan hukuku uygulayan yargıçlar, ne kadar iyi eğitim alsalar da tamamen “nesnel kararlar” veremeyeceklerdir. Yine insan davranışına özgü sebeplerle, ampirik çalışmaların tasarım ve ölçümlerinde ciddi sınırlılıklar doğmaktadır. Bu sınırlılıklar elde edilen sonuçların, büyük ölçüde geçici, bağlama göre değişen ve insan davranışını tam olarak açıklamaktan uzak olmasına sebep olmaktadır (Sisk, 2008: 890). Belki de bu sebeple sonraki çalışmalar için kişisel çıkardan ya da politika tercihlerinden başka “güdülenmiş düşünce (motivated reasoning)” örneğinde olduğu gibi bilişsel süreçlere de odaklanmak yararlı olabilir (Baum, 2018: 126; Sisk, 2008: 894).

Nitel ve nitel, ampirik ve doktrinel çalışmaların birarada birbirlerini tamamlayacak şekilde uygulanması tek başlarına uygulanmalarına nazaran yargısal davranışın açıklayıcılığını arttıracaktır (McConville ve Chui, 2007: 6). Hukuk doktrininin kavramsallaştırma ve uygulama noktasında; sosyal bilimlerin de modelleme safhasında yargısal karar verme çalışmalarına katkı sunması beklenebilir (Tiller ve Cross, 2006: 532). Ampirik çalışmalar, sınırlılıklarıyla birlikte “gerçekte olanın” fotoğrafını

çekmeyi mümkün kılarken, teori hem bu çalışmaların bağlamını ortaya koyar hem de sonuçların bu bağlam içinde yorumlanmasına katkı sunar (Sisk, 2008: 891).

Bir yargı kararının sonucu her zaman tek başına anlamlı olmayabilir. Sonuç daha evvel tartışıldığı gibi kararın arkasındaki motivasyonların ortaya konmasında da yeterli olmayabilir. “Hukukun gerçek doğası karar kalıplarında ve gerekçelerde kullanılan dilde ifadesini bulur, tekil mahkeme kararlarında değil”. Dolayısıyla örneklemin küçük olduğu ancak analizin derinlemesine yürütüldüğü çalışmalar çok sayıda değişkenin izole edilerek esas etkenin keşfini kolaylaştırabilir (Cross, 2007a: 226).

Yukarıda bahsedildiği üzere Amerikan yargısına ilişkin çalışmalar uluslararası literatürün büyük kısmını oluşturmaktadır. Ancak bunun dışında, demokratikleşme dalgasını takiben diğer ülkelerde kurulan anayasal yargı denetimini sağlayan muadilleri üzerine de benzer çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmaların bir kısmına anayasa yargısının ortaya çıkışına dair tezler başlığı altında yer verilecektir. Bununla birlikte literatürün ana hatlarını vermek ve çalışmamızın varsayımlarını gerekçelendirmek amacıyla bu kısımda da ilgili çalışmalara kısaca değinmekte yarar vardır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi dışında kalan anayasal yargı organlarına ilişkin çalışmalardan bir kısmı stratejik ya da kurumsal modelleri temel alan; yargı organlarının diğer devlet organlarıyla ilişkilerine odaklanan çalışmalardır. Örneğin, Franck, Fransız Anayasa Konseyi’nin bağımsızlığı söyleminin inandırıcılığını stratejik model çerçevesinde sorgulayan bir çalışmada yasama ve yürütme organlarında parçalanmışlık derecesinin artmasının kararlar üzerindeki siyasal etkiyi azalttığını ileri sürmektedir (Franck, 2009).

Kendi çıkarlarını öncelikledikleri hâlde siyasi aktörlerin kendilerini sınırlandıracak yargısal kurumların önünü neden açtıkları sorusu da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu çalışmaların aynı zamanda anayasa yargısının kuruluşuna ilişkin ileride ele alınacak bazı tezlerle de çakıştıklarını söylemek mümkündür (Hirschl, 2000; Hirschl, 2008).

Bir kısım çalışma ise daha ziyade siyasi partiler arası ilişkilerin yargısal kurumlara ilişkin tercihleri nasıl etkilediklerine odaklanmaktadır (Ginsburg, 2003). İspanya Anayasa Mahkemesi üzerine yürütülen ampirik bir çalışma yargıçların benimsedikleri ideolojilerin kararlarını etkilediğini ancak kararların aynı zamanda birtakım kurumsal sınırları da olduğu ileri sürmektedir (Garoupa vd., 2013: 516). Son olarak, Türkçe literatürde de çokça yer almış olan yargısal aktivizmi besleyen etkenlerin araştırılması da alanda kendisine sıkça yer bulmaktadır (Tate, 1995; Helmke, 2002; Ginsburg, 2003).

1.3. Türk Anayasa Mahkemesi'ne İlişkin Literatür

Türkiye’de anayasa yargısı ve bilhassa Anayasa Mahkemesi’ne ilişkin yazın genellikle karar incelemeleri ve mahkemenin görev alanı, yetkileri, üye seçimi gibi konuları kapsayan normatif doktrinel hukuk çalışmaları şeklindedir. Bununla birlikte hukuk ve siyaset felsefesini de araştırmalarına dâhil eden anayasa yargısının meşruiyetine ilişkin çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Yargısal meşruiyet kapsamında en çok ele alınan ve Türkiye özelinde tartışılan kavramlarsa aktivizm, siyasetin yargısallaşması ve yargı vesayetidir. Bu bağlamda yürütülen çalışmaların bir kısmı ileride kısaca değinilecek olan “hegemonik koruma tezi” ve “jüristokrasi” kavramı çerçevesinde mahkemeyi stratejik davranan siyasal bir aktör olarak değerlendirirken (Arslan, 2002; Bali, 2012; Hakyemez, 2009; Küçük, 2019; Özbudun, 2007; Öztürk, 2011; Uslu, 2014) bir kısmı daha çok kavramsal analize odaklanmaktadır (Ergül, 2013b; Korucu, 2013). Son dönemde AYM’yi yine bu çerçevede değerlendiren çalışmalardan bazıları, mahkemenin tutumunun 2010 tarihli anayasa değişiklikleri sonrası değiştiğini ileri sürmektedirler. Bunlardan bir kısmı mahkemenin bu dönemden önceki aktivist tutumunun yerini hak temelli bir tutuma bıraktığını (Okutan, 2019) bir kısmı ise mahkemenin kendi kendini sınırlandırma davranışı geliştirdiğini ileri sürmektedir (Yancı Özalp, 2018).

AYM’yi ele alan literatürde sıkça “hegemonik koruma tezine” atıf yapılmaktadır. Mahkemeye isnat edilen ve gerçekten de pek çok kararla desteklenen “aktivist” tutum yaygın biçimde kabul görmüştür. Bununla birlikte anayasa yargısının kuruluşunun ve daha sonra işleyişinin “hegemonik koruma tezine” iddia edildiği kadar uymadığını ileri süren çalışmalar da bulunmaktadır. Seven ve Vinx’in çalışması anayasal yargı kurumlarının ortaya koyduğu sonuçlar, kurumlar arası ilişkilerin işleyişi ve teorinin inşa edildiği anayasal sistemlerin Türkiye ile uyumlaması sebebiyle, ilgili tezin AYM için açıklayıcı olmadığını iddia etmektedirler. Buna göre Türk anayasal düzeni ve anayasa yargısının konumlanması daha çok normatif yönü zayıf sembolik bir anayasanın Schmittyen egemenlik anlayışı etrafında dönen bir iktidar yarışı çerçevesinde değerlendirilmesiyle açıklanabilir. Zira yazarlara göre anayasa yargısının yetkisini kötüye kullandığı ileri sürülen vakalarda hegemonik bir stratejiden çok rekabet eden grupların Schmittyen egemenlik iddiaları rol oynamaktadır; mahkemenin, ordu ve “devlet elitleriyle” uyumlu üyelerinin etkisinden uzaklaşması hâlinde tutumu değişecektir (Seven ve Vinx, 2017).

Benzer bir eleştiri getiren Alpbaz; Hirschl’in “hegemonik koruma tezinin” Türkiye örneğine uyarlanması doğru olmadığını, tıpkı Seven ve Vinx’in ileri sürdüğü gibi Türkiye’de Hirschl’in incelediği ülkelerde tespit ettiği ekonomik elitlerin bulunmadığını, siyasi elitlerin yetkilerini devrettikleri bir yargı organından ve dolayısıyla “jüristokrasiden” bahsedilemeyeceğini, var oldukları ileri sürülen siyasi elitlerin tek bir “Kemalizm” çatısı altında toplanamayacaklarını, merkez ile

dikotomik bir etkileşim içerisinde bulunduğu ileri sürülen çevrenin de aynı şekilde belirsiz olduğunu, daha doğru bir açıklamanın ancak “Milliyetçi-Devletçi-Sağ Otoriter Gelenek” kavramsallaştırması etrafında yapılabileceğini iddia etmektedir. Yazar tezini desteklemek için eksik bırakıldığını düşündüğü bir noktaya değinmiş ve merkeze dâhil olduğu varsayılan askeri mahkemelerin itiraz başvurusunda bulunduğu bazı vakalarda AYM’nin tutumunu incelemiştir. Buna göre AYM askeri mahkemelerin anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptalini istediği kimi vakalarda askeri mahkemelere göre daha az özgürlükçü bir tutum benimseyerek başvuruların reddine karar vermiştir. Sonuç olarak yazar yekpare bir merkez fikrinin yalnızca düşünsel olarak değil kurumsal düzeyde de gerçekçi olmadığını ileri sürmektedir (Alpbaz, 2019)

AYM üyelerinin bireysel özellikleri, mahkemenin kurumsal yapısının formel olmayan özellikleri ve mahkemenin siyasal bir kurum olarak sosyal etkileşim içindeki yeri; hegemonik koruma tezi çerçevesinde yapılan çalışmalar ve birkaç istisna dışında genellikle incelenmemiştir. Ayrıca genellikle bu incelemelerde mahkeme kararları salt siyasal analize tâbi tutulmuşlardır. Karar verme sürecine ilişkin analizlerde yukarıda ele alınan modeller ve kararların incelenmesindeyse hukuk metodu kullanılmamaktadır.

Nihal Yancı Özalp’ın çalışması, AYM’nin “aktivizm” şeklinde tanımlanan tutumunun son yıllarda değişen siyasal konjonktürle birlikte yerini kendi kendini sınırlandırma (judicial self-restraint) olarak tabir edilen yargısal tutuma bıraktığını ve hukuk metodu açısından da bunun gözlemlenebilir olduğunu iddia etmektedir. Bu çalışma hukuk metodolojisi açısından doktrinin klasik yaklaşımının ötesine gitmese de “yorum yöntemleri” ve yargısal davranışı birlikte değerlendirmesi açısından önemlidir (Yancı Özalp, 2018).

Ozan Ergül’ün doktora tezi, AYM’yi hukuki yapısının da ötesinde siyasal bir kurum olarak ele alması bakımından özgündür. Her ne kadar “hegemonik koruma tezi” çerçevesinde yapılan çalışmalar da temelde benzer bir yaklaşımı benimseseler de Ergül’ün çalışması karar verme modellerinin de ayırında olması bakımından bu çalışmalardan farklıdır. Yeni kurumsalcı teoriler kapsamında bu “izlek bağımlılığını” (path dependency) dikkate alan ve nitel bir çalışma olan tez, yargıçlarının bireysel özelliklerini, Türkiye’de yargı tarafsızlığının anlaşılış biçiminin böyle bir analizin önünü tıkadığını ileri sürerek göz ardı etmektedir. Buna karşılık yazara göre; Türk Anayasa Mahkemesi, kuruluşu sırasında yüklendiği ve en azından çalışmanın tarihine kadar taşıdığı siyasal bagajın tesiriyle “kurumsal” olarak ve “[...] onu zenginleştiren diğer yan teorilerle birlikte [...]” incelenmeye müsaittir (Ergül, 2003).

Tarihsel kurumsalcı nitel analizlere verilebilecek bir diğer örnek Oya Yeğen’in çalışmasıdır. Yeğen, yargı yetkisine ilişkin, tarihsel ve düşünsel bağlamda şekillenen anayasa değişikliklerinin

incelenmesi yoluyla yargının gücünün zamana bağlı değişimini ve bu değişimin neye cevaben ortaya konduğunu Şili ve Türkiye örnekleri üzerinden incelemektedir. Yazar biçimsel olmayan uygulamaların yargısal davranışa etki ettiğini kabul etmekle birlikte informal kurumsal etkenlerin yargısal davranış üzerindeki etkisini incelememiştir. Bunun yerine ele alınan formel kurumsal değişikliklerin aktörlerin düşünsel bağlamları içinde değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede anayasal değişiklikler kurum olarak ele alınan yargının gücünü etkileyen önemli kırılma noktaları olarak değerlendirilmiştir (Yeğen, 2018: 46-47). Çalışma, iki ülkede gerçekleşen benzer süreç ve düzenlemeler sonucunda Şili Anayasa Mahkemesi'nin "sonuçcu" (consequentialist) bir yaklaşım benimsemesine rağmen AYM'nin daha "uyumlu" bir yaklaşım benimsemesinin yasal olmayan bir izaha ihtiyacı olduğu sonucuna varmıştır (Yeğen, 2018: 58).

Demirtaş'ın, metodunun anayasal etnografi olduğunu ifade ettiği doktora tezi, "siyasi kriz" olarak tanımladığı kırılma dönemlerinde AYM'nin resmi kurum ve gayri-resmi sosyal gruplarla stratejik ilişkilerini incelemesi ve tarihsel kurumsal analize yaslanması bakımından stratejik model çerçevesinde değerlendirilebilir. Araştırma politik yönü belirgin kararların salt siyasi bir analizini içermektedir. Yazar, AYM'nin tarihsel bagajında bulunan "savunmacı aktivist", "eski rejim savunması" tutumunu 2007-2010 yılları arasında "revizyonist hükümeti" durdurmak için sürdürdüğünü, 2010-2014 yılları arasında seküler aktivizmin yerini hükümete uyum sağlayan bir kendini sınırlandırma (judicial restraint) davranışına bıraktığını ve bu süreçte hükümetin rejim değiştirici yasama hamlelerini meşrulaştırdığını iddia etmektedir. 2013 yılında "İslamcı koalisyonun" dağılmasıyla 2013-2016 yılları arasında, AYM'nin bireysel başvuru aracılığıyla uluslararası bağlantılarından da destek alarak hükümete karşı bir avantaj sağladığını ve bu durumun 2016 yılında gerçekleşen darbe girişimi sonrasında yerini bir "kaçınma stratejisine" bıraktığını ileri sürmektedir (Demirtaş, 2022).

Yazar, ayrıca anayasa yargısının ortaya çıkışına dair tezlerin gelecek projeksiyonları oluşturamadıklarını; siyasi koalisyonların farklılaşması ve siyasetin dinamik tabiatının kurumların sabit doğalarıyla çatışacağını; farklı yargısal davranış teorilerinin, farklı zamanlarda farklı anayasal rejimleri açıklamakta faydalı olduklarını ileri sürmektedir. Siyasi koalisyonların yapısına (fragmentation) odaklanarak yürütülen çalışma; yukarıda sayılan ikinci periyotta "İslamcı koalisyon" olarak adlandırdığı ittifakı, üçüncü periyotta bu koalisyondaki çatlağı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) etkisini, son periyotta ise devletin tüm kontrolünü elde ettiğini ileri sürdüğü hükümeti yargısal karar vermede en etkin aktör olarak değerlendirmektedir. Buna göre AYM; yargıçların, zamana ve kurumsal tasarıma bağlı gelişen yasal ve politik tercihleri ile siyasetin reaksiyonları çerçevesinde karar vermektedir (Demirtaş, 2022: 249).

Benzer şekilde AYM'yi stratejik karar verme çerçevesinde ele alan bir diğer çalışmada Oder, Türkiye'nin 2000'li yıllarda şahit olduğu kurumsal değişimin Mahkeme'nin yürütme organıyla ilişkilerini nasıl dönüştürdüğünü değerlendirmektedir. Yazar, 2010 yılında yapılan değişikliklerle üye kompozisyonunun değişmesinin Mahkeme'nin tutumunu değiştirdiğini ancak AYM'ye bireysel başvuru imkânı tanınmasının Mahkeme'ye daha açık bir denge stratejisi geliştirme fırsatı tanıdığını belirtmektedir. 2016 yılından sonra mahkemenin özellikle terör, ifade özgürlüğü ve siyasi haklar gibi hususlarda soyut norm denetiminde ortaya çıkan kendini sınırlandırma tutumunun bireysel başvurularda tekrarlamadığını diğer bir deyişle bireysel başvurularda daha hak eksenli bir tutum izlediğini ifade etmektedir. Yazar her vakada tekrarlanmayan bu tutuma bağlı stratejiyi “seçici yanıt verme” olarak tanımlamaktadır. Hak eksenli tutumun tekrarladığı hâllerdeyse sadece yürütmeye değil alt derece mahkemelerle de AYM arasında çatışmalar ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca yazara göre bireysel başvurularda gözlemlenen bu tutum ve Mahkeme'ye yönelik aktivizm eleştirilerinin azalması, AYM'nin toplum nezdindeki popülaritesini de arttırmıştır (Oder, 2021).

Oder, 2017 yılındaki çalışmasındaysa AYM'yi 2010 yılı öncesinde “popülist sağ” hükümetlerle çatışma içinde bir “game broker”, 2010 sonrasında “uyumlu”, “popülist” ve nihayetinde bireysel başvuru yolunun açılmasıyla 2012'den itibaren “popüler bir stratejik aktör” olarak görmektedir. Bununla birlikte Oder'e göre Mahkeme'nin kendini sınırlandırma yaklaşımı ve siyasi yönü ağır basan başvuruları ele almayı geciktirme stratejisi bu popülariteyi riske atmaktadır (Oder, 2017).

AYM'yi tarihsel açıdan ele alan Gülener ve Uzun'un çalışması mahkemeye ve kararlarına ilişkin salt hukuki analizlerden farklı olarak “tarihsel perspektiften olaylara, kişilere ve kararlara” betimleyici biçimde değinmektedir. Yazarlar, mahkeme başkanlarına ayrıca önem atfetmektedirler (Gülener ve Uzun, 2020).

Eleştirel bir hukuk çalışması olarak değerlendirilebilecek “sosyal inşa teorisine” dayanan çalışmasında Petersen, AYM'nin karar verme sürecini Türkiye toplumunun yarışan sosyal inşa süreçleriyle paralel olarak incelemiştir. Çalışma kararların yalnızca sonuçlarına odaklanmak yerine alternatif sosyal inşa aracı olarak kabul ettiği karşıoy yazılarını da analiz etmiştir. Soyadı Kanunu'na ilişkin kararları ve karşıoyları inceleyen yazar, karar ve karşıoyların argümantasyonunda beliren, yarışan inşa süreçlerinin kolayca yer değiştirebilecek kudrette olduğunu ileri sürmektedir. Bunun sonucu olarak yazara göre; AYM'nin “elitler” lehine verdiği ileri sürülen nihai kararlarda dahi gerekçelerin ardında yatan süreçlere bakılmadan kesin yargılara varmamak gerekir. Zira mahkeme yukarıda belirtildiği gibi “monolitik” bir tutum içerisinde değildir. Yazar, mahkemenin “iyi-kötü” ya da “ilerici-gerici” dikotomisine indirgenemeyecek toplumsal gerilimi kararlarına yansıttığı sonucuna varmıştır (Petersen, 2018).

Yasal model açısından önemi üzerinde durduğumuz içtihat sürekliliğine atıf yapan “stare decisis” kavramı (Pickerill ve Brough, 2018: 42) çerçevesinde Ozan Ergül tarafından yapılan çalışma, emsal kararların hukuki argümantasyonun esaslı bir bileşeni olmakla birlikte yalnızca Anglo-Sakson hukuk sisteminde değil Kıta Avrupası’nda da hukuka kaynaklık edebildiğini (Fransa hariç) tespit etmektedir (Ergül, 2016: 3-6). Çalışma emsal kararlara ilişkin doktrinel tartışmaların yanında AYM kararlarında içtihat istikrarsızlığı örnekleri vermekte ve içtihatlardaki değişimin meşruluğu tartışmasını yürütmektedir (Ergül, 2016).

Emir Kaya, tek tek üyelerin değil ama mahkemenin genel tutumunun, özellikle görevdeki mahkeme başkanını merkeze alarak, muhafazakârlık-liberallik ekseninde niteliksel ve “yorumsamacı” bir tartışmasını “zihniyet” kavramsallaştırması çerçevesinde ele almaktadır (Kaya, 2016).

AYM üzerine yapılan ilk nicel çalışma, Artun Ünsal’ın 1980 tarihli doçentlik tezidir. Yazar, AYM’yi David Easton’ın “siyasal sistem teorisine” dayanan ve çeşitli etkenler altında tıpkı diğer siyasi kurumlar gibi çıktılar üreten bir “alt-siyasal sistem” olarak ele almıştır. Mahkeme’nin çıktıları kararlar şeklinde ortaya konurken girdilerse Mahkeme’ye yapılan başvurular olarak belirlenmiştir. Bu başvuruların kimler tarafından yapıldığı, karar sürecine etki eden grup içi ve dışı dinamikler kararları etkileyen faktörler olarak değerlendirilmiştir. Çalışma, yargısal süreçlere biçimsel hukuk anlayışı dışından bakan, görebildiğimiz kadarıyla ilk çalışma olması açısından önem taşımaktadır. Yazar, Mahkeme’nin tutumunu kabaca müesses nizamı koruyan bir aktivizm olarak tanımlamak yerine Mahkeme’nin farklı durumlarda farklı yönde kararlar alarak; toplumsal güçler, bürokrasi, liberal anayasacılık, sosyal devlet gibi çeşitli unsurlar arasında bir denge stratejisi izlediği tespitini yapmıştır. Ancak yazarın da belirttiği gibi çalışmanın amacı salt siyasal analizdir. Kararların hukuki analizinin bulunmaması nitelik olarak ağırlığı olan vakaların hakkıyla değerlendirilmesi imkânını ortadan kaldırmış olabilir. Bu aynı zamanda karar sürecinde bir diğer önemli etken olan hukuki sınırlılıkların da yok sayılması anlamına gelebilir (Ünsal, 1980).

Ünsal’ın çalışmasından sonra uzun yıllar Mahkeme’nin ampirik analize konu olmadığı söylenebilir. Ceren Belge’nin mahkemenin “aktivizm” konusunda seçici olduğunu ileri sürdüğü çalışması temel düzeyde ampirik verilerle desteklenmiştir. Belge, 1962 ila 1999 yılları arasında AYM’nin verdiği iptal kararlarının toplam kararlara oranını aktivizmin ya da Mahkeme’nin gücünün bir ölçütü olarak okumuştur (Belge, 2006: 665).⁵ Ancak çalışmanın da açıkça ortaya koyduğu gibi aktivizmin ölçülmesinde çok önemli bir nesnelleştirme aracı olan nicel veriler, aktivizmin varsa seçiciliğine dair bir analiz için yetersizdir. Bu amaçla yazar, sayısal verilerin ardından konularına göre

⁵ Benzer yaklaşımlara uluslararası literatürde de rastlamak mümkündür. Bkz. Holland, Kenneth M., ed. (1991) *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St Martin’s Press. Ayrıca bkz. Smithey, Shannon I. (2002) “Judicial Activism in Post-Communist Countries,” 36 *Law & Society Rev.* 719–41.

kararları sınıflandırmıştır. Bu sınıflandırma, ileride ele alınacak hegemonik koruma tezinin varsayımlarının görece kabulüyle “cumhuriyetçi otonomi”, “sivil hak ve özgürlükler” ve “diğer” kategorilerinde yapılmıştır (Belge, 2006: 666).

Çalışmanın ilk iddiası biçimsel-kurumsal anlamıyla yargı organının gücünün ve bağımsızlığının, Türkiye örneğindeki yargısal aktivizmi yeterince açıklayamayacağıdır (Belge, 2006: 656). Zira yazara göre AYM güçlü olduğu dönemlerde -1980 ila 1983 yılları arasındaki kesinti hariç tutulursa Mahkeme'nin güçlü sayılacak bir iptal oranı tutturduğu görülüyor- (Belge, 2006: 665) her konuda aktivist bir tutum sergilememiş seçici davranmıştır. Dünya genelindeki demokratikleşme ve yargısallaşma eğiliminin tersine AYM'nin 1990'larda temel hak ve özgürlükler konusunda aktivist sayılacak bir tutum sergilemediği ve parti kapatma davalarında da kendisini sınırlama eğilimi göstermediği tespit edilmiştir. Mahkeme, “cumhuriyetçi ittifak” olarak tabir edilen ve Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) ile Türk Silahlı Kuvvetleri'ni kapsayan cephenin tercihleri doğrultusunda hareket etme eğilimindeyken (özellikle bürokrasinin korunması şeklinde karşımıza çıkan memurların özlük işleri vb. konularla yargı bağımsızlığı ve ilgili hususlarda) temel hak ve özgürlükler bahsinde aktivist sayılamaz (Belge, 2006: 668).

Belge'nin çalışmasının ikinci iddiası, seçici aktivist tutumun politik bir ittifaka yaslandığı ve bu ittifakın dinamik bir yapısı olduğudur. Mahkeme'nin gücünün, ilan edilen sıkıyönetim uyarınca azalmasının beklenebileceği 1971 ila 1973 yılları arasında tahmin edilenin aksine iptallerin oransal olarak azalmadığı bilakis arttığı görülmektedir. Aynı şekilde bu dönem için de Mahkeme'nin seçici bir aktivizmde ısrarcı olduğu ileri sürülmektedir (Belge, 2006: 665-667). Yazar, ordunun pozisyonuna rağmen takınılan bu tutumun, CHP ve ordudan müteşekkil “cumhuriyetçi ittifakta” Bülent Ecevit döneminde meydana gelen çatlakla ilişkili olabileceğini ileri sürmektedir. Daha sonra CHP'nin “insan hakları ajandasının” değişmesi 1978'den itibaren Mahkeme'nin de tutumunda değişikliğe neden olmuş ve böylelikle AYM, 1980 ila 1983 yılları arasında aktivist bir tutum izleyememiştir.

Belge'nin çalışması yasal materyalin kullanımı açısından da tespitlerde bulunmaktadır. Buna göre yargıçlar temel hak ve özgürlükler konusunda “kamu düzeni ve güvenliği” saikiyle pozitivizmi diğer bir deyişle yasal materyali aşmak noktasında istekli olmamış, buna karşın üniversitelerin ve sair memurların özerklikleri noktasında pozitivizmi aşmakta beis görmemişlerdir (Belge, 2006: 669, 671). Ayrıca temel haklara ilişkin sınırlandırma imkânlarının daha kısıtlı olduğu 1960 döneminde 1970'lere göre daha az aktivist davrandıkları tespit edilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme'nin, hukuk metodu konusunda pragmatist davrandığı ve stratejik amaçları doğrultusunda hukuki sınırlandırmaları ikinci plana atarak cumhuriyetçi ittifakın durumuna göre kararlarını şekillendirdiği ileri sürülmüştür (Belge, 2006: 672).

Yasushi Hazama'nın nicel ve nitel metotları birlikte kullandığı çalışması hegemonik koruma tezinin varsayımlarını sorunsallaştırmaktadır (Hazama, 2012: 1). Yazar, aktivizm ya da jüristokrasi olarak değerlendirilen mahkeme kararlarının; kararların yasal materyale göre analizinin yapılmadan hegemonik koruma tezini desteklediğini ileri sürmenin doğru olmadığını ve iptal kararlarının farklı nedenlerinin araştırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu amaçla kararları 1982 Anayasası'nın farklı maddelerine göre ele almıştır (Hazama, 2012: 9). Çalışmaya göre AYM, merkezi oluşturan “devlet elitlerinin”, “devletin yapısına” ilişkin maddelere yahut temel haklara referansla yaptıkları başvurulardan ziyade hükümetin anayasal sınırlarını ihlali yani kuvvetler ayrılığı gerekçesiyle iptal kararları vermiştir. Buna göre yazar Mahkeme'nin tutumunu hegemonik koruma tezinden çok anayasal denetimin temel felsefesini oluşturan hesap verebilirlik ilkesinin açıkladığını ileri sürmektedir (Hazama, 2012: 17).

Hazama, benzer bir argümanı 2023 yılındaki çalışmasında yinelemiştir. Güncel çalışmaya göre hegemonik koruma tezinin açıklayıcılığı özellikle 2010 yılı sonrasında daha da azalmıştır. 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri öncesinde ve sonrasında başkanların konuşmalarına odaklanan çalışma bu yolla söz konusu değişikliklerin ve değişen siyasi dengelerin Mahkeme'nin tutumuna etkisini incelemektedir. Çalışma stratejik modeli temel almaktadır. Yazara göre, yargı organları güçlenen hükümetler karşısında “pasif bir kendini sınırlama stratejisi” yahut “uyumlu hâle getirilmiş bir direnme stratejisi” geliştirmek gibi iki yol izleyebilirler. Hazama'ya göre AYM, daha evvel “devleti” koruma amacıyla kullandığı kuvvetler ayrılığı ilkesini 2010 sonrasında kişisel hakları koruma amacıyla kullanmaya başlamıştır. Böylece hem kamuoyu nezdinde hem de uluslararası camiada meşruiyetine katkı sağlamıştır. 2022 yılına gelindiğindeyse üyelerinin çoğunluğu Recep Tayyip Erdoğan tarafından göreve getirilen Mahkeme, hükümeti karşısına almaktan çekinmekle birlikte insan hakları temelli kararlar almayı sürdürmektedir. Yazar, AYM'nin bu konuda seçici bir tutum olarak denge kurmaya çalıştığı tespitini yapmaktadır (Hazama, 2023).

Diğer bir çalışma Hazama'nın da ikinci çalışmasında başvurduğu daha basit nicel bir analizle AYM'nin aktivizminin (iptal oranlarına bakarak) Adalet ve Kalkınma Partisi'nin (AKP) iktidara gelişinden daha önce başladığını ileri sürmektedir. Yazarlara göre bu dönemde iptal kararlarındaki küçük artış, yasama faaliyetinin yoğunlaşması ve dönemin cumhurbaşkanının parlamentodaki tartışmalar üzerindeki etkisinin düşüklüğüyle izah edilebilir (Shambayati ve Sütçü, 2012: 120).

Varol'un 2010 yılında yapılan anayasa değişikliklerinin mahkeme üzerindeki etkisini istatistiki yöntemlerle tek tek yargıçların tutumları üzerinden analiz ettiği çalışma; öncelikle yapılan değişikliklerin yargıçların ideolojilerini etkileyip etkilemediğini tartışmaktadır. Bulgular, reformdan önce de sonra da görev yapan yargıçların bireysel karşıoy oranlarında farklı bir örüntü ortaya

koymamıştır (Varol vd., 2017: 15). Benzer şekilde değişiklik sonrası muhalefetin başvuru sayısında artış olmasına rağmen yazarlar bu sayıyı da istatistiksel olarak önemli bulmamışlardır (Varol vd., 2017: 20). Aynı şekilde tüm göstergeler reform sonrasında yargısal stratejinin değişmediğini, yargıçların karşıoy sıklıklarının da benzer şekilde değişiklik göstermediğini tespit etmişlerdir. İlgi çekici bir başka bulgu Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından atanan yeni üyelerin ve üniversite kökenli üyelerin yargı kökenlilerden daha genç olmasıdır. Buna rağmen yargıç profillerinin (daha evvel sosyal aidiyet olarak ele almıştık) de karşıoy davranışıyla korelasyonu yoktur (Varol vd. 2017: 21). Çalışmaya göre yargıçların tutumlarında reformla birlikte değişiklik olmuş ve kompozisyon “sağa” kaymıştır. Yazarlara göre bu değişimin yargıçların bireysel tutumları düzeyinde olması Mahkeme’nin de kurumsal olarak “sağa” kayması ihtimalini göz ardı etmeyi gerektirmemektedir. Yazarlar, henüz kararlar üzerinde istatistiki olarak önemli sayılacak bir etki gözlemlenmemesine rağmen bu bulgularının hem yargıçların tutumlarının hem de kurumsal etkenlerin dikkate alınmasını savunan stratejik modelle (çalışmada agency theory olarak ele alınan) uyumlu olduğunu ileri sürmektedirler. Buna göre değişiklik zamanla etkisini arttıracaktır (Varol vd., 2017: 22).

Kendisi de mahkeme üyesi olan Engin Yıldırım vd.’nin çalışması yargıçların 1962-1982 yılları arasındaki kararlara ilişkin oylarıyla belirlenen ideal noktalarının tespitine dayanmaktadır. Uluslararası literatürde genellikle liberal-muhafazakâr ekseninde (Epstein vd., 2007; Helmke ve Sanders, 2006; Martin ve Quinn, 2002) oluşturulan ideal noktalar ilgili çalışmada “özgürlükçü-devletçi” ekseninde konumlandırılmışlardır. Buna göre zikredilen yıllar arasında üyelerin politik tutumları iki yönde de baskın çıkmamıştır. Bununla birlikte yazarların da belirttiği gibi çalışmada yargıçların belirlenen tutumları sergilerken konu temelli bir farklılık sergileyip sergilemediği, kendilerini atayan kimselerin üyelerin tutumları hakkında fikir verip vermediği ve sosyal aidiyetleri dikkate alınmamıştır (Yıldırım vd., 2017).

Aylin Aydın Çakır’ın 1984-2010 yılları arasında verilen kararlar üzerine yaptığı çalışma, yargıçların politik tercihlerini ve kurumlar arası dengelerin oluşturduğu politik bağlamı AYM’nin kararlarını açıklamakta faydalı değişkenler olarak belirlemiştir. Buna göre çalışmada kabaca politik alanı tek bir partinin domine etmediği hâllerde (coalition party government) mahkemelerin politik tercihleri doğrultusunda karar alma imkânlarının genişlediğini ileri süren klasik stratejik modele dayalı düşünceden farklı olarak, politik tercihlerin hükümet yapısının kararlar üzerindeki etkisini nasıl ya da ne ölçüde azalttığı ele alınmaktadır (Aydın Çakır, 2018: 1103, 1109). Zira diğer erklerin homojen/güçlü bir yapıda olmaları her zaman mahkemeleri iptal kararı vermekten alıkoymamaktadır. Yazar bu soru çerçevesinde politik tercihlerin ve hükümetin gücünün interaktif bir şekilde karara etki ettiğini kabul etmektedir. Buna göre üyelerin politik tercihleri lehine kararlar üzerindeki “politik

alanın parçalanmışlık etkisini” azaltabilecekleri ve bunu yaparken bir çeşit fayda-maliyet analizi gözetebileceklerini ileri sürmektedir (Aydın Çakır, 2018: 1105). Çalışmanın hipotezleri, kişi haklarının ihlaline ilişkin bir başvuru olması yahut hükümet ile mahkeme çoğunluğunun politik eğilimlerinin farklı olması hâllerinde (unfavorable laws) tek partinin oluşturduğu bir hükümet bulunsa dahi iptal oranlarının artacağı şeklindedir. Böylece yazar, tutum modeli ve stratejik modelin ileri sürdüğü değişkenlerin yanı sıra yasal materyali de mahkemenin kararlarını etkileyecek faktörler arasına dâhil etmektedir (Aydın Çakır, 2018: 1106).

Yazar analize tâbi tuttuğu verilere usule ilişkin kararları eklememiştir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi usule ilişkin kararların zor davalardan kaçınma stratejisi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yazar, incelediği yıllar arasında tek partinin iktidarda olduğu dönemde her yıl ortalama 40 karar verildiği, diğer yıllarda 36 karar verildiği ve bunun mahkemenin usulden redde ilişkin kararlarının kaçınma davranışı olarak değerlendirilemeyeceğini gösterdiğini ileri sürmektedir (Aydın Çakır, 2018: 1109).

Aydın Çakır, AYM’ye ilişkin literatürde çokça kullanılan “hegemonik koruma tezini” benimseyerek üyelerin politik tercihlerini kendilerini atayan cumhurbaşkanına göre tasnif etmiş ve Hazama’nın yukarıdaki çalışmasında kullandığı “devlet eliti cumhurbaşkanı ve devlet eliti olmayan cumhurbaşkanı” ayrımını temel almıştır (Aydın Çakır, 2018: 1112). Üyelerin kendilerini atayan cumhurbaşkanlarının “devlet eliti” olup olmamalarına göre politik eğilimlerinin belirlenebileceği kabulüyle Mahkeme çoğunluğunun hükümetle uyuşması ve uyuşmaması durumlarına göre (unfavorable laws) stratejik davranış ölçüme tâbi tutulmuştur (Aydın Çakır, 2018: 1112). Yasal materyalin önemi ise kişi haklarına ilişkin vakalar üzerinden ölçülmüştür (Aydın Çakır, 2018: 1113). Yazarın elde ettiği bulgular; yargıçların politik ve yasal tercihlerinin politik iklimin etkisini önemli ölçüde azalttığına işaret etmektedir. Mahkeme’nin çoğunluğu ile iktidarın uyumsuz politik tercihler benimsemeleri hâlinde iptal oranları artmaktadır. Kişi haklarına ilişkin iptal başvurularının olumlu sonuçlanması ihtimali diğer anayasal ilkelere ilişkin başvurulara göre daha düşüktür. Mahkemeler kendilerini destekleyecek başka aktörlerin (ordu ve kamuoyu gibi) bulunması hâlinde yasal tercihlerini ortaya koymak konusunda daha cesur davranmaktadırlar. Dolayısıyla AYM yazara göre, ilgili dönemde, stratejik teorinin temel mantığını reddetmemekle birlikte politik tercihlerini temel alan kararlar almış ve farklı vaka tiplerinde de farklı tutumlar sergilemiştir (Aydın Çakır, 2018: 1119).

Şener’in çalışması 2010 yılında yapılan değişikliklerin yargıçların karar verme davranışlarını etkilediyse ne şekilde etkilediğini ve yargıçların ideolojik konumlarının kararlarına etkisini araştırmaktadır. Buna göre kullandıkları oylarla uyumlu biçimde yargıçların hangi cumhurbaşkanı tarafından atandıkları da politik tercihlerine ilişkin fikir vermektedir. Çalışmada iki boyutlu (aktivist-

sınırlamacı, liberal-muhafazakâr) ve zamana duyarsız bir ideolojik gösterge kullanılmıştır ve 2002 ile 2016 yılları arasındaki vakalar, çoğunluk kararıyla arasında istatistiki ilişki tespit edilen karşıoylar da dâhil edilerek incelenmiştir. Yazara göre 2010 öncesinde “aktivist-sınırlamacı” tercihlerin kararlara etkisi 2010 sonrasına göre daha azdır. Ayrıca 2010 sonrasında yargıçların iptal kararı alma oranları önemli ölçüde azalmıştır. Böylelikle çalışma Mahkeme’nin 2010 öncesi önemli vakalarda verdiği aktivist kararların varlığına rağmen “Kemalist elitler” lehine oy kullanma yönünde genel bir eğilimi olmadığını ve 2010 sonrası mahkeme kompozisyonundaki değişimin kararlar üzerinde yüksek oranda etkili olduğunu ileri sürmektedir (Şener, 2018).

Yukarıda bahsedildiği gibi Şener’in çalışmasına göre; 2000’lerin başından 2010 yılına kadar aktivist-sınırlamacı skalasında özellikle 2005 ile 2010 arasında sınırlamacı kutba doğru gözlemlenen kayma son yıllarda (2016) aktivizme doğru kaymış görünmektedir (Şener, 2018: 35). Aktivist yargıçların sınırlamacı yargıçlara göre iptal yönünde oy kullanma ihtimalleri daha yüksek çıkmıştır (Şener, 2018: 46). 2010 öncesinde bu skaladaki pozisyonların karar üzerindeki etkisi sınırlıdır. Buna karşılık liberal-muhafazakâr skalasında Abdullah Gül’ün cumhurbaşkanlığı yıllarına kadar liberalleşme eğilimi görülürken bu yıllardan sonra muhafazakâr kutba doğru bir kayma yaşanmış ve bu eğilim sürmüştür (Şener, 2018: 35-36). Çalışma sayılan değişkenlerin yanı sıra yargıçların sosyal profillerini de analize dâhil etmiş ve hukuk fakültesi mezunu olmanın ve uzun görev süresinin iptal kararı verme ihtimalini arttırdığını; mahkeme başkanlarının iptal kararı verme ihtimallerinin düştüğünü; askeri mahkeme üyeliğinden gelme ve lisansüstü öğrenim görmenin ise istatistiki önem taşımadığını tespit etmiştir (Şener, 2018: 44).

1.4. Değerlendirme

Zorunda kalmaları hâlinde vicdanlarıyla karar verecekleri belirtilmekle birlikte, mahkemelerin önlerine gelen vakalarda önce hukuki sorunu ardından bu soruna uygulanacak hukuk kurallarını tespit ettikleri böylece salt hukuk çerçevesinde bir akıl yürütmeyle karara ulaşmaları gerektiği yaygın bir kanaattir. Bu kanaat, “yargı bağımsızlığı” ilkesiyle ve “yargısal denetimin meşruiyeti” ile iç içe geçmiştir. Ancak yargı mensupları birer otomat olmadıkları içindir ki işleyiş özellikle politik yönü ağır basan hususların mevcudiyeti hâlinde beklentiye uymamaktadır. Kaldı ki tamamen biçimsel görünen hukuki altlama faaliyeti bile biçimsel olmayan çok sayıda unsurdan etkilenmektedir.

Yargı kararlarının meşruiyeti konusu karar alma sürecinden bağımsız değildir. Bunun için yargının işleyişini anlamak önemlidir. Yukarıda dile getirdiğimiz yargıçları birer otomata indirgeyen ya da birer süper kahraman hâline getiren anlayış gerçekçi değildir. Yargıçlar da tıpkı diğer insanlar gibi ailelerinde, öğrenim gördükleri kurumlarda ve diğer sosyal ortamlarda belirli toplumsallaşma süreçlerini yaşayan, farklı ideolojileri farkında olarak ya da olmayarak benimseyen, rasyonel ya da

irrasyonel davranabilen, çalıştıkları kurumların etkisinde kalan, yaşadıkları politik iklimi soluyan ve ona uygun pozisyonlar alabilen kimselerdir. Dolayısıyla yargıçların verdikleri kararlar yasal olmayan etkilere açıktırlar. Önemli olan bu etkilerin ne derece belirleyici olduğu ve ülkelerin içinde bulundukları hukuki, sosyal ve siyasal sistem içerisinde ne kadar tahammül edilebilir olduklarıdır.

Bu çerçevede öncelikle kabul edilmesi gereken husus, yargısal kararın sadece yasal materyalle açıklanamayacağıdır. Yasal sınırların yanında sınırsız sayıda sosyal faktör de dikkate alınmalıdır. İkinci bir kabul; karara etki ettiği ileri sürülen her bir faktörün yargısal karar verme sürecinin karmaşık yapısı sebebiyle değişken düzeylerde etkili olduğudur. Dolayısıyla yargısal davranışı değerlendirirken tüm bu değişkenlerin ölçülebilir olmasalar dahi kararlara farklı zamanlarda farklı düzeylerde etki edebileceğini kabul etmek gereklidir. Bunun sonucunda üçüncü bir kabul; –hukuk metodolojisi kısmında genişçe yer verildiği üzere- özellikle sosyal ya da siyasi hususlarla iç içe geçmiş vakalarda yargıçların “doğru” karardan ziyade “en uygun” kararı hedefleyebilecekleridir. Daha evvel belirtildiği gibi yargısal karar vermeye etki ettiği ileri sürülen etkenlerin çokluğu ile hukuk yöntemlerinin çokluğu aynı sebebe; yani insan davranışının özelliklerine dayanmaktadır.

Sayılan sebeplerle sosyo-legal çalışmaların önemi yadsınamaz. Bununla birlikte mahkeme kararlarının değerlendirilmesinde başvuru kavramların öznelliğinin sınırlandırılması ve bu değerlendirmelerin görüş açıklamadan ibaret olmayıp özellikle ampirik verilerle desteklenmesi de büyük önemi haizdir. Bu görgül veriler sayısal olmak zorunda değildir. Nicel araştırmalar öznel sonuçları sınırlandırmak noktasında faydalı olsalar da nitel araştırmalarla desteklenmedikleri takdirde açıklayıcılıklarını kaybedebilirler. Kaldı ki yargı kararları gibi sınırsız sayıda faktörün etki ettiği ve karmaşık süreçler içeren araştırma alanlarında örneklemin küçültülerek derinlemesine nitel analizlere başvurulması da ayrıca önem taşımaktadır.

Türkiye’ye ilişkin çalışmalarda özellikle ampirik verilerin eksikliğini gözlemlemek mümkündür. Gerçekten de özellikle nicel verilerle desteklenen çalışmaların AYM kararlarının analizinde genelgeçer kabulleri sorgulatır sonuçlar ürettiği görülmektedir. Ancak bu çalışmaların uluslararası literatürde de vurgulandığı şekliyle nitel analizlerle desteklenmesi gerekliliği göze çarpmaktadır. AYM’ye ilişkin nicel literatürde de bu eleştirinin haklılığı teslim edildiği gibi yargısal kararların nicel olarak değerlendirilmesi; kamusal alanda oluşturduğu etki, olası sonuçları, ihlali öne sürülen kural, etkilediği toplumsal kesimler, yasal materyalin dilinin ne derece belirsiz olduğu gibi sayısız faktöre bağlı değişen nitel ağırlıklarının göz ardı edilmesiyle sonuçlanabilmektedir. Dolayısıyla nicel ve nitel çalışmaları birlikte kapsayacak anlamda ampirik çalışmaların ve bu sonuçları belirli bir çerçeveye oturtacak doktrinel çalışmaların birbirlerinin rakibi değil mütemmim cüzleri olduklarını akıldan çıkarmamak gerekmektedir.

Literatürün Türkiye açısından değerlendirilmesinde doktrinel kaynaklara ve hegemonik koruma tezi temelli çalışmalara AYM'ye ilişkin literatürde çokça yer buldukları için ayrıca değinilmemiştir. Fakat bunlara yargısal karar verme ve eleştirel yazın çerçevesinde değinen son dönem çalışmalar ele alınmıştır. Bu çalışmalarda Türkiye örneğinde sıkça altı çizilen “aktivizm”, “yargısal vesayet” gibi kavramların AYM'ye koşulsuz uygulanamayacağını ortaya koymaktadır. İlk olarak Mahkeme'nin davranışı dönemsel olarak farklılık arz etmektedir (Oder, 2018). Bu farklılık, Türkiye gibi siyasi dalgalanmaların periyodunun çok kısa olduğu ülkelerde küçümsenmeyecek boyutlardadır. Konjonktür zaman zaman “devlet elitlerinin” kendi aralarında çatlaklar oluşturmuş ve bu Mahkeme'nin tutumuna yansımıştır (Belge, 2006). Benzer bir parçalanmanın (çatlağın) 2013 yılında hükümetle informal kurumlar olarak görebileceğimiz gruplar arasında tekrar yaşandığı ve Mahkeme'nin benzer şekilde cevap ürettiği ileri sürülebilir (Demirtaş, 2022). Aynı sav “hegemonik koruma tezi” için de geçerlidir. Tezin Türkiye örneğine bire bir uyduğunu kabul etmiş olsak dahi bunun uzamsal olarak değişkenlik göstermeyeceğini ileri sürmek mümkün değildir. Zira Türkiye toplumu aynı zamanda sosyal mobilizasyonun da çok yüksek olduğu bir toplum profili çizmektedir. Kırsal nüfus giderek azalmış, belki de merkez-çevre dikotomisinin geçerliliği zayıflamış ve “devlet elitleri” gibi kavramlar da sorgulanır hâle gelmiştir. Dolayısıyla merkez ve çevre ya da “elitler” ve “elit olmayanlar” değiştiği hâlde Mahkeme'nin kararlarında süreklilik gösteren kalıplar varsa “Schmittyen egemenlik anlayışı” gibi yeni açıklamalara başvurulması daha akla yatkındır (Alpbaz, 2019; Seven ve Vinx, 2017).

Mahkeme'nin tutumundaki bu dalgalanmalar konu bazında da değişkenlik gösterebilir. Mahkeme'nin “korumacı” ya da “aktivist” bir tutum içerisinde olduğunu iddia etmektense “seçici bir aktivizm” (Belge, 2006), “seçici yanıt verme” (Oder, 2018) ya da “stratejik bir denge” (Oder, 2021; Ünsal, 1980) sergilediğini ileri sürmek çok daha akla yatkındır. Zira “aktivizm” tanımlanması da ölçülmesi de oldukça güç bir kavramdır ve en azından iddianın küçültülmesi önemlidir. Kaldı ki kavram çoğu zaman dikkat çekecek kadar nitel ağırlığı olan kararları nitelendirmek için kullanılmaktadır.

Mahkeme'nin diğer formal ya da informal kurumlar (yasama, yürütme, siyasi partiler, ordu, çıkar grupları, uluslararası hukuk organları ve hatta devletler gibi) ve belki de kendi içinde hedeflediği (Epstein, Knight, 2018) “stratejik denge” çok farklı saiklerle kurulmuş olabilir. Yargı organlarının diğer devlet erk ve kurumlarıyla ya da sosyal kurumlarla karşı karşıya gelmesi hâlinde hegemonik “devlet elitlerinin” çıkarlarını, demokratik kurumları, temel hak ve özgürlükleri, üyelerinin prestijini ya da kurumsal tercihlerini korumaya çalıştığı ya da üyelerinin sair bireysel motivasyonlarını takip ettiklerini ileri sürmek mümkündür. Buna karşılık hükümetlerin de daha evvel sayılan yollarla mahkemelere cevap vermeleri ihtimal dâhilindedir. Yargı organlarına cevap vermek kamuoyu

nezdinde ve uluslararası camiada pek makbul karşılanmayabilse de rüzgârın farklı yönden esmesi ve hükümetlerin “tahammül sınırını” aşması mümkündür (Aydın Çakır, 2018: 1104). Örneğin; AYM’nin AKP ile kurduğu 367 Kararı ve ardından gelen kapatma davasında gözlemlenen stratejik denge 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle hükümet lehine bozulmuş olabilir (Oder, 2018; Şener, 2018; Varol, 2016).

Kurumsal stratejilerin yukarıda bahsedilen aşikâr hâllerinin dışında hükümet ya da yasama organının kamuoyundan, uluslararası tepkilerden ya da içlerinde bulundukları ittifaktan çekinerek adım atmak istemediği ve sorumluluğu taşımaktan imtina ettiği hususlarda yargı organlarının harekete geçmesini bekleyerek kapalı bir strateji izlemeleri de mümkündür. Böylelikle hedefi değiştirerek mahkemeleri suçlu pozisyona düşürmek hatta bunu mahkemeyi düşmanlaştırarak siyasi koalisyonları güçlendirecek bir hamle hâline getirmek mümkündür (Lovell, 2003; Pickerill ve Brough, 2018: 41). Türkiye örneğinde de özellikle bireysel başvurular için bu stratejinin araştırılması açıklayıcı olabilir (Oder, 2021).

Henüz pek konu edilmemiş olan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla Demirtaş’ın (2022), Oder’in (2021) ve Hazama’nın (2023) çalışmalarında karşımıza çıkan yakın döneme ilişkin stratejik incelemelerde; 2016 sonrasında iki partiden oluşan koalisyonun getirdiği birtakım siyasi etkenlere daha yakından bakmak faydalı olabilir. Örneğin Demirtaş’ın zikredilen çalışmasında AYM için “izlek bağımlılığı” oluşturabilecek bir yapının mevcut olmadığı ileri sürülmüş olsa da pekâlâ bu koalisyonun AYM’nin özellikle 1982 dönemi itibarıyla üzerine formel olarak yüklenmiş olabilecek iktisadi değil ama “siyasi devletçi” izleği yeniden gün yüzüne çıkardığı düşünülebilir.

Göze çarpan bir diğer husus da hem nitel hem de nicel çalışmaların genellikle kararların sonuçlarına odaklanmalarıdır. Bu da kararın niteliğine nüfuz edememe riskini doğurmaktadır. Sonuçlara odaklanmak mahkemenin kompozisyonunun gerçekte olduğundan daha homojen algılanmasına ve tutumunun monolitik olduğunun varsayılmasına sebep olabilir. Gerçekten de karşı oyların incelenmesi hem mahkemenin profilini daha gerçekçi biçimde ortaya koymamıza hem de eğilimlerini tespit etmemize yarayabilir. Böylece olası bir değişimin belirtileri de izlenebilir (Petersen, 2018).

Yargısal kararların salt yasal materyale göre oluşturulmadığını kabul etmekle birlikte yasal sınırlamaların gözetilmediği bir hukuki karardan bahsetmek de hukuk devleti ve hukuki belirlilik gibi ilkelerin tamamen geçersiz olduğunu iddia etmek olacaktır. Dışsal faktörlerin gücü hukuk devletini zedeleyecek boyutlara varabilir. Ancak yasal tercihlerin tamamen göz ardı edilmediği diğer bir deyişle yargı bağımsızlığının temel düzeyde sağlandığı sistemlerde, şüphesiz ki yargısal kararın esas malzemesini mevzuat oluşturur. Yukarıda bahsettiğimiz gibi yaygın beklenti kararın mevzuat uyarınca

verileceği yönündedir fakat işleyiş her koşulda bu beklentiyi karşılamaz. Beklentinin karşılanmaması hâlinde yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve meşruiyeti tartışılmaya başlanır. Peki, yargısal kararın sosyo-legal çalışmalarda gördüğümüz etkenlerle “lekelenmesi” kaçınılmazsa ve kararların “doğruluğundan” ziyade “en uygun” olanlarından bahsedilebiliyorsa beklentiyi tahammül edilebilir düzeyde karşılamak nasıl mümkün olacaktır?

Belki de yargı bağımsızlığı kadar üzerinde durulması gereken yargının hesap verebilirlik ilkesine riayet edip etmediği olmalıdır. Demokrasinin henüz pekişmediği ülkelerde yargının bağımsız olmasının yargının hesapsız olması anlamına gelebileceğinden endişe edilmesi boşuna değildir. Yargı kurumlarından da tıpkı diğer devlet erklerinden olduğu gibi hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde hareket etmesi beklenebilir (Bali, 2012).

Yargı kararlarının denetimi ve yargının hesap verebilirliğinin sağlanması gerekçelerinin incelenmesi yoluyla mümkündür. Mahkemelerin, yasal materyalin kullanımına ve “extra-legal” faktörlerin hukuki akıl yürütmeye ne denli dâhil olduklarına ilişkin izahatta bulunmaları gerekir. Bu açıklamalar ileride yöntembilim başlığı altında inceleyeceğimiz gibi kararın kendisinden ayrı değildirler. Kararların gerekçesiz olması yahut sağlam bir argümantasyona dayanmamaları keyfilğin kapısını açar. Gerekçelendirmeye ilişkin bu zorunluluk yukarıda ele aldığımız yasal model çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi yargıçların, kararlarının profesyonel dinleyici olan diğer yargı mensuplarının ve hatta toplumun farklı kesimlerinin beklentilerini hesaba katmaları anlamında stratejik de olabilir.

Dolayısıyla nicel çalışmaların da kabul ettiği gibi yasal materyal kararın ortaya konmasında önemlidir ve görece nitel ağırlığı olan kararların hukuki açıdan incelenmesi ancak yöntembilim çerçevesinde yapılabilir. Yöntembilimse literatürün de gösterdiği gibi; yine yargısal davranışa etki eden faktörlerin tesirinde kalabilir; bu sebeple metodolojik çoğulculuğu kabul etmek ve fakat uluslararası yazında örneklerini gördüğümüz gibi yöntemsel tercihlerin yasal olmayan faktörlerin önüne de geçebileceğini akılda tutmak gerekmektedir.

Literatürden çıkan sonuçlara göre AYM yaygın kabul gördüğü şekliyle; (1) stratejik davranışlar sergilemektedir ve bu davranışların arkasında yargıçların politik tercihleri kadar kurumun “izlek bağımlılığının” da etkisi vardır (Ünsal, 1980; Ergül, 2003); (2) bu politik tercih ve davranışlar formel (2010 yılında yapılan değişiklikler gibi) ya da informal kurumsal etkenlerle değişiklik gösterebilirler (Epstein ve Knight, 1998; Demirtaş, 2022; Helmke, 2002; Oder, 2021; Şener, 2018; Varol, 2016); (3) mahkemenin yargısal davranışları belli kalıplar izleyebilmekle birlikte vakaların değişimine duyarlıdır (Aydın Çakır, 2018; Belge, 2006; Oder, 2021; Hazama, 2011) (4) bu kalıpları ve seçiciliği ortaya çıkartan “hegemonik koruma tezi” dışında aktüel durumu daha iyi açıklayabilecek “Schmittyen

egemenlik” anlayışı gibi birtakım kodların etkisi tartışılabilir (Alphaz, 2019) (5) kararlar ya salt hukuki ya da salt siyasi analize tâbi tutulmakta olup literatürde yargısal davranış üzerinde hukukun sınırlandırıcı etkisini değerlendiren çalışmalar yok denecek kadar azdır. En azından bu konuda bilinçli bir tercih ortaya koyan çalışmalara rastlanmamıştır. Farkında olarak ya da olmayarak bir kısım çalışma stratejik modele, bir kısım çalışma salt yasal modele dayanıyor görünmektedir. Yukarıda verilen hukuki akıl yürütmenin asliliğine ilişkin sebepler ve stratejik modeli tamamlama amacıyla kararlarda uygulanan hukuk metodu ayrıca değerlendirilmelidir. Zira mahkemenin anılan yasal olmayan faktörler altında gösterdiği yargısal davranışta değişikliğe gittiğini ileri sürdüğümüzde aynı esnada politik aktörlerin daha fazla hukuka aykırı düzenlemelere gitmiş olma ihtimalini göz ardı etmiş oluruz. Diğer bir deyişle mahkeme stratejik davranmıyor, aktörler daha fazla ya da daha az hukuka uygun davranıyor da olabilirler (Helmke, 2002: 300).

Bu çalışmanın temel savı açısından önemli olan mahkeme kararlarıyla politik iklim (political environment) arasındaki ilişkidir. Farkedileceği üzere bu sorunsal doğrudan stratejik modele atıf yapmaktadır. Türkiye örneğinde yargı bağımsızlığı ve hesap verebilirliği konusundaki kronik tartışma stratejik modeli temel alan çalışmaları destekler niteliktedir. Helmke’nin (2012) Arjantin Yüksek Mahkemesi için yaptığı ve Türkiye örneğine de büyük ölçüde uygun olduğunu düşündüğümüz stratejik modele dayanan çalışmasında belirttiği gibi; kurumsal güvenliğin olmadığı durumlarda yargıçlar, güç kaybeden hükümetlerin aleyhine karar vermek konusunda daha istekli hâle gelebilirler. Bunun yanı sıra bu davranışın görece önemli davalarda yoğunlaşacağı ileri sürülebilir. Dolayısıyla vakalarının tamamının iptal ya da ret oranları çok fazla anlam taşımayabilir. Bunun yerine ilgili konjonktürde önemi görece artan konularda verilen kararlara ve karşıoylara odaklanmak daha açıklayıcı olabilir.

2007 yılından bu yana politik iklimin yanı sıra AYM’nin üye kompozisyonu da değişmiştir. Bu tezi ileri sürerken üyelerin seçilmesinde rol oynayan aktörlerden yola çıkılmıştır. Bugün AYM’de Ahmet Necdet Sezer tarafından atanan üye bulunmamaktadır. Yine Helmke’nin çalışmasında da dikkate alındığı gibi verilen kararların, stratejik bir davranışın ürünü olmasının yanında değişen üye kompozisyonuna göre açıklanması da mümkündür. Bu çerçevede mahkemenin üye kompozisyonunun incelenmesi hem üyelerin bireysel tercihlerine ilişkin fikir vermesi açısından hem de seçilmelerini/atanmalarını sağlayan politik aktörlerle stratejik ilişkileri açısından önem taşır. Kompozisyon aynı zamanda yargısal davranışa etki edebilecek formel kurumsal temellerin (görev süresi, atama süreci, üye sayısı vs.) bir kısmıyla da ilişkilidir. Yine stratejik davranış açısından mali özerklik de önem taşıdığından bunun incelenmesi de ayrıca anlamlı olabilir. Üye kompozisyonunun olası etkilerini izole ederek kararlardaki dönemsel farklılıkları ortaya koymak için politik

kırılmалardan önce de sonra da görev yapan üyelerin yargısal davranışına odaklanmak anlamı olabilir (Helmke, 2002: 299-300).

Tüm bu değişkenlerin dâhil edilmesinde dahi yargıçların stratejik tercihlerini mi yoksa samimi bireysel tercihlerini mi ortaya koyduklarını tespit etmek zordur. Muhtemelen cevap her ikisinin de karar üzerinde etkili olduğudur. Kaldı ki yukarıda insan davranışıyla ilgili yapılan tartışmalardan da izlenebileceği gibi bu sorunun cevabını mahkeme üyeleri dahi bilmiyor olabilirler.

Sonuç olarak; Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal karar verme davranışının; yakın dönemin değişikliklerine ışık tutacak biçimde, hibrit bir model çerçevesinde ve temelde yargısal karar vermenin hukuki bir faaliyet olduğunu unutmadan hukuk metodunun dâhil edildiği bir analizinin açıklayıcı olacağını ileri sürmek mümkündür.

Bu çerçevede yapılacak bir çalışma, aşağıda ele alacağımız ve ülkelerin kendine özgü durumlarının da hukuku, yargıyı ve yargısal davranışı izah ederken dikkate alınması gerektiğini savunan Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) ve diğer tüm sosyo-legal çalışmaların kuramsal çerçevesiyle uyum sağlayacaktır. Zira EHÇ'nin "hukuki nihilizme" varmayan örnekleri liberal hukuki kurumları tümüyle işlevsiz kabul etmez ancak bunların arızalarına dikkat çekerler. Bu arızalar da zaman zaman beklenmedik sonuçlar doğurabilirler. Örneğin beklenenin aksine ABD'de Yüksek Mahkeme'nin görev süresine ilişkin güvencesinin mahkemeyi muhafazakârlaştırdığını ileri süren çalışmalar vardır (Schultz, 1998'den aktaran Helmke, 2002: 301). Benzer şekilde kurumsal güvence eksikliğinin olumlu sonuçlar doğurması da mümkündür. Örneğin Helmke'nin Arjantin sivil toplumunun hak arayışında yasal yollar izlemesinin faydalı sonuçlar doğurabileceği yönündeki argümanı, ilginç bir şekilde Arjantin mahkemelerine özgü kurumsal güvence eksikliğiyle bağlantılı görülebilir (Brysk, 1994'ten aktaran Helmke, 2002: 301). Dolayısıyla kurumsal güvencelerin eksikliği mahkemelere değişen rüzgâra göre hareket etme fırsatı verirken aynı zamanda sosyal değişime ayak uydurma imkânı da tanıyabilir (Helmke, 2002: 301). Son olarak bu teorilerin dayandığı yasal olmayan faktörlerin değerlendirilmesinin yanı sıra hukuki sınırlandırma kapsamında inceleyeceğimiz hukuk metoduna ilişkin ileri sürülen düşünceler de argümantasyonun önemine yaptığımız vurguyla örtüşmektedir.

Yargısal davranışa ilişkin genel bir çerçeve oluşturulmaya çalışılan bu kısmı takip eden bölümde hukukun ve siyasetin düşünsel temelleri ve ardından bu temeller üzerinde gelişen hukuk metodolojisi ele alınacaktır. Böylelikle bu kısımda verilen ve çalışma açısından anlam taşıyacağı düşünülen modellerin varsayımlarının belirginleştirilmesi ve yargısal davranışın hukuk metoduyla yakın bağlantısının ortaya konması amaçlanmaktadır.

2. ANAYASA YARGISINDA YARGISAL DAVRANIŞ

Anayasa mahkemelerinin kurumsal yapılarının hem şekli (formel) açıdan hem de maddi (informel) açıdan incelenmesi öncelikle bu kurumsal yapının her iki veçhesini de kapsayan bir tanımlı gerekli kılmaktadır. Bu tanım, sosyal ve yasal bileşenleri içermesi sebebiyle yargısal davranışın anayasa yargısı özelinde açıklanmasına yönelik yasal modelin sınır(lılık)larına ve diğer modellerin kökenlerine de işaret etmektedir. Buna binaen, bu başlık altında öncelikle anayasa yargısının kabaca tanımı yapılacak, işlevlerinden bahsedilecek, ortaya çıkışına dair genel bilgiler verilecektir. Ancak bu bilgiler, anayasa yargısının meşruiyetine dair tartışmaların ele alındığı kısımda ana hatlarıyla değinilse de alıştırığımız şekliyle “anayasacılık” dönemlerinin anlatılması biçiminde derlenmeyecektir. Bunun yerine farklı dönemlerde ortaya çıkan hukuki yaklaşım, tez ve ilkeler anayasa yargısı ve genel olarak yargının işlevi ve meşruiyetiyle ilişkili olarak ele alınacaktır. Bu işlev ve meşruiyet, mahkemelerin yargısal davranışına ilişkin normatif beklentileri şekillendirmektedir. Örneğin önceki bölümde belirtildiği gibi realist hukuk ekolünün yargıya yüklediği rol, “sonuç odaklı” hukuk tanımı ve metodolojik yaklaşımı, tutumsal ve stratejik modellerle doğrudan ilişkilidir. Pozitivist hukuk ekolüyle klasik hukuk metodolojisi ve yasal model arasında da pekâlâ benzer bir ilişki kurulabilir. Dolayısıyla önceki bölümde değinilen modellerin açıklayıcılıkları bu bölümde verilecek düşünsel temeller çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Yargısal davranışın sosyo-legal boyutunun ele alındığı bu kısmı hem yasal model açısından belirleyici olan hem de sosyal veçhesi sebebiyle yasal modelin sınırını oluşturan hukuk metodolojisine ilişkin bir kısım takip etmektedir. Zira özellikle anayasa yargısında kullanılan yöntemler ve diğer yasal değişkenler yukarıda ele alındığı gibi yargısal davranışa tartışmasız biçimde etki etmektedirler. Yargısal davranışın karar analiziyle ortaya konabilecek yasal bileşenin etkisi, ilerleyen kısımda ortaya konmaya çalışılacağı üzere ancak metodolojik bir incelemeyle tartışılabilir.

Yargısal davranışın bileşenleri olmaya aday bütün faktörler birbirleriyle temas hâlinde, aşağıda verilen düşünsel temeller üzerine oturmaktadır. Bu tespit sosyal faktörler kadar yasal faktörler için de geçerlidir. Anayasa yargıcının rolünün ne olduğu ve mahkemelerden kurumsal anlamda ne beklendiğinin cevabı hukuk ekolüne ve anayasa yargısına ilişkin benimsenen fikirlere bağlı olarak değişiklik göstermekte ve bu farklılıklar da hukuk metodolojisini doğrudan etkilemektedir.⁶

⁶ Bu kısımda anlatmaya çalıştığımız ve bütün bu bölümün yazılmasını gerekli kılan ilişkiler o denli kuvvetlidir ki bu teorik yaklaşımlar arasındaki farklar anayasa yargısından çok daha derinde kendilerini gösterirler. Bu yaklaşımlar kamu hukukuna gelmeden evvel özel hukuk alanında yargıcın rolünü tartışmış ve anayasa yargısı daha gündeme gelmeden anayasacılık düşüncesinde yer etmişlerdir. Örneğin; İkinci Dünya Savaşı öncesi anayasacılık hareketlerinin ikiye ayrılması buna

Bu çerçevede aşağıda bir önceki bölümde yer alan modellerin tamamına temel teşkil eden hukuk teorisi tartışmalarına imkânlar ölçüsünde değinilmiş ve böylece çalışma boyunca takip edilecek sosyal bilimsel metodolojik çerçeve berraklaştırılmaya çalışılmıştır.

2.1. Anayasa Yargısının Kurumsallaşması: Yasal Faktörler

Anayasa yargısı, anayasacılık hareketlerinin tekamülü ile ortaya çıkmıştır, zira “anayasacılık, anayasanın hiyerarşik üstünlüğüne saygıyı gözetmekle yükümlü bir organı gerekli kılar” (Kaboğlu, 2014: 5). Denilebilir ki anayasacılık, anayasa yargısının fikri temelidir ve anayasa yargısı anayasacılığın iktidarı sınırlandırma amacına hizmet eden araçlardan birisidir. En kaba hâliyle anayasa yargısı, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi anlamına gelir. Bunun yanı sıra erkler arası uyumu ve temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını güvence altına almak gibi fonksiyonlar edinmiştir. Dolayısıyla anayasa yargısı eliyle yapılacak yargısal denetim, anayasacılığın temel araçlarından olmakla birlikte liberal hukuk devleti ve demokrasinin de mütemmim cüzü hâline gelmiştir (Yeğen, 2018: 40).

Tate’in, Britannica’nın ilgili maddesinde yaptığı tanımla yargısal denetim, “bir ülkenin mahkemelerinin devletin (government)⁷ yasama, yürütme ve idari kollarının eylemlerini inceleme ve bu tür eylemlerin anayasaya uygun olup olmadığını belirleme yetkisidir” (Tate, 2019).

Anayasa yargısının edindiği bu fonksiyonlar zamanla ortaya çıkan ve gelişen anayasa yargısı usulleri çerçevesinde işletilir. Ülkelerin içinde bulunduğu koşullardan, hukuk doktrinlerine kadar birçok faktör bu usulleri çeşitlendirir. Denetim, “Amerikan modeli” ismiyle anılan şekilde, yargılamaya bakan (olağan) mahkemeler tarafından yapılabileceği gibi, “Avrupa modeli” ya da “Kelsenci model” olarak adlandırılan şekilde, salt bu faaliyet için uzmanlaşmış mahkemeler tarafından da yerine getirilebilir. Avrupa modeli bu sebeple “anayasa mahkemesi modeli” olarak da anılır. Türkiye’nin de benimsemiş olduğu anayasa mahkemesi modelinde denetim çeşitleri; denetimin zamanına ve denetimin özelliklerine göre sınıflandırılabilir. Bunlar zamanına göre “a priori” ve “a posteriori” denetim olarak ikiye ayrılır. İsimlerinden de anlaşılacağı üzere ilki henüz yürürlüğe girmemiş normlar üzerinde yapılırken, ikincisi ve daha çok kabul göreni yürürlüğe girmiş bulunan normların denetimidir. Bu denetim çeşitlerini birlikte veya ayrı ayrı uygulayan hukuk sistemleri bulunmaktadır. Bununla birlikte Amerikan modelinde önceden denetim imkânı bulunmamaktadır (Gözler, 2015: 450).

dayanmaktadır. Rousseau’nun “genel irade” düşüncesini temel alan Fransız tipi anayasacılıkla anayasa yargısını birlikte düşünmek çok zor iken ABD tipi anayasacılık, anayasa yargısının ilk örneğini doğurabilmiştir. Bkz. (Kaboğlu, 2014: 4-5).

⁷ Orijinal metinde kullanılan “government” kavramının Türkçe karşılığı olarak “hükümet” yerine “devlet” kavramını kullanmak daha isabetlidir.

Denetimin somut olay üzerine yapılması şeklinde ortaya konan yönteme somut norm denetimi; normun somut olay gerçekleşmeden evvel belli usullerle yargı önüne taşınmasına dayanan usule ise soyut norm denetimi ismi verilmektedir. Amerikan modeli anayasa yargısında, yaygın denetim biçimi benimsendiği için yalnızca somut norm denetimi yapılmaktadır (Gözler, 2015: 450). Avrupa modeli anayasa yargısında ülkeler arasında farklılıklar olmakla birlikte her iki denetim türü de uygulanabilmektedir (Gözler, 2015: 456).

Benimsenen model ve denetim tarzları, ilgili hukuk düzeninde anayasa yargısına yüklenen anlama dair ipuçları verir. Örneğin Anglo-sakson hukukunda yargıcın yorum alanı bu hukuk sisteminin özellikleri hasebiyle daha geniştir (Dinçkol, 2014: 40; Esen, 1972: 12). Yahut anayasa mahkemelerinin yalnızca “negatif kanun koyucu” (Kelsen, 2009: 268-269). olarak kalmalarının önemli görüldüğü bir sistemde “a priori” denetimin benimsenmesi zorlaşacaktır (Kaboğlu, 1997: 61). Amerikan modeline uygun anayasa yargısının, Avrupa’ya göre çok daha erken gelişmesinin de “anayasanın üstünlüğü” üzerine inşa edilmiş Amerikan anayasacılığıyla başlangıçta “parlamentonun üstünlüğü” üzerine inşa edilmiş, “genel iradeyi” önceleyen Avrupa anayasacılığı arasındaki farktan ileri geldiği söylenebilir (Kaboğlu, 2014: 5). Bu tip kurumsal farklılıklara yol açan ve yargıca farklı roller tanımlayan yaklaşımlar ileride daha detaylı biçimde ele alınacaktır.

2.2. Anayasa Yargısı ve Siyaset İlişkisi: Yasal Ol(may)an Faktörler⁸

Gerek hukuk literatüründe gerekse gündelik kullanımda yargı ve siyaset ilişkisinden bahsedildiğinde ilk akla gelenler; yargının bağımsız ve tarafsız oluşuna hâlel getiren uygulamalar ve siyasetin yargısallaşması hususları olmaktadır. Bu durum anlaşılır olmakla birlikte hâkim siyasi konjonktür içinde hukuku etkileyen siyasi etkileşimin dikkate alınmaması çoğu zaman hukuki analizleri anlamsız kılar. Böylece yapılacak tespitler görüş açıklamakla sınırlı kalır. Bunun önüne geçilmesi mevcut hukuki yapının tarihsel bagajının ve bu bagajdaki siyasi kabullerin göz ardı edilmemesiyle mümkündür. Dolayısıyla anayasa yargısının siyaset ile ilişkisini iki ayrı bağlamda değerlendirmek gerekmektedir. İlk başlık altında çalışmanın sınırları ve öncelikleri sebebiyle kısaca bu siyasi bagaja değinilecek ve ardından mevcut liberal hukuk paradigması içinde yer alan daha klasik tartışmalar ele alınacaktır.

Bu çerçevede ele alındığında, anayasa yargısının ortaya çıkışına dair başlıca etkenlerin değerlendirildiği tezler; yargının rolü, tutumu ve meşruiyetini açıklamak konusunda oldukça yararlıdır. Bu amaçla, bu tezlere kısaca değinilecek ve ardından liberal anayasacılık sınırlarında yürütülen

⁸ Bu etkenler yargısal davranış literatüründe “extra-legal” olarak tanımlanan etkenler olup esasında yasal (legal) etkenlerin tarihsel olarak ortaya çıkışına sebep olan etkenler olarak da görülebilirler. Takip eden bölüm bu kavramların neden iç içe değerlendirilmesi gerektiğini açıklama maksadıyla yazılmıştır. Zira yasal olmayan faktörler yasal faktörlere gömülü olup bunların temelini teşkil etmektedir.

tartışmalara geçilecektir. Bu başlıkların ortaya konmasında amaçlanan anayasa yargısının ortaya çıkış nedenleri, buna etki eden iktidar ilişkileri ve yargısal süreçlerin işleyişinin nasıl olması gerektiği konularını sorunsallaştırmaktır. Bu çerçeve daha sonra hukuk metodolojisine dair tartışmalarla ilişkilendirilecek ve genel bir değerlendirme yapılacaktır.

2.2.1. Hukuk ve Siyaset İlişkisi Bağlamında Eleştirel Bir Çerçeve

Yukarıda izah edildiği gibi hukuku siyasetten ve sosyal etkenlerden soyutlanmış olarak ele almak bir çeşit hukuk teknisyenliği yapmaktır. Salt pozitif hukuk ve hukuk uygulaması üzerinden yapılan hukuki araştırmaların açıklayıcılıkları sınırlıdır. Bu tip biçimci araştırmalarda kullanılan kavramlar ya da hukuki kurumlar toplumsal gerçeklikle temas etmedikleri gibi bunlara yargıçların verdikleri anlamlar ve bu anlamların arkasında yatan düşünsel birikim ortaya konmamaktadır. Dolayısıyla ilgili hukuki düzenlemelerin hangi ideolojik temelli önermelere dayandığı ve kendisinden beklenen sonucu verili toplumsal koşullarda üretip üretmeyeceği sorularına da cevap verilmesi zorlaşır. Hâlbuki yalnızca kamu hukuku alanında değil özel hukukta dahi tüm düzenlemeler belli sosyal kabuller ve iktidar ilişkilerini yansıtmaktadır. Ele alınacak düzenlemenin ya da yargı kararının kapsamlı biçimde analiz edilmesi ancak disiplinlerarası çalışmalarla mümkün olabilir (Epstein, 2016: 2023-2025). Aksi hâlde yapılan çalışma “olanın” fotoğrafını çekmekten öteye gitmez (Shapiro, 2008: 768; Uzun, 2019).

Bizim çalışmamız açısından “olanın” fotoğrafını çekmek ile yetinmek Anayasa Mahkemesi’nin hangi başvurularda iptal ya da ret kararı verdiğini tespit etmekten ve kararlardan beğeni toplamayanları aktivizm örneği olarak tasnif etmekten ibaret olacaktır. Yargılamanın sonuçlarından şikâyetçi olunması durumunda mahkemeyi aktivist olarak yaftalamak yaygın bir davranıştır (Cross, 2007a: 13; Ergül, 2013: 49). Böyle bir fotoğraf için akademik bir çalışmaya ihtiyaç olmadığı açıktır. Zira mahkemelerin, subjektif şekilde değerlendirilmelerinde akademik açıdan yarar yoktur. Bunun yerine mahkemelerin hangi kararları, nasıl ve neden verdikleri önem taşımaktadır (Posner, 2005: 32). Bu sebeptendir ki hukuk ve siyaset ilişkisi, ilkin hangi paradigmadan yola çıkıldığı, diğer bir deyişle hangi ön kabullerle çalışıldığını belirlemek açısından önem taşır. Bu saptamalardan sonra verilen kararların arkasındaki siyasi, toplumsal, iktisadi sebepler ortaya konabilir.

Hukuk ve siyaset ilişkisini, sonraki başlıklarda ele alacağımız ve akla ilk gelen gündelik hususlardan evvel kavramların kendisinde aramakta yarar vardır. Bunun için “hukukun ne olduğu” tartışmasını temel hukuki yaklaşımlar başlığına erteleyerek siyasetin tanımından başlamak uygun olacaktır. Siyasetin bizatihi tanımı dahi siyasidir, ideolojiktir ve kapsamı değişkenlik arz eder. Maurice Duverger’nin ifadesiyle “Her şey -ya da hemen hemen her şey- kısmen siyasaldır ve hiçbir şey -ya da hemen hemen hiçbir şey- tümüyle siyasal değildir” (Duverger, 1982: 23).

“Politikaya Giriş” isimli eserinde Duverger, 1870 ve 1962 tarihli iki kaynağa referans verir ve bunlardan ilkinin politikayı “devlet bilimi” diğeri “insan toplumlarını yönetme sanatı faaliyeti” olarak tanımladığını söyler. Yazar bu iki tanım üzerinden siyaset biliminin tanım çabalarını ikiye ayırır; “devlet bilimi” ve “iktidar bilimi”. Duverger, ikinci tanımla yola devam eder ve tanımdaki “toplumların” büyüklüğü de “makropolitik” ve “mikropolitik” düzeyleri belirler. Diğer bir anlatımla iktidar ilişkilerinin olduğu yer aile de olsa, devlet de olsa, bu alan politik kabul edilebilir (Duverger, 1971: 9-10).

“Mikropolitik” düzeyi siyasete dâhil eden feminizm açısından ailenin “özel alan” olduğu; Marksizm açısından iktisadın ve iktisat kadar olmasa da hukukun teknik birer alan olduğu ve siyaset üstü biçimde ekonomistler ve hukukçular tarafından ele alınması (Özenç, 2016: 72) ve siyasetin dolayısıyla iktidar ilişkilerinin dışında kabul edilmesi gerektiği fikirleri; ilki için erkek egemen, ikincisi için sınıflı toplum yapısının birer hilesi olarak görülebilir. Özellikle liberal hukuk devleti anlayışının kanun önünde eşitlik ilkesinin “[...] her türlü baskı ve sömür ilişkisinden soyutlanmış eşit hukuki öznelerin, soyut normlar vasıtasıyla özgürce hukuki ilişkilere girdiği [...]” yanılsamasını doğuran ideolojik bir işlevi olduğu savunulabilir (Özenç, 2016: 12).

Politik alanın belirlenmesinin ardından sıra bu alanın nasıl tahayyül edildiğine gelir ve Duverger burada ikinci bir ayrıma gider. Buna göre örneğin Marksistler açısından bu alan bir savaş meydanıdır, klasik liberaller açınsansa “ortak iyilik” ve uzlaşma alanı. Ancak yazarın da belirttiği gibi çoğu zaman çatışma ve uzlaşma süreçleri birbirlerine evrilirler. İktidar ilişkilerinin kimin lehine ne boyutta gelişme göstereceği ne kadar savaşıp ne kadar uzlaşılacağı, zamana, koşullara ve mekâna göre değişiklik gösterir (Duverger, 1971: 13-15).

Marksist perspektiften bakıldığında siyasal alanı belirleyen yani çatışmayı doğuran ekonomik altyapıdır. Dolayısıyla çatışma sınıfsaldır, kolektiftir. Liberal açınsa siyaset bir çatışma alanı olarak kurgulanmasa da uzlaşmanın ortadan kalkmaması için bireylerin iktidar hırslarının frenlenmesi gerekir. Hukuk, şayet her iki yaklaşım da klasik anlamlarında ele alınırsa, ilki için altyapının ürettiği bir hegemonya aracıdır ve çatışmanın bitmesiyle ortadan kalkar; ikincisi için uzlaşmanın sonucunda ortaya çıkan bir sözleşmedir ve bu sözleşme belli düzenlemelerle çatışmaya dönülmesini de önler. İleride ele alacağımız iktidarın sözleşme kapsamında sınırlandırılması; yani iktidar hırslarının frenlenmesi bahsinin temelde liberal siyaset düşüncesine dayandığını ifade etmek gerekir (Duverger, 1971: 18).

İlk alıntıdan da anlaşılacağı şekliyle Duverger siyasal alanı oldukça geniş tanımlamaktadır. Siyaseti “devlet bilimi” olarak tanımlayan yaklaşımları “egemenlik ideolojisi” olarak adlandırır. Egemenlik ideolojisi bilhassa hukukçular tarafından benimsenmiş ve hukuki yaklaşımlara hâkim olmuştur. Mamafih devlete has iktidarın diğer iktidar ilişkilerinden tamamen farklı olması olgulara

dayanmayan “ideolojik” bir yaklaşımdır ve siyasetin alanını daraltıp, siyaset bilimini daha işlevsiz hâle getirir (Duverger, 1982: 24-28). Ancak yazar bütün iktidar ilişkilerini de aynı çuvala doldurmaz. İnsan davranışı yalnızca güç ilişkileriyle açıklanamaz (Duverger, 1982: 26-28). Dolayısıyla her ne kadar “politikanın özü, kendine has niteliği, gerçek anlamı, onun her yerde, her zaman mevcut oluşudur” (Duverger, 1971: 14) dese de Duverger her zaman her yerde aranacak bu ilişkilerin her zamanda ve her yerde aynı şekilde teşekkül edeceğini iddia etmez. Bilakis iktidar ilişkilerinin görünür kılınması için “farklı ideolojik ortamlarda farklı sınırlandırmalar benimsenebilir” (Duverger, 1982: 26).

Çokça duyduğumuz “falanca konunun politikaya alet edilmemesi gerektiği” yönündeki mülahazaların genellikle konunun bilhassa politik olduğuna işaret etmesi de Duverger’nin yaklaşımının isabetli olduğunu göstermektedir. Aynı doğrultuda, Schmitt’e göre “bir şeyin siyasi olmadığı yönünde verilen karar [...] daima siyasi bir karardır” (Schmitt, 2014: 10). Genellikle yargı ve siyaset arasında herkesçe bilinen bariz bir çizgi olduğu yönündeki kurgu da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Hukukun bu şekilde algılanmasında pozitif hukuka yüklenen anlamların büyük payı bulunmaktadır. Ancak hukukun egemenin buyruğu olduğu ve yargıçların katıksız biçimde bu buyruğu uyguladıkları şeklindeki klasik pozitivist kurgu, içinde ilgili dönemin klasik egemenlik ve bilim anlayışını barındırmaktadır (Öktem, 1977: 274-278). 19. yüzyılda, pozitivist hukuk anlayışı, kanun ile hukuku eşitleyerek lafza sıkı bağlılık yoluyla nesnel hukuki sonuçlar elde edilebileceğini iddia etmiştir. Bu yolla klasik pozitivism, “değer bağımsız”, “mekanik bir yargılama” teorisi çerçevesinde yargıçların alanını daraltan ve hukuku sosyal temellerinden kopuk biçimde ele alan bir yaklaşım benimsemiş ve karşılığında da sosyolojik hukuki yaklaşımlar ortaya çıkmıştır (Haines, 1922: 108; Topçuoğlu, 1969: 28).

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, demokrasi, evrensel temel hak ve özgürlükler gibi temel ilke ve kurumlar da tarihsel, sosyal, kültürel, iktisadi etkileşimden münezzeh değildir. Örneğin hukuk devleti kavramı, özü itibarıyla kişilerin değil yasaların egemenliği çerçevesinde devletin ya da iktidarın sınırlandırılmasına karşılık gelir. İktidarın sınırlandırılmasına yönelik geleneksel tartışmalardan farklı olarak modern “hukuk devletinde” liberal teorinin negatif özgürlükleri lehine kurumsallaşmış bir mekanizma işletilmektedir. Bu kurumlar; “anayasalar, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukukun egemenliği, hukuki güvenlik, bağımsız yargısal denetim” olarak ifade edilebilir. Sayılan tüm bu kurumların modern biçimlerinin, 18. yüzyıl siyasal düşüncesinin ve Batı Avrupa burjuvasının siyasal pozisyonunun altında şekillendiği görülmektedir (Sancar, 2016: 34-35).

Hukuk devletinin liberal siyasi veçhesi bu kavramın Nazizm de dâhil olmak üzere başka rejimler tarafından da kullanılmasına mâni olmamıştır. Bunun en önemli sebeplerinden birisi “mistifikasyona son derece elverişli bir yapı gösteren” muğlak hukuk devleti kavramının oldukça kullanışlı olmasıdır (Sancar, 2016: 31). Tıpkı diğer anayasal kavramlarda olduğu gibi hukuk devleti mefhumu da kolaylıkla arzulanan hukuki sonuçların payandası hâline gelebilmektedir.

Pozitivist hukuk anlayışının 18-19. yüzyılların hâkim politik düşüncesini yansıtmaması gibi onun muhafazakâr duruşuna tepki olarak ortaya konulan ve 19. yüzyıl sonundan itibaren gelişen yaklaşımlar da siyasi konjonktürden bağımsız değildirler (Gürkan, 1967: 1-2). Bununla birlikte daha çok bir “hukuk muhalefeti” olarak ortaya çıkan bu akımlar, EHÇ çerçevesinde post-Marksist öğelerle de buluşarak daha sosyal içerikli bir muhalif tutum kazanmışlardır (Akman, 2012: 60).

Hukuku, etkileşimde bulunduğu sosyal ilişkiler ağıyla birlikte değerlendiren yaklaşımların özellikle pozitivist hukuk anlayışında kristalize olan formalizm, objektivizm, kesinlik ve öngörülebilirlik gibi adeta hukuk denince akla ilk gelen kavramları tartışmaya açmaları önemlidir. Zira bu kavramlar mevcut hukuk paradigmasının temelini oluştururlar. Bu temel ise yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ya da siyasal olmaması gibi ideallerin de membaıdır. Dolayısıyla bu çerçevede yargının siyaset ile ilişkisi de sorunsallaştırılmış olur. Bu problematik kaçınılmaz olarak yargının meşruiyeti, rolü ve metodolojiyi de içerir.

Benzer bir durum, yukarıda değindiğimiz kavramlar açısından da geçerlidir. Örnek vermek gerekirse realist ekolün “hukuki belirsizlik” tezi, öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği gibi pek çok kabul ve ideali yadsımaktadır. Ancak bu eleştiri hukukun sosyal etkenlerle ilişkisinin üzerindeki örtüyü kaldırmakla birlikte hukukun esas olarak klasik pozitivist analizini hedef alır. Bu belirsizliğin izlenecek politikayı mutlaka belirleyeceğini düşünmek doğru olmayacaktır. Yukarıda “hukuk muhalefeti” kavramı kullanılarak ifade edilmeye çalışılan da budur. Daha açık bir anlatımla; hukuku belirsiz kabul eden yaklaşımlar doğrudan bir politik tercih belirtmeyebilir. Örneğin hukuki belirsizlik denince ilk akla gelen yaklaşım olan realizmin temsilcilerinin liberal hukuk düşüncesiyle bir çatışma içinde oldukları söylenemez. Hatta minimalist devlet yanlıları da hukuki belirsizliği belli ölçüde benimsemiş görünmektedirler. Hayek’in, hukuki regülasyonların hukuki öngörülebilirliği azalttığı görüşü buna dayanmaktadır (Hayek, 1996: 210-213).

Hukuk, iktidarları sınırlandırmanın bir aracı olmakla birlikte; iktidarların Gramscigil terimlerle rıza devşirmesinin, hegemonyasının da bir aracıdır (Carnoy, 2001: 255, 274-275). Tam da bu noktada hukukun ideolojik niteliğinin nasıl şekillendiği ve bu durumun hukukun topyekûn bir reddini (hukuki nihilizm) gerektirip gerektirmediği tartışması ortaya çıkmaktadır. Ortodoks Marksist perspektiften bakıldığında hukuk bir üstyapı unsuru olarak görülür ve üretim ilişkileri çerçevesinde şekillenir.

Ancak kabul etmek gerekir ki hukuk da salt bir belirlenim etkisinde değildir ve bizatihi iktidar ilişkilerine etki etmektedir (Akbaş, 2015: 74).

Nihayetinde toplumsal etkilerden ve ideolojiden arınmış bir hukuk fikrinin kendisi ideolojiktir. Belirtmek gerekir ki burada kullanıldığı anlamıyla ideolojik olmak doğrudan ortodoks Marksist anlamda “yanlış bilince” tekabül etmemekte veya zorunlu olarak negatif bir anlam ihtiva etmemekte, yalnızca siyasal düşünceyle hukukun ilişkisine işaret etmektedir (Akbaş, 2015: 61).

Hukukun belirli bir hegemonyanın tesisi ve yeniden üretimi amacıyla kullanılması ne kadar olumsuz bir durumsa sınırlanmayan iktidarlar da o denli olumsuzluklara gebedir. İktidarın sınırlanması pratikte gerçekten de belirli sınıf ya da gruplar aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Ancak böyle bir riskin olması hukuku topyekûn mahkûm edebileceğimiz anlamına gelmez (Akman, 2012: 269). Hukukun siyasi bir boyutu olması onu başlı başına kötücül yapmaz. Dolayısıyla objektiflik, kesinlik, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi özelliklerin kendisine atfedildiği ancak sosyal etkenlerle malul olan hukuk düzenine eleştirel yaklaşmakla birlikte hukuktan vazgeçmek mümkün değildir. Kaldı ki hukuk, siyasetin etkisine açık bir alan olarak dezavantajlı grupların hak taleplerine de olumlu cevaplar verebilmektedir ya da vermek durumunda kalmaktadır (Akman, 2012: 373-374).

Özetlemek gerekirse; hukuka yönelik sosyal yaklaşımların sorunsal hâline getirdikleri kurum ve ilkeler siyasal bagajlar taşımaktadırlar. Bu arka plan hukukun toplumsal ilişkiler ağı içerisinde incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Yasamanın vazettiği hukuk ya da yargı organının verdiği karar kaçınılmaz olarak belli sosyal kabullere dayanır. Bu kabuller birinci organ açısından politika üretiminde ikinci organ açısından pozitif hukukun yorumunda ve geliştirilmesinde rol oynar. Duverger’nin önerisini anımsayacak olursak; iktidar ilişkilerini daha görünür kılmak için “farklı ideolojik ortamlarda farklı sınırlamaları benimsemek” ve bu ilişkilerin üzerini örten kurumları tartışılır hâle getirmek önemlidir. Ancak bu yolla hukuk belirli teorik kalıplardan çıkarak olgusal düzlemde açıklanabilir.

2.2.2. Temel Hukuki Yaklaşımlar ve Yargıya Bîçilen Rol

Hukukun ve onun bir alt başlığı olarak anayasa yargısının, değişkenini siyaset olarak belirleyen bir değerlendirmeye tâbi tutulması hukukun ve dolayısıyla yargının hangi anlamları ihtiva ettiğini açıklamayı gerekli kılmaktadır. Yukarıda “siyaset” için yapılan analiz bu başlık altında “hukuk” için yapılacaktır. Hukukun mahiyeti üzerine yürütülecek bu tartışma nihayetinde siyaset, hukuk ve hukuk metodolojisiyle ilişkilendirilecektir.

Çalışmamızın üzerine oturduğu sacayağının önemli bir parçası olan anayasa yargısının; işlevleri, sınırları ve meşruiyeti konuları birbirleriyle ve yöntembilimle yakından ilişkilidirler.

Yöntembilim ileride ele alınacağı gibi felsefeden ayrı düşünülemez, daha net biçimde ifade edersek yöntembilim, felsefi tartışmaları temel alan teorik yaklaşımların ne şekilde uygulanacağına yönelik bir çabaya karşılık gelir (Işıқтаç ve Metin, 2021: 14).

Bunun sonucu olarak hukukun ne olduğu ya da mahiyeti üzerine yapılacak spekülasyonlar; yargıya, yargıca ve norma yüklenen anlam, yargının işlevi ve meşru sınırları konusunda süregiden tartışmalarda takınılacak tutumları belirlemektedir. Böylece yöntembilim tartışmalarından hukuki ilkelere, yargının işlevinden hukuk devletine kadar hudutları genişleyen bu alan esas olarak belli hukuki spekülasyonları (hukuk felsefesi yaklaşımlarını) temel almaktadır.

Yukarıda değinilen sebeplerle bu başlık altında yargısal denetimin çerçevesini çizen, biçtiği rolle anayasa hukukunda uygulanacak yöntemleri şekillendiren hukuki yaklaşımlara değinilecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki ele alınacak yaklaşımlar en çok kabul gören ve tartışılan hukuk ekollerıyla sınırlandırılmıştır.

2.2.2.1. Doğal Hukuk Ekolü

Doğal hukuk okulu, hukuk felsefesi düşüncesi içerisinde muhtemelen en köklü/eski olanıdır. Bu sebeple tarih boyunca bilinçli ya da bilinçsiz olarak çokça isim tarafından doğal hukuk ekolüne katkılar yapılmıştır ve yine çokça isim bu ekolle ilişkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu ekolü kapsamlı biçimde özetlemek dahi bu çalışma açısından mümkün değildir. Bu başlık altında doğal hukuk okulu, konumuzla ilişkili olacak şekilde yalnızca ana hatlarıyla değerlendirilecektir.

Üzerinde ittifak edilmiş bir tanımı olmasa da genel anlamda “doğal hukuk” Britannica’daki ifadesiyle “[...] felsefede, tüm insanlar için ortak kabul edilen ve toplum kurallarından veya pozitif hukuktan ziyade doğadan türetilen bir hak veya adalet sistemidir” (Britannica, T. Editors of Encyclopaedia, 2019, 13/08/2021).

Biraz daha yakından baktığımızda doğal hukuka dair ilk farklılaşmanın “doğalın” neye atıf yaptığı konusunda ortaya çıktığı görülecektir. Antik Yunan’dan günümüze kadar doğal hukuk yaklaşımlarının, hukukun kökeni için atıf yapageldiği kavramlar değişiklik göstermiştir. Bu farklılıklar çoğunlukla çağa bağlı olarak değişmekle birlikte yalnızca bununla sınırlı olduklarını söyleyemeyiz. Aynı dönem içinde doğal hukuka farklı isimler tarafından farklı kökenler de önerilmiştir. Örnek vermek gerekirse; Herakleitos, doğal hukuku “doğaya” atıfla tanımlanırken Platon için doğal hukukun kaynağı aşkın/ideal olandır. Platon ile benzer biçimde Stoacılar ve Cicero için de doğal hukukun kaynağı tabiatla değil “logosta” ya da “evrensel akıldadır” (Aktaş, 2004). Dolayısıyla doğal hukuk bir ya da birkaç kaynağa dayanır. Bu kaynaklar insan doğası, tabiat, akıl ya da Tanrı olabilir.

Hangi kaynağa referansla inşa edilirse edilsin klasik anlamda doğal hukuk düşüncesi evrensellik ve değiştirilemezlik iddiasına sahiptir. Evrenseldir, çünkü kaynağı tüm insanlık için ortaktır. Belli gruplar için farklılık göstermez. Değiştirilmesi mümkün değildir -buna ihtiyaç da yoktur- zira daha çok aşkın olana ya da tabiat gibi insanın sınırlarını tam olarak aşamayacağı kaynaklara atıf yapar. Bu hâliyle doğal hukuk pozitif hukukun üstündedir/dışındadır; vaz edilmiş olanın aksine kaynağını aşkın olandan alır ve iktidar sahipleri eliyle değişikliğe uğratılamaz. Belli gruplara hasredilemez. Klasik doğal hukuk düşüncesinin en sarıh ifadelerinden birisi için Cicero'nun "iyi siyasal rejim nedir" sorusuna cevap aradığı eseri Devlet Üzerine'ye başvurabiliriz (Cicero, 2014: 201):

Gerçek yasa, doğaya uygun olan doğru akıldır. Her şeye nüfuz eder, tutarlıdır, daimidir ve buyurarak yükümlülüğe çağırır. [...] Bu yasanın bir parçası bile değiştirilemez. Tümü yürürlükten kaldırılamaz. Kuşkusuz ne senatus ne de halk aracılığıyla bu yasadan kurtulabiliriz. Onun için başka bir açıklayıcı ya da yorumlayıcı aranmamalı. Başka bir Roma ya da Atina yasası olmayacak. Ne şimdi ne de sonra başka bir yasa olacak. [...] Bu yasaya göre hareket etmeyen aslında kendisinden kaçmış olacaktır [...].

Yukarıda saydığımız özelliklerden rahatça anlaşılacağı üzere birbirlerinden farklı kaynaklara dayansa da doğal hukuk yaklaşımlarının ortak noktaları hukukun değer merkezli bir tanımından yola çıkmış olmalarıdır. Hukuk, doğal hukuk ekolleri için "ideal bir değerdir" (Keyman, 2012: 186). Çağdaş doğal hukuk düşüncesinin önemli isimlerinden John Finnis ünlü eseri Natural Law and Natural Rights'ta hukuku toplumsal bir kurum olarak değerlendirir. Finnis'e göre toplumsal kurumların analizi sosyal bilimler metodolojisinin zorunlu bir sonucu olarak değerden bağımsız olamaz. Sonuç olarak pozitivist teorilerin ortaya attığı şekliyle hukuku değerden bağımsız olarak ele almak mümkün değildir (Finnis, 2011: 3).

Görüldüğü üzere doğal hukuk açıkça pozitif hukukun temel özellikleriyle çatışma hâlinindedir. Öyle ki antik dönemde daha çok ahlak felsefesi başlığı altında değerlendirebileceğimiz doğal hukuk ekolünün modern dönemde hukuki pozitivizmle çatışma üzerinden tanımlanabilecek bir "hukuki/toplumsal kuram" hâlini aldığı söylenebilir (Bix, 2004: 294).

Hâl böyleyken doğal hukukun temel tartışma konularından birisinin hukuki geçerlilik olması kaçınılmazdır. Farklı yaklaşımlar için farklı derecelerde önemi haiz olmakla birlikte doğal hukuk düşüncesinde pozitif hukukun kerteriz noktası doğal hukuk olmalıdır. Pozitif hukuk, doğal hukuku en azından referans almalıdır. Ancak bu koşulla pozitif hukuk, "hukuk olma" yahut "geçerli olma" vasfını kazanır. Bu geçerlilik anlayışı aksiyolojik veya ideal geçerlilik anlayışı olarak tanımlanabilir. Buna göre hukuk normunun geçerli olması ilgili normun, "gai bir kritere göre, yani o normun birtakım değerlere veya birtakım meta-pozitif ideallere" uygun olmasına bağlıdır (Gözler, 1998: 57).

Aksiyolojik geçerlilik savı, kabaca yukarıda ele aldığımız şekliyle hukuku hukuk yapanın merkeze alınan değer olduğunu söylese de pozitif olanın uyumlu olmaması hâlinde her zaman geçersiz kabul edildiğini söylemek doğru değildir. Zira genellikle Augustinus’a ya da Aquinas’a ait olduğu söylenen “adil olmayan kanun, kanun değildir” sözü Aquinas’ın düşüncesi için dahi tam olarak doğru kabul edilemez. Kimi görüşlere göre Aquinas adil olmayan hukuka itaat etmemeyi meşrulaştıracak yolu açsa da Summa Theologia’a da sistematize ettiği görüşler “yozlaşmış hukuka” itaat yükümlülüğünü tam olarak ortadan kaldırmış görünmemektedir (Wacks, 2014: 4). Adil olmayan bir yasaya uyulmaması hâlinde daha büyük sorunlar ortaya çıkacaksa ahlaki temele dayanmayan bir uyma yükümlülüğü doğması ihtimal dâhilindedir (Bix 2004: 305). Aquinas’ın takipçisi olan bir modern doğal hukuk kuramcısı olarak Finnis de “adil olmayan hukuk hukuk değildir” yaklaşımını kendisiyle çelişkili bularak reddeder. Buna göre kusurlu olsa da hukuk, hukuk olmaya devam eder (Finnis, 2011: 364-365). Mark Murphy, değerini altını kalınca çizen yaklaşımları “güçlü doğal hukuk tezleri”, Finnis gibi kusurlu pozitif hukuku kabul etmeye daha gönüllü olanları “zayıf doğal hukuk tezleri” olarak adlandırmaktadır. Sonuç olarak doğal hukuk yaklaşımları değer merkezli olmakla birlikte geçerliliğe dair tezler katılıklarına göre farklılaşabilmektedir (Murphy, 2021: 51-55).

Modern doğal hukuk teorisyenlerinden Lon Fuller de pozitif hukuku geçersiz kılmakta aceleci değildir. Hukuku adaletle ilişkili olarak ele almak yerine işlevsel bir bakış açısı geliştirir; “hukuk, insan davranışlarını kuralların yönetimine tâbi kılma teşebbüsüdür” (Fuller, 1969. 106). “Prosedürel doğal hukuk” olarak adlandırılan yaklaşımıyla pozitivizm eleştirisini sürdüren Fuller için temel kavram ahlaktır. Ancak bu ahlak daha önce bahsettiğimiz örneklerde olduğu gibi aşkın bir kavram olarak değil usul ilkeleri olarak karşımıza çıkar. Bu ilkeler Fuller’in deyimiyle hukukun “içsel ahlakını” (inner morality of law) oluşturur ve yasa koyucular yasaları Fuller’in sekiz başlık altında ele aldığı bu ilkeler çerçevesinde oluşturmalıdır (Fuller, 1969: 33-91). Böylece Fuller’ın doğal hukuk anlayışı diğer doğal hukuk yaklaşımlarından farklı olarak maddi bir hukuk teorisi değil usule ilişkin bir yaklaşım ortaya koyar. Dolayısıyla hukuki geçerlilik de içerikle ilgili olmak yerine metotla ilgili bir kavram olarak ortaya konmuş olur (Aktaş, 2011a: 16).

Yukarıda sözünü ettiğimiz sekiz ilke kabaca liberal hukuk devletinin tanımında kullandığımız; yasaların genelliği, aleniyet, geriye yürümezlik, herkesçe anlaşılabilir/açık olma, tutarlılık, ifası imkânsız olmama, hukuki belirlilik, uygulamanın sağlanması olarak ifade edebileceğimiz ilkelere (Fuller, 1969: 46-91).

Ekleme gerekir ki Fuller hukukun oluşturulmasına dair özellikle Austin’de kuvvetlice görülen tek taraflı (egemenin buyruğu) -sonraki başlık altında söz edilecek- yaklaşımdan farklı olarak karşılıklılık ilkesini benimser. Bu aynı zamanda Fuller’ın pozitif hukuka getirdiği eleştirilerin bir

diğeridir (Fuller, 1969: 209). Hem belirlediği ilkeler hem de yasa koyma sürecine dair mütalaası Fuller’ın birey merkezli liberal düşüncesinin bir sonucudur (S. Metin: 2015: 194).

Doğal hukuk yaklaşımı farklı siyasi konjonktürlerde farklı siyasi etkiler oluşturmuş ve farklı amaçlar için gündem olmuştur. Antik Yunan’da toplumsal karışıklıkların bir ilacı, ticari hayatı gelişen ve coğrafi olarak genişleyen Roma’da evrensellik ve imparatorluk fikrinin bir uzantısı, orta çağ Avrupa’sında Katolik kilisesinin otoritesinin ve aynı zamanda bu otoritenin sarsılmasının doktrinel temeli, doğal hukuktur. Reform hareketleri sonrası ulus devletlerin oluşumunun ardından devletler hukuku yine doğal hukuk temelinde gelişmiştir. Doğal haklar, sosyal sözleşme ve buna bağlı gelişen sınırlı iktidar ve anayasacılık fikirlerinin kökeninde de doğal hukuk yatmaktadır (Güriz, 1996: 152).

Doğal hukukun siyasi etkileşiminin yanı sıra hukukun temel kavramları üzerinde de çok büyük etkileri olduğunu kabul etmek gerekir. Bugün hukuk dilinin vazgeçilmezlerinden “eşyanın tabiatı” kavramıyla tabiatı temel kabul eden doğal hukuk yaklaşımları arasında bağlantı olduğu ileri sürülebilir. Yine kanunsuz suç olmayacağına yönelik temel ceza hukuku ilkesinden bugün anayasaların olmazsa olmazı kabul edilen temel hak ve hürriyetlere kadar pek çok ilke doğal hukuk meşelidir (S. Metin, 2002: 89-92).

Ancak insan haklarının kökeninde doğal hukuk fikrinin yattığını söylemek bu anlayışın her zaman yenilikçi çıktılar sunduğu anlamına gelmez. Antik Yunan’da ve orta çağ örneğinde olduğu gibi doğal hukuk düşüncesi zaman zaman statükocu zaman zaman radikal değişimci siyasaları meşrulaştırabilir (Bix, 2004: 293; Wacks, 2014: 3).

Bugüne kadar jenerik doğal hukuka yönelik çokça itiraz dile getirilmiştir. Bunlar arasında en temel olanı; doğal hukukun yukarıda değindiğimiz çok veçheli hâli almasına da yol açan öznelliğine ilişkindir. Hatta modern doğal hukukçular arasında saydığımız Finnis gibi düşünürlerin aksiyolojik geçerlilik anlayışını katı biçimde uygulamamaları bundan ileri gelir (S. Metin, 2002: 93-94). Pozitivist yaklaşımı benimseyen yazarlar doğal hukukun metafizik kavramlar üzerinden oluşturduğu geçerlilik kriterlerinin subjektif olduğunu, herhangi bir “iyi toplumsal düzeni” ortadan kaldırmak ya da “kötü toplumsal düzeni” meşru göstermek gibi işlevleri yerine getirebileceğini ileri sürmektedirler. Bu öznelliğin doğal sonucu ise hukuki belirsizliktir (Gözler, 1998: 61-64). İleride müteaddit defalar değineceğimiz üzere hukuki belirsizlik konusu uygulanacak metodun seçimi için de büyük önemi haizdir.

Yukarıda ele alınanlar ışığında değerlendirildiğinde tahmin edileceği üzere doğal hukuk, hukuk metodolojisi üzerinde büyük etkiye sahiptir. Pozitif hukukun düzenlemediği yahut ilgili düzenlemenin adalet duygusuyla uyumlu olmadığı hâllerde, yargıcın boşluk doldurma ya da hukuk yaratma faaliyeti

yürütmesi doğal hukuk açısından meta-pozitif bir açıklamaya dayandırılır⁹ (Güriz, 1996: 155). Medeni hukukumuzda pozitif hâle gelmiş “dürüstlük kuralı” gibi ilkeler, içeriği yorum yoluyla doldurulacak ve aynı zamanda yorum için yol gösterici olacak, kökenini doğal hukuktan alan temel ilkeler olarak okunabilir. Hukukun temel ilkelerinde olduğu gibi insan haklarını düzenleyen uluslararası metinlerin ya da uluslararası nitelik kazanmış hukukun temel ilkelerinin -tıpkı ahde vefa ilkesi örneğinde olduğu gibi- yerel mahkemeler tarafından ölçü alınması da benzer şekilde doğal hukuk yaklaşımının bir sonucu olarak değerlendirilebilir (S. Metin, 2002: 94-95). Realist teoriler, yargıçların bu ilkelerle bağlı olduğunu kabul etmezlerken pozitivist teoriler bu ilkeleri ancak pozitif hukuk hâline dönüştüklerinde bağlayıcı kabul ederler (Gözler, 2013: 21-23).

Yorum konusunda modern doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki en ünlü tartışmalardan birisi Hart ile Fuller arasında gerçekleşmiştir. Doğal hukukun pozitif hukuk ile çatışmasının doğal sonucu metne bağlılıkla ilgili kaygının pozitivist yaklaşıma nazaran düşük olmasıdır. Fuller, Hart’ın ancak belirsizlik barındıran durumlarda (gölgeli tabir ettiği) yargıca gönülsüzce takdir yetkisi tanıyan yaklaşımını eleştirir. Fuller’a göre Hart burada kelime düzeyinde bir analiz yapmaktadır. Ancak hukuki metinler içerisinde bulundukları bağlam incelenmeden anlaşılamaz. Dolayısıyla Fuller, Hart’ın yaklaşımı yerine “yapısal bütünlüğü” dikkate alan amaçsal yorumu önermektedir (Fuller, 2017: 160-161, 212). Pozitivist yazarlarda karşımıza çıkan, yargıcın takdir alanının genişlemesine (amaçsal yorumun doğal bir sonucu olarak görülen) duyulan güvensizlik Fuller’a göre yersizdir. Fuller açısından düzenlemenin yapısal özelliği yargıcın yaratıcı rolünü zorunlu kılar zira anlam hiçbir zaman Hart’ın tanımladığı şekliyle salt “çekirdek” anlam değildir. Sözcüğün sarıh biçimde sahip olduğunu düşündüğümüz anlamı bağlam buna müsaade ettiği için sarıh görünmektedir. Dolayısıyla amaçsal yorumun, sınırları aşp belirsizlik oluşturacağını ve özgürlükleri erozyona uğratacağını düşünmek doğru değildir. Yargıç, metnin yapısı gereği yaratıcı faaliyette bulunmaya mecbur olmakla birlikte yine bu yapının sınırlarına da uymakla mükelleftir (Fuller, 2017: 210-214).

Sonuç olarak doğal hukuk yaklaşımının baskın tonu, “olan” ile “olması gereken” hukuk arasında net bir ayrım yapmaz. Meta-pozitif olarak tabir edebileceğimiz kavramları referans alır. Bunun doğal sonucu da pozitif hukukun metne bağlı, formel yaklaşımı yerine yargıcın hukuk yaratma rolü edinmesine müsaade eden ve kendisinden yazılı olmayan ilkelerin de türetilip uygulama imkânı bulunabildiği bir hukuk metoduna kapı aralamasıdır.

⁹ Sonraki bölümde görüleceği üzere boşluk doldurma pozitivist teorisyenler tarafından pozitif hukuk içinde de açıklanabilmektedir.

2.2.2.2. Hukuki Pozitivizm

Ele alacağımız ikinci yaklaşım olan hukuki pozitivizm, Auguste Comte'un (1798-1857) pozitivizminin hukuk alanındaki tezahürü olarak okunabilir. Hukuki pozitivizm, Comte'un sosyal bilimler için tasarladığı gibi hukuku belirli bir yöntem çerçevesinde pozitif bir bilim olarak değerlendirme girişimidir (Özcan, 2016: 558). Latince "positum" kelimesinden türeyen "pozitif", Türkçe'ye "koyulmuş, vazedilmiş" olarak çevrilebilir. Hukuki pozitivizmin inceleme alanı da ortaya konulmuş veya vazedilmiş olan normdur. Klasik pozitivizm açısından normu ortaya koyansa egemendir. Buna göre kabaca, hukuk; egemenin otoritesine dayanarak oluşturduğu ve yaptırım gücüyle desteklediği normlardır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi pozitivizm herhangi bir değere atıf yapmak yerine biçime odaklanmaktadır (Keyman, 2012: 183).

Hukuki pozitivizmin kurucularından John Austin'e (1790-1859) göre yasalar birer emirdir. Norm egemenin iradesinin ürünüdür, bu sebeple bu tip pozitivizm "iradeci pozitivizm" olarak anılır (Keyman, 2012: 199). Emre karşı gelindiğinde "muhtemelen maruz kalınacak olan kötülük, çoğu zaman yaptırım olarak adlandırılır". Austin burada hem emri veren egemeni hem de emre itaat ödevi yüklediği kimseleri "rasyonel birer varlık" olarak tanımlar (Austin, 2015: 38-39).

Austin'in klasik pozitivizminde egemenin yerini H. L. A. Hart'ın (1907-1992) modern pozitivizminde daha sosyolojik bir bakış açısıyla insanlar ya da kamuoyu alır (S. Metin, 2002: 63). Dolayısıyla doğal hukuk anlayışından farklı olarak normlar vazolunmuşlardır ve kendilerini oluşturanlardan bağımsız, aşkın bir varlığa sahip değildir. Yine doğal hukuk anlayışından farklı olarak hukuki pozitivizmin ilgisini çeken hukukun olması gerekenin ne olduğu sorusu değil mevcut olan hukukun ne olduğudur. Austin'in etkilendiği isimlerden birisi olan Jeremy Bentham (1748-1732), bunu "açıklayıcı hukuk bilimi" (expository jurisprudence) ve "eleştirel hukuk bilimi" (censorial jurisprudence) ayrımıyla açıklar. Buna göre ilki hukukun ne olduğuyla ikincisi ise hukukun ne olması gerektiğiyle ilgilenmektedir (Bentham, 2000: 234). Sonuç olarak hukuki pozitivizm açısından, değerler hukuk bilimsel incelemenin konusu değildir.

Hem Bentham'da hem de Austin'de "common law" pozitif hukuk olarak istemeden de olsa kabul görmektedir. Bununla birlikte Bentham, yargıç tarafından oluşturulan hukuka karşı daha mesafelidir. Yargı, Bentham için keyfilik çekincesiyle sınırlandırılması gereken bir kurumdur. Austin ise yargıyı daha az önemser. Yargıç basit bir uygulayıcıdır. Onun kararları yoluyla ortaya konan kurallar da egemenin yasamasından farklı değildir. Çünkü yargı doğrudan egemenin emrindedir, egemenin parçalarından birisidir. "common law"un pozitif oluşu da buna dayanır (Austin, 2015: 49). Austin'de "egemen" altı çok kuvvetli çizilmiş bir kavram olarak karşımızdadır. Bunun sonucu olarak

Austin'in hukuki pozitivizmin klasik hâli olarak adlandırabileceğimiz yaklaşımının, güçler ayrılığı ve anayasal sınırlı iktidar gibi kavramlarla örtüşmediğini söylemek gerekir (Wacks, 2014: 22-24).

Günümüzde pozitivist hukuk anlayışı her ne kadar değer yargılarından soyutlanmış bir bilimsel yaklaşımın mümkün olmadığını kabul etse de pozitivizmi pozitif yapan onun metne bağlılığıdır, diğer bir ifadeyle biçimciliğidir. Metne bağlı, tümdengelimci, biçimsel bir mantık, yorumu zaten metne dâhil olan bir sonucu ortaya çıkarma faaliyeti olarak görür. Yargı eliyle yürütülen bu faaliyet yasa koyucunun amaç ve iradesini ortaya koymaktan ibarettir. Yasa bu amaç ve irade çerçevesinde “tamlik tezi” uyarınca “boşluksuz” kabul edilir. “Boşluk” olduğu kabul edilse dahi bu boşluğun doldurulması da pozitif hukuk çerçevesinde gerçekleştirilir (Keyman, 2012: 209). Bu yaklaşımın sonucu ise norm metninin sistematik ve tümdengelimci dayalı mantıksal yorumunun dışında bir yorum yönteminin kullanılmasının mümkün olmamasıdır. Bu kısıtlamadan murat edilen ise hukuki öngörülebilirlik ve keyfilikten kaçınmadır (S. Metin, 2002: 65-68).

Hart içinse metin değerini korumakla birlikte klasik pozitivizmde iddia edildiği gibi “tam” ya da “nihayete ermiş” değildir. Bir sonraki başlıkta değineceğimiz Kelsen'in temel normuna benzer şekilde ama varsayımsal değil daha çok olgusal olarak ele alınan, Hart'ın “tanıma kuralı (rule of recognition)” adını verdiği norm, bir emir olarak değil zamanla yerleşen bir pratik olarak karşımıza çıkar (Hart, 1994: 102-103). Bu norm diğer normların nasıl geçerli olduğunu belirlemektedir. Normların geçerliliği ise yalnızca biçimsel olarak ele alınmaz. Söz konusu geçerlilik aynı zamanda toplumsal aktörlerin normun geçerliliğine dair “kanaatlerine” (internal point of view) de bağlıdır. Bu kanaat uyarınca aktörlerin beklentisi tüm aktörlerin bu kurallara uyacağı yönündedir (Hart, 1994: 98). Tamamı uymasa dahi çoğunluğun sağlanması hâlinde (etkililik) “tanıma kuralına” dayanan hukuk sistemi geçerli olmuş olur. Anlaşılacağı üzere bu geçerlilik ahlaki bir ölçüte göre tanımlanmamıştır (Wacks, 2014: 31). Her ne kadar “doğal hukukun minimum içeriğinden” bahsetse de bu, Hart'ın teorisinin toplumsal boyutuyla ilişkili olup varsaydığı, hukuk sisteminin ana unsurları arasında ahlaki bir ölçüt yer almamaktadır (Hart, 1994: 193-202). Bununla birlikte hukukun ahlakilikle örtüştüğü noktalar olabilir. Hart için bazı konularda “doğal zorunluluk” bulunmasına rağmen bu zorunluluklar, doğal hukuk tezlerinde ileri sürüldüğü ölçüde ileri gitmezler, sadece hayati olarak tanımlanabilecek yaşama hakkı gibi konuları içerirler (Hart, 2017: 142).

Normun oluşumu, geçerliliği ve mahiyeti üzerine bu şekilde düşünmenin sonucu ise yargının rolünün klasik pozitivizme göre daha belirleyici olmasıdır. Zira sosyolojik bir tabana dayanan ve “tam” olmayan normlar için “boşluk” söz konusu olabilir. Bu da özel durumlarda yargıların farklı anlamlar/yorumlar arasında seçim yapabilecekleri anlamına gelir (S. Metin, 2002: 82-84).

Hukuki pozitivistizmin hukuka ve yoruma yönelik klasik yaklaşımı ciddi eleştiriler almıştır. Bunlardan ilki muhafazakarlık eleştirisidir. Gerçekten de benimsenen klasik egemenlik anlayışı ve hukukun norma indirgenmesi iktidar ilişkilerini sorgulamadan kabul etmenin yolunu açabilecektir. Ancak daha evvel de bahsettiğimiz gibi hukuki pozitivistizm aslında hukuk mesleği için ortaya atılmış bir metod girişimi olarak okunabilir. Dolayısıyla hukuki pozitivistizmi bu çerçevede değerlendiren bir yaklaşımın tıpkı modern pozitivist olarak niteleyebileceğimiz Hart'ın vurguladığı gibi, biçimsel analizin ardından ahlaki değerlere atıf yapmasının önünde bir engel yoktur, zira teori ahlaken nötrdür (Hart, 1994: 240).

Ahlaken nötr olmanın imkân dâhilinde olup olmadığı ise tartışmalıdır. Sevtap Metin'e göre; yukarıda değinilen biçimsel mantık, değer yargılarından soyutlayamadığımız ve adalet gibi kavramlara atıf yapmadan tahayyül edemediğimiz hukuk alanında işlemeyecektir. Karar verici farkında olsun ya da olmasın her kararın temelini oluşturan bir değer vardır. İnsan eylemi doğası itibarıyla salt rasyonel olamaz ve her somut olay için tümdengelimle dar bir şablona ait sonuçlara varılamaz. Burada işletilmesi gereken “rasyonel saf mantık” yerine “makul mantık” olarak adlandırılabilir insan doğasını da dikkate alan bir mantıktır (S. Metin, 2002: 65). Bu savın kabulü hâlinde ise bir önceki eleştiriye verilen biçimsel mantık sonrası ahlaka atıf imkânının değeri kalmayacaktır.

2.2.2.3. Normativist Hukuk Ekolü

Hukuki normativizm ya da normativist pozitivistizm Hans Kelsen'in (1881-1973) kurucusu olduğu yaklaşımdır. Kelsen'in amacı “Saf Hukuk Kuramı” olarak adlandırdığı kuramıyla siyasi, sosyolojik ya da ahlaki (metajüridik) faktörlerden izole olmuş bir hukuk teorisi inşa etmektir. Böylelikle hukuk bir bilim olarak “bütün ilimlerin ideali olan objektiflik ve katiyete kavuşmuş” olacaktır (Aral, 1968: 514). Yazar, bu amaçla tıpkı Austin'in analitik pozitivistizmde olduğu gibi hukukun biçimsel yönüne odaklanır (Keyman, 2012: 190). Ancak Kelsen için vurgulanması gereken normun bir “emir” olma yönü değil normun özel anlamı olan “olması gereken” yönüdür. Kaldı ki norm bir emrin yanı sıra icazeti de içerebilir. Sonuç olarak Kelsen'in teorisinde norm irade beyanı ile ilişkilendirilmez. (Güriz, 1996: 338-339).

Kelsen'e göre doğa olayları nedensellik içinde işlerken hukuk alanında ilişkiler normatiftir (A olursa B olur yerine A olursa B olmalıdır) (Güriz, 1996: 336). Dolayısıyla doğa bilimlerinden farklı olarak Kelsen'e göre hukuk kuramının nesnesi olgu değil normdur. Zira yazar, hukukun tanımını da bu şekilde yapmaktadır. Kurama göre hukuk, “bir olgu değil”, “norm ya da normlar dizisi, normatif bir düzendir”. Norm ise “bir olgunun anlamıdır” ve “bu anlam bir olan ifadesi ile değil, bir olması gereken ifadesi ile betimlenebilir” (Kelsen, 2006: 56-58).

Hukuk biliminin konusu bu normların geçerli olup olmamalarıyla sınırlıdır, normların doğru ya da adil olmaları etiğin alanına girmektedir. Sonuç olarak Kelsen'in özellikle vurguladığı şekliyle "saf hukuk teorisi", olması gerekeni temel almasıyla doğa bilimlerinden ahlaki normları hukuki normlardan ayırmasıyla etikten ayrılır. Bunu yaparken hukuk ile adalet arasındaki ilişkiyi yok saymaz. Ancak bu ilişki Kelsen'in teorisinde kendisine yer de bulmaz. Zira yazara göre adalet ilkeleri görelidir. Dolayısıyla pozitif hukuku dikkate alan kurama göre vazedilmiş olan adilliğine bakılmaksızın geçerlidir (Kelsen, 2006: 58-60). Zaten "saf hukuk kuramının" "pozitivitesi" doğal hukuk yaklaşımlarına ait bu tartışmaları dışlamasından ileri gelmektedir (Aral, 1968: 539).

Kelsen'e göre bir normu doğuran diğer bir normdur. Normlar aşağı doğru somutlaşan bir hiyerarşi içerisinde geçerlilik kazanırlar. Bu hiyerarşinin en üstünde yer alan "temel norm" ise "vazedilmemiş- belirli bir beşerî varlığın ya da insanüstü iradenin etkinliği ile yaratılmamış ancak, hukuka ilişkin anlayış tarafından önvarsayılmış- olan [...] pozitif hukuksal düzenin geçerliliğinin nedenidir" (Kelsen, 2006: 62). Bu "a priori" tabir edilebilecek "temel normun" altında anayasalar, onların altında da yasalar bulunmaktadır.

Kurama göre yasalar "genel normlar" olarak adlandırılırken yargı kararları ve idari işlemler ise mahkemelerin ya da ilgili idari makamların yarattığı "bireysel normlardır". Dolayısıyla yargı kararı üst norma aykırı olamayacağı gibi yargıç da norm "yaratma" yetkisini haizdir (Kelsen, 2006: 57). Hukukun uygulanması ya da yaratılması üst seviyedeki normun icra edilmesi ve alt seviyedeki normun da üretilmesi anlamına gelir (Aral, 1968: 535).

Kelsen için geleneksel yorum teorisinin yasanın tek bir doğru anlamına ulaşılabilceği iddiası yerinde değildir. Zira pozitif hukuk yorum için kullanılacak araçların seçimi konusunda suskun kalır, ölçüt ortaya koymaz. Böylece farklı araçlarla farklı sonuçlara varılması mümkündür. Yargıç yasa koyucuya göre daha az serbest olmakla birlikte alt seviyedeki normun yaratıcısı pozisyonundadır. Bununla birlikte yargıcının yaratıcı rolünün en rahat kabul edildiği durum olan "hukukta boşluk", Kelsen için bir yanılgıdan ibarettir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi hukuk normu yalnızca emir olmadığı için düzenlemediği bir konuda "olumsuz norm" özelliğini ortaya koyup icazet veriyor olabilir. Kelsen'e göre "yükümlülük ihdas edilmemiş bir davranışa ilişkin yapılan talebi reddeden kararda uygulanan, işte bu olumsuz normdur". Aslında "boşluk" olarak adlandırılan yargıcın vazedilmiş olan norma göre karar vermesi hâlinde kabul edilemez sonuçlar doğacağı düşüncesidir. Bu sırada yargıç yasa koyucunun somut olayı öngörmediğini ve öngörseydi mevcut düzenlemenin doğuracağı sonuçtan farklı bir sonucu arzulayacağını iddia eder. Ancak Kelsen'e göre bunun sağlaması yapılamaz. Dolayısıyla "boşluk" kavramı Kelsen'in saf hukuk kuramını ihlal eder; "öyleyse 'boşluk' denen şey pozitif hukuk ile daha iyi, daha adil, hakka daha yakın olduğuna inanılan bir sistem arasındaki

farklılıktan başka bir şey değildir". Yargıcın "boşluk doldurması" mevcut normun uygulanmaması ve yerine yeni bir norm konulmasıdır. "İyi yasa koyucunun" bizatihi bu yetkiyi uygulayıcıya (yargıca veya idari organa) ya da Kelsen'in deyimiyle "yetkilendirilmiş yasa koyucuya" tanınması hâlinde amaçlanan aslında uygulayıcının norm yaratma yetkisini örtük biçimde sınırlandırmaktır. (Kelsen, 2014: 47-50).

Yukarıda değindiğimiz çeşitli seviyelerde normlardan oluşan ve esasında "boşluk" ihtiva etmeyen "normlar hiyerarşisi" hukuk düzeninin kendisi olup, Kelsen'e göre hukuk biliminin inceleme alanını oluşturur. Bilimsel bir yaklaşım olarak "saf hukuk kuramının", "yanlışlanabilirliği" bu hiyerarşi içinde mümkündür. Normların birbirleriyle çatışması hâlinde iki normdan birisi geçerliliğini yitirecektir. "Böylece, hukuk bilimi, kendi nesnesini mantıksal bir bütün, yani birbiriyle çelişkili olmayan normlar sistemi olarak ele alır" (Kelsen, 2006: 58).

Sonuç olarak; "saf hukuk kuramı" pozitivistin bir başka çeşidi ve biçimci bir teori olarak metne bağlı bir yaklaşım sergiler. Hukuki öngörülebilirlik temel değerler arasındadır (Kelsen, 2014: 50). Ancak yargıcın "hukuk/norm yaratıcı" yönünün kabulü, aynı somut olay için birden fazla doğru yorumun söz konusu olabileceği, yargının egemen yerine normla bağlı olarak tasvir edilmesi gibi hususlar dikkate şayandır. Bununla birlikte "normlar hiyerarşisi" fikrinin doğal sonucu olarak hukuku bir bütün şeklinde görme yaklaşımı sistematik yorumu da zorunlu kılacak niteliktedir.

2.2.2.4. "Hukuk İlminde Sosyolojik Reaksiyon" ve İlişkili Yaklaşımlar

19. asrın sonunda katı biçimci ve izole hukuk öğretisi, daha sonra davranış bilimleri olarak anılacak sosyoloji, psikoloji gibi çalışma alanlarının hukuk metodunda kullanılması önerisiyle karşılaşmıştır. Geleneksel hukuk anlayışına Thomas Kuhn'dan ilhamla kullanırsak paradigma boyutunda alternatifler getiren bu yaklaşımlar aşağıda ele alacağımız realist yaklaşımın da öncüleri sayılmaktadırlar. Bu yeni paradigmada hukuk, rasyonel bir uğraş olmaktan çıkarak ampirik verilerin işlendiği bir faaliyete dönüşmektedir (Gürkan, 1967: 2-6).

Yaukarıda hukukun kaynağı, doğal hukuk başlığı altında, gözlemlenmesi mümkün olmayan unsurlarda; pozitivism başlığı altında, daha çok egemenin buyrukları vasıtasıyla oluşan pozitif hukukta aranmıştır. Diğerlerinden farklı olarak bu başlık ve takip eden başlıklar altında, hukukun tanımlanmasında sosyal olguların da dikkate alındığı yaklaşımlara değinecektir.

Toplumsal olguların dikkate alınmasının ilk sonucu hukukun genele şamil olma niteliğinin ve evrensellik iddiasının ortadan kalkması olmuştur. Zira hukuk çok sayıda değişkenin etkisinde biçimlenmektedir. Hukuku bu sosyolojik etkenlerin ışığında ele alan ilk ekol muhtemelen Savigny tarafından kurulan ve Puchta tarafından geliştirilmiş hâliyle Kavramlar İctihadı Okulu olarak da anılan

Tarihçi Okuldur. Klasik yorum yöntemleri denince de ilk akla gelen isim olan Savigny hukuku ne yasa koyucunun iradesiyle ne de doğal hukuk ekolünün meta-pozitif dayanaklarıyla açıklamıştır. Savigny için hukukun kaynağı “halkların ruhudur”. Bu ruh sosyal olgulardan çok Hegelci metafizik bir kavrama karşılık gelir (Topçuoğlu, 1969: 20). Buna göre hukuk oluşturulmamıştır, kendiliğinden, organik olarak, gelenek içerisinde doğmuştur. Dolayısıyla kodifikasyon çabaları yanlıştır. Mevcut olan hukuk neyse doğru olan hukuk da odur ve yasa koyucunun müdahâlesi hukuku donduracağı için sakıncalıdır. Bu organik hukuk, hukukçular eliyle, tümdengelimle dayalı mantıksal bir ürün (kavramlar) hâline getirilir (Can, 2011: 188-190). Yargıcın elinde örf ve âdet ile kanunlar vardır. Hukukçular “halkın ruhunda yatan hukuku” tespit ederler ve toplumsal ihtiyaçlar hasıl oldukça (örf ve âdet hukuku ve kanunlar cevap vermeyince) kıyas yoluyla hukuk yaratırlar. Ortaya çıkan bu hukuka “kavramlar içtihadı” adı verilir (Topçuoğlu, 1969: 22). Bu faaliyet zamanla “biçimsel, bilimsel, akılcı ve tümdengelimci bir nitelik kazanmıştır” (Keyman, 2012: 214).

Tarihçi Okulun siyasi veçhesi, tarih vurgusunda gizlidir. Fransız Devrimi ile yükselen burjuvazi, evrensel ilkelere vurgu yaparak meşruiyet zemini oluşturuyor ve bu yeni düzeni Fransa dışına ihraç edecek bir kapasiteye ulaşıyordu. Evrensellüğün karşısında ise eski düzen ve yerellik vardı. Tarihçi Okulun gelenek vurgusu sınıfsal ilişkilerin devamlılığını da öngörüyor ya da salık veriyordu. Dolayısıyla bu ekol doğal hukukun öngördüğü hukuk düzeninin evrensellik iddiasına da karşıydı (Can, 2011: 191). Yorumun, metnin ya da örf ve âdet hukukunun sınırlarını aşması doğal hukuk ya da Fransız Devrimi parantezinde doğal haklar kavramlarını gündeme getireceğinden yargıcın alanını da dar tutmuştu (Topçuoğlu, 1969: 22). Buna karşılık pozitivizmin metne bağlılığının belki de çelişkili biçimde savunulduğu görülmektedir (Can, 2011: 192).

Bu noktada Fransız Devrimi’ne bir parantez açmak yararlı olabilir. Bahsedildiği üzere Fransız Devrimi, burjuvazinin yükselişi ve buna bağlı demokratik egemenlik olarak kavramsallaştırılacak yeni bir egemenlik anlayışının hâkimiyetini temsil etmektedir. Rousseaucu “genel irade” ve doğal haklar düşüncesi, Devrim sonrası pozitif hukuk hâline gelmiştir. Bu kodifikasyon sonucu yeni düzenin korunması ise Yorumcu/Şerhçi Okul, Kavramlar İchtihadı Okulu gibi ekollerin yargıcın takdir yetkisini kısıtlayan oldukça katı pozitivist hukuk anlayışının hakimiyetine yol açmıştır (Can, 2011: 185-188). Şerhçi Okula göre yargıcın görevi yasayı uygulamak üzere basitçe yorumlamaktır. Kavramlar İchtihadı Ekolüne göre ise hukuki kavramların mevzuat aracılığıyla oluşturulması ve netleştirilmesi yoluyla hukuki belirsizlik ortadan kalkar. Bu yaklaşımlara göre yargıç yalnızca metinde yazanı tekrar etmekle görevlidir. Pozitif hukuk kendi kendisine yettiğine göre yargıcın hukuk yaratması söz konusu olamaz (Aktaş, 2010: 2).

İlerleyen dönemde Tarihçi Okul gibi sosyal olguları dikkate alan ancak biçimciliğe ve şekli mantık anlayışına kuvvetli eleştiriler getiren düşünceler palazlanmıştır. (Keyman, 2012: 215). Bunlardan ilki Serbest Bilimsel Araştırma yaklaşımıdır. François Geny'nin kurucusu olduğu bu okulun temel amacı metnin aşılmasıdır. Yazara göre hukuka biçimci yaklaşım hukukun yalnızca teknik kısmına eğiliyordu. “Hukuk tekniği”, Geny'nin “veri” adını koyduğu kavramın biçimlendirilmesi ve kullanılmasından ibarettir. Geny için esas bilimsel çalışma verinin incelenmesi ve pozitif hukukla mukayesesidir. Teknik ise verilerin pozitif hukuka dönüştürülmesi faaliyeti olup yöntemleri de kapsar. Burada hukuk teknisyeni hangi yöntemi seçeceği hususunda serbesttir. Hukuk teknisyeni klasik yöntemleri kullanabileceği gibi amacı doğrultusunda başka yöntemler de benimseyebilir. Bu yolla verilerin hangilerinin hukukun amacına uyduğu tespit edilir ve veri somutlaştırılmış olur. Geny “verileri” gerçek, tarihsel, rasyonel ve ideal olarak sınıflandırır. Gerçek veriler, olgusal etkenlerdir. Tarihsel veriler, yapılageliş ya da gelenek etkeni olarak açıklanabilir. Rasyonel veriler ise doğal hukuk ile Geny'nin teorisinin çakıştığı noktadır. Bunlar insan aklının ürettiği verilerdir ve “değişmezlik, evrensellik” özellikleri taşırlar. İdeal veriler de rasyonel verilerle benzerlik taşırlar ancak toplumdan topluma farklılık gösterirler. Geny, bu veriler arasından rasyonel verileri öne çıkartır zira bu veri hukukun amacı olan “adalet” kavramını da içermektedir. Böylece Geny, biçimle içerik arasındaki sert ayrımı reddettiği gibi hukuk teknisyenine veriler doğrultusunda seçim imkânı da tanımaktadır. (Can, 2011: 194-200).

Fransa'da olduğu gibi Almanya'da da sosyolojik yaklaşımın taraftarları (Almanya'da Serbest Hukuk Okulu adını alacak) olmuştur. Bu isimlerin en önemlilerinden Kirchmann, “hukuk biliminin” konusunun, biçimci yaklaşımlar tarafından doğru tespit edilemediğini ve yalnızca metinlerin incelenmesinin “bilimsel” anlamda değer taşımadığını ileri sürmüştür. Pozitif hukuk toplumsal gerçekliğin ya da olgusal olanın gerisinde kalır. Bunun yerine “hukuk bilimi” toplumsal ilişkiler içinde kendiliğinden oluşan “doğal hukukla” meşgul olmalıdır (Kirchmann, 1949: 17-18). Hermann Kantorowicz de “doğal hukuk” kavramını kullanır ve adaletin nasıl tesis edileceğini de gündemine alır. Ancak yazara göre benimsedikleri “doğal hukuk” dinamiktir ve aklın tarihdışı bir ürünü olmak yerine toplumsal değişime paralel olarak değişiklik gösterir. Klasik doğal hukuk yaklaşımında rastladığımız rasyonel çıkarımlar ya da klasik hukuk yöntemleri hukuku sınırlandıramaz. Hukuk bir bilim olarak diğer toplum bilimlerle birlikte çalışmak suretiyle hukukun nihai hedefi olan adaletin tesisini gerçekleştirmelidir (Topçuoğlu, 1960: 39). Dolayısıyla klasik hukuk yöntemleriyle ve metinle bağlı olmaksızın yargıcın yapması gereken “[hâlihazırdaki] yasa koyucunun *yasanın öngördüğü türden bir kural koymayacağı* kanısına varması durumunda [...] tümüyle özgür bir biçimde [...]” karar vermesidir (Can, 2011: 207).

Serbest Hukuk Okulu, görüldüğü üzere lafzın donukluğu ve biçimci yaklaşımların yetersizliği üzerine düşmüş böylece yargıca çok geniş bir takdir alanı tanımıştır. Biçimciliğe yönelik tepki, kökenleri Menfaatler İçtihadı Okulu'na uzanan Amerikan Hukuki Realizmi'ni, metinden olguya dönmeyi salık verse de değer temelli bir sonuca götürmemiştir. Hatta Tarihçi Okul'un eski bir üyesi olmakla birlikte Menfaatler İçtihadı Okulu'nun işlevsellik/amaççılık fikrinin ilham kaynağı olarak görebileceğimiz Jhering gibi isimlerin hukuku nihayetinde “devlet merkezli” ele aldıkları ve iktidar mekanizmasının bir ürünü olarak değerlendirdikleri dolayısıyla vaz edilmişe yeniden döndüklerini de kabul etmek gerekir (Can, 2011: 205). Serbest Hukuk Okulu'nda ise vaz edilmişle kurulan ilişki oldukça farklıdır. Ekol, tıpkı doğal hukuk yaklaşımlarında olduğu gibi değerlere atıf yapmış ve bu yönüyle pozitivistizmden tamamen ayrık hâle gelmiştir (Can, 2011: 208).

Serbest Hukuk fikrinin en ileri aşaması olarak değerlendirilebilecek tezler ise Georg Cohn'un (1887-1958) Varoluşçu Hukuk yaklaşımında kendisine yer bulmuştur. En başında söylemek gerekir ki Cohn, serbest hukuk yaklaşımının toplumsal değişim ve hukuki değişim arasındaki ilişki üzerine kurduğu savları benimsemektedir. İkinci olarak varoluşçu felsefeyle uyumlu biçimde Cohn'un hukuk düşüncesi determinizme ve nesnel doğrulara karşı şüphecidir. İnsan kendi kararlarıyla varlığını oluşturacağı ve sosyal çevresinden soyutlandığı derecede hür olacağı için a priori ilkelerle karar vermez. Dolayısıyla Cohn, pozitivistizme olduğu gibi mutlak ilkeler öngören doğal hukuka karşı da mesafelidir (Güriz, 2015: 386-867). Ona göre hukuk biliminin nesnesi kavramlar değil gerçeklik olmalıdır. İnsanın kendi varlığını oluşturması gibi somut durum da normu oluşturur (Güriz, 2015: 389). Amaç da bu durumdan bağımsız değildir; amaçların her somut olay için normda belirlenmesi mümkün olamaz (Can, 2011: 395). Sosyal olguların ve psikolojik etkenlerin de yargılamada göz önünde bulundurulması için yargıç dışında bir heyetin de karara katılması gerekir (Cohn, 1967: 117). İnsan içinde bulunduğu topluluktan özgürleştikçe yargılama da öznelleşmek durumundadır (Güriz, 2015: 396).

Biçimci hukuk anlayışına tepki temeline oturan bir diğer yaklaşım da Almanya'da ortaya çıkan Menfaatler İçtihadı Okulu'dur. Bu okulun temel savı yasa koyucunun yalnızca maddi değil manevi çıkar/menfaatleri -ki bu menfaatlere değerler de dâhildir- dikkate alarak kurallar ihdas ettiğidir. Bu kurallar, tüm somut olaylar için geçerli ve akla gelebilecek bütün detayları kapsar nitelikte olamazlar. Zira her somut olay için çok sayıda değişken devreye girecektir. Tarafların menfaatlerini belirlemek ancak somut olayla karşılaşan yargıç için mümkündür. Böylece yargıca hem hukuki boşluğu dolduran hem de yasa koyucunun açıklanmaya muhtaç amacını somutlaştıran bir yardımcı rolü tanınmaktadır (Can, 2011: 201-202).

Hukuk ve yargının rolüne dair önemli fikirleriyle öne çıkan sosyolojik yaklaşımlardan “sosyolojik pozitivizmin” kurucusu Leon Duguit’dir. Belirtmek gerekir ki Duguit’nin düşüncesinin hukuki pozitivizmle hemen hemen hiçbir benzerliği yoktur. İlhamını Durkheim’in dayanışma kavramından alan Duguit için hukuk, doğal hukukçuların metafizik değerlerine değil biyolojik bir değere yaslanır (Duguit, 1920: 830-831). Bu değer insanların hayatta kalma amacıdır/güdüdür. Bunun için dayanışma içerisinde olmak zorunda kalan insanlar hukuku oluştururlar. Tamamen bu sosyal ilişkiden “kendiliğinden” doğan “objektif hukuk”, aksi gibi görünse de ne herhangi bir bireysel iradenin ürünüdür ne de iktidar yapımıdır (Duguit, 1921a: 126-127). Yasa koyucunun hukuk yaratması imkânsızdır. Dolayısıyla “devlet” objektif hukuka uyan yasaları yalnızca vazeder (Duguit, 1921b: 242-243). Kanunlar bu objektif hukukun uygulanmasını hızlandıran ve kolaylaştıran birer araçtır. Yargıç, yasa koyucunun amacıyla bağlı olmadığı gibi (metin artık kendi başına bir varlık kazanıyor, bağımsızlaşıyor), kanunda boşluk ya da belirsizlik varsa sosyal ilişkilere uygun gelişen hukuku uygulamalıdır. Dolayısıyla yargıç son derece geniş bir serbestiye sahiptir (Duguit, 1921b: 243-246).

Bu bölümde ele alınacak son ekol biçimcilikle sosyolojik yaklaşımlar arasında bir denge arayan Hukuki Süreç Okulu’dur. Aşağıda detaylandıracağımız Realizmin hukuki belirsizlik tezi, hukukun normatif olma özelliğine ciddi bir saldırı niteliği taşır. Bunun sonucunda ortaya çıkan krize birçok çözüm önerilmiştir (Trubek, 1990: 34). Bunlardan birisi de Hukuki Süreç Okuludur. 1940’lı yıllarda ortaya çıkan, hukuki belirsizliği kabul eden ancak bunun yargıçların sınırsız bir takdir alanına sahip oldukları anlamına gelmediğini, hukukun kendine özgü formel yapısının ve emsal hukukun yargıçları sınırladığını savunan Hukuki Süreç Okulu, realizm ile formalizm arasında bir orta yol olarak düşünülebilir. Buna göre yargıç mutlak olmayan bu sınırlılıklar içerisinde realist tezlerle de uyumlu biçimde karar verir, önemli olan bu kararı metodolojik dürüstlük çerçevesinde ve rasyonel biçimde gerekçelendirmektir (Akman, 2012: 55). Bu yaklaşımı, yargıçların kararlarını mevzuatın içsel bir sınırlandırmayla ulaştıkları uygun anlamına göre verdiklerini ileri süren; literatür ve teorik çerçevenin ele alındığı kısımda değinilen “post-pozitivist” yasal model ve “iyiniyet” teorisi ile birlikte değerlendirmek mümkündür (Gillman, 2001: 485-486).

2.2.2.5. Realist Hukuk Ekolü

Realist hukuk akımı 19. Yüzyılın ilk yarısında bilhassa ABD ve İskandinav ülkelerinde etkisini göstermiş bir hukuk ekolüdür. İskandinav versiyonundan farklı olarak Amerikan hukuki realizmi felsefi tartışmaların dışında konumlanmıştır (Leiter, 2021: 103). Realist hukuk teorisi, pozitivist teorinin formel tanımını ya da doğal hukuk okulunun metafizik savlarını kabul etmez. Bunun yerine realist yaklaşım, aşağıda açıklayacağımız şekliyle hukuku “sosyal bir gerçeklik olarak” tanımlama

teşebbüslerinin bir çeşididir (Keyman, 2012: 215). Hukuku sosyal gerçeklikle eşitleme girişimi uyarınca; denklemin iki tarafının ortak çarpanı olan yargısal davranışa yönelik klasik mekanik/biçimci yaklaşımların benimsediği yasal metodun aksine hukuk ve siyaset bir dikotomi olarak okunmaz. Bunun yerine tıpkı politikacılar gibi rasyonel birer aktör olan yargıçlar da kararlarını belirli motivasyonlar sonucu oluşan kalıplar içerisinde verirler ve bu kalıplar siyasetin kalıplarıyla benzer özellikler taşırlar (Pickerill ve Brough, 2018: 36).

Amerikan hukuki realizminin en temel savı hukukun formalist bir anlayışla açıklanamayacağıdır (Freeman, 2001: 799). Pozitivist ekolün hukuku kurallar bütünü olarak tanımlayan yaklaşımının aksine realistler kuralları en iyi ihtimalle ikincil önemi haiz görürler. Realistlerce önerilen tanım, kurallara dayalı tanımın yerine yargıcın hukuk yaratma işlevine dayanır. Buna göre; özellikle realistlerin ilgilendiği temyiz aşamasındaki hukuki uyuşmazlıklarla karşılaşan yargıç önce uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağına dair bir yargı oluşturur, ardından buna uygun kuralları ya da içtihatları araştırmaya başlar (Leiter, 2021: 108). Dolayısıyla yargılama sürecini kurallar üzerinden açıklamak mümkün değildir. Yargıcın vereceği kararı kurallar değil, içerisinde bulunduğu sosyal ve psikolojik etkenler belirler. Yargıcın bu yolla vermiş olduğu karar, hukukun kendisidir. Hukuku açıklamak ise ancak kararın ardındaki sosyal ve psikolojik etkenleri ortaya çıkarmakla mümkün olabilir. Hukuk araştırmacıları ya da avukatlar, hukuku bu şekilde açıklayarak önlerindeki davanın sonucunu tahmin etmeye çalışırlar. Böylece realist hukuk teorisi tıpkı diğer bilimlerde olduğu gibi olgusal olanla ilgilenir ve ampirik çalışmalar sonucunda karar kalıplarını ortaya koyar (Gürkan, 1967: 55-57).

Yukarıda mahkemelerin davranışları olarak tanımlanan hukuk, Karl Llewellyn'in tanımıyla toplumsal amaçlara hizmet eden dinamik bir süreçtir. Toplumsal koşullar değiştikçe hukuk bu koşulları takip eder ve "olması gerekenden" ayırdır (Uzun, 2015: 78-79). Llewellyn, realist ekolün "sosyolojik kanadının" temsilcilerindendir. Bu bakış açısına göre yargıçlar benzer karar kalıplarıyla olgulara öngörülebilir cevaplar verirler ve bu sırada onları bu kalıplar içerisinde hareket etmeye zorlayan toplumsal uyaranlar bulunur (Pickerell ve Brough, 2018: 36). Realizmin "mizaççı kanadının" en belirgin temsilcisi Jerome Frank ise psikanalitik kavramları kullanarak yargıçların kişiliğinin önemine değinir. Buna göre kural ve olgular değil, "yargıcı etkileyen uyaranlar ve yargıcının kişiliği hükmü belirler (Leiter, 2021: 110). Llewellyn, Frank'in yaklaşımını da içerecek şekilde psiko-sosyal bir anlayış geliştirir. Frank'in söylediği gibi yargıcın kişiliği karar üzerinde etkilidir. Ancak bu kişilik mesleki rollerden bağımsız da değildir. "Profesyonel yargı makamında" bulunması sebebiyle yargıç makamın geleneği içerisinde rolüne uygun hareket edecektir. Gelenekse sosyal bir olgu olarak "[...]

insanı çepeçevre sarar, şekillendirir, sınırlandırır ve onu yönlendirir [...]” Sonuç olarak yargıcın kararı gözlemlenebilir etkenlerin sonucunda ortaya çıkmaktadır (Leiter, 2021: 114).

Realistler açısından hukuk formalist yaklaşımdaki gibi önceden belirlenmiş değildir ve somut olayda yargıç eliyle oluşturulur. Başlangıçta kuralların içeriği, hangi kuralın uygulanacağı ve olayın nasıl değerlendirileceği belirsizdir (Gürkan, 1967: 67). Bu açıdan realist teorisinin formel mantık yerine maddi mantığı önerdiğini söyleyebiliriz. Buna göre sosyal değer ve olgusal olan diğer tüm etkenler şekilden önce gelir (Güriz, 1996: 44). Yargıç, ilk olarak vakıanın analizini yapar ardından buna uygun kurallar tespit edilir. Dolayısıyla hem uygulanacak kurallar hem de yorum yöntemleri açısından pozitivist teoride gördüğümüzün aksine belirsizlik hakimdir. Somut olaya her zaman birden fazla metot uygulanabilir ve farklı hükümler gerekçelendirilebilir. Böylece doğru cevap birden fazladır (Leiter, 2021: 105). Frank’e göre hukuki belirlilik çocuğun baba otoritesini mutlaklaştırması gibi bir fantezidir. Kural ve olgulara şüpheyile yaklaşmak gerekir. Bilimsel ilerlemede olduğu gibi hukuki ilerlemenin sonucu da insanın bu faraziyelerden kurtulması yoluyla “[...] realist, kısacası yetişkin olma(sıdır)” (Gürkan, 1967: 63-64). Sonuç olarak mahkemelerin verdikleri hükümlerin açıklanmasında biçimsel hukuki sebepler dışındaki etkenlere bakılmalıdır (Leiter, 2021: 117).

Süregelen meşruiyet ya da hukuk-adalet ayrımı/birlikteliği tartışmaları realist teori açısından talidir. Realistlerin ilgi duydukları olgusal gerçekliktir. Yargıcın doğru ya da meşru bir karar vermesi önemli değildir. Önemli olan kararı nasıl verdiğidir. Frank “bilinçdışının” yargı kararları üzerindeki etkisine odaklandığı için bu kararların zaten belli bir mantık silsilesi içerisinde ya da akılcı biçimde verildiğini dahi reddetmektedir. Dolayısıyla olması gereken konusunda fikir beyan etmez. Daha ılımlı bir diğer grup realist düşünür ise daha evvel ifade ettiğimiz toplumsal amaçlara ulaşma gayesine uygun kararlarla hukuk yaratma faaliyetinin yargıçların sorumluluk alanında olduğunu söyler (Leiter, 2021: 118-121).

Hülasa hukuki belirsizlik anlayışı ve yargıcın rolüne yapılan vurgu açıkça ortaya koymaktadır ki realist teori geleneksek mantık yaklaşımını ve metne sıkı bağlılığı, en azından, üzerinde çokça durdukları temyiz aşamasındaki yargılamalar düzeyinde benimsemez. Realist düşünce için belirleyici olan mantık değil olgulardır. Karar, kurallardan önce geldiğine göre lafzi yorumun belirleyici olmayacağı açıktır. Kaldı ki realistler için zaten kurallar belirsizdir. Asıl olan toplumsal amaca yönelik bir çıkarımla somut olaya ilişkin karar verilmesidir. Bunu yaparken yargıç kurallarla bağlı olmadığı gibi emsal kararları da dikkate almak zorunda değildir (S. Metin, 2002:106-110).

Realist hukuk düşüncesi, Anglo-Sakson hukuk geleneği içinde, pozitivist hukuk anlayışına bir tepki olmakla birlikte aynı zamanda dönemin bilimsellik anlayışının bir izdüşümü olarak okunmalıdır. Zira Realizmin içinde filizlendiği hukuk geleneği zaten yargıç yapımı hukukun kıta geleneğine göre

çok daha büyük önemi haiz olduğu bir hukuk sistemidir. Yargıç mevzuatı bir araç olarak kullandığı için Realist teorinin en çok eleştiri aldığı hususların başında da formel hukuku dikkate almayarak kaçınmak istediği belirsizliği kendisinin üreteceği görüşü gelmektedir. Bununla birlikte yargıca verilen rol yüksek ihtimalle amaçsal yorumu da aşarak daha dinamik yorum yöntemlerine icazet verecek kadar kuvvetlidir (S. Metin, 111-112; Esen, 1972: 11-12).

2.2.2.6. Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Önceki yaklaşımlara benzer biçimde pozitivist hukuk paradigmasına dönük bir reaksiyon mahiyeti taşıyan Eleştirel Hukuk Çalışmalarına (EHÇ) politika ve hukuk ilişkisini sorunsallaştırması sebebiyle özellikle değinilmelidir. EHÇ 1970’lerde öncelikle Amerika Birleşik Devletleri’nde gelişmiştir. Bu yaklaşımda da en belirgin itiraz, klasik biçimci hukuk öğretisine yöneliktir. Bu öğretinin sonucu olarak karşımıza çıkan ve Hukuki Realizmin doğruluğunu sorguladığı hukukun objektifliği ve belirliliği kabulleri EHÇ’de de sorgulanmaktadır. Zira bu çalışmalara göre hukuk ne belirlidir ne de tarafsızdır. Bilakis bu kavramlar aşırı bireyci ve “laissez faireci” bir politik ideolojinin maskelenmesine hizmet ederler (Trubek, 1990: 18).

Anlaşıldığı üzere realist hukuk ekolünde bulunmayan liberalizm eleştirisi EHÇ’nin en temel özelliğidir (Akman, 2012: 46-47). Bununla birlikte EHÇ açısından özel alan kamusal alan ayrımı da sunudur. Siyasal iktidar tarafından dolayısıyla kamusal bir güçle sınırları çizilen bir özel alanın kamusal olandan ayrılması mümkün değildir (Leiter, 2021: 131). Örneğin iş sözleşmeleri bakımından iradelerin özgürce oraya konduğu, hile ve cebre başvurulmadığı varsayılan bir durumda somut durumun maddi koşulları farklı yorumlanarak işçinin sosyal zorunluluklar sebebiyle ilgili işi kabul etmek durumunda kaldığı savunulabilir (Tushnet, 2021: 165).

EHÇ açısından “hukuk, siyasettir”. İş sözleşmesi örneğinde ileri sürülen hukuki argüman dikkat edilirse aynı zamanda siyasi bir argümandır ve diğer argüman kadar geçerlidir. Bu da hukuki belirsizlik tezinin bir sonucudur (Tushnet, 2021: 160). EHÇ’nin bir diğer iddiası da hukuki argümantasyon ile siyasi argümantasyon arasında formalizmin varsaydığı farkın olmadığıdır. Biçimci iddianın aksine hukuki akıl yürütme belirli metotlar sonucunda belirli kararları belirlenimci şekilde ortaya koyamaz (Tushnet, 2021: 158). Hukuk profesyonelleri istedikleri sonuçlara ulaşmak için hukuk alanları (özel, kamusal, anayasal vb.) arasında geçişler yaparak gerekçelendirme yapabilirler (Tushnet, 2021: 161).

EHÇ, yukarıda bahsedilen yaklaşımlar gibi hukuki biçimciliğe ve beraberinde getirdiği kabullere itiraz etmekle birlikte post-Marksist öğelerle hukukun siyasi boyutuna yönelik eleştirilere odaklanmıştır (Akman, 2012: 60). Eleştirel teorileri, hukuk doktrininin belirli bir zaman kesitinde

belirli toplumsal yapıların birer ürünü olduğunu tespit eden ve dolayısıyla hukukun değişkenliğini teslim eden teorilerle; Marksist ve Weberyen sosyal teoriden türeyen ve hukuku “kapitalizme” içkin bir sosyal organizasyon olarak tanımlayan ve daha radikal amaçlar güden teoriler olarak net biçimde olmasa da ikiye ayırabiliriz (Unger, 1986: 121-122).

EHÇ, kimi zaman yapısalcı, kimi zaman yapısökümcü analizlere başvurarak hukuku hem maddi hem de şekli olarak tartar. Bu çerçevede EHÇ’ye göre hukuk, belirli ve tarafsız sonuçlar ortaya koymaya elverişli olduğu iddiasındaki yöntemler aracılığıyla birtakım siyasi ilişkileri maskeler (Akman, 2012: 79-81). Burada anlaşılabileceği üzere formalizm, yalnızca hukuki akıl yürütme yöntemi olarak değil aynı zamanda ve daha da önemlisi hukukun sosyal sorunlara dair politikadan yalıtılmış çözümler üretebileceğine duyulan inancı ifade eder (Unger, 1986: 1).

Liberal demokrasinin bireyci yaklaşımının sonucunda hukuk süjesi özgür bireyleri temel alan ve evrensel ilkelere atıf yapan hukuk anlayışı, gölgesinde sınıfsal çelişkileri barındırır (Özcan, 2012: 159). Adaletle ulaşmak, bu sınıfsal ilişkiler doğrultusunda güçleşip kolaylaşabildiğine göre hukuk düzeninin formalizm ve objektivizm çerçevesinde okunması ve evrensellik iddiası gerçekçi değildir (Akman, 2012: 82-85; Trubek, 1984: 577).

Bununla birlikte EHÇ, çoğunlukla hukuk düzenini ortodoks Marksist biçimde topyekûn reddetmez. Bunun yerine yukarıda daha radikal olarak ayırdığımız “hukuki nihilist” çalışmalar hariç olmak üzere reformist bir tutum geliştirirler (Akman, 2012: 88-94).

Mamafih bu reformist tutum EHÇ’yi hakların eleştirisinden alıkoymamıştır. Yargı yoluyla madun gruplar lehine haklar elde edilebileceği fikrini eleştiren kimi düşünürler, mahkemelerin bu yönde karar vermelerinin hukuki belirsizlik uyarınca kesin olmadığı itirazını dile getirirler. Yargı yoluyla hak arama faaliyeti, ilgili kesimleri siyasi alandan uzaklaştırabilir. Diğer bir ifadeyle belki de siyaseti yargısallaştırabilir. Bununla birlikte temel hakların “fantastik bir devlet” karşısında bireyi koruması ideali de bir yanılgıdır. Zira bu hakların ihlali esas olarak belirli sosyal ilişkilerin sonucunda (temel hakların yatay etkisi) ortaya çıkmaktadır (Tushnet, 2021: 167-168).

Klasik formalist hukuk düzeni anlayışı, sosyal alanın tümüyle hukuk eliyle düzenlenebileceği algısını beslemesi sebebiyle bir kez daha EHÇ’nin hedef tahtasındadır. EHÇ’ye göre hukuk normları sosyal düzen üzerinde sınırlı düzeyde etkilidir. Diğer bir deyişle hukuk ve başta politika olmak üzere sosyal düzenin ilişkisini anlamak ancak bunlar arasındaki etkileşimi kabul etmekle mümkün olur. Yine klasik anlayışın benimsediği somut olaylardan, yorumcunun psikolojisinden ve ideolojisinden bağımsız bir hukuki akıl yürütmenin var olması da mümkün değildir. Dolayısıyla hukuki akıl yürütme bilimsel ya da yansız olamaz (Trubek, 1984: 577-579). Öyleyse hukukun belirsizliğinin, politik

alandan soyutlanamayacağının ve bunların sonucunda tarafsız da olamayacağının kabulü hâlinde hukuki öngörülebilirlikten, kesinlikten bahsetmek de mümkün değildir.

Klasik pozitivist hukuk anlayışının yorum konusundaki sosyal etkenlerin soyutlanması fikrine dayalı katı tutumu eleştirel perspektiften bakıldığında ideolojiktir. Zira yukarıda ele alınan diğer ekollerin de ileri sürdüğü üzere bu tutum hem hukuki hem de politik bir muhafazakarlığa yol açabilir. Hukuk yargıç elinde bir statüko aracına dönüşebilir. Dahası hukuki pozitivizm zaten seküler bir değerler manzumesi şeklinde, modern iktidar ilişkilerinin bir aracı olarak karşımıza çıkmıştır (Öktem, 1977: 283).

Her değerler manzumesi gibi hukuk düzeni de bir kısmı geleneksel bir kısmı modern olmak üzere birtakım ideolojik ön kabullere sahiptir. Bunların başlıcaları yukarıda da zikredilmiş olan hukukun evrensel bir aklın ürünü olduğu ve evrensel ahlaki ilişkilere dayandığıdır ki bunlar geleneksel dünya açısından da genel kabul görenleridir. Hukukun sosyal düzenliliklerin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıktığı fikri ise pozitivizmin bir iddiası olarak değerlendirilebilir. Bunların sonucu olarak hukuk objektif ve belirlenimciliğin etkisiyle kesindir. Ancak EHÇ'nin tezleri açısından hukuku belirleyen sosyal ve ekonomik ilişkiler değişken olduğu içindir ki her zaman ve her yerde geçerli evrensel ahlaki ilkelerden bahsedilmesi mümkün değildir ve böylece bu önkabuller isabetli değildir (Akman, 2012: 193-197). Hukuki öngörülebilirlik ilkesi de diğer kabuller gibi eleştirel yaklaşımdan nasibini alır; yapısökümcü perspektiften bakıldığında dil ve dolayısıyla hukuk zorunlu olarak belirsizdir ve böylece yorum yöntemleri olarak belirlenen araçlar zorunlu sonuçlar vermeye elverişli değildir (Akman, 2012: 233).

2.2.3. Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışına Dair Tezler

Anayasa yargısının yukarıda bahsettiğimiz şekli ve maddi unsurları edinmesi hem yerel hem de küresel düzeyde sosyal, ekonomik ve tarihi kırılmalarla mümkün olmuştur. Ülkelerin yaşadığı sosyo-ekonomik dönüşümlerden siyasal kültür ve yapıya, küresel ekonomik gelişmelerden, İkinci Dünya Savaşı'nın oluşturduğu tahribata kadar pek çok örnek bunlar arasında sayılabilir. Bu gelişmelere istinaden farklı tecrübeleri öne çıkartarak gerek normatif ağırlıklı gerekse sosyo-ekonomik temelli tezlerle anayasa yargısının mevcut hâle nasıl geldiği izah edilmeye çalışılmıştır.

Anayasa yargısını doğuran etkenlere dair çok sayıda teori olmakla birlikte, bunlardan başlıcaları; kurumsal zorunluluk tezi, normativist tez, temel hak ve özgürlüklerin korunması tezi, rasyonel stratejik teoriler, hegemonik koruma tezi, ekonomik menfaatler tezi, sigorta olarak anayasa yargısı tezi, uluslararası talep ve baskılara cevap olarak anayasa yargısı tezidir (Barın, 2016: 91-109; Ergül, 2007: 117; Yeğen, 2018: 43).

Yukarıda sayılan tezlerden ilki olan kurumsal zorunluluk tezi normatif bir açıklamaya giderek; kuvvetler ayrılığının ister yatay ister dikey olsun, bir anayasa yargısını zorunlu kıldığını ileri sürer. Buna göre erkler arasındaki dengenin sağlanması ve sınırların korunması ancak yargısal denetimle mümkündür (Ergül, 2007: 99).

Normativist teze temel teşkil eden normativist teori yukarıda değindiğimiz hukuki pozitivizmin mantıksal sonucudur. Hans Kelsen’in “saf hukuk” teorisine göre normu geçerli hâle getiren (normun dayanağı) diğer bir normdur (Kelsen, 2006: 62). “Normlar hiyerarşisi” fikri alt normun üsttekine uygun olmasını gerektirir. Zira bu normun geçerliliği üstteki normun varlığına bağlıdır (Wacks, 2014: 32-33). Dolayısıyla yasaların, kendilerinden üstte yer alan anayasal normlara uygun olması gerekmektedir. Bu uygunluk ise ancak yargısal denetimle mümkündür. Bugün “Avrupa modeli” olarak adlandırdığımız sisteme uygun inşa edilen anayasa mahkemelerinin temelini Kelsen modeli anayasa yargısı oluşturmaktadır (Kaboğlu, 1997: 18).

Temel hak ve özgürlüklerin korunması tezi ise adından anlaşılacağı üzere, 2. Dünya Savaşı sonrası pozitif hukuka dönüşen temel hak ve hürriyetlerin korunması işlevi üzerine kuruludur. Zamanla mahkemelerin buna yönelik etkinliklerini artıracak anayasa şikâyeti gibi yöntemler geliştirilmiştir (Kaboğlu, 2014: 342).

Rasyonel stratejik teoriler hegemonik koruma tezi ve sigorta tezini gibi tezleri kapsayacak şekilde ele alınabilirler. Bu teoriler yukarıda yargısal davranış bahsinde stratejik modelde değinildiği şekliyle kurumsal ilişkiler üzerine bina edilmişlerdir ve aktörlerin geleceğe ilişkin belirsizlik algılarıyla yargısal denetimin tesisi ya da güçlendirilmesi arasında bağ kurarlar (Hilbink, 2009: 782). Örneğin sigorta olarak anayasa yargısı tezi, anayasa yargısını benimseyenlerin çıkarlarına odaklanır. Buna göre politikacılar uzun dönem iktidarda kalacaklarından emin olmadıkları ve ileride çoğunluğu kaybedeceklerinden endişe ettikleri için çoğunluğun tahakkümünü engelleyecek bir mekanizma olarak anayasa yargısını oluşturabilirler (Ginsburg, 2003; Ramseyer, 1994). Politik belirsizlik arttıkça; mahkemelerin güçlendirilmesi eğilimi de artacaktır. Zayıf yürütme ve yasama organları güçlü mahkemeler doğururlar (Belge, 2006: 655; Stone Sweet, 2000: 55).

Bahsi geçen kurumlar arası yetki devrinin tek gerekçesi seçim kaybetme telaşı olmayabilir (Yeğen, 2018: 43). Hegemonik koruma tezi olarak adlandırılan ve Ran Hirschl’e ait olan tez ise Türkiye siyasetini de analiz ederken sıkça başvurulmuş olan ve Edward Shils¹⁰ tarafından ortaya atılan “merkez-çevre” dikotomisine dayanmaktadır. Hirschl’in incelediği dört ülke (İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika) için temel iddiası; bu ülkelerde anayasa yargısının veya sair anayasa reformlarının, ülkelerin politik ve ekonomik elitleri tarafından bilinçli bir stratejiyle tehdit olarak

¹⁰ Bkz. Shils, E. (2002). Merkez ve Çevre, *Türkiye Günlüğü*, çev. Çelikkaya, Yusuf Ziya., Sayı: 70: 86-96.

gördükleri çevreyi oluşturan gruplara karşı mevcut hegemonyalarını sürdürme maksatlı inşa edildiğidir (Hirschl, 2000: 91). Böylelikle anayasa mahkemelerinin tahkimi, hegemonik güçlerin politik tercihlerinin çoğunluğun kararlarına baskın gelmesinin aracı olarak görülmektedir (Hirschl, 2000: 95).

Sigorta olarak anayasa yargısı tezi bir yandan siyasilerin kendi kısa vadeli çıkarlarına odaklandıklarını ama bir yandan da iktidarlara sırasında kendilerini sınırlandıracak araçları oluşturduklarını ileri sürdüğü için tutarsız bulunabilir (Barın, 2016: 106-107). Ayrıca bu tezlerin geçerlilikleri her bir ülke için, farklı zaman dilimlerinde değişkenlik gösterecektir. Zira kurumların içinde bulundukları tarihsel değişkenler, zamanlama, süreç ve kurucuların motivasyonları incelenmeden kesin bir yargıya ulaşmak mümkün değildir (Hilbink, 2009: 782).

Ekonomik menfaatler tezi, aktörlerin ekonomik menfaatlerini yargı aracılığıyla koruyacaklarına inandıkları varsayımına dayanmaktadır. Buna göre siyasiler kendi ekonomik menfaatleri uğruna yargıçlarla güçlerini paylaşırlar. Bu tezin temelinde mülkiyet hakkının korunması fikri yatmaktadır. Küreselleşmeyle yaygın kabul hâline gelen uluslararası sermayenin “hukuk devleti” kriterine göre yatırım yapacağı varsayımı da aynı kökene sahiptir (Ergül, 2007: 118).

Anayasa yargısının uluslararası talep ve baskılara cevap olarak kurulabileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Tıpkı ekonomik menfaatler tezinde olduğu gibi burada da küreselleşmenin önemli bir faktör olduğu kabul edilmektedir. Küreselleşmenin etkisiyle uluslararası örgütlerin, devletlerin yahut Avrupa Birliği gibi ulusüstü yapıların ekonomik, sosyal veya siyasi saiklerle ülkelere bu yönde telkin veya baskı yaptıkları örnekler bulunmaktadır. Baskı ve taleplerle bağlantılı biçimde ortaya konan anayasal reformların bu teori çerçevesinde açıklanması mümkün görünmektedir (Barın, 2016: 108-111).

Yukarıda en basit hâlleriyle ele alınan teoriler anayasa yargısının oluşumunu farklı veçhelerden açıklama çabalarıdır. Görüldüğü üzere bazıları daha çok normatif hukuki unsurları değerlendirirken bazıları sosyo-ekonomik unsurları öne çıkartır. Bununla birlikte bu teoriler kapsamı itibarıyla da kategorize edilebilirler. Ekonomik menfaat tezi örneğinde gördüğümüz şekliyle evrensel biçimde tasarlanabilecekleri gibi hegemonik koruma tezinde olduğu gibi baştan özgücü şekilde de oluşturulmuş olabilirler. Nasıl sınıflandırılırlarsa sınıflandırılınsınlar bu tezlerin açıklayıcılıkları konu edildiği ülkeye ve ele alındığı döneme göre değişiklik gösterecektir (Barın, 2016: 112).

2.2.4. Liberal Anayasacılık Bağlamında Anayasa Yargısı ve Siyaset

Şüphesiz anayasalar, siyasi yönleri ağır basan hukuki metinlerdir. Hatta anayasaları “siyasal manifestolar” olarak okumak mümkündür (Gönenç, 2002: 8-9). Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin 16. maddesinde belirtildiği gibi; “hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler

ayrılığının tanımlanmadığı hiçbir toplumun anayasası yoktur”. Kuramsal olarak bir anayasadan beklenen, “teşkilat-ı esasiye” boyutunun yanı sıra bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sigortası olmasıdır (Sartori, 1962: 856-857). Ancak çokça düşünüldüğünün aksine Friedrich ve Brzezinski’nin de belirttikleri gibi anayasaların yalnızca temel hak ve özgürlükler kısmı değil devlet teşkilatına yönelik kısımları da ideolojiden yani siyasetten azade olamazlar. Anayasaların düzenledikleri tüm alanlar, soyut ya da somut kavramlar içermelerine bakılmaksızın, politiktir (Friedrich ve Brzezinski, 1965: 116). Bunun sonucunda özellikle yakın dönemde siyasi alanla iç içe geçmiş hatta ayrımı silikleşmiş olan anayasa hukukunun siyasi tartışmalara konu olması şaşırtıcı değildir (Ergül, 2003: 12).

Anayasa yargısı, günümüz liberal hukuk devleti anlayışına dayalı hukuk düzeninin olmaz araçlarından birisi olarak yaygın kabul görmektedir. Erkekler ayrılığı ve normlar hiyerarşisi gibi modern hukuk düzeninin vazgeçilmez unsurlarının yalnızca siyasal denetim aracılığıyla tesis edilemeyeceği, siyasal denetime kusursuz olmasa da etkin bir yargısal denetimin eşlik etmesinin zorunlu olduğu çoğunlukla paylaşılan bir fikirdir. Bununla birlikte yargının ve siyasetin iktidar alanlarının zamanla genişleyip daraldığına şahit olunmaktadır. Anayasa yargısıyla ilgili “yargının siyasallaşması”, “siyasetin yargısallaşması”, “aktivizm”, “kendi kendini sınırlandırma” ve daha az kullanılmakla birlikte “pasifizm” kavramları etrafında dönen tartışmaların temelinde de erkekler arasındaki bu iktidar paylaşımı bulunmaktadır. İktidarlarsa yalnızca kaba güç üzerine değil aynı zamanda meşru bir zemine oturmaya ihtiyaç duyarlar. Dolayısıyla iktidar paylaşımı olan bir yerde meşruiyet tartışması da olmak durumundadır.

Genel anlamda hukuk ve siyaset ilişkisine, hukukun felsefi ve ideolojik bagajlarını da dâhil ederek değindiğimiz yukarıdaki kısımlardan farklı olarak bu başlık altında liberal anayasacılık paradigması çerçevesinde süregelen politik tartışmalar ele alınacaktır. Bu paradigma temelde, “anayasal hakları hem siyaset-öncesi saydığı hem de bunları demokrasinin ön şartı olarak gördüğü için, bu hakların demokratik karar mekanizmalarına konu olmaması ve bunlarla ilgili anlaşmazlıkların yargının tarafsız hakemliğine bırakılması gerektiğini ileri sürer” (Erdoğan, 2011: 33). Temel haklara ilişkin dışsal boyutun yanında anayasacılığın teşkilatlanmaya (kuvvetler ayrılığı) ilişkin içsel boyutu da liberal paradigmanın bir parçasıdır. Bu iki boyuttan anlaşılacağı üzere; temel hakların kapsamı ve yargının siyasal tarafsızlığı anayasacılığın temel varsayımlarıdır. Temel haklara ilişkin kısım çok daha kapsamlı ekonomi-politik tartışmaların konusudur ve eleştirel çalışmalar çerçevesinde daha evvel değinilen hususlarla bağlantılıdır. Yargının tarafsızlığı ise ekonomi politik bir tutum geliştirmese de hukuka içtimai açıdan bakan diğer teoriler çerçevesinde değerlendirilebilir. Ancak başlıktan da anlaşılacağı üzere bu kısımda liberal düşüncenin haklara ve kurumlara ilişkin tezleri çerçevesindeki meşruiyet tartışmalarına değinilecektir. Dolayısıyla yargının tarafsızlığı hususunda “ortodoks”

anayasacılığın dışında yer alan yaklaşımlara değinilecekse de ekonomi-politik yaklaşımlar bu bölümün dışında tartışılacaktır (Arslan, 1999: 6-7).

2.2.4.1. Anayasacılık

Anayasacılık, en sarih tanımıyla; devlet iktidarının sınırlandırılması ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet karşısında korunması amacıyla kanunlardan farklı usullerle oluşturulan ya da değiştirilen metinlerin ortaya konması düşüncesidir. Bugün bu amaçla ortaya konan metinlerin korunması ya da vazedilecek kuralların normlar hiyerarşisine uygun olması amacıyla ihdas edilecek yargı organlarına sahip olunması gerektiği düşüncesine de modern ya da yeni anayasacılık adı verilmektedir (Gözler, 2015: 70-71). Tanımından anlaşılacağı üzere anayasacılık, liberalizmin hukuki bir izdüşümüdür. Bugün kabul edilen anlamda anayasacılık olarak tanımlanamayacak sosyalist anayasacılık düşüncesi ise iktidarı sınırlandırma işlevine sahip olmadığı içindir ki, günümüzde yalnızca sosyalist devlet anayasalarını ifade etmek için kullanılmaktadır (Kaboğlu, 2014:5-7). Dolayısıyla üst başlıkta kullandığımız “liberal” sıfatı, anayasacılığı sınıflandırmaktan ziyade anayasanın liberal köklerine referans yapmak amacını taşır.

Liberal düşünceden zuhur eden tartışmalar anayasacılığın gerekleri olan; kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü kavramları etrafında gelişmektedir (Erdoğan, 2012: 20-23). Anayasacılığın gerekleri olarak saydığımız her bir kavramsa meşruiyet tartışmasında kendisine yer bulmaktadır. Bugün, yargı erkinin pozisyonu en azından hukuki olarak tartışma konusu değildir. Ancak, kuvvetler ayrılığı ilkesi ortaya çıktığı günlerde bugünkü şekliyle anlaşılmamıştır. Benzer bir durum, temel hak ve özgürlüklerin gelişimi, hukuk devleti ve bununla rahatlıkla ilişkilendirebileceğimiz anayasanın üstünlüğü ilkeleri için de geçerlidir. Kuvvetler ayrılığı düşüncesi ve gelişimi yargıyı diğer erkler arasındaki ilişkileri dengelemek amacıyla ön plana çıkarmıştır. Yine liberal düşüncenin temel haklar unsuru bu haklara bekçilik edecek bir organın gelişimini de desteklemektedir. Katı anayasaların ve buna bağlı gelişen anayasanın üstünlüğü kavramının da fiilen gerçekleşebilmesi bazı mekanizmaları zorunlu kılmıştır. Bu mekanizmalar aynı zamanda hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ilkeleriyle de doğrudan ilişkilidirler. Anayasal denetim mekanizmasının doğması ve güçlenmesi ise iktidarlara kuvvetler ayrılığı ve temel haklarla sınırlandırılması ve anayasanın üstünlüğünü tesis etmesi beklenen yargı erkine ne kadar güvenilebileceği ve bu defa yargının gücünü kimin sınırlayacağı sorularını gündeme getirmiştir.

Anayasa yargısı ile demokrasi arasında bir ikilem olup olmadığına yönelik mülahazalar bu siyasi tartışmaların gövdesini oluşturmaktadır. Genelleme yoluna gidersek; söz konusu tartışmaların bir tarafını, anayasa yargısının demokratik meşruiyete dayanmadan “halk iradesini” sınırlandırdığını savunanlar ve diğer tarafını anayasa yoluyla demokrasinin güçlendirileceğini savunanlar oluştururlar.

Zira hukuk hakların kötüye kullanılmasına cevaz vermez (Karakul, 2015: 81). İlk grup açısından hassasiyet gösterilmesi gereken demokratik meşruiyetken ikinci grup açısından iktidarın sınırlandırılması ve çoğulculuğun tesisi önem kazanmaktadır. Kaldı ki, kimi görüşlere göre teorik olarak anayasa da “halkın” kurduğu bir sözleşme olduğuna ve alelade yasama faaliyetine göre daha fazla uzlaşma/çoğunluk gerektirdiğine göre yasaların anayasa uyarınca denetlenmesi, sınırlandırılması yine demokrasinin bir gereğidir (Troper, 1997: 295).

İşbu tartışmada merkezi bir rol oynayan “anayasal demokrasi” kavramı, başlangıçta paradoksal görünen, anayasacılık ile demokrasinin uyumlaştırılmış birlikteliği anlamında kullanılmaktadır (Dworkin, 1995: 3; Erdoğan, 2012: 39; S. Holmes, 1988: 198). Günümüz liberal demokrasi (sınırlı, anayasal, çoğulcu vb.) anlayışının ve uygulamasının geldiği yer itibariyle, iktidarların ya da çoğunlukların sınırlandırılması gerektiği hususunda konsensüs bulunmaktadır. Bu sınır başta anayasada belirtilen teşkilat yapısı ve temel hak ve özgürlüklerle çizilir; fakat demokrasinin tanımı gereği temel kamusal kararların bunun dışında bir sınırlamaya maruz bırakılması sınırın yargı lehine aşılması anlamını taşır. Anayasaya referansla yapılacak sınırlama ise anayasa bizatihi politik bir metin olduğuna göre kaçınılmaz biçimde politiktir (Erdoğan, 2011: 29-30).

İktidarların sınırlandırılması ve bu yolla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması için önemi kabul edilmekle birlikte; anayasa yargısının, yargının tarafsızlığı idealinin gölgesinde, mevcut iktidar ilişkilerinden soyutlanarak incelenmesi büyük bir yanılgıya sebep olacaktır. Nihayetinde birer insan olan yargı mensuplarının siyasi hırslardan ve tarafgirlikten tamamen soyutlanabileceğini düşünmek mümkün değildir. Dahası yargı mensuplarının kişisel tercihlerinden evvel ilgili kurumu inşa edenlerin politik tercihleri de anayasa yargısının meşruiyetiyle doğrudan ilişkilidir. Bu sebeptendir ki yargının anayasacılığın öngördüğü sınırlamayı gerçekleştirmek için uygun bir kurum olup olmadığı da tartışılmaktadır. Dolayısıyla liberal paradigma içinde bir tahlile girilmesi durumunda bile mahkemelerin anayasa yargısının ortaya çıkışına dair tezlerle uyumlu biçimde hukuki işlevlerinin yanında politik veçhelere sahip birer organ olarak da değerlendirilmeleri gerekmektedir (Okutan, 2019: 34).

2.2.4.2. Anayasa Yargısının Meşruiyeti

İktidar ve meşruiyet arasındaki zorunlu ilişki düşünüldüğünde, siyasetle ya da iktidar ilişkileriyle bu denli iç içe olan bir hukuk dalının meşruiyet tartışmalarının odağında olması şaşırtıcı değildir. Anayasa yargısının meşruiyetine ilişkin argümanları, hassasiyetleri (ön kabuller de denilebilir) çerçevesinde sıralamak istersek karşımıza kabaca şöyle bir tablo çıkmaktadır; seçimler sonucu ortaya çıkan “iradeyi” merkeze alan ve yargıya şüpheyile yaklaşan tezlere karşı, hukukun ya da anayasanın üstünlüğünü ve temel hakları merkeze alarak ve temsili demokrasinin marazalarına dikkat

çekerek, çoğunluğun “iradesine” şüpheyile yaklaşan tezler. Ayrıca ikinci grup tezlerin aslında demokrasinin klasik çoğunlukçu tanımından uzaklaşarak yargısal denetimi demokrasiyi beseleyen bir mekanizma olarak gördüklerini de eklemek gerekir. Bu iki kutup ve aralarındaki skalada konumlanan yaklaşımların egemenliğe, demokrasiye, hukuka ve yönetime dair farklı hukuki ve siyasi ön kabulleri bulunmaktadır.

İkinci grupta topladığımız anayasacılık merkezli tezlerin çıkış noktası liberal anayasacılık öğretisi bakımından anayasaların kaleme alınmasının en temel sebeplerinden ve kadim siyasal tartışmalardan birisi olan, iktidarların yozlaşmasının önüne geçilmesi meselesine çözüm bulma arayışıdır.¹¹ Hangi sebeplere dayanırsa dayansın (üretim ilişkileri, insan tabiatı vb.), Lord Acton’ın vecizesinde karşımıza çıktığı şekliyle; güçlenen iktidarların yozlaşma eğiliminde olduğu tartışılmaz bir gerçektir (Acton, 1887). Yine aynı doğrultuda Duverger’nin muhtemelen Alain Lancelot’tan alıntı yaptığı şekliyle; “dünyada denetsiz olarak her şeyi yapabilen tek insan yoktur ki, adaleti kendi hırslarına feda etmesin” (Duverger, 1971: 19).

Sınırlandırmanın yani anayasacılığın bir gereği olarak anayasalar, alelade kanunlardan farklı usullerle değiştirildiklerinden belli kuralları sabitlerler. Bunun temini içinse yargısal denetim işletilir. Şüphesiz bu durum çoğunluğun sabitlenmiş kuralları kaldırma yetkisini kısıtlamak anlamına gelir. Anayasacılığa gelen itirazların ilki bu sabitlenmeye karşıdır. İlki ile ilişkili ikinci itiraz ise bu katılığın, diğer bir deyişle sabit kuralların yargısal denetimin takdirine bırakılmasıdır (Alexander, 2021: 451).

İşte modern anayasacılık olarak tabir edilen, iktidarın bir anayasal metinle sınırlandırılması ve bunun yargı eliyle teminat altına alınması gerektiği düşüncesinin (Gözler, 2015: 71) karşı kutbunda, yargıçların demokratik meşruiyete (seçimle işbaşına gelmek kastediliyor) sahip olmadıkları ve demokratik meşruiyete sahip devlet organlarını sınırlandırmalarının bir çeşit “vesayet” olarak tanımlanması gerektiği fikri vardır (Erdoğan, 2012: 89-87; Sağlam, 2016: 170).

Öte yandan, birbirleriyle iç içe olsalar dahi anayasa yargısının meşruiyeti, sahip olmadığı iddia edilen demokratik meşruiyet ile sınırlı değildir. Bunun yanında hukuki ya da normatif meşruiyetin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu meşruiyetin iki temel dayanağı olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan ilki olan anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi, yargısal denetim olmadan pek mümkün görünmemektedir. Zira geriye kalan denetim türü olan siyasal denetim, siyasal aktörlerin kendilerini denetlemesi anlamına gelir ki her zaman işlevsel olmayacağı kesindir. Dolayısıyla normlar hiyerarşisinin fiilen korunması bakımından yargısal denetim zaruri

¹¹ İktidarın sınırlandırılması tartışmasının tamamen siyasal bir toplum olarak tasavvur edilen Antik Yunan bakımından geçerli olmadığı görüşü için bkz. Giovanni Sartori, *Democratic Theory*, Translated and Edited by Friedrich A. Praeger, Newyork, Washington, London, 1965, s. 250-256.

görülmektedir. Yargısal denetimi icra etmek üzere görevlendirilen anayasa yargısının kurucu iktidarlar tarafından pozitif hâle getirilmiş olması ise hukuki meşruluğun ikinci dayanağı ve anayasa mahkemelerinin varlık koşulu olarak görülebilir (Gözler, 2015: 442; Uslu, 2013: 217-221).

Anayasa yargısının hem hukuki hem de demokratik meşruiyetiyle ilişkilendirilebilecek bir diğer uygunluk kaynağıysa pozitif hukukun olduğu kadar toplumsal ilişkilerin de bir sonucu olan yargıçların mesleki otoritesine ilişkindir. Yargıçlara tanınan bu otoritenin yargıya biçilen rollerle doğrudan bağlantısı vardır. Anayasa yargısının sınırlarına yönelik tartışma, esas olarak yargının rolüne ilişkin aşağıda daha detaylı değinilecek olan geleneksel yaklaşımla modern yaklaşım arasındaki karşıtlıktan bağımsız değildir. Geleneksel yaklaşım yargıyı modern yaklaşıma göre daha pasif tasavvur ettiği içindir ki meşruiyetini daha dar bir alana özgüler. Modern yaklaşımsa özellikle anayasa yargısında olmak üzere soyut kavramlarla meşgul olan yargıçların metinleri her somut durumda yeniden yorumlamasının kaçınılmaz olduğunu öne sürmektedir. Yine bağlantılı biçimde anayasacılık hareketleri doğal hukuk ve toplum sözleşmesi teorileriyle yakından ilişkiliyken (Erdoğan, 2012: 14-15; Yayla, 2012: 14), yargının geleneksel rolü katı pozitivist anlayış açısından daha makul bulunmaktadır (Stone Sweet, 2000: 34-37).

Görüldüğü üzere yargının rolü ve demokrasiye dair teoriler, anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sınırlarını birlikte belirlerler. Demokrasi teorisi ve yargının rolüne ilişkin tartışmaları harmanlayan önemli isimlerden biri Ronald Dworkin'dir. Yaklaşımını belirli bir ekol içerisinde değerlendirmenin güç olduğu yazar, doğal hukukun evrenselliğini yadsırken pozitivistimin ahlak-hukuk ayırımını eleştirir. Dworkin'in liberalizme dayanan yenilenmiş bir "hukuki realizme" yakın olduğunu da söylemek mümkündür (S. Metin, 2003: 36-37) Dworkin'in ahlak ve hukuku birlikte ele aldığı yaklaşımı demokrasi anlayışında da kendisini gösterir. Demokrasi modern dönemde meşruiyetin kaynağıdır. Yazara göre, "çoğunlukçu demokrasi" ve "ortaklık demokrasisi" olarak sınıflandıracağımız iki demokrasi yaklaşımı yalnızca demokrasinin ne olduğuna değil aynı zamanda yargının rolüne dair tezler de içerirler. "Çoğunlukçu demokrasi" anlayışında, "halkın çoğunluğu halkın geri kalanını yönetmelidir" şeklindeki temel fikre binaen "çoğunluğun yerleşik kanaatlerine" uygun bir yönetim öngörülür (Dworkin, 2011: 28-29). "Çoğunlukçu demokraside herhangi bir değer bulunmamaktadır" (Dworkin, 2011: 36). Burada ön planda olan sonuçlar değil usuldür (Dworkin, 2011: 28-30). Bu usul yaygın kabulün aksine "hakkaniyete uygun" değildir. Zira eşit oy ilkesi, eşit siyasal nüfuz söz konusu olmadığı müddetçe meşruiyeti ya da siyasal eşitliği garanti etmez. Ortak çıkarların dikkate alınmasını sağlamaz. Her somut olay için "adil" sonuçlar üretmez (Dworkin, 2011: 36-39).

Buna karşılık “ortaklık demokrasisi” anlayışında, fikir hürriyetine karşılık gelen “eşit söz hakkı”, belirlenecek politikalarda herkesin “ortak çıkarlarının” dikkate alınması anlamına gelen “eşit özen ilkesi” ve “bireyin onurunu korumak amacıyla sadece kendisinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir karar alınamayacağı” anlamına gelen “onur şartı” şeklinde üç koşul vardır. Bu koşullar usulün ötesinde maddi hukuka da ilişkin olduklarından bu tip demokrasi anlayışı “adil” sonuçlara yönelir. “Doğası gereği antidemokratik bir kurum” olarak görülen anayasa yargısı, çoğunlukçu demokrasi taraftarları açısından kerhen kabul edilmektedir. Dolayısıyla anayasa mahkemelerinin yorum alanı dar tutulmalıdır. Ortaklık demokrasisi taraftarlarına göre anayasa mahkemeleri “taviz değil demokratik sistemin bir unsuru” olarak görülürler. İkinci görüşü benimseyen Dworkin’e göre mahkemelerin hatalı kararları antidemokratik kurumlar olmalarından değil soyut kavramları doğru yorumlayamamalarından kaynaklanmaktadır (Dworkin, 2011: 29-32).

Anayasalar çok sayıda soyut kavrama yer verirler ve bu kavramların içerikleri çoğu zaman tartışmalıdır. Dworkin’in önerisi bu soyut ve ahlaki ilkelerin somutlaştırılmasının, aslında hâlihazırda sıkça başvurulduğu şekliyle, ahlaki bir okumayla yapılmasıdır. Bu soyut ilkeler zamanla pozitif değer kazanırlar (Dworkin, 2005: 2,7). Metne bağlı kalınması gerekse de yargıçlar ortaklık demokrasisinin şartlarından saydığımız ve temel haklara karşılık gelen “insan onurunu” korumak için bazı ilkelere göre yorum yapmak durumundadırlar. İlkeler, hukukta boşluk olması hâlinde “kurallarla yargıcın takdir yetkisi arasında köprü” oluştururlar ve “hakkaniyetin gereği” olarak uygulanırlar. Pozitivist yaklaşımdan farklı olarak; mekanik bir faaliyet değil bir argümantasyon çalışması olarak görülmesi gereken yorumun herkesçe yapılması mümkün olsa da hukuk profesyonellerinin yorum faaliyeti diğerleriyle aynı değerde değildir (S. Metin, 2003: 39). İşte bu yorumlama görevini üstlenen yargıçlar, Dworkin’in ideal yargıç olarak tasvir ettiği “Herkülü” model olarak; kural ve ilkeler ışığında somut gerçeğe en uygun adil sonucu elde etmeye çalışırlar (Demiral, 2014: 802-804). Somut gerçeğe uygun adil sonuç yasa koyucunun tarihsel unsurla belirlenen subjektif amacının değil, güncel koşullarla şekillenen nesnel amacın tespitiyle ortaya konur (Dworkin, 2018: 285-288).

Yargının temel hakları korumak bakımından siyasi denetime göre daha işlevsel olduğunu savunan tezlere göre yargıçların teorik bağımsızlıkları ve siyasi sorumluluk taşımamaları politik amaçlar gütmelerini sınırlandırıcı bir etki doğurabilir. Alexander Hamilton’ın Federalist Yazılar’ının 78.sinden (Hamilton vd., 2009: 236) mülhem 1986 tarihli “The Least Dangerous Branch Supreme Court at the Bar of Politics” isimli eserinde Bickel, adından da anlaşılacağı gibi yargısal denetimi tümüyle olmasa da diğer organlara göre sınırlarını aşmak konusunda daha az tehlikeli görür. Bickel’a göre, yargıçların sahip olmaları beklenen akademik birikimlerinin katkısıyla siyasi aktörlere göre toplumsal etkilere daha kapalı olacakları ve seçim baskısı hissetmedikleri için uzun vadeli düşünme

olanağına da sahip olan yargıçların yine siyasi aktörlere göre daha ilkesel kararlar alacakları umulur. Açıkça görüldüğü üzere Bickel için anayasa yargısının, halkın etkisinden izole olması, dahası “çoğunluk karşıtı” olması (Bickel, 1986: 17) –ki bu çoğunluk karşıtlığı anayasa yargısının olumsuz eleştirilerinde temel argümandır- olumsuz olsa da yargının kendisinden beklenen işlevleri yerine getirmesine katkı sunan bir durum olarak değerlendirilebilir. Ayrıca siyasal aktörler yasama sırasında tamamıyla soyut kavramlarla çalışırken yargıçlar davanın gerçekliğinin muhatapları olarak belirli ilkeleri hayatın akışına uyarlama fırsatına sahip olurlar (Bickel, 1986: 25-26).

Smilov, Bickel’in yargısal denetimin avantajları konusundaki fikirlerini büyük ölçüde paylaşırken, “normativist” bir yaklaşımla benimsenen evrensel temel ilkelere dayalı faaliyet gösteren yekpare bir yargısal denetimden bahsetmenin mümkün olmadığını ve daha “çoğulcu” bir yaklaşımla (kendi ifadesiyle ne normativizm ne çoğulculuk, sınırlı bir yorumsamacılık); tesis edilen anayasal kurumların ülkelere ve zaman dilimlerine göre farklılıklar taşıyacağını ileri sürmektedir. Buna göre yargısal denetimin dört adet normatif temeli vardır ve bunlar farklı toplumlarda farklı önceliklere sahiptirler (Smilov, 2012). Örneğin “agresif çoğunlukçu demokrasilerde” normatif temellerden kuvvetler ayrılığı yüksek, hukukun üstünlüğü orta, egemenlik ve tarafsız yargılama (impartiality of arbitration) düşük önceliklidir. Bu öncelikler kurumların şekillenmesinde büyük roller oynarlar. Smilov için ana kavramlardan olan ve birbiriyle çatışabilen hesap verebilirlik ve bağımsızlık da bu önceliklerden nasibini alır. Kimi sistemler politik hesap verebilirlik üzerine inşa edilirken kimi sistemler hukukçu profesyonellerin hesap verebilirliklerini öne çıkartırlar (Smilov, 2012: 861). Yazar, farklı toplumsal konjonktürleri sınıflandırdıktan sonra yargısal denetimin avantaj ve dezavantajlarını ortaya koyar. Her ne kadar Hirschl’in “jüristokrasi” yakıştırmasını (Hirschl, 2004: 1) zorlama bulsa da yargının siyasetin elinde olan parasal ve zora dayalı kaynakları olmadığı ve “en az tehlikeli erk” oluşunun her şartta geçerli olduğu fikrini de benimsemez (Smilov, 2012: 871). Örneğe; otoriter/totaliter rejimlerden liberal demokrasiye geçiş rejimlerinde olası kuvvetli reaksiyonlar yoluyla ve “agresif çoğunlukçu” rejimlerde yargı erkinin kurumsal yapısını muhafaza etme çabası şeklinde tezahür eden bir yargısal aktivizmle karşılaşılması pekâlâ mümkün olabilir (Smilov, 2012: 872).

Ancak sonuç olarak yargının “insan ilişkilerinin rasyonel kılavuzu” olarak zorunlu bir erk olduğunu belirten Smilov da Bickel gibi yargının “en az tehlikeli erk” olduğu fikrini her koşulda olmasa da kabul eder görünmektedir. Zira yazara göre, yargıçların bireysel ideolojik eğilimleri olsa bile yargı muhakeme kuralları ve belirlenmiş ilkeler çerçevesinde hareket ederken kapsamlı bir politik yön belirleyemez (Smilov, 2012: 870). Yargı, sadece uzman hukukçuların değil aynı zamanda sosyal sorunlar konusunda duyarlı insanların da katılım sağladığı kurallarla sınırlandırılmış, rasyonel bir denetim aracı olarak görülebilir (Smilov, 2012: 872).

Smilov’da karşımıza çıktığı gibi yargısal denetim, ilkelere bağlılığın bir sonucu olan ve özellikle Anglosakson hukuk sisteminde daha büyük önem taşıyan içtihadı bağlilik yoluyla öngörülebilirliği sağlamaya elverişli bir denetim yolu olarak görülebilir. Bu aynı zamanda içtihadı ayrılma durumunun ya da yeni içtihadı oluşturulmasının rasyonel argümanlarla desteklenmesini de gerekli kılmaktadır. İctihadı bağlilikle sınırlandırılmış olan yargılama süreci bir ikna sürecidir ve her zaman başarılı sonuçlar alınamasa da sınırlılıkları onu tarafsızlaştırır (Sager, 2008: 200-203).

Buna göre siyasal denetimle karşılaştırıldığında yargısal denetimin bir “ideal tip” olarak değerlendirilmesi hâlinde siyasal hırs ve beklentilerden nispeten uzak, tarafsız ve teknik detayları daha iyi analiz eden bir yol olduğu iddia edilebilir (Feyzioğlu, 1951: 77). Buna paralel biçimde “kurumsalcı teoriler” yargısal kararların kurumsal değer odaklı olduklarını ileri sürerler. İktisadi yaklaşımlardan ilham alan “kamu tercihi teorisi” ise yasa koyucunun öznel çıkar ve kişisel hırslara odaklanmış, öngörülemez iradesi karşısında yargı kararlarının “hukuksal değerlere dayandığını” kabul eder (Oder, 2010: 232).

Anayasacılık ekseninde sayılan işlevleri yerine getirmek konusunda yargıya güven duyulsa dahi tıpkı yasama için olduğu gibi yargıyı diğer erkler aleyhine nasıl sınırlayacağımız da tartışma konusudur. Bu soruna, mahkeme üyelerinin daha demokratik usullerle belirlenmesi ve görev süreleri çerçevesinde bazı sınırlamalarla çözüm üretilmeye çalışılmıştır (Soysal, 1993: 253-255; Uslu, 2013).

Kurumsal çabalara rağmen, anayasa yargısının “ideal biçimde” işlemediğini de kabul etmek gerekir. Yargısal denetimin siyasal denetimin aksine çoğunluğun taleplerine daha az duyarlı olduğu ve öznel çıkarların bu denetimde devreye girmeyeceği kabulünü eleştiren Tushnet, hukuki belirsizlik tezi uyarınca mahkemelerin istedikleri sonuçlara erişmek maksadıyla buna uygun teorik tercihleri benimsediklerini ileri sürer (Tushnet, 1999: 108). Diğer bir deyişle mahkeme de tıpkı diğer organlar gibi dış etkenlere açık biçimde, sonuçlar arasından bir tercih yapar ve ardından buna uygun kılıfı hazırlar (Tushnet, 1999: 156).

Tushnet’in tercihe ilişkin kaygısını paylaşan John Hart Ely, Dworkin’in görüşlerinin tam aksine, anayasal yargı organının, değerler arasında bir tercih yapmasını gerekli kılacak sonuç odaklı hükümler vermesi yerine meşru usullere ilişkin bir denetim yapmasını önerir. Böylelikle yasama aleyhine oluşabilecek keyfiliklerden sakınılacağı öngörülür (Ely, 1980: 73-75). Ely için anayasal yorumun “yapısalcı” yaklaşımı geçerlidir. Bu yaklaşım, anayasaları öne çıkan yapısal ilkeleriyle (kuvvetler ayrılığı, federalizm, demokrasi vb.) bir bütün olarak ele almayı salık vermekte ve bu ilkeler lehine yorum geliştirmektedir. Yazar için anayasanın öne çıkan ilkesi “temsili demokrasidir” (Barber ve Fleming, 2007: 117-118).

Anayasa yargısının temel hakları savunmada etkin rol oynaması gerektiğini savunan “anayasacılığı” benimseyen görüşler açısından Ely’nin tezi isabetli değildir. Temel hakların, usuli boyutları olmakla birlikte (devletin hakların korunmasında pozitif yükümlülüğü) aslen esasa ilişkin düzenlemeler içerdikleri ortadadır. Anayasaların temel haklara ilişkin bölümlerinin anayasaların büyük bir kısmını oluşturdukları düşünüldüğünde anayasaya uygunluk denetiminin esasa ilişkin bir denetim yapılmadan gerçekleştirilmesi oldukça güç görünmektedir (Özbudun, 2015: 50) Kaldı ki temsili demokrasinin lehine diğer anayasal ilkelerden ve temel haklardan taviz verilmesinin de pekâlâ sonuç odaklı bir tercih olduğu iddia edilebilir. Zira anayasal ilkelerin yorumdan vareste değildirler. Aksi hâlde kuvvetler ayrılığı ve yargısal denetimi tartışmak da gerekli olmayacaktır (Barber ve Fleming, 2007: 121). Ayrıca Ely, benimsediği demokrasi anlayışının neden diğer demokrasi anlayışlarına tercih edilmesi gerektiğini de izah etmemektedir (Barber ve Fleming, 2007: 131).

Jeremy Waldron, anayasa yargısının çalışma alanının esasa ilişkin boyutunun genişliğinin farkındadır. İlkelerle ilişkin tartışma kaçınılmaz biçimde sonuç odaklıdır. Yazar, Ely’nin teorisini bir adım ileriye taşır ve salt anayasa yargısını değil anayasacılığı da eleştirecek kapıyı aralar; ona göre sonuç ve süreç ayrımı anlamsızdır (Waldron, 2006: 1386, 1393). Liberal kanatta yer almasına rağmen (Erdoğan, 2011: 34), yargısal denetimin temel hak ve özgürlükleri korumak konusunda siyasal olana göre daha işlevsel olduğu iddiasının isabetli olmadığını düşünen yazar (Waldron, 2006: 1366- 1395), yargısal denetimi aristokratik, dolayısıyla anti-demokratik olarak değerlendirir (Waldron, 1998: 280) Waldron’a göre adeta “eşit temel haklar arasında birinci olan” siyasal katılım hakkı, diğer ilke ve haklar arasında yapılması zorunlu olan tercihleri de belirlemelidir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin parlamentonun üstünlüğüne hâlel getirecek biçimde anayasalarda belirlenmesi doğru değildir¹² (Waldron, 1993: 49-50). Bu durum çoğunluğun yargısal denetimi tanınması hâlinde de değişmez. Çoğunlukların diktatörlükler lehine oy kullanmaları nasıl demokratik olmayacaksa katılım haklarını sınırlayan bir anayasa yargısı oluşturmaları da demokratik değildir (Waldron, 1998: 272).

Waldron’a göre mahkemeler de yasama organları gibi “çoğunlukla” karar alırlar (Waldron, 1993: 33-34, 50). Yargı organlarının karar alışı biçimlerini yasamaya göre daha gerekçelendirilebilir ve akılcı bulan yaklaşımlar dar bir yasama tecrübesine atıfta bulunurlar. Kaldı ki her kararda memnun olanlar ve olmayanlar olacaktır ancak mahkeme heyetlerinin kararlarının meşruiyeti “milyonların” kararlarının meşruiyetine denk değildir (Waldron, 2021: 434-436).

Bununla birlikte Waldron, yargısal denetimi her koşulda uygunsuz bulmaz. Onun iddiası daha çok “yasama organının işlevsizliğinden yakınmayan makul demokratik toplumlarda, yargı

¹² Bu noktada Jeremy Waldron’ın itirazının yalnızca anayasa yargısına yönelik değil, “anayasanın üstünlüğünü” temel alan anayasacılığın kendisine olduğunu düşünmek mümkündür. Zira ilgili eserinde Amerikan tipi bir yargısal denetimin benimsenmesi talebini “parlamentonun üstünlüğü” yaklaşımı çerçevesinde eleştirmektedir.

mensuplarının haklar üzerindeki anlaşmazlığı” üzerine kuruludur. Odaklandığı nokta yargının temel hakları koruma konusunda daha güvenilir olduğu iddiasının aksine, yargı kararlarının da nihayetinde yasamada olduğu gibi birer tercihten ibaret olmasıdır. Metot açısından üstün bulmadığı -ne yasamadan daha müzakereci ne de daha rasyonel- (Waldron, 2006: 1369- 1383) yargının, toplumun geniş kesimlerini temsil etmeyeceği için daha kısıtlı bir meşruiyet zeminine oturduğunu savunur (Waldron, 2006: 1406).

Waldron açısından ilkeler arasında yapılacak olası tercihte son sözü söylemesi gereken mümkün olan en çok sayıdaki insandır. Karara katılanların sayısı arttıkça kararın doğru olma olasılığı artar. Bunun yanı sıra kurucu iktidar tarafından sabitlenmiş haklar yerine çoğunluğun güncel ve somut olaylarda tercihte bulunması daha isabetli olacaktır. Kuramsal olarak ikna edici olsa da olgular Waldron’ın argümanını destekler görünmemektedir. Aksine anayasa, hele ki yapılışında uzlaşma arandıysa üzerine daha fazla müzakere yürütülmüş ve dolayısıyla daha tercih edilebilir ilkelerle oluşturulmuş olabilir zira “[...] sayılar ahlaki doğruluğu güvence altına almaz [...]”. Kaldı ki kişiler her zaman ahlaken doğru buldukları tercihleri yapmaz, bunun yerine stratejik kararlar verirler; tıpkı çoğunlukçu bir demokrasi anlayışını ya da anayasal bir demokrasi anlayışını benimsemek gibi (Alexander, 2021: 452-456).

Hukuki ve demokratik meşruiyet, klasik egemenlik ve çoğunlukçu bir demokrasi anlayışı benimsendiğinde çatışmalı kabul edilebilir. Gerçekten de anayasa mahkemeleri, üyelerin en azından bir kısmı temsili organların da dâhil olduğu şekillerde belirlenseler de çoğunlukla halk iradesinin seçimler yoluyla yansıtıldığı kurumlar değildir (Gözler, 2015: 445-448; Arslan 2008: 257-259). Bu da halk iradesinin ve dolayısıyla egemenliğin, meşruiyetini seçilmiş olmaktan almayan bir kurum tarafından kısıtlanması olarak okunabilir. Kısıtlama, egemenliğin klasik tanımıyla bir arada zikredilemeyeceğine göre artık halkın değil bir grup yargıcın egemenliğinden bahsedilebilecektir. Bu perspektiften bakıldığında anayasa yargısının “çoğunluk karşıtı” yapısı Bickel’in vardığı sonucun aksine istenmeyen bir durumdur. Ancak bu tezlerin çoğu temsili demokrasinin liberal köklerini göz ardı ederler. Kökeni itibariyle mutlak/çoğunlukçu bir demokrasi yerine “sınırlandırılmış” bir demokrasi anlayışı günümüz açısından daha kabule şayandır. Yasama çoğunluğunun her şartta kamusal yararı öznel çıkarlara üstün tutacağını ileri sürmek güçtür. Yasama organında uzlaşmanın tesis edilememesi hâlinde yasa koyucunun toplumsal dinamizmi takip etmesi kolay olmayabilir. Geçmiş dönemlerde yapılan ve ilgili dönem için uygun görülen bir düzenlemenin değiştirilmesi çeşitli sebeplerle mümkün olmamış olabilir. Hatta yasa koyucu farklı kaygılarla çeşitli düzenlemelerinin yargı eliyle iptalini bile tercih edebilir (Oder, 2011: 238-241).

Yukarıda belirttiğimiz gibi anayasaya uygunluk denetimi demokratik meşruiyet ile uyumlu biçimde de okunabilir. Buna göre yasamanın her şartta bir çeşit “kolektif iradeyi” yansıttığı bir mittir. Zira çoğu sistemde emredici vekâlet anlayışı benimsenmemektedir; temsilci seçmenden talimat almaz. Demokratik meşruluk çoğunluk tarafından seçilmiş olmakla değil seçmenin taleplerine bağlılıkla sağlanır (Eskridge, 1987: 1529-1530). Aksi düşünülse ve kolektif iradenin varlığından bahsedilse dahi anayasa da bu kolektif iradenin bir parçası olduğuna göre “anayasaya uygunluk denetimi, kanunun gerçekten genel iradenin ifadesi olmasının teyit edilmesidir”. Anayasanın üstünlüğü ilkesi olarak adlandırılan bu hiyerarşiyi “Federalist Yazılar”da Hamilton şöyle ifade eder; “[...] anayasaya aykırı olan hiçbir yasama işlemi geçerli olamaz. Bunun tersini savunmak [...] halkın temsilcilerinin halkın kendisinden üstün olduğunu savunmak anlamına gelir” (Hamilton, 2009: 236). Katı bir anayasa anlayışı dolayısıyla normlar arasında bir hiyerarşi olduğu kabulü hâlinde Troper’in da belirttiği üzere, bu denetim demokrasiyle yalnızca uyumlu değildir, aynı zamanda demokrasinin bir koşuludur (Troper, 1997: 295).

Demokratik katılım mekanizmalarını savunan itirazın öneminin özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası; bugün benimsenen kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan, Rousseaucu “genel iradenin” tezahürü, sınırlandırılmaz, bölünemez ve devredilemez egemenlik anlayışının uğradığı değişim dikkate alınırsa, azaldığı görülecektir. Zira kuvvetler ayrılığı egemenliği bölerken, hukuk devleti ve anayasa yargısı eliyle sınırlandırmıştır (Turhan, 2003: 216-223; Yayla, 2012: 16). Bunun yanı sıra küreselleşme, insan haklarına ilişkin antlaşmalar, güvenlik ve ticaret gibi konularda yapılan uluslararası düzenlemeler klasik egemenlik anlayışını dışarıdan sınırlayan unsurlar olarak ortaya çıkmışlardır (Kaboğlu, 2014:88). Mevcut durumun anayasa hukuku açısından karşılığı, anayasaların “temel teşkilat kanunu” ve ilgili normatif düzenlemelerin yanı sıra “özgürlükler hukuku” boyutunun da pozitifleşmesidir (Boyar, 2008: 31).

Genel olarak kabul edildiği şekliyle; yasamada toplanmış egemenlik anlayışı yerini anayasanın üstünlüğü ve hukukun üstünlüğü doğrultusunda “yargıyla paylaşılan bir iktidar” düşüncesine bırakmıştır (Ginsburg, 2003: 1). A. V. Dicey’nin hukuki egemenlik ile siyasi egemenlik arasında yaptığı ayrım bu olguyu kavramsallaştırmak açısından faydalıdır. Buna göre siyasi egemenlik seçmenlerindir ve hukuki egemenliğin dayanağıdır. Hukuki egemenlikse yasama organına verilen egemenliktir; kuralları yapanın yasama olduğu anlamına gelir ve belli mekanizmalarla sınırlandırılabilir (Turhan, 2003: 218-219). Egemenlik anlayışındaki bu değişim demokrasi anlayışını da değiştirmiştir. Sınırlı egemenlik anlayışını benimseyen rejimlere “anayasal/sınırlı/çoğulcu demokrasi” adı verilmektedir (Gözler, 2015: 262). Bu demokrasi anlayışı kuvvetler ayrılığına temel alan bir anayasal meşruiyete dayanır (Sağlam, 2016: 170). Hesap verebilirlik, seçimden seçime

uygulanan dikey bir hesap verebilirlikle sınırlanmaz, devlet erkleri arasında süreklilik arz eden yatay bir hesap verebilirlik sağlanır (Özbudun, 2015: 25). Böylelikle çoğunluğun tahakkümüne dayalı bir siyasal rejim kurulması riskinin azalacağı varsayılır (Erdoğan, 2011: 33).

Egemenlik anlayışı gibi kuvvetler ayrılığı da hukukun üstünlüğü çerçevesinde klasik anlamından uzaklaşmıştır. Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı tasavvurunda yargı ayrı bir kuvvet olarak ele alınsa da yazar için bu erk önemsizdir ve yargıya düşen rol “yasanın ağzı” olmaktır (Ergül, 2003: 82). Dolayısıyla anayasa yargısının doğuşuna dair normatif zorunluluk tezinde karşımıza çıktığı şekliyle anayasa yargısının meşruluğunu destekleyecek doğrultuda kullanılan kuvvetler ayrılığı kuramı, anayasa mahkemelerinin tam da bu ilkenin ihlali anlamına gelecek şekilde diğer devlet organlarının yetki alanına tecavüz ettikleri iddiası için de kullanılmaktadır.

Tüm bu olumlu yönlerine rağmen; anayasa ve anayasa yargısı marifetiyle sınırlandırılan egemen fikri, teorik olarak yönetenlerin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlayacak bir araç olarak görünse de, yargıçların hukukun sınırları içerisinde kalacaklarını garanti etmemektedir (Özbudun, 2007: 258). Yargıçların, yasamanın, yürütmenin ve hatta diğer yargı organlarının yetki alanına müdahâle etmesi ve diğer organların işlemlerini etkisiz kılması mümkündür. Tabiri caizse siyasal rejimin, çoğunluğun tahakkümünden kaçarken azınlığın ya da yargı elitlerinin tahakkümüne yakalanması gibi bir sonuç doğabilir. “Milan demokrasi” (Hakyemez, 2008: 40) “yargıçlar hükümeti”, “yargısal aktivizm” gibi kavramlar da bu tartışma üzerine üretilmişlerdir (Özbudun, 2015: 69).

Egemenlik anlayışındaki değişimle birlikte demokratik meşruiyete dair akıllardaki soruların kısmen cevaplanmış olduğu kabul edilse bile yargısal denetimle ilgili objektiflik, rasyonellik ve hakların korunması noktasındaki işlevsellik gibi varsayımlara dair şüpheler giderilebilmiş değildir. Son kertede Waldron'da karşımıza çıkan haklar arasında yapılacak seçim gibi (Waldron, 2006: 1366) burada da söz konusu olan son sözü söylemesi istenen organlar arasındaki bir seçimdir. Bu seçimin sonucunu belirleyecek olan mevcut kurumsal yapıdan ekonomi-politik etkenlere kadar sayısız değişkendir.

Ancak görev ve sınırları üzerine ciddi tartışmalar sürmekle birlikte anayasa yargısının gerekliliğiyle ilgili geniş bir konsensüs olduğunu kabul etmek gerekir. 2. Dünya Savaşı sonrasında günümüze kadar güçlenerek gelen bu düşünceyi Alec Stone Sweet, Ginsburg'da da karşımıza çıktığı şekliyle, klasik egemenliğe karşılık gelen ve parlamentonun üstünlüğüne dayanan klasik anayasacılık yaklaşımının yerini hukukun egemenliğine karşılık gelen, yargının üstünlüğüne dayalı bir anlayışa bırakması olarak açıklamaktadır (Stone Sweet, 2000: 20). Dolayısıyla anayasacılık hareketinin geldiği nokta itibarıyla bahsettiğimiz sınırlar yargı lehine olacak şekilde eskiye nazaran daha geniş kabul edilmektedir (Stone Sweet, 2000: 20-21; Ginsburg, 2003: 1)

En nihayetinde; siyasal yönleriyle öne çıkmaları hâlinde dahi, hukuki uyumsuzluklar söz konusu olduğunda, bunları kesin olarak sonuçlandırmak için mahkemelere müracaat etmekten daha işlevsel bir çözüm yolu şimdilik bulunmamaktadır (Erdoğan, 2012: 91). Böylece yargısal denetim mekanizması, kimilerince avantajları sebebiyle hevesle, kimilerince ehven-i şer olarak kerhen kabul görmüştür (Shapiro, 1999: 218).

Anayasal demokrasi için verilen tanıma yeniden dönecek olursak; demokrasi, şüphesiz ve en azından kelime anlamıyla “halkın yönetmesi” demektir. Anayasallığın referansı ise sınırlandırmadır. Anayasacılık, halkın yargıçlar eliyle sınırlandırılması değil, çoğunluğun temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesinin önlenmesi anlamına gelir. O hâlde aranan denge bu noktada sağlanmalıdır (Erdoğan, 2011: 29). Dolayısıyla yukarıda yargıya temkinli biçimde güvenen tezlere hak vermek gerekir. Hukukun bu sınırlayıcı fonksiyonunun kullanılması kaçınılmaz olduğuna göre yargıyı da diğer erkler lehine dengeleyecek araçlara ihtiyaç vardır. Toplumsal ve siyasal etkenleri bir kenara bırakırsak kurumsal yapıya ilişkin araçlardan sonra akla ilk gelen araç şüphesiz hukuk metodolojisidir.

2.3. Anayasa Yargısında Yöntembilim: Yasal Modelin Sınırları

Devlet iktidarının sınırlandırılmasının genellikle yasamaya ve yürütmeye hasredilmiş olduğu düşünülür. Ancak daha ziyade bu organları sınırlandırmanın bir aracı olarak görülen anayasa yargısı bizzatı bir “kuvvet” olan yargı organının bir parçasıdır. Yukarıda da ele alındığı gibi anayasa yargısının meşruiyeti konusu, kişisel yargıların gölgesinde kalmaya mahkûmdur. Ancak hukuki açıdan yargısal denetime hiçbir ölçüt getirilemeyeceğini söylemek de mümkün değildir. Mahkemelerin üye kompozisyonunun ve kurumsal yapılarının mümkün olduğunca demokratik usullerle belirlenmesi bu ölçütlerin başında gelmekle birlikte bu tip tedbirler yargı kararlarının makullüğüne, yargısal davranışa yasal model çerçevesinden bakıldığında, doğrudan etki etmemektedir. Yargı kararlarının maddi anlamda mümkün olan en nesnel biçimde incelenmesine imkân tanıyan ölçüt yöntembilimsel unsurlarla ortaya koyulabilir.

Bu çalışmanın problematiği açısından AYM’nin yargısal sınırlarını aşıp aşmadığı üzerine yapılacak değer merkezli tartışma ikincil önemi haizdir. Çalışma açısından bundan daha önemli olan; mahkemenin hangi koşullarda nasıl tutum aldığı, içtihatlarında ya da daha genel ifadeyle yargısal davranışında değişikliğe gidip gitmediği ve gittiyse bunun nasıl açıklanacağıdır. Zira belirli bir konuda nasıl karar verildiği ya da içtihatla ortaya çıkacak değişiklik hukukun devingen yapısı dikkate alındığında tek başına anlam ifade etmez. Önemli olan hangi ilke, anayasa politikası veya yöntem çerçevesinde istikrarlı davranış gösterildiği veya istikrarlı karar verildiğidir. Dolayısıyla aşağıda her ne kadar ilişkili olarak ele alınsa da anayasa yargısının meşru sınırlarını tartışan değil, bağımlı değişken olarak değerlendireceğimiz anayasa yargısının metotlarını ya da geliştirdiği argümanları tartışan bir

metin bulunmaktadır. Buna istinaden hedeflenen; yargının ilgili sınırların içinde ya da dışında olduğunun tespitini aşarak mevcut hâlin nasıl oluştuğunu saptamaktır. Zira hukuk güvenliğinin ve istikrarının sağlanması açısından benzer hâllerde verilecek kararların değişiklik göstermesi istisna olacağından kararın dayanaklarının açıkça izahı ve sağlam bir gerekçelendirme içermesi zorunludur (S. Metin, 2002: 129).

Yargı kararlarındaki yöntembilimsel başarı değerlendirilmeden veya diğer bir deyişle kararın ikna ediciliğine bakılmadan yapılacak bir incelemenin hukuk öğretisi açısından anlamlı olmayacağını söylemek mümkündür. Zira aynı konuda verilecek kararlar her vaka için somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilecektir. Hatta daha açık ifade etmek gerekirse kullanılan yöntemde değişiklik yapıp yapılmadığına, hukuksal sınırların aşıp aşılmadığına bakılmaksızın aynı konuda verilecek ret veya iptal kararlarının içtihatla kırılma şeklinde değerlendirilmesi dahi doğru olmayacaktır. Benzer vakalarda, yöntemde ikna edici olmayan değişikliklere gidilerek ya da önceki yaklaşımla çelişen açık bir tercih sergilenmesi durumu ise aksi yönde okunabilir. Dolayısıyla oldukça soyut kavramlar içerebilen ve kaçınılmaz olarak öznel değerlendirmelere tâbi tutulan anayasal metinlerin anlamlandırılmasında gözleme ve sınamaya açık, objektif bir yön varsa o da kullanılan yöntemdir.

Bu amaçla, bu bölümde, ilk olarak evvelki kısımla ilişkilendirilecek şekilde anayasa yargısında yorum, yöntem ve argüman gibi kavramların nelere karşılık geldiği değerlendirilecektir. İkinci olarak bu kavramlar çerçevesinde kabul görececek niteliklerde bir karara nasıl ulaşılabileceğine dair yöntem ve teoriler ele alınacaktır. Bu kapsamda çoğunlukla “geleneksel yorum yöntemleri” olarak tasnif edilen ancak bu çalışmada bilinçli olarak “yorumun unsurları” şeklinde sınıflandıracağımız lafzi, tarihsel, amaçsal ve sistematik yorum unsurları ele alınacaktır. Ardından bu geleneksel unsurları kullanmakla birlikte klasik yaklaşımı eleştiren ve geliştiren güncel yaklaşımlara değinilecektir.

2.3.1. Kavramsal Çerçeve

Anayasa yargısının meşru sınırları üzerine yürütülen tartışmalar, AYM’nin kararlarının nasıl verildiğinden ziyade bu kararların politik karar alma süreçlerine ne denli müdâhil olduğu üzerine yürütülmektedir. Tartışmanın bir ucunda ilgili kararın aktivist olarak nitelendirilmesi, diğer ucunda ise literatürde pek karşılaşılmayan “pasifist” olarak nitelendirilmesi (Meltzer, 2002; Várnay, 2019) ya da diğer bir deyişle yargının siyasetin lehine kendi alanını “politik sorun doktrininden” farklı olarak politik sebeplerle daraltması yer almaktadır. En basit hâliyle; aktivist davranan mahkeme almış olduğu kararlar demokratik sınırları aşarak yargıç eliyle hukuk yaratmakla itham edilmekte yahut “pasif davranmak” suretiyle hukuk devleti ilkesinden siyasi iktidar lehine taviz vermektedir. Tartışmalar saklı kalmakla birlikte mahkemenin işlevinin 1982 Anayasası’nın ilgili maddelerinde belirtildiği

usullerle ve anayasacılığın temel felsefesi uyarınca iktidarlara ve dolayısıyla çoğunluğu sınırlamak olduğu düşünüldüğünde, anayasa yargısının az ya da çok müdahâlecî olması varoluşu sebebiyledir.

Siyasal iktidara sınır konmasını salık veren değerlerin normatif çıktısı anayasa hukukudur. Kabul etmek gerekir ki, hukukun her alanının politik bir altyapısı vardır ancak anayasa hukukunun siyasal alanla ilişkisi diğer hukuk dallarına oranla çok daha doğrudandır (Haines, 1922: 107). Hatta anayasa yargısının zaman zaman “siyasal yargı” olarak anılması da bu ilişkiden kaynaklanmaktadır (Gören, 1999: 208). Diğer bir ifadeyle; anayasa yargısı, “yargısal görünüm altında siyasal güç kullanmaktadır” (Giegerich, 2010: 125). Bu görüşle uyumlu biçimde, Kaboğlu’na göre; anayasa mahkemelerinin üyeleri çoğunlukla siyasi makamlarca atandığından ve halkın temsilcilere devredilen egemenliğinin yumuşatılmasını sağladığından anayasa mahkemelerinin “yetkileri temelde siyasaldır” (Kaboğlu, 1997: 185).

Siyasal alanla ilişkisinin bir sonucu olarak anayasalarda yer alan hükümler diğer hukuk dallarında olduğundan daha genel ve daha soyuttur. Zira anayasalar büyük ölçüde zamanla belirginleşmiş siyasal değer ve ilkelerin pozitif hâle gelmesiyle oluşurlar. Bu hükümler de kendi içlerinde soyutluk derecesine göre sınıflandırılabilirler. Örnek vermek gerekirse; 1982 Anayasasının 3. maddesinde resmi dili düzenleyen ifadeyle aynı maddenin ilk cümlesi olan “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” ifadesi aynı derecede soyut değildir. Dolayısıyla soyutluk derecesine göre maddenin farklı oranda “somutlaştırılması” gerekecek ve somutlaştırmanın boyutu, yargıcın hareket alanını belirleyecektir (Müller, 2009: 36). Bu alan son derece daraldığında klasik yorum yaklaşımının formel mantıkla sınırlı yorum anlayışı yeterli görülebilecektir. Buna karşın yargıcın hareket alanı soyutluk derecesine bağlı olarak genişlediğinde güncel yorum anlayışlarına uygun yorum faaliyetleri gerekecektir.

Yargıcın görevinin, anayasacılığın ve dolayısıyla egemenlik kavramının günümüzde karşılık geldiği manaya uygun şekilde dönüşmesi yorum yaklaşımlarını da dönüştürmüştür. Yargının alanının genişlemesi ise aktivizm tartışmalarının da üzerine kurulu olduğu “siyasetin yargısallaşması” olgusunu doğurmuştur (M. M. Shapiro & Stone Sweet, 2002: 56). Bununla birlikte “siyasetin yargısallaşması” kavramının muhalifinden üretildiği izlenimi doğuran ama tam olarak bunu karşılamayan “yargının siyasallaşması” olgusunun da hem pasifizm hem de aktivizm tartışmalarının üretileceği bir zemin olarak varlığını koruduğu açıktır (Oder, 2009: 191).

Anayasal düzenlemeler somutlaştırılmaya ve hayatın dinamizmine uyum sağlamaya muhtaçsa; tamamıyla somut olarak vazedilmiş düzenlemelere açık aykırılık hâlleri dışında yargının tüm kararlarını değişen oranlarda aktivist olarak tanımlamak mümkündür (Korucu, 2013: 125). Sonuç olarak aynı anda hem yargı erkinin diğer erkler üzerindeki etkisinin hem de diğer erklerin yargı erki

üzerindeki etkisinin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmeyecek ama hukuk devletini de aşındırmayacak şekilde dengelenmesi gerekmektedir. Bu erkler arasındaki sınırların objektif tayini ise oldukça zordur.

Erkler arasında denge kurma bahsi siyaset felsefesinin kadim tartışmalarındandır. Örneğin Aristoteles “Retorik” adlı eserinde yasamanın mümkün olan en detaylı biçimde kodifikasyonda bulunarak yargıca yalnızca somut olayı inceleme özgürlüğü ve sorumluluğu vermesi gerektiğini savunmaktadır. Zira ona göre yargıçların kararları sübjektiftir ve genele şamil, doğru kararlar vermek için yeterince vakitleri bulunmaz. Bununla birlikte Aristoteles de her somut olayı kapsayacak, kusursuz bir yasanın mevcut olamayacağını kabul eder (Aristoteles, 1995: 34). Hatırlanacağı üzere bir önceki bölümde somutlaştırma açısından yargının avantajlı olduğunu savunan görüşlere yer verilmişti. Görüldüğü üzere Antik Yunan’dan günümüze kadar geçen sürede hem yorum öğretisinin klasik hâlinde karşımıza çıkan ve yargının sınırlandırılmasının gerekliliğini vurgulayan tezlere hem de günümüz hukuk devleti anlayışına paralel gelişen ve yargı eliyle yasama ve yürütmeyi sınırlama işlevini öne çıkaran tezlere rastlamak mümkündür.

Bu noktada akla gelen soru; hükümet sistemleri ya da devlet biçimleri özelinde geliştirilen kurumsal düzenlemeler dışında ne tip araçlarla erkler arasındaki sınırların korunacağıdır; zira sosyolojik unsurların da incelemeye dâhil edildiği yaklaşımlara göre bu kurumsal düzenlemeler yetersizdir. Örnek vermek gerekirse; Realist ekolün, hukuk ve dolayısıyla yorum yaklaşımı çerçevesinde metin ile normun farklılaştığı ve metnin yorumuyla normun ortaya koyulduğu kabul edilirse otantik yorumu yapan erk, yargı ya da yasama fark etmeksizin kanun koyucu hâline gelecektir. Bunun sonucu ise anayasanın hukuki bir sınırlama aracı olduğunun reddidir. Anayasa, erkler arasında hukuki kurallardan değil iktidar ilişkileri sonucu ortaya çıkan oyun kurallarından oluşur. Bu görüşe göre kuvvetlerin kontrol ve dengesi sosyolojik bir meseledir (Gözler, 1998b: 219-221). Dolayısıyla başta politik kültür ve sivil toplum olmak üzere çokça etken erkler arasındaki dengede belirleyicidir (Özbudun, 2010: 40-42).

Öte yandan yargı kararlarının metinden tamamen bağımsız şekilde sosyal etkenler ya da iktidara ilişkin stratejiler altında şekillendiğini kabul etmek mümkün değildir; aksi hâlde yargının meşruiyeti ortadan kalkar, yargıya denetimi mümkün olmayan bir iktidar bahşedilmiş olur (Gözler, 1998b: 219). Yargısal tutumun cisimleşmiş hâli olarak görebileceğimiz yargı kararlarında, diğer organlar için belirlenen sınırın izdüşümü, yöntemle çizilmektedir. Yargı erkinin, yasa koyucu aleyhine yargısal sınırları genişletmesi (bu hukuki boşluk olması durumunda olduğu gibi kaçınılmaz biçimde de ortaya çıkabilir) ya da daraltması durumunda bu faaliyetini meşrulaştırması gerekmektedir. Bu meşruiyet birazdan açıklanacağı üzere usulle ya da yöntemle yakından ilişkilidir.

Oder’e göre “[...] yöntembilimsel kaygılarla kaleme alınan yargısal kararların sonuçları hakkında her zaman bir oydaşma ya da genel kabul olacağı söylenemez”. Bununla birlikte mahkemenin karar vermesi sürecinde yahut verilen kararların farklı erklerce yorumlanması esnasında “sınanabilirlik, öngörülebilirlik, saydamlık, rasyonellik, açıklık ve görünüşte (pseudo) kanıtlamalara dayanmayan gerekçelendirme” yukarıda bahsettiğimiz yargısallaşma tartışmasının hukuksal sınırını çizmek konusunda yardımcı olacaktır. Böylelikle ilgili “[...] karardaki yöntembilimsel başarının varlığı hâlinde, kararın hukuksal olmadığını yahut siyasal olduğunu ileri sürmek [...]” zorlaşacak, en azından sınıp, gözlemlenebilecek veriler elde edilecektir (Oder, 2010: 1-2).

Bu noktada artık tartışmanın ne salt politik ne de tamamıyla hukuki olduğu savunulabilir. Zira yukarıda bahsedilen “yöntembilim” kavramı, “geleneksel anlamda yorumdan” daha fazlasına karşılık gelmektedir. Yöntem, Türk Dil Kurumu sözlüğünde; “bir amaca erişmek için izlenen, tutulan yol, usul, sistem, prosedür, politika” veya “bilimde belli bir sonuca erişmek için bir plana göre izlenen yol, metot” olarak tanımlanmaktadır. Yöntembilim ise “özellikle felsefe ve bilim alanında yöntem araştırmak ve yeni yöntemler yaratmak için ilkeler geliştiren bilim, metodoloji” olarak tanımlanmaktadır. Neuman’a göre “yöntembilim, yöntemlerden daha geniş bir alandır ve yöntemleri de kapsar. Yöntembilim, yöntemleri kullanan toplumsal araştırmacılar kurumunun toplumsal örgütsel bağlamını, felsefi varsayımlarını, etik ilkeleri ve politik meselelerini anlamaktır”. Dolayısıyla metodoloji, metotlarla ilgilenen bilim dalından daha fazlasıdır (Neuman, 2012: 3).

Yorumun tanımı için yine öncelikle TDK’ya başvurursak; “bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir” şeklinde bir tanımla karşılaşırız.¹³ Bu tanım aynı zamanda klasik hukuk yaklaşımının yorumu, metnin anlamının belirsiz olması durumuna özgüleyen anlayışıyla da örtüşmektedir. Yukarıda değinildiği üzere; klasik yorum yaklaşımı yargıçların rolünü Montesquieu’ye atıfla yalnızca vaz edilmiş söylemekle sınırlı kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre yargıç kendisini kanun koyucu yerine koyacak ve onunla hemhâl olarak metni söyleyen ağız olacaktır (Heper, 2012: 76; Rüthers vd., 2020: 449). Anayasa hukuku özelinde, bu yaklaşım ve benzerleri, metnin vazedildiği zaman ve niyeti tespit etme ya da sabitleme çabası sebebiyle “orijinalizm” şemsiyesi altında toplanabilir (Korucu, 2013: 113). Orijinalist yaklaşımların üzerinde hemfikir oldukları en önemli konu bu yaklaşımın yargısal davranışı sınırlama hedefidir (Compton, 2015: 434). Klasik yorum anlayışının temsilcilerinden Forsthoff’a göre yorum; “mantıksal tasım anlamında doğru altlamanın araştırılması” olduğuna göre “orijinal amaç” anayasaların da diğer yasalardan farklı olmayan formel mantık araçlarıyla yorumlanması sonucu ortaya çıkar. Bu bakış açısı, hukukiliği, normu sosyal etkenlerden soyutlamakla ölçer. Norm-dışı unsurlar yargıca keyfi davranma

¹³ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi: 23.05.2021.

imkânı tanıyacaktır. Keyfilik, anayasa yargısının meşruiyetini ortadan kaldırır ve “yargıçlar devletine” kapı aralar (Sancar, 1995: 89).

Klasik yaklaşımın karşısında ise metnin anlamının her somut olayda bağlamla yeniden inşa edildiği düşüncesi bulunur (Uzun, 2020: 24-25). Günümüz yorum yaklaşımı metnin anlamının bir çeşit bilimsel “keşif” değil “sosyal inşa” faaliyeti olduğunu kabul etmektedir (Aktaş, 2011b: 2; Eskridge, 1990: 691). Buna paralel olarak orijinalizmin karşı ucunda yer alan “yaşayan anayasa” yaklaşımı, normu toplumsal koşullara göre yeniden uyarlamayı öngörür (Korucu, 2013: 113; Sachs, 2022: 781).

Zira norm artık sübjektif amacından başka objektif bir varlık da kazanmıştır. Buna göre yargıçtan beklenen soyut ve genel olanı somutlaştırması, hukuki boşluk olması hâlinde bunu “hukuk yaratarak/bularak” doldurması ve hatta anayasa metnini “geliştirme, mükemmelleştirme, kalitesini yükseltme görevini” yüklenmesidir (Gören, 1999: 209). Anayasaların yargısal süreçlerle günün ihtiyaçlarına uyarlanması fikrine karşı çıkan orijinalistler, Yargıç Posner’a göre, “hukuk yaratma” faaliyetini “perdelemeyi” ve “siyasi gücü yargıçlardan yasa koyucuya transfer etmeyi” savunmaktadırlar (Posner, 2000: 591).

Belki hem klasik hem çağdaş yaklaşımları kapsayacak biçimde Gözler, hukuki yorumu; “bir hukuk kuralının metninin [...] anlamının belirlenmesi faaliyetidir” şeklinde tanımlar (Gözler, 2011: 212) Barak ise yasal yorumu, “yasal metne anlamını veren rasyonel bir aktivite” olarak tanımlamaktadır (Barak, 2005: 3). Dolayısıyla güncel yaklaşımlar açısından yorum, anayasa yargısının amacına erişmek için izlenecek yolun bir parçası olarak değerlendirilebilir.

Hukuki yöntem, hukuki kavramların içeriğini anlama faaliyetinden başka, bu kavramların üretilmesinin ve uygulanmasının usullerine ilişkindir. Geniş anlamda hukukta yöntem normun oluşturulması, yorumu ve hukuk öğretimini de içerir. Yöntembilim ise bilimin tanımıyla ilişkili olarak; uygulanacak metotların sınanabilirliğine ve genelgeçerliliğine işaret eder. Hukuki güvenlik, keyfi kararlardan kaçınma, şeffaflık, yasa önünde eşitlik ve kamusal tartışmalara olanak sağlanması hukuk alanında yöntemsel kriterlerin uygulanmasıyla mümkün olabilir. Aksi hâlde hukuki kararlarda keyfilik kaçınılmazdır (Sözer, 2020: 13-20). Açıkça görüldüğü üzere beklenti, modernitenin ve günümüz meşruiyet düşüncesinin yargının tutumuna da yansması yönündedir. Dolayısıyla bu kavramlar aynı zamanda hukuk devletinin de olmazsa olmazlarıdır. Kolayca fark edileceği üzere; prosedürel anlamda bir hukuk devletinde hukuki kararların kabul görmesi yöntembilimle doğrudan bağlantılıdır. Öyleyse yöntem tartışması kabul edilebilirlik ve meşruiyet üzerinden bizi hukuk devletine bağlar.

Hiç şüphesiz adalet fikrinin ve hukuk devletinin kilit unsurlarından olan “kabul edilebilirlik”, otorite ile ilişkili bir kavram olarak karşımıza çıkar. Otorite meşruiyete, modern kurumların meşruiyeti ise kurumların hesap verebilirliklerine dayanır. Buna göre modern kurumlar ancak hesap

verebildiklerinde meşrudurlar. Yargısal kararların kamusal denetimi, diğer bir deyişle ilgili kararı neye göre verdiklerinin hesabının verilmesi ise ancak kararları gerekçelendirmeleri yoluyla mümkün olabilir (Aarnio, 1986: xv-xvi; Uzun, 2020: 18).

Yargısal kararlarda gerekçelendirme, tarafları kararın “doğruluğuna/uygunluğuna” ikna edecek argümanları içermelidir. Zira meşruiyet mefhumu köken itibariyle uygunluğa dayanmaktadır. Gerekçelendirmenin İngilizce karşılığı olan “justification” kelimesinin aynı zamanda meşruiyet anlamına gelmesi de tesadüf değildir. Yargı, bir kurum olarak meşruiyetini (burada demokratik meşruiyetten farklı olarak yargısal bir meşruiyet kastediliyor) ancak tarafları uygun/görece nesnel karar verdiğine ikna ederek koruyabilir. Dolayısıyla yargıcın argümanlarını ortaya koyduğu gerekçe kısmı “kararın/hükmün varlık koşuludur” (Uzun, 2020: 28).

İfade edildiği üzere gerekçede kullanılan çeşitli argümanlar yoluyla yargı kararının “doğruluğuna” ilişkin bir kanaatin oluşturulması için çaba sarf edilir. Kararın ortaya koyduğu “bilginin” kanıtlanabilir ve nesnel olması bu argümanların ikna ediciliğine bağlıdır. Epistemolojik anlamda “bilgi” basit enformasyondan farklı olarak “doğru” olma niteliği taşır. Kanıtlanabilirliğe ilişkin epistemolojik kuramlar ise argümantasyonu, dolayısıyla hukuk metodolojisini ve nihayet yargı kararını şekillendirir (Uzun, 2020: 45-49). Hukuk metodolojisi ya da daha özelde argümantasyon teorileri doğa bilimlerindeki kadar tatminkâr bir bilgi üretmezler. Hukuk metodolojisi argümantasyonu yönlendirebilir, bilgi kaynaklarını tartışmaya açabilir ancak bütün bir anlamlandırma sürecini “dikte” edemez (Eskridge, 1990: 691). Bu sebeple yoruma ilişkin ilkesel yaklaşımların (orijinalist, metinselci, yapısalcı, pragmatist vd.) düşünsel arka planlarına dair farkındalık birden fazla yaklaşımın ya da birlikteliklerinin savunulabilir olduğunu gösterecektir (Barber ve Fleming, 2007: 61). Buna bağlı olarak yöntembilim yargı kararlarıyla ilişkili beklentilerimizi tamamen karşılayamaz. Ancak tutarlı bir yaklaşım izlenmesi durumunda yargısal kararların daha “doğru/uygun/meşru/kabul edilebilir” olmaları sağlanabilir (Barak, 2005: 9; Uzun, 2020: 37; Müller, 2009: 31, 33). Bu doğruluk veya meşruluk ise nesnellik ile ilişkilidir. Şüphesiz burada nesnellik mutlak olmayıp “[...] daha çok, öznelğin değil keyfiliğin karşıtıdır” (Uzun, 2020: 46).

Kararların yukarıda değindiğimiz niteliği haiz olup olmadığı sorusu bilginin doğruluğu açısından benimsenen yaklaşım ışığında cevaplanacaktır. Doğru olana dair kuramsal yaklaşım hukuki argümanın da yolunu çizer. Bahsettiğimiz bu epistemolojik konuyu etraflıca ele alma imkânından yoksun olsak da doğruluk kuramlarının başlıcaları; uygunluk kuramı (correspondence theory), tutarlılık kuramı (coherence theory), diyalog ya da öznelarası doğruluk kuramı ve pragmatik kuramdır (Honer vd., 1996: 83; Uzun, 2020: 51-71). Doğruluk kuramları Putnam’ın tasnif ettiği gibi “dışsalci” ve “içselci” olarak sınıflandırılabilir (Putnam, 1981: 49). “Dışsalci” bakış açısı “dünyayı

zihinden bağımsız nesnelerden ibaret” kabul etmektedir. Buna göre, “hakikat, sözcükler veya düşünce işaretleri ile dışsal şeyler ve şey kümeleri arasında bir tür uygunluk ilişkisini içerir” (Putnam, 1981: 49).

Uygunluk kuramı olarak adlandırılan “dışsalci” teoride esas olan gerçeklikle savın örtüşmesidir ve bunun hukuktaki karşılığı da hukuki yargı ile hukuk arasında uygunluk bulunmasıdır. Hem doğal hukukçu hem de hukuki pozitivist yaklaşımlar için anlamlı olabilecek bu kuram, metnin gerçekliği yansıttığı kabulüne dayanır (Uzun, 2020: 51-76).

“İçselci” yaklaşımları benimseyen çoğu düşünür için “dışsal” yaklaşımdaki gibi dünyanın tek bir doğru betimlemesi yoktur (Putnam, 1981: 49). İçsel yaklaşımlardan tutarlılık kuramı Kant’ın “numen-fenomen ayrımına” atıfla değerlendirilebilir. Bu ayrımdaya olduğu şekliyle hukuku zihnimizde inşa edilmiş bir fenomen olarak görebiliriz. Uygunluk kuramından farklı olarak tutarlılık kuramında hukuki önermenin örtüşmesi gereken şey, gerçeklik değildir. Bunun yerine diğer bir hukuki önermeye uygunluk aranır (Uzun, 2020: 60-61).

Tutarlılık kuramının savunucularından olan Putnam için doğruluğun “içsel” teorileri olarak adlandırdığı ve uygunluk kuramının “dışsal gerçekliğe” uyumla tanımladığı doğruluğu eleştiren kuramlar açısından, “doğru, [...] bir çeşit idealize edilmiş rasyonel kabuledilebilirliktir” ve kişilerin inanç ve tecrübeleri uyarınca ortaya çıkar (Putnam, 1981: 51-52). Çünkü metin gerçekliği değil, zihnimizde inşa edilmiş olanı yansıtır. Bu inşa dinamik bir süreç olduğundan “doğruluk” da değişkendir. Tutarlılık kuramı gerçekliğe (olay ya da olguya) her zaman şahit olamayacağımızı düşündüğümüzde uygunluk kuramının yerini zorunlu olarak alır. Ancak önermelerin gerçeklikle ilişkisinin zayıflaması kuramın doğruluk anlayışının öznelleşmesi/keyfileşmesi riskini de beraberinde getirir. Bununla birlikte önermelerin dar bir alanla sınırlanması da doğruluktan uzaklaştıracak bir faktördür. Bunun önüne geçmek için disiplinlerarası çalışmalar etkin kullanılmalıdır. Dolayısıyla Uzun’un deyiimiyle “[...] gerekçelendirme, esasında hiç de hukuki bir mesele değildir” (Uzun, 2020: 61-65).

Diyalog kuramında ise doğruluk rasyonel, kuralları belirlenmiş bir tartışma sonucu ortaya çıkan konsensüse dayanır. Bu tartışma ya da fikir alışverişi sonucu ortaya çıkan konsensüs Thomas Kuhn’un “paradigmasına” karşılık gelir (Kuhn, 2003: 42). Artık tutarlılığı belirleyen “kurallar” değil “paradigmalarıdır” (Kuhn, 2003: 78). Amerikan Hukuki Realizmi’ni de etkileyen pragmatizmde ise önemli olan pratik sonuçlardır. Gündelik hayatta insanlar kendileri için doğru olanı sonuçlardan elde edecekleri faydaları hesaplayarak belirlerler. Daha evvel Hukuki Realizm ve Serbest Hukuk Ekolü başlığı altında değindiğimiz gibi sonuca odaklanan bu yaklaşım, genelde insanların ve özelde yargıçların klasik mantık çerçevesinde hareket etmediğini savunur. İnsan zihninde bağımsız kavramlar

olduğu ve bunların klasik mantıksal çıkarımlarla doğru sonuçlar üreteceği bir yanılsamadır. Edinmeye çalıştığımız bilgi sosyal ilişkiler içerisinde üretilir. Olgulardan kopuk akıl yürütmeler bilginin (bizim örneğimizde hukukun) kaynağı olarak görülemez. Bir “şeyin bilgisi” ancak pratik sonuçlarına bakılarak elde edilebilir. Ayrıca bir akım olarak “Hukuki Pragmatizm” ise yargı kararlarının, mevzuatın yahut emsal kararların gerekirciliği altında rasyonel çıkarımlar sonucu verildiği kabulünün gerçekdışı olduğunu iddia eder. Bu yaklaşıma göre bütün akıl yürütmeler belirli dünya görüşlerini yansıtır. Yargıcın önüne gelen ve bir “araç olarak hukukla” çözmesi icap eden biricik somut olayların kendi bağlamlarında değerlendirilmesi gerekir. Hülasa kuralları ve kavramları önceden belirlenmiş şablonlar kullanarak gerçek hayatın sorunları çözülemez (Uzun, 2020: 66-76).

Bu nispeten uzun girizgâhı daha anlamlı kılmak için ele alınan kavramları toplamak faydalı olabilir. En başından anayasa hukukunun diğer hukuk dallarına nazaran siyasal alanla çok daha fazla ilişkide olduğunu ve bu ilişkiden doğan içerik sebebiyle kaçınılmaz biçimde soyut kavramlarla işlediğini kabul etmek gerekir. Bunun ilk sonucu; kullanılan kavramların somutlaştırılması ihtiyacıdır. Bu sebeple güncel bazı yaklaşımlara göre anayasa yargısında yorum yerine onu da içeren “somutlaştırmadan” bahsetmek gerekir. Zira anayasa hukukunda yöntem; geleneksel yorum yöntemlerine ek olarak yorum ilkeleri gibi “normla doğrudan bağlantılı unsurlar” içerdiği gibi, “norm alanı unsurları, kuramsal unsurlar, dogmatik unsurlar, çözüm tekniğine ilişkin unsurlar ve hukuk ya da anayasa politikasına ilişkin unsurlar” da içerir. Bu tip yaklaşımların geleneksel yaklaşımlardan temel farkı, anayasa hukuku normunu sözüyle eş tutmamasıdır. (Müller, 2009: 56).

İkinci sonuç ise anayasa yargısının diğer erklerle sınırlarını belirlemekte yaşanacak güçlülüdür. Anayasalar, yasama ve yürütmenin sınırlarını belirleme amacını taşıdıkları gibi yargıya da birtakım sınırlar öngörürler. Tıpkı diğer erkler gibi yargının da meşruiyeti hesap verebilirliğine dayanır. Yargı kararlarının denetimi, kararların alınışlarına dair tüm süreçleri kapsayan bir analizi zorunlu kılar. Bu süreçlerin tamamının incelenmesi yukarıda yaptığımız tanıma atıfla yöntembilime karşılık gelir.

Çizilen bu çerçeve ve varsayımlar uyarınca çalışmamızda kullanacağımız anlamıyla yöntembilim; hukuk felsefesi ve sosyolojisini, yorum için kullanılacak geleneksel unsurları, yargılama kuramlarını/modellerini ve biçimsel mantığın unsurlarını içerecek şekilde argümantasyon kuramlarını kapsar ve birbirleriyle ilişkilendirir.

2.3.2. Geleneksel Yorumun Unsurları¹⁴

Daha çok geleneksel yorum yöntemleri olarak bilinen lafzi, tarihsel, amaçsal ve sistematik yorum unsurları anayasa hukuku da dâhil olmak üzere tüm hukuk dallarında uzun yıllardır kullanılan temel araçlardır. Bu yorum unsurlarının izini, isimleri konulmamış olsa da 529 ila 534 yılları arasında Justinianus tarafından hazırlatılan Corpus Juris Civilis'e değin sürmek mümkündür (Schröder, 2016: 9). Ancak bu unsurlardan söz edildiğinde şüphesiz ilk akla gelen isim Friedrich Carl von Savigny'dir. Savigny, kurucusu olduğu Tarihsel Hukuk ekolüyle metne sıkı bağlılığı aşındırmış ve öncesinde genel olarak izlenen "sözel-mantıksal yorum şablonuna" ek olarak tarihsel ve sistematik yorumu önermiştir. Böylece "Savigny dörtlüsü" olarak adlandırılan şablon ortaya çıkmıştır (Oder, 2010: 10). Savigny, "Bugünkü Roma Hukuku'nun Sistemi" isimli eserinde bu sınıflandırmayı "ayrılabilir yorum çeşitleri" olarak değil "yorumlama sürecinin esaslı parçaları" veya "unsurları" olarak tanımlamaktadır (Müller, 2009: 33). Kamu hukuku alanında yorumun ayrıca ele alınması ise çok daha tazedir. Günümüzde kamu hukuku açısından da geçerli kabul edilen bu yorum unsurlarının ortaya çıktıkları dönemde kamu hukuku için değil özel hukuk için tasarlanmış olduğunu vurgulamak gerekir (Savigny, 1867: 2).

"Yorumlama sürecinin esaslı parçaları" ifadesinden de anlaşılacağı üzere; bahse konu yöntemlerin birbirlerini dışlamaları bir yana, çoğu zaman birlikte kullanılmaları gerekir. Dolayısıyla ilgili başlıkları değerlendirirken; metnin yorumlanması sırasında bu unsurların birbirlerinden soyutlanamadığı, uygulanan unsurun birkaç başlık altında birden değerlendirilmesinin mümkün olduğu yahut birden fazla argüman formunun birbirlerini destekler biçimde kullanıldığı durumlarla karşılaşılabilceği unutulmamalıdır (Y. Metin, 2008: 49-56).

Geleneksel yorum unsurları arasında tam anlamıyla hiyerarşik bir düzen yoktur. Bu unsurlarla ya da diğer bir deyişle araçlarla varılmaya çalışılan, normun amacıdır (Müller, 2009: 38; Heper, 2008: 296). Dolayısıyla sayılan yorum araçlarının tamamı normun amacına tabidir. Bu savın totolojik bir yanı olduğunu kabul etmekle birlikte şayet somut olayda araçlar arasında bir öncelik belirlenecekse normun amacını ortaya koymaya en elverişli araca öncelik tanınmasını gerektiğini de kabul etmek lazımdır (Rüthers, 2020: 405).

Yöntemlerin seçimindeki farklılıklar ya da diğer bir deyişle hangi yönteme öncelik tanınacağı, benimsenen hukuk ekolüyle (realist, natüralist vb.), yoruma ilişkin yaklaşımla (metinselci, orijinalist vd.) ve somut olayla doğrudan ilişkilidir. Anayasa yargısının meşruiyeti büyük oranda işlevseldir. Dolayısıyla natüralistler ve pozitivistler temelde bu işlevsel meşruiyete karşı olduklarından anayasa yargısının hareket alanını sınırlama eğiliminde olmaları beklenir. Buna karşılık realist teori ve sonraki

¹⁴ İlgili başlık ve argümantasyon teorisi başlığı altında kısaca değinildiği gibi literatürde "geleneksel yorum yöntemleri" olarak adlandırılan içerik bu çalışmada "geleneksel yorum unsurları" olarak addedilmektedir. Bu yaklaşımın kökenleri için metin içerisindeki atıflar incelenebilir.

bölümde ele alacağımız güncel yöntem tartışmaları yargıcın rolünü öne çıkarırlar (Kaboğlu, 1994: 187-188). Aşağıda daha net görüleceği üzere yargıcın, hareket alanını ne ölçüde genişlettiğinin en temel göstergesi kullandığı unsurlar/argüman formlarıdır. Elbette bu formların hedefledikleri sonuç yani işlev de hukuk metodolojisinin bir parçasıdır.

2.3.2.1. Lafzi Unsur

Lafzi argüman formunun sıkça atıf yapılan yasal dayanağı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi olup bu hüküm uyarınca “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır”. Ayrıca Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesi uyarınca hâkimler karar verirken Anayasa ve kanunu dikkate almak durumundadırlar. Hukuk normunun incelenmesine kaçınılmaz olarak lafzından yani sözünden başlanır. Bu sebeple çoğu zaman lafzi unsura diğer unsurlardan evvel başvurulması gerektiği dile getirilir (Benesh ve Czarneski, 2009: 115; Dinçkol, 2014: 148). Teorik tartışmaları bir an için paranteze alırsak yasa koyucunun buyruklarını kelimelerle ve bu kelimelerden teşekkül etmiş cümlelerle ortaya koyduğunu kabul edebiliriz. Norm metninin, seçilen sözcük ve cümlelerin ait oldukları dildeki anlamları, sözdizimi ve dilbilgisi kuralları temel alınarak açıklanması ya da yorumlanması, yorumda lafzi unsurun kullanılması anlamına gelir (Gözler, 1998: 166). Bu unsurun avantajı; kullanılan materyal ilk bakışta “sabit bir metin” olarak görülebileceğinden metne sadakat çerçevesinde hukuki güvenliğin ön planda olmasıdır (Sözer, 2020: 41). Zira metin hem bir çıkış noktası hem de yorumun sınırı olma işlevi taşır. Anlam çokluğu kabul edilse dahi metin görmezden gelinemez (Sözer, 2020: 53; Oder, 2010: 37). Metnin analizinde metnin kelimelerinin “açık anlamlarının” (plain meaning) hem başlangıç hem de bitiş olması gerektiğini savunan metodolojik yaklaşım “metinselciliğin” karşısında yer alan “metinselcilik karşıtları” dahi metni tamamen göz ardı etmeyi değil kelimelerinin anlamlarının “dışsal kanıtlarla” desteklenmesi gerektiğini ileri sürerler (Cross, 2007b: 1972-1973).

Lafzi argüman formu sırasıyla; kelimelerin genel anlamlarını ve teknik anlamlarını çözümleme (semantik unsur), imla kurallarını da dikkate alarak cümleleri çözümleme (gramatik unsur) ve son olarak ilgili hukuki kurumun tespiti şeklindedir. Ancak kelimeler, tek başlarına anlam ifade etmezler, çoğu kez birden fazla anlama gelirler, kapsamaları belirsiz olabilir ve anlamları değişkendir (Breyer, 1992: 862). Bununla birlikte bazı kelimeler somut iken bazıları soyuttur. Somut kelimelerin aksine soyut kelimelerin (şirket, dürüstlük, hak, özgürlük vb.) kapsamaları bilhassa “genel şartlar”¹⁵ söz konusu olduğunda oldukça belirsizdir (Sözer, 2020: 45-49). Örneğin normun oldukça somut olduğu sürelerle ilişkin düzenlemelerle, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen normlar arasında yapısal

¹⁵ Sözer, genel şartı: “[...] yasal düzenlemenin doğrudan içeriğini oluşturan, genel toplumsal değer yargılarına ilişkin, soyut ibareler olarak [...]” tanımlamaktadır.

farklılıklar vardır. Kelime anlamları yerine göre gündelik yerine göre terminolojik olabilir (Oder, 2010: 47). Böyle bir belirsizlik durumunda doktrinde genel kabul, -Türk Anayasa Mahkemesinin çelişkili kararları olsa da- (Oder, 2010: 43-45) hukuk dilinin gündelik dil karşısında öncelik taşıdığı şeklindedir. Hukuk terminolojisi içinde bir belirsizlik olması hâlinde ise daha özel olan terim genel terime galebe çalar (Sözer, 2020: 50-51). İngiliz hukukunda “altın kural” olarak ifade edildiği hâliyle; kelimenin “açık anlamının”, “saçma/absürd sonuçlara” götürmesi hâlinde ikincil anlamlar da dikkate alınabilir (Oder, 2010: 38).

Diğer bir sorun ise kelimelerin değişken anlamlı olmalarının bir sonucu olarak hangi zamandaki anlamın yoruma esas teşkil edeceğinin bilinmemesidir (Sözer, 2020: 53; Işıқтаç ve S. Metin: 2021: 196). Sabit bir “açık anlama” karşılık, “consensualist” yaklaşım, kelimelerin zamanla değişen anlamlarının yani “sosyal konsensüsün” benimsediği anlamın kullanılması gerektiğini savunurlar. Ancak bu yaklaşımın da metinden beklenen dışsal etkilerden yalıtılmış hukuki güvenlik işlevini karşılayamayacağı aşîkârdır. Zira “sosyal konsensüsü” belirleyen yine dışsal etkenler olacaktır (Baber ve Fleming, 2007: 67, 75).

Norm metninin bu özellikleri sebebiyle lafzi unsurun belirleyiciliğini yitirerek yardımcı bir unsur hâline geldiği durumların ortaya çıkması da mümkündür (Oder, 2010: 47). Kelimelerin anlamlarının her zaman belirli olmaması daha önce bahsettiğimiz çıkış noktası olarak metnin aynı zamanda sınır olma özelliğine gölge düşürebilir (Keyman, 2012: 48-49).

Bu belirsizlik metne bağlı kalmayı öngören yorum yaklaşımı (metinselcilik) taraftarları tarafından bağlam ve tarihsel unsur gibi çeşitli araçlarla giderilmeye çalışılmıştır (Cross, 2007b: 1973). Terimlere yüklenecek anlamların genelliği-özelliliği ya da alternatif anlamlar taşıdığı tespit edilirken ilgili metinler mutlaka birer bütün olarak ele alınmalılardır; zira içlerinde bulunduğu bağlam kelimelerin anlamları üzerinde etki oluşturabilir (Karkkainen, 1994: 409; Işıқтаç ve S. Metin, 2021: 195). Bu yaklaşımsa zorunlu olarak sistematik yorum unsurunu davet eder (Sözer, 2020: 54).

Uzun yıllar ABD Yüksek Mahkemesi’nin uygulaması da lafzi yoruma destek olunması yönünde olmuştur. “Plain meaning” kuralının yumuşatılmış şekli tarihsel unsurun ve bağlamın gölgesinde icra edilmiştir (Eskridge, 1990: 626). Buna karşın Yüksek Mahkeme yargıçlarından Scalia’nın başlattığı “yeni metinselcilik” yaklaşımı, metnin objektif anlamının öne çıkartılması gerektiğini ve yardımcı araç olarak ileri sürülen tarihsel unsurun metnin anlamının yeterince açık olmaması ya da sonuçların absürd olması hâlinde kullanılması gerektiğini ileri sürmüş ve zaman içerisinde mahkemenin tutumunu da bu yönde etkilemiştir (Eskridge, 1990: 623-625, 658-659). Daha sert hâle getirilmiş bu “plain meaning” anlayışı, metnin kendisi ve diğer mevzuat içerisinde bütüncül olarak anlamlandırılmasını (bağlam) ise dışlamamaktadır (Eskridge, 1990: 661, 669).

Metne katı bağıllığın pozitivizmin klasik yaklaşımından esinlendiği kolayca tahmin edilebilir. Lafzi unsurun öne çıkartılması yasanın hukukun tek kaynağı olarak görülmesi ve eksiksiz kabul edilmesine dayanmaktadır. Yargıç Scalia'nın “yeni metinselcilik” olarak adlandırılan yaklaşımı da aslında 19. yüzyılda hâkim olan, katı metinci olarak tabir edebileceğimiz yorum yaklaşımının inceltilmiş hâlidir. Bu yaklaşımda yeni olansa “entelektüel ilhamı; kamu tercihi teorisi, katı güçler ayrılığı ve ideolojik muhafazakarlık”tır (Eskridge, 1990: 623). Scalia'nın karşı olduğu yasa koyucunun niyetini keşfetmeye çabalayan tarihsel unsuru kullanan yaklaşımın ortaya koyacağı bağlamdır. Bunun dışındaki yasal ya da değil tüm bağlamlar, metnin imkân vermesi hâlinde Scalia için kullanılabilir unsurlardır. Bu da yargıcı klasik biçimci yaklaşımdan ayıran ve formalistler tarafından eleştiri almasına sebep olan önemli bir farklılıktır. Bu farklılık, elbette hâla biçimci kalmaya devam ederek, “fonksiyonalizm” gibi anti-formalist yaklaşımların “dinamik yorum teorileri” ile benzerlik gösterir; dinamik yorumsa normun anlamının zamanla değişeceğini ileri sürmesi hasebiyle aşağıda ele alınacak objektif amaç unsuruyla yakından ilişkilidir (Eskridge, 1990: 667-669,675, 690).

Metne sıkı bağıllığa tekrar dönersek; 19. yüzyılın sonundan itibaren lafzi unsurun kullanımına getirilen en önemli eleştirilerden ilki yasa koyucunun, muradını metne her zaman olduğu gibi aktarabileceği kabulünün gerçekdışı olduğudur (Eskridge, 1990: 641; Keyman, 2012: 48). Buna göre yasa koyucu amacını ortaya koyarken her zaman titiz davranmayabilir¹⁶ (Işıktaç, S. Metin: 196, Güriz, 2019: 63, Dinçkol, 2014: 150). Hukuki güvenlik açısından avantajlı olduğunu söylediğimiz lafzi argüman formunun kullanımı bu noktada bir çelişkiye neden olmaktadır. Zira yasa koyucunun seçtiği kelimeler hiç de öngörmediği sonuçları ortaya çıkartabilmektedir (Keyman, 2012: 49).

Lafzi unsurun ve üzerinde çalıştığı metnin dış etkenlerden yalıtılmış incelemesinin yetersizliği yaygın kabul görmekle birlikte “metinselcilik” gibi metin odaklı yaklaşımların yukarıda değinilen teknik eksiklikleri, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve bu ilkeyle ilişkili şekilde yargının meşruiyetinin sınırlılığına ilişkin mülahazalara dayanarak cevaplamaya çalıştığı görülmektedir (Cross, 2007b: 1974).

Gerek klasik biçimci yaklaşımda gerekse daha modern sürümlerinde metne sıkı bağıllıkla amaçlanan yargıcın takdir yetkisi yoluyla diğer erklerin alanına ilk elden politika üretecek şekilde müdahâlesinin sınırlandırılmasıdır. Bu sınırlandırma, başvurulacak yorum unsurlarının seçimini de belirleyen hukuk metodu yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır (Eskridge, 1990: 691). Dolayısıyla bu sorunlara karşı üretilecek çözümler ya da cevaplar yorumcunun alanının geniş veya dar tutulmasına yönelik benimsenen yaklaşıma göre şekillenecektir. Lafzi unsuru temel alan ve metnin sınırlandırıcı etkisine vurgu yapan “metinselci” yaklaşımlar ve metnin dışındaki etkenleri de dikkate alan “amaç

¹⁶ Lafzi unsur açısından tali olduğunu düşündüğüm “kolektif niyet”, “genel irade” gibi kavramların tartışılmasını tarihsel unsur başlığına bırakıyorum.

odaklı” yaklaşımlar arasında katı ilkesel bir farktan değil derecelendirilmiş bir farktan bahsedilebilir. Yargıç Scalia’nın metinciliği de bunun bir örneği olarak görülebilir (Rytter, 2007: 259-260).

Sonuç olarak TMK’nın 1. maddesi dikkate alınarak denilebilir ki; metinde bulunan belirsizlikleri gidermek yargıcın görevleri arasındadır. Bunu yaparken yargıcın metne açıkça aykırı yorumlar getirmesi keyfiliğe sebep olabileceği gibi özünü ihmal etme ve alternatif anlamları göz ardı etmek pahasına yalnızca kelimelere dayanarak yorum yapması da hukuku durağan hâle getirme ve hatta çelişkili biçimde yeniden keyfilik üretme riskini doğurmaktadır.

2.3.2.2.Tarihsel ve Teleolojik Unsur

Tarihsel unsur ve teleolojik unsur iç içe geçmiş unsurlardır. Aşağıda ele alındığı gibi geniş anlamda tarihsel unsur (genetik)¹⁷ dar anlamda tarihsel unsurun sunduğu verileri sübjektif amacın tespiti gayesiyle kullanmaktadır. Böylece dar anlamda tarihsel unsur sübjektif teleolojik unsurun bir aracı ya da altkümesi şeklinde düşünülebilir. Geniş anlamda ise tarihsel unsur sübjektif teleolojik unsurla eş anlamlı olarak kabul edilebilir (Oder, 2010: 81-85; Boyar, 2008: 144). Bunun karşısında da objektif amaca odaklanan objektif teleolojik unsur bulunur. Görüldüğü üzere iki unsur da aslında “amaç” odaklıdır. Buna istinaden tarihsel unsur ve teleolojik unsur ayrı başlıklar altında değerlendirilebileceği gibi tek bir başlık altında karşılaştırmalı şekilde de değerlendirilebilir. Bu çalışmada bu yol izlenecek ve tarihsel unsurla sübjektif teleolojik unsur aynı anlamda kullanılacaktır.

İlk olarak tarihsel unsurun ya da teleolojik unsurun pozitif hukuktaki karşılığına değinerek başlanabilir. Lafzi argüman formunu ele alırken sunduğumuz Medeni Kanun Md. 1/1 tarihsel/teleolojik unsura dayalı yorumlar için de dayanak teşkil eder. Ancak bu kez kanunun sözü yerine “özüne” atıf yapılacaktır. Ayrıca yine Anayasa’nın 138. maddesinde yer alan ve hâkimlerin “[...] Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm [...]” verecekleri yönündeki ifadede görüleceği üzere karar için değerlendirilecek tek kaynak kanun metni değildir. Düzenlemede “kanuna” ifadesinden sonra “hukuka” ifadesinin de zikredilmesi hukukun genel ilkelerine atıf yapıldığı şeklinde okunabilir. Böyle bir okumayla ilişkili ilkeler de vazedilmiş olsun ya da olmasın teleolojik unsur bakımından önem taşır.

Tarihsel unsur, yasanın yorumu ve somutlaştırılması esnasında, kabaca yasanın hazırlık aşamaları olarak sayabileceğimiz; tekliflerin, gerekçelerin, komisyonlarda ve meclis genel kurulunda yürütülen tartışmaların dikkate alınması yoluyla kullanılır (Breyer, 1992: 848; Eskridge, 1990: 624).

¹⁷ Dar anlamda tarihsel unsur norm öncesi durumun araştırılması olarak tanımlanabilir. Buna göre normdan önce boşluk olması ya da boşluk olmaması durumunda normun eski hâli, değişimi, norma dair tartışmalar gibi hususlar dar anlamda normun tarihsel unsurunu oluştururlar. Geniş anlamda tarihsel unsur (genetik) ise dar anlamda tarihsel unsurun yani normun öyküsünün yasa koyucunun iradesiyle birlikte ele alınmasıdır. Bkz. Oder, 2010:81; Boyar, 2008: 144.

Bu faaliyet aynı zamanda yasanın vazedildiği tarihteki ve öncesindeki sosyal, siyasal, ekonomik ve hukuki koşulların incelenmesini yani kısaca tarihsel bağlamı da kapsayabilir (Metin, 2008:20). Bu koşullar zikredilen belgeler aracılığıyla göz önünde bulundurulurken amaçlanan yasa koyucunun yasayı vazettiği zamanki amacını, diğer bir deyişle subjektif iradesini tespit etmektedir. Bu sebepledir ki tarihsel unsurun kullanımına subjektif metot da denilmektedir (Gözler, 1998: 168).

Subjektif görüş, yasa koyucunun geçmişte ortaya koyduğu varsayılan iradesine sadık kalmayı hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırırken aynı zamanda klasik yorum öğretisine de sadıktır. Zira bu öğretiye göre yasa tamamlanmıştır ancak hukuk kuralı “açık” olmadığında yargıç yasa koyucunun iradesini ortaya koyarak metindeki belirsizliği ortadan kaldırır (Gözler, 1998: 161). Yasa koyucunun iradesinin öncelikli olması aynı zamanda kuvvetler ayrılığı (bu durumda yargı organının yasama organının görev alanına girmemesi) ve hukuk devleti ilkelerinin de olmazsa olmazıdır. Böylece hukuki güvenlik ilkesi yargıcın metindeki belirsizliği keyfi şekilde ortadan kaldırmasının önüne geçilmesiyle tesis edilmiş olur (Rüthers, 2020: 408).

Buna karşın tarihsel unsura yüklenen anlam günümüzde oldukça değişmiştir. Objektivist görüş olarak da toparlayabileceğimiz baskın anlayışa göre tarihsel unsur diğer unsurlardan bağımsız bir argüman formundan ziyade onlarla birlikte kullanılacak, ihtiyaç hâlinde kendisine başvurulacak bir araç olarak algılanmalıdır (Metin, 2008: 22). Tabii olarak yorumda hedef, tarihsel yorum unsurunda olduğu gibi başka argüman formlarında (sözel ya da sistematik) da büyük ölçüde “ratio legis” ve buna bağlı isabetli yorumu ortaya koymaktır. Dahası bu sebeple objektif anlamda amaçsal unsuru dahi ayrı bir unsur olarak tanımayan görüşler de vardır (Edis, 1987: 196; Müller, 2009: 38).

Tarihsel unsura göre yorum yapmak ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Harold Leventhâl’a göre “kalabalığa bakıp arkadaşlarını seçmek” gibidir (Wald, 1983: 214). Objektivist yaklaşım açısından bakıldığında tarihsel unsur, sınırlılıkları sebebiyle yüksek oranda öznel yorumlara yol açabileceği endişesi ve diğer yorum araçlarıyla dirsek teması hâlinde bulunması hasebiyle en iyi hâlde ikincildir. Buna göre tarihsel unsur yorumda belirleyici değil olsa olsa tamamlayıcı rol oynar (Eskridge, 1990: 625; Oder, 2010: 88-89). Bununla birlikte bu durum, çok katı bir objektivist yaklaşım benimsenmedikçe tarihsel unsurun tamamen değersiz olduğu anlamına gelmez. Hatta Rüthers’e göre denilebilir ki; metnin anlaşılması metni yazanı buna iten nedenler anlaşılmadan mümkün olamayacağından “[...] her yorum, öncelikle tarihsel araştırma yapma ödevi içerir” (Rüthers, 2020: 437). Tarihsel yorum aracının kullanılması zorunluluğu aynı zamanda “yorum” ile “hukuk geliştirme” arasındaki “rasyonel sınır” olma özelliği sebebiyledir (Rüthers, 2020: 440). Bu sınırın aşılmasını öngören objektivist anlayış için artık bir çeşit yorum faaliyeti yerine “hukuk yaratmadan” bahsetmek gerektiği de ileri sürülebilir (Işıқтаç ve S. Metin, 2020: 209).

Objektivist görüş, “yasa koyucunun kolektif iradesinin” bir çeşit kurgudan ibaret olduğunu ileri süren “realist eleştiriyile”, yani oyun teorisini temel alan kamu tercihi teorisiyle de uyumludur (Eskridge, 1990: 642). Buna göre yasama faaliyetine katılanların büyük kısmı tasarı hakkında bilgi sahibi dahi değildirler (Sözer, 2020: 75-76). Günümüz siyaset düşüncesinde artık parlamento üyelerinin bireysel çıkarlarından tamamen soyutlanarak ya da farklı saik ve stratejiler benimsemeden yasama faaliyetine katıldıkları varsayımı da sorgulanmaktadır (Oder, 2010: 100-101). Kaldı ki böyle bir irade varsa bile bu iradenin yargıçlar tarafından kesin biçimde tespit edilmesi çok güçtür. “Tarihselci eleştiri” olarak adlandırılabilir ve hermenötik yaklaşıma dayanan bu sava göre yargıçlar içlerinde bulundukları güncel bağlamdan ve kendi görüşlerinden bağımsız biçimde yorum yapamazlar (Eskridge, 1990: 644-645).

Kuvvetler ayrılığı ilkesini doğrudan konu edinen “formalist” yaklaşım yargıçların bu ilkenin sonucu olarak yasa koyucu tarafından ortaya konan metinle sınırlandırılmaları gerektiğini savunmaktadır. Biçimci yaklaşımlardan bir kısmı bu çerçevede yasa koyucunun tarihsel unsurla ortaya konmuş iradesinin esas alınmasını savunurken bir kısmı metnin objektif anlamının geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bugün daha az kabul gören “intentionalism” olarak da adlandırılabilir ilk görüş yukarıda ele alınan eleştirilerle zayıflamıştır. İlk görüşten doğan boşluğu biçimci teorinin “çoğunluk karşıtı yargı anksiyetesi” temelinde geliştirilmiş bir sürümüyle dolduran ikinci görüşe göre ise metnin anlamı, yorumun yapıldığı anda metinden çıkartılan anlamdır (Eskridge, 1990: 667). Metni yorumlarken tarihsel unsura başvurulması geçmiş meclis çoğunluğu lehine bugünün çoğunluğunu sınırlamak, diğer bir deyişle dünkü çoğunluk lehine bugünkü çoğunluğu kısıtlamak anlamını taşıyacağından bir çeşit yetki gaspına yol açabilir (Easterbrook, 1988: 62-63).

Tarihsel unsura ilişkin materyalin de çoğu zaman çelişkili ve muğlak ifadeler taşıdığı görülür. Dolayısıyla metnin anlamını ortaya çıkarmak konusunda katkıları kısıtlıdır (Eskridge, 1990: 643-644). Böyle olmasa bile yasalar tabiatları gereği hayata göre daha az dinamiklerdir. Bunun sonucu olarak yasaların yayımlanmaları ile uygulanmaları arasında zaman farkı büyük önem taşır. Bu fark ne kadar azsa sübjektif yaklaşımla tespiti hedeflenen irade ile normun nesnel amacının örtüşme ihtimali o denli fazladır (Oder, 2010: 85). Farkın artması durumunda metnin işaret ettiği “ratio legis” de farklı yorumlanmaya müsait hâle gelebilir, yok olabilir ya da toplumsal ilişkiler içerisinde yeni bir “fiili amaç” oluşabilir (Güriz, 2019: 59). Diğer bir deyişle yasa bir kere vazedildikten sonra kendisini oluşturan iradede bağımsız ve tamamlanmamış bir varlık kazanır. Bu bağımsızlığın ve tamamlanmamanın sonucunda artık yasa koyucunun tarihsel iradesi yerine “kanunun amacından” (nesnel amaç) bahsedilebilir (Rüthers, 2020: 441). Kaldı ki yasa metni dışında hazırlık çalışmaları da birer metin olacağından kendilerine başvurulmaları hâlinde onların da yine yoruma tâbi tutulmadan

anlaşılabilecekleri düşünülemez. Dolayısıyla tek başına tarihsel unsur tatmin edici bir açıklama sunmaz (Gözler, 1998: 168; Aarnio, 1992: 154).

Subjektif yaklaşımı yeterince açıklayıcı bulmayan ve objektif anlayışla uyumlu hâle getirmeye çalışan bakış açısına göre tarihsel yorum unsuru, hukuki muhakemenin ilk adımı olabilir ancak normun güncel karşılığının tespiti olmadan hukuk uygulaması noksan kalır (Rüthers, 2020: 406). Hukuki metinlerin muhataplarından ya da metni anlamaya çalışan herhangi bir kişiden yasa koyucunun iradesini tahmin etmesi beklenemez (Sözer, 2020: 74). Bu da subjektif görüşün amaçladığının tam da zıttı bir sonucu doğurarak hukuki güvenliği ortadan kaldırmış olacaktır (Başbuğ, 2020: 161).

Bu eklektik yaklaşıma göre yasanın esas/ilk amacına bağlılık ya da kanuna bağlılık prensibi, subjektif görüşte ağırlık taşıyıp, tarihsel unsurun kullanımı yoluyla normun amacının tespitinin ilk aşamasını oluşturur. Bunu objektif görüşün ileri sürdüğü “dinamizm” argümanı ile ikinci aşama takip edebilir (Eskridge, 1990: 667; Rüthers, 2020: 407-408). Bu ikinci aşama normun içinde bulunduğu sistematiğe, hukukun genel ilkelerine, eşyanın ve olgunun tabiatına ve son olarak sosyal ilişkilere uygun norm amacının tespitine karşılık gelir (Sözer, 2020: 95). Yargıç, tarihsel unsur aracılığıyla tespit edilen “ratio legis” ulaşamaz olması, konusuz kalması veya normun dayandığı değerlerin artık kabul görmemesi durumunda ikinci aşamaya geçerek “fiili amacı” yani güncel rasyonel amacı ortaya koyabilir. Ancak bunu yaparken yargıçtan “yöntembilimsel dürüstlük” çerçevesinde yorum yapması ve bu değişikliği gerekçelendirmesi beklenir (Rüthers, 2020: 408).

Gelinen noktada hemen hatırlatılmasında yarar var ki yöntembilim “doğru yorum” için kesin bir yol haritası veremez. Seçilecek araçlara kaçınılmaz olarak etik bir değerlendirme sonucunda ulaşılabilecektir. Hatta bu durum aracın ötesinde amacın da alternatif amaçlar içerisinde (amaç çoğulluğu) seçileceği şeklinde okunabilir (Oder, 2010: 112; Müller, 2009: 31, 33; Sachs, 2022: 779). Dworkin’e göre yasa koyucunun niyeti ne tarihsel ne de lafzi unsurlarla tespit edilebilir. Bu faaliyet kaçınılmaz biçimde siyaset teorisinin alanına girer ve böylece niyeti keşfetmek zaruri biçimde bir değeri diğerine tercih etmeyi gerektirir (Dworkin, 1985: 55-56). Buradan da çıkarılacağı üzere ve daha evvel ifade ettiğimiz şekilde; doktrinde yaygın kabul gören objektif görüş açısından “hukuk yaratma ya da geliştirme” ile “yorum” arasındaki sınır belki de kaçınılmaz olarak belirsizdir (Işıқтаç ve S. Metin, 2021: 208-209). Dolayısıyla öznelliğe zorunlu olarak kapı açan bu yapısal riskin en aza indirilmesi için kararın rasyonel biçimde gerekçelendirilmesi gerekir (Oder, 2010: 106).

Subjektivist görüşün tarihi argüman formunun kullanımına dair yaklaşımı temelde klasik pozitivist hukuk düşüncesi ile örtüşür. Bu anlayış orijinal hâliyle Roma Hukuku’ndaki “yorum yetkisine sahip olan, onu yapandır” ilkesine dayanmaktadır (Oder, 2010: 75). Esas olan egemenin

buyruğudur. Buna göre yargıcın görevi aslında düzenlenmiş olan ancak sarıh olmayan normun amacını keşfetmektir. Siyasi rejimler demokratikleşse; diğer bir deyişle klasik egemenlik anlayışı terkedilse dahi bu yaklaşım geçerliliğini korur. Tek bir yasa koyucunun yerini siyasi partilerin, koalisyonların, baskı gruplarının aldığı günümüz siyasetinde, bu grupların menfaatlerinin dengelenmesiyle ortaya konan yasama süreci de bunun dışında kalmaz. Dolayısıyla bu menfaatlardan yola çıkan Menfaatler İçtihadı Okulu da tarihsel bağlam içinde ortaya konan amaçları menfaatlerle ilişkilendirerek kullanır ancak bununla sınırlı kalmayıp objektif amaca da odaklanır (Rüthers, 2020: 439).

Objektif teleolojik unsurun ürünleri olan “sosyal/somut gerçeklik” gibi kavramlardan da anlaşılacağı üzere; realist hukuk okulu, yasa koyucunun rolünü göz ardı etmesi ve yorum yetkisine dair yukarıdaki otantik yorum yaklaşımının tam aksini yani; normu yapanın onu yorumlayan olduğunu savunması hasebiyle subjektif görüşle bağdaşmaz. Son iki okulda göze çarptığı şekliyle objektif amacın sosyal ihtiyaçlar ve menfaatlerle ilişkili yönüne yapılan vurgu teleolojik unsura “fonksiyonel metot” da denilmesine sebep olmuştur (Gözler, 1998: 171). Yasa koyucunun niyetinin keşfedilmesi söyleminin, aslında tamamlanmamış olduğuna inanılan norm metninin, yargıç eliyle yorumlanması/anlamlandırılması olduğu şeklindeki düşünce ise güncel hermeneutik yaklaşımla örtüşmektedir, zira her ne kadar yargıçlar böyle bir keşfe çıktıklarını söyleseler de aslında yaptıkları kendi görüşlerini yasamanın görüşü gibi sunmaktır (Dworkin, 1985: 158). Denebilir ki tarihsel unsurda da temel tartışma, belki de tüm yöntem tartışmalarında olduğu gibi kaçınılmaz şekilde meşruluk fikriyle ilişkilidir. Tartışmanın bir ucunda subjektif görüşün yasa koyucunun rolünü demokratik meşruiyet üzerinden öne çıkaran yaklaşımı dururken; diğer kutbunda objektif görüşün normu yasa koyucunun iradesinden bağımsızlaşmış dinamik bir şekilde kurgulayan yaklaşımı bulunmaktadır. Bu anlamda tarihsel unsurun kullanımının yargı erkini sınırlayıcı bir role sahip olduğu söylenebilir (Oder, 2010: 91-92). Ancak daha evvel biçimci yaklaşımın getirdiği eleştiride belirtildiği üzere subjektif yaklaşımın aktüel yasa koyucuyu meşru olmayan biçimde sınırlandırması ve yargıçların politika tercihlerinin yasa koyucuya galebe çalması da ihtimal dâhilindedir (Easterbrook, 1988: 62-65). Buna karşın objektif amacın tespiti pozitif hukuk metnini aşacak mahiyette tezahür edebileceğinden doğal hukuk yaklaşımı açısından objektif görüşün daha anlamlı olduğu ve bunun biçimciliğin de kökeninde yatan hukuki pozitivizmle çatışacağı açıktır. Çünkü objektif amaç unsurunun ortaya konması sırasında kullanılacağını söylediğimiz sistematik yaklaşım hukukun hem pozitif hukukta tecessüm etmiş hem de ahlak ilkesi olarak kabul görmüş ilkelerini hesaba katacaktır (Oder, 2010: 107).

Anayasa hukuku söz konusu olduğunda tarihsel unsurun kullanımı farklılaşabilir. İlk olarak anayasa hukukunda soyut kavramların ağırlığı lafzi unsur, anayasaların yapılış biçimleri ise sistematik unsur daha az faydalı hâle getirebilir (Y. Metin, 2008: 50). İkinci olarak anayasaların yorumlanması sırasında yalnızca norm metninin tarihsel unsurunun değil aynı zamanda temel hakların da tarihsel unsur dikkate alınmak durumundadır. Elbette bu iki çabanın her zaman ayrı düşünülmesi gerekmez, örtüşmeleri de mümkün olabilir (Y. Metin, 2008: 54).

Son olarak eklemek gerekir ki günümüz yasama organlarının ya da uluslararası mercilerin oluşturdukları normları hangi saiklerle vazettiklerini metne ilave etme alışkanlığı kazanmalarıyla tarihsel unsurla varılmaya çalışılan “rasyonel amacın” tespiti kolaylaşmaktadır (Rüthers, 2020: 439). Filvaki günümüzde metne dâhil olmadıkları müddetçe gerekçeler ve hazırlık aşamaları pozitif anlamda bağlayıcı da değildirler. İngiliz siyasi sisteminin en temel ilkelerinden “parlamentonun üstünlüğü ilkesine”, biçimci anlayışın eleştirilerini benimsemezsek, tezat oluşturacak şekilde Birleşik Krallık hukukunda tarihsel yorum unsuru kullanılmadığı gibi¹⁸ farklı yönde kullanımlara rastlanmakla birlikte Türk Anayasa Mahkemesi de özerk kavramlar doktrini uyarınca “yorumda bağımsızlık ilkesini” ortaya koyarak kendisini tarihsel yorum unsuruyla bağlı görmediğini ifade etmektedir. Bunu da yasa koyucunun iradesi ve “genel irade” arasında mutlak bir uyum olamayacağı düşüncesine ve objektivist yaklaşımın temel kabullerine dayandırmaktadır¹⁹ (Esen, 1972: 35-41; Oder, 2010: 88-89).

2.3.2.3.Sistematik Unsur

Birçok unsurun bir arada oluşturduğu düzen anlamına gelen “sistem” kelimesine dayanan sistematik unsur; yorumlanacak normun, tutarlı ve anlamlı bir bütün oluşturan hukuk düzeninin bir parçası şeklinde ele alınmasıdır. Buna göre yorumlanacak norm kendisiyle ilişkili diğer normlar dikkate alınarak anlamlandırılır. Sistematik unsurun pozitif dayanağı da yine diğer unsurlarda gösterdiğimiz Medeni Kanun’un ilk maddesi ve Anayasa’nın 138. maddesidir. Buna göre tıpkı teleolojik unsorda olduğu gibi sistematik unsur da yasanın ruhuna uygunlukla araştırılır. Ancak 138. maddenin açıkça Anayasa’ya ve kanunlara yaptığı atıfta görüleceği gibi sistematik unsorda şekil de dikkate alınacaklar arasındadır (Gözler, 1998: 169).

Hukukun bir sistem olarak tanımlanması ve bu sistem içerisinde tamlığı iddiası modern pozitivist hukuki yaklaşımla örtüşür. Hatırlanacağı üzere bu görüşe göre hukuki boşluk yoktur. Kanunun sessiz kaldığı yerlerde aslında olumsuz bir düzenleme ya da diğer bir deyişle “özgürlük

18 Yukarıda sayılan ve tarihsel unsurun yasa koyucunun iradesini yansıtmasını güçleştirdiği savunulan etkenlerin hesaba katılmasıyla görüşme ve tutanaklara bakılması yasaklanmıştır. Birleşik Krallık’ta karşılaşılan “parlamentonun üstünlüğü” ilkesine tezat oluşturan değil parlamentonun işleyişine dair kaygılarla ortaya konulmuş bir uygulamadır. Bkz. Millar v Taylor (1769) 4 Burr. 2303, 98 ER 201

19 Bkz. E. 1967/9, K. 1967/41, K.t. 21/11/1967 ve E. 2007/84, K. 2007/74, K.t. 30.07.2007.

ilkesi” geçerlidir. Bununla birlikte artık pozitif hukukun bir parçası olarak kabul edilen hukukun genel ilkeleri de sisteme dâhildir. Böylece normun anlamı, parçası olduğu ve “tamlığı” kabul edilmiş ideal bir hukuk sistemi içerisinde keşfedilir. Bu tamlık aynı zamanda çelişkisizlik iddiasını da barındırmaktadır. Çelişkisiz bir bütün olarak hukuk sisteminin belirli bir mantık silsilesi içerisinde okunması gerekir. Bu sebeptendir ki sistematik unsur, mantıksal unsurla eş anlamlı olarak ya da onu da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır (Keyman, 2012: 52-53).

Hukukun sistematik yapısı, dışsal ve içsel sistematik olarak iki düzeyde ele alınabilir. Bunlardan ilki şekli diğeri maddi bütünlüğü ifade eder. Dışsal sistematik normun içinde bulunduğu ve bölüm, başlık gibi, normun sınıflandırılmasına yarayan unsurlara dayanır. İçsel sistematik ise muhteviyata ilişkin olup normatif bütünlüğe karşılık gelir. Hukuk sisteminin çelişki barındırmama idealinin koşulu içsel sistematik tutarlılıktır (Rüthers, 2020:111). Her iki sistematik düzeyin de yeknesak kabul edilen hukuk düzeninin birer parçası olduğu ortadadır. Ancak içsel sistematik uyumun şekli uyuma göre öncelikli olduğu söylenebilir. Zira başka bölümlerde hatta farklı hukuk alanlarında olsalar dahi birbirleriyle ilişki içinde bulunan normlar bütün bir sistemin tutarlılığı anlayışıyla yorumlanırlar (Oder, 2010: 59).

Böylece sistematik unsurun değerlendirilmesinde salt biçimsel bir mantıki tutarlılık aranmaz. Bunun yanı sıra aranan içsel tutarlılık, ilişkili normların amaç unsurlarının uyumuyla ortaya çıkar. Dolayısıyla içsel sistematik unsurun teleolojik unsur olmadan çalışmayacağı açıktır. Mamafih bu durum sistematik ve teleolojik unsurların zorunlu olarak birlikte ele alınacakları anlamına gelmez (Işıktaç ve S. Metin: 2021: 200).

Dışsal sistematik unsur normların hukuk sistemi içerisindeki şekli bütünlüklerini ele alır. Normlar hiyerarşisi sistematik unsurla ilişkili en temel ilkedir. Ele alınacak normun ilkin lafzi ve amaçsal unsuruna bakılır. Ardından sırasıyla içinde bulunduğu kanun nezdinde, ilişkili kanunlar nezdinde ve sonra üst normlar nezdinde incelenmesine devam edilir. İçinde bulunduğu seviyede başka bir norm ile (norm yığılması) tamamlayıcı, örtüşen, seçimlik ya da çatışan bir ilişki olup olmadığı tespit edilir (Sözer, 2020: 106-108). İki hâlde de sistematik unsur işletilir. Buna göre tamamlayıcı norm olması hâlinde diğerk norm ile uyumlu bir yorum getirilirken çatışma olması durumunda diğerk normlarla çelişen yorum geçersiz kabul edilir (Işıktaç ve S. Metin, 2021: 199). Böyle bir çatışma hâlinde genellik-özellik ve zaman ölçütleri kullanılır (Sözer, 2020: 118-128). Her koşulda sistematik unsorda temel hedef tüm sistemi uyumlu biçimde değerlendirmektir. Dolayısıyla öncelik diğerk normlara uygun olan yorumundur.

Buraya kadar yapılan incelemede sistematik unsur geniş anlamıyla bütün bir hukuk sistemini içerecek şekilde ele alınmıştır (Boyar, 2008: 146). Ancak eklemek gerekir ki “sistematik yorum” ile

“sisteme uygun yorum” arasında ayrım olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre sistematik unsura referans verildiğinde aynı hiyerarşik düzeyde ve normatif bağlamda normlar ele alınmaktadır. Buna karşın “sisteme uygun bir yorumdan” bahsedildiğindeyse amaçlanan; normun anlamının daha üst bir norm ya da farklı bir normatif bağlam ışığında ortaya konmasıdır (Oder, 2020: 121). Sistematik unsurun incelenmesi sırasında yasanın “ratio legis” hedef olup bu hedefe ulaşılması için içinde bulunduğu normatif bütünlük analiz edilmektedir. Sisteme uygun yorumda ise hedeflenen; hiyerarşik anlamda normun üzerinde (anayasa gibi) ya da farklı bir normatif bağlamda (ulusüstü hukuk gibi) bulunan bir norma uyumlu bir yorum elde etmektir. Diğer bir deyişle normları uyumlu hâle getirmektir (Rüthers, 2020: 426). Sisteme uygun yorum, kendisine başvurulacak bir yöntem, yorum unsuru/referans ya da argüman olmaktan ziyade alternatifler arasından bütünlüğü koruyan bir “tercihtir” (Oder, 2020: 122; Müller, 2009, 38).

Anayasalar, normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almaları sebebiyle tüm normlarla ilişkilendirilebilirler. Bu sebeple normlar hiyerarşisinin ve hukukun bir bütün oluşu fikrine dayanan “anayasaya uygun yorum ilkesi” sisteme uygun yorum yaklaşımının özel bir uygulaması olarak değerlendirilebilir (Rüthers, 2020: 427). Normun sisteme uygun olan anlamının seçilmesi esası burada da geçerlidir. Normun alternatif anlamları ve anayasa hükmünün anlamı belirlendikten sonra yasa hükmünün anayasaya uygun yorumu esas alınır, aykırılık hâlinde normun iptali gündeme gelir (Sözer, 2020: 141). Bilindiği üzere “anayasaya uygunluk karinesi” uyarınca yasa koyucunun vazettiği normlar aksi yönde hüküm verilmediği sürece anayasaya uygun kabul edilmektedirler. Bu karineye istinaden mahkeme “normu muhafaza etme” yönünde irade göstererek iptal etmek yerine daha “işlevsel” hareket ederek anayasaya uygun bir yorum getirir. Böylece teorik olarak anayasal sınırlar içerisinde yasa koyucunun iradesi sürdürülmeye çalışılır. Ancak bu uygulamanın yasa koyucunun iradesine saygı bir yana yargısal aktivizmle ilişkilendirildiği örnekler de azımsanamayacak kadar çoktur (Rüthers, 2020: 427; Oder, 2020: 128).

Anayasanın yanı sıra bütün olarak tasavvur ettiğimiz hukuk sistemi, ulusüstü hukuku da içerisine alacağından (Sözer, 2020: 104-105); hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk, hukuk doktrini gibi yalnızca ulusal düzeyde değil ulusüstü düzeyde de kabul gören çok sayıda ölçütün de sisteme uygun yorum çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir (Işıқтаç ve S. Metin, 2021: 199-200).

Hukuk düzeninin bütünsel ve tutarlı olduğu fikri elbette bir idealdir. Yalnızca hukuk uygulaması yoluyla bu ideale yaklaşılabileceği kabul edilirse hukuk uygulayıcılarının bu bütünlüğün tesisi için çaba sarf etmesi hukuki güvenlik ve öngörülebilir açısından büyük önemi haizdir. Ancak sistematik

unsurun ya da sisteme uygun yorum tercihinin yargıya oldukça geniş sınırlar tanıdığı da unutulmamalıdır (Rüthers, 2020: 434).

2.3.3. Hukuki Yorumda Güncel Yaklaşımlar

Daha evvel yargısal karar verme ve davranış literatürünü ele alırken de değindiğimiz gibi sosyo-legal yaklaşımların ya da hukuki realizmin hukuk teorisindeki etkisi hukuka biçilen rolü etkilemiştir. Hukuka biçilen roldeki değişimse hukuk normunun ele alınış biçimine yönelik anlayışı değiştirmiştir. Elbette bu değişim liberal anayasacılık uyarınca ortaya konan değişikliklerle de desteklenmiştir (Whittington, 1999: 18; Wolfe, 1994: 5). Bu dönüşüm, doğrudan normun incelenme metotlarını etkilediği gibi mevcut olan, ancak yok sayılan birtakım uygulamalara daha eleştirel yaklaşılmasının da önünü açmıştır. Kabaca, metne sıkı bağlı şekilde, geleneksel yorum unsurları aracılığıyla normun nadiren objektif ve çoğunlukla sübjektif amacının tespit edilmesi ve altlama yoluyla somut olaya uygulanmasından ibaret olan klasik yorum yaklaşımı; yorumda kullanılan araçları, mantıksal çıkarımları ve somut olayın özelliklerini dikkate alan güncel yaklaşımlar lehine gerilemiştir. Bu yaklaşımlara göre hukuk normu norm metninden ibaret değildir ve bağlamdan bağımsız olarak ele alınamaz. Dolayısıyla somut olayın özellikleri güncel yaklaşımlarda daha çok dikkate alınmaktadır. Anayasaların yorumlanması özelinde ise diğer hukuk normlarıyla anayasalar arasında ayırım gözetmeksizin yorum yapılmasını salık veren klasik anlayışın önüne anayasa ve diğer normların yapısal farklılıklarını dikkate alan bir yorum anlayışı geçmiştir (Sancar, 1995: 87-88; Metin, 2008: 82-85). Zira daha evvel ifade edildiği gibi anayasalar, soyut ve değer yüklü kavramlara sıkça başvuran çoğu zaman açık uçlu ve uzun dönemler geçerliliğini koruması beklenen metinlerdir (Barak, 2005: 372-373). Bu kısımda hukuk normunun yorumuna yönelik güncel yaklaşımlardan argümantasyon kuramlarına, topik yaklaşıma ve somutlaştırmaya değinilecektir.

2.3.3.1. Argümantasyon Kuramları

Argümantasyon, hukukta yöntembilimin Türkçe literatürde belki de önemine nispetle en az ilgi gören konusudur. Bunda en büyük etkenlerden birisi muhtemelen toplumumuzda “hesap verebilirliğe” ve “şeffaflığa” yönelik talebin zayıflığıdır. Belki de yine bu sebeple hukuk fakültelerinde lisans öğreniminde dedüksiyona dayalı bir sistematik dışında neredeyse hukukta yönetime dair öğrenim görülmemektedir. Türkçe literatürse genelde “yorum yöntemleri” şemsiyesi altında önceki başlıkta yaptığımız gibi “lafzi, tarihsel, amaçsal, sistematik” yorum “unsurlarını” ya da “argüman formlarını” ele almaktadır. Buna karşılık dil felsefesindeki ya da mantıktaki yeni yaklaşımlara değinilmemektedir. “Doğru karar” konu edildiği hâlde, yukarıda değindiğimiz epistemolojik tartışmalar gündeme getirilmemektedir. Ayrıca hukukun ya da yorumun “geçerliliğine” dair temel husus olmasına rağmen hukukun kaynakları üzerine derinlikli bir analiz yürütülmemektedir. Ele alındığını söylediğimiz

“klasik yöntemler” arasında tercih belirtilmemekle birlikte aynı anda kullanılmaları caiz görülen yöntemlerin nasıl ve hangi sırayla dikkate alınacağına dair az sayıda örnek dışında bir sistematik de verilmemektedir. Son olarak, dikkat edilirse, bu yaklaşımın örtülü öncülü; karar vericilerin, değer yargılarından soyutlanmış şekilde bu “klasik yorum yöntemlerini” uygulayacak birer yapay zekâ olarak tasavvur edilebilecekleridir (Uzun, 2020: 109-118).

Argümantasyon teorileri hukuki düşünce ekolleri gibi okunup bir önceki başlık altında ele alınabilirdi ancak bu teorilerin yöntembilim başlığında incelenmesi daha isabetli görünüyor. Zira bu yaklaşımlar hukukta yöntembilimin unsurlarını (yorum unsurları, akıl yürütme biçimleri ve akıl yürütmede kullanılan ilkeler, ilgili hukuk dalına has ilkeler gibi) ilişkilendirerek çalışırlar. Bu yolla kararların nasıl üretileceğine ve bu karara nasıl dayanaklar sunulacağına dair stratejiler ortaya koyma gayreti içerisinde oldukları. Çalışmanın bu kısmında öncelikle argümantasyon teorilerinin ortak özelliklerinden bahsedilecektir. Ardından temel bir çalışma olmasının yanı sıra ileride ele alınacak kararlar açısından faydalı olabilecek stratejiler sunan ve özellikle usul açısından ciddi katkıda bulunan Robert Alexy’nin hukuki argümantasyon teorisinin genel çerçevesine değinilecektir.

Argümantasyon teorilerinin yukarıda geleneksel yorum unsurlarının sınırları ve metodolojik dürüstlük üzerine yaptığımız değerlendirmeye paralel okunmasında yarar vardır. Bu teorileri hukukla ilişkili olarak ele alan isimlerin, jenerik anlamda kavramsal çerçeve başlığı altında ipuçlarını verdiğimiz gerekçelendirmeye ilişkin yaklaşımı benimsedikleri görülmektedir. Argümantasyonda amaç tartışmasız olan deliller yoluyla tartışmayı sonlandırmaktır (Heper, 2008: 289). Argümantasyonun tanımından da rahatlıkla çıkarılabilecek şekilde; argümantasyon teorilerinin temel kabulü bizatihi yorumsal bir faaliyet olarak hukukun, aynı zamanda zorunlu olarak bir çeşit ikna ve gerekçelendirme uğraşı olduğudur. Gerekçelendirme ise hesap verebilirlik, rasyonel karar alma, hukuk devleti gibi kavramların önemli bir koşuludur. Önceden izah etmeye çalıştığımız gibi ileri sürülen argümanlar gerekçelendirmenin iskeletini oluşturur ve gerekçe, pozitif hukukun kendisine yüklediği mahiyetten bağımsız olarak, karar için olmazsa olmazdır. Hukukta argümantasyona dair teoriler, kararı oluşturmanın ve onu gerekçelendirmenin çeşitli faktörler altında nasıl yapılacağını usul kurallarına bağlama teşebbüsleri olarak okunabilir (Feteris, 2019: 47).

Bu teşebbüslerde amaç; hukuki bir tartışma ortamında rasyonel olduğu varsayılan tarafların ikna yoluyla uzlaşmasıdır. Bu uzlaşma, “sosyal ihtiyaçları her zaman gözетerek öncelikle somut olay adaletini akıl ve düzenle kaynaştırabilmekle [...]” mümkündür (Işıқтаç ve S. Metin, 2021: 85).

Kavramsal çerçeve başlığı altında ele aldığımız doğruluk kuramlarından öznelarası doğruluk kuramı argümantasyon açısından belirleyicidir. Zira argümanların doğruluğundan değil, geçerliliğinden bahsedilebilir. Formel mantıktaki veya doğa bilimlerindeki hipotetik kanıtlama hukuk açısından

geçerli değildir. Hukukta retorik ve analitik felsefe birlikte çalışmak durumundadır (Heper, 2006: 289-290). Buna istinaden hukuki sonucun doğruluğu ya da daha isabetli ifadesiyle rasyonelliği/kabul edilebilirliği uzlaşmaya bağlıdır (Uzun, 2020: 66). Bu yaklaşımın diğerlerinden en belirgin farkı öncüllerin mahiyetini sorgulamasıdır. Klasik mantık anlayışında öncüller arasında çelişki olmaması aranır. Ayrıca öncüllerin açık biçimde formüle edilmesi gerekir. Ancak özellikle temel haklar söz konusu olduğunda normlar arasında çatışma sıkça karşılaşılan bir durumdur ve kavramlar soyuttur. Dolayısıyla öncüllerin tartışmadığı -ölçülülük ilkesi akla gelmeli- bir hukuk mantığı düşünülemez (Heper, 2006: 291-292).

Bu açıdan klasik mantık yaklaşımının, doğruluk kuramlarından uygunluk kuramına ve dolayısıyla dedüksiyona dayalı biçimsel mantık anlayışı yerine veya onu tamamlayacak biçimde, diyalektik argümantasyonda “makul”, “diyalektik” ya da “pratik” olarak adlandırılabilen bir hukuk mantığı önerilmektedir (S. Metin, 2002: 124-126). Çünkü biçimsel mantık, önermelere dayalı çıkarımdan ibaretken sosyal gerçekliğin dayattığı pratik mantık önermeleri de sorunsallaştırır. Gerçek hayatta tündengelim hem önermeleri tartışmaması hem de insanların gündelik akıl yürütme şekliyle uyumlu olmaması sebebiyle yeterince işlevsel değildir (Uzun, 2020: 81-85). Biçimsel mantığın aksine önerilen “makul mantık” anlayışı kesin sonuçlar yerine önermeleri de destekleyecek argümanlar üretir. Biçimsel mantık ancak öncüller üzerine kesin bir uzlaşma varsa işletilebilir. Başlangıçta uzlaşma olmaması hâlinde karşılıklı tezler ileri sürülür ve ikna faaliyeti başlar. Nihayetinde kesin olmayan ancak “makul” bir sonuç üzerinde uzlaşma sağlanır (S. Metin, 2002: 124-125). Bu sebeple argümantasyon faaliyetine dair “mantıkçı, retorik ve diyalojik” yaklaşımlardan bahsedilebilir. (Uzun, 2020: 81). Klasik mantıkçı yaklaşımın yerine burada ele alınacak argümantasyon teorileri dinleyici kitlesinin ikna edilmesi/uzlaşması üzerine inşa edilmiş retorik ve tartışma usullerine odaklanmış diyalojik yaklaşımları benimserler (S. Metin, 2002: 127-128). Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu yaklaşımların çoğu farklı düzeylerde önem atfetseler de biçimsel mantığı tamamen devre dışı bırakmazlar (Feteris, 2019: 61).

Formel mantık ve bu mantık çerçevesinde doğruluk, keyfiliğin önüne geçilmesi ve eşit durumlarda eşit davranılması ilkesi gereği argümantasyon kuramlarında yer alır. Burada yapılmaya çalışılan aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere formel dizilimin yanında öncüllerin de temellendirilmesine yarayan dışsal gerekçelendirmedir. Bu tip gerekçelendirmede yapılan, normun yorumunun ve emsal kararların argüman olarak kullanılması yoluyla önermenin genişletilmesi ya da daraltılmasıdır. Böylelikle büyük önerme küçük önermeyi (somut olay) kapsar ya da dışlar hâle getirilerek biçimsel doğruluk şartı sağlanır. Dışsal gerekçelendirmede argümanın ardında gizlenen argümanlar da problematik hâline getirilir. Bu silsile takip edilebildiği kadar uzatılır yani gerekçenin

gerekçeleri tespit edilir. Böylelikle büyük önermelerin (hukukta normatif düzenlemeye karşılık gelen) gerekçelendirilmesi veya yorumlanması sağlanmış olur. Örneğin norm metni, ilgili somut olay açısından tamamıyla açıksa önermenin gerekçesi lafzi yorumla sağlanmıştır denilebilir. Aksi hâlde yorumun diğer unsurları ve argüman formları da devreye girer. Bunlar tarihsel, teleolojik, sistematik unsurlar, anayasaya uygun yorum, sisteme uygun yorum, mefhumu muhalif, analogi ve benzerleri olabilir (Heper, 2006: 296-302).

Kolayca anlaşılacağı üzere bu yaklaşım, hukuku biçim olarak tanımlayan ve normun içeriğine dair yaklaşımları hukuk dışına iten klasik pozitivist hukuk okuluyla taban tabana zıttır. İlk olarak argümantasyon teorilerinin önerdiği yeni mantık anlayışları pozitivist yaklaşım bakımından hukukun yapısına aykırıdır (S. Metin, 2003: 152). Biçimci hukuk açısından önermelerden elde edilecek çıkarım kesindir. Dolayısıyla hukuki belirsizlik kavramı biçimciliğe yabancıdır (Keyman, 2012: 194). Buna karşın sosyal unsurların da hukuk düşüncesinde yer edindiği hukuk felsefesi yaklaşımlarıyla argümantasyon teorileri arasında uyum vardır. Zira hatırlanacağı üzere özellikle realist yaklaşımda hukuki belirsizlik başat rol oynar. İşte bu hukuki belirsizliğin varlığı sebebiyledir ki argümantasyon teorileri, gerekçelendirme yoluyla takdir yetkisinin kullanımına rasyonel sınırlar getirmeyi amaçlarlar (Kösem, 2021: 24).

Bahse konu hukuki belirsizliğin tercihlerin rasyonel izahı yoluyla izale edilmesini amaçlayan Robert Alexy'nin argümantasyon teorisi, “makul” kararların verilmesinin usulleri üzerinde durarak gerekçelendirmeye ilişkin kurallar önerir. Alexy'ye göre teorisinin ortaya atılış sebebi alternatiflerinin zayıflığıdır. Yazar, yukarıda değindiğimiz biçimsel mantık anlayışı üzerinden Kavramlar İçtihadı Okulu'nu eleştirir. Hukuk yalnızca metinle açıklanamaz zira metin çoğu zaman muğlaktır. Metinlerden oluşan hukuk sistemi, tamamlanmış ve Dworkin'in iddiasının aksine öncüllerin her şartta kendisinden çıkarılabileceği bir bütün olarak karşımıza çıkmaz. Bu bütünlük ve tutarlılığı belli usullerle hareket eden yorumcu sağlayacaktır. Alexy, biçimci anlayışa reaksiyon olarak görülebilecek Serbest Hukuk Okulu'na ve modern pozitivist olarak değerlendirilen Hart'a da eleştirilerde bulunur. Buna göre Hart'ın iddia ettiğinin aksine aslında yargıçlar, kararlarını hukuki boşluk olması hâlinde de hukuk çerçevesinde verirler. Yazar, son olarak hermeneutik modele yalnızca tespitlerde bulunduğu ancak herhangi bir ölçüt sunmadığı eleştirisini getirir (Uzun, 2020: 121-124).

Alexy, geleneksel yorumun unsurlarının mahiyetleri, adları ve nasıl kullanılacakları üzerinde uzlaşmadığını söyler ve bu unsurlarda önceki kısımda değinmeye çalıştığımız tartışmaları tespit eder. Bu tartışmaları formel mantığın hukuki karar verme konusundaki yetersizliğiyle ilişkilendirir. İlk yetersizlik lafzi unsurla ilişkili olup; dil muğlaktır ve teleolojik unsurun dikkate alındığı hâllerde lafzın aksine kararlar verilmesi ihtimal dâhilindedir. Sistematik unsur açısından bakıldığında hukuk sistemi

gerçekte bir bütün oluşturmadığı için normlar arasında ihtilaflar vardır. Bunun yanı sıra sistemin tamlık iddiası da gerçekçi olmadığından normlar her somut olaya uygun önermeler sunamaz (Uzun, 2020: 124-125).

Hukuki belirsizliğin karar aracılığıyla ortadan kaldırılması, alternatifler arasından değer yargılarına yaslanarak yapılması kaçınılmaz olan bir tercihi gerekli kılar. Değer yargıları hukuki yorumun unsurları ve hukuk dogmatikliğinden bağımsız değerlerdir. Alexy'nin amacı bu değer yargılarına dayalı kararın nasıl rasyonel ve gerekçelendirilebilir hâle getirileceğini bulmaktır (Alexy, 1989: 7).

Alexy, gerekçelendirme ile kararın “doğruluğu” arasında Habermas’tan mülhem bir ilişki kurar. Buna göre olgular ile önermeler arasındaki tutarlılıkla yetinen bir doğruluk kuramı yerine öznel arasında uzlaşma sonucu ortaya çıkan bir doğruluk anlayışını benimser (Uzun, 2020: 130). Diğer bir deyişle kararın, usulüne uygun yürütülmüş bir tartışmayla gerekçelendirilmesi gerekir. Ancak bu usullere uyulması kararı mutlak doğru hâline getirmez, yalnızca rasyonel ya da makul kılar (Alexy, 1989: 179). Yazar, evrensel bir rasyonalite olduğunu iddia etmekle birlikte ikna faaliyetinin toplumsal ve tarihsel temelleri olduğunu da kabul eder (Uzun, 2020: 131).

Bahsi geçen “rasyonel pratik tartışma” hukuki argümantasyonun üst başlığıdır. Hukuk alanında gerçekleştirilecek tartışma hukuka özgü sınırları gerekli kılar (Alexy, 1989: 212). Bu hukuk düzenine bağlı sınırların yanı sıra, doyuma ulaşıldığında argümanları gerekçelendirme zincirinin kesilmesi gerekliliğinden de doğan bir sınırdır. Diğer bir deyişle gerekçenin dayandığı düşünsel zeminin gerekçelendirilmesi bir yerde kesilmelidir. Zira hukuki tartışma yapısı gereği sonuca ulaşmak zorundadır. Rasyonel sonuca ulaşmayı garanti edecek usul kuralları, aynı zamanda hukuki “güvenlik, adalet ve meşruiyet gibi” koşulları da sağlamak durumundadır (Feteris, 2019: 185). Bu kurallar izlenerek ulaşılabilecek sonuç daha evvel belirtildiği gibi kesin olarak doğru değil ilgili “hukuk düzeni çerçevesinde rasyoneldir”. Bu ilgili hukuk düzenine dâhil olan kitlenin ilgili kararın “kabul edilebilirliği” yani rasyonelliği üzerine uzlaşmaya vardığı anlamına gelir (Alexy, 1989: 220).

Hukuki argümantasyonda dâhili ve harici iki tip gerekçelendirme yapılır. Dâhili gerekçelendirme öncüllerden ulaşılabilecek mantıksal bir çıkarımdır. Harici gerekçelendirme ise öncüllerin doğruluğu ile ilişkilidir. Dâhili gerekçelendirmede amaçlanan formel doğruluktur. Bunun için öncüllerin kendi içlerindeki gizli öncüller de açığa çıkartılarak bunların harici gerekçelendirmeye ihtiyacı olup olmadığına bakılır (Alexy, 1989: 221-228).

Öncüllerin türüne göre harici gerekçelendirme, pozitif bir hukuk kuralının geçerlilik koşullarını sağlayıp sağlamadığının ortaya konması; ampirik öncüllerin farklı şekillerde temellendirilmesi ya da ne ampirik ne de pozitif hukuk kuralı olan başka öncüllerin gerekçelendirilmesi şeklinde

gerçekleştirilebilir. Harici gerekçelendirme belirli kurallar çerçevesinde yapılır. Bunlardan ilki yorum unsurları olarak ele aldığımız argüman formlarına dairdir. Normun birden çok yoruma müsait olması hâlinde tercih edilen yorum gerekçelendirilmelidir (Feteris, 2019: 189-190). Gerekçelendirilecek yorum, semantik (lafzi), genetik (sübjektif-teleolojik), tarihi, objektif-teleolojik veya sistematik unsur kullanılarak oluşturulabilir (Alexy, 1989: 234-241). Alexy, diğer unsurlara öncelik tanınmasını gerektiren rasyonel sebepler olmadıkça semantik ve genetik argümanlara öncelik tanır. Zira objektif-teleolojik argüman hukuki olmaktan ziyade genellikle ampirik temellidir. Böylece hukuki argümanlara diğerlerine oranla ağırlık tanınmış olur. Her bir argüman/unsur değerlendirilmeli ve kuralların ağırlığı nispetinde argümanlara öncelik tanınmalıdır (Feteris, 2019: 193-194). Bu ağırlık hukuk dalı ve yorumun bağlamına göre genel tartışma teorisi kurallarına göre belirlenir (Uzun, 2020: 154).

İkinci kural hukuk öğretisine ilişkin olup mümkün olması durumunda öğretiye dayanan argümanlar geliştirilebileceğini söyler. Üçüncü kural emsal kararlarla ilişkilidir. Buna göre kararda emsal karara atıf yapılması gerekir. Atıf yapılan içtihattan ayrılmak istenmesi hâlinde, bu karar gerekçelendirilmelidir. Zira her somut olay diğerinden farklı özelliklere sahip olsa da benzer durumlarda benzer sonuçların elde edilmesi hukuki öngörülebilirlik açısından önem arz eder (Feteris, 2019: 194).

Alexy, son olarak yorumda kullanılan bazı mantık kurallarını (analoji, argumentum a contrario, argumentum ad absurdum) ele alır. Buna göre analojinin uygulanması somut olayların hukuki bakış açısından benzer olmaları hâlinde kendilerine benzer sonuçlar bağlanması gerektiği varsayımına/kuralına dayanır (Alexy, 1989: 282). Alexy'nin burada değindiği mantık kurallarına/araçlarına dair kuralı bu varsayımların netleştirilmesine ilişkindir. Mefhumu muhalif ya da zıt kavram açısından da analojinin tersine somut olayların kesiştiği bir küme olmaması hâli dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle yalnızca (münhasıran, sadece vb. ifadelerle) kuralda belirtilen durumda uygulanacak bir sonuç bulunmalıdır (Alexy, 1989: 280). Kabul edilemezlik ise ortaya çıkan sonuç anlamsız bulunduğu söz konusu olur. Dikkat edilirse -üç kural için de geçerli olacak şekilde- argüman formuna sokulduğunda, daha önce yorum unsurlarında karşılaştığımız gizli öncüllerin/varsayımların burada da karşımıza çıktığı görülecektir. Dolayısıyla bu formların tamamlanması suretiyle gizli öncüller, mümkün olan her türlü argümanla gerekçelendirilmelidir (Alexy, 1989: 282). Burada yorumcu, gizli varsayımları pozitif hukuk temelinde değil değer yargıları ya da ampirik argümanlar temelinde tartışmak durumunda kalacaktır (Işıқтаç ve S. Metin, 2021: 247).

Alexy, anayasa hukukunda yorum açısından büyük önem taşıyan ve anayasal hakların iki ayrı yapısı olarak ele aldığı ilkeler ve pozitif kurallar arasında ayrım yapar. Yazara göre hukuk uygulaması açısından kurallar “altlamaya” tâbi iken ilkeler “dengelemeye” tabidirler (Alexy, 2003b: 433).

Anayasa hukukunda çoğu durumda birden çok ilke verilecek kararlarla ilişkilendirilebilir. Bu noktada ilkeler arasında rasyonel bir denge kurulması ve bunun gerekçelendirilmesi gerekir (Alexy, 2003a: 131-136). Alexy, Dworkin'in kuralları kesin sonuçlar ile ilişkilendiren fakat ilkeleri kesinlikten uzak ve yol gösterici olarak niteleyen ayrımının (Dworkin, 2007: 46) aksine ilkeleri de kurallar gibi "prima facie" nitelikte görür. Buna göre ilkeler "optimizasyon buyrukları" olup mümkün olan en üst seviyede uygulanmaları gerekir. Kurallarsa "tasviri buyruklardır" ve uygulanırlar ya da uygulanmazlar; ne derece uygulandıklarını ölçmek mümkün değildir. Dolayısıyla kurallar arasında çatışma ortaya çıkması hâlinde sistematik unsur ve ilişkili ilkeler yoluyla bu çatışma giderilir (Feteris, 2019: 204-205). Ancak ilkeler açısından öncelik sonralık, özellik genellik gibi kavramlar söz konusu olamayacağı için bir "dengeleme yasası" ortaya konmalıdır (Alexy, 2002: 102; Alexy, 2003b: 436).

Dengeleme yasası uyarınca; bir ilkenin tatmin edilmesinin önemi ölçüsünde çatışan ya da yarışan ilkenin tatmin edilmemesi uygun hâle gelir, diğer bir deyişle çatışan ya da yarışan ilkeler "görece optimize edilir" (Alexy, 2003a: 136). Dengeleme de altlama benzeri bir şema hâlinde ifade edilebildiğinden (Alexy, 2003b: 448) tıpkı diğer argümantasyon kurallarında olduğu gibi gizli öncüllerin açıkça ortaya konması ve haricen gerekçelendirilmeleri gerekir. Buna göre ilkelerin "soyut ağırlıklarından" somut olaydaki ağırlıkları anlamına gelen "somut ağırlıklarına" geçilir ve bu ağırlıklar "tartma işlemine" tâbi tutulur. Bu noktada ikinci dengeleme kuralı devreye girer; "bir anayasal hakka yapılacak müdahâle ne kadar ağır basarsa, altında yatan öncüller de o denli açık/kesin olmalıdır". Böylece dengeleme yasası, pozitif hukukta "ölçülülük ilkesi" olarak karşımıza çıkan kuralla örtüşmüş olur (Alexy, 2003b: 443-446).

Alexy'nin doğruluğun belirli bir hukuk düzeni içerisinde anlam ifade edeceğini düşündüğünü belirtmiştik (Alexy, 1989: 220). Alexy, hukuk ile ahlak arasında bir bağ olduğu görüşünü kabul eder. Bu anlamda pozitivist değildir. Ancak yazar için ahlak evrensel de değildir. Tartışma teorisi kapsamında ele alırsak doğruluk muhataba yönelmiş bir iddiadır. Belirli bir grup içerisinde uzlaşma olması hâlinde, diğer bir deyişle o hukuk sistemi içerisinde kararların geçerliliğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla hukukun ilişkili olduğu ahlakın bu kitlenin benimsediği ahlak anlayışına karşılık geldiği söylenebilir (Feteris, 2019: 198).

Alexy'nin argümantasyon teorisi, açık ya da gizli biçimde ama zorunlu olarak normatif değer yargılarına dayanan hukuki yorumun analitik bir incelemesini sunar. Yorumun daha isabetli olması için biçime ilişkin detayları değerlendirdiği bir usuli teori geliştirir. Gerçek yargılama süreçlerinin tartışma teorisine uygunluğu tartışmasını bir kenara bırakırsak (Uzun, 2020: 160) belirlediği kuralların uygulanabilirliğinin değişkenlik göstereceğini ve her somut olayda her kuralın geçerli olamayacağını kabul eder. Amacı, gerekçelendirme sırasında rasyonel olmayan unsurların ortadan kaldırılması için

kullanışlı bir aracı diğer araçlara alternatif olarak sunmaktır (Alexy, 1989: 18). Hukuki yorumların altında yatan ve yorumcunun tercihlerini şekillendiren varsayımları problematik hâline getirir. Sonuç olarak yargı kararlarına eleştirel bir yaklaşıma ve gerekçelendirilmeleri suretiyle yargı kararlarının meşruiyetine katkı sunar (Feteris, 2019:213-214).

2.3.3.2.Topik Yaklaşım

Topik yaklaşım temelde uzun zamandır kullanılan kimi pozitif hukuk hâline gelmiş kimi vazedilmemiş ancak geçerli ilkeler olarak kabul görmüş birtakım standartlara dayanır. Topik, köken itibarıyla Yunanca “topos” yani yer anlamına gelen kelimedenden türemiştir. Yazılı hukuk kurallarının dışında yer alan ve somut olay için en adil sonuca götüreceği düşünülen standartların tespit edilmesine topik ismi verilirken, bu standartlara ortak yerler manasına gelen “topoi” denilmektedir (Karayalçın, 2001: 117).

Klasik yorum yaklaşımıyla güncel yaklaşımlar arasındaki farka değinirken bahsettiğimiz somut olayın irdelenmesinin yorumdaki belirleyiciliği topik yaklaşımın en bariz özelliklerindendir. Topik yaklaşımda önce somut olaya ilişkin durum araştırılır. Ardından uygun norm belirlenir. Bu klasik anlayışın dedüktif yöntemi yerine tümevarımın kullanıldığı bir yaklaşım önerisidir (Sancar, 1995: 101).

Norm geleneksel yaklaşımda düşünüldüğü gibi norm metnine indirgenemez. Yoruma duyulan ihtiyaç norm metninin belirsizliğinden kaynaklanmaz. Çoğu durumda norm metninin belirsizliği somut olayla ilişkilidir. Sosyal gerçeklikten tecrit edilmiş biçimde normu yorumlamak mümkün değildir (Eyrenci, 1981: 49-52). Dolayısıyla topik aslında somut olaya en uygun öncüllerin tespit edilmesine ve sonucu destekleyecek argümanlar olarak kullanılmasına yönelik bir uygulama olarak karşımıza çıkar ve metinlere esneklik kazandırılmasını sağlar (S. Metin, 2002: 270).

Yeni yorum yaklaşımlarının en belirgin savlarından “anayasanın yapısal açıklığı” düşüncesi, anayasaların diğer hukuk normlarına göre daha soyut, esnek kavramlar içermesi anlamına gelir. Bu açıdan anayasa normlarının yorumlanması esnasında topik yaklaşıma daha fazla ihtiyaç duyulacağı ve hatta topik yaklaşımın norma dair soyutluk ve esneklik düşüncesinin özellikle anayasal yorum açısından geçerli olduğu ileri sürülmektedir (Sancar, 1995: 104).

Topik yöntemin sağladığı esneklik kaçınılmaz biçimde hukuki belirsizlik tartışmasını beraberinde getirir (Işıқтаç ve S. Metin, 2021: 76). Yorumcunun kararın esas belirleyicisi pozisyonuna gelmesi şüphesiz keyfiliğin önünü açacaktır. Keyfiliğin kaynağı, yorumcuların önanlayışlarıdır. Keyfiliğin önüne geçilmesi kaynağının “ehlileştirilmesiyle” mümkün olabilir (Sancar, 1995: 105). Önanlayışın ehlileştirilmesinin yolu üzerinde rasyonel bir tartışma yapılmasıdır. Yorumcular,

argümantasyon teorisinde olduğu gibi her türlü kanıtla rasyonel bir dinleyici kitlesini ikna etmeye çalışırlar. Zira amaçlanan uzlaş, “ortak bir önanlayışı” da gerekli kılmaktadır (Eyrenci, 1981: 50; Y. Metin, 2008: 85-87). Anayasa hukukunun ortak önanlayışı ise “maddi anayasa teorisidir” (Sancar, 1995: 105). Yorumcunun öznel anlayışına baskın çıkması beklenen “özgürlükçü ve demokratik” bir anayasa teorisinin keyfiliği önlemesi umulur (Sancar, 1995: 106).

Kararların anayasa teorisinde çerçevesinde “makullüğünün” ölçütü rasyonel tartışmanın sonucunda konsensüs oluşmasıdır. Bu oydaşmada, aslolan hukuk profesyonellerinin çoğunluğunun uzlaşmasıdır. Bunun dışındaki sosyal konsensüsün bu profesyonellerin oluşturduğu oydaşmadan etkilenecek kurulacağı varsayılır. Dolayısıyla yorumcu/yargıç inşai ve dinamik bir faaliyet içindedir (Sancar, 1995: 107). Dahası kimi düşünürlere göre bu profesyonellerin oluşturdukları içtihadi hukuk, yasa koyucunun normundan üstündür zira politik değildir. Bu anlayışın vardığı son nokta hukuk normunu işlevsizleştirmektir (Sancar, 1995: 113). Yasa koyucunun vazettiği normun işlevsizliğinin yanında hukuk profesyonellerinin oluşturduğu normun politik tarafsızlığı kurgusu göze çarpmaktadır (Haines, 1922: 108). “Tarafsız” kabul edilecek profesyonellerin konsensüs oluşturacakları da yalnızca bir varsayımdır (Sancar, 1995: 116).

Her ne kadar tartışma yoluyla somut olaya yönelik bakış açıları ortaya kondukça diğer ihtimallerin eleneceği varsayılsa da (Y. Metin, 2008: 86) “topoi” üzerinde argümantasyon teorisinde de amaçlandığı şekliyle rasyonel bir uzlaşının nasıl sağlanacağı tartışma konusudur. Anayasal yoruma özgü “anayasanın bütünlüğü, pratik uyum, işlevsel doğruluk, bütünleştirici etki ve anayasanın normatif etkisi” ilkeleri çerçevesinde bir sınırlandırmanın, somut olay adaletini keyfiliğe dönüştürmesini engelleyeceği ileri sürülmektedir (Sancar, 1995: 111). Ancak bu vasıtalarla rasyonel bir uzlaş sağlanabileceği kabul edilse bile ilkelerin de dâhil edildiği usuller belirlenmediği sürece kararın rasyonel olup olmayacağı da tartışmalı kalacaktır (Alexy, 1989: 22-24).

2.3.3.3.Somutlaştırma Yaklaşımı

Hermeneutik somutlaştırma olarak da adlandırılan bu yaklaşımın amacı pozitivizmde karşımıza çıkan “katı metinci” tutumla sosyolojik hukuki yaklaşımlarda karşımıza çıkan hukuki belirsizliği törpüleyerek hukukun üstünlüğü ve toplumsal gerçekliğe uygunluk arayışını dengelemektir (Uğur, 1983: 193).

Topik yaklaşımda olduğu gibi burada da hukuk normunun, içinde bulunduğu sosyal bağlam hesaba katılmadan anlaşılamayacağı düşüncesi hâkimdir. Anayasalar konusunda da benzer bir anlayış söz konusudur. Buna göre anayasaların özellikle temel hakları düzenleyen kısımlarında soyutluk derecesi yüksek kavramlar ağırlıktadır. Sosyal bağlamla birlikte değerlendirildiklerinde basitçe bir

yorumdan değil somutlaştırmadan bahsedilmesi gerekir. Somutlaştırma ihtiyacı normun soyutluk derecesi arttıkça artar. Huber’e göre bu yöntemle ele alınacak normları konularına göre tasnif etmek mümkündür. Buna göre örneğin devlet teşkilatına dair düzenlemelerde, temel hak ve özgürlüklerde olduğu kadar somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulmaz. Dolayısıyla ilk gruptaki normlar geleneksel yoruma daha uygundurlar. Hesse ise anayasa normunun açık olmadığı hâllerde yorumun devreye gireceğini ve anayasa hukukunda yorumun somutlaştırma anlamına geldiğini savunur. Normun muhteviyatı yorumla oluşsa da -topik yaklaşımdakinin aksine- bu içerik normun metniyle sınırlıdır. Buna karşın Böckenförde, anayasa normlarının soyutluğunun aşılmasının metne sıkı bir bağlılıkla mümkün olmadığını savunmaktadır (Y. Metin, 2008: 87-89).

Müller, norma bağlılığı rasyonelleştirmek amacıyla normun yapısını analiz ettiği bir somutlaştırma teorisi ortaya koymuştur (Y. Metin, 2008: 89). Bu metotta amaçlanan yasa pozitivizmini aşacak ve aynı zamanda belirsizliği sınırlayacak ya da diğer bir deyişle metne bağlılıkla sosyal gerçekliği dengeleyecek bir hukuk uygulaması için kurallar belirlemektir (Müller, 2009: 28). Yaklaşımına göre, normun somutlaştırılmasında önce geleneksel yorum unsurları kullanılır. Ancak bu unsurların dâhil olacağı biçimsel mantık yalnızca ilk aşamadır. Bilhassa anayasa normlarının müphemliği bakımından normun sosyal gerçeklikten ya da bağlamından kopuk olarak salt biçimsel bir akıl yürütmeye yorumlanması yeterli olamaz, meğerki söz konusu olan sürelerle ya da usullere ilişkin düzenlemeler olsun. Bununla birlikte sosyal bağlamın dikkate alınması norm metninin göz ardı edilebileceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira norm metninin sınır olarak kabul edilmemesi hâlinde hukuk devleti ilkesi hukuki belirsizlik ve keyfilik yoluyla ihlal edilmiş olur (Müller, 2009: 37).

Müller’e göre “hukuk kuralı, kural metnini aşan bir yapıya sahip olduğu gibi, hukuk kuralını uygulamaya yönelik normun somutlaşması da metin yorumlamasını aşan bir olgudur” (Müller, 2009:7,28). Müller, hukukta yöntembilimin yalnızca norm metninin yorumuna odaklanmasını eleştirir. Ona göre “[...] normun uygulanması metnin yorumu ile tükenmiş olamaz. Gerçekte söz konusu olan, norm programı, norm alanı ve nesne durumunun sunduğu verilerin olayla ilintili biçimde somutlaştırılmasıdır” (Müller, 2009: 18). Dolayısıyla somutlaştırmada kabaca klasik anlamda metin yorumundan oluşan ilk aşamayı takip eden aşama norm alanında bulunan nesnel verilerin ampirik olarak incelenmesidir (Uğur, 1983: 194).

Müller, hukuk metodolojisindeki değeri dikkate alan güncel tartışmalara yönelik pozitivizmin getirdiği hukuk güvenliği eleştirisine katılmakla birlikte “Savigny’ye geri dönüş çizgisi” olarak tanımladığı ve geleneksel yorum unsurlarının biçimsel mantık çerçevesinde kullanılmasını savunan yaklaşımın yetersiz olduğunu düşünür. Öncelikle Savigny, bu unsurları, yorum yöntemleri olarak değil yardımcı araçlar olarak tasarlamıştır. İkincisi, bu araçlar kamu hukukuna has biçimde

tasarlanmamıştır. Hukuk düzeni kapalı bir sistem olmadığı için bu unsurlar aracılığıyla öncüller soyutlanmış biçimde ele alınamazlar. Çoğu zaman hukukun bu açık yapısı sebebiyle, “ne çözülecek olay, ne yorumdaki yardımcı araçlar, ne de hukuk normunun kendisi tekemmül etmiş biçimde önceden belirlenmiş bir varlığa sahiptir. Hatta bu nedenle hukukun yorumlanması ile hukukun geliştirilmesini birbirinden katı biçimde ayırmak doğru değildir” (Müller, 2009:18-20).

Anayasa hukukunun görece genç olması ve siyasetle arasındaki sıkı bağ bu alandaki hukuk normlarını diğer alanlardakilerden farklı konumlandırmayı gerektirir. Bu normlar genellikle diğer normlara nazaran daha soyutturlar. Bu sebeple Müller’e göre anayasa hukukuna özel bir yöntembilim yaklaşımının oluşturulması ancak bu farklılığın hakkının teslim edilmesi ve anayasa hukuku normlarının yapısının araştırılmasıyla mümkündür (Müller, 2009: 21-22).

Müller, normu analitik bir incelemeye tâbi tutar. Normun sözü normun yalnızca bir parçasıdır. Norma normatif niteliğini veren metin değil, olgulardır. Norm uygulama esnasında normatif hâle gelir. Diğer bir deyişle norm, somut hukuksal olayı sözü vasıtasıyla değil, uygulayıcılar aracılığıyla düzenler. Teamüle dayalı hukukun varlığı da bunun bir kanıtıdır (Müller, 2009: 24-25). Müller’in tasnifinde norm metni ve ilişkili veriler ya da diğer bir deyişle “hukuki buyruk” (Uğur, 1983: 194), “norm programı” olarak; norm programının işaret ettiği nesnel alan ise “norm alanı” olarak addedilir. Norm alanı, süreler ve usul kurallarında olduğu gibi tamamen hukuk tarafından oluşturulmuş olabileceği gibi, sosyal kavramları içeren norm metinlerinde olduğu gibi sosyal gerçeklik kaynaklı ya da her ikisinin ortak bir ürünü olabilir. Normun somutlaştırılmasında norm programı ve nesnel alan eşit derecede etkilidir (Müller, 2009: 26).

Yorumun metnin belirsizliği hâlinde ya da boşluk durumunda devreye gireceğini savunan klasik yaklaşımın aksine norm ancak somut olayla belirginleşir ve normatif olma niteliğini haiz olur. Katı pozitivistin “hukuk normunun” tamamlanmışlığı anlayışına karşılık, norm ancak somut olayla işlev kazanır. “Hukuk normu, normatif düzenlemenin nesnel olarak tanımlanabilir, akılcı bir metodik aracılığıyla ayrıştırılabilir çekirdeğidir. Bu çekirdek, somut olayda karar normu olarak somutlaşır [...]”. Bu somutlaştırmada hukuk devleti ilkesiyle çizilen sınır metnin sınırlayıcılığıyla belirlenir. Karar normu ile hukuk normunun ilişkisi gerekçelendirilmelidir. Zira klasik yorum anlayışının savunduğunun aksine “altlama” faaliyeti bile bir “önanlayışın” tezahürüdür. Yazara göre, somutlaştırmada kabullenilebilecek önanlayış, felsefi değil, rasyonel olarak gerekçelendirilmiş ve hukuksal bir önanlayıştır. Aksi durumda “ideolojik” önanlayışlar hukukun objektiflik amacına ulaşılmasına mâni olacaktır.²⁰ Hukuk “pratik bir bilim olarak” karşımıza çıkar ve kesin sonuçlar yerine

²⁰ İdeolojik ve hukuki önanlayışların farkları ve aralarındaki ilişki için bkz. Mithat Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi 1995, Ankara Üniversitesi SBE, s. 151.

nesnel alanla (norm alanı) iletişimin kurulduğu rasyonel olarak gerekçelendirilmiş çıktılar sunar. Bu noktada Müller'in teorisinin, argümantasyon teorisiyle kesiştiğini söylemek mümkündür (Müller, 2009: 29-31). Müller için metodun amacı mümkün olan en rasyonel somutlaştırmayı sağlamaktır. Bu rasyonalite “tarihsel-toplumsal bir nitelik taşıır” ve içinde bulunan hukuk modeline göre değişiklik gösterir (Sancar, 1995: 132).

Müller, yöntemine “yapılandırılmış metodik” ismini vererek anayasa hukukuna özgü hâle getirmeye çalışır. Hukuk normunu somutlaştırmayı, gerekçelendirmeyi ve hukuki belirsizlikleri azaltmayı amaçlayan yöntem, Tarihçi Hukuk Okulu'nun özgücü fikirlerinden mülhem biçimde anayasal düzenlere göre değişik şekiller alabilir. Bu çalışmada da benimsenen şekliyle Savigny'nin yorum unsurları ayrı yöntem türleri olarak değil bütün hâlinde ve anayasa hukukuna uyarlanmış biçimde değerlendirilmelidir (Müller, 2009: 32-33).

Somutlaştırma birden fazla unsurdan oluşur. En üst seviyede bulunan, normla doğrudan bağlantılı iki gruptan ilki (a), norm metninin geleneksel inceleme araçlarının kullanılması şeklinde çalışır. İkinci grup (b) ise norm alanının araştırılmasına ilişkindir (Müller, 2009: 34). Diğer unsurlardan dogmatik unsurlar normla kısmi; kuramsal, çözüm tekniğine ve hukuk politikasına ilişkin unsurlar “dolaylı bir bağlantı içinde olup, somutlaştırmada yardımcı işleve sahiptirler” (Müller, 2009: 56). Bu gruplar aşağıdaki unsurları kapsar (Müller, 2009: 56):

Dar anlamda yöntembilimsel unsurlar (sözel, tarihsel, genetik sistematik ve amaçsal yorum ve keza anayasa yorumunun kendine özgü ilkeleri);

- a) Norm alanı unsurları;
- b) Dogmatik unsurlar;
- c) Kuramsal unsurlar;
- d) Çözüm tekniğine ilişkin unsurlar;
- e) Hukuk ya da anayasa politikasına ilişkin unsurlar.

Somutlaştırma, metnin incelenmesiyle başlar. Bunun için geleneksel unsurlara başvurulur. Lafzi unsurun kullanımında iki husus önemlidir ve bunlar metnin norm alanı hesaba katılmadan anlaşılamayacağı görüşünü temel alırlar. Anayasal normların yapısal farklılıkları farklı soyutluk derecelerinde olmaları sonucunu doğurur. Bu farklılık ise norm alanının sosyal olgular tarafından değil hukuk tarafından belirlenmiş olmasından kaynaklanır. Kavramların gündelik ve hukuksal anlamları arasındaki farklılık ya da açık veya belirsiz olmaları hukuksal önanlayışa dayanan ayrımlardır. Hukukçu bu anlayış çerçevesinde metinle norm alanını birlikte değerlendirecektir. Kavrama

yüklenecek anlam, somut olaya (nesnel alana) bağlı olarak değişir. Ancak daha evvel ifade edildiği gibi hukuk devletinin bir gereği olarak açıkça hatalı bir metinle karşılaşılmadıkça “söz, işlevsel olarak savunulabilir ve anayasal olarak geçerli anlam farklılıklarının dış sınırını belirler” (Müller, 2009: 36-37).

Müller, tarihsel, genetik, sistematik ve amaçsal unsuru aynı başlık altında değerlendirir. Bu unsurlar lafzi unsurda olduğu gibi metnin incelenmesinde birbirlerinden tam olarak soyutlanamayacak şekilde kullanılır ve “olayda somutlaştırılması gereken bir normun farklı yüzleri olarak görünürler” (Müller, 2009: 39). Bunlardan amaçsal olanın, diğer unsurlardan bağımsız kendine has bir unsur olarak dahi kabul edilmemesi gerekir. Amaçsal unsur diğer unsurlarla yapılacak bir çalışmanın sonucunu destekleyecek biçimde kullanılmaması hâlinde “sübjektif bir değerlendirme olarak yorum dışında bırakılır”. Usulsüz kullanılan amaçsal unsur genellikle belli “kavramlar altında gizlenen norm alanı kaynaklı bakış açıları için bir etiket olarak hizmet eder” (Müller, 2009: 38). Sistematik yorum ise özellikle temel hakların yorumunda önem taşır. Anayasanın altında bulunan normlar, temel hak normlarının alanı ve programı doğrultusunda somutlaştırılmalıdır. Sistematik unsurun diğerlerine nazaran karmaşıklığı birden fazla normun birbirlerinin norm alanlarıyla ilişkili olarak somutlaştırılması zorunluluğuna dayanır. Bütün bu unsurlar birlikte kullanılarak geleneksel yorum ve akıl yürütme ilkelerini (istisnaların dar yorumlanması, analogi, mefhumu muhalif gibi) de oluşturmuşlardır (Müller, 2009: 37-39).

Anayasal yorum ilkeleri, dar anlamda yöntembilimsel unsurların ikinci ayağını oluştururlar. Ancak Müller, bu ilkeleri geleneksel yorum unsurlarının birer uzantısı olarak görür ve yorumda oynadıkları rollere karşı temkinlidir. Bunlardan sistematik unsurla ilişkilendirdiğimiz “anayasaya uygun yorum ilkesinin”, sübjektif eğilimlerin oluşturacağı riske de vurgu yaparak, diğer unsurlardan birisi gibi ele alınabileceğini kabul eder. Bir diğer ilke olan işlevsel doğruluk ölçütü ise “somutlaştırmayı yerine getiren merciin ne somutlaştırmanın tarzı ne de sonucuyla anayasa tarafından düzenlenen dağılımı değiştirebileceğini ifade eder”. Daha açık bir ifadeyle somutlaştırma “erkler ayrılığı” ilkesini ihlal edemez (Müller, 2009: 40).

Birtakım diğer ilkeler ise geleneksel yorum ilkelerinin alt unsurları olarak toparlanmışlardır. Bunlardan görece önemli görünen birkaçına değinmek yeterlidir. Alt unsurlardan ilki olan “uygulanabilirlik” yazarın ifadesiyle “norm alanı ile olay alanından doğan nesneye ilişkin bakış açıları” olarak tanımlanmaktadır. Uygulamada “eşyanın doğası”, “hayatın olağan akışı” gibi ölçütlere karşılık gelir ve amaçsal unsurun bir uzantısıdır. Somutlaştırmayı kuvvetlendirici bir etkiye sahip olup, karar normuna aykırı karar verilmesinin sebebi olamaz. Bu defa sistematik unsurun bir alt unsuru olarak karşımıza çıkan “anayasanın bütünlüğü ilkesi” kendi başına bir yöntem sunmamakla birlikte

Müller tarafından, Federal Anayasa Mahkemesinin kullandığı ve sistematik incelemeyi takip eden maddi anlamda uyumlaştırıcı bir ek yöntem olarak tanımlanmaktadır. Pratik uyuşum ilkesi, anayasanın bütünlüğü ilkesiyle bağlantılı bir ilkedir. Ancak Müller için bu ilke somutlaştırmanın dışında kalır ve “anayasa siyaseti olarak anlaşılması” gerekir zira iki karar normunun çakışması hâlinde birinin diğeri aleyhine geri çekilmesi somutlaştırmaya uygun değildir (Müller, 2009: 40-43).

Yardımcı işlevli unsurlardan kuramsal ve anayasa siyasetine ilişkin unsurlar, yorumcunun ön anlayışının gelişmesinde belirleyici rol oynarlar. Müller’in verdiği örneklerle; pozitivizm, norm alanının etkisini göz ardı ederken, “sosyal bilimci” yaklaşımlar norm programına gereken ilgiyi göstermezler. “Tinbilimsel aracılık çabaları” ise pozitivizm temelli tartışma alanından çıkabilmiş değildir. Dolayısıyla hukuk kuramının bu sınırlayıcı etkisini aşarak “dilsel yorum metodüğinden, norm incelemesinin gerçek seyrine ilişkin metodüğe geçiş yapmak” gerekmektedir. Anayasa siyaseti de benzer biçimde hukukun maddi boyutuyla ilgilidir ve yeni bir yöntem önermemektedir. Buna binaen “karşılaştırma, sınırlama, açıklama” için kullanışlı olsalar da bu unsurlara “ [...] normatif benzeri bir etki atfedilmemelidir” (Müller, 2009: 45-46).

Bu unsurlardan normla doğrudan ilgili olmayanlar arasında ortaya çıkabilecek çatışmalar gerekçelendirilmek şartıyla zorunlu olarak sübjektif biçimde çözülürler. Norm alanı unsurlarıyla yöntembilimsel unsurlar olarak tanımlanan unsurların eşdeğer oldukları ifade edilmesine rağmen, hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak lafzi ve sistematik unsurların norm alanı unsurlarıyla çatışması hâlinde öncelikli oldukları kabul edilir. Dolayısıyla lafzi unsur da diğerk dar anlamda yöntembilimsel unsurlarla çatışması hâlinde öncelikli olacaktır. Tarihsel ve genetik unsurların kendi aralarındaki çatışma normatif metinlerle çalışmadıkları için karar normu açısından belirleyici olmayacak ancak diğerk unsurlara bakılarak somutlaştırma yapılacaktır. Burada ortaya konulan genetik yorumun ikincil olması kaidesi sübjektif yorum teorisi karşısında objektif yorum teorisinin tercih edildiğı anlamına gelmemektedir. Müller, objektif teorisinin, genetik unsuru tarihsel ve amaçsal unsurlar karşısında etkisiz kabul eden görüşüne de katılmaz. Lafzi ve sistematik unsurun aksine genetik yorumu tarihsel ve amaçsal unsurlar karşısında ikincil kabul etmemizi zorunlu kılan normatif bir dayanak yoktur. Dahası ne yasa koyucunun ne de yasanın somutlaştırma öncesi bir “iradesinden” söz edilebilir. Lafzi ve sistematik unsurların çatışması durumunda ise sistematik unsurun çoğı hâlde anayasa kuramına has varsayımlara dayanması sebebiyle lafzi unsura öncelik tanınmalıdır (Müller, 2009: 49-53).

Sayılan dar anlamda yöntembilimsel unsurların kullanılması için somut olayla ilişkilendirilebilecek bir hukuk normunun varlığı gerekir. Normun olmaması durumunda ortaya çıkacak “hukuki boşluğın” doldurulması sırasında yöntemsel dürüstlük çerçevesinde kuvvetler ayrılığı

ilkesine uygun hareket edilmelidir. Bu amaçla “başvuru ya da dava dilekçesiyle olan nesnel (maddi) bağlantısına ve davanın usulüne ilişkin durumuna göre karar verilmesi gerekir” (Müller, 2009: 54).

Müller’in çalışmasını özellikle topik yaklaşımdan ayıran en önemli özellik; geliştirdiği “norm teorisi” çerçevesinde, somutlaştırmanın temelini teşkil eden toplumsal etkenlerin kontrollü biçimde ve normun kendine has özelliklerini de dikkate alarak sürece dâhil edilmesidir. Böylece Müller, yukarıdaki başlığın sonunda değindiğimiz keyfilik riskini mümkün olduğunca azaltmayı amaçlamaktadır (Müller, 2009: 28). Bununla birlikte yorum faaliyetini rasyonel tartışma fikri üzerine inşa eden diğer yaklaşımlarda olduğu gibi “ideal tartışmanın” koşullarının pratikte sağlanamayacağı eleştirisi, Müller’in yöntemi için de geçerlidir (Sancar, 1995: 138-142).

2.4. Değerlendirme: Anayasa Yargısının Meşruluğu ve Yöntembilim

Anayasa yargısı ve siyaset ilişkisini bütüncül bir bakış açısıyla ele almak ancak; siyaset teorisi, hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisini içine alan bir değerlendirmeye mümkündür. Egemenlik teorileri ve günümüz egemenlik anlayışı bu değerlendirmenin siyaset felsefesi ya da siyaset teorisi ayağının en belirleyici unsurudur. Egemenlik aynı zamanda hukuku inşa eden iktidar mekanizmalarının bütünü olarak değerlendirilebileceğine göre hukuk felsefesi de hukuku, egemeni hesaba katmadan tanımlayamayacaktır. Egemenliğin fonksiyonları olarak karşımıza çıkan yasama, yürütme ve yargı unsurlarının sınırları bu düşünsel zemin üzerine oturur. Yargının sınırları ise kurumsal/hukuki düzenlemelere ve sosyal sınırlamalara ek olarak hukuk metodu çerçevesinde belirlenir. Hukuk metodu aynı zamanda sosyal ve kurumsal düzenlemelerin etkisi altında şekillenir. Öyleyse sosyal/siyasal konjonktürden bağımsız bir hukuk felsefesi/teorisi ve dolayısıyla hukuk metodolojisinden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Sosyal faktörler ve hukuk ilişkisinin muhtemel sonucu özneliktir. Öznellik tartışmasıysa akla şu soruları getirmektedir; “genel-geçer bir hukuki doğruluktan bahsedilebilir mi?”, cevap evetse “doğru hukuki karar var mıdır?” veya “alternatiflerinden daha isabetli kararlar alınabilir mi?”. Bu sorulardan ilki “hukuki göreciliği”, ikincisi “hukuki şüpheciliği/nihilizmi” akla getirir (Sancar, 1995: 146-147). Bu çalışmanın hukuk metoduna ilişkin kısmının belirtilen argümanlar çerçevesinde yürütülmesi ise ikinci soruya olumlu bir cevap vermeyi gerekli kılar. Diğer soruların cevabı alternatif hukuk felsefesi ve metodolojisi yaklaşımlarına göre değişiklik arz ederler.

Ele aldığımız yaklaşımların “yöntembilimsel anlamda” bir ucunda hukuku; özerklik, belirlilik, hesaplanabilirlik, bilimsellik gibi kavramlarla açıklamaya çalışan ve bunun sonucunda da hukuk

devleti, öngörülebilirlik, hukuk düzeni gibi idealleri öne çıkartan yaklaşımlar bulunmaktadır.²¹ Öteki tarafta ise hukuku idealize etmeden sosyal gerçekliğin bir parçası olarak ele alan, belirliliği ya hepten reddeden ya da sınırlı olarak kabul eden bakış açıları yer alır. Bu bakış açıları öncelikleri açısından; kararların rasyonelliği ile hukuki istikrar ve öngörülebilirlik arasında bir sarkaçta gidip gelirler (Boyar, 2008: 120).

İlk grubu oluşturan yaklaşımlar çıktıları sebebiyle statükoculukla ve hukukun sosyal boyutlarını ve toplumsal dinamizmi göz ardı etmekle suçlanmaktadır. İkinci grubu oluşturan yaklaşımlar ise hukuku işlevsizleştirmekle itham edilmektedirler. Bu sınıflandırma yöntembilim açısından klasik ve güncel yorum yaklaşımları şeklinde kristalize olurlar. Yukarıda sayılanlar dışında bu iki grubu birbirinden yöntem bakımından ayıran iki belirgin husus bulunur: İlki formalizme ve tümdengelimci mantığa ilişkindir; klasik yaklaşımda formalist mantık temeldir. Buna karşın güncel yaklaşımlar formalist mantığa farklı düzeylerde öncelik tanır ve esas olarak somut olayı öncelerler. Pozitif hukukun tamamen göz ardı edildiği bir anlayış ise yöntemden ziyade yönteme ilişkin kabullerin tartışılmasına karşılık gelir. Hukukun sosyal boyutunu vurgulayan ancak usule ilişkin sistematik öneriler sunmayan yaklaşımlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Şüphesiz ki, metod yürürlükteki hukukun uygulanmasına ilişkindir ve pozitif hukuktan tamamen soyutlanmış bir yöntem düşünülemez.

İkinci farklılaşma ise anayasa normları ile diğer normlar arasında yöntem farkı öngörülüp öngörülmemesiyle ortaya çıkar. Klasik yaklaşım normları ayırım gözetmeksizin “yorumlamayı” öngörürken; güncel yaklaşımlar anayasal normların diğerlerine oranla daha yüksek düzeyde “somutlaştırılmasını” öngörürler. Müller öğretisinde değindiğimiz şekliyle somutlaştırma, normun yorumlanmasının yanı sıra her somut olay için bu normun nasıl uygulanacağını tespitini de içerir (Müller, 2009: 56).

Anayasal normlara atfedilen diğer dallara oranla soyut ve genel olma nitelikleri anayasa hukukunun daha evvel bahsedilen sosyal ve siyasal özelliklerinin bir sonucudur. Soyut ifadeler, anayasa yapım süreçlerinde uzlaşmayı; uygulama sürecinde yorum yoluyla hukukun sosyolojik değişimlere “intibakını” kolaylaştırırlar (Esen, 1972: 7).

Toplumsal hayatın devingen yapısının, pozitif hukuku çoğu zaman geride bıraktığı genel kabul görmektedir. Normatif düzenlemelerin noksansız olduklarını kabul eden klasik pozitivist anlayışla çelişen bu düşünce sosyal değişimleri yakalamayı amaçlayan dinamik bir yorumu öngörür. Yorum, klasik yaklaşımda norma yönelik bir anlama faaliyeti olarak verili olanı tespit etmekle

²¹ Yöntembilimsel ifadesi hukuk yaklaşımlarının yorum özelinde tasnif edileceğini belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Örneğin; doğal hukukun “adaletle yönelen bir düzen olarak hukuk” anlayışı da hukuku bir “ideal” olarak tanımlamaktadır ancak doğal hukuk ile metin arasındaki ilişki burada bahsedildiği şekliyle hukuki belirliliği sağlamaya elverişli olmayabilir.

ilişkilendirilirken, dinamik yorum ya da hukuk yaratma iradi bir işlem olarak görülür (Oder, 2010: 261). Bununla birlikte realist teori açısından böyle bir farklılık yoktur; yorum zaten bir “tanıma işlemi değil, irade işlemidir” (Gözler, 1998: 191). Diğer bir deyişle; yorum var olanı tespit etmez, bir yorumcunun bir ürünü/tercihi olarak ortaya çıkar. Bir metottan ziyade umulan sonucu ifade eden dinamik yorumu; boşluk doldurma anlamındaki hukuk yaratmadan ve hatta salt yorum faaliyetinden ayırmak her zaman mümkün değildir (Oder, 2010: 227; 260-261). Bu doğrultudaki görüşlere göre, bizatihi yorumlama/somutlaştırma faaliyeti Dworkin’in yorum anlayışında (law as integrity) karşılık bulduğu gibi; hukuk yaratma olarak ortaya çıkar ve yargıç, “zincirleme bir romanı” bütünlüklü şekilde ama tarihsel yorum unsuruna bağlı kalmadan ve norm metnine nesnel bir amaç atfederek tamamlar (Dworkin, 2018: 285- 288). Dinamik yorumda, tarihsel unsuru yani yasa koyucunun sübjektif amacını ikincilleştirme ve yargı aracılığıyla normun nesnel amacını önceliklendirme eğilimi vardır (Esen, 1972: 7-10). Kolayca anlaşılacağı üzere; yasa koyucudan yargıç lehine rol çalan bu yaklaşımlar başta Realizm gibi sosyolojik yaklaşımlarla örtüşürler. Geleneksel ve güncel yaklaşımlar arasındaki farklılığın bu boyutu; liberal anayasacılık çerçevesinde tartıştığımız yargının, yasama ile kurduğu ilişkinin meşru sınırlarıyla yakından ilişkilidir. Dolayısıyla erkler arasında egemenlik kuramları, demokrasi anlayışları vb. çerçevesinde yapılacak tercihler yöntembilimsel sonuçlar doğururlar. Yöntembilimsel tercihler de tersinden bu kavramlara ilişkin sonuçlara yönelirler. Müller’in somutlaştırmanın erkler ayrılığına müdahâle sonucunu doğuracak biçimde uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmesi bundandır (Müller, 2009: 40).

Yargıç lehine ve yasa koyucu aleyhine oluşan bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali ile hukuk devletin tesisi arasında bir denge oluşturmak durumundadır. Dinamik yorumun savunucuları yukarıda tartışıldığı gibi yargının; yasamanın eksikliklerini tamamlayan işlevler üstlenebileceğini savunurlar. Kurumsal ve sosyal sebeplerle yargının; dinamizmi, kamu yararını ve temel hak ve özgürlükleri tesis etmek bakımından yasamaya göre daha elverişli olduğunu savunan bu görüşler açısından “çıktı meşruiyeti” demokratik meşruiyetin yerini alır (Oder, 2010: 233).

Yargının “çıktısı” kararlarıdır. Bu kararların yukarıda sayılan sebeplerle meşru görülmesi sınırsız bir öznelliğin de kabul edilebilir olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla yargı kararlarının hukuki öngörülebilirliğine dair tartışma her zaman günceldir. Bu öngörülebilirliğin nasıl sağlanacağı veya daha baştan sağlanmasının mümkün olup olmadığı tartışması hem hukuk felsefesi açısından hem de çalışmamız açısından büyük önemi haizdir. Bu çerçevede öne çıkan kavramlardan “hukuki belirsizlik”, diğer tüm tartışmalı noktaların temelini oluşturmaktadır.

Belirsizlik tartışması; hukukun öngörülebilir, kesin ve objektif olduğu iddiası ve hukukun bütünüyle reddi arasında gidip gelmektedir. Hukuki belirsizlik bilhassa realizmde ama genel olarak

tüm sosyal etkenleri göz önünde bulunduran yaklaşımlarda altı çizilen bir kavramdır. Ancak belirsizlik konusunda yalnızca sosyolojik yaklaşımların şüpheli bir tutum takındıklarını söylemek doğru olmaz. Örneğin modern pozitivist olarak görebileceğimiz Hart, hukuki belirsizliği kabul etmekle birlikte bunu dilin gölgeli anlamlarına ve dolayısıyla marjinal hususlara has bir durum olarak değerlendirmektedir (Hart, 1994: 128). Aynı şekilde EHÇ’de de yapısökümcü yaklaşımın, bu hukuki belirsizliği dille ilişkilendirdiği görülmektedir (Leiter, 2021: 131). Realistlerse hukuki belirsizliği yalnızca dilin özelliklerine değil aynı zamanda farklı sonuçlar doğuran yorum yöntemlerinin varlığına da bağlamışlardır (Leiter, 2021: 129). Çünkü hukuki belirsizlik hem hukuk metninin belirsizliği hem de normun somutlaştırılması esnasındaki belirsizlik olarak ortaya çıkar (Özkök, 2002: 1). Dolayısıyla metin açık anlamlı da olsa hukuki belirsizlik ihtimali sürer. Ancak hemen eklemek gerekir ki realistler açısından belirsiz durumlar temyiz yargılamaları ile sınırlıdır. EHÇ ise hukuku her durumda belirsiz kabul etmektedirler (Leiter, 2021: 131). Hukuki sonuçlara isnat edilen bu belirsizlik mutlak değildir fakat kuvvetli bir ihtimaldir. Eleştireller açısından hukukun belirli olduğu hâller kullanılacak yöntem üzerinde uzlaşma sağlanan durumlardır. Dolayısıyla kendiliğinden doğru bir yöntem yoktur, konsensüs vardır (Gordon, 2006: 404-405).

Realizm, sosyolojik reaksiyon ve eleştirel hukuk ekolü başlıkları altında ele aldığımız hukuku sosyal olgularla birlikte değerlendirmeyi salık veren yaklaşımlara yöneltilen en büyük eleştiri tahmin edilebileceği gibi bu tip bir yaklaşımın hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldıracaktır. Gerçekten de kabaca tasnif ettiğimiz bu düşüncelerin ortak noktası; biçimsel yaklaşımın yerine sosyal etkenleri göz önünde bulunduran, gerçekliği somut olayda tespit eden ve teleolojik bakış açısını göz ardı etmeyen bir yöntem izlemektir. Ancak benimsenecek bu yöntemin sınırları net değildir. Kaldı ki yukarıda değinildiği gibi kimi düşünürler açısından üzerinde mutabakata varılacak bir yöntem değil yöntemler arasında yapılacak bir tercih vardır. Bunun sonucu ise öngörülen hukuki belirliliği ortadan kaldırması işten bile olmayan bir yargı erkinin oluşturulması gibi görünmektedir (Topçuoğlu, 1969: 40).

Hukuki realizm ve pragmatik yaklaşımların formalizm karşısı hukuk anlayışlarının metodolojik karşılıkları güncel yöntembilim yaklaşımlarıdır (Yörükoğlu, 1982: 11, 27-28). Bu yaklaşımlar arasında yargıca son derece geniş serbestlik tanıyan ve özellikle topik yaklaşımla ilişkilendirebileceğimiz Serbest Hukuk Ekolü’nü de zikretmek gerekir. Bilhassa sonuncusu bakımından, normun somut olayın “gereklikleri” çerçevesinde aşılması fikri dikkat çekicidir. Öyle ki topik yaklaşımı benimseyen kimi isimler yargıç yapımı hukukun yasa koyucunun ortaya koyduğu hukuktan “apolitik olma” niteliği sebebiyle üstün olduğunu ileri sürmektedirler (Sancar, 1995: 112-113; 116). İlgili başlıkta belirttiğimiz gibi yargısal denetimin bu niteliği bir kurgudur ve her zamanda ve koşulda gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir (Haines, 1922: 108; Sancar, 1995: 116).

Philipp Heck, Serbest Hukuk Ekolü'nün biçimcilikle ilgili temel savını benimsemekle birlikte “amaca dönük ancak metne bağlı” uzlaşmacı bir yaklaşımı önerir. Metne bağlı kalınması hâlinde, yargıcın kararında menfaati tanımlarken kullandığı öznel “değerler” yerine kanunun ve toplumun “değerleri” dikkate alınmış olacaktır. Dikkat edilirse ilgili başlıkta belirttiğimiz gibi Heck için yargıcın rolü ikincildir. Benzer şekilde Menfaatler İctihadı Okulu da bir “orta yol” bulmaya çalışır. Yargıca sınırsız bir özgürlük tanımaz (Topçuoğlu, 1969: 41). Yargıç kendisine verilen rolü oynarken, bir bilim hüviyetinde olduğu düşünülen hukuk da yargıca destek olacaktır. Ancak “hukuk bilimi” yasa koyucuya bu tarz bir yardım sağlayamaz zira yasa koyucunun faaliyeti siyasal/felsefi bir alanda yürütülmektedir (Can, 2011: 201-202). Yargıcın yaratıcı rolünü kısıtlayan Heck, hukukun dinamizminin korunması için normların siyasi normlar ve gayri-siyasi normlar olarak ikiye ayrılmasını önerir. Gayri-siyasi normlar geniş kitlelerin menfaatlerini ilgilendirmeyen ancak hukukun dinamik yapısı için zorunlu olan kuralları olup; “kanun hükmünde kararname” uygulamasını andıran bu düzenlemelerin geçerliliği için parlamentonun itiraz etmemesi şeklinde bir olumsuz şart aranır (Topçuoğlu, 1969: 42).

Cohn'un öngörülebilirlik eleştirisine cevabı ise metodolojik olmaktan ziyade sosyolojiktir. Buna göre yasa koyucunun ya da yargıcın metne bağlı olmayan çıkarımları hukuki belirliliği ortadan kaldırmaz. Zira bu erkler metne aykırı uygulamalarda bulunmak niyetindelerse zaten buna engel olmak için mevcut kurumlar yetersizdir. Bu ihlalin önündeki tek engel hür bireylerin hukuka bağlılık iradeleri olabilir (Güriz, 2015: 392).

Normun yorumunun tarihselliğini teslim eden yöntembilimsel bir teklif olarak; dinamik yorumu, normu üreten toplumsal koşulların değişmesine bağlı biçimde zaruri gören fakat bir şablona sokulması gerektiğini savunan Eskridge, normun vazediliş tarihi ile yorumun yapılacağı tarih arasındaki zaman farkına ve normun ilgili alanı özellikle düzenleyip düzenlemediğine göre bir strateji önerir. Tahmin edileceği üzere norm eskidikçe ve genelleştikçe dinamik yorum imkânı artar. Böylece yasa koyucunun amacı mümkün olan en üst düzeyde korunur (Eskridge, 1987: 1496-1497).

Özetlemek gerekirse gerek Serbest Hukuk Okulu gerekse kendisinden çok farklı sonuçlara varan ve belki de serbest hukuk yaklaşımının doğmasına sebep olan Tarihçi Okul, hukuk yaklaşımlarına önceki başlıkta gördüğümüz gibi sosyal olguları da eklemişlerdir ve hukukun işlevine yönelik çıkarımlarda bulunmuşlardır. Her ne kadar Tarihçi Okul sosyal olguları ampirik değil metafizik bir temelde değerlendirmiş olsa da bütün yaklaşımlarda sözünü ettiğimiz ampirik değerlendirme gayreti açıktır. Bunun bir sonucu olarak geleneksel yöntemin öngördüğü tündengelimci mantık değil tümevarımcı yaklaşım benimsenmiştir. Sosyolojik yaklaşımların habercilerinden John Dewey'nin “araçsal mantığına” göre insan, klasik şekli mantıktan farklı olarak,

öncüllere değil sonuca odaklanır. Somut olayı inceleyip verileri toplar ve basitçe kıyastan farklı olarak istediği sonuca en uygun yöntemi tercih eder. Tahmin edileceği üzere bu mantık anlayışı realist ekole kadar bütün sosyolojik temelli hukuk düşüncesini etkilemiştir (Gürkan, 1967: 13-14).

Daha evvel ifade ettiğimiz gibi metnin somutlaştırılması sırasında önceden ortaya konmuş sınırların olmayışı öngörülebilirliği ortadan kaldırabilir. Bunun bir sonucu olarak yasamanın aleyhine sınırları bu denli genişletilmiş bir yargı erkinin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal edeceği de ortadadır. Yasamanın sosyal değişimlere yargı kadar hızlı cevap veremeyeceğini kabul etmiş olsak dahi; yargının tarafların çıkarlarını tespit ya da sosyal gerçekliği tahlil konusunda sübjektivizmden tamamen soyutlanması mümkün değildir. Dolayısıyla yargıcın takdir yetkisinin sınırları sorunu güncelliğini korumaktadır. Zira Heck'in de kabul ettiği şekliyle yargıca tanınan serbestinin; hukuki öngörülebilirliği, yargının meşruiyetini ve dolayısıyla hukuk devletini erozyona uğratma riski her zaman vardır (Gürkan, 1967: 10). Yine yukarıda özellikle Duguit örneğinde ipuçlarını görebileceğimiz üzere hukukun kökeni olarak görülen toplumsal değerlerin, bireysel hakların önüne geçmesi, çoğunluğun kolektif iradesini bir tahakküm aracı hâline getirebilir (Can, 2011: 219). Kökenlerini zıt gerekçelerle hukuki pozitivizmde aradığımız gibi bu yaklaşımlarda da tespit edebileceğimiz ve hatta “cemaatçi” bir doğal hukuk anlayışının tezahürü olarak okunabilecek Nasyonel Sosyalizm (Fraenkel, 2020: 213-221) tecrübesi; herhangi bir sınırlamaya tâbi olmayan, hukuk yaratma rolü yüklenmiş yargı erkinin nasıl sonuçlar doğurabileceğini göstermiştir (Can, 2011: 209). Dolayısıyla farklı hukuk düşünceleri yargının rolü açısından birbirine taban tabana zıt noktalardan yola çıkarak benzer sonuçları üretebilmektedirler (Oder, 2010: 228). Bu da yargı kararlarının sadece süreç değil aynı zamanda “sonuç meşruiyeti”²² açısından da değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Sayılan eksikliklere rağmen biçimci mantığın eleştirisine dayanan ve pek tabii olarak; hukukta boşluk ve belirsizlik, emsallerle bağlı olma ve dinamizm gibi tartışmaları çağıran bu yaklaşımlar, günümüz hukuk yöntemini etkileyen ve yargıcın pozisyonunu kuvvetlendiren (Türk Medeni Kanunu'nun 1. ve 4. maddelerinde olduğu gibi) yasa koyucuya sosyal ilişkileri dikkate almayı salık veren ve dinamik araçlar öneren (Heck'in gayri-siyasi normlarında olduğu gibi) birtakım uygulamaların da önünü açmışlardır. Veri olarak kabul gören ilişkilerin ya da menfaatlerin/değerlerin mahiyetine dair kıstaslar üretmemiş olsalar da rasyonel olsun ya da olmasın birtakım düşünce ve değerlerin her beşerî faaliyette olduğu gibi hukuk âleminde de karşılığı olduğunu göstermişlerdir. Son olarak hukuku, kapalı ve boşluksuz değil, diğer sosyal bilimlerle temas kurmak zorunda olan bir disiplin şeklinde ele alarak sosyal gerçeklikle hukukun bağına bir nebze de olsa sağlamlaştırmışlardır. Tüm bu katkılar, yargıçların toplumsal etkilerden izole olmuş, insanüstü varlıklar olarak görülmesi

²² Aşağıda teleolojik ve deontolojik gerekçelendirmelerin somutlaştırmadaki rolünden bahsedilen kısım ile birlikte değerlendirilmesi gerekir.

eğilimini de sarsmıştır (Sancar, 1998: 116; Arslan, 2008: 32). Böylece Realizm gibi yargısal davranışa ağırlık veren yaklaşımların sonuçları itibariyle yargı bağımsızlığının önemini hatırlattığını söylemek yanlış olmayacak (Boyar, 2008: 149) ancak kanaatimizce eksik kalacaktır. Bu tespiti ilk bölümde değinildiği gibi yargısal hesap verebilirliğin önemi de eklenmelidir.

Bu tartışmalardan çıkan sonuç; hukuk felsefesi yaklaşımlarının yolunun metoda uğrayarak yargı-siyaset ve en nihayetinde aktivizm tartışmalarına çıktığıdır. Bu fikirlerin tamamının yargının konumuna dolaylı da olsa değindikleri ortadadır. Yargıya tanınan alanı ise olgusal, kurumsal ve metodolojik sınırlar çevrelemektedir. Bunlardan ilki olan olgusal sınırlar, yargı kurumlarının diğer kuvvetler ve toplumla arasındaki stratejik ilişkiler çerçevesinde ele alınabilir ki bunu realist teorinin mekanist yorum anlayışı olarak adlandırdığına değinilmişti. İkincisi hukuki bir sınırlamadır ve daha çok devletin teşkilat yapısına ilişkindir. Şüphe yok ki yargının “negatif kanun koyucu” olma niteliğinin sınırını yasa koyucunun asli yetkisi belirler. Yukarıda zikredilen ve yorumu “mümkün olduğunca” norm metni ile sınırlandırmaya çalışan yaklaşımların amacı da kuvvetler ayrılığı ve öngörülebilirliği korumaktır. Bu açıdan bakıldığında hukuki belirsizliğin hâkim olduğu hukuk dünyasının sınırlarını “otantik yorumu” yapan kurumun ilişki içinde olduğu diğer kurumlar ve toplumsal yapılar belirleyecektir. Bu sınırlar özellikle yargısal davranış çalışmaları açısından önem taşımaktadır.

Üçüncüsü ise olgusal ve kurumsal sınırlamadan bağımsız olamayacağına uzunca değinilen yöntembilimdir. Yöntembilim anayasa hukuku çerçevesinde başvurulacak tüm ilke ve normların somut olayın özellikleri çerçevesinde belirli bir sistematikte uygulanması yoluyla yargı kararını sınırlama amacı taşır. Buna rağmen normun somut olayı yeterince kuşatmaması hâlinde yargıcın öznel hukuki değerlendirmelerinin kaçınılmaz biçimde karara etki edeceği durumlar vardır (Müller, 2009: 53). Yöntembilim, bilhassa iki noktada toplumsal yapı ve buna bağlı hukuk felsefesinin etkisi altındadır. Bunlardan ilki “önanlayıştır”. İkincisi ise güncel yaklaşımların başvurdukları rasyonel tartışma, diğer bir deyişle “diskurs teorileridir”. Bu teorilerde “[...] metodolojik olmaktan çok, siyasal bir cevher ve talep görmek daha doğru olur. Bu cevher ve talep de sağlıklı işleyen demokratik devlet ve toplum olarak kodlanabilir” (Sancar, 1995: 139, 142).

Keyfiliğin önüne çıkarılacak engel ve kabul edilebilirliğin genelgeçer hâle gelmesi aynı zamanda keyfiliğin kaynağı olan önanlayışın “rasyonel” biçimde tartışılmasıyla ve gerekçelendirilmesiyle mümkün olabilir. Zira daha evvel belirtildiği gibi hukuki yorum hem bilme hem de irade işlemi olarak tezahür eder (Oder, 2010: 279). Yargı kararının bilme işlemini aşan kısımları açısından “irade işlemi” şeklinde ortaya çıkan kararın öznel boyutu ancak gerekçelendirildiğinde denetlenebilir ve meşru olur. Bu şekilde yargıcın “öznel önanlayışı” yerini

anayasal, çoğulcu demokrasiden beslenen, uzlaşmaya dayalı bir önanlayışa bırakır (Sancar, 1995: 106, 149). Diğer bir deyişle alternatiflerinden daha “kabul edilebilir” kararlara giden yol çoğulcu demokratik taşlarla örülmüştür. Bu sebeple somutlaştırma yaklaşımının temel hak ve özgürlüklerin korunması odaklı olduğu söylenebilir (Boyar, 2008: 148).

Anayasa yargısının meşruiyetinin liberal paradigma içerisinde incelendiği başlıkta görüldüğü üzere; ilkeler bazında farklı önceliklere sahip siyasal rejimlerde, yargıdan beklenen işlevlerin ve dolayısıyla yorum unsurlarının kullanımının, öncelik verilen hususlar çerçevesinde değişeceğini kabul etmek gerekir (Smilov, 2012: 871). Tarihsel unsur, yasa koyucunun iradesini ortaya koymak; sözel unsur, norm metnine bağlılığı sağlamak yoluyla kuvvetler ayrılığını ve hukuk güvenliğini tesis etmek açısından fayda sağlayabilecek unsurlardır. Bunlara karşılık dinamik bir yorum elde etmek için teleolojik unsura başvurmak daha verimli olabilir. Hukuksal bütünlüğü sağlamaksa sistematik yorumu gerekli kılacaktır. Dolayısıyla değişen öncelikler ve ihtiyaçlar yorum unsurları arasında da öncelikler belirlenmesini gerektirebilir. Ancak güncel yaklaşımların sistematik geliştirme çabalarında da gördüğümüz şekliyle; hukuk güvenliğinin tesisi için sözel unsurun öncelikli olduğu, bunu genetik ve sistematik unsurun hukuki ilke ve değerleri kapsayacak biçimde takip ettiği ve en nihayetinde öznel değerlere dayanan; teleolojik (sonucun “iyi” olması ya da “sonuç meşruiyeti”) ve deontolojik gerekçelendirmeler gerektiren unsurlara geçilmesi gerektiği kabul edilebilir (Oder, 2010: 296).

Görüldüğü üzere uygulanacak her metodun sosyolojik bagajları vardır. Bunlar iktidar ilişkilerinden ve stratejilerinden bağımsız okunamazlar. Bu etkileşim egemenlik ve iktidarın sınırlanması çerçevesinde gelişir ve yasayı (metni) oluşturan, onu uygulayan ve yasa çerçevesinde uyuşmazlıkları çözen organlar; diğer bir deyişle egemenliğin fonksiyonları arasında somutlaşırlar. Bir yargı kararının alternatiflerinden daha makul olduğu düşüncesi, bu fikre kaynaklık eden meşruiyet anlayışıyla bağlantılıdır. Bu aynı zamanda hem anayasa yargısının hem de anayasanın kendisinin meşruiyet kaynağıdır. Daha evvel değindiğimiz gibi “rasyonel tartışma”, “hesap verebilirlik” gibi fikirler dahi büyük oranda modernitenin düşünsel temellerine dayanır ve metodu zorunlu kılarlar. Somut bir örnek vermek gerekirse; “hak temelli” bir yorumdan bahsedebilmek ancak temel hakların tanımını yapmakla mümkün olabilir. Bu da önanlayışın, “tarihsel-toplumsal” boyutunu ortaya koyar. Her zaman ve mekânda geçerli bir rasyonaliteden bahsetmek mümkün değildir (Harel, 2003: 247). Dolayısıyla yöntembilim, bizatihi birtakım siyasal stratejilerle şekillenebileceğinden (Sancar, 1995: 98), bize karara etki eden değişkenleri istediğimiz şekilde soyutlayabileceğimiz bir laboratuvar vermez ancak; kararın arkasında yatan varsayımları ve ilişkileri deşifre edebileceğimiz, analitik bir strateji sunabilir. Böylelikle bir kararın meşruluğu anlamlı bir tartışmaya tâbi tutulabilir (Feteris, 2019:213-214).

Anayasayla, karşılaştırmalı hukukla, hukukun temel ilkeleriyle ve ilgili alana özgü ilkelerle kanıtlama ve gerekçelendirme yoluna gidilmiş; yukarıda önerilen yöntemlerle sınırlandırılmış kararların makul oranda yargı kurumlarının özneliliğinden arınmış olduğunu kabul etmek gerekir. Böylece yargı kararının oluşturulma süreci hukuki hâle gelir ancak sonuçları siyasal kalmaya devam eder ancak; kaçınılmaz olarak siyasal süreçlere ilişkin olan anayasaya uygunluk denetimi, bu tip kararlar yoluyla “müzakereci demokrasinin unsuru” hâline getirilebilir (Oder, 2010: 241-242). Yargının idealize edilen tarafsızlığı yerine siyasal etkileşimin de bir parçası olarak görülen daha gerçekçi bir tutumla ele alınmasının önü açılır. Yargı kararları, aktivizm gibi belirsiz kavramlarla polemik konusu hâline getirilmek yerine rasyonel tartışmaya konu edilebilir. Önemli olan teorik olarak aktivist olması anayasacılık bağlamında zorunlu olan mahkemenin temel hak ve özgürlükler eksenli²³ kararlar alması ve hukuki ilkelerin içini siyasal güç ilişkilerine göre değil yöntemsel dürüstlüğe göre doldurmasıdır.

Duverger’nin benimsediği siyasetin koşullara uygun tanımını (Duverger, 1971: 13-15), Smilov’un siyasal rejime bağlı önceliklerini (Smilov, 2012: 871) ve Alexy’nin göreceli doğruluk anlayışını (Alexy, 1989: 220) harmanlayarak söyleyebiliriz ki; hukuki istikrarı, öngörülebilirliği ve kuvvetler ayrılığını korurken, toplumsal yaşamın dinamizmini yakalayabilecek ve hukukun temel ilkelerini ihlal etmeyecek bir yargılama yönteminin benimsenmesi ancak; içinde bulunan sosyal ve hukuki koşullara bağlı ama aynı zamanda evrensel ve rasyonel ilkelerin de korunduğu bir anlayışla mümkün olabilecektir.

²³ Özellikle bireysel başvuru imkânının tanınmasıyla birlikte Türk Anayasa Mahkemesi’nin Dworkin’den mülhem “amaç-temelli” yorumdan “hak temelli” yoruma yöneldiği sıkça dile getirilmektedir. Bunun en güncel örneği AYM Başkanı Arslan’ın 3 Ocak 2023 tarihli bir sempozyumda yaptığı açılış konuşmasıdır. Arslan daha evvel yazdığı bir makaleye (Arslan, 2002) atıfla mahkemenin daha evvel benimsediği “ideoloji eksenli” yaklaşımın yerini “hak eksenli” yorum yaklaşımına bıraktığını belirtmiştir. Konuşma metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu>. Erişim tarihi: 14/04/2023.

3. ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL DAVRANIŞI: HİBRİT BİR ANALİZ

Bu bölümde önceki bölümlerde ileri sürülen tez ve varsayımlar doğrultusunda yargısal davranışa Türkiye özelinde etki etmesi muhtemel faktörler ele alınacaktır. Bu amaçla ilk olarak yargısal davranışın norm denetimi ve bireysel başvuru istatistiklerine dayalı nicel bir fotoğrafı ortaya konmaya çalışılacaktır. Ardından stratejik davranışın unsuru olabilecek formel ya da informal aktörlerin AYM ile geliştirdikleri ilişkisel bağlamın nicel (merkezi bütçe payı, oy oranları) ve nitel (ölçülebilir olmayan diğer tüm unsurlar) değerlendirmesi yapılacaktır.

Sayısal verilere dayalı ilk kısmı takiben, nicel analizin göstermekte yetersiz kaldığı hususlarda, vakaların nitel ağırlıklarının temel alındığı karar incelemesi kısmı gelmektedir. Bu bölümde bilinçli ya da bilinçsiz şekilde benimsenen ve yargıcın önanlayışını oluşturan siyaset ve hukuk felsefesi yaklaşımlarının yarışan hukuk metotlarıyla ilişkisine odaklanılacaktır. Böylelikle icra edilen yargısal davranış şekillendiren yasal değişkenler ve diğer davranış modelleri açısından önem taşıyan kararların nitel ağırlıkları birlikte analiz edilmeye çalışılacaktır.

İncelenecek vakaların hukuki analizinden evvel kullandıkları metodolojik unsurların ve nitel ağırlıklarının tespit edilmesi hedefiyle teorik arka planlarına kısaca değinilecektir. Böylece yöntemsel tercihlerin düşünsel ve sosyal bagajlarının yanı sıra ilgili kararların aktörler açısından nasıl bir gerçekliğe karşılık geldiğinin de ortaya konulması amaçlanmaktadır.

İncelenecek kararların seçiminde yargısal karar verme modellerinde dikkate değer bulunan değişkenlerin mümkün olduğunca izole edilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede;

1) Mahkemelerin kriz anlarında olağan dönemlerden farklı tutum geliştirdikleri varsayımıyla kararların politik kırımlarla ilişkili olması ve böylece görece olağan vakaların elenmesi,

2) İncelenen kararlarda metodolojik tercihlerin ve mahkemenin değişen eğilimlerinin tespiti için karşıoyların da incelenmesi,

3) Üye kompozisyonundaki değişikliklerin etkisinin yorumlanabilmesi amacıyla mümkün olduğunca aynı üyelerin imzası bulunan kararların ya da benzer vakalarda farklı üyelerin kararlarının incelenmesi

4) İncelenen kararlara ilişkin sayısal verilerin detaylandırılarak aynı dönemde nitel karar incelemesi yoluna gidilmeyen kararlara ilişkin sayısal verilerle mukayese edilmesi,

5) Sınırlılıklar sebebiyle detaylı bir incelemeye gidilmese de sonuç kısmında kamuoyu oluşturan vakaların çalışmadan edinilen verilerle birlikte değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

3.1. Kurumsal Olarak Anayasa Mahkemesi

1876 Kanuni Esâsi'sinden bu yana anayasaya uygunluk kavramı tanınmaktaydı ancak bu denetim yalnızca siyasaldı.²⁴ 1961 Anayasa'sı ise yargısal denetimin Avrupa modeline göre düzenlendiği ilk metin olmuştur. Bu tarihten itibaren Anayasa Mahkemesi Türkiye siyasetinin önemli konu başlıklarından birisi hâline gelmiştir. Mahkeme'nin 1961 Anayasası'nın kuruluşunda belirlenen kurumsal izleğe göre aldığı pozisyon hem güncel siyasette hem de daha evvel bahsedildiği gibi literatürde çok defalar tartışılmıştır. 1982 Anayasası döneminde de benzer tartışmalar sürmüş ve nihayetinde mahkeme kompozisyonunu da etkileyen gerek yasal gerekse sosyo-politik değişikliklerle bugünlere gelinmiştir.

AYM'nin kuruluşu, görev ve yetkileri 1982 Anayasası'nın 146 ila 153. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 07/05/2010 tarih ve 5892 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2010 yılında yapılan referandumla kabul edilmesini takiben 30/03/2011 tarih ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile mahkemenin çalışma usul ve esasları yeniden belirlenmiştir. Yine 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla 6771 Sayılı Kanun kabul edilmiş ve bu kanun uyarınca anayasada yapılan değişikliklere uyum için bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapan 02/07/2018 tarih ve 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 6216 Sayılı Kanun'da da değişiklik yapılmıştır.

2010 yılında yapılan değişiklikler, üye sayılarını ve görev sürelerini değiştirmekle birlikte AYM'ye bireysel başvuru imkânı getirmiştir. Buna göre 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve ek protokollerden Türkiye'nin taraf olduklarının kapsamına girenlerin ihlali iddiasıyla herkes AYM'ye bireysel başvuru yapabilmektedir (Anayasa, 1982: 148).

Anayasa Mahkemesi'nin yargısal davranışının analizini; stratejik ilişkilerinin, yargıçların bireysel etkilerinin ve yasal sınırlılıkların hesaba katıldığı bir tablo aracılığıyla sunmak için aşağıda stratejik modele konu olabilecek hususlar ve yargıçların profillerine ilişkin veriler çalışmanın incelediği dönemle sınırlı biçimde derlenecektir.

²⁴ 1876 Kanuni Esâsi'sinin 64. maddesi Heyeti Âyan'a siyasal denetim yetkisini şu ifadeyle veriyordu: "Heyeti Âyan Heyeti Mebusandan verilen kavanin ve muvazene lâyiğâlarını tetkik ile eğer bunlardan esasen umuru diniyeye ve Zatı Padişahının hukuku seniyesine ve hürriyete ve Kanunu Esasi ahkâmına ve Devletin tamamıyeti mülkiyesine ve memleketin emniyeti dahiliyesine ve vatanın esbabı müdafaa ve muhafazasına ve adabı umumiyeye hâlel verir bir şey görür ise mütalâasını ilâvesile ya kat'iyen red veyahut tâdil ve tashih olunmak üzere Heyeti Mebusana iade eder ve kabul ettiği lâyiğâları tasdik ile Makamı Sadarete arzeyler ve Heyete takdim olunan arzuğâlları bittetkik lüzum görür ise ilâvei mütalâa ile beraber Makamı Sadarete takdim eder".

3.2. Üye Kompozisyonu

2010 yılında yapılan ve bölüm girişinde bilgisi verilen değişikliklerden önce geçerli olan 2949 Sayılı Kanun döneminde AYM onbir asıl ve dört yedek üyeden oluşmaktaydı ve üyelerin tümü Cumhurbaşkanı tarafından seçilerek atanmaktaydı. Üyelerin görev süreleri ise sınırlandırılmamıştı. 2010 yılında yapılan değişikliklerle üyelerin görev süreleri oniki yılla sınırlandırılmış ve yeniden seçilememeleri esası getirilmiştir. 2017 tarihli anayasa değişiklikleri sonucu Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu düzenleyen 1982 Anayasası'nın 146. maddesine göre mahkemenin daha evvel onyedi olan üye sayısı onbeşe düşürülmüştür. Ancak 2017 yılında varlıkları sona eren Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden gelen üyelerin emekliliklerine kadar üyeliklerinin süreceğine yönelik düzenleme uyarınca Nuri Necipoğlu'nun emekliliğiyle birlikte mahkeme onaltı üyeli olarak çalışmış ve Serdar Özgüldür'ün emekliliğiyle birlikte bu sayı onbeşe düşmüştür (6216 Sayılı Kanun, 2011: Geçici 2/3).

Onbeş üyenin ikisi, Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından her boş yer için göstereceği üç aday içinden; bir diğeri baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce (TBMM) seçilmektedir. Dolayısıyla TBMM kanalıyla toplam üç üye seçilmektedir (Anayasa, 1982: 146/1-2).

Cumhurbaşkanı ise üyeleri benzer usullerle Yargıtay'dan üç, Danıştay'dan iki, Yükseköğretim kurumlarından en az ikisi hukukçu olacak şekilde üç ve üst kademe yöneticiler arasından, serbest avukatlardan, birinci sınıf hâkim ve savcılardan ve en az beş yıl görev yapmış raportörler arasından dört üye olacak şekilde seçmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üye sayısı onikidir. (Anayasa, 1982: 146/3).

Bu koşullar altında anayasa koyucunun AYM üyelerinin seçilmesi yetkisini TBMM ve Cumhurbaşkanı arasında ikincisine ağırlık verecek şekilde paylaştırdığı ve bunu kâfi görmeyip bu yetkiyi Sayıştay, Danıştay, Yargıtay, YÖK ve baro başkanlarının dâhil olduğu bir sistemle sınırlandırdığını söylemek mümkündür (Gözler, 2021).

Mevcut düzenlemelere göre AYM üyeleri, bir defaya mahsus olmak üzere, oniki yıl için seçilirler ve altmışbeş yaşını doldurmaları hâlinde emekliye ayrılırlar. “Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi hâlinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması hâlinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer” (Anayasa, 1982: 147).

Bu başlık altında incelenecek dönem itibariyle görev yapmış olan mahkeme üyelerinin öğrenim bilgileri, mesleki kariyerleri, kim tarafından ve ne zaman atandıkları ve yargısal karar verme açısından önemli görülebilecek diğer bilgilerinin derlenmesiyle profilleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

ÜYE İSMİ	BAŞLA MA	AYRIL MA	SEÇEN/ATA YAN	MESLEK/KUR UM	ÖĞRENİM ALANI	ÖĞREN İM DURU MU	DOĞUM YERİ
KILIÇ	1990	2015	Özal	Sayıştay	İKTİSAT	Lisans	Çiçekdağı/Kır şehir
NECİPOĞL U	2010	2018	Gül	Askeri Hakim/Savcı	HUKUK	Lisans	Makedonya
PAKSÜT	2005	2018	Sezer	Diplomat/Dışişle ri Bakanlığı	HUKUK	Lisans	Ankara
KALELİ	2005	2019	Sezer	Avukat	HUKUK	Lisans	Terme/Samsu n
KÖMÜRCÜ	2008	2020	Gül	Hâkim/Savcı	HUKUK	Lisans	İskilip/Çorum
ÖZGÜLDÜ R	2004	2020	Sezer	Askeri Hâkim/Savcı	HUKUK	Doktora	İstanbul
ÜSTÜN	2010	2021	Gül	Hâkim/Savcı	HUKUK	Lisans	Polatlı/Ankar a
AKINCI	2010	2022	Gül	Avukat	HUKUK	Lisans	Afyonkarahis ar
DURSUN	2010	2022	TBMM	Sayıştay	KAMU YÖNETİMİ	Lisans	Bayburt
YILDIRIM	2010	Hâlen	Gül	Akademisyen/Y ÖK	İKTİSAT	Doktora	İstanbul
TOPAL	2012	Hâlen	Gül	İdari Hâkim	MALİYE	Yüksek Lisans	Isparta
ARSLAN	2012	Hâlen	Gül	Akademisyen/Y ÖK	SİYASAL BİLGİLER/HU KUK	Doktora	Sorgun/Yozga t

KUZ	2013	Hâlen	Gül	Başbakanlık/CB Genel S. Yrd.	HUKUK	Yüksek Lisans	Ankara
GÖKCAN	2014	Hâlen	Gül	Hâkim/Savcı	HUKUK	Yüksek Lisans	İskilip/Çorum
ÖZKAYA	2014	Hâlen	Erdoğan	Hâkim/Savcı/Da nıştay	KAMU YÖNETİMİ	Yüksek Lisans	Tarsus/Mersin
GÜLEÇ	2015	Hâlen	TBMM	Sayıştay	ULUSLARAR ASI İLİŞKİLER	Lisans	Sivas
AKYEL	2016	Hâlen	Erdoğan	İçişleri/CB Danışmanı/Sayış tay	SİYASAL BİLGİLER	Doktora (İŞLET ME)	Şenkaya/Erzu rum
HAKYEME Z	2016	Hâlen	Erdoğan	Akademisyen/Y ÖK	HUKUK	Doktora	Çaykara/Trab zon
SEFERİNO ĞLU	2019	Hâlen	Erdoğan	Avukat	HUKUK	Lisans	Ardeşen/Rize
MENTEŞ	2019	Hâlen	Erdoğan	Hâkim/Savcı/Ba kan Yrd.	HUKUK	Lisans	Malatya
BAĞCI	2020	Hâlen	Erdoğan	Hâkim/Savcı/Mü steşar Yrd.	HUKUK	Yüksek Lisans	Elmadağ/Ank ara
FİDAN	2022	Hâlen	Erdoğan	Hâkim/Savcı	HUKUK	Lisans	Fatsa/Ordu
YAŞAR	2022	Hâlen	TBMM	Avukat	HUKUK	Lisans	Mecitözü/Çor um
İNCE	2022	Hâlen	TBMM	İçişleri Bakan Yrd./Sayıştay	SİYASAL BİLGİLER	Yüksek Lisans	Çanakkale

Tablo 1: AYM Üyelerinin Görev, Atanma, Meslek, Öğrenim ve Doğum Yeri Bilgileri

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri menşeli literatürde örneklerine rastlandığı gibi Mahkeme üyelerinin metodolojik yaklaşımlarına, siyasi görüşlerine ve hatta kişisel yaşantılarına kadar geniş ölçekte bilginin edinilmesi AYM üyeleri açısından pek mümkün görünmemekle birlikte kimi üyelerin akademik çalışmaları yahut işbu çalışmanın konusuyla ilişkili olabilecek medyaya yansıyan bilgilerine değinilmesi mümkündür. Ayrıca üyelerin siyasi görüşüne dair fikir verebileceği düşüncesiyle daha

evvel siyasi pozisyonlarda yahut siyasi yönü ağır basan bürokratik pozisyonlarda bulunup bulunmadıklarının tespit edilmesi de önem arz edebilir. Bu bağlamda, takip eden kısımda üyelerin yukarıda sayılan ve erişilebilen bilgilerine değinilecektir. Çalışmanın gerektirdiği çerçevenin dışında bilgi verilmeyecek diğer bir deyişle çizilen kapsam içerisinde öne çıkan bir husus bulunmadığı takdirde üyenin özgeçmişine yer verilmeyecektir.

Üyelerin akademik çalışmaları, hukuki ön anlayışlarına ilişkin fikir edinilmesini sağlayabilir. Örneğin AYM başkanlığı görevini yürüten Zühtü Arslan kamu yönetimi mezunu olmakla birlikte insan hakları ve sivil özgürlükler alanında yüksek lisans ve anayasa hukuku alanında doktora yapmıştır. Arslan'ın, anayasa yargısı, hukuk ve siyaset, ifade özgürlüğü, insan hakları, özgürlük-güvenlik ilişkisi gibi konularda akademik çalışmaları bulunmaktadır. Başkan, 2015 yılından bu yana yürüttüğü başkanlık görevine 2019 yılında ikinci ve 2023 yılında üçüncü kez seçilmiştir.

2019 yılından bu yana başkanvekilliği görevini yürüten Hasan Tahsin Gökcan ise “Devletin Yetkilerinin Sınırlandırılması ve 1982 Anayasası” isimli yüksek lisans tezini 1991’de tamamlamıştır ve özellikle ceza hukukuna ilişkin çalışmaları bulunmaktadır.

Engin Yıldırım, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi’nden mezun olmuş, yüksek lisansını ve doktorasını Birleşik Krallık’ta tamamlamıştır. Yıldırım’ın, çalışma ekonomisi, yönetim bilimleri ve sosyoloji alanlarında akademik çalışmaları bulunmaktadır.

Yusuf Şevki Hakyemez, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünden mezun olmuştur. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans ve doktorasını tamamlamıştır. Akademisyen olan ve anayasa hukuku, insan hakları ve devlet doktrinleri alanlarında çalışmalar yapan Hakyemez’in “Militer Demokrasi Anlayışı” ve 1982 Anayasası”, “Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı” adlı eserleri bulunmaktadır. Hakyemez, 2012 ile 2015 yılları arasında Türkiye İnsan Hakları Kurulu üyeliği yapmıştır.

Yıldız Seferinoğlu, ilk ve ortaöğrenimini Rize’nin Ardeşen ilçesinde tamamlamıştır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu olan üye, İstanbul’da serbest avukatlık yapmıştır. 1 Kasım 2015 genel seçimlerinde Adalet ve Kalkınma Partisi listesinden 26. Dönem İstanbul Milletvekili olarak seçilmiştir. Milletvekilliği görevinin ardından bir süre Adalet Bakanlığı’nda bakan yardımcılığı yapmıştır.

Malatya’da doğan Selahaddin Menteş, ilk ve ortaöğrenimini Elazığ’ın Sivrice ilçesinde tamamladıktan sonra 1994 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Mesleki kariyerine hâkim olarak devam etmiştir. 2014-2017 yılları arasında müsteşar yardımcılığı görevinde

bulunmuştur. Mayıs 2017 Ekim 2017 tarihleri arasında Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu Başkanı olarak görev yapmıştır.

Basri Bağcı, 1988 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Exeter Üniversitesinde uluslararası insan hakları hukuku alanında yüksek lisans yapmıştır. Mesleki kariyerini hâkim ve savcı olarak sürdürmüştür. Çeşitli idari pozisyonların akabinde Adalet Bakanlığı müsteşar yardımcılığı görevinde bulunmuştur. 05/07/2017 tarihinde Yargıtay üyesi olmuş ve 02/04/2020 tarihinde Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir.

İrfan Fidan, ilk ve ortaöğrenimini Ordu'da tamamlamıştır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Mesleki kariyerini savcı olarak sürdürmüştür. 16/01/2015 ila 26/07/2016 tarihleri arasında vekâleten sürdürdüğü İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı görevinde 27/11/2020 tarihine kadar kalmış ardından Yargıtay üyesi olmuştur. Burhan Üstün'ün görevinin sona ermesi üzerine, Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından 23/01/2021 tarihinde Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir.

İrfan Fidan, Yargıtay üyeliğinin süresinin çok kısa olması ve bu sürecin sırf AYM'ye atanması için gerçekleştirildiği, dolayısıyla anayasanın öngördüğü usullerin anlamsız kılındığı eleştirilerine maruz kalmıştır.

Kenan Yaşar, ilk ve ortaöğrenimini İskilip'te tamamlamış ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Mesleki kariyerine serbest avukat olarak devam eden Yaşar, 2007-2015 yılları arasında İnsan Hakları ve Demokrasi Derneği Başkanlığı görevini icra ederken “Kamu Güvenliği ve Özgürlükler Dengesi” üzerine çalışmalar yürütmüş ve iki dönem Çorum Barosu Başkanı olarak görev yapmıştır.

Adalet ve Kalkınma Partisi'nin Çorum İl Başkan Yardımcısı iken 12 Haziran 2011 tarihinde yapılacak genel seçimde aynı partiden Çorum milletvekilliği için aday adayı olmuş ancak aday gösterilmemiştir. 15/01/2022 tarihinde baro başkanlarının oyları ile Anayasa Mahkemesi'nde (Celal Mümtaz Akıncı'dan) boşalan serbest avukatlık kontenjanı için TBMM'ye sunulacak üç isim arasında ilk sırada yer almıştır. 19/01/2022 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir.

Muhterem İnce, ilk ve ortaöğrenimini Balıkesir'in Edremit ilçesinde tamamlamış ve İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2000 yılında Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yüksek lisansını tamamlamıştır. Kaymakam adayı olarak başladığı mesleki kariyerinde çeşitli görevlerde bulunmuştur. 07/09/2016 tarihinde İçişleri Bakanlığı müsteşarlığına atanmış ve ardından anayasa değişikliği sonrası bakan yardımcısı olarak göreve

devam etmiştir. 29/6/2022 tarihli TBMM Genel Kurulu'nda Sayıştay üyeliğine seçilmesinin ardından yine TBMM Genel Kurulu'nda yapılan seçimle 05/10/2022 tarihinde AYM üyeliğine Hicabi Dursun'un yerine seçilmiştir.

Tıpkı İrfan Fidan'ın Yarıtgay üyeliği süreci gibi Muhterem İnce de Sayıştay üyeliğine getiriliş süreci ve Sayıştay'da görev yaptığı sürenin kısalığı sebebiyle eleştirilere maruz kalmıştır.

Genellikle Adalet ve Kalkınma Partisi'ne yönelik kapatma davasında, partinin kapatılması yerine hazine yardımından yoksun bırakılması yönünde karar vermesiyle anılan Serruh Kaleli, ilk ve ortaöğrenimini Ankara Ted Koleji'nde tamamlamıştır ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Kariyerine serbest avukat olarak devam etmiştir. 19/7/2005 tarihinde Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir ve 03/05/2019 tarihinde emekli olmuştur. Kaleli emekliliğinin hemen ardından Ziraat Bankası Yönetim Kurulu Üyesi olarak göreve başlamıştır. Yönetim kurulu üyeliği hâlen devam etmektedir.²⁵ Ayrıca Kaleli'nin oğlunun henüz AYM'de görev yaptığı sırada Adalet ve Kalkınma Partisi'nden milletvekili aday adayı olduğu ve sonrasında aday adaylığından çekildiği yönünde haberler yapılmıştır.²⁶

CHP eski milletvekili Mehmet Emin Paksüt'ün oğlu olan Osman Alifeyyaz Paksüt, ilk ve ortaöğrenimini Ankara Ted Koleji'nde tamamlamıştır ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Kariyerine Dışişleri Bakanlığı'nda meslek memuru olarak devam etmiştir. Helsinki Büyükelçisi iken Temmuz 2005'te Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından üst düzey yönetici kontenjanından Anayasa Mahkemesi asıl üyeliğine seçilmiş ve 03/11/2018 tarihinde emekli olmuştur. Kaleli'nin aksine Paksüt'ün kapatma davasındaki kanaati partinin kapatılması yönünde olmuştur.

Alparslan Altan, ilk ve orta öğrenimini Yozgat'ın Çayıralan ilçesinde tamamlamış İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Mülkiyet hakkına ilişkin doktora tezini Gazi Üniversitesi'nde tamamlamıştır. Kariyerine hâkim olarak devam etmiştir. 29/03/2010 tarihinde bir aydır yürüttüğü Denizcilik Müsteşar Yardımcılığı görevindeyken, üst kademe yöneticileri arasından Abdullah Gül tarafından AYM yedek üyeliğine seçilmiştir ve 2010 yılındaki değişikliklerle asil üye olmuştur. Üyenin seçilmesi tıpkı İrfan Fidan örneğinde olduğu gibi eleştirilmiştir (Gözler, 2021; hukukihaber.net, 2010). 2016 yılında tutuklanmasının ardından 04/08/2016 tarihinde AYM Genel Kurulu'nun oybirliğiyle aldığı kararla üyelikten çıkarılmıştır (Alparslan Altan [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 35).

²⁵ Ziraat Bankası, "Bankamız Yönetim Kurulu", <https://www.ziraatbank.com.tr/tr/bankamiz/hakkimizda/bankamiz-yonetim-kurulu>, erişim tarihi: 16/10/2023.

²⁶ Odatv, "Serruh Kaleli'den adaylık açıklaması", <https://www.odatv4.com/guncel/serruh-kaleliden-adaylik-aciklamasi-73121>, erişim tarihi: 16/10/2023.

Hâlihazırda görevde olan beş üye Abdullah Gül, yedi üye Recep Tayyip Erdoğan ve üç üye TBMM tarafından seçilmiştir. TBMM tarafından seçilen üyelere yalnızca Güleç, 2016 öncesinde seçilmiş buna karşın diğer iki üye 2022 yılında seçilmişlerdir. Türkiye'nin siyasal sistemi ve parti sistemi düşünüldüğünde TBMM tarafından seçilen isimlerin tamamen iktidar blokunu oluşturan partilerin tercihini yansıttığını düşünmek mümkündür. Özellikle 2016 yılında ve bu tarihten sonra atanan üyelere Yusuf Şevki Hakyemez haricindeki üyelerin siyasi angajmanlarının bulunduğunu ya da en azından idare ile ilişkilerinin nispeten yakın olduğunu düşündürecek veriler vardır. 2016 yılında Erdoğan tarafından seçilen Akyel, kısa bir süre Cumhurbaşkanlığı Başkanışmanlığı görevinde bulunmuştur. 2019 yılında seçilen Seferinoğlu ise daha evvel iktidar partisi milletvekili olarak görev yapmıştır. 2019'da seçilen Menteş bakan yardımcılığı, 2020 yılında seçilen Bağcı, müsteşar yardımcılığı yapmıştır. 2022 yılında seçilen Yaşar, Adalet ve Kalkınma Partisi'nde il başkanlığı yapmış ve milletvekilliği için aday adayı olmuştur. Son olarak yine 2022 yılında seçilen İnce, İçişleri Bakan Yardımcısı olarak çalışmıştır.

2020 yılında seçilen İrfan Fidan, hem başsavcı vekilliği ve başsavcılığı sırasında hazırlamış olduğu iddianameler hem de üyeliğe seçilme süreci sebebiyle kamuoyunda son dönem seçilen üyeler arasında muhtemelen en çok tartışılmış isimdir. Fidan, yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay Genel Kurulu'nun seçtiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmiştir. Fidan'ın, Yargıtay üyesi olarak atanması (Anayasa, 1982: 154/2) yahut AYM üyesi olarak seçilmesinde (Anayasa, 1982: 146) yasal süreç biçimsel anlamda usule uygun işlemiş olmakla birlikte Fidan'ın seçimi öncesinde yaşananlar kamuoyunda tartışmalara neden olmuştur. Zira Fidan, 11/12/2020 tarihinde mazbatasını almış ("Yargıtay Üyeleri Mazbata Töreni", 2020) ve Yargıtay'ın AYM üyeliği için yapacağı seçim, Covid-19 salgını nedeniyle 01/12/2020 tarihinden 17/12/2020 tarihine ertelenmiştir. Bunun üzerine Fidan'ın Yargıtay'a atanması ve seçimin ertelenmesinin kendisini AYM'ye üye seçmek için yapıldığı iddia edilmiştir. Bu süre zarfında Fidan'ın göreve fiilen başlamadan AYM üyeliği için aday olduğu ileri sürülmüş ve daha evvel aday olan iki Yargıtay üyesi adaylıktan çekilmiştir (Anadolu Ajansı, 17 Aralık 2020; Sözcü, 2 Aralık 2020).

Kemal Gözler (2021), Fidan'ın seçimine kadar Yargıtay'dan AYM'ye seçilen üyelerin Yargıtay'da görevde kaldıkları sürenin ortalama dokuz yıl olduğunu ve Fidan'ın en fazla yirmi gün görevde kaldığını tespit etmiştir (Gözler, 2021). Örneğin çok uzağa gitmeden kendisiyle mukayese edebileceğimiz ve yukarıda bilgileri verilen Yargıtay'dan gelen bir önceki üye Basri Bağcı'nın Yargıtay üyeliği yaklaşık 2 yıl 9 ay sürmüştür.

Gözler, her ne kadar yukarıda belirtildiği gibi üyenin seçilmesi sürecinde şeklen mevzuata aykırı bir husus yoksa da anayasa koyucunun 146. maddeyi vaz etmekteki amacının, Yargıtay'da

yapılacak seçimle Cumhurbaşkanının istediği herhangi bir üyenin değil liyakat sahibi ve tecrübeli üyeler arasından yine Cumhurbaşkanınca seçilecek bir üyenin belirlenmesi olduğunu ileri sürmektedir. Gerçekten de belirtilenin dışında bir amaç güdülseydi Cumhurbaşkanına doğrudan seçim yetkisi tanınabilirdi (Gözler, 2021).

İrfan Fidan'ın üyeliğe seçilmesi sürecinin bu denli tartışılmasının bir diğer nedeni savcılık görevi sırasında kamuoyunu ikiye bölmüş pek çok yargılamada rol almış olmasıdır. Bu dönemde hakkında görevini “bağımsız ve tarafsız” olarak yürütmediği, yürütme ile yakın ilişkileri olduğu yönünde çok sayıda haber yapılmıştır (Gözler, 2021). Hatta o dönem iktidar partisi milletvekili olan Mustafa Yeneroğlu, Fidan'ın kamuoyunda Büyükaada Davası olarak bilinen davadan evvel kendisine odasında bulunan masayı işaret ederek “devletin kaderi bu masada belirleniyor” dediğini iddia etmiştir (TV5, 22 Aralık 2020).

Benzer bir sürecin İrfan Fidan'dan evvel, 2016 sonrası üyelikten çıkarılan Alparslan Altan için de gerçekleştirildiği ileri sürülmüştür. Mevcut düzenlemeden farklı olarak mahkeme raportörlerinin üye olarak atanmadığı 2010 yılında Altan, iddiaya göre üst kademe yönetici kontenjanından atanmasını mümkün kılmak için önce Denizcilik Müsteşarlığı Müsteşar Yardımcılığı pozisyonuna getirilmiş, otuz gün sonra da AYM üyeliğine atanmıştır. Sürecin benzerliği ve Altan'ın mesleki tecrübesinin denizcilikle ilişkisinin bulunmaması iddiaları destekler mahiyettedir (Gözler, 2021).

Yukarıda da belirtildiği gibi Altan ve Tercan, terör örgütüne üye oldukları gerekçesiyle tutuklanmalarını takiben meslekten çıkarılmış ve ardından ilgili suçtan cezaları onanmıştır (Yargıtay CGK, E. 2019/337, K. 2021/55; E. 2019/496, K. 2021/119; Anadolu Ajansı, 06 Mart 2019). Altan, savcılıktaki ifadesinde kullandığı “karşıoylar” sebebiyle gözaltına alındığını (Cumhuriyet, 25/07/2016) yargılama sırasında Eski Samanyolu Yayın Grubu Başkanı Hidayet Karaca'nın tutuklanması sonrası yaptığı ve oyçokluğuyla kabul edilemez bulunan bireysel başvuruda AİHM kararlarına atıfla karşıoy kullandığını ve bu sebeple suçlandığını ileri sürmüştür (Anadolu Ajansı, 6 Mart 2019). Bahsi geçen karşıoyda Tercan'ın da imzası bulunmaktadır (Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015).

Bu atama ya da seçimlerin “anayasaya karşı hile” ya da “anayasayı dolanma” olarak tanımlanması başka bir çalışma konusudur (Gözler, 2021). Bu çalışma açısından önemli olan üye seçimlerinin anayasal düzenlemelere uygunluğunun tartışılmasından ziyade bu seçimlerin siyasi angajmanlara işaret edip etmediğidir. Yukarıda zikredilen hususlar en azından kamuoyunun bir kısmında Fidan'ın hükümetle yakın ilişkileri olduğu izlenimi bulunduğunu göstermektedir. Yine özellikle atama usulü uyarınca Altan'ın dönemin siyasi koalisyonlarına uygun bir üye olduğunu söylemek mümkündür. Tezcan'ın atanması sürecinde bahsedilecek medyaya yansımış bir olay

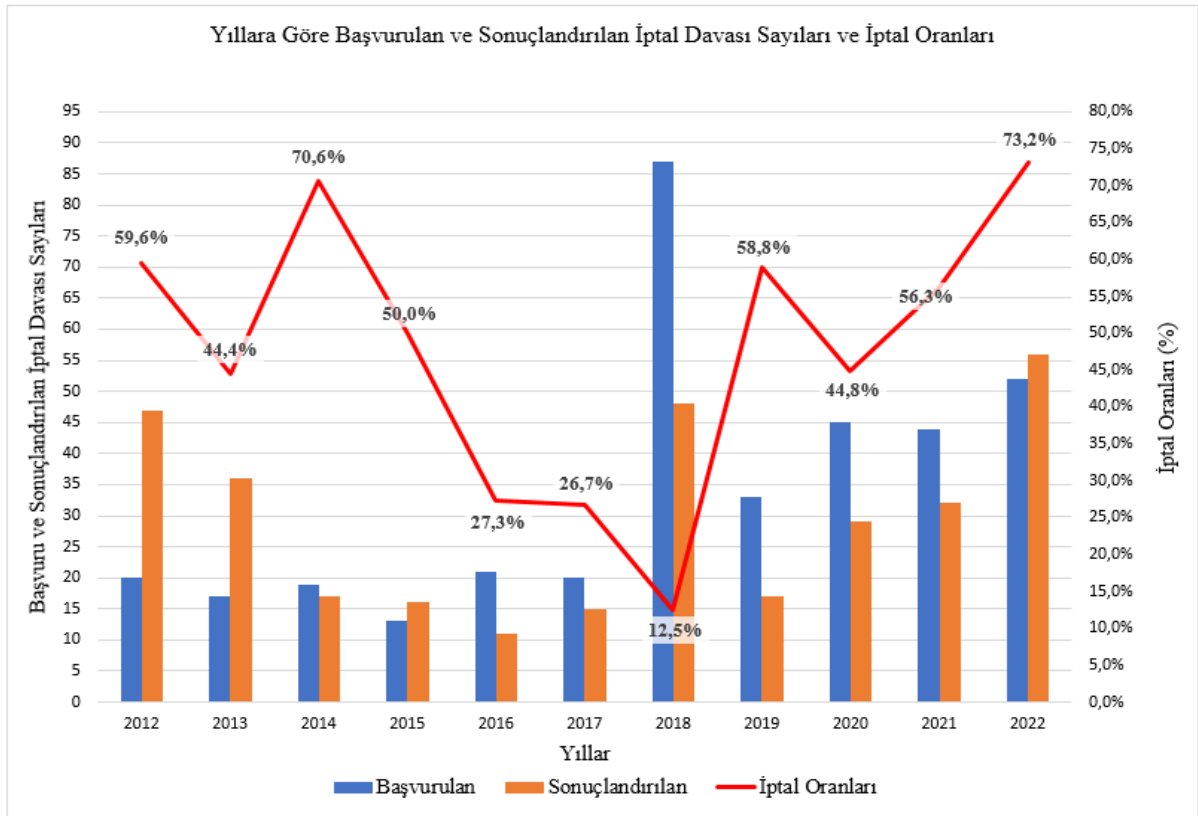
olmamakla birlikte Altan ile aynı suçtan hüküm giymesi benzer değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır. Bu üyelerin seçilmeleri ya da atanmalarında bu tip “anormal” hadiseler bulunsada bundan evvel de mahkeme üyelerinin öyle ya da böyle hâkim siyasi iklimden etkilenecek ilgili pozisyonlara getirildiğini düşünmemek için sebep yoktur. İlk bakışta bu durum sorunlu gibi görülsede yargı mensuplarının birer insan olduklarının kabul edilmesiyle siyasi görüşlere sahip olmalarının kaçınılmaz olduğunun da kabulü gerekir. Önemli olan bu görüşlerinin hukuk metodu içerisinde gerekçelendirilebilir, hesap verebilir ve hakkaniyete uygun olmasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi için olağan karşılanan, üyelere ilişkin detaylı verilerle araştırılabilen (Tushnet, 2005) ve “extra-legal” çalışmaların önünü açan bu durum, AYM için de benzer çalışmaların yapılması zorunluluğunun teyidi niteliğindedir. Üye kompozisyonundaki değişimin yargısal kararlar üzerindeki etkisi stratejik ya da kurumsal modelin yanı sıra tutum modelini de değerlendirmeyi gerektirebilir. Her ne kadar stratejik model üyelerin bireysel tercihlerini göz ardı etmese de bireysel tercihler kurumsal izlekte kırılmalara hatta izleğin yok olmasına sebep olacak kadar etkili hâle gelmiş olabilir. Tüm bu nedenlerle siyasi yönü ağır basan kararlarda üyelerin oylarını tek tek değerlendirmek önemli olacaktır.

3.3. Soyut Norm Denetimine İlişkin İstatistikler

Yargı organlarının aktivizminin en basite indirgenmiş ama kaçınılmaz ölçütü norm denetimlerinde verilen iptal kararlarıdır. Aşağıda AYM’nin 2012 ila 2022 yılları arasındaki soyut norm denetimi kararlarına ilişkin veriler bulunmaktadır. Bunun sebebi çalışmada somut norm denetimi kararlarının hukuki analizinin yürütülmemesi (E. 2003/28, K. 2003/42 ve E. 2022/71, K. 2023/65 sayılı kararlar istisna olmak üzere) ve itiraz başvurularının yasal ve yasal olmayan nedenlerle istatistiksel olarak oldukça farklı konumlanmalarıdır. Bununla birlikte mukayese edilmesi amacıyla çalışma açısından anlam taşıyabilecek dönemlere ilişkin verilere grafiğe dökülmeden yer verilmiştir.

Grafik 1’de mavi sütunlar, belirtilen yıl içinde açılan iptal davası sayısını; turuncu sütunlar, belirtilen yıl içinde sonuçlandırılan iptal davası sayısını; kırmızı çizgi iptal edilen madde (kısmi iptal) içeren karar sayısının sonuçlandırılan dava sayısına oranını göstermektedir. Veriler, AYM’nin son birkaç yıldır her sene açıkladığı norm denetimi istatistiklerinden temin edilmiş olmakla birlikte 2015 ve öncesi iptal sayıları karar bilgi bankasından tüm kararlar taranarak elde edilmiştir. Burada belirtilen iptal oranlarında göz önüne alınan “iptal sayıları” kararda tek bir madde için dahi iptal kararı verilmesi hâlinde kararın iptal kararı olarak kabul edilmesi şeklinde hesaplanmıştır. Diğer bir deyişle söz konusu iptal kararları kısmi iptaller olup tek tek kaç hükmün iptal edildiği ayrıca tespit edilmemiştir. Bu tespitin yapılması hâlinde iptal oranları daha düşük tespit edilecektir.²⁷

²⁷ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin kararların incelenmesi sırasında bu durum dikkate alınmış, kararların her bir hüküm için iptal sayıları ayrıca hesaplanmıştır. Bu bağlamda çalışmada yukarıda değinildiği şekilde iptal kararı olduğu tespit



Grafik 1: Soyut Norm Denetimi İstatistikleri ve İptal Oranları

Belge'nin (2006) çalışmasında yer alan 1990 ila 2000 yılları arasındaki oranlarla mukayese edildiğinde; 1982 döneminin tamamında iptal oranları 2016 ila 2018 yılları arasındaki radikal düşüş göz ardı edilirse her yıl için birbirlerine yakındır. 2016 ila 2018 yıllarında yaşanan siyasal kriz anında iptal oranları 1980 ila 1985 yılları arasındaki duraksama haricinde AYM tarihinin en düşük oranlarıdır. 2016 yılında darbe girişiminin yaşandığı tarihe kadar iptal oranı %33'tür. Buna karşılık darbe girişimi sonrasında bu oran %17'ye düşmüştür. Bu düşüşte olağanüstü hâl KHK'larına ilişkin yeni içtihat etkili olmuştur.

Mahkeme'nin denetim sürecini uzatması ve daha az karara imza atması da davranışın stratejik boyutuna işaret edebilir. Her ne kadar sonuçlandırılan iptal davası sayısı 2014 itibarıyla artmış görünse de 2014 yılı haricinde 2016 yılına kadar sonuçlandırılan iptal davası sayısı açılan dava sayısından fazladır. 2016 ve 2017 yıllarında önceki yıllara göre daha fazla dava açılmasına rağmen sonuçlandırılan dava sayısı düşmüştür. Bu durum farklı etkenlerin tesiriyle oluşmuş olabileceği gibi mahkemenin “bekle gör” stratejisi izlediğini de düşündürebilir.

edilen kararlar dosya düzeyinde iptal kararları, CBK'lara ilişkin kısımda uygulanan yöntemle tespit edilen iptal kararları hüküm düzeyinde iptal kararları olarak tanımlanmıştır.

2018 yılındaki başvuru ve sonuçlandırılan başvuru sayısındaki sert yükselişin sebebi olağanüstü hâl KHK'larını onaylayan kanunların iptali istemiyle açılan davalardır. Bunların bulunduğu kararların verilen toplam karar sayısındaki oranı %56'dır. Benzer anayasal hükümlere (özellikle 87., 89. ve 148. maddeler) dayanılarak iptali istenen hükümlerin yine benzer sebeplerle reddedilmesine karar verildiği için iptal oranı ciddi anlamda düşmüştür.

Bu çalışmada kırılma ya da kriz dönemleri ve özelde olağanüstü hâl dönemleri ele alındığından önceki içtihadın ortaya konduğu 1991 yılındaki iptal oranının 2016 yılıyla mukayese edilmesi de anlamlı olabilir. AYM'nin olağanüstü hâl KHK'larının denetimine ilişkin anayasal hükmün lafzını yorum yoluyla aştığı kararlarını verdiği 1991 yılında verilen on adet norm denetimi kararından sekizinde iptal edilen düzenlemeler bulunmaktaydı. Diğer bir deyişle 2016 yılındaki %27,3'lük iptal oranı, 1991 yılında %80'di. Dolayısıyla bu şekilde belirlenen "iptal oranlarının" aktivizmin ölçütü olarak kabul edilmesi hâlinde AYM'nin 1991 yılında 2016 yılına göre nicel olarak da nitel olarak da daha aktivist bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür.

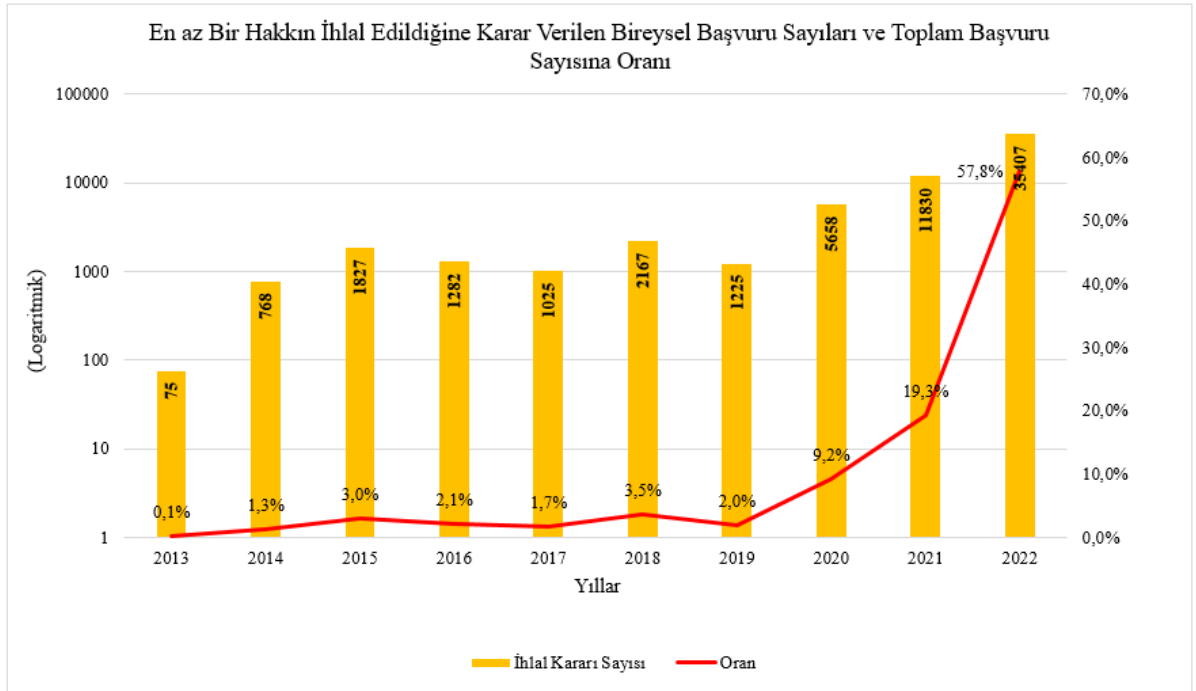
Her ne kadar Belge, 1970'li yıllarda yüksek seyreden iptal oranlarını mahkemenin stratejik davranışının bir parçası olarak yorumlamışsa da bu oranların değişiminde yasal faktörler de etkili olmuş olabilir. Örneğin 2018 yılında ortaya çıkan tablo AYM'nin 1991 yılına göre çok daha az aktivist olduğunu ortaya koyar nitelikte görünmektedir ancak ret kararlarının belirli hükümlerde kümelenmiş olması durumu daha karmaşık hâle getirmektedir. İptal oranındaki düşüşün aynı konuda verilen kararlara dayanıyor olması diğer hususlarda mahkemenin tutumunu koruyup korumadığı sorusunu akıllara getirirse de bir konuda bu denli hacimli olarak dava açılması ve reddedilmesi de pekâlâ mahkemenin davranışı hakkında fikir vermektedir. Dolayısıyla salt nicel analizin sınırlılıklarının farkında olarak son kriz anında mahkemenin 1970'lerin stratejik desteğinden mahrum olduğunu ve kendini sınırlandırma yoluna gittiğini söylemek mümkündür (Belge, 2006: 665-667). Ancak yeniden ifade etmek gerekir ki iptal oranlarının bu şekilde tespit edilerek aktivizmin bir ölçütü olarak kabul edilmesi aktivizmin oldukça basite indirgenmiş bir hâlidir ve her zaman açıklayıcı olmayabilir. Aşağıda 1991 yılındaki içtihatla 2016 yılındaki içtihadın yasal değişkenler ve hukuk metodu çerçevesinde incelenmesindeki amaç bu eksiği gidermektir.

3.4. Bireysel Başvuru Kararlarına İlişkin İstatistikler

Norm denetimi verilerine ilişkin yukarıdaki analizin bir benzerini bireysel başvuru kararları için tekrarlamak mümkündür. Bireysel başvurunun belirli haklara ilişkin ihlal iddialarına dayanması bu tip kararlar açısından daha detaylandırılmış verilere ulaşma imkânı doğurmaktadır. Aşağıdaki veriler AYM'nin her yıl açıkladığı bireysel başvuru istatistiklerinden temin edilmiştir. İlk iki grafik AYM'nin istatistiklerinde de görselleştirilmiş olmakla birlikte çalışma açısından daha büyük önem taşıyan, takip

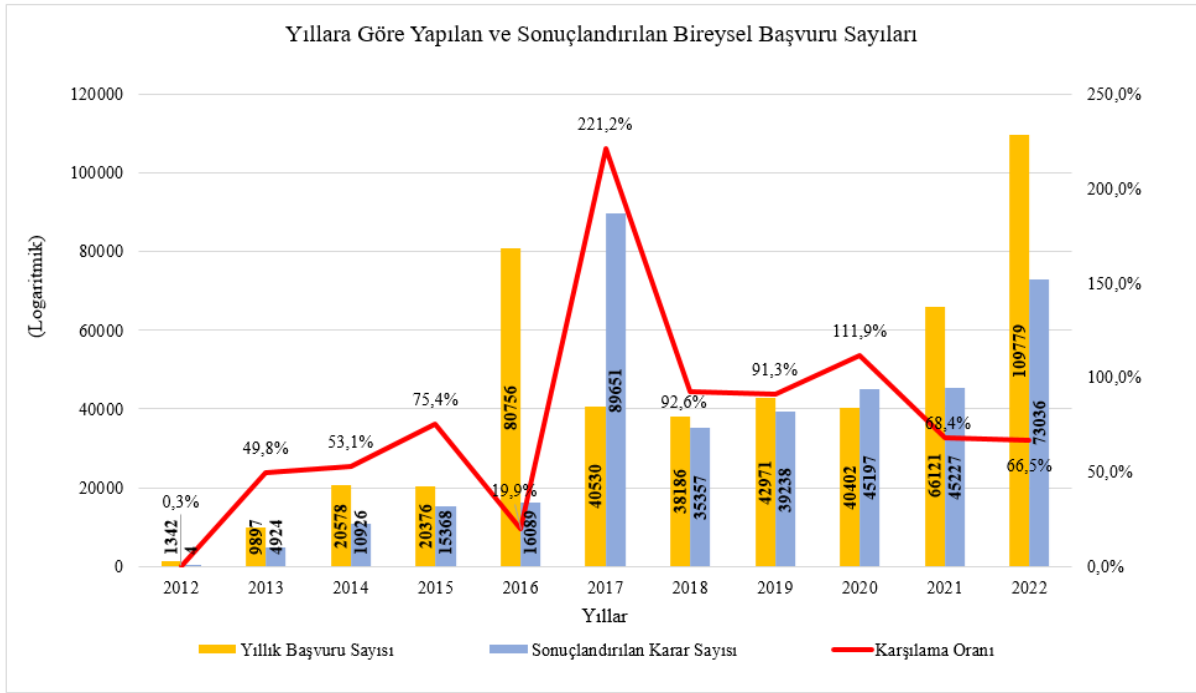
eden grafiklerde belirtilen bazı sayılar ve oranlar yine aynı kaynaktan bulunan verilerden faydalanarak hesaplanmıştır.

Grafik 2’de yer alan logaritmik grafikte turuncu sütunlar her bir yılda verilen ihlal kararı sayısını göstermektedir. Kırmızı çizgi ile gösterilen oran, ihlal kararı sayısının bireysel başvuru imkânının tanındığı 2012 yılından bu yana verilen toplam karar sayısına oranını göstermektedir. Bu oran AYM istatistiklerinde bu hâliyle verildiği için bu çalışmada da grafikleştirilmiştir. Bu oran bütün dönem için anlam ifade etmekle birlikte her bir yıl içinde verilen kararlarda ihlal kararı ağırlığına ilişkin fikir vermemektedir. Bu eksiklik dikkate alınarak Grafik 5 oluşturulmuştur.



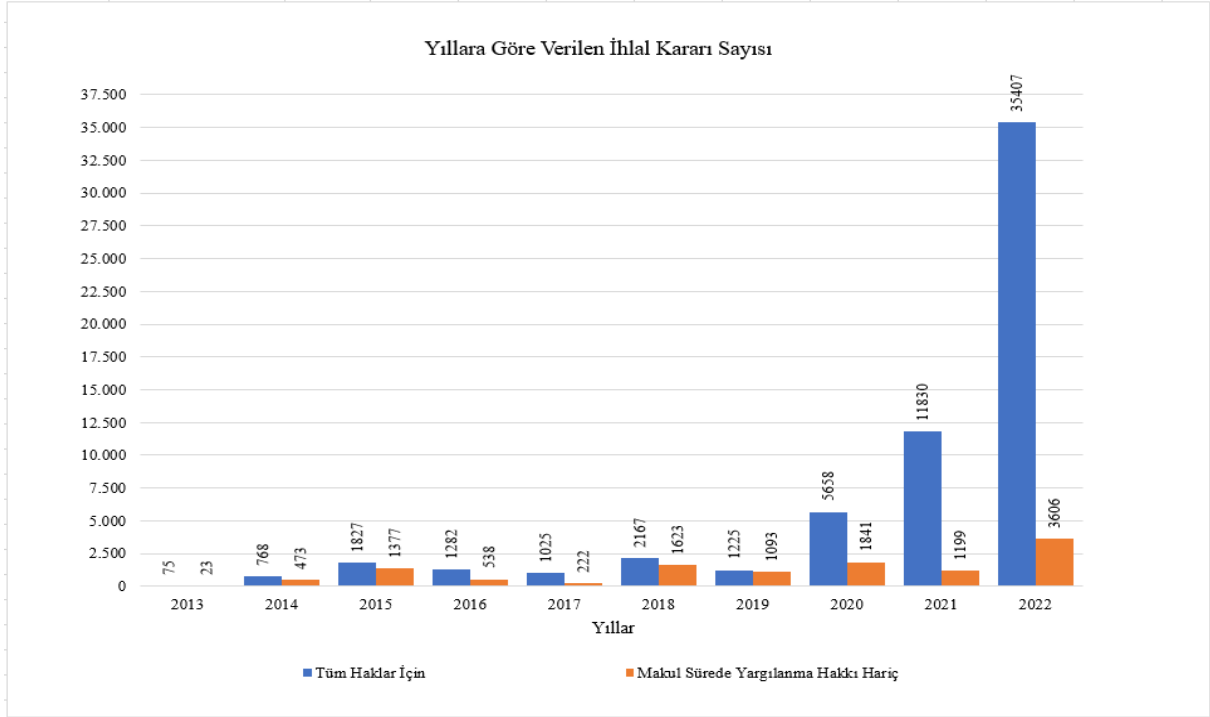
Grafik 2: İhlal Kararları ve Yıllara Göre Oranları

Grafik 2’de görüldüğü üzere 2016 yılında ihlal kararı oranlarında düşüş gözlemlenmektedir. Ancak 2019 yılından itibaren ortaya çıkan yükselişe kıyasla bu oran sınırlı kalmıştır. Yine de son üç yıl hariç tutulduğunda 2015 yılına kıyasla 2016 yılında ihlal kararı oranı %30; 2017 yılında %44 düşmüştür. Son üç yıldaysa AYM, önceki yıllara göre çok daha fazla ihlal kararına imza atmıştır.



Grafik 3: Her Yıl İçin Yapılan ve Sonuçlandırılan Bireysel Başvuru Sayıları

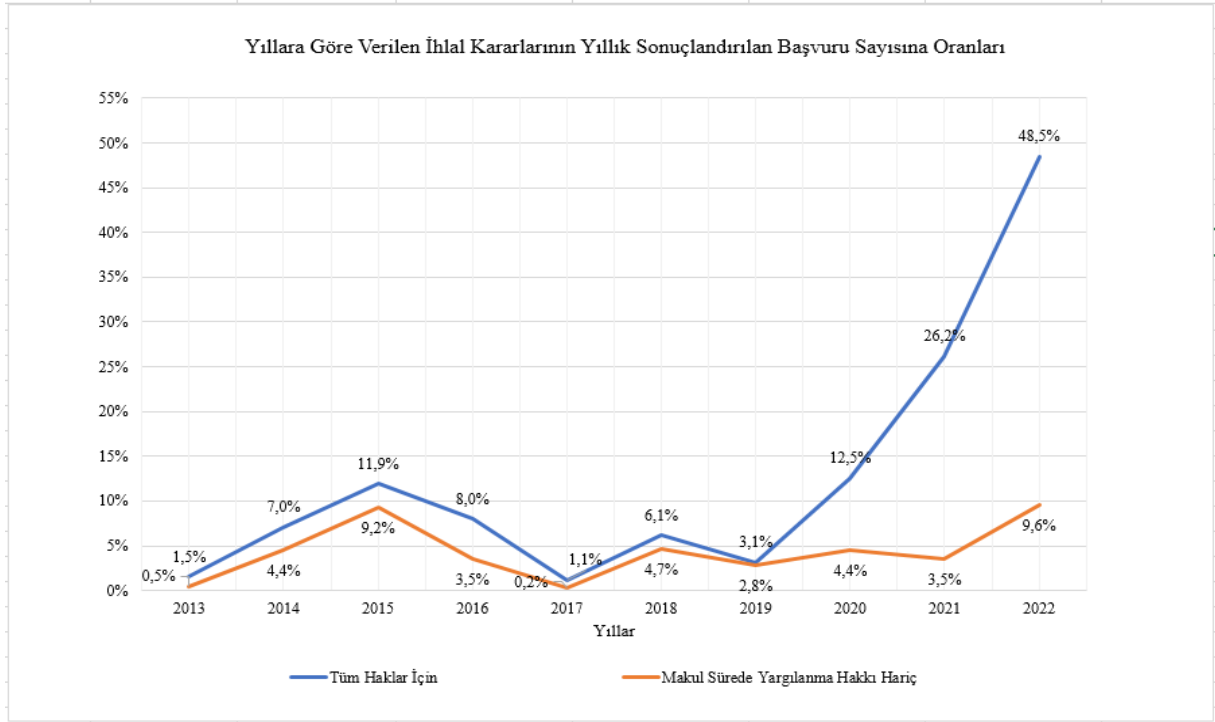
Grafik 3'te gösterildiği üzere Mahkeme'ye yapılan bireysel başvuru sayısında ciddi bir artış vardır. Buna paralel olarak AYM'nin sonuçlandırdığı başvuru sayısı da ciddi artış göstermiştir. Ancak Grafik 4'te gösterildiği üzere son üç yılda tüm dönemler için ihlal karar oranındaki (Grafik 2) artış salt başvuru sayısının artışına bağlı gelişmemiş; artan ihlal kararı oranından da anlaşılacağı üzere Mahkeme bu sonuca ihlal yönünde kararlarını arttırarak etki etmiştir. Diğer bir anlatımla AYM'nin son üç yılda daha fazla ihlal kararı vermesinin tek sebebi başvuru sayısının artışı değil aynı zamanda Mahkeme'nin de ihlal kararı verme oranının yükselmesidir. AYM'nin bireysel başvuru istatistiklerinde buna ilişkin görsel ya da ayrıca veri sunulmamıştır.



Grafik 4: İhlal Kararlarının Yıllara Göre Dağılımı

AYM'nin öne çıkarmış olduğu bütün döneme ilişkin (yıllık ihlal kararı/ihlal kararı sayısı) Grafik 2'de verilen oranların, Mahkeme'nin tutumuna yönelik açıklayıcılığı, yapılan başvuru sayısının sabit olmaması sebebiyle sınırlı kalmaktadır. Bu hususun daha sarıh biçimde anlaşılması için AYM'nin istatistiklerinde belirttiği tüm yıllara oranla ihlal kararı yerine; Grafik 5'te gösterilen her yıl için ihlal kararı sayılarının ilgili yılda sonuçlandırılan başvuru sayısına oranı hesaplanmalıdır. Bu değerler yukarıda norm denetimi açısından önem arz edebileceği belirtilen iptal oranlarının bireysel başvuru için hesaplanmış izdüşümleri olarak düşünülebilir. Bu amaçla Grafik 5'te her yıl için ayrı ayrı ihlal oranları hesaplanmıştır. Bu hesaplamada diğer kararlara göre çok daha fazla sayıda başvuru alan ve ihlal tespit edilen makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararlar dâhil edilerek ve hariç tutularak iki ayrı orana ulaşılmıştır. Mavi çizgi, yıllara göre makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararların ayrılmadığı durumdaki (ihlal kararı sayısı/sonuçlandırılan başvuru sayısı) ihlal oranlarını göstermektedir. Turuncu çizgiye yıllara göre makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararların hariç tutulduğu [(ihlal kararı sayısı-makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin karar sayısı)/(sonuçlandırılan karar sayısı-makul sürede yargılanma hakkına ilişkin karar sayısı)] ihlal oranlarını göstermektedir.²⁸

²⁸ AYM, izlenen yöntemi destekler mahiyette çalışmanın konusuyla da oldukça ilgili ilginç bir karara imza atmıştır. Bkz. Keser Altıntaş [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023.

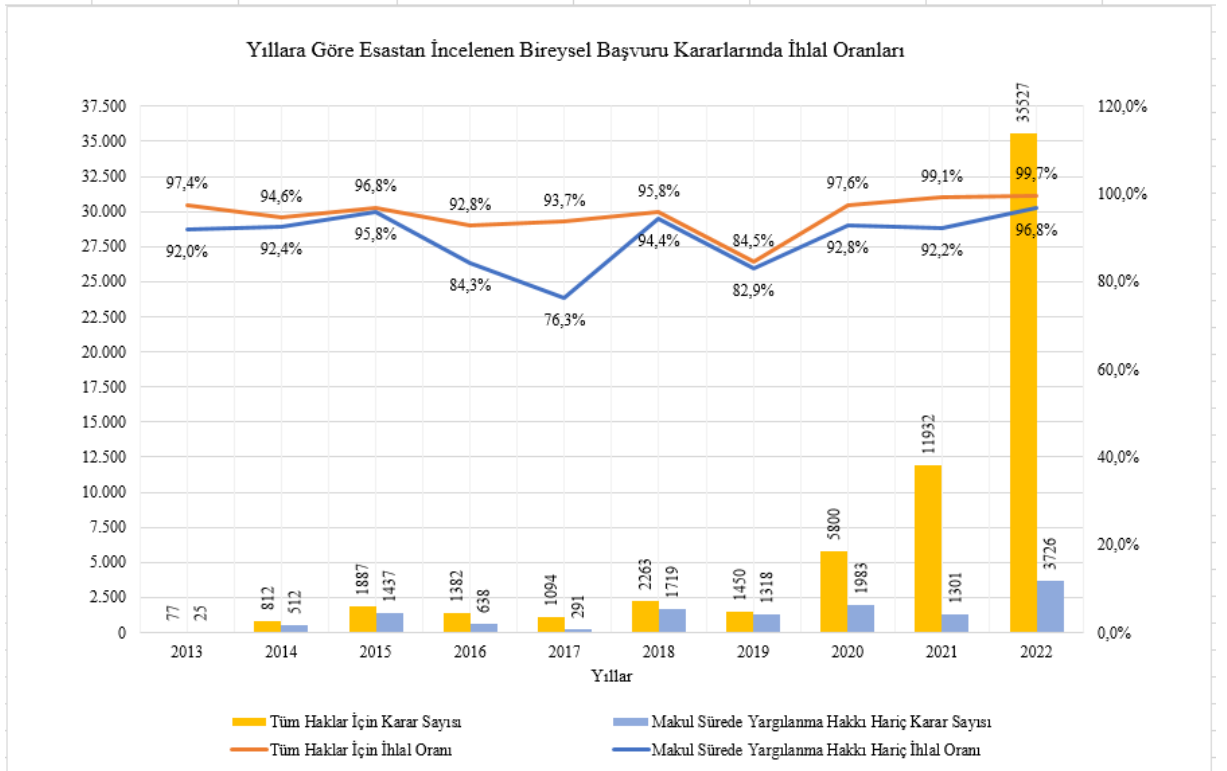


Grafik 5: Yıllara Göre Verilen İhlal Kararlarının Yıllık Sonuçlandırılan Başvuru Sayısına Oranları

Norm denetimindeki iptal oranlarının muadili olabilecek Grafik 5’te belirtilen ihlal oranlarının tıpkı 2016 yılında gözlemlendiği gibi dramatik olarak azalması dikkat çekicidir. Yukarıda norm denetimine ilişkin istatistikler ve Mahkeme’nin tutumu arasındaki bağlantıya dair eleştiriler saklı kalmak üzere; bu istatistikler de 2016 yılında AYM’nin kendisini savunmaya yönelik uyumlu bir tutumu benimsediği tezini destekler niteliktedir.

Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararlar hariç tutulduğunda AYM’nin bireysel başvuru kararlarında yıllık ihlal kararı verme oranı ortalama %4,28’dir. En düşük değer 2017 yılında %0,2 olarak gerçekleşmiştir. En yüksek değerse 2022 yılında %9,6 olarak gerçekleşmiştir ve 2017 yılındaki oranın 48 katıdır.

İlgili bölümlerde değinildiği gibi kabul edilebilirlik şartları gibi görece nötr görünümlü kuralların uygulamada amaç odaklı kullanılmasının mümkün olduğuna dair tezler bulunmaktadır. Bu sebeple bu noktaya kadar ortaya konmuş olan oranlar, bireysel başvuruların kabulü için gereken şartların sağlanıp sağlanmadığına bakılmaksızın (kabul edilebilirlik şartları) sonuçlandırılan tüm kararlar için hesaplanmış oranlardır. Ancak bu durum ilgili koşulların etkisinden arındırılmış kararlara ayrıca bakılmasına mani değildir. Bu amaçla esastan incelenmiş başvurularda ihlal oranları ayrıca hesaplanmış ve grafik hâlinde Grafik 7’de gösterilmiştir.



Grafik 6: Yıllara Göre Esastan İncelenen Bireysel Başvuru Kararlarında İhlal Oranları

Grafik 6’da görüldüğü gibi AYM’nin önüne gelen çoğu başvuru esastan inceleme aşamasına geçememektedir. Bir başvurunun esastan incelenmiş olması durumunda ihlal kararı verilmesi ihtimali oldukça yükselmektedir. Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvuruların da dikkate alınması hâlinde turuncu çizgiyle gösterilen bu oran çok yükselmekte; yıllık ortalama %95,2’ye ulaşmaktadır. Makul sürede yargılanma hakkı hariç tutulduğunda ise bu oran %90’a düşmektedir. Makul sürede yargılanma hakkı görece objektifleştirilebildiğinden olsa gerektir ki 2016 ve 2017 yıllarında ilgili hakkın ihlaline ilişkin kararların dâhil olduğu oran diğer haklara göre daha az düşmüştür. Hatta 2017 yılında diğer haklardaki dramatik düşüşü tersine çevirmiştir. Daha açık ifade etmek gerekirse 2017 yılında makul sürede yargılama hakkına ilişkin ihlal kararı oranı 2016 yılına göre yükselmiştir. Bunun dışındaki haklar bakımından 2016 yılındaki kırılmaya bağlı ihlal oranı düşüşü esastan incelenen başvurularda da gerçekleşmiş görünmektedir. Makul sürede yargılanma hakkı özelinde görece objektif kalabilen haklar bakımından karşımıza çıkan bu ayrışma stratejik davranışı destekleyecek bir olgu olarak değerlendirilebilir. Belirsizliğin görece az olduğu bu tip kararlar politik etkiye daha az açık olabilir böylece AYM bu hususlarda hem stratejik davranıyor olabilir hem de içtihadı olarak belirli bir patika benimsemesi kolaylaşabilir. CBK’lara ilişkin kısım bu görüşü destekleyecek bulgular içermektedir.

Grafik 3 ve Grafik 6 birlikte incelendiğinde 2016 yılında başvuru sayısının önceki yılın neredeyse dört katı olduğu görülmektedir. Buna karşın 2016 yılında sonuçlandırılan başvuru sayısı %7 kadar artmıştır. 2017 yılında sonuçlandırılan başvuru sayısında ciddi bir artış vardır. Buraya kadar norm denetiminde ters bir tablo ortaya çıkmaktadır; norm denetiminde mutlak olarak iddia edilemese de AYM'nin "bekle gör stratejisi" izlemiş olma ihtimali olduğu düşünülebilir. Bireysel başvuru söz konusu olduğundaysa 2017 yılı Mahkeme'nin şimdiye kadar en çok başvuruyu karara bağladığı yıl olmuştur. Esastan incelenen ve sonuçlandırılan başvuru sayısı dikkate alındığında norm denetimi için 2018 yılında gerçekleştiği ileri sürülen belli başlı konulardaki yığılmanın bireysel başvurular açısından 2017 yılında gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Esastan incelenen başvurulara yansımayan bu artış, Mahkeme'nin 2017 yılında "bekle gör" stratejisi izlemiş olabileceği yönündeki argümanı zayıflatır da önceki yıla göre daha aktif bir tutum izlediği sonucuna da varılamaz. Aksine ihlal oranındaki düşüş AYM'nin "kaçınma" olarak ifade edilebilecek bir strateji izlediğini düşündürmektedir. Öyle ki esastan incelenen başvuruların sayısı da 2017 yılında düşmüştür. AYM, düşünüldüğünün aksine konjonktüre bağlı olarak hiç de "nötr" olmayabilecek kabul edilebilirlik koşullarını, mezkûr stratejisinin bir parçası hâline getirmiş olabilir.

Bireysel başvuru kararlarının nicel incelemeye norm denetimine nazaran daha uygun olduğu ileri sürülebilir. Zira bireysel başvuru kararlarında ihlali ileri sürülen hak, kararı daha spesifik hâle getirmektedir. İhlal edilen hakkın belirli olması bireysel başvuruları sayısallaştırılmaya daha müsait kılmaktadır.

Aynı şekilde bireysel başvuru AYM'ye ilişkin literatürde dikkat çeken tespiti destekler şekilde hem anayasa koyucunun iradesi hem de Mahkeme'nin süregelen uygulaması açısından stratejik bir kurumdur. Zira bireysel başvurunun kabul edilmesinin temel gerekçesi bizatihi stratejiktir. 07/05/2010 tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 1982 Anayasası'nın 148. maddesine bireysel başvuru kurumunu ekleyen ilgili maddesinin gerekçesi bu durumu ortaya koymaktadır. Gerekçede bireysel başvuru yolunun temel hak ve özgürlükler açısından önemine değinilmekle birlikte hem hacim olarak hem de sıralama olarak öncelik stratejik hedefe verilmiştir. Buna göre;

Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.

Anayasa koyucunun stratejisinin bir parçası olan bireysel başvuru yolu, AYM'nin uygulaması bakımından da Mahkeme'nin stratejik davranışının bir aracı olarak görülebilir. Buna göre genel kabul norm denetiminde uyum stratejisi izleyen Mahkeme'nin, bireysel başvurularda daha dirençli davrandığı şeklindedir. Böylece iktidar kanadından gelen sert eleştirileri göğüslerken kamuoyu nezdinde görece popüler kalabilmektedir²⁹ (Hazama, 2023; Oder, 2018; 2022).

Dolayısıyla sosyo-legal bir çalışma açısından bireysel başvuruların incelenmesi ayrıca önemi haizdir. Yukarıda değinildiği gibi ihlal iddiasının konuya özgülenmiş olması ve siyasi yönü çok daha açık vakalar sunabilmesi sebebiyle norm denetimi ve bireysel başvurular arasındaki usul farklılıkları önemini yitirmekte ve bu kararların politik yönünün yargısal davranışın incelenmesindeki önemi artmaktadır. Diğer bir deyişle sosyo-legal çalışmalar açısından bireysel başvurular ile norm denetimi arasındaki usule ilişkin farklılıklar ihmal edilebilir. Kaldı ki yasal materyalin önemi ve kullanımındaki (bireysel başvurunun konu bakımından sınırları gibi) farklılıklar stratejik olma özelliğini desteklemekte ve varsa stratejik etkenlerin daha görünür olmasına imkân tanımaktadır.

Mahkeme'nin hükümetin görüşüyle ters düştüğü açık olan kararlarında özellikle ilk derece mahkemeleriyle de çatışması, AYM'nin bireysel başvurularda norm denetimindeki tutumundan farklı bir tutum geliştirdiği yönündeki tezi ve zikredilen stratejik davranışına ilişkin tezleri destekler nitelikte olmakla birlikte AYM'nin bu tutumunun hangi saiklerle ortaya konulduğunu saptamak kolay değildir. Sözü edilen tutum, anayasa koyucunun başta zikredilen politikasının bir sonucu olabileceği gibi, yasal materyalden çıkarılacak hukuki bir gereklilik ya da hükümetle ve kamuoyuyla kurulan denge ilişkisinin bir sonucu da olabilir.

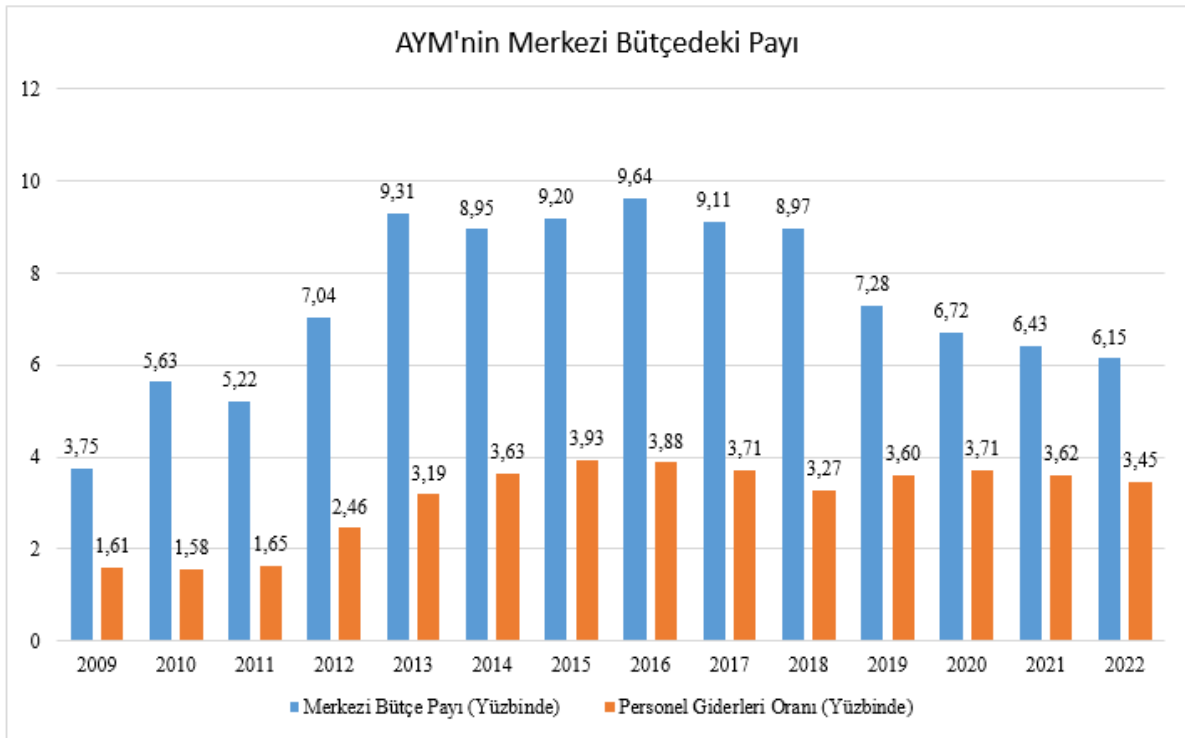
Sonuç olarak norm denetimine ilişkin hukukun ve insan davranışının yapısından kaynaklanan ve yukarıda zikredilen çekincelerin bireysel başvuru kararları açısından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Yukarıda norm denetimine ilişkin verilerin yorumunda belirtildiği gibi bireysel başvuru kararlarına ilişkin istatistikler de fikir vermekle birlikte bu oranları pek çok faktörün ayrı ayrı ve hatta birlikte etkilemesi mümkündür. Dolayısıyla bu tip bir analiz, kararların “niteliksel ağırlıklarını” ve varsa yasal faktörleri dikkate alan bir analizle desteklenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada sınırlılıklar itibarıyla yalnızca norm denetimi kararları için yapılacak karar incelemeleri bu amacı taşımaktadır.

²⁹ Katılımcıların %57,3'ünün, AYM'nin ilgili tarihte anayasa değişikliklerine ilişkin verdiği son kararın hukuki değil siyasi olduğu yönünde görüş bildirdiği 2010 yılında yapılan bir araştırma için bkz. <https://www.metropoll.com.tr/arastirmalar/siyasi-arastirma-9/1691>. (erişim tarihi: 20/06/2023). Ayrıca 2020 yılında aynı araştırma şirketi tarafından yayımlanan Türkiye'nin Nabızı raporunda seçmenin %64,2'si AYM'nin yetkilerinin kısıtlanmaması gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir. Raporda, AKP seçmeninde bu oran %50 iken MHP seçmeninde %60 olarak belirtilmiştir. Raporun ilgili kısmı için bkz. <https://tinyurl.com/2p9fjame>.

3.5. Anayasa Mahkemesinin Merkezi Bütçedeki Payı

Yargı kurumlarının davranışlarının stratejik analizinde önemine değinmiş olduğumuz mali özerkliklerinin, ölçülmesi en kolay değişkenlerden birisi olduğunu söylemek mümkündür. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un Merkezi Bütçe başlıklı 4. maddesi uyarınca "Mahkeme, merkezi yönetim bütçesi içerisinde kendi bütçesi ile yönetilir" (6216 Sayılı Kanun: 4).

Cumhurbaşkanlığı Stratejik Bütçe Başkanlığı ve Maliye Bakanlığı tarafından ilan edilen verilere göre merkezi bütçeden mahkemeye ayrılan paylar 2009-2022 yılları arasında Grafik 7'de görüldüğü gibi gerçekleşmiştir. AYM'nin toplam giderleri; personel giderleri, sosyal güvenlik primi giderleri, mal ve hizmet alım giderleri, cari transfer, sermaye gideri kalemlerinden oluşmaktadır. Personel giderlerinin üyeleri en çok etkileyecek kalem olduğu düşüncesiyle personel giderlerine ayrıca dikkat çekilmiştir. Personele ayrılan miktarın yıllara göre değişiminin aynı grafikte gösterilmesi amacıyla personel giderlerinin tüm merkezi bütçeye oranı aynı ölçekte verilmiştir.³⁰



Grafik 7: AYM'nin Merkezi Bütçedeki Payının Yıllara Göre Değişimi

Verilere göre 2010 yılıyla başladığını söyleyebileceğimiz yükseliş 2016 yılından sonra yerini düşüşe bırakmıştır. Personel giderlerinin de 2010 yılından itibaren artış gösterdiği dikkate alındığında

³⁰ "Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunları", <https://muhasabat.hmb.gov.tr/merkezi-yonetim-kesin-hesap-kanunlari>; "Merkezi Yönetim Bütçe Kanunları", <https://www.sbb.gov.tr/merkezi-yonetim-butce-kanunlari/#1550658802053-28e1db68-a098>, erişim tarihi: 25/09/2022.

bireysel başvurunun kabulüyle merkezi bütçe payının artışı arasında bir ilişki olduğu düşünülebilir. Bu artışın aksine AYM'nin yükünün ciddi anlamda arttığı son birkaç yılda personel giderlerinin merkezi bütçedeki payı çok fazla değişmemiştir. Ayrıca mahkemenin 2009 yılından sonra farklı bir binaya taşınmasının farklı masrafları beraberinde getirmiş olması da mümkündür.

2016 yılında norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarına ilişkin istatistiklerde gözlemlenen değişim Mahkeme'nin merkezi bütçedeki payında da gözlemlenmektedir. Ancak karar istatistiklerinin aksine 2016 yılından birkaç sene sonra bütçe payında toplanma yoktur, aksine düşüş sürmektedir. Bu farklılığın personel giderlerinden ziyade diğer masraflara ayrılan tutardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Personel masrafları önemli bir değişiklik göstermese de özellikle mal ve hizmet alım giderlerinde ciddi farklılıklar oluşmuştur. Mahkeme'nin merkezi bütçe payında zirveye ulaştığı 2016 yılı oranıyla 2011'den sonra en düşük seviyeye gerilediği 2022 yılı oranı arasında %36'lık bir fark vardır. Bu düşüşün mali açıdan mahkemenin özerkliğine zarar vermesi olasıdır. Ancak son üç yılda iptal ve ihlal oranlarında ortaya çıkan yükseliş mali özerkliğin azalmasının kararlarda hükümet lehine bir değişikliğe sebep olacağı tezini desteklememektedir. Hatta bütçe payındaki düşüşün Mahkeme'yi cevap mahiyetinde -kararların hukuki analizi zorunlu olmakla birlikte- daha aktivist bir tutum izlemeye sevk ettiği ileri sürülebilir. Nihayetinde 2016 yılından sonra karar istatistiklerine yansıyan dalgalanmaların bütçe payında gözlemlenmemesi; diğer bir deyişle 2016 yılından sonra Mahkeme'ye ayrılan bütçenin kısıtlanmasına rağmen yargısal davranışın buna duyarlı görünmemesi, yargısal davranışın siyasi konjonktüre göre mali özerklik faktöründen daha az etkilendiğine işaret ediyor olabilir. Ancak yukarıda sözü edilen personel ve taşınma giderleri ve sair teknik detaylar bakımından bu verinin daha sağlıklı bir analizi farklı disiplinlerden destek almayı gerektirmektedir.

3.6.İktidar Bloku ve Oy Oranları

Literatür taramasında belirtildiği gibi hem uluslararası yazında hem de AYM'yi konu edinen çalışmalarda iktidar blokunun veya devlet organlarının homojen ya da parçalı yapısının stratejik davranışı etkilediği ileri sürülen tezler arasındadır. Türkiye özelinde ordu, kamuoyu, barolar, diğer mahkemeler ve siyasi partilerin yanı sıra AİHM'in pozisyonu da bugüne kadar AYM'nin davranışlarında etkili rol oynamışlardır. AYM, bu aktörlerin bir veya birkaçıyla kimi zaman ittifak kurmuş kimi zaman çatışmış görünmektedir (Alphaz, 2019; Belge, 2006; Ünsal, 1980).

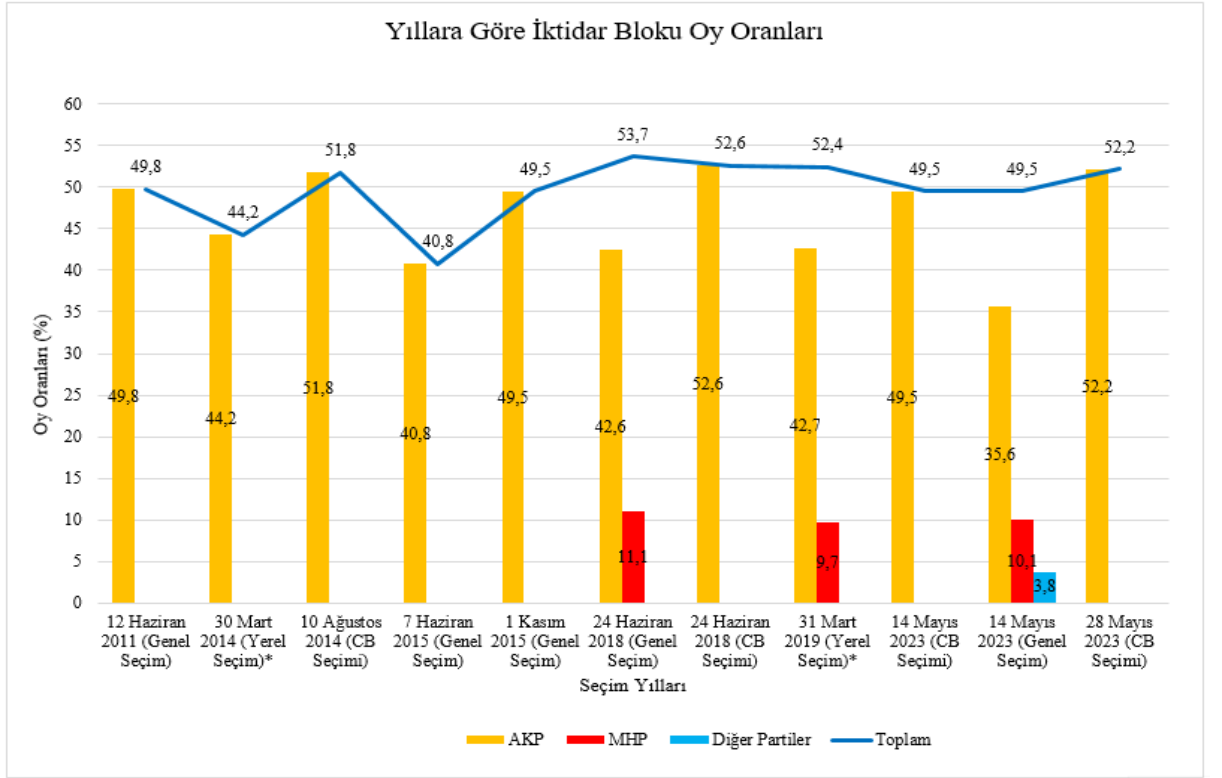
Daha evvel ifade edildiği gibi politik belirsizliğin arttığı bir atmosferde mahkemelerin güçlen(diril)mesi eğilimi ortaya çıkabilir. Yasama ve yürütme organlarının görece zayıf olması ve farklı siyasi partilerin bu organlarda söz sahibi olması mahkemelerin daha geniş bir hareket alanına

kavuşmalarını sağlayabilir (Belge, 2006: 655; Stone Sweet, 2000: 55). Benzer bir durum yerel yönetimlerle merkezi hükümet arasındaki parçalanmışlık için de geçerli olabilir (Chavez, 2003).

Çalışmanın konu edindiği yıllarda 2015 yılındaki kesinti haricinde iktidar partisi ve takip eden süreçte iktidar partisi ve Milliyetçi Hareket Partisi'nden (MHP) oluşan iktidar bloku, parlamento çoğunluğuna sahip olmuştur. Bununla birlikte mahkemenin görevleri ve kompozisyonunda 2010 yılında yapılan değişikliklerden önce hâkim anlatının vurguladığı gibi merkezin hegemonyasını sürdüren üyelerin çoğunlukta olduğu bir AYM'den söz etmek mümkündür. Demirtaş, bu tarihten kısa süre sonra Fethullahçı Terör Örgütü olarak anılacak grupla hükümetin bir çeşit koalisyon kurdukları ve bu koalisyonun parçalanmasına kadar geçen sürede AYM'nin bu koalisyonla uyumlu bir davranış geliştirmeye başladığını ileri sürmüştür. Bu informal ittifakın parçalanmasıyla yakın dönemlerde Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ve Cumhurbaşkanı Abdullah Gül arasında da bir kopuş yaşanmıştır. İttifaktaki dağılmanın ardından 2016 yılına kadar geçen sürede AYM, özellikle bireysel başvurular yoluyla hükümete karşı görece dirençli bir tutum izlemiştir (Demirtaş, 2022: 177, 198-200).

2016 yılında meydana gelen darbe girişimi sonrasında AKP ve MHP arasında yeni bir ittifak kurulmuştur. 16 Mart 2018 tarihli 7102 sayılı Kanun ile siyasi partilerin seçimlere ittifak hâlinde girebilmelerinin önü açılmıştır. Bu tarihten sonra iki parti yalnızca seçimlerle sınırlı olmayan bir ittifak geliştirmişlerdir. Zamanla Cumhur İttifakı adını alacak ittifak, seçimlerde nispeten az oy alan partileri de kapsayacak şekilde genişlemiştir. Ancak ittifakın dominant paydaşları AKP ve MHP olmaya devam etmiştir. Dolayısıyla oy oranları dikkate alınarak yapılacak stratejik bir analiz için ittifak tarihine kadar AKP'nin, bu tarihten sonra ise Cumhur İttifakı'nın oy oranlarının değerlendirilmesi gerekecektir. Zira 2017 yılında yapılan referandumla hükümet sistemi de değiştirilmiş ve cumhurbaşkanının iktidar partisine göre önemi hem hukuken hem de Cumhurbaşkanının bireysel özellikleri nedeniyle artmıştır.

Bununla birlikte yukarıda belirtildiği gibi mahallî idarelerle merkezi idare arasındaki parçalanmışlığın iktidar bloğunun gücünün sınırlarına ilişkin fikir verebileceği düşüncesiyle yerel seçimlerde ittifakların aldıkları oy oranları da dikkate alınmıştır. Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde tek aday etrafında toplanan ittifakın oy oranı adaylarının aldığı oy oranı olarak verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı seçimiyle aynı tarihte yapılan milletvekilliği seçimindeyse ittifakın ve partilerin oy oranları AKP ve MHP için ayrı ayrı, daha az oy alan partiler için “diğer” kategorisi altında toplam oy oranı şeklinde verilmiştir. Muhalefet partilerinin aldığı oy oranlarına grafikte ayrıca yer verilmemiştir. Bununla birlikte stratejik davranışta önem taşıyacağı kabulüyle, aynı tarihlerde muhalefetin aldığı toplumsal desteğin bir ölçütü olan bu oranlar, verilerin değerlendirilmesine dâhil edilmiştir.



Grafik 8: Yıllara Göre İktidar Bloku Oy Oranları

Grafik 8’de görüldüğü üzere 2023 yılında yapılan seçimlere kadar incelenen aralıkta AKP’nin aldığı en düşük oy oranı 2015 yılı genel seçimlerinde elde edilen %40,8’dir. Öyle ki bu oran, genel seçimlere göre düşük kalan yerel seçimlerde alınan oy oranlarının da altında kalmıştır. Aynı yılın kasım ayında yapılan seçimlerdeyse oy oranı %49,5 olmuştur. Bu seçimde ilerleyen dönemde Cumhur İttifakının parçası olacak MHP’nin oy oranı %11,9 olmuştur.

2017 yılında yapılan anayasa değişikliği referandumu Cumhur İttifakının ilk sınavı olmuş ve değişiklik %51,41 oranıyla kabul edilmiştir. Bu tarihten sonra 2018 yılında yapılan seçimlerde 2015 yılında aldıkları oy oranlarına göre AKP yaklaşık %14, MHP yaklaşık %7 oy kaybetmiştir. Buna karşılık aynı tarihte yapılan cumhurbaşkanlığı seçiminde ittifakın ortak adayı Recep Tayyip Erdoğan, oyların %52,6’sını almıştır. Bu oran iki partinin oy oranlarının toplamından 1,1 puan düşüktür. Takip eden 2019 yerel seçimlerinde ittifakın toplam oy oranı hafifçe düşmekle birlikte önemli bir değişiklik olmamıştır. Ancak tıpkı anayasa değişikliği referandumunda nispeten büyük şehirlerde “hayır” oylarının fazla çıkması gibi büyükşehir belediye başkanlıkları muhalefet blokunun adaylarına geçmiştir.

2023 yılında yapılan milletvekilliği genel seçiminde AKP’nin oy oranı ele aldığımız 12 yılın en düşüğü olan %35,6’ya gerilemiş ancak MHP oy oranını büyük ölçüde korumuştur. Cumhurbaşkanlığı seçiminden hemen önce yapılan anketler, yıllar sonra ilk defa cumhurbaşkanının rakibinin seçimi önde

bitirme ihtimali olduğu izlenimini doğurmuştur. Buna karşılık 2018 yılında %52,6 oranında oy alan Recep Tayyip Erdoğan %50'nin üzerinde oy alamamış olsa da ilk turda birinci olmuştur. Muhalefet bloğunun adayı Kemal Kılıçdaroğlu ilk turu geride kapatmış ancak o güne kadar Recep Tayyip Erdoğan'a karşı en yüksek oyu alan aday olmuştur. İkinci turda adaylardan birinin oy oranının %50'den fazla olacağı kesin olduğundan ilk turun sonuçları önceki seçimlerle mukayese etmek için daha elverişli görünmektedir. Ancak böyle bakıldığında dahi Erdoğan'ın oy oranı sınırlı düzeyde azalmıştır. Dolayısıyla 2015 yılından bu yana iktidar partisinin oyunun gitgide azaldığı ancak Erdoğan'ın oyunun aynı ölçüde azalmadığı görülmektedir. Bununla birlikte büyük şehirlerde, belediye başkanlığı seçiminde ve anayasa referandumunda görüldüğü gibi Erdoğan'ın ve Cumhur İttifakı'nın oy oranları 2023 seçimlerinde az nüfuslu illere göre daha düşüktür.

2010 yılı sonrasında oluşan iktidar bloku, parlamenter sistem içinde tek bir partinin iktidarı ve onunla ittifak kuran informal bir yapıdan oluşmaktadır. Bu süreci Avrupa Birliği'ne (AB) uyum politikaları da desteklemektedir. Aynı dönemde 12 Haziran 2011 tarihli seçimlerde AKP'nin oy oranı %49,8'dir. 2010 ve 2011 yıllarında iptal oranlarında gözlemlenebilecek düşüşün bu güçlü ittifak yapısından kaynaklandığı düşünülebilir. 2009 yılında %60 seviyesinde olan iptal oranları 2011 yılında %35'in altındadır. Ancak zikredilen iktidar blokunda 17/25 Aralık 2013 tarihlerinde tamamıyla görünür hâle gelen çatlaktan önce 2012 yılından itibaren iptal oranları artış göstermiştir. Darbe girişiminin yaşandığı 2016 yılından sonra dramatik biçimde düşen iptal oranlarının 2015 yılında neden düştüğü ve 2012 yılında neden yükseldiği ise bu seviyede bir analizde açıklanamayacaktır.

Aynı dönemde bireysel başvurulara ilişkin kararlarda 2015 yılı ihlal oranı önceki yıllara göre yüksektir. 2016 yılına giden süreçte ittifak içerisindeki kırılmada AYM'nin bireysel başvurular üzerinden hükümete karşı bir tutum geliştirdiği iddia edilebilir. Haziran 2015 tarihli genel seçimlerde AKP'nin yaşadığı ciddi oy kaybı ve tek başına hükümet kuracak çoğunluğu elde edememiş olması Mahkeme'nin görece serbest bir tutum izlemesini ya da hükümeti sınırlandırma eğilimine girmesini kolaylaştırmış olabilir. Ancak takip eden kasım ayında yapılan seçimde AKP'nin oy oranı ciddi anlamda yükselmiştir.

2016 yılında yaşanan darbe girişimi hem norm denetimi hem bireysel başvuru kararları açısından büyük bir kırılmaya yol açmıştır. Mahkeme'nin bu tarihten itibaren nasıl bir strateji belirlediği kesin olmamakla birlikte yargısal davranışının değişen konjonktürden etkilendiği anlaşılmaktadır. Salt bu sayılara bakarak 2020 yılına değin darbe girişiminin etkisinin sürdüğünü söylemek mümkündür.

2020 yılıyla birlikte iptal, ihlal ve sonuçlandırılan başvuru sayılarında belirgin bir artış vardır. Cumhur İttifakı'nın ama özellikle AKP'nin metropollerde daha görünür hâle gelen zayıflama

eğilimiyle eş zamanlı olarak son yıllarda AYM'nin norm denetimi kararlarında iptal oranlarının yükseldiği görülmektedir. Bireysel başvuru kararlarında da durum benzerdir. Yıllar içerisinde yapılan başvuru ve ihlal kararı oranları artmıştır. Öyle ki 2022 yılında ihlal kararı oranı 2015 yılındaki seviyeye gelmiştir. Makul sürede yargılanma hakkı dâhil edildiğinde bu oran 2015 yılının da çok üzerindedir. Esastan incelenen başvurularda da aynı durum gözlenmiştir.

Son yıllarda ortaya çıkan iptal ve ihlal oranlarındaki artışın 2023 seçimlerinden sonra oluşan siyasi tabloya bağlı olarak yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Erdoğan'ın elde ettiği seçim zaferinin bu eğilimi tersine çevirmesi mümkündür. Ayrıca iktidar blokunun yapısı da önemini koruyacaktır. Bununla birlikte 2020 yılında yapılan ve yukarıda zikredilen ankette görüldüğü gibi Cumhur İttifakı'na oy veren seçmenin de en azından yarısının AYM'nin yetkilerinin korunması yönünde görüş belirtmesi önemli olabilir. Son olarak üye kompozisyonunda ve Mahkeme başkanlığında yaşanacak değişikliklerin AYM'nin davranışını etkilemesi muhtemeldir.

Bireysel başvuru kararları, norm denetimi kararları ve oy oranları birlikte incelendiğinde, indirgemeciliğe kapılmadan çıkarılabilecek sonuç; AYM'nin yargısal davranışıyla iktidar blokunun gücü ve dağılımı arasında bir ilişki olabileceği, diğer bir deyişle Mahkeme'nin stratejik davranış geliştirmesinin değişen şartlara göre mümkün olduğudur. Ancak karar verilerinin derlendiği yukarıdaki başlıklarda belirtildiği gibi nicel analiz, verilerin işaret ettiği dönemlere ve konulara ilişkin kararların niteliğine, politik ağırlığına ve hukuk metoduna yönelik analizlerle desteklenmesi gerekmektedir.

3.7. Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri Örneği

Yukarıda zikredildiği üzere bu kısımda; önceki kısımda derlenen verilerin, kararların derinlemesine analiziyle desteklenmesi amaçlanmaktadır. Ancak öncelikle ilgili kararların neden seçildiği kısaca izah edilecektir.

Önceki başlıklar altında AYM'nin yargısal davranışına etki etme potansiyeli olan ve Türkiye örneğinde ulaşılması mümkün olan veriler büyük ölçüde derlenmiştir. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliklerinden olağanüstü hâl uygulamalarına kadar kurumsal düzeyde pek çok değişim olmakla birlikte Mahkemeye ilişkin bütün sayısal veriler 2016 yılında bir kırılma yaşandığına işaret etmektedir.

AYM'nin hâlen görev yapan 15 üyesinden 8'i 15/07/2016 tarihinden sonra göreve başlamışlardır. 2016 ve 2017 yıllarında hem norm denetimi hem de bireysel başvuru kararlarında iptal oranları sert biçimde düşmüştür. İlginç biçimde AYM'nin merkezi bütçeden aldığı payın dahi bu tarihten sonra azaldığı görülmektedir. Bu tarihten geriye doğru bir yıl içinde yapılan iki seçimde iktidar bloku (önce tek başına sonra MHP ve diğer partilerle birlikte) son oniki yılın genel

seçimlerinde elde ettiği en düşük oy oranlarını almıştır. Dolayısıyla yargısal davranışa etki etmesi ve Türkiye örneğinde elde edilmesi mümkün olan bütün veriler 2016 yılında bir kırılma yaşandığına işaret etmektedir.

Belki de Türk siyasal hayatının son 50 yılına yayılan yürütmenin güçlenmesi eğilimi, nihayet 2017 yılında hükümet sistemi değişikliğiyle zirveye ulaşmıştır. Yaşanan darbe girişimi ve sonucunda ortaya çıkan olağanüstü hâl koşulları iktidar blokuna yönelik desteği arttırmış (2018 yılı seçim sonuçları son 12 yılın en yüksek oranlarıdır) ve 2017 yılındaki anayasa değişikliklerinin de önünü açmıştır. Bu çerçevede ortaya çıkan ve teorik olarak muhafazakâr tabiatlı olması beklenen istisna hâli, yürütme organının yetkilerini genişleten anayasa değişikliklerine uzanan bir sürecin taşlarını döşemiştir. Türkiye'nin parti sistemi de hesaba katıldığında yürütme organının fiili olarak kendisine tanınan hukuki çerçevenin çok ötesinde sosyo-politik bir etki alanına sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hem yukarıda derlenen veriler hem de aşağıda değinilen olağanüstü hâle ve yürütmenin düzenleyici işlemlerine dair teorik açıklamalar uyarınca çalışmanın argümanları açısından en verimli sonuçların yürütmenin ilk elden düzenleme yetkisine sahip düzenleyici işlemlerinden olan OHAL KHK'larının ve CBK'ların yargısal denetimini içeren kararların incelenmesiyle elde edileceği düşünülmüştür.

OHAL KHK'ları AYM'nin yargısal davranışının incelenmesi açısından ilk bölümde ele alınan tüm modeller çerçevesinde veri sunabilecek niteliktedir. Türkiye'nin yakın dönem siyasal kırılmalarının geçmiş dönemlerin birikimiyle mukayeseli biçimde ele alınması için olağanüstü hâl ve “milli güvenlik” eksenli tartışmalar verimli bir zemin oluşturmaktadır. AYM'ye ilişkin literatürde ele aldığımız seçici aktivizm, kriz anlarında stratejik davranış, kurumsal izlek ve Schmittyen egemenlik anlayışı tezlerini sınamak için olağanüstü hâl ve ilişkili diğer hususlardaki kararlar oldukça mumbittir. Zira aşağıda olağanüstü hâle ilişkin kavramsal çerçevede detaylandırılacağı gibi Schmittyen anlamda istisnai hâller “kararın normu silikleştirdiği” durumlardır.

Hukuk kuralının yorumlanması, normun ortaya konması faaliyeti olarak kabul edildiği durumda yargısal davranış-egemenlik-hukuk devleti ilişkisi normu somutlaştıran ve istisnai kararı ortaya koyan organların davranışlarının OHAL KHK'ları yoluyla incelenmesi açıklayıcı olacaktır. Çünkü anayasa yargısının meşruiyeti ve sınırları tartışmasıyla egemenlik ve istisna hâli tartışmaları paraleldir. Bir istisna oluşması hâlinde anayasa yargısının yargısal davranışının nasıl olacağı ya da olması gerektiği sorusunun cevabı bu tercihte yatmaktadır. AYM üyelerinin olağanüstü hâl rejimlerine yönelik ideolojileri ve kurumun kriz anlarına yönelik stratejik yaklaşımı, bu tip kararlar üzerinde daha fazla kristalize olabilir. Bunun yanı sıra AYM'nin daha evvel ortaya koymuş olduğu içtihadını değiştirdiği bir vaka olarak olağanüstü hâl konusu yasal model açısından da ayrıca önemlidir. Bu

içtihat değişikliği olağanüstü hâl ile yargısal davranış arasında çizilmeye çalışılan teorik bağlantının ispatı niteliğindedir. Sayılan sebeplerle bu başlık altında önceki içtihada ve değişen içtihada konu kararlar, çalışma açısından önem taşıyan hususların altı çizilerek ele alınacaktır.

CBK'ların incelenmesi de OHAL KHK'larıyla benzer sebeplere dayanmaktadır. 2016 yılından sonra hem uygulama alanı hem de yargısal denetimi çokça tartışılan ve yürütmenin ilk elden düzenleme yetkisine dayanan CBK'ların egemenlik, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ekseninde incelenen dönemin baskın özelliklerinin yargısal davranışa ne şekilde etki ettiğinin anlaşılması bakımından değerli olduğu şüphesizdir.

Aşağıda sürdürülecek analiz için öncelikle yargısal davranış ne şekilde etkilediği sorgulanan dönemin özelliklerine dair (sosyal faktörler) bir girizgâh yapılacaktır. Ardından OHAL KHK'ları ve CBK'lara ilişkin hukuki rejim (kurumsal/yasal faktörler) kısaca ele alınacaktır. Son olarak kararların metodolojik analizine yer verilecektir. Böylece yargısal davranışa ilişkin sayısal verilerin işaret ettiği kararların nitel ağırlıkları da hesaba katılarak aşağıda detaylı bir analize tâbi tutulmaları amaçlanmaktadır.

3.7.1. Olağanüstü Hâl

“Olağanüstü”, TDK'nın çevrimiçi sözlüğünde “alışılmıştan, benzerlerinden farklı olan”, “beklenmedik bir zamanda yapılan önceden tasarlanmamış olan, fevkalade”, “harikulade” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlamanın bir sonucu olarak “olağanüstü hâl” ise; âdet olanın, kural olanın ya da genel olanın dışında bir duruma işaret eder. “Olağanüstü hâl durumunun” İngilizce karşılığı³¹ olarak görebilecek “state of emergency” kavramı ise Cambridge Dictionary’de “karşılaşılan tehlikeli ve güç durumların üstesinden gelmek için kullanılan geçici kurallar sistemi” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla “state of emergency” kavramı ancak zıttıyla yani “state of normalcy” (status quo ante) kavramına atıfla var olabilecektir (Göztepe, 2018: 523).

Türkçe literatürde kullanılan “olağanüstü hâl”, “fevkalade hâller”, “istisna hâli” kavramlarına karşılık farklı ülke uygulamaları farklı isimlerle anılmaktadır. “State of emergency”, “state of exception”, “martial law”, “prerogative power”, “state of siege” gibi kavramlar bunlardan başlıcalarıdır (Scheppele, 2008: 166). Bunlardan günümüzde daha sık kullanılan, “state of emergency” (Notstandsgesetz) spesifik olarak bir rejime atıf yapmadan durumun istisnai ya da olağanüstü oluşuna işaret eder biçimde kullanılırken; “state of exception” (état d’exception, Ausnahmestand) daha

³¹ “Olağanüstü hâl” ya da “olağanüstü hâl rejimi” kavramlarını karşılamak için Common-law sistemleri “martial-law”, “prerogative power” gibi adlandırmaları da kullanırken, Alman hukuk sistemi “state of exception” kavramına dayanmaktadır. Bu kavramların ve farklı uygulamaların karşılaştırıldığı bir çalışma için bkz. Kim Lane Scheppele “Legal and Extra- Legal Emergencies.” s. 165- 186 in Keith Whittington, R. Daniel Keleman and Gregory Caldeira (eds.), The Oxford Handbook of Law and Politics (2008).

ziyade belli olağanüstü durumlar karşısında yürütme organının geçici süreli önlemlerle, olağan hukuki rejimi yeniden tesis etmesine yarayan hukuk uygulamasına karşılık gelmektedir (Schwab, 1989: 7, 42).

Olağanüstü hâl durumunu da kapsayacak şekilde kullanılan “olağanüstü yönetim usulleri” kavramıysa; devletlerin olağan dönemde geçerli hukuk kurallarına başvurarak üstesinden gelemeyecekleri; “istisnai hâllerde” (Gözler, 2015: 378) karşılaşılan “olağanüstü bir tehdit veya tehlike karşısında başvurdıkları yönetim usulleridir”. “Olağanüstü hâl rejimi” olarak da adlandırılabilir bu usuller çerçevesinde (Kuzu, 1993: 39), idareye temel hak ve özgürlükler aleyhine, olağan dönemlere göre daha geniş bir takdir yetkisi tanınır (Özbudun, 2010: 363). Bu olağanüstü yetkilere (emergency/extraordinary powers), başvurulmasının sebebi ortaya çıkan krizin çözümünü sağlamak ve/veya siyasi rejimi korumaktır (Gordon, 2023).

Hemen belirtmek gerekir ki liberal-demokratik anayasaların esas amacı; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması değil bu sınırlandırmanın sınırlandırılmasıdır (Gözler, 2015: 419). Bu perspektiften bakıldığında olağanüstü bir rejimi devreye sokmaktaki amaç yine anayasal düzeni ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri korumak olmalıdır. Bu yöntemlerin aksi sonuçlar doğuracak şekilde suistimal edilmelerine çağdaş anayasacılığa uygun bir hukuk düzeninin müsamaha göstermemesi beklenir. Aşağıda ele alınacak farklı doğrultuda fikirler bulunmakla birlikte, hukuk devletinin bir gereği olarak olağanüstü durumlara yasallık çerçevesinde çözüm bulunması gerektiği kanaati yaygındır (Dyzenhaus, 2008).

Doktrinin üzerinde hemen hemen mutabık olduğu nokta; olağanüstü yönetim usullerinin, zaruret çerçevesinde kullanılan, istisnai ve mutlaka “hukuki birer rejim” içerisinde ortaya konmaları gerektiğidir (Kaboğlu, 2014: 259, Kuzu, 1993: 41).

Böylece klasik anayasa öğretisinin düalist görüşü benimsediğini (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 224); olağan ve istisnai olmak üzere iki ayrı yönetim biçimi ya da rejim tanımladığını söylemek mümkündür. Ferejohn ve Pasquino’nun belirttikleri çerçevede; bunlardan ilki, liberal anayasacılığın temel önerilerine uygun “poliarşik” rejimlerin özelliklerini taşır. Poliarşik rejimler, temel haklarla sınırlandırılmış kuvvetler ayrılığı rejimleridir. İstisnai rejimler ise karakteristik özelliklerini kuvvetler ayrılığının ve temel haklarla oluşturmuş sınırlı iktidar yapılarının bulunmadığı “monarşik” rejimlerden almışlardır (Ferejohn ve Pasquino, 2006: 335-338).

Olağanüstü yönetim usullerinin “normal” hukuk düzeninden farklı ancak yine de hukuki birer rejim olması gerektiği yönündeki hatırlatmaya ihtiyaç duyulması olağanüstü hâlin bizzatihi olağan hukukun sınırlarının, gündelik yaşamın gereklilikleriyle ve siyasi ilişkilerle aşındırıldığı bir durum olmasından ileri gelmektedir. Kaldı ki olağanüstü hâle ilişkin yetkilerin anayasal düzenlemelere tâbi

olması, diğer bir deyişle yasallık sınırları içerisinde kullanılması konusu tartışmasız olarak kabul edilmiş de değildir (Scheppele, 2008: 165).

Günümüzde olağanüstü hâl yönetimlerine normatif bakış açısı hukukilik çerçevesinde olmakla birlikte; uygulama ancak olağanüstü hâlin ve olağanüstü hâl düşüncesinin tarihsel gelişimi içinde daha gerçekçi olarak ele alınabilir. Zira olağanüstü hâl rejimlerine ilişkin teoriler genellikle olgu temelli olarak karşımıza çıkmaktadır ve ülkelerin tecrübelerine göre tıpkı adlandırılmalarında olduğu gibi farklılıklar taşımaktadır (Göztepe, 2018: 523).

Çoğunlukla ilk referansın verildiği, cumhuriyet dönemi Roma'sının “diktatörlük” kurumu ile günümüz olağanüstü yönetim usulleri arasındaki benzerlikler yalnızca kurumun varlığının düşünsel temellerini değil, aynı zamanda süre sınırı ve yetki dağılımı gibi biçim ve usulleri de kapsamaktadır. Ferejohn ve Pasquino'nun sınıflandırmasıyla; klasik Roma modelinde, olağanüstü hâli ilan eden organ, yetkiyi kullanacak “diktatör” ve diktatörü tayin edecek organ ayrılmıştır. Diktatör, normal dönemde görev yapmaz. Buna karşılık klasik Roma modelinin “başkanlık versiyonu” ya da “neo-Roma modeli” olarak adlandırılan modelde olağan dönemde görevi başında olan ve çoğunlukla seçimle işbaşına gelmiş yürütmeye karşılık gelen organ, olağanüstü dönemde de olağanüstü yetkileri kullanır. Bunların tipik örnekleri; 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın 48. maddesinde ve 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 16. maddesinde düzenlenen rejimlerdir. Yazarlar, modern ya da neo-Roman olağanüstü rejim modeline kıyasla klasik modelin, siyasal gücün temerküzüne ya da kötüye kullanımına daha az elverişli olduğunu ve bunun belki de gücün tek elde toplanması konusunda Romalıların bizlere göre daha hassas davrandıklarının işareti olabileceğini ifade etmektedirler (Ferejohn ve Pasquino, 2006: 338-339).

Başlangıçta, zaruretle ve doğal hukukla ilişkilendirilen olağanüstü hâl, mutlak monarşilerin serpilmesiyle birlikte egemenlik kavramıyla ele alınmaya başlanmıştır. Zira olağanüstü hâl tartışmaları temelde, özellikle “doğal hukuk” ve ona uyulması gerekliliği tartışmalarında karşımıza çıkan iktidarın hangi tür kurallarla sınırlı olduğu meselesinden bağımsız değildir. Bu sebeptendir ki, egemenlik denince ilk akla gelen düşünürlerden olan Jean Bodin, doğal hukukla ya da verdiği sözle bağlı olacağını tasarladığı “egemenin”, sözünü “acil gereksinimler olması” hâlinde çiğneyebileceğini öngörür (akt. Schmitt, 2005: 16).

Hâl böyleyken, “Romanın klasik diktatörlük” uygulaması ve modern olağanüstü hâl rejimleri (Neo-Roma modeli) arasında köprü kuran Machiavelli, Bodin, Locke, Rousseau gibi egemenlik kavramına katkı sunmuş isimlerin istisna hâline yönelik mülahazalarda da bulunmuş olmaları şaşırtıcı değildir (Esen, 2008: 14-17; Ferejohn ve Pasquino, 2004: 213).

Bilhassa Bodin'den ilham aldığını söyleyebileceğimiz ve istisna hâli denince akla gelen ilk isimlerden olan Schmitt'in "nomos" uyarınca kuraldışı hareket etme kararı verebilen "egemen" anlayışı, egemenlik ve siyasal iktidarların sınırlarının belirlenmesiyle olağanüstü hâlin ilişkisine bu anlamda verilecek en açık emsaldır (Çelebi, 2001: 128). Dolayısıyla egemenlik kavramına nasıl bakıldığı ya da siyasetin nasıl okunduğu olağanüstü hâle nasıl bakıldığını da kabaca ortaya koymaktadır. Örneğin; egemenlik teorisinin arkaik biçimi denebilecek mutlak egemenlik anlayışının bir tezahürü olarak hükümdarın, yasalara uymamakta "kamu yararı" bulunduğu kanaat getirmesi hâlinde, olağan yasaları kaldırabileceği, ileri sürülen düşüncelerdendir. Bu yetkiye sahip olmaksız egemenliğin en belirgin işaretidir (Esen, 2008: 10-18).

Mutlak egemenlik fikrinin teorisini Jean Bodin, egemenin özelliklerini sayarken aynı zamanda onu egemen olmayanlardan ayıran birtakım "ayrıcalıklarını" (prerogatives) da sayıyordu (Loughlin, 2018: 317). Neredeyse hudutsuzca uzayan bu ayrıcalıklar kataloğu, Bodin'in mutlak egemeninin gerçekten de "mutlak" biçimde sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Yukarıda değinildiği gibi, egemenin başkaca kimselerin onayına ihtiyacı olduğu durumlarda Bodin, "aciliyet ve gereklilik" üzerine alınacak bir istisnai karardan bahseder (Çelebi, 2001: 125).

Günümüz anayasal demokrasilerinin de fikri temellerini atan John Locke, "Yönetim Üzerine İkinci İnceleme" isimli ünlü eserinde, yukarıda "prerogative state" olarak adlandırılan yapının ortaya çıkmasına sebep olacak hâllerin belirmesi durumunda yürütme organına bir "ayrıcalık" tanımlar. Bu ayrıcalık "salus populi suprema lex"e yani "halkın iyiliği en üstün yasadır" düşüncesine dayanır. Buna göre; "ayrıcalık kamu yararını sağlaması için Prensın ellerinde bulunan bir iktidardan başka bir şey olmadığından, öngörülme ve belirsiz oluşumlara bağlı olan, kesin ve değiştirilemez yasalarla güvenli biçimde yönetilemeyen türdeki durumlarda açıkça halkın iyiliği için yapılacak her şey ve yönetimi doğru temelleri üzerine yerleştirmek, yerinde ayrıcalıktır ve her zaman öyle olacaktır" (Locke, 2012: 104). Locke için yasamanın toplumun iyiliğini her koşulda öngörmesi imkânsızdır. Hatta yasa koyucunun öngördüğü kimi durumlarda da "yasaların, sert ve bükülmez biçimde gözetilmesinin zarar verici olabildiği durumda çok sayıda sakatlık meydana gelebilir" (Locke, 2012: 106). "Ayrıcalık", bu gibi durumlarda "[...] yasaya karşı biçimde hareket etme iktidarı [...]" olarak tanımlanır (Locke, 2012: 107). Ancak Locke, genel perspektifine uygun biçimde, kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için "ayrıcalığın" yasalarla sınırlanmasının mümkün olduğunu belirtir fakat bu sınırlamanın olması prensin "zayıf ve kötü bir prens" olmasının bir sonucudur. Diğer bir deyişle prensin, "kamu yararını" gözettiği müddetçe sınırlandırılmasına gerek yoktur (Locke, 2012: 108-109).

Açıkça görüldüğü üzere Locke, yasamanın her durumu önceden kurala bağlayamayacağını ve kimi durumlarda yürütmenin istisnai yetkisine başvurarak pozitif hukukun üzerinde yer alan “kamu yararını” öncelmesi gerektiğini düşünmektedir. Yürütmeyle kurulan bu ilişkide “güven” esastır. Tıpkı “kamu yararının” pozitif hukuktan üstün olması gibi prens de “doğal hukukun” buyruklarıyla sınırlıdır. Prensi bu koşullarda sınırlayacak olan ancak “halkın denetimidir” (Loughlin, 2017: 325). Böylece Locke’un olağanüstü hâl modelinde olağan hukuk düzenine entegre edilmiş bir rejimden bahsedilebilir (Göztepe, 2018: 523).

Olağanüstü hâlin meşruluk iddiası, “kamu yararının”, “anayasal düzenin” veya “müesses nizamin” beklenmedik ve tehlikeli hâllerde olağan hukuk kurallarıyla savunulmasının mümkün olmaması düşüncesine dayanır. Bu savunmanın gerçekleştirilmesi amacıyla olağan hukukun dışına çıkmak belirli hâllerde zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Bu zorunluluğu temel alan olağanüstü hâl düşüncesi “zaruret hâli teorisi” (doctrine of state necessity) olarak adlandırılmaktadır. Özellikle ceza hukukunda kullanım alanı bulan zorunluluk hâli “ehven-i şer” olanın seçilmesi fikrini temel alır (Williams, 1953: 224). Zaruret hâli ve dayanağı olarak kabul edilen “zaruret hakkı” olağanüstü hâlin temel meşruiyet kaynağıdır (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 239). Bu hak ve kaynak, hukuk sistemlerinin zaruret hâlinde nasıl usuller izleneceğini belirlememesi durumunda, iktidarlara “zaruretin kanunu yoktur”³² yaklaşımı uyarınca hukuk dışı uygulamalara müracaat etme imkânı tanır (Gözler, 2015: 380; Toroslu, 1968: 1). Böylece zaruret hâli teorisi, “hükümete hukuk uyarınca verilen yetkilerle hükümetin olağanüstü duruma verdiği gerçek cevap arasında köprü kurar” (Stavsky, 1983: 343). Dikkat edilirse klasik anlamda “egemenin” yukarıda zikrettiğimiz olağan hukuku zorunlu hâllerde ihmal etme ayrıcalığıyla burada zikredilen “zaruret hakkı” benzerlik taşımaktadır.

İfade edildiği gibi jenerik olarak zaruret hâli teorileri; zorunluluğa istinaden, dönemine göre değişiklik gösteren icra organlarının, hukuk dışı önlemlerinin meşru olduğunu ileri sürmektedir. Kökeni yukarıda belirtildiği gibi daha eski uygulamalara ve siyaset felsefesine dayansa da Jhering’in devlet merkezli hukuk ve Jellinek’in “auto-limitation” düşüncesinde (Okandan, 1946: 76-77) kristalize olan zaruret hakkı; egemenliğin günümüzdeki tanımıyla çelişmektedir. Buna göre hukukun kaynağı olarak devlet, kendi iradesiyle, kendisine getirdiği sınırlamaları kaldırabilir. Diğer bir deyişle yasama organının geçici iktidarı zorunluluk hâlinde yeniden monarka döner. Monarksa “halkın selameti kanunu kaldırır” ilkesine göre hareket eder (Kuzu, 1993: 47).

Sosyolojik yaklaşımların derlendiği bölümde kendisine atıf yapılan Duguit devlet merkezli bu çizgiyi “metafizik” olmakla eleştirir. Buna göre hukukun “gerçekçi” kaynağı devlet değil, toplumdur

³² Benzer anlamları taşıyan çok sayıda özdeyiş için bkz. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları 2015: 380-381; Kuzu, Olağanüstü Hâl Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hâl Rejimi 1993: 47-48.

(Loughlin, 2017: 336). Dolayısıyla egemenliğin ve devletin bireylerden aşkın, metafizik bir varlığı olduğu ve bu varlığın da “ayrıcalık” sahibi olduğu fikri devletin objektif hukuka dayalı bir kamu hizmeti görme aracı olarak tasavvur edildiği modern egemenlik anlayışıyla örtüşmemektedir. Kimsenin iradesine karşılık gelmeyen ve toplumsal dayanışmanın hizmetine sunulmuş bu mekanizma sübjektif haklara yaslanan egemenlik fikrinin önüne geçmiştir. Böylece egemenliğin temeli artık “emir değil” hukuki kurumsal yapıdır (Duguit, 1920: 830-831; Duguit, 1921: 126-127; Loughlin, 2017: 336-339).

Duguit gibi “gerçekçilik” vurgusuyla, egemenlik ve olağanüstü durumu birlikte değerlendiren en popüler isim muhtemelen Carl Schmitt’tir. Modern devletin üzerine kurulu olduğu liberal uzlaşma fikrini dost-düşman ayrımına dayalı bir siyasallık fikriyle değiştiren (Schmitt, 2006: 57) ve liberal parlamentarizmin eleştirisini yapan Schmitt’in, istisna hâline ilişkin yazdıkları Bodin’in egemenlik kuramına dayanmaktadır (Scheppelle, 2008: 171). Schmitt’in “egemen, olağanüstü hâle karar verendir”³³ şeklindeki ünlü egemenlik tanımı egemenin karar verme ayrıcalığını taşıyan kimse olması bakımından Locke’un istisna hâli ile de benzerlik taşır. Ancak Schmitt’e göre istisna hâli Locke’un rasyonalist bakış açısıyla kavranamaz (Schmitt, 2006: 22-23). Locke’un rasyonalizmine karşılık Schmitt, kendi tutumunu realist ve kararcı (dezisyonist) olarak tanımlar. Locke açısından kanun yetkiyi verir. Ancak Schmitt’e göre kanun, yalnızca son kararı verme yetkisinin bir ürünüdür ve kararın nasıl verileceğini gösterir. Kararı kimin vereceğini kanun söylemez. Kanunun içeriğine ilişkin tartışmaya son noktayı koyan, kararı veren yani egemendir (Schmitt, 2005: 37). Anlaşılabileceği üzere, Schmitt’in liberal hukuk devletinin yanı sıra ikinci hedefi normativist pozitivizmdir. Yazara göre hukuk düzeninde “karar” normlardan önce gelir. Normlar, ancak içlerinde bulundukları siyasal gerçeklikle ve siyasal bağlam içerisinde anlam kazanırlar (Göztepe, 2015: 140,148). Devlet ve hukuk düzeninin eşitliği varsayımını eleştiren Schmitt, egemenin hukuk düzeni dışında somut bir varlığının bulunduğunu ileri sürer (Schmitt, 2005: 27-30). Anayasal normlar için de geçerli olan bu durum, anayasaları ele alırken bu normların arkasında yatan gücü de değerlendirmeyi gerektirir. Sonuç olarak normatif düzenlemeler ancak kararlarla birlikte hukuk düzenini oluştururlar (Loughlin, 2017: 182-185).

Egemenliğin anlaşılması rasyonel yaklaşımdan; diğer bir deyişle akıl yürütmelerden fazlasını gerektirir. Esas olan egemenliğin ve istisnanın pratik karşılığının ne olduğudur (Schmitt, 2005: 14). Normal durum ancak istisna hâliyle anlam kazanır. İstisna hâli bir “Grenzbegriff” yani “sınır kavramıdır” ve sınırın neresi olduğu ancak sınıra varıldığında anlaşılabilir (Çelebi, 2001: 129; Schmitt, 2005: 13). Dolayısıyla istisna hâlini yasallık çerçevesinde değerlendirmek Schmitt’e göre mümkün değildir. Hukuk, “karar” ve “norm” olmak üzere iki unsurdan oluşur. İstisnai durumun ortaya çıkması

³³ Schmitt’in egemenlikle ilişkilendirdiği ve burada olağanüstü hâl olarak çevrilen kavram “state of exception”dır. Bkz. George Schwab, *The Challenge of the Exception* (Berlin, 1970), s. 7,42.

olağan dönemin baskın unsuru olan normun etkisini azaltırken, olağan dönemin silik unsuru olan kararın etkisini arttırır ve nihayet norm yok olur (Schmitt, 2005: 19-20). Anayasa normu da tıpkı diğer normlar gibi anayasal düzenin korunması ve sağlamlaştırılması için ihmal edilebilir (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 222).

Anayasal normların ihlal edilmesiyle anayasanın korunması Schmitt'in düşüncesinde çelişmez. Çünkü anayasal düzenin koruyucusu, anayasa yargısı ya da egemene konulacağı varsayılan anayasal sınırlar değildir. Anayasalarda şekli yasalar, siyasal yasalarla tamamlanırlar. Anayasal uyumsuzlukların siyasal karaktere sahip olmaları halinde, bunların yargısal denetimi de kaçınılmaz olarak siyasal nitelik taşıyacaktır. Dolayısıyla anayasa yargısı anayasal düzeni korumaya elverişli değildir (Göztepe, 2015: 148-149). Anayasanın koruyucusu, istisna hâlinde anayasayı ihlal edecek kararı veren egemenin kendisidir. Yani Weimar Anayasası'nın 48. maddesi uyarınca istisnai yetkileri kullanacak olan devlet başkanıdır (Schmitt, 2006: 167). Bir devletin ya da egemenin varlığından bahsetmek için istisnanın varlığına kimin karar vereceğini tespit etmek gerekmektedir. Egemenin hukuk çerçevesinde sınırlandırılmasını öngören modern hukuk devleti, olağanüstü hâle ilişkin düzenlemelerle yalnızca egemenlik sorununu erteleyebilir. Egemenin istisna hâlinde sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Zira sınırı tayin edecek olan bizatihi egemendir (Schmitt, 2005: 18-19).

Böylelikle olağanüstü durumlara cevap üretmesi beklenen hukuki düzenlemeler konusunda birkaç nokta öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki bu tip durumlara karşı alınacak önlemlerin yasal bir çerçevede değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusudur. İkincisi ilkinden pek de bağımsız olmayan ve düalizm olarak adlandırılan iki farklı rejimin varlığı sorunudur. Üçüncüsü, olağanüstü durumlarda hangi devlet organlarının (yasama, yürütme, yargı) nasıl roller üstlenmesi gerektiğidir. Bu son sorun, yasama ve yürütme arasında yapılacak tercihi kapsadığı gibi, yargısal denetimin ne ölçüde fayda sağlayacağı tartışmasını da içermektedir. Vurgulanması gereken son noktaysa istisnai olarak tanımladığımız bu durumların olağan rejimler üzerindeki etkilerinin ne boyutta olduğu ya da bu rejimlerin kalıcılaşmaları sorunudur. Tüm bu soru(n)ların aynı zamanda liberal anayasacılık/hukuk devleti ve demokrasi arasındaki gerilimin de birer ürünü olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle Schmitt'in katkısıyla daha görünür olan ve istisna hâlini salt bir hukuki sorun olarak değil daha çok politik bir sorun olarak gören yaklaşımların açıklayıcılığı yüksektir. Schmitt'in bu yaklaşımının egemenliğe, anayasaya ve böylece anayasa yargısının rolüne ilişkin fikirleriyle paralel olduğunu da unutmamak gerekir. Dolayısıyla yukarıda tartıştığımız hukukun tanımından siyasetin tanımına, bunlarla ilişkili biçimde tanımlanan egemenliğe kadar tüm kavramlar olağanüstü hâle ilişkin hukuki ya da hukuk dışı uygulamaları doğrudan etkiler niteliktedir. Şüphesiz ki anayasa yargısının istisnai durumlara bakışı da bu etkiden azade değildir.

Olağanüstü hâlin yasal çerçeveye sınırlandırılması sorunu anayasacılık hareketinin geldiği nokta itibarıyla cevaplandırılmış görünse de somut siyasal yaşamın gerçekliği her zaman normatif düzenlemelerle uyumlu olmamaktadır. Dolayısıyla bu sorun güncelliğini korumaktadır. Olağanüstü hâlin yasal düzenlemelere tâbi olması gerektiği tezini savunanların argümanları; kuvvetler ayrılığının ve temel hakların korunmasının olağanüstü hâle verilen cevabı daha başarılı kılacağı yönündedir. Dahası liberal hukuk devletinde, yetkileri hukukla sınırlandırılmayan kuvvetlerin varlığı, hukukun üstünlüğüne aykırıdır (Scheppele, 2008: 165).

Hâkim egemenlik anlayışının zamanla değişerek hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığına uyumlu hâle gelmesi zaruret hâlini daha da önemli kılmıştır. Mutlak egemenlik fikrine dayanan siyasi iktidarların, bugünkü anlamını kazanmamış bir hukuk devleti ilkesini ihlal etmeleri pek mümkün değildir. Hukuk devletinin ve kuvvetler ayrılığının tesis edildiği günümüz siyasi rejimlerinde, zorunlu olarak belirli organların sahip olacağı zaruret hakkının kullanılması durumunda, meşruiyet krizleri ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla hukuk devletinin tanımı gereği aktörlerin tamamı hukukla bağliken anayasal düzenlemelere konu edilmeyen bir istisna rejiminin uygulanamaması gerekir (Kuzu, 1993: 37).

Liberal anayasacılığın; gücün temerküzünü, gücün yürütme organında toplanmasıyla en üst seviyeye çıkacak bir tehdit olarak kabul etmesinin ve anayasaların temel işlevinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlandırılması olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak günümüzde çoğu anayasa olağanüstü hâl durumlarını kodifiye etmiştir. Bununla amaçlanan kriz hâllerinde keyfiliğin ve hakların kötüye kullanılmasının önüne geçilmesidir. Önceden belirlenecek yönetim usullerinin, ilgili mekanizmayı daha etkin kılacağı ve devletin kapasitesini arttıracacağı da savunulan fikirler arasındadır (Kuzu, 1993: 33). Ancak anayasal düzenlerin “muhafazakâr” bir perspektifle gücü sınırlamak suretiyle kendilerini nereye kadar koruyabilecekleri de tartışma konusudur (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 210).

Olağanüstü hâlin yasal düzenlemelerin dışında kalması gerektiğini savunanların argümanları bu tip durumların, yine Schmitt’e referansla “daha önceden tahmin edilmelerinin, rasyonel biçimde kavranmalarının ve kurallarla olağanlaştırılmalarının” mümkün olmadığı yönündedir (Scheppele, 2008: 165). Bu teze göre olağanüstü hâlin ne zaman ortaya çıktığını da gerekli önlemleri de önceden kararlaştırmak mümkün değildir. Bu sebeple “olağanüstü hâlde hukuk devleti anlayışına uygun bir yetkiye yer yoktur” (Schmitt, 2005: 14).

Uygulamada ise durum daha çetrefildir. Her ne kadar genel eğilim yasal çerçeveye sınırlandırma şeklinde olsa da olağanüstü hâl uygulamalarının yasal düzenlemelere tâbi olduğu rejimlerin, aynı zamanda bu düzenlemelerin dışında uygulamalara da sahne olduğu görülmektedir.

Diğer bir deyişle hukuki ve hukuk dışı yaklaşımlar ülke uygulamalarında aynı anda yer alabilmektedirler. Dolayısıyla tartışma daha ziyade yasal çerçevenin ne denli katı olacağı üzerine yürütülmektedir (Scheppelle, 2008: 178-180).

Anayasal düzenlemeler yoluyla olağanüstü hâli yasal çerçeveye oturtma düşüncesi temelde yasama ve yargı yoluyla yürütme organının kontrol edileceği bir sistem öngörmektedir. Olağanüstü hâlin ilanı usulünden, olağanüstü hâlin süresi ve bu sürenin uzatılması usullerine kadar yapılacak düzenlemeler yürütme organının istisnai durumu kötüye kullanmasına mâni olma amacı taşır. Aynı kabullerle kanun düzeyinde yapılacak sınırlandırmalar öngörülmesi de mümkün. Özellikle “common law” sisteminin benimsendiği ülkelerde anayasal önlemlerin alınması mümkün olsa bile genellikle olağan yasama yoluyla istisnai yetkilerin kullanıldığı görülmektedir (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 215). Her iki durumda da yürütme organının sınırlandırılarak hukuk devletinin ve ilişkili ilkelerin aşındırılmaması temel amaçtır.

Modern dönem istisnai rejimlerinin, Roma tipi rejimden farklı olarak; olağan dönem için seçilmiş popüler yürütme organları tarafından işletilmesi (hatta olağan rejimle olağanüstü rejimin aynı anda işlemek zorunda kalması) ve ne tip durumlarda ne tip önlemler alınacağını önceden kestirilmesinin güçlüğü sebebiyle sınırlandırılmaları daha da büyük önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra anayasal düzenleme taraftarları, önceden ortaya konulmuş istisna kurallarının krizlerle başa çıkmak konusunda daha etkili olabileceğini de savunmaktadırlar. Bu yaklaşımlar sayılan kaygılar etrafında anayasa yahut yasalar yoluyla belirlenmiş kurallar çerçevesinde işleyen olağanüstü hâl uygulamalarının yasamanın ve kamunun siyasal (örneğin komisyonlar aracılığıyla izleme yöntemiyle Birleşik Krallık), mahkemelerinse yargısal denetimi altında (örneğin ABD) işlemelerini öngörürler. Böylece “ex ante” yani önceden sınırlandırılmış/düzenlenmiş rejimler, “ex post” yani sonradan denetime tâbi tutulacaklardır (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 228-229). Siyasal öncelik ve kaygıların yanı sıra hükümet sistemleri de olağanüstü hâl rejimlerinin nasıl düzenleneceğini etkileyebilir. Örneğin, Birleşik Krallık’ta benimsenen yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemi parlamento desteğine sahip başbakanı yeterince güçlü ve hızlı kılabilmesine göre ayrıca özel yetkilerle donatılmış bir yürütme organına (Roma örneğinde diktatör) gerek görülmeyebilir. Buna karşılık ABD için sert kuvvetler ayrılığının bunun tersine sebep olduğunu ve sistemin istisna hâllerinde hızlandırılması gerektiğini iddia etmek mümkündür (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 237).

Olağanüstü hâlin önceden düzenlenmesi fikrine getirilen ilk eleştiri; istisna hâli gibi sınırların dışındaki durumların olağan hukuk düzeniyle iç içe olmasının, olağan hukuku da olumsuz etkileyeceği ve bu yolla sınırlandırılması amaçlanan kuvvetlerin bilakis daha fazla güç elde edeceği ve olağan hukuku da kalıcı biçimde değiştirme fırsatı elde edecekleri yönündedir (Esen, 2008: 31). Hukuki

düzenlemeler aracılığıyla hukuk devletinin korunduğu şeklinde bir izlenim verilerek, istisnai yetkileri haiz organın yargısal denetiminin önüne geçilmesi hâlinde oluşan “gri alansa”; hukuk devleti açısından hukuk dışı yollara müracaat edilerek oluşturulacak olağanüstü hâl uygulamalarından, yani hukukun askıya alınması anlamındaki “siyah alandan” daha tehlikeli olabilir (Dyzenhaus, 2006: 3, 50).

Hukuki düzenlemelere tâbi olmayan olağanüstü hâl rejimleriye daha evvel ifade edildiği gibi zorunluluk hâline ya da Lockeçu bir tabirle yürütmenin ayrıcalığına dayanır. Bu tip durumlarda hukuki çerçeve çizilmediği için siyasal bir denetim öngörülmüş sayılır ki bu; ya seçmenin iradesiyle ya da yasamanın denetimiyle olur. Burada yapılacak denetim, yürütmenin işlemlerinin onaylanması ya da reddedilmesi şeklinde “ex post”, yani sonradan yapılabilecek bir denetimdir. Bu neviden denetimin etkililiği, yasama organının yürütme karşısındaki pozisyonuna, ilgili ülkenin siyasal dinamiklerine ve hükümet sistemine göre değişiklik gösterebilir (S. Esen, 2008: 34).

Özellikle 11 Eylül 2001 saldırıları sonrası dünya gündemine oturan “uluslararası terör” kavramıyla birlikte istisnai hâller tüm dünyada daha çok konuşulur hâle gelmiştir. Savaş, iç savaş, afetler, soğuk savaş atmosferi ve ekonomik sebepler dışında yeni bir fenomen olarak karşımıza çıkan uluslararası terör, kendisine karşı pozisyon alan aktörlerin nasıl, ne sürede ve nerede cevap vereceklerinin belli olması bir olağanüstü durum oluşturmuştur. Bununla birlikte Weimar döneminde karşılaştığımız şekliyle liberal demokrasinin prosedürel unsurlarını dahi koruyamadığı örnekler çoğalmakta ve yürütme organlarının teyakkuz hâlini payanda yaparak güçlendiği otoriter rejimler tesis edilmektedir. Bu tip yönetimlerin kuvvet arayışları, Schmittyen dost-düşman ayrımına dayalı siyasetin önünü açmakta ve toplumsal muhalefete yönelik ötekileştirmeyi araç hâline getirmektedir. Rejim değişikliği niteliği taşıyan bu siyasal eğilim, olağan şartlarda gerçekleştirilemeyen anayasal ve yasal düzenlemelerin, Schmitt’in “egemen diktatörlük” tanımı çerçevesinde kullanılan bir “kurucu iktidar” eliyle olağanüstü koşullar ileri sürülerek hayata geçirilmesini sağlayabilmektedir. Özellikle rejim değişiklikleri bakımından anayasal düzenlerin korunması yerine değiştirilmesi ön plana çıktığından olağanüstü hâllerin anayasayı korumak anlamında muhafazakâr niteliklerinin ortadan kalktığını ve bunun kitlesel siyasetin ortaya çıkışından beri gerçekleşmiş tüm devrim, darbe ve benzeri hareketler için geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu iki durum olağanüstü hâllere ilişkin geliştirilen amaç, geçicilik/süre bakımından sınırlılık, bölgesel sınırlılık gibi ilkeleri aşındırarak “olağanüstü hâllerin kalıcılaşması” olgusunu daha görünür kılmaktadır (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 228-229).

Günümüzde ülkelerin olağanüstü hâle ilişkin düzenlemeleri anayasal değil yasal yollarla ortaya koyma eğiliminde oldukları söylenebilir. Her ne kadar yasama yolu kullanılarak da anayasal düzenlemelerdekine benzer denetim mekanizmaları işletilebilse de bu durum temel hak ve özgürlükler ve muhalif siyasi gruplar aleyhine kalıcı düzenlemeler yapılmasının önünü açabilmektedir. Özellikle

olağanüstü yetkileri kullanan organ ile yasamanın çoğunluğunun aynı siyasi partinin elinde olması hâlinde parlamento denetimi etkisizleşmekte; yargısal denetim tek çare hâline gelmektedir. Yargısal denetim yolunun işlevselliği ise koşullara bağlı olarak değişkenlik göstermektedir (Ferejohn ve Pasquino, 2004: 236).

3.7.2. Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi

1876 Kanunu Esasisi döneminden beri zaruret hâli (zarureti mübreme) ve yürütme organının kanun hükmünde geçici nitelikli düzenlemeler yapması imkânı bulunmaktadır (1876 Anayasası: 36). Yine 1876 Anayasası’nın 113. maddesi uyarınca ülkenin bir bölgesinde ihtilal çıkacağına yönelik işaret belirmesi durumunda geçici süreli ve ilgili bölgeye has olmak üzere “idare-i örfiye” adı verilen bir olağanüstü yönetim usulü düzenlenmişti (1876 Anayasası: 113).

1961 Anayasası ile olağanüstü yönetim usulleri sıkıyönetim ve olağanüstü hâl olarak ikiye ayrılmıştır (1961 Anayasası: 123, 124). Bu dönemde sıkıyönetim ilanı yasama onayına tâbi tutulmuş fakat ilgili maddede olağanüstü hâl ilanına ilişkin bir ibare bulunmadığından konu tartışmalı kalmıştır. İlanın hükümet tasarrufu olarak kabul edilmesi ve onaya tâbi olmaması durumunda idari yargının denetimine tâbi olacağı aksi durumda onay işlemi yasama tasarrufu olduğundan idari yargıda dava açılmasının mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür (S. Esen, 2008: 169-170). Bu noktada da günümüze kadar tartışılacak olan yasamanın olağanüstü hâl veya sıkıyönetim ilan kararını parlamento kararı yoluyla mı yasama yoluyla mı onayacağı sorusu gündeme gelmiştir. Parlamento kararlarının AYM’nin denetimi dışında olması sebebiyle onamanın şekli yargısal denetim açısından belirleyicidir. AYM, 1970 yılında 147. maddenin lafzına ve genetik yorum unsuruna dayanarak verdiği kararda şart tasarruf niteliğindeki onamanın meclis kararı şeklinde yapıldığı ve AYM tarafından denetiminin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır (AYM, E. 1970/44, K. 1970/42).

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’nın ayrımını sürdürmüştür³⁴. 1982 Anayasası, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile 2017 yılında yapılan ve 9 Temmuz 2018’de yürürlüğe giren değişikliklere kadar, olağanüstü yönetim usullerini; olağanüstü hâl ve sıkıyönetimden oluşacak şekilde ikiye ayırmıştır. 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş merkezli depremlere kadar “Tabii afet, tehlikeli salgın hastalık ve ağır ekonomik bunalım” şeklinde belirtilen olağanüstü hâl ilan nedenlerine dayanan bir olağanüstü hâl uygulamasına, bu tanıma uyan koşullar çok kez oluşmasına rağmen gidilmemiştir (1982 Anayasası: 119). Buna karşın takip eden maddede düzenlenen “şiddet

³⁴ Madde başlıkları, 1971 ve 1982 yıllarında değişmiş nihayetinde 2017 yılında sıkıyönetim olarak ifade edilen olağanüstü yönetim usulü ilga edilmiştir.

olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması” nedenine çok defalar başvurulmuştur (1982 Anayasası: 120).

1961 Anayasası’nın sıkıyönetim için öngördüğü “[...] hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı kanunla gösterilir” (1961 Anayasası: 124/3) şeklindeki düzenleme 1982 Anayasası’nda da benzer şekilde yer almıştır. 1961 döneminde sıkıyönetim için çıkartılmış olmakla birlikte olağanüstü hâl ilişkin ayrıca bir kanun çıkartılmamış ancak 1983’te 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu kabul edilmiştir. Ayrıca bu yasaya ilaveten 120. madde uyarınca şiddet olaylarına istinaden ilan edilecek olağanüstü hâl için yürütmeye yetkiler tanıyan 10/07/1987 tarihli 285 sayılı ve 15/12/1990 tarihli 430 sayılı KHK’lar çıkartılmıştır.

Nihayet 1982 Anayasası’nda, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile 2017 yılında yapılan ve 9 Temmuz 2018’de yürürlüğe giren değişikliklerle sıkıyönetim usulü kaldırılmıştır.

Cumhuriyet Dönemi’nde Şeyh Said İsyanı üzerine ilk kez 1925’te uygulanan sıkıyönetim çeşitli illeri kapsayacak şekilde 12 kez ilan edilmiş ve toplamda 26 yıla yayılmıştır (Altan, 2020). 1982 döneminde 1983 ila 1987 yılları arasında aşamalı biçimde yürürlükten kalkan sıkıyönetim yerini olağanüstü hâl uygulamalarına bırakmıştır. 1987 yılından 2002 yılına kadar Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da bulunan toplam onüç ilde uygulanan olağanüstü hâl rejimi, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişimi sonrası ilk kez yurt genelinde uygulanmış ve Temmuz 2018’e kadar yedi kez uzatılmıştır.

Temmuz 2018’de OHAL’in süresinin dolmasının ardından 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 18/7/2021 tarihli ve 7333 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’lar yürürlüğe girmiş ve idareye tanınan bazı geniş yetkilerin 31/07/2022 tarihine kadar sürmesi sağlanmıştır. İlgili düzenlemelerle OHAL’in sürekli hâl getirildiği eleştirileri yapılmış ve bu yasaların iptaline ilişkin norm denetimi kararı 30/06/2022 tarihinde verilmiştir (AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/06/2022).

Olağanüstü hâl rejimine dair siyasi tartışmalar özellikle bu tip rejimlerin “kalıcılığı” üzerine yoğunlaşmaktadır. Türkiye örneğinde sıkça sıkıyönetim ve olağanüstü hâl uygulamalarına başvurulması ilk sorun olmakla birlikte istisnai dönemlerde yapılan kimi düzenlemelerin olağan döneme de sirayet edecek ve rejimi kalıcılaştıracak dolayısıyla süre kısıtlamasına uymayacak nitelikte olduğu eleştirileri getirilmektedir (Gözler, 2017: 57). Örneğin 2016 yılında ilan edilen olağanüstü hâl süresince KHK’lar yoluyla yüzelliden fazla kanunda binin üzerinde değişiklik yapılmıştır (Salman, 2020: 111).

AYM, sıkıyönetim altındaki 1970’ler Türkiye’si’nde, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin (DGM) olağanüstü rejimlerin kalıcılığı sonucunu doğuracak şekilde işleminin önüne geçecek kararlara imza atmıştır. Böylece 1982 Anayasası’nda düzenlenene kadar DGM’lerin etkinliği kısıtlanmıştır (Belge, 2006: 681-682; AYM, E. 1974/35, K. 1975/126). 1982 dönemindeyse AYM’nin aşağıda incelenecek 2016 yılı öncesi içtihadı olağanüstü yönetim usulünün kalıcılığı riskini azaltmaktayken 2016 yılındaki son içtihadı tartışmaları alevlendirmiştir. Ülkenin siyasal rejimine (parti sistemi, hükümet sistemi vs.) ilişkin koşullar göz önüne alındığında olağanüstü hâl rejiminde yürütmenin yasama tarafından denetlenmesi pek mümkün görünmemektedir (Gözler, 1990: 585). Dolayısıyla TBMM onayı öncesi yargısal denetimin ortadan kalkması ve yürütmenin geçici olması öngörülen düzenlemelerinin yasama organını işlevsizleştirilmesi söz konusudur (Göztepe, 2018: 533). Böylece yürütmeye “ [...] adeta hukuk boşluğu ortamında beliren bir asli kurucu iktidarın [...]” (Gözler, 2017: 65) imkânlarının tanındığı ileri sürülmektedir (Göztepe, 2018: 527; Şirin, 2016).

“Sürekli hâle gelme”, “kalıcılık” başlığı altındaki bir diğer eleştiri yukarıda değinilen olağan ve olağanüstü dönemlerin iç içe geçmesine ilişkindir. 2014 yılında Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde ve pandemi sürecinde yurt genelinde geçerli olan sokağa çıkma yasaklarının olağanüstü hâl ilanı olmaksızın uygulanması bunun en tipik örnekleridir. Her iki dönemde de yasakların sürelerinin belirsizliği ve ilan edilme yöntemleri tartışma konusu olmuştur (Göztepe, 2018: 528).

3.7.3. Kanun Hükmünde Kararnameler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Yasama yetkisinin “devredilmez” oluşu kural olmakla birlikte yürütme organlarına yasama işlevi taşıyan “kararnameler” çıkarma yetkisi tanınabilmektedir. Özellikle mali ve ekonomik düzenlemelerin detaylandırılması ve gitgide daha teknik hâle gelmesi yürütme organına tanınan bu yetkinin yasama organı aleyhine genişlemesine yol açmıştır (Gözler, 2018: 310-311; Tan, 1995: 97-98). AYM, KHK’lara ilişkin 1992 tarihli bir kararında parlamenter rejimlerde belirlenen kanun yapma usullerinin uzun zaman alması sebebiyle; değişen iktisadi koşullara göre yapılacak kimi düzenlemelerin 1961 Anayasası’nın 5. maddesinde düzenlenen “yasama yetkisinin devredilmezliği” kuralını ihlal etmeyecek şekilde yürütme organı tarafından yapılmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre güçlendirilen yürütme organı, “değişen ekonomik koşullara ivedi çözümler” bulabilecektir (AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5.2.1992).

Bu durumun yasamanın zayıf yönlerini öne çıkaran yaklaşımlarla savunulması mümkün olmakla birlikte kuvvetler ayrılığı ilkesi ve parlamentoların üstünlüğü çerçevesinde değerlendirildiğinde demokratik meşruiyet açısından sakıncaları olduğunu da kabul etmek gerekir (Ulusoy, 2020: 33-34, 54). Her ne kadar yürütmenin de yargısal denetime tâbi olduğu kabul edilse de

bu denetim uygulamayı geriden takip edeceği için gerekli etkiyi göstermeyebilir. Kaldı ki yürütmenin olağanüstü ve acil durumlarda yasamaya nazaran daha yerinde uygulamalara imza atacağı da tartışmalıdır. Yasamanın üstünlüğünü benimseyen görüşlere göre yasama faaliyetleri üzerine müzakereler yürütüldüğü için daha makul sonuçlar doğururlar. Yürütmeye nazaran daha az sınırlandırılmış oldukları için acil durumlarda daha geniş önlemler alabilirler. Böylece hem pratik hem de yasal değerlendirmeyi daha sağlıklı yapabilirler (Stavsky, 1983: 345-346).

Yürütmenin yasama aleyhine güç kazanmasına yönelik sayılan teorik argümanların yanında ekonomi-politik bir eleştiri de getirilebilir. Liberal paradigmaya yönelik yukarıda değinildiği gibi eleştirel bir yaklaşım benimsenirse mali ve ekonomik konulardaki “teknikleşmenin” bu alanların alt sınıflardan koparılmasının bir aracı olduğu da pekâlâ savunulabilir.

AYM, 1990’lı yıllarda geliştirdiği içtihadıyla KHK’lar için konu bakımından “zorunluluk, ivedilik, önemlilik” gibi ek şartlar getirmiştir (Özbudun, 2010: 251-252). Bu içtihatları sebebiyle 1990’lı yılların ortalarından 2011 yılına değin KHK uygulaması ciddi anlamda sınırlandırılmıştır³⁵ (Gözler, 2018: 312).

Yürütmenin bu tip işlemleri için yetki, yasama organı tarafından çıkarılan bir “yetki kanunu” çerçevesinde verilebileceği gibi doğrudan doğruya anayasa tarafından da tanınmış olabilir (Eren, 2019: 4). İlk hâlde kararname çıkarma yetkisinin “yasama yetkisinin devri” anlamı taşıyıp taşımadığı tartışmalı olmakla birlikte ikinci hâlde yetki, yasama organı kaynaklı olmadığı için ilk anlamda bir yetki devri olmadığı söylenebilir (Özbudun, 2010: 211-214).

Yürütme organlarının parlamentolar karşısından güçlenmelerinin bir tezahürü olan ve 22.09.1971 gün ve 1488 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize dâhil edilen ve 9 Temmuz 2018’e değin kendisine başvuru “kanun hükmünde kararnameler” ise yürütme organlarının, yetki devrini sağlayan bir kanununa dayanarak yaptıkları düzenleyici işlemlerdi (Gözler, 2018: 312). Kanunlarla aynı seviyede olan bu işlemler, yasa kaynaklı (secundum legem) fakat yasalarda değişiklik yapmalarının mümkün olduğu kabulü hâlinde yasalarla sınırlı olmayan (intra legem olmayan) bir nitelik taşımaktaydı. Buna karşın yürütmeye, istisnai hâllerde (olağanüstü hâl ya da sıkıyönetim) yetki devri şartı aranmaksızın (anayasadan kaynaklanan/secundum constitutionem) KHK çıkarma yetkisi de tanınmıştı³⁶ (Gözler, 2015: 374-376).

³⁵ 07.12.1983 ila 24.12.1995 tarihleri arasında 394 KHK çıkarılırken, 21.12.1996 ila 13.07.2001 yılları arasında 6 adet KHK çıkarılmış ve 13.07.2001 ila 04.06.2011 tarihleri arasında hiç KHK çıkarılmamıştır. Daha sonra 2011 yılında 35 adet KHK çıkarılmıştır. Son olarak 2018 yılında çıkarılan son yetki kanununa dayanarak aynı yıl 5 adet KHK çıkarılmıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesi’nin aynı doğrultudaki kararları için bkz. E. 2001/411, K. 2001/348, E. 2001/325, K. 2001/98.

Daha evvel ifade edildiği gibi, 1982 Anayasası, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile 2017 yılında yapılan ve 9 Temmuz 2018’de yürürlüğe giren değişikliklere kadar, olağanüstü yönetim usullerini; olağanüstü hâl ve sıkıyönetimden oluşacak şekilde ikiye ayırmıştı. 119 ila 122. maddeler arasında düzenlenen istisnai rejimde TBMM büyük ölçüde devre dışı bırakılmıştı ve 148. madde uyarınca olağanüstü hâl KHK’larının yargısal denetiminin önü kapatılmıştı (Kaboğlu, 2014: 261). Değişiklik sonrası ilgili maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Sıkıyönetimi de kapsayan “olağanüstü yönetim usulleri” başlığı kaldırılıp, 119. maddeye “olağanüstü hâl yönetimi” başlığı verilerek ilgili rejim yeniden düzenlenmiştir. Yeni sistemde KHK’lara yer verilmemekle birlikte “cumhurbaşkanlığı kararnamesi” adı verilen yeni bir işlem öngörülmüştür. İlgili maddeler uyarınca; CBK’lar, KHK’lardan farklı olarak ilga edilen 91. madde uyarınca çıkarılan yetki kanunlarına dayandırılmamışlardır. Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı gibi CBK’ların aynı konuda kanundan farklı hükümler içermeleri hâlinde kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. CBK’lar, TBMM onayına sunulmazlar. Bu kararnamelerin, 119. madde uyarınca olağanüstü hâllerde çıkarılması hâlinde ise kanun hükmünde olmaları ve Resmî Gazetede (RG) yayımlandıkları gün içinde TBMM onayına sunulmaları öngörülmüştür.

Olağanüstü hâle ilişkin süregelen tartışmalar, pozitif hukuk cephesinde KHK’ların hukuki rejimine dair tartışmalarda karşılık bulmaktadır. Olağanüstü hâl KHK’larının süre (E. 1990/25, K. 1991/1), konu (E. 1990/25, K. 1991/1) ve yer bakımından (E. 1991/6, K. 1991/20) sınırları istisnai rejimlerin kalıcılışması riskini azaltma araçları olarak görülmektedir. Bu sınırların denetimiye ayrıca tartışma konusudur. İlk denetim türü yasama organının siyasal denetimidir ve 2018 öncesinde de sonrasında da ilgili düzenlemelerin TBMM’nin onayına sunulması şeklinde düzenlenmiştir.

Olağanüstü hâl döneminde çıkarılan CBK’ların üç ay içerisinde onaylanmaması hâlinde ilgili düzenleme kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Bu süre anayasada öngörülmüştür. Oysa eski dönemde KHK’lar için TBMM İçtüzüğünde (128. madde) 1996’da yapılan düzenlemede belirtilen otuz günlük bir süre bulunmakla birlikte, belirtilen süreye uyulmamasının sonuçları tartışmalıydı. Bu sürenin bağlayıcı olduğunu ve süresi içerisinde onaylanmayan KHK’ların kendiliğinden yürürlükten kalkacağını savunan görüşe (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2006: 412) karşı; KHK’ların onayına ilişkin sürenin tek başına sonuç doğurmadığı görüşü de savunulmuştur (S. Esen, 2008: 240; Kuzu, 1993: 162; Özbudun, 2010: 261). Sonuç olarak olağan dönemlerde çıkarılacak CBK’ların hukuki mahiyeti KHK’lardan farklı olmakla birlikte, olağanüstü dönem için yasama onayı dışında KHK’larla aynı hukuki rejimin sürdürüldüğü söylenebilir (Gözler, 2018: 387).

Düzenlemelerin onaylanması işlemi, uygulamada her iki dönemde de kanun yoluyla gerçekleştirilmiştir. Öğretide bu durum da tartışmasız kalmamıştır. Buna göre, olağan KHK’lar maddi

anlamda birer yasama işlemi olsalar da (Kuzu, 1993: 271; Özbudun, 2010: 213) OHAL KHK'ları onaylanana kadar maddi olarak birer yürütme işlemi olacaklardır (Kuzu, 1993: 271) dolayısıyla onaylanmaları meclis kararıyla yapılmalıdır (Eroğul, 1999: 39-43). Mevcut uygulamanın sakıncalı yönü onaylanan KHK'ların yasalaşarak kalıcı hâle gelmesidir (S. Esen, 2008: 244-245). Yasalaşmanın doğrudan sonucu ise ilgili düzenlemenin, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca AYM'nin yargısal denetimine tâbi hâle gelmesidir ki AYM de aynı görüştedir (Özbudun, 2010: 261; AYM, E. 1990/25, K. 1990/1). Zira AYM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. madde eski hâliyle OHAL KHK'ları için yeni hâliyle OHAL CBK'ları için yargısal denetime cevaz vermezken mahkemeyi, "kanunların [...] Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu" denetlemekle görevli kılmaktadır. Anayasa'nın bu hükmü, meclis kararıyla onay yoluna gidilmesi durumunda, yargısal anlamda OHAL KHK'larını tamamen denetimsiz hâle getirecekti.

Olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılacak kararnamelerin, Anayasa'nın 119. maddesi uyarınca "olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda [...]" ve 15. maddede belirtilen ölçülülük kriteri, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülöklere uyma ve çekirdek alana dokunma yasağı çerçevesinde düzenlemeler içerebileceğı kabul edilmelidir. Ancak, düzenlemenin, sınırlandırma ile aynı hukuki mahiyete sahip olmadığı unutulmamalıdır. Söz konusu sınırlandırma, Olağanüstü Hâl Kanunu çerçevesinde belirlenen sınırların olağanüstü hâlin gereklilikleri doğrultusunda somutlaştırılmasına karşılık gelir (Can ve Aktaş, 2017: 19; Sabuncu, 2006: 265).

Olağanüstü hâl KHK'ları yoluyla kanunlarda değışiklik yapılamayacağına dair bir ifade bulunmamakla birlikte, kanunları bu kararnameler yoluyla, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumları aşacak şekilde kalıcı olarak değıştirecek düzenlemelerin olağanüstü hâlin düzenlenme amacıyla çeliştiğı genel kabul görmektedir³⁷ (Gözler, 1990: 587; Kuzu, 1993: 247-248; Özbudun, 2010: 260). Ayrıca bu neviden KHK'ların normlar hiyerarşisinde OHAL Kanunu'nun altında yer aldıklarını ileri sürmek de mümkündür (Can ve Aktaş, 2017: 21). Yukarıda değinildiğı gibi OHAL KHK'ları, onaylanana kadar, maddi olarak birer yürütme işlemi olarak kabul edilirlse kanunlarda değışiklik yapamayacaklarını da kabul etmek gerekir. Bununla birlikte KHK'lar yasalarda değışiklik yapabildiklerine göre OHAL KHK'ları yoluyla evleviyetle bu imkânın bulunduğı da savunulmuştur (Teziç, 2007: 38). Ancak bu düzenlemelerin olağanüstü hâlin ilan edildiğı yer ve süreyle sınırlı olması gerekir (Özbudun, 2010: 242). Dolayısıyla yaygın görüş OHAL KHK'ları ile yasalarda değışiklik yapılamayacağı ve yasalarla OHAL KHK'ların çatışması durumunda KHK'ların ancak olağanüstü hâlin ilan edildiğı bölge içerisinde ve olağanüstü hâl süresince uygulama alanı bulacağı şeklindedir (S.

³⁷ Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 10 Ocak 1991 Tarih ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 27, Cilt 1, s.101- 105. Aynı yönde bk. E.1991/6, K.1991/20, E.1992/30, K.1992/36 ve E.2003/28, K.2003/42.

Esen, 2008: 251). AYM'nin içtihadı da bu görüşe paraleldir (AYM, E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K. 1991/20). Aynı kararda AYM, OHAL Kanunu'nda OHAL KHK'ları ile değişiklik yapılamayacağını da kabul etmiştir (AYM, E. 1990/25, K. 1991/1).

Bununla birlikte Mahkeme'nin aynı kararlarında yukarıdaki tutumuyla çeliştiği de söylenebilir (Eroğul, 1999: 38-39). Aynı yıl verdiği ikinci kararında ise örtülü biçimde de olsa yasalarda (ceza) değişiklik yapılabileceğini kabul etmiş görünmektedir (E. 1991/6, K. 1991/20). Ayrıca mahkeme, Olağanüstü Hâl Bölge Valiliği'nin idari işlemlerine karşı iptal davası açılmayacağına yönelik düzenleme (AYM, E. 1990/25, K. 1991/1) ve kamu görevlilerinin geçici değil sürekli olarak bölge dışında çalıştırılmasına imkân tanıyan düzenlemelere ilişkin iptal istemini, OHAL KHK'larının konusu kapsamında oldukları gerekçesiyle yetkisizlik kararı vererek reddetmiştir (AYM, 1992/30, K. 1992/36).

OHAL KHK'larının kalıcı nitelikte düzenlemeler yapamayacağına yönelik görüşün, ilgili dönemde TBMM ve Bakanlar Kurulu tarafından benimsenmediği görülmektedir. Zira olağanüstü hâl sonrası KHK'larda değişiklikler yapılmıştır (S. Esen, 2008: 287-258). AYM'nin de 1988 yılındaki kararında benimsediği şekliyle (E. 1987/14, K. 1988/1), kimi görüşlere göre olağanüstü hâl ortadan kalkınca çıkarılan KHK'lar uygulamadan kalkar ancak bu durum, düzenlemelerin kendiliğinden yürürlükten kalkması anlamına gelmez (Kuzu, 1993: 247-248). Yürürlükte kalmanın sonucuysa yargısal denetim imkânının sürmesidir (S. Esen, 2008: 259-260).

Yer bakımındansa OHAL KHK'larının geçerli olacağı alanının olağanüstü hâlin sınırları içerisinde kalması gerektiği hususuna ilişkin tartışmalı bir nokta bulunmamaktadır (AYM, E. 1990/25, K. 1991/1). Mahkeme, 1991 yılındaki kararında yer bakımından olağanüstü hâl bölgesi dışındaki bölgelere ilişkin düzenleme yapan OHAL KHK'larını olağan KHK olarak değerlendirmiş (E. 1991/6, K. 1991/20) ve düzenlemelerde kullanılan “mücvir il” kavramının, anayasal dayanağı olmaksızın olağanüstü hâl bölgesinin alanını genişlettiği tespitini yapmıştır (S. Esen, 2008: 255). Yine ilgili kararlarında, konu bakımından olağanüstü hâlin ilan nedenlerine uymayan KHK'ların yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür (AYM, E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K. 1991/20).

AYM, 2016 yılında gerçekleştirilen darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl süresince çıkarılan OHAL KHK'larına ilişkin E. 2016/166, K. 2016/159 sayılı kararı ile içtihadını değiştirerek, OHAL KHK'larını denetleme yetkisine sahip olmadığına hükmetmiştir. Bu durumda ilgili düzenlemelerin parlamento tarafından yapılacak siyasi denetim dışında bir yolla denetlenmesi mümkün görünmemektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu düzenlemeler yukarıda bahsedildiği gibi TBMM tarafından kanun yoluyla onaylanmaktadır. İlgili kanunlar OHAL KHK'larının

metinlerini madde madde sayarak bu normları kanun hâline getirmektedirler. Bunun hukuki sonucu ise kanun hâline gelmiş düzenlemelerin AYM tarafından denetlenebilir hâle gelmesidir.³⁸ Sonuç olarak OHAL KHK'ları için onaylanmama durumunun yaptırıma bağlanmaması kalıcılaşma potansiyeli doğurmaktadır. Bununla birlikte yeni düzenlemelerde CBK'lar için yargısal denetimin olmaması sorunu, Anayasa'nın 119/7. maddesinde belirtilen üç aylık onay süresi uyarınca en fazla üç ay için geçerli olacaktır. TBMM'nin bu düzenlemeleri mevcut uygulamanın dışına çıkarak, kanun yerine "parlamento kararı" şeklinde onaylaması hâlinde ise OHAL CBK'ları tamamen yargısal denetimin dışında kalacaktır. Bu bağlamda yeni içtihadın kalıcılaşma riskine kapı araladığını söylemek mümkündür.

3.8. Olağanüstü Hâl KHK'larına İlişkin Kararlar

3.8.1. E. 1990/25, K. 1991/1

3.8.1.1.Davaya Konu Olayın Özeti

AYM'nin E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı kararında, iptal davası dönemin ana muhalefet partisi Sosyaldemokrat Halkçı Parti (SHP) tarafından 424 ve 425 sayılı KHK'ların iptali istemiyle açılmıştır. Bu OHAL KHK'sı aracılığıyla bazı yasaların, KHK'ların ve OHAL KHK'larının birtakım hükümleri değiştirilmiş, yürürlükten kaldırılmış ya da bunlara yeni hükümler getirilmiştir (Eroğul, 1999: 34-35).

3.8.1.2.Dava Dilekçesi

İptal dilekçesinde özetle; sayılan KHK'ların, Anayasa'nın 148. maddesinde anayasaya aykırılıkları gerekçesiyle iptal davası açılmayacak Anayasa'nın 121. maddesi kapsamındaki düzenlemelerin niteliklerini ve amacını taşımadıkları, olağanüstü hâl durumuna sebep olan olayların yaşanmadığı bölgeleri de kapsayan düzenlemeler getirdikleri, olağanüstü hâlin gerektirdiği ivedi önlemleri içermek yerine kanunlarda ya da KHK'larda değişiklikler veya ekler yapmanın aracı olarak kullanıldıkları ileri sürülmektedir.

Davacıya göre 121. maddenin 3. fıkrası uyarınca ortaya konması gereken söz konusu KHK'lar 121. maddenin 2. fıkrasında Olağanüstü Hâl Kanunu ile düzenlenmesi öngörülen hususlarda düzenlemeler yapmaktadırlar. Dahası 425 sayılı KHK'nın 1., 2. ve 3. maddeleri Olağanüstü Hâl Kanunu'nda da değişiklikler yapmaktadır. Dolayısıyla konu bakımından ilgili düzenlemeyle getirilen sınırı aşmaktadırlar.

³⁸ Benzer yönde bk. Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişiminin Ardından Çıkarılan 667-676 No'lu Kanun Hükmünde Kararnameler Üzerine Türkiye Raporu, paragraf 192, 12 Aralık 2016, Strazburg.

Sonuç olarak ilgili düzenlemeler şeklen olağanüstü hâl KHK'ları biçiminde ortaya konmuş olmakla birlikte nitelikleri itibariyle OHAL KHK'sı olmadıklarından AYM'nin denetimine tâbi oldukları ileri sürülmektedir.

Bu çerçevede davacı, Anayasa'nın 121. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu çerçevesinde düzenlemeler yapması öngörülen kuralların esas itibariyle 121. maddenin 3. fıkrasıyla uyumlu olmadıkları için OHAL KHK'sı olarak görülemeyeceklerini, bu nedenle düzenlemelerin olağan dönem KHK'larına dönüşeceğini ileri sürmektedir. Bu iddianın kabulüyle olağan dönem KHK'larına dönüşen düzenlemelerin yetki kanununa dayanma zorunluluklarının doğduğu ve OHAL Kanunu bir yetki kanunu sayılamayacağı için KHK'ların Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğu savunulmaktadır.

Davacı ayrıca zikredilen KHK'ların, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini düzenleyen 7.; basın hürriyetine ilişkin 28. ve 29.; yerleşme ve seyahat hürriyeti başlığını taşıyan 23.; suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38.; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. ve 15.; hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. ve son olarak Cumhurbaşkanı'nın andı ile görev ve yetkilerini düzenleyen 103. ve 104. maddelere aykırılığını ileri sürmektedir.

3.8.1.3.Hukuki Sorun

Kararda hukuki sorun, Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından olağanüstü hâlin gerektirdiği konularda çıkarılması öngörülen olağanüstü hâl KHK'larının:

- 1) Şekli kritere göre mi yoksa maddi kritere göre mi tanımlanacağı,
- 2) Yapılacak tanıma göre AYM tarafından anayasaya uygunluğunun denetlenip denetlenemeyeceği,
- 3) Olağanüstü Hâl Kanunu'nda değişiklikler ya da eklemeler yapıp yapamayacağıdır.

3.8.1.4.Karar İncelemesi

AYM, ilk inceleme sonucunda iptali istenen OHAL KHK'larının “biçim ve öz yönünden”, 148. maddede anayasaya aykırılığı iddiasıyla “dava açılmayacağı öngörülen kararname niteliğinde olmadığı” gerekçesiyle işin esas yönünden incelenmesine, beş üyenin “davanın yetkisizlik yönünden reddi gerekeceği” yönündeki karşıoyları ve oyçokluğuyla karar vermiştir.

Mahkeme üyelerinin çoğunluğunun, yukarıda tespiti yapılan hukuki sorunlardan ilkinin cevabı, ilk inceleme aşamasında ortaya çıkmıştır. Bu aşamada mahkemenin önüne getirilen düzenlemenin şekli ya da diğer bir deyişle organik ölçüte göre yapılan tanımını kabul etmesi hâlinde karşıoylar

yönünde karar vermesi gerekirdi. Üyelerin çoğunluğu ilk incelemede esasa ilişkin incelemenin bir parçası olması kaçınılmaz olan nitelik bahsini değerlendirmiş ve böylece OHAL KHK'larının maddi tanımını benimsemişlerdir.

Mahkeme, esasın incelenmesine olağanüstü hâl rejimlerinin, “ivedi önlem ve karar” alınması ihtiyacına binaen “yürütmenin yetkilerinin arttırıldığı” (s. 13) ve anayasal düzeni koruma amacına matuf birer “hukuk rejimi” olduklarının tespitiyle başlamış ve mevzuata ilişkin incelemeyle devam etmiştir (s. 12).

Bu teorik girizgâhı takiben olağanüstü hâl KHK'larının onay sürecine değinilmiştir. Ardından “Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerine uygun olarak olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (KHK) Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrası ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 19. maddelerine göre, Anayasa Mahkemesi'nin uygunluk denetiminin dışında [...]” olduğu ifade edilmiştir. Bu şekilde çıkarılan ve TBMM'nin onayıyla yasalaşan KHK'ların AYM'nin denetimine tâbi olacağı ve denetime ilişkin yasağın onaydan önceki süreçle sınırlı olduğu eklenmiştir (s. 13).

Ayrıca Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi kapsamında Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinin yanı sıra 15. maddenin atıf yaptığı uluslararası sözleşmelerden AİHS'in ilgili maddelerine de atıf yapmak suretiyle karşılaştırmalı hukuka da müracaat etmiştir (s. 14-15).

Mahkeme, OHAL KHK'larının düzenleme alanlarının, konu bakımından olağan KHK'ların tâbi olduğu 91. maddede belirtilen sınırlamalara tâbi olmadığını; burada sayılan hak ve ödevlere ilişkin düzenlemelerin OHAL KHK'ları ile yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak AYM'ye göre Anayasa'nın 121. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının birlikte değerlendirilmesiyle bu KHK'ların “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda” yapacakları düzenlemelerin “Olağanüstü Hâl Yasası ile saptanan sistem içerisinde” yapılmaları gerekmektedir. Mahkeme bu noktada başvurduğu sistematik yorum unsurunu 121. maddenin 2. ve 3. fıkraları ile sınırlı tutmamıştır. Anayasa'nın 6. maddesinde “Egemenlik” başlığı altında düzenlenen “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” şeklindeki hükme; 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine; Anayasa'nın Başlangıç'ında belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesine ve son olarak Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine atıf yaparak OHAL KHK'larının 121/2. maddesinde belirtilen hususlarda OHAL Kanunu ile yapılması öngörülen düzenlemeleri yapmasının Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmiştir (s. 17)

Mahkeme, “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular” ifadesini Anayasa'nın 119. ve 120. maddelerinde zikrolunan olağanüstü hâlin ilan edilme neden ve amacı çerçevesinde sınırlamaktadır.

Somut olayda bu neden “şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır” (s. 17). Konu sınırlaması ve ölçülülük ilkesinin bir arada olduğu esasa ilişkin bu değerlendirmenin, yerindelik denetimi olarak değil olağanüstü hâlin sebeplerine uygunluğun bir denetimi olarak kabul edilmesi mümkündür (Öden, 2009: 673). Dolayısıyla mahkeme, OHAL KHK’larıyla getirilen düzenlemelerin konu bakımından sınırlarını, önce lafzi, sonra sistematik yorum unsuruna başvurmak suretiyle egemenlik ve kuvvetler ayrılığına ilişkin atıflarla daraltmıştır.

Mahkeme, konu ölçütüne yer ve süre ölçütlerini de eklemiştir. Yer ve süre bakımından, Anayasa’nın 119. ve 120. maddelerinde bulunan olağanüstü hâlin “[...] yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere” ilan edilebileceği hükmüne dayanılmıştır. Buna göre olağanüstü hâlin ilan edilmesinin sebepleri ilan edildiği bölgede ve sürede zuhur ettiğine göre olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda düzenleme getirmesi öngörülen OHAL KHK’larının süre ve yer bakımından sınırlı olması gerektiği açıktır. AYM, bu noktadan yola çıkarak “Olağanüstü hâlin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK’sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hâl KHK’leri ile yasalarda değişiklik yapılamaz” şeklinde bir sonuca varmıştır. “Çünkü olağanüstü hâl bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü hâlin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular "olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular" olamazlar” (s. 18).

Mahkeme, bu çerçevede Anayasaya aykırı bulduğu kimi olağanüstü hâl düzenlemeleri bakımından yasalarda değişiklikler yapmadıkları gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiş ve düzenlemelerin iptali yönündeki talebi reddetmiştir (s. 23).³⁹

Mahkeme, OHAL KHK’larına getirdiği son iki ölçütü olağanüstü hâlin kalıcılılaşmasının önüne geçecek bir tutum sergilemiştir. Özellikle OHAL KHK’larıyla yasalarda değişiklik yapılamayacağı yönündeki karar bu anlamda önemlidir. Yer ve süre bakımından getirilen ölçütlerin sistematik ve teleolojik unsurların birlikte kullanılmasıyla elde edildiğini söylemek mümkündür. Zira AYM, 121. maddenin lafzında bulunmayan yer ve süre ölçütlerini 119. ve 120. maddelere atıfla elde etmiş ve olağanüstü hâl rejiminin “konusundan” bağımsız olmayan amaç unsurunu takip etmiştir.

Konu, süre ve yer bakımından çizilmiş bu çerçeve aynı zamanda Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini belirleyen 148. maddenin yorumuna da etki etmektedir. AYM, OHAL KHK’larının “[...] şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesine dava açılmaz” (Anayasa, 1982: 148/1) şeklindeki Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrası hükmünün yorumunda lafzi unsurun sınır çizen işlevini yeterli görmeyerek tartışmalı bir hususa imza atmıştır. Yukarıda

³⁹ Krş. E. 2003/28, K. 2003/42.

başvurduğu sistematik ve teleolojik unsurlarla elde ettiği ölçütler çerçevesinde OHAL KHK'larının “gerçek” birer OHAL KHK'sı olup olmadıklarının tespitin zorunlu olduğunu ileri sürmüştür:

Ancak, Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi "olağanüstü hâl KHK'si" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "olağanüstü hâl KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hâl KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.

Açıkça görüldüğü üzere Mahkeme, Anayasa'nın 148. maddesinin biçimci bir yorumuna dayanmayı reddetmektedir. Bu sonuç, Mahkeme'nin görev ve yetkilerine getirilen istisnanın dar yorumlandığı, diğer bir deyişle “mümkün olduğunca az sayıda olaya uygulandığı” (Yongalık, 2011: 9) şeklinde bir çıkarım yapılmasını mümkün kılmaktadır (Öden, 2009: 668). İstisnaların dar yorumlanması ilkesinin, anayasal organların yetkisiz olması ya da yetkilerinin dar yorumlanması ilkesine tercih edildiği görülmektedir (Gözler, 2015: 95).⁴⁰

Kararın bu kısmı açısından hukuk yaratma ve hukuki yorum ilişkisi gündeme gelmektedir. Hukuk yaratmanın yorumun bir derecesi olup olmadığıyla ilgili farklı görüşler olmakla birlikte norm metnini aşan diğer bir deyişle metnin sınırlayıcı işlevini göz ardı eden bu tip bir hukuk yaratmanın norm metninin işaret ettiği hukuki değeri başka bir hukuki değerle ikame etmeye çalıştığı kabul edilebilir. Bu da zorunlu olarak amaç unsurunun ve sistematik unsurun lafzi unsura galabe çalmasıyla mümkündür. Özellikle amaç unsuru lafzi unsurla mukayese edildiğinde büyük ölçüde sosyolojik ya da ampirik temellidir.

Lafzi unsurun aşılmasının bir çeşit zorunluluk olarak görülmesi hâlinde mahkemelerden beklenen, hukuk metoduna ilişkin bu tercihlerini gerekçelendirmeleridir. Diğer bir deyişle metinsel anlamın tercih edilmesinin neden mümkün görülmediğinin izahı gerekmektedir. Bu izah norm alanını belirleyen sosyo-politik varsayımların da deşifre edilmesini gerektirmektedir.

Yukarıda olağanüstü hâl KHK'larının konu bakımından sınırlarının sistematik unsurla ele alınmasında görüldüğü gibi Mahkeme, norm metnini aşan bu yorumunu “hukuk içi” yahut daha spesifik olarak “anayasa içi” kanıtlarla destekleme yoluna gitmiştir (s. 17):

Ayrıca, tersi bir düzenleme Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz"

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, benzer bir yorumu 1993 yılında aldığı yürütmeyi durdurma kararları açısından da benimsemiştir. Bkz. E. 1993/3, K. 1993/40.

hükümüne ve 7. maddedeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü bu durumda Anayasa'ya göre yasama organının yapması gereken bir hukuksal işlem yürütme organı tarafından yapılmış olmaktadır. Yine böyle bir düzenleme, Anayasa'nın Başlangıç'ında belirtilen "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet Yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" temel ilkesine ve 11. maddedeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

Mahkeme'nin, söz konusu KHK'lara ilişkin yukarıda sayılan ölçütleri getirirken "egemenlik" ve kuvvetler ayrılığına" atıf yapması, seçimini gerekçelendirmesi açısından dikkat çekicidir. Mahkeme, Anayasa'nın Başlangıç'ında belirtilen kuvvetler ayrılığı tanımına atıfla yürütmeyi sınırlayan sonuçlara yönelen kararını "medeni bir işbölümü" ve "anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine" dayandırmaktadır (s. 17).

Ayrıca TBMM aracılığıyla 121. madde uyarınca yapılacak denetimin usul ve sürelerinin İktisadî ile belirleneceği belirtilmesine rağmen karar tarihinde henüz düzenleme yapılmaması sonucunda ortaya çıkan belirsizliğe de değinilmektedir (s. 19). Doğrudan ifade edilmemiş olsa da⁴¹ "Olağanüstü Hâl KHK'lerinin Denetimi" başlığı altında, karar metninin akışını bozacak biçimde değinilen bu belirsizliğin hem yukarıda sayılan ilkeler açısından hem de hukuki belirsizliğin kendisi bakımından somut olayda istenmeyen ve hatta tahammülü güç sonuçlar doğuracağı düşünülmüş olsa gerektir. Normun lafzının aşılmaması hâlinde belirtilen ilkelerin yeterince korunmayacağı ve bu yorumun hukuki değer korunmasında işlevsel olmayacağı düşünülmüş olabilir. Etkinliği sorgulanan ve hukuk devleti ilkesini erozyona uğratacak mahiyetteki uygulamaların yargılamanın nihai hedefi olan "adil bir sonucu" engelleyeceği düşüncesi savunulmuş ve norm metninin aşılması bu şekilde gerekçelendirilmiş görülmektedir. Başvurulan bu yorum amaç unsurunun ampirik temelini ortaya koyar niteliktedir.

Bununla birlikte kararda bu tercihin açık biçimde gerekçelendirildiğini söylemek mümkün değildir. Mahkeme, "[...] düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı sayamaz" demekle birlikte esasında neden bu hukuki nitelemeyi yapmak zorunda olduğunu yukarıda üstü kapalı biçimde işaret ettiğini düşündüğümüz hususları tartışarak açıkça izah etme yoluna gitmemiştir (s. 19).

Mahkeme'nin, lafzi unsurun yönetsel açıdan sınır teşkil etmesi gerektiği yönündeki kabulü takip etmediği kesin olmakla birlikte Müller'in yaklaşımında değindiğimiz anayasanın belirlemiş olduğu kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edilmemesi şeklindeki kuralı da ihlal ettiğini savunmak mümkündür. Ancak her ne kadar somut olayda yargı organının yetkisinin genişletilmesi yoluyla kuvvetler arasındaki dengenin yürütme aleyhine bozulduğu ileri sürülebilecek olsa da çoğunluğun

⁴¹ Bu eksikliği giderir nitelikte bkz. Yekta Güngör Özden'in (s. 27) ve Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoy yazıları (s. 33).

argümanının yürütmenin yasama aleyhine kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği şeklinde olduğu düşünülürse bu noktada esas tartışmalı olan hususun çoğunluğun hukuki ön anlayışına, diğer bir ifadeyle gizli öncüllere ilişkin olduğu anlaşılabacaktır.

AYM'nin yukarıda isimlerini zikretmeden kullandığı yorum unsurlarının yanı sıra yine açıkça olmasa da nüvelerini bulabileceğimiz şekilde “olağanüstü hâlin kalıcılığına riskine”⁴² karşı günümüz “kuvvetler ayrılığına” dayanan sınırlı “egemenlik” anlayışı çerçevesinde karar verdiği ileri sürülebilir. AYM üyelerinin çoğunluğunun, anayasa teorisine dayanan hukuki ön anlayışlarının, ülkenin o tarihte içinde bulunduğu koşullarda bu tarz bir “kuvvetler ayrılığı” ve “egemenlik” düşüncesine dayandığını söylemek mümkündür. Bu kapsamda mahkemenin bu ilkelerin tarihselliğinin bilincinde olarak dinamik bir yorumu tercihe şayan gördüğü düşünülebilir.

3.8.1.5. Karşıoyların İncelenmesi

Karşıoylardan Yekta Güngör Özden, Yılmaz Aliefendioğlu ve Mustafa Şahin'e ait olanlar, OHAL KHK'lerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi hususunda çoğunlukla aynı doğrultudadır. Ancak bu gerekçelerde, kararın kendi içerisinde barındırdığı fakat bu çalışmanın kapsamı açısından detaylandırılmayacak birtakım ihtilaflara dikkat çekilmektedir (Eroğlu, 1999: 38). Dolayısıyla aşağıda bu gerekçelere yalnızca temel argümanı ilişkilendiren boyutlarıyla değinilmektedir.

Yekta Güngör Özden, karşıoy yazısında; “TBMM İçtüzüğü'nün düzenlenmemesi gerekçe gösterilerek, Anayasa'nın 91. maddesinde öngörülen, "Yetki yasaları ve bunlara dayanan KHK'lerin TBMM Komisyonları ve Genel Kurulu'nda ÖNCELİKLE ve İVEDİLİKLE GÖRÜŞÜLMESİ" savsaklanamaz. Amaca, olaya uygun tutum bırakılarak, yasama denetimi siyasal çoğunluğun etkisiyle önlendiğine göre, yargı denetimi tam anlamıyla işletilmelidir” şeklindeki ifadesi karar metninde siyasal denetimin yetersizliğine ilişkin açık biçimde kurulmayan köprüyü tamamlar niteliktedir (s. 27).

Benzer şekilde, Yılmaz Aliefendioğlu da karşıoy yazısında siyasal denetimin hem hukuki hem de olgusal olarak yetersizliğini vurgulamaktadır. “Olayda olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamenin TBMM’ce onaylanmasına ilişkin süre ve usulü belirleyen içtüzük yapılmamış olduğu ve seneler önce yayımlanan olağanüstü hâl KHK’lerinin dahi Meclis’ce onaylanamadığı anlaşılmaktadır” şeklindeki ifadeden anlaşılabacağı üzere denetimsizliğin olgusal tespiti yapılmıştır (s. 33). Bu tespit, argümantasyonda önceliklendirilen unsurların gerekçelendirilmesi açısından önem taşımaktadır.

⁴² Yekta Güngör Özden karşıoy gerekçesinde; “Yürütme organı, bu tür oldu-bittilerle Anayasa’yı bir bakıma askıya almış, olağanüstü duruma süreklilik kazandırmış ve anayasal niteliğini değiştirmiş olur” şeklindeki ifadeyle bu riski açıkça dile getirmektedir (28).

Bununla birlikte Aliefendioğlu, hukuki bir argüman geliştirerek ilgili düzenlemelere kaynak teşkil ettiğini (yetkinin türevsel olduğunu) savunduğu İçtüzüğün düzenlenmemesi sebebiyle yürütmenin OHAL KHK'sı çıkarma yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir (s. 33). Zira üyeye göre aksi durumda yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin kural ihlal edilmiş olacaktır.

Mustafa Şahin ise benzer noktadan hareketle yürütmeyi yetkisiz görmemekle birlikte “[...] Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimini, içtüzüğünü ne zaman yapacağı belli olmayan Yasama Organının gayri muayyen tutumuna talik edemez ve olağanüstü hâl KHK'lerini Meclisin onayından geçmiş gibi düşünerek denetlemesi Anayasa'ya aykırı olmaz” diyerek olağanüstü hâl KHK'lerinin denetiminin yapılmasının niteliklerine bakılmaksızın da mümkün olacağını savunmuştur (s. 39).

“Anayasa bir bütündür, iç çelişkilerinden, biçim kurallarından yararlanılarak dar yorumlara itibar etmemek gerekir” şeklindeki ifadesinde görüldüğü gibi Şahin, sistematik ve amaçsal yorum unsurlarını lafzi unsurun dar şekilde yorumlanmasına karşı bir argüman olarak ileri sürmektedir. Şahin, bunu yaparken aynı zamanda modern anayasacılığın temel hak ve özgürlüklere ilişkin temel kabullerini destekleyici argüman olarak kullanmaktadır:

Demokratik toplumlarda şartlar ne olursa olsun, aslolan olabildiğince hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Anayasa'yı anlama, algılama ve uygulamada hukuk dışına kaymak suretiyle TBMM'yi devre dışı bırakan, istisnayı, olağan ve genel kural hâline getiren ve böylece ayırık kararname çıkarma alanını yürütmenin keyfine terkeden bu uygulama, Anayasa'yı kendi amacına ters bir araç hâline düşürmüş olur.

Binaenaleyh yukarıda değindiğimiz şekliyle Şahin'in, 148. maddenin metnini aşan bir yorumdan ziyade 121. maddenin amaçsal yorumuna odaklanan sistematik bir yorumu öne çıkarttığını söylemek mümkündür (s. 38).

Şahin, “olağanüstü yönetim biçimine uygulamayla süreklilik kazandırılması çağdaş demokrasi anlayışı ve Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ile bağdaştırılamaz” diyerek yukarıda değindiğimiz “olağanüstü hâl kalıcılığı” riskini vurgulamıştır.

Son olarak Şahin'in, “bu KHK'yle olağanüstü hâl bölge valisine tanınan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili işlemler hakkında iptal davası açılmaz” şeklindeki 285 sayılı KHK'nın 7. maddesini değiştiren 425 sayılı KHK'nın 4. maddesine ilişkin karşıoyunun daha sonra K. 2003/42 sayılı kararda kabul göreceği olması ve bu değişikliğin 2016 yılındaki içtihadta dayanak olarak gösterilmesi bakımından önemli olduğunu ifade etmek gerekir. Şahin, yargı yolunu kapatan bu hükmü; “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” şeklindeki Anayasa'nın 125. maddesi hükmüne ve 15. maddesi uyarınca ileri sürülen “ölçülülük ilkesine” aykırı bulunarak iptalinin

gerektiğini ileri sürmüştür (s. 39). Mahkeme ise bu hükmün iptali talebini, Olağanüstü Hâl Kanunu'nda değil olağanüstü hâl KHK'sında değişiklik yaptığı gerekçesiyle yetkisizlik yönünden reddetmiştir (s. 23). Aynı hükmün itiraz yoluyla karşısına gelmesi üzerine Mahkeme, K. 2003/42 sayılı kararda görüşünü değiştirmiş ve ilgili hükmün olağanüstü hâl ile ilgili bir konuda olmadığını belirterek hükmü iptal etmiştir (E. 2003/28, K. 2003/42).

Üyelerden Servet Tüzün, İhsan Pekel, Erol Cansel ve Yavuz Nazaroğlu, yukarıda belirtilen olağanüstü hâl KHK'larının yargısal denetiminin yolunu açan görüşlere katılmamışlardır. Üyeler, öncelikle bu tip kararnameler yoluyla hem Olağanüstü Hâl Kanunu'nunda hem de OHAL KHK'larında değişiklik yapılmasının mümkün olduğunu Anayasa'nın 91. maddesinin ortaya koyduğu istisnayı geniş yorumlamak ve lafzi unsura dayanmak suretiyle ileri sürmüşlerdir (s. 34).

Karşıoy yazısında üyeler, karara paralel biçimde “olağanüstü hâlin” kavramsal çerçevesine değinmişlerdir. Ancak karşıoyda çoğunluğun aksine olağanüstü hâl rejimlerinin “hukuki birer rejim” olduğu tespitine yer verilmemiştir. Ardından, “1982 Anayasası'nın temel fikirlerinden birinin de devletin terörizmle ve yaygın şiddet hareketleriyle daha etkin mücadele edebilmesini sağlama olduğu görülmektedir” ifadesiyle adeta Anayasa'nın temel amaçlarından birisinin “olağanüstü hâl ilan etmek” olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa'ya yüklenen bu temel amaç yöntemsel olarak; lafzi unsura dayanan bir subjektif teleolojik/genetik yorumun tercih edildiği anlamını taşımaktadır.

Bu doğrultuda 17 Ekim 2001 tarihine kadar varlığını koruyan Başlangıç kısmına atıfla olağanüstü hâl rejimlerinin mahiyetinin asli kurucu iktidarın “orijinal niyeti” doğrultusunda değerlendirildiği görülmektedir. Bu pencereden bakılarak “olağansütü yönetim usulleri” önceden sınırları belirlenemeyecek rejimler olarak tanımlanmaktadırlar. Karşıoy yazısında açıkça ifade edildiği üzere; “Anayasa'nın başlangıcı ile 120. ve 121. maddeler birlikte ele alın(anarak)” sistematik yoruma müracaat edilmektedir. Ancak burada sistematik unsurun lafzi unsuru mümkün olduğunca dar tutmanın aracı kılındığı görülmektedir:

Anayasa'nın başlangıcı ile 120. ve 121. maddeler birlikte ele alındığında, olağanüstü hâllerde yaygın şiddet hareketlerini önlemek ve kamu düzenini sağlamak için, yürütmenin etkin yetkilerle donatıldığı görülür.

Olağanüstü hâl KHK'leri somuta indirgenemez, bu nedenlerle, söz konusu kararnameler, organ ve yetkililerin kararına konu olacaktır.

Diğer taraftan alınan tedbirlerin, ilan edilmiş olağanüstü hâl bölgesi ile de sınırlandırılması fiilen mümkün değildir. Zira, Anayasamızın olağanüstü hâlin yapısı ile ilgili 119. ve 120. maddeleri olağanüstü hâl bölgesinden bahsettiği hâlde, olağanüstü hâl fonksiyonu ile ilgili 121. maddesinde bölgeden söz etmemektedir.

Anayasa koyucu, 121/2 ile bir temel kanunu (2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu) hakların teminatı olarak onamış ancak 121/3'e dayanılarak çıkarılacak,

KHK'leri sözü edilen kanunun lafzı ile değil, temas ettiği ve gerek duyulan konularla sınırlandırmıştır.

Görüldüğü üzere sistematik unsura yapılan başvuru aynı rejimi düzenleyen ve doğrudan ilişkili maddeler arasındaki bağlamı korumak yerine Başlangıç'a atıfla “olağanüstü hâl rejimlerinin” genetik ve sübjektif teleolojik yorumunu destekler biçimde kullanılmıştır. Yine bu doğrultuda 121. madde uyarınca vazedilen 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun lafzının da olağanüstü hâl KHK'ları bakımından sınır teşkil etmeyeceğini ifade ederek Başlangıç'tan üretilen amaç unsuru öne çıkartılmaktadır.

Son olarak üyeler, 148. maddenin lafzına bağlı kalmış ve söz konusu KHK'lar bakımından anayasaya uygunluk denetiminin mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir:

Kaldı ki olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddeleri gereğince çıkarılan KHK'lere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmayacağı ve mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceği 2949 sayılı Kanunun 19. maddesi ve Anayasa'nın 148. maddesinin âmir hükümleri gereğidir.

Sonuç olarak, karşıoy yazısında imzası bulunan üyelerin, OHAL KHK'larıyla Olağanüstü Hâl Kanunu'nda değişiklik yapılabileceğini, konu ve yer bakımından kararda belirtilen şekilde sınırlandırılmayacaklarını ve KHK'ların amaç unsurunun tespiti konusunda daha geniş bir yoruma sahip olduklarını söylemek mümkündür. Dolayısıyla karara muhalif üyelerin, kararda göze çarpan olağanüstü hâlin “hukuki bir rejim” olduğu ve “kalıcılığı riskinin” bertaraf edilmesine ilişkin önceliği paylaşmadıkları görülmektedir:

Zira bu kararnameler de temelde 91. maddenin birinci fıkrasında adı geçen normal KHK'den farklı değildir. Normal KHK ile bir yasa değiştirilebildiğine göre, olağanüstü hâl kararnamesi ile olağanüstü hâl kanununda değişiklik yapılması mümkündür. Olağanüstü hâl kararnamesi yürürlükten kalksa da yasadaki değişiklik varlığını korur. Kanun koyucu bu yasadaki değişikliğin sürekli olmasını uygun bulmuşsa, olağanüstü hâl kararnamesi ile de her olağanüstü hâl bölgesinde uygulanacak kalıcı değişiklikleri olağanüstü hâl kanununda yapabilir. Aksini düşünmek, yani olağanüstü hâl kanununda bir değişiklik yapmak için, kanunun normal değiştirme kurallarına başvurmak olağanüstü hâlin gerektirdiği hızlı tedbir alma ve olayları süratle bastırma gerçeğine ters düşer.

Karşıoyda ilgili hukuki rejimin tesis edilme gerekçelerine referansla yapılan genetik yorumun yasa yapım sürecinde demokratik usullerin işletilip işletilmediğinin tespiti noktasında faydaları olduğu düşünülebilir. 1982 Anayasası'nın yapımı göz önüne alındığında “yasa koyucunun demokratik meşruiyeti” temelli “orijinalist” gerekçelere dayanan karşıoy yazısının öncüllerinin ayrıca tartışma konusu yapılması gerekmektedir. Ancak çalışmanın sınırları gereği, kullanılan argümanların tespitiyle yetinilmiştir.

3.8.1.6. Değerlendirme

Mahkeme'nin kararının ileriye dönük bir tarihsellik içerisinde günümüz liberal anayasacılık perspektifine uyum sağlayan dinamik bir yoruma dayandığını söylemek mümkündür. Özellikle Anayasa'nın 148. maddesi bakımından sistematik ve amaçsal yorum unsurları eliyle metni aşan bir hukuk yaratma ortaya konmuştur.

“Anayasanın üstünlüğü ilkesi” sınırlandırılmış bir iktidarı salık veren liberal anayasacılığın temel araçlarından birisi olarak kabul edilen katı anayasaların bir sonucudur ve bu düşünceye göre anayasanın üstünlüğü ancak diğer devlet erklerinin yargısal denetimi yoluyla sağlanabilir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzi anlamının siyasi denetimi tek denetim yolu olarak öngörmesi somut olayın özelliklerine göre liberal anayasacılığın temel kabulleriyle örtüşmeyebilir. Böyle bir durumda AYM'nin somut olayda siyasal denetimin işlevsel olup olmadığını da ayrıca tartışması kararın rasyonalitesini destekleyebilecek önemli bir husustur. Gerekçelendirmenin niteliği açısından önemli olan bu husus OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanması noktasındaki belirsizlikle sınırlı kalmıştır. Kararda, siyasal denetimin tek başına yeterli işleve sahip olmadığı savı, Türkiye'nin mevcut parti sistemi ve seçim sistemi çerçevesinde tartışılmamıştır. İfade edildiği gibi Mahkeme bu konuyu yalnızca onay prosedürü açısından ele almıştır.

Yargıçların, somut olaya uygulanacak hukuk kurallarını seçmeleri de hukuk yönteminin ve argümantasyonun bir parçasıdır. Mahkeme, Anayasa'nın sırasıyla “egemenlik” ve “yasama yetkisi” başlıklı 6. ve 7. maddelerine yukarıda benimsediği çıkarımında bulunduğumuz anayasacılık merkezli egemenlik anlayışının bir sonucu olarak atıf yapmakla birlikte; bu atıflarla “olağanüstü hâl rejimlerinin” mahiyeti arasında bir köprü kurmamıştır yahut kurmuşsa da ayrıca dile getirmemiştir. Metne dökmeyi tercih ederek hukuki argümanlarının dayanağı olan varsayımlarını görünür kılması ve temellendirmesi kararın gerekçesini kuvvetlendirebilir ve AYM'nin hukuki hesap verebilirliğine katkı sunabilirdi. Ancak mahkeme ayrıca altını çizmemiş, ilişkilendirmemiş ve gerekçelendirmemiş olsa dahi ilgili tutumun tespiti zor değildir. Bu tutumu hangi saiklerle gerçekleştirmiş olabileceği ise ayrıca tartışılmalıdır. Bu çalışma, bu tartışmayı 2016 yılında değişen içtihat açısından yapacaktır.

Mahkeme'nin bu yaklaşımının metnin yorumda sınır işlevi görmesi gerektiği görüşü açısından isabetsiz olduğu savunulabilir. Mahkeme'nin aşağıda “kurumsal denge” ve “hukuki belirlilik” lehine ileri sürdüğü argümanları, bizatihi AYM'nin bu kararla norm metnini aşarak kuvvetler arası dengeyi bozduğu ve hukuki belirsizlik ürettiği şeklindeki karşıt argümanlarla zayıflatmak mümkündür. Kaldı ki hukuk devleti ilkesi aynı zamanda yargının da hukuk normuyla bağlılığı anlamını taşımaktadır. Aynı şekilde Anayasa'nın 6. maddesinde belirtilen devlet organlarının yetkilendirilmelerine ilişkin hükmün yargının yetkilerinin de sınırlılığına işaret ettiği şüphesizdir.

Yasa koyucunun aksine klasik anlamda demokratik meşruiyete sahip olmadığı kabul edilen AYM'nin bu eleştirileri azaltması için tarihsel unsur aracılığıyla tespit edilen “ratio legisin” ulaşamaz olması, konusuz kalması veya normun dayandığı hukuki değerin artık kabul görmemesi durumunda ikinci aşamaya geçerek “fiili amacı” yani güncel rasyonel amacı ortaya koyması beklenebilirdi. Zira bu koşullarda yargıçtan “yöntembilimsel dürüstlük” çerçevesinde yorum yapması ve bu değişikliği gerekçelendirmesi beklenir (Rüthers, 2020: 408). Hukuk yaratma ile yorum arasındaki ince çizginin aşılması anlamına gelebilecek bu değişiklikse gerekçelendirme mesuliyetini kuvvetlendirmektedir. Mahkeme bu aşamaları öncüllerini açıklığa kavuşturmadan geçmiş görünmektedir.

Yargının demokratik ve normatif meşruiyeti, yargıcın rolü ve otoritesi (yargısal denetimin avantajları) gibi başlıklarda kararda benimsenen tutum deşifre edilmemiştir. Bununla birlikte kararda, yargıcın rolüne ilişkin geleneksel yaklaşımın ve dolayısıyla pozitivist katı biçimci yaklaşımın benimsenmediği, dolayısıyla usule ilişkin değil “hakkaniyete uygun” bir sonuca yönelme fikrine dayanıldığını düşündürecek kadar veri bulunmaktadır. Mahkeme, Dworkin'den mülhem “çoğunlukçu demokrasi”, “ortaklık demokrasisi” gibi kavramlarla yargının rolü ve yorumun alanı çerçevesinde tartışmasını derinleştirme yoluna gidebilirdi. Böylelikle yine Dworkin'in metaforuyla “kurallarla yargıcın takdir yetkisi arasındaki köprüyü oluşturan ilkelerden” hangilerine ne şekilde dayandığını izah edebilirdi. Ayrıca mahkeme bu kapsamda bir analizle bu çalışmanın “Anayasa Yargısının Meşruiyeti” başlıklı bölümde atıf yapılan Smilov'un ifade ettiği gibi; yargısal denetimin yekpare bir tanımını reddederek farklı siyasal rejimlerde farklı ilkelerin önplana çıkabileceğini savunabilirdi. Böylece ülkenin içerisinde bulunduğu koşulların ürettiği öncelikleri rasyonel biçimde temellendirebilirdi (Smilov, 2012: 870-872). Somut olay bakımından kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali iddialarının tartılmasına yer verilebilir ve ilkelerin nasıl dengelendiği ortaya konabilirdi. Bu rasyonel izahat yargısal yorumun öznelliğine ve sonucun karardan önce geldiğine yönelik realist eleştiriye dayanan, yargısal aktivizm kaygılarını bir ölçüde azaltabilirdi. Zira yargısal denetimin meşruluğu ancak bu denetimin liberal anayasacılık açısından yargısal denetimin temel amaçları olarak kabul edilen; temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve iktidarların sınırlandırılmasına yönelmesi durumunda geçerli olacaktır.

OHAL KHK'larının yargısal denetimine ilişkin karşıoy yazısında öne çıkan ise yasa koyucunun sübjektif amacıdır. Gerekçeye atıfla kullanılan ve dinamik sonuçlara yol açan karardaki tarihsellikten farklı olarak genetik/tarihsel yorum unsuruna başvurulmuş ve amaç unsurunun muhafazakâr sonuçlara ulaştıran bir kullanımına gidilmiştir. 148. madde bakımından metne bağlılıktan uzaklaşmamış ve başkaca argüman kullanılmamıştır.

Bu hâliyle karar ve karşıoy yazıları hukuk metodolojisi bakımından literatüre paralel gelişmiş ve sübjektif yorum teorisi ve metne bağlılıkla kararın muhafazakârlığı arasındaki ve bunun yanında dinamik yorum ile amaçsal yorum arasındaki ilişki yinelenmiş görünmektedir. Sistematiik yorum unsurunun ise her iki bakış açısı için de işlevsel olduğu söylenebilir.

3.8.2. E. 1991/6, K. 1991/20

3.8.2.1.Davaya Konu Olayın Özeti

İlgili karar için iptal davası önceki kararda olduğu gibi dönemin ana muhalefet partisi Sosyaldemokrat Halkçı Parti (SHP) tarafından 430 sayılı KHK'nın iptali istemiyle açılmıştır. Dolayısıyla önceki başlık altında ele alınan sistematik, başlık başlık tekrar edilmeyecek, karar incelendikten sonra değerlendirmeye geçilecektir.

3.8.2.2.Karar İncelemesi

Mahkeme, başlangıçta daha önceki kararıyla bire bir aynı olacak şekilde olağanüstü hâl rejimlerinin kavramsal çerçevesini ortaya koymuştur. Ardından önceki kararda olduğu gibi 148. maddenin metnini aşacak sistematik bir yoruma başvurmuş ve olağanüstü hâl KHK'larının konu, süre ve yer ölçütlerini tekrarlamıştır. Ancak bu kararda önceki karar için örtülü olarak kullandığı ve “[...] yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır” (E. 1990/25, K. 1991/1) önermesinde somutlaşan ve sorunsallaştırılmayan amaç unsurunu daha açık biçimde ifade etmiştir (s. 15):

Fakat, Anayasa Mahkemesi bir metnin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı olup olmadığını incelerken veya Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken o metni meydana getiren yasama veya yürütme organının o metni şu veya bu nitelikte kabul etmesiyle bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi için önüne getirilen metni nitelendirmesini zorunlu kılar; tersi durumda yasama veya yürütme organının nitelemede yanılığa düştükleri bir metnin denetim dışında kalması kabul edilmiş olur ki bu da Anayasakoyucu'nun Anayasa'ya uygunluk denetimi koymakla güttüğü amaca aykırı olur.

3.8.2.3.Karşıoyların İncelenmesi

Yetkisizlik nedeniyle iptal talebi reddedilen kurallar için Özden, Şahin, Selçuk Tüzün, Ahmet N. Sezer ve Yalçın Acargün'ün karşıoyları özetle 430 sayılı KHK'nın 8. maddesi uyarınca idareye sağlanan yargı bağıışıklığının, Anayasa'nın 125. ve 129. maddeleri ile hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkesinin oluşturduğu sistematik içerisinde iptali gerekirken yetkisizlik nedeniyle reddine muhalefet etmektedir. Buna göre olağan dönemde kamu personeli açısından geçerli olan önlemler yeterlidir ve fazlası hukuk devleti açısından kabul edilemez. Bununla birlikte üyeler, gerekçelerinde

hukuk devleti ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükler çerçevesinde iktidarın sınırlandırılması tezini ileri sürerken devletin korunması şeklindeki bir amaç unsurunu da yardımcı argüman olarak kullanmaktadırlar (s. 26):

Görevlilerin huzur ve güven içinde çalışması için devlet yeterli düzeyde önlem alacaktır. Güvenceler sağlayacaktır. Bu olanaklar vardır. Bunlarda hukuku yadsıyıp dışlayarak aşırılığa gitmek, görevlilere karşı sakıncalı girişimlere neden olabilir. Ayrıca, görevlilerin sakıncalı eylem ve işlemlerini devlet adına yaparak devleti yıpratmalarına, devlete duyulan saygıyı ve güveni sarsmalarına, kendilerini devlet yerine koyarak ölçüsüz davranmalarına yol açabilir. Yargı güvencesi iki yanlıdır, hem yargıya başvuran davacıyı, hem de kendisi hakkında dava açılanı, suçlananı korur.

Güven Dinçer'in karşıoy yazısında ise özetle idareye 430 sayılı KHK'nın 7. maddesinde düzenlenen daha evvel Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen suç ve cezalarla ilgili değişikliğe gidilmesi yetkisinin verilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Karşıoy gerekçesinde Anayasa'nın 15. 38. ve 121. maddelerinin göz önünde bulundurulduğu sistematik bir yoruma başvurulmaktadır (s. 27-28).

148. maddenin, Olağanüstü Hâl Yasası'nın ve genel olarak olağanüstü hâl rejimlerinin mahiyetine ilişkin önceki kararda yazılan karşıoylarda ileri sürülen savlar burada da tekrarlanmış olup bu kararda daha önceki dört üyenin arasına Turgut Özal tarafından atanan Haşim Kılıç da dâhil olmuştur.

3.8.2.4. Değerlendirme

Ana hatlarıyla önceki kararlar benzeşmesi hasebiyle bu karar için detaylı bir değerlendirmeye ihtiyaç görülmemiştir.

3.8.3. E. 2003/28, K. 2003/42

3.8.3.1. Davaya Konu Olayın Özeti

285 sayılı Olağanüstü Hâl Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden düzenlenen 7. maddesi uyarınca, idareye sağlanan yargı bağımsızlığının, ilgili düzenlemenin AYM tarafından K. 1991/20 sayılı kararda yetkisizlik gerekçesiyle iptal edilmemesi ve aradan geçen on beş yıllık süreye rağmen 2003 yılında hâlen TBMM'nin onayından geçmemesi diğer bir deyişle siyasal denetime tâbi tutulmaması ve böylece olağanüstü hâl ile ilişkin hükmün kalıcılığı üzerine Danıştay Beşinci Dairesi 2003 yılında itiraz başvurusu yapmıştır.

Ayrıca eklemek gerekir ki söz konusu düzenlemelere dayanak teşkil eden olağanüstü hâl uygulaması 30 Kasım 2002 tarihinde sonlandırılmıştır.

3.8.3.2.Başvuru Kararı

285 sayılı Olağanüstü Hâl Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden düzenlenen 7. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 13., 15., 121. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istenmektedir.

OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usulün 121. madde uyarınca 1998 yılında İçtüzükle belirlenmiş olduğu fakat buna rağmen sürecin işletilmediği belirtilmiştir. "Anayasanın 121. ve 122. maddelerinin, 6., 7. ve 8. maddeleriyle birlikte yorumlandığında, OHAL KHK'si çıkarma yetkisinin, TBMM'nin denetiminde ve onun onayıyla tamamlanacak bir yetki olduğu [...]" ifade edilmekle bahsi geçen düzenlemenin OHAL KHK'si olma niteliğini kaybettiği, böylece "TBMM'nin onayı alınmadan süreklilik kazandırılan" ilgili KHK'nin yargısal denetime konu olacağı ileri sürülmüştür.

Danıştay Beşinci Dairesi'nin başvuru kararında kullandığı argümantasyon, çalışmanın kapsamı dışında olduğu için bu bilgilerin verilmesiyle iktifa edilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki Dairenin izlediği metodoloji, argümantasyonunun öncüllerini ortaya koymak bakımından AYM'nin kararından daha tatmin edicidir.

3.8.3.3.Karar İncelemesi

AYM, diğer kararlarda olduğu gibi ilk inceleme aşamasında olağanüstü hâl KHK'sının bu niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmasını yapmıştır. Tahmin edileceği üzere Anayasa'nın 121., 122. ve 148. maddelerinin ardından 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19. maddesine ve nihayet ilgili düzenleme ile doğrudan ilişkisi sebebiyle Anayasa'nın 125. maddesine atıfla sistematik bir yoruma başvurulmuştur (s. 2).

Zikredilen mevzuattan ilk iki madde daha evvelki kararlarda bahsedildiği gibi lafzi unsur ve onu destekler bir amaç unsuru çerçevesinde ele alınırken; 148. madde ve zikredilen kanunun 19. maddesi metni, sistematik ve amaçsal yorum unsurları aracılığıyla aşılmıştır. Hukuk yaratma olarak nitelendirilmesi gereken bu kararın dayanağını teşkil eden amaç unsuru 121. ve 125. maddelerden çıkarılmıştır (s. 2):

Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; altıncı fıkrasında da, kanunun, olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâlinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği belirtilmektedir. Buna göre, madde ile açıkça yargısal denetime izin verilmeyenler dışında idari

işlemlere karşı dava açma hakkı hiçbir hâlde engellenemeyecek, ancak sayılan durumlar nedeniyle yalnız yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilecektir.

Görüldüğü üzere Mahkeme, başvuru kararında da değinildiği gibi 125. maddenin muhalifinden yargı yolunun kapalı olduğu işlemlerin (istisna) tek tek sayıldığını ve bunun başkaca işlemler için yargı yolunun kapatılamayacağı anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Bu aynı zamanda istisnaların dar yorumlanması ilkesinin de bir gereğidir. Bununla birlikte Mahkeme'nin, üstü kapalı şekilde yürütmeyi durdurma kararlarının sınırlanmasına ilişkin getirilen hükmün kanıt gösterilmesiyle; Anayasa koyucunun dilemiş olsaydı, yargı yolunun kapatılmasına ilişkin bir istisna getirebileceğini ileri sürdüğünü ve amaçsal unsurla 125. maddenin lafzını desteklediğini söylemek mümkündür. Mahkeme, maddeyi zikretme de nihayetinde ortaya koyduğu bu sonucu “egemenlik” başlıklı 6. maddeden çıkartılan yetkisizliğin esas olması ilkesiyle ilişkilendirip sistematik yorumunu tamamlamıştır (s. 3):

Oysa, 285 sayılı Olağanüstü Hâl Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen itiraz konusu 7. maddesinde, "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hâl Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" denilerek bu işlemlere karşı dava açma hakkı ortadan kaldırılmış, böylece Anayasa'nın olağanüstü yönetim usulü bağlamında öngörmediği bir yetki kullanılmıştır.

Bu çerçevede Mahkeme'nin varmış olduğu sonuç; ilgili KHK'nın OHAL KHK'sı niteliği taşımadığı ve “dönüşüm teorisi” uyarınca olağan dönemlerde çıkarılan KHK'lar gibi Anayasa'nın 91. maddesine tâbi olması gerektiğidir. Diğer kararlarda benimsenen gerekçeler uyarınca kuralın iptaline karar verilmiştir (s. 2).

3.8.3.4. Karşıoyların İncelenmesi

Karşıoy yazısında, Mahkeme'nin 148. maddeye ilişkin içtihadına karşı görüş beyan edilmemiştir. Bunun yerine, K. 1991/1 sayılı kararda olağanüstü hâl niteliği taşıyan bir KHK hükmü olduğu gerekçesiyle iptal edilmeyen maddenin yine aynı gerekçeyle iptalinin mümkün olmadığı ve yetkisizlik nedeniyle istemin reddine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (s. 5).

3.8.3.5. Değerlendirme

Mahkeme'nin bu değişikliği öncüllerini ortaya koyarak gerekçelendirmemesi ve tercih mesabesinde bırakması sebebiyle yöntemsel bir analize gitmek mümkün görünmemektedir. Zira AYM, kararında önceki içtihadın kabullerini tekrarlamakla yetinmiş ve o tarihte dayandığı “bu madde 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Yasası'nda değil yalnızca Olağanüstü Hâl Bölgesi için çıkarılmış olan 285 sayılı Olağanüstü Hâl KHK'sinde değişiklikler yapmaktadır” (E. 1990/25, K. 1991/1) şeklindeki konu ölçütünü niçin bu kararda kullanmadığını izah etmemiştir (E. 2003/28, K. 2003/42). Dolayısıyla hem

karar hem de karşıoy metinlerinde ilgili düzenlemenin OHAL KHK'sı niteliğinde olup olmadığı tartışması yüzeysel olarak ele alınmış, öncülleri tartışılmamıştır.

AYM, başvuru kararı kısmında çalışmanın sınırlılıkları nedeniyle detaylandırılmayan Danıştay Beşinci Dairesi'nin İçtüzük ve “olağanüstü hâlin kalıcılaşması” dolayısıyla kararda geçmese de “istisna hâlinin suistimali” argümanlarına dayanmış olsaydı bu tercih gerekçelendirilmiş olabilirdi. Kaldı ki kararın verildiği tarihte olağanüstü hâl kaldırılmış olduğu için ilgili maddenin yürürlükten kalktığı da savunulabilirdi (S. Esen, 2008: 282). Ancak Mahkeme, talebin gerekçesiyle bağlı olmadığını belirterek (6216 sayılı Kanun; 45/3) iptal istemine olumlu yanıt vermiş ancak başka bir argümantasyonu tercih etmiştir. Normun yorumu kadar hangi normların ilgili hukuki sorunun çözümünde kullanılacağına ilişkin tercihler de izlenen hukuki yöntemin bir parçasıdır. Mahkeme, Dairenin argümanlarını kullanmamış diğer kararlarında olduğu gibi literatürde de sorunlu kabul edilen “dönüştürme kuramına” (Gözler, 2000: 219) dayanmış ve önceki karardan neden ayrıldığını gerekçelendirmemiştir. Bu gerekçesizlik ve çelişkili tutum belki de K. 2016/159 kararındaki içtihat değişikliğine kapı aralamıştır.

3.8.4. E. 2016/166, K. 2016/159 ve E. 2016/167, K. 2016/160

15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişiminin ardından yurt genelinde olağanüstü hâl ilan edilmiş ve çok sayıda OHAL KHK'sı ile geniş ve kalıcı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile ana muhalefet partisi milletvekilleri tarafından iptal davaları açılmıştır. AYM, 1991 yılında verdiği kararlardaki içtihadını değiştirerek OHAL KHK'larının yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Aşağıda K. 2016/159 sayılı karar için yapılan tüm değerlendirmeler K. 2016/160 sayılı karar için de bire bir geçerlidir.

3.8.4.1.Davaya Konu Olayın Özeti

AYM'nin E. 2016/166, K. 2016/159 sayılı kararı, TBMM üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 129 milletvekili tarafından, 668 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali istemini konu edinmektedir. Bu OHAL KHK'sı ile bazı yasalarda değişiklikler yapılmış ya da bunlara yeni hükümler getirilmiştir.

3.8.4.2.Dava Dilekçesi

E. 1990/25, K. 1991/1 ve E. 1991/6, K. 1991/20 sayılı kararlara benzer gerekçelere (2., 6., 7., 8., 11. ve 121. maddelere aykırılık) sahip dilekçede aynı zamanda 1991 yılındaki içtihadı da atıflar

bulunmaktadır. Hukuki öngörülebilirliğin bir parçası olan içtihat istikrarı, kuvvetli bir argümantasyon aracı olarak kullanılmaktadır (s. 4). Bunun yanısıra dilekçede 2010 yılında yapılan değişikliklerle kabul gören bireysel başvuru kurumunun ihdas gerekçesine atıf yapılarak önceki dilekçede olmayan sübjektif teleolojik ve sistematik bir argüman ileri sürülmüş; bu yolla ilgili düzenlemelerin uluslararası hukuka uygunluğu tartışılmıştır (s. 5).

3.8.4.3.Hukuki Sorun

Önceki kararlarda tespit edilen hukuki sorunlar bu karar için de geçerlidir.

3.8.4.4.Karar İncelemesi

AYM, olağanüstü hâl rejimlerinin hukukiliğine, amacını da içerecek şekilde anayasal çerçevesine ve OHAL KHK'larının hukuki statüsüne değinerek başladığı kararına, bu tip KHK'ların denetim usulünü ele alarak devam etmiştir.

Mahkeme, 125. maddenin ismini zikretmeden “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasını” hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirmiştir. “[...] olağanüstü dönem KHK'larının da bir hukuk devletinde Anayasa'ya uygunluk denetimine açık olması gerektiği söylenebilir” demekle birlikte 125. maddenin istisnası niteliğindeki hükümlerin (90/5., 125/2. ve 159/10. maddeler gibi) yok sayılamayacağını ifade etmiştir (§ 12).

Mahkemeye göre bu istisnaların bir diğeri 148. maddenin ilk fıkrasının üçüncü cümlesindeki OHAL KHK'larıdır (§ 13). Mahkeme, bu aşamada lafzi unsura bağlı yorum yapmayı tercih etmekte bu yorumunu yukarıdaki maddelerle şekillendirilen sistematik unsura dayalı bir argümanla desteklemektedir.

Kararda, hükümete OHAL KHK'sı çıkarma yetkisi veren 121. madde gerekçesinde geçen “[...] hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir [...] Bu tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir” ifadesine yer verilmiştir. Ardından 148. maddenin ilgili hükmüne ilişkin Danışma Meclisi'ndeki görüşmelerin tutanaklarından alıntı yapılmıştır (§ 15):

Bu hükmün Anayasa'nın 148. maddesine eklenmesine ilişkin önergeyi veren Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının “[...] Biz diyoruz ki, bu tip kanun hükmündeki kararnameler, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir [...]” şeklindeki, kuralın gerekçesi mahiyetindeki açıklamaları, Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının yargı denetimi dışında bırakılmasını ve bu konuda sadece yasama meclisinin denetiminin varlığını amaçladığını ortaya koymaktadır.

Görüldüğü üzere Mahkeme, lafzi unsura dayanan yorumunu genetik yorum unsuruyla ve dolayısıyla anayasa koyucunun sübjektif amacına atıfla desteklemektedir.

Çoğunluk 1991 yılındaki kararda, yürütmenin şekli olarak OHAL KHK'ları olan ancak maddi olarak belirlenen kriterleri sağlamayan düzenlemeler yapmaya, 6. maddenin “Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” hükmü uyarınca yetkili olmadığı ve devlet organlarının kendilerine tanınmış yetkilere dayanmayan düzenlemeler yapmasının “anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesine aykırı olacağı yorumunu yapmıştır (E. 1991/25, K. 1991/1: 17). 2016 yılındaki kararda, aynı madde 148. madde metnine sıkı bağlı yorumu desteklemek için kullanılmıştır (§17):

Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 6. maddesinde de hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı belirtilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde Anayasa hükümlerinin, Anayasa Mahkemesini de bağladığı ve yargı yetkisinin kaynağını ve sınırlarını belirlediği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Mahkeme, bu argümanı 148. maddenin lafzına ilişkin yorumuyla birlikte ele alarak önüne getirilen kuralın nasıl niteleneceğine karar verme yetkisi olmasına rağmen ister maddi ister şekli kritere göre tanımlanmış olsun OHAL KHK'larını denetleme yetkisine sahip olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Böylece AYM, daha önceki içtihadında yürütmeyi sınırlandırmak için kullandığı sistematik yorumu öncekinin tam tersi sonuç doğuracak biçimde kendisini sınırlandırmak için kullanmıştır (§18-19).

Önceki bölümlerde verilen teorik açıklamalar ışığında içtihat istikrarının kural, içtihat değişikliğinin istina olarak kabul edilmesi bu değişikliğin gerekçelendirilmesi yükünü arttırmaktadır. Mahkeme de bu gerekliliği; “Bu bağlamda Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir” şeklinde ifade etmektedir (§ 20).

AYM, yukarıda ele alınan üç karardaki tutumun 148. maddedeki denetim yasağını işlevsiz kıldığını ileri sürmektedir. Eski içtihadın geçerli olması hâlinde 125. maddenin uygulanması bakımından 148. maddenin varlığının anlamsız olduğu argümanını kuvvetlendirmek için E. 2003/28, K. 2003/42 sayılı karar mesnet hâline getirilmiştir. Daha evvel belirtildiği gibi zikredilen kararın gerekçe yönünden zayıf oluşu Mahkeme'nin bu tutumunu kolaylaştırır niteliktedir (§22):

Anayasa Mahkemesi K.1991/1 sayılı kararında söz konusu kuralın olağanüstü hâl KHK'sı hükmü olduğunu, dolayısıyla yargı denetimine tabi olmadığını belirterek iptal talebinin reddine karar vermesine rağmen 2003 yılında verilen K. 2003/42 sayılı kararda, aynı hükmün Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olması nedeniyle olağanüstü hâl KHK'sı değil olağan KHK olduğunu ifade ederek yargısal denetime tabi tutmuş ve yetki kanunu olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bularak anılan hükmü iptal etmiştir. Bu yaklaşım,

Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK'larının yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür.

Böylelikle Mahkeme, önceki içtihat döneminde verilen K. 2003/42 sayılı karardaki tutarsızlık üzerinden içtihadın “keyfilğine” işaret etmiştir. Mahkeme'nin metne sıkı bağlı yorumunu desteklemek için önceki içtihadın zayıflıklarına ilişkin argüman ileri sürdüğü; lafzi yorum unsurunu, Anayasa koyucunun amacını ortaya koyan genetik unsurla ve egemenliğe ilişkin argümantasyonla Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkelerine dayalı sistematik unsurla desteklediği görülmektedir (§ 23).

Sonuç olarak iptal istemi yetkisizlik nedeniyle reddedilmiştir.

3.8.4.5. Karşıoyların İncelenmesi

Karar, oybirliğiyle alınmıştır.

3.8.4.6. Değerlendirme

AYM'nin, 2016 yılındaki değişikliğe kadar benimsenen içtihadında, tıpkı “yürütmeyi durduma kararı” verilen K.1993/40 sayılı kararında da olduğu gibi dinamik bir yorum izlediği ve görece aktivist tutum takındığı, 1990'lı yıllardan bu yana doktrinde de genel kabul görmüştür (Aliefendioğlu, 1993: 427; Eroğul, 1999: 35; S. Esen, 2008: 285; Gözler, 1990: 586; Turhan, 1992: 36).

Mahkeme, içtihadını değiştirirken “İçtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı dengesini” göz ardı etmediğini belirtmiş ve bu değişikliği gerekçelendirmeye ilişkin yükümlülüğünün arttığının bilincinde olduğunu ifade etmiştir. “İçtihadın geliştirilmesi” tarihsel yorumun ileriye dönük bir perspektifle ele alınacağı yönünde bir izlenim vermiştir (§ 21).

Mahkeme yeni içtihadında, biçimci pozitivist yorum yaklaşımına öncelik tanımış ve bu yaklaşımın temel aracı olan lafzi unsuru yorumunun merkezine oturtmuştur. Lafzi unsuru desteklemek için anayasa koyucunun genetik yorumla elde edilen sübjektif amacını kanıt olarak sunmuştur. Böylece objektif yorum yaklaşımı yerine sübjektif yorum yaklaşımını tercih etmiştir.

Genetik yoruma başvurulması daha önceki bölümlerde ifade edildiği gibi yeni konulmuş mevzuat açısından işlevsel olabilir ancak, “İçtihadın geliştirilmesi ihtiyacından” bahsedilen bir karar açısından çelişkilidir. Mevzuatın konulduğu tarihle karar günü arasında geçen zaman, genetik yorumun argümantasyondaki değerini kaçınılmaz olarak azaltacaktır. Bunun yerine günün “değişen” koşullarını öne çıkartan bir “İçtihat geliştirilmesi” beklenir. İçtihadın sübjektif yorum yaklaşımı

uyarınca “geliştirilmesinden” değil “değiştirilmesinden” bahsedilecekse önceki içtihadın “Anayasa’nın bütününde zaman içinde meydana gelen değişiklikler” dikkate alınarak aktüel sistematik içerisinde bu kez metne dayalı şekilde yorumlanmasının anayasacılığın temel amaçları doğrultusunda kaçınılmaz olduğunun ortaya konması isabetli olabilirdi (Can ve Aktaş, 2017: 33-34).

Şüphesiz ki ilgili içtihatların olağanüstü hâl rejimlerinin kuramsal çerçevesi (zorunluluk, hukuk- içilik, istisna olma, kalıcılışıma vb.), Türkiye’deki uygulaması (İçtüzük, onaylanma süreci, kalıcılışıma, hiyerarşik yeri vb.) ve anayasacılığın zorunlu kıldığı temel hak ve özgürlükler lehine yorum ilkesi çerçevesinde bütüncül bir bakış açısıyla ele alınması gerekmektedir.

Her iki içtihat bakımından da olağanüstü hâlin geçici ve hukuki birer rejim olduğu kabul görmektedir. 1991 yılındaki kararlar bakımından TBMM’ce onaylanma sürecinin İçtüzük yokluğu sebebiyle belirsizlik taşıdığı ve bunun da hukuki belirsizliği arttırdığı ortadadır. Gerçekten de 2016 yılında bu belirsizliğin nispeten azaldığını söylemek mümkündür. Ancak siyasal denetime ilişkin belirlenecek yaklaşımın siyasal denetimin kuramsal olarak ve parti içi disiplinin çok sıkı olduğu Türkiye uygulamasında ne denli işlevsel olduğunun tartışılmasını da gerektirdiği açıktır. Kaldı ki, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliklerine kadar onay mekanizmasının kesin sınırlara sahip olmadığı görülmektedir. Hatta ilgili KHK’ların kanun yoluyla değil “karar” yoluyla onaylanması hâlinde denetimin topyekûn imkânsız hale gelebileceği de tartışılmıştır.

Her ne kadar, Mahkeme’nin hukuk metodu açısından metne bağlı kalarak daha rahat savunulabilecek bir karara imza attığı ileri sürülebilirse de dayandığı argümanların öncüllerini sorunsallaştırmadığı ortadadır. Önceki içtihadın, başvurduğu hukuk yaratma gereğince gerekçelendirme yükü daha fazla olmakla birlikte; bu içtihat açısından başvuru yardımı metodolojik unsurların sistematik unsur açısından zayıflığı (anayasacılığın ve anayasanın güncel bütünlüğünün tartışılmaması) ve tarihsel/genetik unsur açısından bizatihi gerekçelendirilmeye muhtaç olması kararı tartışmalı kılmaktadır. Gerçekten de temel amacı anayasal düzenin sürekliliğini sağlamak olan istisnai rejimlerin; anayasaların temelini oluşturan temel hak ve özgürlüklerin çerçevesini ortadan kaldıracak şekilde kalıcılaştırılmaları ve kötüye kullanılmaları -14. maddeden çıkarılacak anayasa içi bir argüman olarak- herhâlde savunulamaz. Kararlarda olağanüstü hâl rejimlerine ilişkin temel tespiti yaptıktan sonra Mahkeme’nin, anayasa koyucunun sübjektif amacına dayanarak; Anayasa’nın mevcut olduğu varsayılan ve yıllar içerisinde bu yönde değişikliklerle desteklenen amacının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek bir denetimsizliğe imkân tanınması çelişkilidir.

Tüm bu değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere iki içtihat arasındaki temel farklılık ortaya konulmaya çalışılan iradeye ilişkindir. Diğer bir anlatımla yorum bahsinin “bilme” aşamasından

“irade”; yani tercih aşamasına kayan bir zıtlık tartışma konusudur. İlk içtihat açısından tespit ettiğimiz dinamik ve hak temelli yorum tercihinin karşılık bu içtihatla her ne kadar başlangıçta değinilen kavramsal çerçeve aynı olsa da kendi kendini sınırlandırma yahut pasif davranma tercihi ortaya konmuştur. Bu tercih aynı zamanda pozitif hukukun öncelediği hukuk güvenliği ile adalet arasında ortaya çıkabilecek çekişmeyle de doğrudan ilişkilidir (Can ve Aktaş, 2017: 41).

3.8.5. İçtihatlarla İlişkin Genel Değerlendirme

Her iki içtihadın da zayıf ve kuvvetli yönleri olmakla birlikte yöneldikleri sonuç ya da benimsenen öncelikler, bu çalışma açısından “makul kararın ve metodun” tespitinden daha büyük önem taşımaktadır. Literatürde genel kabul gören ve sübjektif yorum yaklaşımının çoğunlukla “muhafazakâr” sonuçlar amaçlandığında kullanıldığı ve objektif yorum yaklaşımının dinamik sonuçlara yönelmek için daha işlevsel olduğu görüşleri de bu vakalar açısından doğru görünmektedir. Bu tercihlerin, kararların verildiği tarihlerde ülkenin içinde bulunduğu siyasi-stratejik konjonktürden bağımsız olmadıklarını düşünmek pekâlâ mümkündür. Zira ele alınan vakada, yasal materyalin kullanılış aracı olduğunu kabul ettiğimiz hukuki yöntem nicel verilerin de işaret ettiği tarih ve konjonktürde ciddi bir değişikliğe uğramaktadır. Bu bulgu, hukuk metodunun “doğru karara” ulaşmaktan ziyade kararların ardındaki varsayımları ve ilişkileri deşifre etmek için elverişli analitik bir strateji olduğu şeklindeki savı da doğrulamaktadır (Feteris, 2019:213-214).

Kararlarda göze çarpan farklılık OHAL KHK’larının incelenmesine ilişkin anayasal hükümlerden oluşan büyük önerme aynı olmasına rağmen küçük önermenin diğer bir deyişle somut düzenlemenin alanına ilişkindir. Önceki içtihat küçük önermenin alanını geniş tutarken sonraki içtihadın bu alanı büyük önermenin kapsayacağı şekilde dar tuttuğu görülmektedir. Bu farklılığın altında yatan gizli öncüller ise yürütmenin alanına, egemenliğe ve istisna hâline ilişkin önanlayışla ilişkilendirilmelidir. Mahkeme’nin davranışındaki bu farklılık farklı dönemlerde yargı kararlarının zorunlu olarak kendilerine dayanacağı ileri sürülen tercihlerin değişiklik göstereceği ve bu değişikliğin hukuk metodu aracılığıyla ortaya çıkacağı tezini desteklemektedir. Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse önceki kararda çoğunlukça olağanüstü hâlin kalıcılığının önlenmesi ve yasama yetkisinin korunması önceliklendirilmişken son içtihatla üyelerin tamamı yürütmenin yetkisini genişletmeyi ya da yürütmenin istisnai duruma vereceği cevabın ivedi olmasını önceliklendirmişlerdir.

Yargısal davranışa ilişkin bu varsayımların doğrulanmasından sonra akla gelecek ilk soru seçilen metodolojik yaklaşımlar ve tutumlarla yargıçların bireysel özellikleri arasında anlamlı bir ilişki bulunup bulunmadığıdır.

K. 1990/1 sayılı kararda imzası olan Mahkeme Başkanı Necdet Darıcıoğlu, 1960 Darbesi sonrasında kurulan Yassıada Mahkemeleri Yüksek Adalet Divanı'nda Başsavcı Yardımcısı olarak görev yapmış ve nihayet Askeri Yargıtay üyeliği görevi sonrası 1977 yılında Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk tarafından AYM üyeliğine seçilmiş ve ardından 1990 yılında Mahkeme Başkanı olmuştur. Karşioy yazısında imzası bulunan Servet Tüzün de aynı basamakları geçerek AYM üyesi olmuştur. Yekta Güngör Özden eski Ankara Barosu Başkanı ve CHP üyesidir ve AYM üyeliğine Cumhuriyet Senatosu tarafından 1979 yılında seçilmiştir. Asker kökenli bir akademisyen olan Yılmaz Aliefendioğlu, Danıştay üyeliğinin ardından AYM üyesi olmuştur. Yine asker kökenli olan Mustafa Şahin, 1985 yılında üye seçilmiştir. Bürokrasi kökenli İhsan Pekel, mülga 114. madde uyarınca geçici hükümette Ulaştırma Bakanlığı görevinde bulunmuş ve Cumhurbaşkanı Kenan Evren tarafından 1988 yılında AYM üyeliğine seçilmiştir. Selçuk Tüzün de Yargıtay üyesi iken Evren tarafından aynı yıl AYM üyeliğine getirilmiştir. Aynı zamanda onuncu Cumhurbaşkanı olarak görev yapmış Ahmet Necdet Sezer, Tüzün gibi Yargıtay üyeleri arasından Evren tarafından 1988 yılında AYM üyeliğine seçilmiştir. Aynı yıl Yüksek Öğretim Kurulu'na belirlenen üyeler arasından Evren tarafından seçilen Erol Cansel 1974-1986 yılları arasında La Haye Adalet Divanına iki defa Hükûmet temsilcisi olarak görev yapmıştır. Yavuz Nazaroğlu ve Güven Dinçer ise Danıştay üyeleri arasından Cumhurbaşkanı Turgut Özal tarafından AYM üyeliğine seçilmiştir.

Karşioy yazısında imzası bulunan ve gerek olağanüstü hâlin kavramsal çerçevesi gerekse OHAL KHK'larının denetimi hususunda farklı görüş bildiren dört üyeden üçü Evren tarafından biri Özal tarafından seçilmiştir. Üyelerin geçmiş kariyerlerinin (Darıcıoğlu-Tüzün gibi) anlamlı bir sonuç vermediği anlaşılmaktadır. Daha anlamlı sonuçlar ancak üyelerin benzer kalıpları diğer kararlarında tekrarlayıp tekrarlamadıklarına bakılarak örneklemin genişletilmesiyle çıkarılabilir.

K. 2003/42 sayılı karar bakımındansa; K. 1991/1 sayılı kararda görevde olmayan ancak K. 1991/20 sayılı kararda farklı gerekçelerle karşioy kullanmış olan Haşim Kılıç (yetkisizlik yönünden) ve Yalçın Acargün (430 sayılı KHK'nin 8. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle) için ayrıca değerlendirme yapmak gerekmektedir. Her iki üye de Cumhurbaşkanı Özal tarafından seçilmişlerdir. Kılıç Sayıştay üyeleri arasından seçilmiş olmakla birlikte Acargün, Askeri Yargıtay üyeleri arasından seçilmiştir.

Kılıç'ın, önceki kararın karşioylarında tartışılmış ve idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan; 285 sayılı KHK'nin 7. maddesini değiştiren 425 sayılı KHK'nin 4. maddesinin iptali istemiyle AYM önüne gelen itiraz başvurusunda iptal yönünde oy kullandığı görülmektedir. Acargün içinse tam tersi söz konusudur (E. 1991/6, K. 1991/20; E. 2003/28, K. 2003/42). Farklı hükümler için

olmakla birlikte konu bakımından oldukça yakın ve aynı dayanaklara sahip bu iki kararda birbirlerine zıt kararlar veren üyelerin, bu kararları için ayrıca gerekçelendirmeye gitmedikleri görülmektedir.

K. 2003/42 sayılı karar bakımından K. 1991/1 sayılı karar döneminde İçtüzük ve onay sürecindeki belirsizlik karara etki etmiş olabileceğinden bu kararın hukuki değişiklik faktöründen izole edilmesi daha evvel kararın incelendiği bölümde belirtilen sebeplerle mümkün görünmemektedir. Bu anlamda kararın analize elverişli olmadığı da ileri sürülebilir.

K. 2016/159 sayılı karar oybirliğiyle alınmış olduğundan karşıoylar aracılığıyla üyelerin tutumları arasında ilişki kurmak mümkün değildir. Ancak kararın oybirliğiyle alınması da başlı başına dikkat çekicidir. Mahkeme'nin, buna benzer bir tutumu daha evvel 12 Mart sonrası "rejim sorumluluğu" ile ilgili kritik konularda karar alınırken de gösterdiği gözlemlenmiştir (Soysal, 1997: 213; Ünsal, 1980: 310). Bu vakada görülen tutum daha evvel Artun Ünsal'ın da tespit ettiği AYM'nin olağanüstü dönemlerde kendini sınırlama eğilimine girmesi tezini de destekler niteliktedir. Ünsal'a göre AYM, bu yolla sistem üzerindeki gerilimi hafifletme çabası göstermektedir (Ünsal, 1980: 320). Mahkeme, kendini sınırladığı kararlarını siyasi dengeleri gözетerek alırken aktif tutum sergilediği vakalarda da kararları geciktirerek yahut yürürlüğe girişlerini erteleyerek bu eğilimini sonuçsuz bırakma yoluna gidebilmektedir. Örneğin yine 12 Mart sonrası dönemde 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 1. ve 6. maddelerini iptal ettiği kararında 1 yıl erteleme süresi belirlemiştir (E. 1974/35, K. 1975/126).

Dikkate alınabilecek diğer bir kriter olan iktidarın parçalanmışlık derecesi açısından K. 1991/1 sayılı kararın verildiği yılda en azından hukuki anlamda bir parçalanmışlıktan söz edilemez zira, ilgili dönemde Anavatan Partisi (ANAP) tek başına hükümet kurmuştur ve Turgut Özal cumhurbaşkanıdır. Bununla birlikte iktidar partisinin en yakın yerel seçim olan 1989 yerel seçimlerinde belediye başkanlıklarında aldığı %23,74'lük oy oranı, 2019 yılında AKP'nin İstanbul ve Ankara'da büyükşehir belediye başkanlıklarını kaybettiği ve görece zayıfladığı izlenimi oluşan seçimle mukayese edildiğinde dahi oldukça düşüktür. Kaldı ki 1989 yerel seçimlerinde birinci parti, AYM'ye iptal başvurusunda bulunan SHP'dir. Belediye başkanlıklarında ANAP ikinci parti olmakla birlikte il genel meclisi seçimlerinde Doğru Yol Partisi'nin (DYP) ardından üçüncü parti olmuştur. Dolayısıyla söz konusu dönemde çok daha az temerküz etmiş, parçalı bir iktidar yapısı hâkimdir. 1994 yılında yapılan yerel seçimlerde de partiler arası dağılım değişmiş ancak parçalı iktidar yapısı olarak ifade edilebilecek durum değişmemiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi K. 2016/159 ve K. 2016/160 sayılı kararlar oybirliği ile alındığı için, yalnızca kararların analiziyle yargıçların motivasyonlarına yönelik bir çıkarımda bulunmak mümkün değildir. Bununla birlikte 2016 yılındaki içtihadı imza atan üyelere 2018 ve 2019 yıllarında

verdikleri mülakatlarda ilgili karara yönelik değerlendirmeleri, kararın stratejik ve realist boyutunu destekler görünmektedir. Buna göre mülakat yapılan üyelerden ilki “hükümetin elini Gülenistlere karşı savaşta zayıflatmak istemediklerini” belirtmiştir. İkinci üye ise “OHAL döneminde yaşanan insan hakları ihlallerini ima ederek olacakları önceden görebilseydi aynı kararı vermeyeceğini ima et(miştir)” (Demirtaş, 2022: 219).

Sonuç olarak değişen içtihadın incelenmesiyle ortaya konan bulgular, yargıçların stratejik karar verdikleri tezini desteklerken kariyerlerinin oldukça küçük örneklemler ve bu düzeyde bir analizle karara etkisi bulgulanmamıştır. Ayrıca metodolojik açıdan yine en azından bu vaka için metne sıkı bağlı pozitivist anlayışın mahkemenin uyum stratejisiyle paralellik arz ettiği görülmektedir. Mahkeme bu stratejisini analizde zikredilen metodolojik tercihle gerekçelendirmiştir. Her ne kadar bu gerekçelendirmenin kuvvetli yönleri bulunsada yargısal davranış konusunda, çalışmanın varsayımlarıyla uyumlu bir tablo ortaya çıkmıştır ve özellikle istina ve kriz hâllerine ilişkin kabullerle nicel verilerin de örtüştüğü görülmüştür. Dolayısıyla bu vaka açısından yasal materyaldeki değişiklikler olan; İçtüzük değişikliği ve metodolojik tercihteki değişiklikler stratejik davranışın gölgesinde kalmışlardır.

3.9.Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Kararlar

2017 yılında yapılan değişiklikle yürütmeye yeni bir genel düzenleyici işlem olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Sözü edilen kararnamelere ilişkin hukuki çerçeve ilkin ve genel olarak Anayasa’nın Cumhurbaşkanının yetki ve görevlerini düzenleyen 104. maddesinin onyedinci fıkrasında yer almaktadır. Bunun dışında Anayasa’nın 104/9., 106/11., 108/4., 118/6. ve 123/3. maddeleri de CBK’lara ilişkin diğer hükümlerdir. Kararnamelerin tâbi olduğu hukuki rejiminin tafsilatlı incelemesi bu çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte karar incelemeleri yoluyla zorunlu olarak hukuki rejime de genel bir çerçeve çizilmiş olacak ancak bu çerçeve daha çok kararlarda en çok karşımıza çıkan hususlarla sınırlı olarak şekillenecektir.

Türkiye’de yürütmenin güçlenmesi eğilimi, yasama ve yürütmenin yetki, görev ve sorumlulukları tartışmasını her zaman sıcak tutmaktadır. 2017 yılındaki değişiklikle getirilen yeni hükümet sistemi de kaçınılmaz olarak bu tartışmaların gündemi daha çok meşgul etmesine sebep olmuştur. İlk elden düzenleme yetkisine dayanan CBK’ların yasama ve yürütmenin alanları sorununu daha da karmaşık hâle getirmesi anlaşılabilir bir husustur. Bu sebeple takip eden kısımda görüleceği üzere AYM kararlarında en sık karşılaşılan ve dayanak teşkil eden iptal nedeni Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasıdır. İlgili düzenleme CBK’ların konu bakımından yetki sınırlarını

çizmektedir. Bu sınırlarsa ancak Anayasa'nın sistematığı içerisinde yasamaya ilişkin belirlemiş olduğu görev, yetki ve sorumluluklar çerçevesinde somutlaştırılabilmektedir.

CBK'lara ilişkin kararların kuvvetler ayrılığıyla doğrudan ilişkili olmaları ve AYM'nin yargısal davranışına ilişkin yukarıda değerlendirilen nicel verilerin kuvvetler ayrılığı tartışmalarının alevlendiği söz konusu dönemi işaret etmesi çalışma açısından CBK'lara ilişkin kararları önemli kılmaktadır. Bu kararların derinlemesine incelenmesi 2016 yılı sonrasında ortaya çıkan durumun yargısal davranışla ilişkisine dair açıklayıcı sonuçlar sunacak potansiyeldedir.

Aşağıda CBK'lar bağlamında AYM'nin yargısal davranışı bakımından önem taşıyan sayısal veriler derlenmiş, ilk kararlar detaylandırılmış ardından diğer kararlar özet şeklinde verilmiştir. Kararların diğer kararlardan farklılaşan ve çalışma bakımından görece önemli görülenleri daha detaylı olarak ele alınmıştır. İtiraz başvuruları haricinde iptal davalarının tamamı CHP milletvekilleri tarafından açıldığından her kararda iptal davasını açan bilgisi ayrıca tekrarlanmamıştır. Bölüm sonunda sayısal veriler ve kararların nitel analizine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

3.9.1. E. 2018/125, K. 2020/4

3.9.1.1.Davaya Konu Olan Olayın Özeti

Eski deyimiyile ana muhalefet partisi CHP milletvekilleri tarafından açılan davada (8) numaralı Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesinde yer alan "[...] belirlenecek merci [...]" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

3.9.1.2.Dava Dilekçesi

Dava dilekçesinde özetle; yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi daha evvel AYM'nin vermiş olduğu kararlar çerçevesinde ele alınmış, Mahkeme'nin yürütmenin düzenleyici işlemlerinin sınırına ilişkin değişen eğilimi ve ilk elden düzenleme yetkisine dayanan CBK'ların hukuki rejimlerinin farklılığı tespit edilmiştir. CBK'ların yetki bakımından 104/17 çerçevesinde denetlenmesi gerektiği ve "yasa-CBK" ilişkisinin çerçevesi çizilmiş olsa da iptal istemi, ilgili düzenlemenin hukuki belirlilik ilkesini ve dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği gerekçesine dayandırılmıştır.

3.9.1.3.Hukuki Sorun

Kararda ele alınan hukuki sorunlar ilgili düzenlemenin:

1) Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenen konu bakımından yetki sınırları içinde kalıp kalmadığı

2) Bu sınırlar içerisinde kalması durumunda içerik yönünden anayasaya uygun olup olmadığıdır.

3.9.1.4.Karar İncelemesi

Mahkeme, karar metninde öncelikle 2017'de yapılan Anayasa değişikliklerini özetlemiş; hükümet sisteminde değişiklik yapıldığı ve yürütme yetkisine ve görevine tek başına hâkim olan Cumhurbaşkanı'na cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarma yetkisi tanındığı belirtilmiştir. CBK'ların en belirgin özelliğinin ilk elden düzenleme yapma yetkisine dayanmaları olduğu ifade edilmiştir (§ 3-4).

Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" şeklindeki birinci cümlesinin lafzına dayanarak "CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki" tanındığı ancak bu yetkinin "yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla" kullanılabileceği tespit edilmiştir. Bu tespiti kuvvetlendirmek maksadıyla madde gerekçesine atıf yapılmış ve böylece tarihsel unsurun yardımıyla anayasa koyucunun sübjektif amacının da aynı doğrultuda olduğu ileri sürülmüştür (§ 5).

CBK'ların genel yetkiye dayandıkları tespitinin ardından yukarıda zikredilen maddelerde CBK'larla düzenlenmesi hüküm altına alınan konular belirtilmiştir (§ 6).

104. maddenin onyedinci fıkrasının lafzından hareketle konu bakımından yetki yönünden getirilen sınırlamalar "yürütmeye ilişkin olma" şartıyla sınırlı değildir. "Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin" CBK'larla düzenlenemeyeceği; "kanunda açıkça düzenlenen konularda" ve "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda" CBK'larla düzenleme yapılmasının mümkün olmadığı tespit edilmiştir (§ 8-10, 12). AYM, hangi konuların kanunlarla düzenlenecek münhasır alan olduğu sorununu önceki içtihatlarını takip ederek somutlaştırmış; münhasır alanı oluşturan konuların, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular olduğu tespitini yapmıştır. Böylece CBK'ların kapsamı belirlenmiştir (§ 11).

Bu kısma kadar yapılan tespitler, somut olayı kapsayıp kapsamadığı araştırılan büyük önermenin diğer bir deyişle ölçü normun alanının tespiti mahiyetindedir. Kararın bundan sonraki kısımda ihdas edilen düzenlemenin norm alanının tespitine girilmiştir.

Bu kapsamda AYM, öncelikle yukarıda belirtilen konu bakımından yetkiye ilişkin düzenlemelere uygunluğu değerlendirmiştir. Buna göre düzenlemenin münhasıran kanunla

düzenlenmesi gereken bir konuya, “herhangi bir idari yapının kurulması ya da görev ve yetkilerinin düzenlenmesine” ilişkin olmadığına yalnızca sekreteryaya hizmetlerini yürütecek mercii belirlenmesine ilişkin olduğuna böylece yürütmeye ilişkin olma şartını sağlandığına karar verilmiştir (§ 21-23). Karşıoylarda muhalefet edilen ve dayanağı ilgili fıkranın üçüncü cümlesi olan bu çıkarım gerekçelendirilmiş görünmemektedir. Kararda Anayasa’nın idarenin kanuniliği ilkesini pozitifleştiren 123. maddesine atıf yapılmış olmakla birlikte madde lafzında geçen “görev ve yetkilerin” somutlaştırılmadığı görülmekte ve CBK ile getirilen düzenlemenin bu madde kapsamında olmadığı belirtilmesiyle yetinilmektedir (§ 23).

“Kanunda açıkça düzenlenen konularda” kararname çıkarmama koşulu ise iki aşamada ele alınmıştır. Buna göre ilkin aynı hususu düzenleyen kanun olup olmadığına bakılmıştır. Kanun olmamakla birlikte kanun olsaydı bu konunun, kanunda “açıkça” düzenlenmiş olmaması şartının aranacağı diğer bir deyişle anayasada uygunluk denetimine dayanak teşkil eden normun ve uygunluğu araştırılan CBK’nın norm alanlarının tespit edileceği ve çakışma olup olmadığının kontrol edileceği belirtilmiştir (§ 24).

Sonuç itibariyle kararın ilk aşamasını oluşturan konu bakımından yetki incelemesi tamamlanmış ve kuralın iptali isteminin reddine oyçokluğuyla karar verilmiştir (§ 25).

Yetki yönünden incelemenin ardından ikinci aşamada kuralın içerik yönünden incelenmesine geçilmiştir. Bu kapsamda dava dilekçesinde dayanak gösterilen hukuk devletinin tanımı yapılmıştır. “Hukuk devletinin temel unsurlarından biri” olarak ifade edilen belirlilik ilkesi çerçevesinde CBK’nın ilgili düzenlemesi somut olarak değerlendirilmiştir; kurulun yapısının ayrıntılı biçimde belirlendiği ve belirlenmesi Cumhurbaşkanı’na bırakılan sekreteryanın devamlı olarak görev yapmayacağından bahisle düzenleme içerik itibariyle Anayasa’nın 2. maddesine aykırı bulunmamıştır (§ 26-31).

3.9.1.5. Karşıoyların İncelenmesi

Mahkeme başkanı Zühtü Arslan, karşıoy gerekçesinde mahkemenin konu bakımından yetki ve içerik bakımından anayasaya aykırılık şeklinde izlediği yöntemi isabetli bulmakla birlikte ilgili düzenleme açısından Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık olduğunu ileri sürmüştür (§ 9).

Arslan, sistematik yorum unsuruna başvurarak yukarıda CBK’lara ilişkin 104. maddenin onyedinci fıkrası haricinde sayılan hükümlerle bazı hususlarda CBK’lara kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda düzenleme yapma imkânı tanındığını tespit etmiştir. Bunlardan Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasının kamu tüzelkişiliklerinin kanunla veya CBK’larla kurulacağı şeklindeki hükmü de sistematik argümantasyonun parçası olarak kullanılmıştır. Bununla birlikte Arslan, somut

düzenlemede YAŞ'ın tüzelkişiliği olmayan nevi şahsına münhasır bir kurul olduğundan bahisle söz konusu düzenlemenin hem kanunla hem de CBK ile düzenlenebilecek konulara ilişkin olmadığını kabul etmektedir. Arslan'a göre bu durumda çoğunluk görüşünde de kabul edildiği şekliyle; anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini uygun gördüğü ve somut olayda “idarenin kanuniliği ilkesi” çerçevesinde karşımıza çıkan hususların, kanunun münhasır alanı kabul edilmesi gerektiğinden ilgili düzenleme konu bakımından yetki sınırını aşmakta ve iptali gerekmektedir (§ 4-10). Başkanın, çoğunluk görüşünün aksine küçük önermenin diğer bir deyişle ihdas edilen normun alanının “idari bir yapının kurulması” niteliğinde olduğunu ve bu tip bir kuruluşun CBK ile kurulabileceğinin özel olarak belirtilmemesi durumunda ancak kanunla kurulabileceğini kabul ettiği görülmektedir.

Üyelerden Hasan Tahsin Gökcan da Arslan'ın argümanlarıyla uyumlu bir karşıoy kaleme almıştır. Gökcan diğer karşıoylardan farklı olarak 123. maddede yer alan “idarenin düzenlenmesi kavramı”nı, objektif amaçsal yorum unsuru çerçevesinde tanımlamış ve bu düzenlemenin “organizmanın yapısı ve görevlerini” kapsadığını ifade etmiştir. Böylelikle kararda bulunmayan somutlaştırma ve dolayısıyla gerekçelendirmenin, karşıoyda karşı argümanı destekler nitelikte mevcut olduğunu söylemek mümkündür (§ 8). Gökcan'ın argümanının Arslan'dan farklı olarak denetlenen normun alanına ilişkin bir değerlendirmeden ziyade ölçü normun alanını genişletmek şeklinde tezahür ettiği görülmektedir.

Engin Yıldırım, aynı hükme dayanarak ilgili düzenlemenin iptaline hükmedilmesi yönünde kanaat belirtmiştir. Arslan gibi sistematik yorum unsuruna başvuran üye, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların mevcut olmasının dayandığı gizli öncülü de ortaya koymuş ve yasama yetkisinin asliliği, genelliği ve devredilmezliği ilkelerine ve bu ilkelerin de birer parçası olduğu kuvvetler ayrılığı ilkesine atıf yapmıştır. Yıldırım'a göre tüm bu ilkeler ve “idarenin kanuniliği, anayasal kimliğimizin önemli birer parçasını oluştur(maktadır)” (§ 6-7). Bu koşullarda Arslan'ın belirttiği gibi tüzel kişiliği olmayan ancak merkez teşkilatında yer alan sui generis bir kurul olan YAŞ'ın sekreteryâ hizmetlerini yürütecek merciin de kanunla düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmış ve düzenlemenin Anayasa'nın 123. maddesi dikkate alındığında 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Arslan'ın açıkça ifade ettiği sistematik unsurun Yıldırım'ın karşıoy yazısında da takip edildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra Yıldırım, argümantasyonu daha ileriye götürerek idarenin kanuniliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerinin bir adım öncesinde bulunan önermeye yani kuvvetler ayrılığı ilkesi gibi daha temel ilkelere atıf yapmış ve gerekçesini bu yolla kuvvetlendirmeye çabalamış görünmektedir.

Ekleme gerekir ki Yıldırım, anayasa koyucunun amacına atıfla kanunların normlar hiyerarşisinde CBK’lardan yukarıda olduğu kanaatini belirtmiştir (§ 7). Çoğunluk görüşünde ise bu hususa yönelik net bir çıkarım yapmak için yeterince veri bulunmamaktadır. Ayrıca karar metniyle karşıoylar arasındaki benzer bir farklılık CBK’lara ilişkin diğer hükümlerle 104. maddenin onyedinci fıkrası arasında “özel-genel” hüküm ilişkisi olup olmadığı hususunda karşımıza çıkmaktadır (Can, 2020; 172).

Son olarak Yusuf Şevki Hakyemez de diğer karşıoy yazılarındaki hükümlere dayanarak iptal yönünde kanaat belirtmiştir. Bu üyenin karşıoyunda da Anayasa’nın 123. maddesi ve CBK’lara ilişkin hüküm barındıran sair maddeler sistematik argüman için kullanılmıştır (§ 10). Ayrıca Hakyemez, yeni hükümet sistemi ve yürütmeye tanınan inisiyatifin sınırının 104. madde ile çizildiğini ifade ederken anayasa koyucunun amacına atıfta bulunmuştur (§ 2).

3.9.2. E. 2019/31, K. 2020/5

3.9.2.1.Davaya Konu Olan Olayın Özeti

Ana muhalefet partisi CHP milletvekilleri tarafından açılan davada (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 2. ve 3. maddelerinin Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 2., 7., 8., 104., 128. ve 161. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

3.9.2.2.Dava Dilekçesi

Dava dilekçesinde özetle; CBK’nın 2. maddesiyle 1 numaralı CBK’nın 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkra ile getirilen “bütçe dışı avans” düzenlemesinin ve CBK’nın 3. maddesiyle 1 numaralı CBK’nın 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleriyle “koordinatör başhekimlik” adı altında bir yöneticinin görevlendirilmesinin, CBK’lar için konu bakımından yetkinin negatif koşullarından olan münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapmama ve daha önce kanunla açık biçimde düzenlenen bir konuyu düzenlememe şartlarına uymadığı gerekçesiyle anayasaya aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

3.9.2.3.Hukuki Sorun

Kararda değerlendirilen hukuki sorunlar önceki karardan farklı olmadığı için burada tekrarlanmasına gerek görülmemiştir.

3.9.2.4.Karar İncelemesi

Mahkeme, CBK'ların hukuki rejimine ve yargısal denetimine ilişkin önceki kararında yapmış olduğu tespitleri tekrarlamıştır (§ 3-13). Önceki kararda ortaya konan konu bakımından yetkiye ilişkin inceleme yönteminin bu karar bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir (§ 15-17).

Somut düzenlemeye ilişkin yapılan incelemede, Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ilk üç cümlesi bakımından aykırılık bulunmamakla birlikte "kanunla açıkça düzenlenen konularda" CBK çıkarılamayacağını öngören dördüncü cümlesi bakımından tartışma yürütülmüştür. İlgili düzenlemenin kanunla düzenlenmiş bir alanda çıkarılıp çıkarılmadığının diğer bir deyişle kanunla düzenlenen alanda hüküm içerip içermediğinin ve ardından böyle bir kanun varsa CBK ile kanunun "açıkça" düzenlediği bir alanda düzenleme yapıp yapılmadığının tespiti gerekir denmiş ve ilgili mevzuat ortaya konmuştur. "Açıkça düzenlenmiş olma" koşulu ilgili olayda CBK'nın olmaması hâlinde kanunun uygulanabilir olması şeklinde somutlaştırılmıştır: "Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır" (§ 17).

Mahkeme, CBK'nın konusunun "açıkça" düzenlenmiş olduğu tespit edilen 5018 sayılı Kanun'un "İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır" şeklindeki 35. maddesinin düzenlemeyi anayasaya uygun hâle getirmediğine karar vermiştir. "Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz" denilerek yasamaya rağmen yasama lehine yürütme yetkisi sınırlandırılmıştır (§ 21). Üyelerin yarısının katılmadığı çoğunluk görüşünde "kanunda açıkça düzenlenen" kavramı geniş yorumlanarak yürütmenin CBK ihdas yetkisinin dar yorumlandığını söylemek mümkündür (Can, 2020: 176). Sonuç itibarıyla CBK'nın 2. maddesiyle (1) Numaralı CBK'nın 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrasının daha evvel kanunla açıkça düzenlemiş bir alanda hüküm içerdiği gerekçesiyle iptaline oyçokluğuyla⁴³ karar verilmiştir (§ 22).

Ardından CBK'nın 3. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin incelenmesi aşamasına geçilmiştir. Bu kural bakımından ileri sürülen anayasaya aykırılık sebebi de, 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümleleri uyarınca, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve daha önce kanunla açık biçimde düzenlenen bir konuyu düzenlemesidir.

⁴³ Karar 8 üyenin karşıoyuyla alınmış olup 6216 sayılı Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca Mahkeme başkanının iptal yönündeki oyu belirleyici olmuştur.

Karar gerekçesinde sistematik yorum unsuruna başvurularak Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken konularda 106. maddede yer alan hüküm uyarınca CBK çıkarılabileceği ifade edilmektedir (§ 25):

Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.

Mahkeme, düzenlemenin Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda yapıldığını kabul etmektedir. Bununla birlikte “sistematik yorumun alt unsuru olan Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi ışığında” bu konularda çıkarılan CBK'ların dayandığı yetkinin yine 104. maddenin onyedinci fıkrası çerçevesinde sınırlandırılarak dar yorumlandığı görülmektedir (Can, 2020: 177-178).

Can'ın (2020) vurguladığı gibi Mahkeme, münhasıran kanunla düzenlenecek konular bakımından 106. maddede belirtilen konuların istisna olduğunu kabul etmiş ve bu istisnayı “açıkça izin verilmiş” ifadesiyle dar yorumlayacağının işaretini vermiştir (§ 29-30). Nitekim çoğunluğun, 106. maddenin onbirinci fıkrası metnine bağlı kalmak yerine sistematik unsura başvurarak yürütmenin yetkisini dar yorumlama yoluna gittiği görülmektedir. İncelemenin başında belirtilen 104. maddenin onyedinci fıkrasının sistematik unsur aracılığıyla sınır kabul edilmesi ve fıkranın dört cümlesi bakımından da incelemenin tamamlanması bu görüşe paraleldir. Özellikle “kanunda açıkça düzenlenmemiş olma” şartını içeren dördüncü cümle göz önüne alındığında AYM'nin yürütmeye karşı yasama organı lehine pozisyon aldığını kabul etmek gerekir.

Bu pozisyon ihdas edilen düzenleme bakımından Mahkeme'yi iptal talebinin kabulü yönünde karar vermeye götürmemiştir. İlgili düzenleme anayasaya aykırı bulunmadığından iptal talebinin reddine oyçokluğuyla karar verilmiştir (§ 35). Bu karar bakımından ihtilafın daha az olduğunu ve beş üyenin farklı gerekçe kaleme aldıklarını belirtmek gerekir.

Konu bakımından yetkiye ilişkin incelemenin tamamlanmasıyla kuralların içerik yönünden uygunluğunun incelenmesine geçilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde pozitifleşmiş hukuk devletinin tanımı yapılarak CBK'ların da tıpkı kanunlar gibi hukuk devleti ilkesi uyarınca kamu yararı amacıyla çıkarılmaları gerektiği ileri sürülmüştür. Yine kanunlar bakımından olduğu gibi düzenlemenin bireysel çıkarlara yönelik olmaması hâlinde kamu yararı koşulunun sağlandığı kabulünün gerektiği ve Mahkeme'nin yerindeliğe ilişkin bir tespit yapamayacağı belirtilmiş ve konuya ilişkin kanunlar bakımından kamu yararını ele alan önceki kararlara atıf yapılmıştır (§ 39). Somut düzenlemeler

bakımından kamu yararı gözetilmediği kanaati oluşmamış ve iptal talebinin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir (§ 41-43).

3.9.2.5.Karşıoyların İncelenmesi

Karar gerekçesinin incelendiği yukarıdaki kısımdan da anlaşılacağı üzere ilgili kararda konu bakımından yetkiye ilişkin ihtilaf mevcuttur.

Serdar Özgüldür ve Burhan Üstün'ün karşıoy yazıları iptal talebi kabul edilen ilk düzenlemeye ilişkindir. Üyeler, Mahkeme'nin aksine kanunla tanınmış bir istisna yoluyla kanunda açıkça düzenlenmiş bir konuda dahi CBK ile düzenleme yapılabileceği yönünde görüş beyan etmişlerdir. Üyelerin, 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının "İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır" şeklindeki ikinci cümlesinin lafzi yorum unsuruna dayanan bir çıkarım yaptıkları, karar gerekçesinde yer alan sistematik unsura dayalı argümanı değerlendirmedikleri görülmektedir. "Dolayısıyla CBK'nın Kanun ile aynı konuda düzenleme getirdiği söylenemez" şeklindeki çıkarımın ise dayanağı belirtilmemiştir. Zira aynı konuda düzenleme yapılsa da buna bir istisna tanındığı argümanının önermelerine değinilmediği gibi bu argüman "aynı konuda düzenleme yapılmadığı" argümanından da farklıdır (§ 2).

Karşıoy yazısının devamında düzenlemenin "[...] ülke tanıtımı gibi büyük önem taşıyan bir alanda [...]", "ölçülü ve kamu yararına uygun bir düzenleme öngörmektedir. Zorunlu bir ihtiyaçtan kaynaklanan ve uzun yıllardır fiilen gerçekleşen bir uygulamaya dayanan kuralın kamu yararı, hizmet gerekleri ve bütçede tasarruf ilkeleriyle de uyum içinde olduğu görülmektedir" şeklinde daha çok içeriğe ilişkin ve daha az hukuki argümantasyona dayalı bir değerlendirmesi yapılmıştır (§ 3).

Muammer Topal, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş, "bütçe dışı avans olarak ön ödeme" yapılmasına ilişkin kuralın konu bakımından yetki sınırları dâhilinde olduğunu ileri sürmektedirler. Üyeler, karar gerekçesinin sistematüğini takip etmekle birlikte düzenlemenin 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlelerine aykırı olmadığı, diğer bir deyişle ilgili düzenlemenin, kanunun münhasır alanına girmediği ve aynı konunun kanunla açıkça düzenlenmediğini savunmaktadırlar.

Karara muhalif üyeler, üçüncü cümle bakımından dava dilekçesinde bulunan "Anayasa'nın 161. maddesi uyarınca bütçenin uygulanmasına ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerektiği" ve bu sebeple bu alanın CBK ile düzenlenemeyecek münhasır kanun alanı olduğu argümanına karşı, "bütçenin uygulanması" kavramını tanımlamışlardır. Karşıoyda kavramın teknik anlamına atıfla "bütçe dışı avansın bütçenin uygulanmasına yönelik olarak verilen yetkilerin kullanılması kapsamında

bulunması nedeniyle” ilgili kuralın bütçenin uygulanması konusunda düzenleme yapmadığı sonucuna varılmıştır (§ 14-15).

“Kanunda açıkça düzenlenmeme” şartını içeren dördüncü cümle bakımından karşıoy yazısında sübjektif amaçsal yorum unsuruna müracaat edilmiştir. Anayasa koyucunun bu düzenleme bakımından muradının kanunlarla aynı alanı düzenleyen ve bununla birlikte “farklı hükümler doğuran” CBK’lar çıkarılmasını ve böylece iki norm türü arasındaki olası hüküm çatışmalarını önlemek olduğu ileri sürülmektedir (§ 17). Aksi durumda neredeyse her vakada aynı “konuda” düzenleme yapıldığı sonucuna varılabileceği zira “konu” mefhumunun çok “geniş bir kavram” olduğu savunulmaktadır (§ 18). Anlaşılacağı üzere üyeler, sübjektif amaçsal yorum unsurunu tercih ederek “konu” kavramını dar yorumlamayı tercih etmiş böylece yürütmeye tanınan yetkiyi geniş yorumlamışlardır.

Bu argümana, kanun koyucunun kanunla açıkça düzenlenen bir alanda CBK’larla düzenleme imkânı tanınmasının mümkün olmadığı tezinin karşı argümanı da eklenmiştir. Buna göre anayasa koyucunun CBK’ları “ilk elden” düzenleme yapma yetkisiyle donatmış olması yasamaya bu şekilde bir yetki devri imkânı tanınmasını da mümkün kılmıştır (§ 20). Üyelere göre bu düzenlemenin, “[...] Anayasa tarafından CBK’ya tanınmayan bir yetkinin kanun koyucu tarafından tanınması olarak nitelendirilmesi mümkün değildir” (§ 21). Bu argüman bakımından da sübjektif amaçsal yorum unsuruna başvurulduğu ve yürütmenin yetkisinin geniş yorumlandığı görülmektedir.

Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş’in kaleme aldıkları farklı gerekçeye göre, CBK’larla ilişkili 104. madde dışındaki hükümlerin “[...] Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına nazaran özel nitelikte düzenlemeler oldukları anlaşılmaktadır” (§ 2). Üyeler, 104. maddenin onyedinci fıkrası uyarınca ortaya konmuş sınırlandırmaları kabul etmekte ve anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği sistematik bir yorumun uygun olacağını belirtmektedirler (§ 4). Bununla birlikte karar gerekçesinde “özel-genel” hüküm ilişkisi kapsamında görülmeyen 104. madde ve sair anayasal hükümlerin bu kapsamda değerlendirilmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre söz konusu maddelerde kimi konuların “açıkça ve özel olarak” CBK ile düzenleneceği öngörülmüştür (Karşıoy Gerekçesi, § 5). Üyeler, çoğunluğun üçüncü cümle bakımından “özel hüküm” kabul ettiğini düşündükleri hükmün “kanunda açıkça düzenleme” olmaması şartını içeren dördüncü cümle bakımından da aynı şekilde “özel hüküm” kabul edilmemesinin “bir çelişki” oluşturduğunu ileri sürmektedirler (§ 12-13). Argüman, Anayasa’nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrası hükmüne atıfla sistematik yorum unsuru aracılığıyla kuvvetlendirilmeye çalışılmıştır.

Sonuç olarak karar gerekçesinde ağırlığını koruyan sistematik unsura karşıoylar bakımından da ağırlık verildiğini ancak bu tercihin yürütmenin yetkisini geniş yorumlama imkânı tanıyacak şekilde

amaç unsuruna başvuru olarak şekillendirildiğini söylemek mümkündür. Metodolojik açıdan ortaya çıkan farklılık esasen geleneksel araçların kullanımından ziyade kullanılacak gizli öncüllerin tercihten kaynaklanmaktadır.

3.9.3. E. 2019/78, K. 2020/6

3.9.3.1.Davaya Konu Olan Olayın Özeti

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin ve üyelere ödenecek ücretlerin Cumhurbaşkanınca belirleneceğini öngören (36) numaralı CBK'nın 1. maddesiyle (1) numaralı CBK'ye eklenen 4/A maddesinin ikinci cümlesi ile üçüncü cümlelerinin iptali istemi CHP milletvekilleri tarafından Mahkeme'ye sunulmuştur.

3.9.3.2.Dava Dilekçesi

Dava dilekçesinde özetle; ihdas edilen kurulun “üyelerinin nitelikleri, sayısı ve uzmanlıklarına” ilişkin belirsizlik olduğu ve yürütme organının istisnai olarak kullanması gereken asli düzenleme yetkisini münhasıran kanunla düzenlenecek hususlar ve üyelerinin mali hakları bakımından kanunda açıkça düzenlenen hususlar bakımından Anayasa'ya aykırı biçimde kullandığı ileri sürülmüştür. Bu çerçevede düzenlemenin aykırı olduğu ileri sürülen kurallar Anayasa'nın 2., 8., 128. ve 104. maddelerdir.

3.9.3.3.Hukuki Sorun

Kararda değerlendirilen hukuki sorunlar önceki kararlarla benzer olmakla birlikte 104. maddenin onyedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan “kanunda açıkça düzenlenme” ifadesi bakımından KHK'ların durumunun değerlendirilmesi gerekmiştir.

3.9.3.4.Karar İncelemesi

Karar gerekçesinde önceki kararlarda takip edilen 104. madde çerçevesindeki sistematüğün izlendiği görülmektedir. CBK'ların konu bakımında yetki unsurunun çerçevesinin çizildiği ilgili fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan “münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmama” şartı dava dilekçesinde belirtilen Anayasa'nın “memurlara ve diğer kamu görevlilerine” ilişkin düzenleme getiren 128. maddesi çerçevesinde incelenmiştir. Kuralın somutlaştırılması noktasında önem arz eden nokta, kurul üyelerinin “diğer kamu görevlilerinden” olup olmadıklarının tespittir. Mahkeme'ye göre Kurul; tüzel kişiliği bulunmayan, istişari nitelik taşıyan bir birim olarak düzenlenmiştir” (§16). Kararda kurulun “asli ve sürekli” görev yürütmediği, “geçici ve arızı” nitelik taşıdığı, “icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi” olmadığı, “devlet gücünü kullanmadığı”, “başka meslek ve uğraşlarına devam edebildikleri”, “kadro ve pozisyon” sahibi olmadıkları

gerekçeleriyle kamu görevlisi olmadıkları sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla kuralın 128. maddede belirtilen münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda düzenleme getirmediği sonucuna varılmıştır (§ 16-20). Bu karar bakımından sistematik yorum unsurunun tıpkı önceki iki kararda olduğu gibi dikkate alındığını ve ayrıca “diğer kamu personeli” kavramının somutlaştırılması açısından da aynı unsura “genel idare esasları” çerçevesinde başvurulduğunu söylemek mümkündür (§ 20).

İçerik yönündense ileri sürülen belirsizlik iddiasının Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Mahkeme, “hukuki belirlilik”, “hukuki güvenlik” ve “öngörülebilirliği” hukuk devletinin temel ilkelerinden kabul ederek, hukuk devleti ilkesini görece somutlaştırmaktadır. Buna göre düzenlemede yer alan “mille ve devlete hizmeti geçmiş, bilgi ve birikim sahibi kişiler” ifadesinin somut niteliklere atıf yaptığı kabul edilmiştir. Kurulun “üye sayısı zaman ve duruma göre değişiklik gösterebilecektir” ifadesinden anlaşılabileceği üzere kararda bu esnekliğin öngörülebilirliği ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır (§ 23-25).

Düzenlemenin ikinci cümlesinin yukarıdaki gerekçelerle anayasaya aykırı olmadığına ve talebin reddine tek üyenin karşıoyu ve oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Kurul üyelerine yapılacak ödemenin Cumhurbaşkanınca belirleyeceğine ilişkin düzenleme yine daha evvel belirlenen sistematik içerisinde değerlendirilmiştir. Karar gerekçesinde ilk üç cümle bakımından aykırılık görülmemiştir. Dördüncü cümle bakımından ilgili CBK hükmü ile aynı konuda düzenleme yaptığı tartışılabilir kanuni bir düzenleme tespit edilmemekle birlikte bu nitelikte bir kanun hükmünde kararname olduğu görülmüştür. Sonuçta bu KHK’da da dava konusu düzenlemeyle aynı konunun açıkça düzenlenmediği kanaatine varılmıştır. Ancak karar gerekçesinde çeşitli metodolojik araçlar vasıtasıyla KHK’ların 104. maddenin onyedinci fıkrası bakımından kanunlarla aynı kapsamda görülüp görülemeyeceği tartışılmıştır (§ 33-34).

KHK’lara ilişkin inceleme bakımından öncelikle KHK’ların ihdas edilme gerekçesine dolayısıyla anayasa koyucunun KHK’ları getiriş amacına, diğer bir deyişle tarihsel/sübjektif amaçsal yorum unsuruna başvurulmuştur. Ardından AYM’nin 2012 yılında KHK’ların kural olarak kanunlarla düzenleneceği öngörülen konularda çıkarılabileceği şeklindeki KHK uygulamasını kolaylaştıran içtihadına atıf yapıldığı görülmektedir (§ 37). Böylece KHK’larla düzenlenebilecek alanları geniş yorumlayan bu içtihat CBK’larla düzenlenebilecek alanın dar yorumlanmasının aracı olarak kullanılmıştır. Son argüman ise KHK uygulamasını temel almaktadır. Buna göre “KHK’lar ile kanunların hükümleri değiştirilmiş, yürürlükten kaldırılmış veya bunlara eklemeler yapılmış” olması ve bunun tersinin de geçerli olması “KHK’ların kanun hükmünde olduklarını” göstermektedir (§ 38-

39). Karar gerekçesinde dördüncü cümlemin metnine sıkı biçimde bağlı kalınmadığı ve lafzi unsurun yukarıdaki argümanlarla geniş bir yoruma aracılık ettiği görülmektedir.

3.9.3.5. Karşıoyların İncelenmesi

Karşıoy yazılarında temel itiraz mülkiyet hakkı çerçevesinde “Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir” hükmüne yöneliktir. Arslan, Kömürcü, Hakyemez, Yıldırım ve Kuz tarafından ileri sürülen bu argümana göre 104. maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde sözü edilen temel haklardan olan mülkiyet hakkının olağan dönem CBK’larıyla “düzenlenmesi” mümkün değildir.

Mahkeme başkanı Arslan, ilgili argümanı inşa etmeye “düzenleme” kavramının lafzıyla başlamıştır. Başkana göre “buradaki ‘düzenleme’ sınırlamayı da içine alan geniş bir terimdir” ve bu “yetki münhasıran yasama organına aittir” (§ 5). Düzenleme yapılması münhasıran yasama organına bırakılan mülkiyet hakkı ise AYM içtihatlarına atıfla “ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını” karşılayacak biçimde somutlaştırılmıştır (§ 6). Arslan, ilgili temel hakkı düzenlediği ve somut durumda belirlenecek ücreti azaltmakla bu hakkı sınırlandırma imkânını yürütmeye tanıdığı gerekçesiyle kuralın anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür (§ 9). Arslan’ın karşıoyunda kararda da karşımıza çıkan ilgili maddelerin birlikte ele alınmasına dayanan sistematik yorum unsurunun kabul edildiği ancak bununla yetinilmeyerek geçmiş içtihatlarla mülkiyet hakkının geniş bir yorumuna başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Kömürcü ve Hakyemez de ilgili düzenlemeyi aynı gerekçeyle anayasaya aykırı bulmuş olmakla birlikte Arslan’ın aksine CBK hükmünün sınırlama içermemekle birlikte mülkiyet hakkını düzenlediği sonucuna ulaşmışlardır (§ 5).

Yıldırım, benzer sonuca sistematik yorum unsuru aracılığıyla yasama lehine bir tutumu daha açık şekilde ortaya koyarak varmıştır (§ 7):

Sistematik olarak Anayasamıza yaklaştığımızda, yasamanın asliliği, genelliği, yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliğinin anayasal kimliğimizin önemli bir parçasını oluşturduğunu görmekteyiz. Anayasanın 7. maddesini, 8.maddesini, 87.maddesini, 104. maddesinin onyedinci fıkrasının tamamını, 123. maddesinin birinci fıkrası ile 128. maddenin ikinci fıkrasını bir bütün olarak dikkate aldığımızda Anayasa koyucunun kanunu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) üstünde gördüğünü kabul etmek gerekir.

Rahatlıkla anlaşılabileceği üzere sistematik yorum unsuru objektif amacın tespitinde kullanılmış ve anayasa koyucunun kanunlarla CBK’lar arasında hiyerarşik ilişkiyi ne şekilde düzenlemeyi amaçladığına dair bir çıkarımda bulunulmuştur. Benzer sonuca açık biçimde ifade edilmese de karar gerekçesinde de varıldığını ileri sürmek mümkündür (Can, 2020: 185).

Yıldırım, KHK'ların da CBK'lara sınırlama getiren kural bakımından "kanun" kabul edildiği argümanını benimsemekle birlikte ihdas edilen kural bakımından hükmün aynı alanda düzenleme yapmadığı tespiti katılmamıştır. Buna göre CBK ile düzenlenmesi gereken kurulun hangi kadro ve pozisyonlara karşılık geldiği hususu düzenlenmeyerek Cumhurbaşkanına "ikincil bir düzenleme" yetkisi tanınması KHK ile daha evvel açıkça düzenlenen alanda bir düzenleme yapılması mahiyetinde olup kural bu açıdan 104. maddenin dördüncü cümlesi bakımından da anayasaya aykırıdır (§ 11). Yıldırım'ın incelenen kuralın alanını geniş yorumlayarak KHK'nın alanıyla çakıştığını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Kuz'un muhalefet şerhinde ise hukuki argümantasyonun birçok araca birlikte başvurulması suretiyle ortaya konduğu görülmektedir. Üye, münhasıran kanunla düzenlenecek alanlar bakımından CBK hükmünün Anayasa'nın 128. ve 129. maddelerine aykırılığından yola çıkmıştır. Şerhte ilk olarak Danışma Meclisi'nin ilgili maddeleri ihdas gerekçelerine başvurulmuştur. Gerekçede belirtilen subjektif amaç unsurundan ve maddelerin lafzi unsurlarından istifade edilmiş ve doktrinden atıflarla "kamu hizmeti görevlisi" olmayanların faaliyet gösteremeyeceği bir "idari faaliyet alanı" tanımlanmıştır (§ 7-8). Buradan hareketle teşkil edilen "anahizmet, danışma ve denetim birimi" olarak faaliyet gösterecek kurulun, "kamu hizmetlerinin üst düzeydeki genel idaresi kapsamında değerlendiril(mesi)" ve ihdasıyla üyelerine yapılacak ödemelerin ancak kanunla belirlenebileceği sonucuna varılmıştır (§ 9).

Kuz'un, üyelere yapılacak ödemeleri "bütçe hakkı" çerçevesinde değerlendirdiği kısım, 128. maddenin objektif amaç unsuruna atıf yaparak geliştirdiği hukuki argümanın ardındaki önermeleri de belirginleştirmektedir. Kuz, diğer muhalif üyelerden farklı bir bakış açısı geliştirerek Kurul üyelerinin "mülkiyet hakkı" yerine tüm vatandaşların "bütçe hakkını" hukuki gerekçe olarak sunmaktadır. Buna göre 128. maddenin koruduğu hukuki değer doğrudan "bütçe hakkına" ilişkindir. Bütçe hakkının parlamentoların esas varlık nedeni olduğu ve üyeler için yapılacak harcamaların vergilerle fonlanacağından bahisle Kuz'un ilgili hükmün yorumunu liberal anayasacılık ve kuvvetler ayrılığı temelli olarak AYM'nin önceki içtihatlarına atıflarla genişlettiğini söylemek mümkündür (§ 12-13):

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçları denetlemesi anlamına gelen bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır ve bu hak, kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bütün demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen yasama organına aittir.

Çoğunluk görüşünden farklı olarak Kuz, bütçeye ilişkin bu ilkenin "[...] sadece bütçenin ve bütçeye ilişkin kesinhesabın değil, kamu harcamalarında büyük paylardan birini oluşturan kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin de kanunla belirlenmesini gerektiren bir ilke [...]" olduğunu ileri

sürmektedir. Üyenin bu görüşünü Anayasa'nın 76., 128., 130. ve 140. maddelerinin sistematik biçimde ele alınmasıyla kuvvetlendirdiği görülmektedir (§ 14).

Kuz'un anayasaya aykırılık argümanı konu bakımından yetkiyle sınırlı kalmamıştır. Şerhin devam eden kısmında Anayasa'nın 2. maddesi ve 128. maddesinin sistematik yorum unsuru çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. 128. maddenin objektif amaç unsuru içerik yönünden aykırılığın da dayanakları arasında yer almıştır. Buna göre 128. madde hukuk devleti ilkesi gözetilerek yorumlandığında koruduğu hukuki değerler arasında hukuki öngörülebilirlik de bulunmaktadır. Bu kısım bakımından ilgili hükme dayanılarak tesis edilen argüman zincirininin tıpkı önceki kısımda olduğu gibi deşifre edildiği görülmektedir (§ 19).

Hukuk devleti argümanıysa 128. maddenin de somutlaştırıldığı hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kurul üyelerinin seçiminde aranacak koşulların “milletle ve devlete hizmeti geçmiş, bilgi ve birikim sahibi kişiler” şeklinde belirlenmiş olmasının bu ilkelerinin gerektirdiği ve AYM'nin önceki içtihatlarıyla belirginleştirdiği, hukuki düzenlemelerin “herhangi bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve nesnel olması” koşulunu sağlamadığı ileri sürülmüştür. Buna göre ilgili cümle “hemen hemen herkesi kapsayacak şekilde” düzenlendiğinden objektif kriterler sunmamakta ve “kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına engel olacak tedbirleri” içermemektedir (§ 18-20).

3.9.4. E. 2018/155, K. 2020/27

Kararda, iptali talep edilen CBK hükmünün, kanunda değişiklik yaptığı tespit edilmiş ve kanun “koymak, değiştirmek, kaldırmak” yetkisinin yasamaya ait olduğu ifade edilmiştir (§ 22). CBK'ların ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği şeklindeki Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ilk cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle düzenleme oybirliğiyle iptal edilmiştir.

İlgili kanunda CBK ile düzenleme yapılması öngörülen hususta düzenleme yapılmış olmakla birlikte Mahkeme'nin anayasa koyucunun tanımadığı bir yetkiyi yasa koyucunun tanınmasının mümkün olmadığı yönündeki yaklaşımını sürdürdüğü ancak bu kararda önceki karara atıf yapmadığı ve bu hususu ayrıca tartışma yoluna gitmediği görülmektedir. Oybirliğiyle alınan bu kararda, K. 2020/5 sayılı kararın çoğunluk görüşünde benimsenen bu hususa değinilmemiş olması diğer üyeler bakımından bu görüşün benimsenmediği şeklinde yorumlanabilir. Takip eden kararlardan anlaşılabileceği üzere gerçekten de üzerinde uzlaşma sağlanan husus, kanunla CBK'lara yetki tanınması değil “kanunda değişiklik yapma” yetkisinin ancak yasama organında olduğudur.

Bu karar bakımından “yürütme yetkisinin”, Anayasa’nın 87. maddesinde yer alan TBMM’nin diğer bir deyişle yasamanın yetkileriyle mukayese yoluyla somutlaştırıldığı dolayısıyla sistematik yorum unsuruna başvurulduğu görülmektedir (§ 22).

Anlaşılabileceği üzere Mahkeme, geleneksel araçların karar normunu ortaya koymakta büyük ölçüde yeterli olduğu, hukuki belirsizliğin görece düşük olduğu durumlarda oybirliğiyle karar alabilmektedir.

3.9.5. E. 2019/105, K. 2020/30

K. 2020/30 sayılı kararda iptali talep edilen CBK hükümlerinde idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde bakanlıkların teşkilatlarının “kurulması ve düzenlenmesi” hususları ve bütçe hakkı yeniden gündeme gelmiştir. İptal talebinin reddi yönündeki karar, Emin Kuz’un karşıoyu ile oyçokluğuyla alınmıştır.

Karar gerekçesinde, düzenlemede yer alan “teşkilat yapısı” kavramının lafzi yorum unsuruna ve sair norm alanı unsurlarına dayanılarak bakanlıkların yurt dışında kurulan teşkilatlarının, merkez ve taşradan oluşan klasik anlamdaki teşkilatlarının birer parçası olduğu kabul edilmiştir (§ 21). Bu çerçevede iptali istenen “Bakanlık yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkilidir” şeklindeki hükmün, Anayasa’nın 106. maddesinin bakanlıkların teşkilat yapılarının CBK ile düzenlenmesine imkân tanıdığı şeklinde yorumlanan onbirinci fıkrasına aykırı olmadığı kanaatine varılmıştır (§ 22).

Bununla birlikte kuralın içerik yönünden incelenmesi aşamasında CBK ile yapılması öngörülen düzenlemelerin “genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür” denilerek yürütmeye tanınan “asli yetkinin” yürütmenin takdiri çerçevesinde görevlendirilen idari makamca kullanılabileceği belirtilmiştir (§ 36). Ancak (1) numaralı CBK’nın dâhil edildiği sistematik bir yorumla; ilgili CBK’nın görevlendirilen idari makama, “yurt dışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi konularda düzenleme yapma yetkisini” tanımadığı, bunu Cumhurbaşkanı kararına bıraktığı sonucuna varılmıştır (§ 37). Bu yorum için başvuru (1) numaralı CBK’nın ilgili hükmünde belirtilen konuların “Cumhurbaşkanı kararı” ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Kararda hemen akla gelecek “CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir alanda yetkinin yine CBK ile Cumhurbaşkanı kararına bırakılması mümkün müdür?” sorusunun bu kararın konusu olmadığı belirtilmiştir (§ 38).

İptali talep edilen “ [...] ve burslar [...]” ibaresinin konu bakımından yetki açısından incelenmesinde çoğunluk, kamu tüzelkişiliğinin CBK ile kurulmasına imkân tanıyan 123. madde

hükümünün aynı zamanda “kamu tüzelkişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısını” “düzenleme” yetkisini de içerdığını aksi durumda hükmün işlevsiz kalacağını savunmuştur (§ 45).

Aynı kuralın incelenmesi sırasında kamu tüzelkişiliğinin kurulması ve düzenlenmesi konusunun yanı sıra bütçe hakkı tartışılmış ve bütçe hakkı; “Yasama organının halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırlarını belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesi” şeklinde tanımlanmıştır (§ 49). Buna göre düzenleme, “bütçeye ilişkin” olmakla birlikte “bütçe hakkına temas” etmemektedir (§ 52). Yine bu ibare bakımından 104/17. maddenin dördüncü cümlesi çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiası genetik yorum unsuruna diğer bir deyişle kanun koyucunun sübjektif amaçsal yorumuna başvurularak ilgili bulunan kanunla yapılan düzenlemenin amacı bakımından norm alanlarının örtüşmediği tespitiyle reddedilmiştir (§ 55-58).

Tek karşıoy sahibi Kuz, K. 2020/6 sayılı kararda olduğu gibi Anayasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesi temelli sistematik argümanlara başvurarak yasama organı lehine bir yoruma ulaşmıştır. Üye, 106. maddenin lafzının geniş bir yorumundan yola çıkarak “teşkilat yapısı” kavramının “yurtdışı teşkilatı kurulmasını” mümkün kılacak şekilde yorumlanmasının isabetli olmadığını ileri sürmektedir (§ 8). Bunun yerine lafzi unsurun, tarihsel unsura başvurularak anayasa koyucunun amacına atıfla değerlendirilmesi önerilmektedir. Bu yorumun temelindeyse sistematik araçlarla CBK çıkarma yetkisini yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir istisnası olarak kabul eden yaklaşım vardır. Kuz, bu görüşü istisnaların dar yorumlanması ilkesiyle birleştirmiştir (§ 9). Buna göre anayasa koyucunun 113. maddeyi yürürlükten kaldırıp ilgili düzenlemenin dayanağı olan 106. maddeyi getirmekteki amacı bu yorumu zorunlu kılmaktadır. Çoğunluğun benimsediği yorumun, yasama yetkisinin genelliği ilkesine aykırı biçimde yürütmeye tanınan alanı “genişletici” bir yorum olduğu ileri sürülmektedir (§ 10).

CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması gerektiğine ilişkin kabulün “[...] ve burslar [...]" ibaresini içeren hüküm bakımından da dikkate alındığı görülmektedir. Kuz, “kurma” ve “düzenleme” kavramları arasındaki farkı 123. ve 106. madde metinlerinin birlikte değerlendirilmesiyle ortaya koymuştur (§ 18). Buna göre CBK ile kurulması mümkün olan kamu tüzelkişiliğinin “teşkilat, görev ve yetkileri” kanunla düzenlenmek zorundadır. Böylelikle Kuz’un şerhinin “yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilkeler de bunu zorunlu kılmaktadır” şeklinde ifade ettiği temel üzerine inşa edildiği anlaşılmaktadır. Bu argümantasyon için metnin, tarihsel materyalin yardımıyla anayasal sistematik içinde ele alındığını söylemek mümkündür (§ 20).

Kararda karşımıza çıkan ve daha çok metne ve ilişkili metinlerin sistematğine odaklanan yorumun yerini, karşıoy yazısında mümkün olan pekçok argümantasyon aracılığıyla yürütme aleyhine sınırlandırılmış bir yoruma bıraktığı görölmektedir.

Kuz'un aynı hükme dayanarak muhalif kaldığı K. 2020/6 sayılı kararda Yıldırım, Kuz ile benzer bir argüman geliştirmiş ancak bu kararda çoğunlukla aynı görüşü paylaşmıştır. Bununla birlikte 2020/4 sayılı kararda da Kuz'un çoğunlukla aynı görüşü paylaştığı görölmektedir. Bu farklılığın somut düzenlemenin özellikleri, diğer bir deyişle yasal materyalin farklılığından kaynaklandığı tespitini yapmak mümkündür. Bu tespit yasal materyalin yargısal karar vermede etkisine dair de fikir vermektedir.

3.9.6. E. 2018/126, K. 2020/32

CBK'nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "İkinci fıkra da belirtilenlerin dışında kalan [...]" ibaresi ile "özel hukuk hükümlerine tâbi gerçek ve tüzel kişilerin haklarını ilgilendirmemek kaydıyla bazı andlaşmaların yayımlanmadan yürürlüğe girmesine imkân tanınma(sı)" sonucunu doğuran (2) numaralı fıkrasının iptali istenmektedir (§ 24). Kararda "Anayasa'da andlaşmaların yayımlanmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunma(dığı)" gerekçesiyle Anayasa'nın 104/17. maddesine aykırılık olmadığı kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere konu bakımından yetki hususunda karara lafzi unsura dayalı bir yorumla varılmıştır (§ 25-27).

İçerik yönünden denetim aşamasında ise öncelikle hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesi kamu yararı çerçevesinde somutlaştırılmıştır (§ 29). Ardından Anayasa'nın 90. maddesi somut olayla ilişkilendirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında yayımlanmadan yürürlüğe konulamayacak andlaşmalara yer verilmiş olduğu ve "fıkranın karşıt anlamından milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan teknik veya idari andlaşmaların; ekonomik ve ticari nitelikte olmaması veya özel kişilerin haklarını ilgilendirmemesi durumunda yayımlanmadan yürürlüğe girebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır" denilerek ilgili düzenlemenin 90. maddeye uygun olduğu ileri sürölmüştür (§ 31). Sistematiik ve lafzi yorumun birlikte kullanıldığı bu argümantasyon, anayasa koyucunun ilgili anayasal hükmü ihdas ederken ortaya koyduğu gerekçeye, diğer bir deyişle sahip olduğu amaca atıfla tahkim edilmiştir (§ 32).

CBK'nın ihdasında kamu yararı bulunmadığı iddiasının incelemesi yukarıda anılan hususlarla birlikte değerlendirilmiştir, buna göre: "Kuralların, millî menfaatler gereği yayımlanması uygun olmayan andlaşmaların yayımlanmadan yürürlüğe girmesini sağlamak amacıyla ihdas edildiği

anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralların kamu yararı dışında başka bir amaç güttüğü söylenemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır” (§ 35).

Sonuç olarak kuralın iptali yönündeki talebin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir (§ 37).

CBK’nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin karar yine oybirliğiyle alınmış olup çalışma açısından önem arz eden başkaca bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.7. E. 2018/124, K. 2020/56

İlgili karar, yasal materyal, karşıoy dağılımı ve hukuki argümantasyon bakımından K. 2020/30 sayılı kararla hemen hemen aynıdır. Dolayısıyla kararın tafsilatına girme gereği görülmemiştir. Ancak CBK’yla düzenlenmesi gereken konularda yapılacak düzenlemelerin CBK’yla diğer düzenleyici işlemlere bırakılmasının mümkün olup olmadığı tartışması bakımından karar metninde farklılık olmamakla birlikte Kuz’un karşıoy yazısında bu hususta bir görüş belirtilmektedir. Buna göre beklendiği üzere öncelediği ilkeler ve metodolojik tercihler uyarınca Kuz’un düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulduğu görülmektedir.

K. 2020/30 sayılı karardan ayrılan bir diğer husus ise 128. madde çerçevesinde yapılan tartışma olmuştur. Dava dilekçesinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerektiği ve bu hususun aynı zamanda “kamu hizmetine girme hakkı” çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kararda önceki kararlara atıfla bu hakka ilişkin düzenleme yapılmasının hizmete giriş şartlarına ilişkin düzenleme yapılmasıyla gerçekleşeceği ve ilgili düzenlemenin bu mahiyette olmadığı kabul edilmiştir (§ 37-42). Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası, 123. maddesinin üçüncü fıkrasıyla birlikte sistematik yoruma tâbi tutulmuş böylece kamu tüzelkişiliğini “kuran” ve daha evvel “düzenleyebileceği” de kabul edilen CBK’lar ile bu tüzelkişiliğin personelini atayacak merciin de belirlenmesinin mümkün olduğu kanaatine varılmıştır (§ 44). Kuz, bu personelin “atamalarının” 128. madde gereği münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alan olduğu gerekçesiyle ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Özetle; işbu karar bakımından çoğunluğun, CBK’lara kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi veren hükmün norm alanını hukuk dışı gerekliliklere istinaden geniş biçimde yorumladığını buna karşın Kuz’un önceki kararlarına da dayanak teşkil eden gizli öncüllerine uygun bir yorum ve dolayısıyla tutum sergilediğini söylemek mümkündür.

3.9.8. E. 2018/199, K. 2020/25

K. 2020/25 sayılı karar (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 5. maddesinin “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve

kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir” şeklindeki ilk fıkrasının iptaline ilişkindir. Dava dilekçesinde ve kararda öne çıkan, önceki kararlarda olduğu gibi, teşkilatların kurulması ve düzenlenmesi ile kadroların ihdası hususları olmuştur. Bu kararın farkı, CBK’nın düzenlediği alanın öncekilere nazaran daha geniş olmasıdır. Uygunluğun ölçütü olan Anayasa normalarıysa değişmemiştir, işbu karar bakımından da 2., 123., 128. ve 104. maddeler değerlendirilmiştir.

Önceki kararlarda olduğu gibi “kurma ve düzenlemenin” iç içe kavramlar olduğu ve bunların kadroların ve teşkilatın ihdas edilmesiyle anlam kazanacakları tekrar edilmiştir (§ 18, 27-28). İlgili CBK hükmünün “genelliği” Mahkeme’yi kuralı somutlaştırmaya götürmüştür. Çoğunluk kuralı 104/17. maddenin ilk cümlesini hesaba katan bir sistematik yorumla anlamlandırmıştır. Buna göre; “[...] kuralda kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarından söz edildiğinden buradaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir” şeklindeki ifadesiyle düzenlemenin ancak yürütme organı kapsamındaki kadrolara ilişkin olması hâlinde konu bakımından yetki kurallarına uyacağını kabul etmiş görünmektedir (§ 20).

Karar bakımından ilginç olan husus “[...] 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların (II) sayılı cetvelde gösterileceği öngörülmüş ise de söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir” şeklindeki tespittir (§ 22). İlgili kuralın yargı yetkisini kullanan kadrolara ilişkin düzenleme içeriyor olmasına rağmen Anayasa’ya uygun bulunması gerekçenin önceki kısmıyla uyumsuzdur. Bu bağlamda yapılan yorumun metni aşan boyutta olduğunu söylemek hatta biçimsel hukuk mantığı açısından dahi sorunlu olduğunu ileri sürmek mümkündür. Nitekim karşıoy yazılarında da bu hususun altı çizilmiştir.

Mahkeme başkanı Arslan, karşıoy yazısını “kuralın anlam ve kapsamı” ve “kuralın Anayasa’ya aykırılığı” şeklinde iki kısımda kaleme almış ve muhalefet şerhine “anayasa yargısında yorum” bahsiyle başlamış; normun yorumlanması noktasında çoğunluk kararına eleştiriler getirmiştir (§ 3). Buna göre çoğunluk görüşünde dile getirilen tespitin norm metninde “pozitif dayanağı” bulunmamakta, çoğunluk “olması gerekene” ilişkin bir çıkarım ortaya koymakta ve ardından “kuralın kapsamı bu şekilde belirlenince Mahkeme’nin denetlediği CBK kuralı ile Anayasa’ya uygun bulunduğu kural başkalaşmaktadır” tespiti yapılmaktadır (§ 5-6). Bununla birlikte çoğunluğun, davaya konu edilmediği gerekçesiyle dava konusu edilen hükmün somutlaştırılmasında dikkate almadığı hükümlerin değerlendirmeye dâhil edilmesiyle yapılacak sistematik yorumunun AYM’nin sıkça başvurduğu bir yöntem olduğu ve dava konusu olmayan hükümlerin somutlaştırma aracı yapılmasının

ilgili hükümlerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir (§ 8-7). Arslan, ihdas edilen kuralın anlam ve kapsamının yorum yoluyla daraltıldığını ileri sürmektedir (§ 9). Böylece küçük önermenin alanı daraltılarak büyük önermenin alanına sığdırıldığı bunun norm metni göz ardı edilerek gerçekleştirildiği belki de böylelikle bir çeşit sonuç vermeyecek “anayasaya uygun yorum” üretildiği görülmektedir.

Konu bakımından yetki yönünden değerlendirme aşamasında Arslan, aynı gün verilen K. 2020/27 sayılı yasama yetkisine ilişkin CBK çıkarılamayacağı argümanına dayanan ve iptalle sonuçlanan karara atıf yapmıştır (§ 14). 2017 yılında yapılan değişikliklerin, yürütmeyi güçlendirmekle birlikte liberal anayasacılığın temellerini oluşturan ve gücün temerküzü karşısında kuvvetler ayrılığı gibi araçlarla temel hak ve özgürlüklerin korunmasını temin etmeyi amaçlayan anayasal düzeni değiştirmedini belirtmiştir. Bu argüman Anayasa’nın Başlangıç kısmı ve 2. maddesinin gerekçesiyle güçlendirilmeye çalışılmıştır (§ 15-17). Ardından daha önce verilmiş bir AYM kararına atıfla kuvvetler ayrılığı ve yürütmenin denetlenmesi, “bütçe hakkı” ve parlamentoların tarihsel ilişkisiyle bağlantılı olarak ele alınmıştır (§ 18-20). Daha eski tarihli başka bir kararda ise kadro ihdasının bütçe hakkıyla ve dolayısıyla yasama yetkisiyle irtibatı nedeniyle Mahkeme’nin “Bakanlar Kurulu’na kadro iptal ve ihdası yetkisi veren” bir düzenlemeyi iptal ettiği belirtilmiştir (§ 21). Bu sebeple ilgili düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin olmaması ve yargı organlarını da kapsamaması sebebiyle 104/17. maddenin ilk cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 22-23). “Düzenlemenin” sınırlamayı da içine alan bir kavram olduğu ve yine önceki AYM kararları ışığında ilgililerin mülkiyet hakkını sınırlandırma potansiyeli olduğu gerekçesiyle ikinci cümle bakımından da kuralın iptali yönünde karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir (§ 25-29).

Arslan’ın üçüncü cümle bakımından, ilgili düzenlemenin 128. madde uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda yapıldığı görüşüne sahip olduğu ve buna ilişkin yakın tarihli bir karara atıf yaptığı görülmektedir (§ 31). Ancak bu çerçevede ayrıca çoğunluk görüşündeki kadro ihdasıyla kuruluş arasında zorunlu bir ilişki olduğu argümanı da tartışılmıştır. Bu tartışma bakımından Arslan, argümanını sistematik unsurlarla güçlendirmektedir. Buna göre, çoğunluk görüşü benimsenirse zaten idarenin büyük kısmı bakanlıkların teşkilatlarından oluştuğu için Anayasa’nın 128. maddesi büyük ölçüde işlevsizleşecektir. Ayrıca 123. maddenin istisnası olarak düzenlenen 106. maddenin son fıkrası aynı şekilde 128. maddenin de istisnası hâline getirilmiş olacak böylece dar yorumlanması gereken istisna geniş yorumlanarak genele yayılacaktır. Arslan’ın bu yorumu kuvvetlendirmek için atıf yaptığı ve CBK’ların alanını dar yorumlayan karar, K. 2020/5 sayılı karar olup ilgili kararda yukarıda değinildiği gibi bu kararda karşıoy kullanan grup çoğunluktadır (§ 32-33). Arslan, “kadroların teşkilat yapısının ayrılmaz parçasını oluşturduğu görüşü kabul edilse bile iptal talebi reddedilen kural için

“Anayasa’da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilmeyen, tam tersine münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen çok sayıda kurum ve kuruluşun kadrolarının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edileceğini vazetmektedir” diyerek kuralın üçüncü cümle bakımından yine de Anayasa’ya aykırı olacağını belirtmektedir (§ 35).

Arslan’ın karşıoyunda bundan sonraki kararları da şekillendirecek yöntembilimsel pekçok unsura ilişkin veriler bulunmaktadır. Arslan, incelenen ve ölçü kabul edilen normların alanlarına ilişkin gerek geleneksel unsurların gerekse sosyal belirleyicilerin etkisini hesaba katarak değerlendirmede bulunmaktadır. Özellikle “düzenleme” kavramının somutlaştırılması ve 128. maddenin işlevsizleştirilmesine ilişkin argümanlarının bu çerçevede değerlendirilmesi mümkündür. Arslan’ın yaklaşımda aynı zamanda CBK’larla düzenlenmesine cevaz verilen alanın dar tutulmasına yönelik öncüllerin de özellikle bütçe hakkı çerçevesinde gerekçelendirildiği görülmektedir.

Hasan Tahsin Gökcan’ın karşıoyu, Arslan’ın tezlerinin bir özeti gibidir. Aynı varsayımlara dayanan şerhte kadro ihdası ve bütçe hakkı, kadroların kurumların birer parçası olması ve kanunla düzenlenmesi öngörülen münhasır alan tartışması AYM kararlarına atıfla ve sistematik yorum unsuru dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

Kadir Özkaya’ya göre yargısal denetiminin “mümkün olduğu ölçüde Anayasa’nın bütünlüğü içinde sistematik yorum yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir” (§ 5). Özkaya, K. 2020/5 sayılı karara muhalif kalmış ve karşıoy yazısından belirttiği 104/17. maddenin genel, CBK’lara ilişkin diğer maddelerin özel hüküm olacakları yönündeki fikrini bu karar bakımından da tekrar etmiştir (§ 2, 6). Bununla birlikte üyenin, kadro ihdasının kurumların kuruluşuyla ilgili hukuki meseleler olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki çoğunluk görüşünü de paylaştığı ve bunu önceki bir AYM kararıyla desteklediği görülmektedir (§ 14). Ancak bundan sonraki kısım için çoğunluğun ilgili kuralın “[...] yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası gibi konuları içermediği [...]” şeklindeki çıkarımına katılmamıştır (§ 13, 16). Özkaya’nın, küçük önermeyi oluşturan norm metninin hukuki belirsizliğe görece az yol açtığı böylesi bir vakada çoğunluk görüşüne dâhil olmaması yöntem ve yasal materyalin yargısal davranış açısından taşıdığı önem bakımından dikkat çekicidir.

Engin Yıldırım’ın karşıoy yazısı, Arslan’a benzer biçimde ama daha geniş şekilde, anayasacılık akımının tarihsel gelişimi ve olgusallığı, kuvvetler ayrılığı ve anayasa yargısının sınırları gibi konularda genel bir çerçeveye başlamaktadır. Aynı ana argümanlara dayanmakla birlikte Yıldırım’ın yargı bağımsızlığı ve yargıya güven kavramları çerçevesinde uluslararası hukuka da atıf yaparak yan argümanlarla gerekçesini tahkim ettiği görülmektedir (§ 17-18).

Emin Kuz'un karşıoy yazısı önceki şerhlerinde belirtilen hususlar ve metot çerçevesinde yazılmıştır. Kuz, çoğunluğun "[...] kadro usulüne ilişkin düzenlemelerin idarenin teşkilat yapısıyla ilgili olduğu yönündeki tespiti(ni) isabetli [...]" bulmuş ancak K. 2020/30 sayılı karara yazdığı karşıoy gerekçesinden hatırlanacağı üzere "kurulma" ve "düzenleme" kavramlarının farklılığına ilişkin tezi uyarınca bu tespitin kadro ihdasının ancak kanunla yapılabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür (§ 6, 18).

Yusuf Şevki Hakyemez'in karşıoy yazısı Arslan ve Yıldırım'ın şerhlerinde karşımıza çıktığı gibi temel ilkeler ve anayasacılık bağlamında bir giriş bölümüne sahiptir. Yeni hükümet sisteminin kuvvetler ayrılığı ilkesini geçersiz kılmadığı ve bu çerçevede "yürütme yetkisine ilişkin konuların" kapsamına "salt yasamaya ilişkin yetkilerin girmesi(nin)" bu ilkeyi ihlal edeceği ifade edilmiştir (§ 6-8, 15). Üye, bu kısmı takiben kadro ihdası, bütçe hakkı ve parlamentoculuk tarihi olarak özetleyebileceğimiz önceki şerhlerde karşımıza çıkan çerçeveyi literatüre ve AYM kararlarına atıflarla yeniden oluşturmuştur (§ 9-12). Hakyemez'e göre çoğunluğun ilgili kurumların kadro ihdasının yürütmeye ilişkin bir husus olduğu yönündeki görüşünün kabullenilmesi hâlinde " [...] yasama yetkisinin yürütme lehine Anayasa'ya aykırı biçimde zayıflaması yanında özellikle yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığı gibi demokratik hukuk devletinin en temel ilkelerinin anlamsız hâle gelmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu biçimdeki bir sonucu Anayasal ilke ve kurallarla bağdaştırmak ise mümkün değildir" (§ 21, 24). Hakyemez de Arslan'ın vurguladığı gibi düzenlemenin "Dava konusu hüküm bu derece açık ve net olmasına rağmen çoğunluğun bu hükmün üç yüksek mahkemenin yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı şeklindeki görüşünün hiçbir pozitif dayanağı bulunmamaktadır" demekle çoğunluğun kuralın lafzını dahi dikkate almadıklarını ifade etmektedir (§ 25). Karşıoy yazısında 104. maddenin ilk üç cümlesine aykırılık tespitini takiben öngörülen düzenlemelerin "[...] bu şekilde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi(yle) yapılması kabul edilecekse bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kanun karşısında anayasa koyucunun da hiçbir zaman amaçlamadığı bir ayrıcalıklı konumu verme durumu ortaya çıkar ki bunun Anayasa'nın öngördüğü kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ve aynı zamanda Anayasa'nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir" denilerek anayasa koyucunun subjektif amacı ve anayasanın bütünlüğü gözetilerek yapılacak yorumun daha "isabetli" olacağı savunulmuş olmaktadır (§ 33).

Böylelikle karşıoy yazılarının çoğunluğunda karşımıza anayasacılık merkezli temel ilkelerden, bunların tarihsel gelişiminden, Anayasa'nın Başlangıcı ve temel ilkelerinden, ulusal ve uluslararası içtihatlardan, literatürden ve çok sayıda hükümden müteşekkil zaman zaman subjektif yorum unsuruna da başvuran sistematik bir yorum çıkmaktadır. Arslan'ın şerhinde de karşımıza çıkan bu

argümantasyon zincirinin hukuk metodolojisine dair tespitlerle kuvvetlendirildiği göze çarpmaktadır. Kuz'un karşıoy yazısında da belirgin olan yorum yaklaşımına ilişkin argümanların, atıf yapılan içtihatların ve mezkûr diğer unsurların çoğunluk görüşünde tartışmaya konu edilmediği görülmektedir. Bu çerçevede çoğunluğun, metnin sınırlarını göz ardı ederek hukuk metodolojisi açısından pek de “makul olmayan” bir yol izlediği söylenebilir.

3.9.9. E. 2019/71, K. 2020/82

İptali istenen kurallarda Anadolu Ajansı'nın bütçesi, yöneticilerinin atanması ve denetimini yapacak kurumla ilişkili düzenlemeler yapılmış, bu düzenlemelerin Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine, 133/3. maddesinde düzenlenen haber ajanslarının özerkliğine ve tarafsızlığına ve ayrıca bütçeye ilişkin 161. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Konu bakımından yetki incelemesinde Mahkeme'nin 106. maddenin onbirinci fıkrasına ilişkin sistematik ve amaçsal unsurlara dayanan genişletici bir yoruma başvurduğu görülmektedir (§ 27):

Bu kapsamda CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre bakanlık bünyesinde kurarak teşkilatını düzenleyebileceği bir kurumu tercihen Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum veya kuruluş olarak kurması hâlinde ilgili kurum ve kuruluş için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen sınırlardan dolayı CBK ile düzenleme yapamayacağının kabulü Anayasa'nın genel sistematığına ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunda CBK çıkarma yetkisi tanıyan anayasal hükmün amacına aykırı olacaktır.

Kuralın içerik yönünde incelenmesi aşamasında Ajansın, 1925 yılında özel hukuk tüzelkişiliğine dönüştürüldüğü dolayısıyla mali denetiminin Sayıştay tarafından yapılmadığı, Türk Ticaret Kanunu'na tâbi olduğu ve hisse yapısı ortaya konmuştur. Böylelikle hakkında düzenleme yapılan kurumun hukuk tarafından belirlenen norm alanının tespit edildiği görülmektedir. Ajansın özel hukuk hükümlerine tâbi bu mahiyetinin anayasa koyucunun 133. maddede belirlediği ajansların özerk kılınması amacına yöneldiği belirtilmiştir (§ 37-39). Bu amacın tespiti içinse sistematik yorum unsuruna başvurulmuştur.

Ajans gelirlerinin büyük kısmının merkezi bütçe kaynaklı Ajans ödeneğine dayandığı belirtilmiş ve Ajans bütçesine ilişkin merkezi idarenin denetiminden beklenen faydanın kamu yararı olduğu, dolayısıyla bu denetimin 133. maddede öngörülen hususları ihlal etmediği ileri sürülmüştür (§ 40). Bununla birlikte çoğunluk gerekçesine göre kuralda “ [...] Ajansın bütçesinin yanı sıra faaliyeti, örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerindeki denetimin de merkezi idare tarafından yapılması öngörülmektedir” ve bu denetim mali denetimden farklı olarak “ [...] Ajansın özerkliğiyle

bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırmaktadır” (§ 41). Bu husus göz önünde bulundurularak kuralın buna ilişkin kısmının iptaline oyçokluğuyla karar verilmiştir (§ 43).

Kuralın ikinci cümlesinin konu bakımından yetki unsuru bakımından incelenmesi aşamasında CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir alanda ilgili CBK’nın gerekli çerçeveyi çizmeyerek tüm yetkiyi idarece çıkarılacak düzenleyici işlemlere bırakmasının 104/17. maddeye aykırı olduğu tespit edilmiştir (§ 45-48).

Kuralın üçüncü cümlesindeki “[...] sözleşmede Ajansın yöneticilerinin atanma yollarının da belirleneceği [...]” şeklindeki hükmün, ilgili sözleşmede Başkanlığın avantajlı durumda olması sebebiyle sözleşme serbestisi çerçevesinde ele alınamayacağı ve bu sebeple ajansın özerkliği ve tarafsızlığını ihlal edeceği gerekçesiyle içerik bakımından 133. maddeye aykırı olduğu kanaatine varılmıştır (§ 50-51).

Son olarak “[...] ile Anadolu Ajansının [...]” şeklindeki ibarenin içerik yönünden anayasaya aykırı olmadığı “Anayasa’da dahi kamu tüzel kişilerinden yardım alan ajanslar şeklinde belirtilen bu yapının mevzuatta yürütmenin bir organı ile ilişkilendirilmesi kaçınılmazdır” şeklindeki sistematik gerekçeye dayalı olarak savunulmuştur. Konu bakımından yetki hususunda da aykırılık görülmemiştir.

Kararın ret ile sonuçlanan kısmına Kuz, iptal ile sonuçlanan kısımlarına Güleç ve Akyel muhalefet etmişlerdir. Kuz’un karşıoy yazısına ilgili düzenlemenin konu bakımından yetkisinin incelenmesiyle başlanmıştır. Çoğunluğun kaleme aldığı, “Cumhurbaşkanı’nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir” (§ 27) şeklindeki Anayasa’nın sistematik yorumunun bu sonucu gerektiği görüşü, 123., 106., 108. ve 118. maddelerin sistematik olarak incelenmesinin ve ilgili maddelerinin lafzının bu sonucu imkânsız kıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir (§ 8-9). Zira Kuz’a göre 123. maddenin oluşturduğu istisna “açıkça” bakanlıklar için getirilmiştir. Bu hükmün geniş yorumlanması diğer istisna hükümlerini anlamsız kılacaktır. Üyeye göre “Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesi” göz önünde bulundurulduğunda ilgili düzenlemenin konu bakımında yetki unsurlarını taşımadığı ve 123. maddeye aykırı olduğu kabul edilmelidir (§ 10). Buna istinaden Kuz, normun alanının tespiti için sistematik bir çerçeve önermiştir (§ 11)⁴⁴:

Diğer taraftan, 106. maddenin son fıkrasında bakanlıklar için öngörülen CBK ile düzenleme yetkisinin bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları da kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi bakımından öncelikle bu *müesseselerin anlam ve*

⁴⁴ Vurgular sonradan eklenmiştir.

kapsamının ortaya konulması gerekir. Mahkememiz de birçok kararında, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve hâkim kılınabilmesi için Anayasaya uygunluk denetiminin, düzenlemelerin gerçek nitelikleri gözetilerek yapılmasının zorunlu olduğunu ve bunlar hakkında Anayasanın hangi hükümlerinin uygulanacağını belirlenmesi amacıyla söz konusu kuralların anlam ve kapsamının ortaya konulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Anayasaya uygunluk denetiminin bir parçasını oluşturan anlam ve kapsamın belirlenmesinde ise, anayasal ilkelerle birlikte ilgili (ve özellikle temel) kanunların hükümleri, bunlarda yapılan tanımlar, hukukun genel ilkeleri ile yargısal ve bilimsel içtihatlar da gözönünde bulundurulmalıdır.

Üye, yukarıda belirtilen ve anayasal yorumun ya da hukuki argümantasyonun da unsurlarını içeren tespitlerin ardından “CBK ile kurulan İletişim Başkanlığının kanunla kurulması ve görev ve yetkileri ile teşkilatının da Anayasanın 123. maddesine göre kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, dava konusu kurallar Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkin” olduğu ve çoğunluk görüşünün “anayasa koyucunun iradesini aşan bir yorum(a)” dayandığı sonucuna ulaşmıştır. Argümanını diğer şerhlerinde olduğu gibi yasama yetkisinin genelliği ve istisnaların dar yorumlanması ilkeleri ile tahkim etmiştir (§ 16-18). Buna göre Kuz’un sistematik unsur gibi temelde lafzi unsurdan sonra geleceği kabul gören araçlara başvurmakla birlikte metne sıkı bağlılığı ve sübjektif amaç unsuruna dayanmayı tercih ettiği ancak bunu ilgili istisnanın dar yorumlanması ve anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği şeklindeki temelde sistematik argümanlara dayanan ilkeleri önceleyerek uyguladığı anlaşılmaktadır.

Kuz’un, CBK’nın 3. maddesiyle (14) numaralı CBK’nın 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan “Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün...” ibaresinin “Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile Anadolu Ajansının...” şeklinde değiştirilmesini öngören hükmün “...ile Anadolu Ajansının...” ibaresinin içerik yönünden incelenmesine ilişkin şerhinde ise İletişim Başkanlığı’nın Cumhurbaşkanlığı’nın bağlı kuruluşu olduğu ve Ajansın da İletişim Başkanlığı’nın bağlı kuruluşu gibi nitelendirilmesinin hukuk devleti ilkesine ve 133. maddeye aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 20-23).

Güleç ve Akyel’in iptal kararları bakımından kaleme aldıkları şerhleri, çoğunluğun bütçe bakımından aykırılık tespit etmediği ancak insan kaynakları, faaliyet ve örgütlenme açısından haber ajanslarının özerkliğini düzenleyen 133. maddeye aykırı buldukları kuralın iptaline ilişkindir. Buna göre üyeler, “Bütçeden bağımsız ve ilgisiz herhangi bir faaliyetin, örgütlenmenin ve insan kaynağı yönetiminin mümkün olmadığı” gerekçesiyle kuralın iptali yönündeki karara katılmamışlardır (§ 3). Üyelerin karşıoy gerekçelerinde küçük önermeyi teşkil eden normun alanını ampirik faktörlerle genişlettikleri anlaşılmaktadır. Bu bakımdan karşıoyun aslında iptal edilmeyen kuralın kapsamını iptalini gerektirecek şekilde genişletildiğini ileri sürmek mümkündür.

3.9.10. E. 2018/162, K. 2020/66

İptali istenen ilk kural CBK olmamakla birlikte belirli bir konuda CBK ile düzenleme yetkisi tanıyan 7147 sayılı Türkiye Kalkınma ve Yatırım Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin "[...] ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, [...]" şeklindeki ibaresidir. Kararda, işbu yetkinin tanınmasının mümkün olup olmadığı, kanunlarla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı şeklindeki 104/17. maddenin dördüncü cümlesi ve bütçe hakkı çerçevesindeki tartışmalara yer verilmiştir.

Yasamanın yürütmeye kanunlarla çerçevesini çizdiği hususlar ve bütçe hakkı bakımından CBK ile düzenleme yetkisi vermesi hususu K. 2020/5 sayılı karar ile benzerlik taşımaktadır. Bu sebeple kararın detaylarına girilmeyecektir. Ancak bu kararda mezkûr karardan farklı olarak ret kararı verilmiştir. Önceki karardaki çoğunluk görüşü bu karar bakımından kabul görmemiştir.

Karar gerekçesinde, yakın tarihli bir karara atıfla "Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin asli düzenleme yetkisi bulunmayan işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz" denilerek daha evvel K. 2020/5 sayılı kararda karşımıza çıkan (K. 2020/5, § 21) ihtilaf önceki karara zıt şekilde sonuçlandırılmıştır (§ 23). Çoğunluğun somut olayın çerçevesini çizerken kanunda yer alan düzenleme olmasa dahi ilgili hususların CBK ile düzenlenmesinin mümkün olduğu şeklindeki tespitle CBK'lar ile kanunlar arasındaki sistematik yerine CBK çıkarma yetkisini merkeze koyan bir sistematığe başvurduğu anlaşılmaktadır (§ 12).

Aynı Kanun'un 3. maddesinin ikinci cümlesi kapsamında değerlendirilen bütçe hakkı açısından da sonuç benzerdir. Bu karara ulaşırken çoğunluğun, 104/17. maddenin dördüncü cümlesi lafzını CBK'ların alanını genişletecek sistematik bir yorum geliştirerek aştığını söylemek mümkündür. Nitekim karşıoylarda da bu argümantasyonun tespit edilerek eleştirildiği görülmektedir.

Gökcan'ın şerhinde somut olay bakımından "kanunda açıkça düzenlenen bir konuda CBK çıkarılamaz" hükmünün aşıldığı ileri sürülmekle birlikte asli bir yetki olan CBK çıkarma yetkisinin yasama organı tarafından tanınmasının CBK'ların değil yönetmeliklerin hukuki statüsüne uygun olduğu da savunulmaktadır (§ 2, 5)⁴⁵. İlk olarak karşıoyda ilgili düzenlemenin norm alanının hâlihazırda CBK ile düzenlenmesine cevaz verilen alanı kapsadığı diğer bir deyişle bu alanla çakıştığı ileri sürülmektedir. İkinci argüman ise yukarıda değinildiği gibi CBK'ların hukuki statüsüne ilişkin bir

⁴⁵ Aynı gerekçe için bkz. Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 2-3, Akıncı ve Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, § 9, Kuz, Karşıoy Gerekçesi § 4-6.

sistematiik yorumu önceliklendirmiştir. Tüm karşıoylar bakımından bu sistematiik yorumun öne çıktığı ve karşıoy sahiplerinden Kuz'un doktrine de atıf yaptığı görölmektedir (§ 6).

Karşıoylarda bütçe hakkı çerçevesinde yürütölen tartışmalar önceki kararlarla benzer oldukları için tekrarlanmamakla birlikte Kuz'un karşıoy yazısında çoğunluk görüşünde yürütölen sistematiik yorumun hatalı olduğu ve elde edilen sonucun düzenlemenin lafzıyla da amacıyyla da uyumlu olmadığı ileri sürölmektedir (§ 20).

Bu karar bakımından dikkat çeken husus, içtihat değışikliğinin Mahkeme'nin kurumsal tutumunun, diğeri bir deyişle AYM'nin homojen bir heyet olarak takındığı tutumunun sonucunda gerçekteşmemiş olmasıdır. Şayet gözlemlenebilir alan dışında bir değışiken yoksa yasama lehine tutum geliştiren üyelerin, üye değışikliğı sonucu azınlıkta kaldıkları ve ilgili konuda gerçekteşen içtihat değışikliğinin buna bağılı olduğunu diğeri bir deyişle kurumsal değıl bireysel seviyede bir değışikliğinin sonucu olduğunu ileri sürmek mümkün görölmektedir. K. 2020/5 sayılı karar, 8 karşıoyla 16 üyenin katılımıyla alınmışken işbu karar 5 üyenin karşıoyuyla 13 üyeyle alınmıştır. Önceki kararda çoğunlukta olan ve sonucu belirleyen başkan Arslan ve başkanvekili Kömürcü ile önceki kararda karşıoy kullanan isimlerden Özgüldür'ün bu kararda imzası yoktur.

3.9.11. E. 2019/77, K. 2021/2

Kararda, yerli yazarlara nakdi destek verilmesine ilişkin bir CBK hükmü ele alınmıştır. Özetle; ilgili düzenlemenin Anayasa'nın "Sanatın ve sanatçının korunması" başlıklı 64. maddesi uyarınca devlete yüklenen pozitif yükümlölüğün bir yansıması olduğu ve "Anayasa'nın ikinci kısmının 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ve CBK'larla düzenlenebilecek bir hakka ilişkin" olduğu (§ 19) ve "[...] bu nakdi destek, esasen bütçe kanunlarında düzenlenmiş olup dava konusu kural(ın), bütçenin uygulanması kapsamında" olduğu ileri sürölmüştür (§ 20). Bu gerekçelerle iptal talebi reddedilmiştir (§ 23).

Arslan'ın karşıoyunda söz konusu "nakdi destek" önceki kararlarda da karşımıza çıkan mülkiyet hakkı çerçevesinde değeriendirilmiştir. Öncelikle kuralın bahsi geçen haklar çerçevesinde olmasının, kuralın mülkiyet hakkına ilişkin bir boyutu olmadığı anlamına gelmeyeceğı sistematiik yorum unsuru çerçevesinde ortaya konmaya çalışılmış ve bu argüman önceki kararlarda desteklenmiştir (§ 5-7). Metnin takip eden kısmında mülkiyet hakkı AYM kararları ışığında tanımlanmış, ilgili düzenlemenin, bir "düzenleme" olduğu kadar aynı zamanda bir "sınırlama" da olduğu önceki kararlara paralel biçimde tekrarlanmıştır (§ 11). Bu çerçevede geniş bir "mülkiyet hakkı" yorumunun tercih edildiğini ve bu yorumun CBK'ların alanını daraltan sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür.

Mahkeme başkanı ayrıca mülkiyet hakkını genişleten “hak temelli” bir yorumun benimsenmesinin bir diğer gerekçesi olarak bireysel başvuru ve diğer norm denetimi kararlarıyla CBK'lara ilişkin kararlar arasındaki içtihat uyumunun bozulması şeklindeki olası sonuca işaret etmiştir (§ 14).

Kuz'un karşıoyu bakımından önceki kararlarda ortaya konan çerçevenin (“kurma-düzenleme” farkı, münhasıran kanunla düzenlenecek alanlar) bu karar bakımından da tekrarlandığı görülmektedir.

3.9.12. E. 2020/8, K. 2021/25

İptali talep edilen hüküm kabaca kadro ihdasına ve iptaline ilişkin olup karar gerekçesinde daha önce K. 2020/25 sayılı ararda çoğunlukça kabul gören kadro ihdası ve teşkilatlanma arasındaki sıkı ilişki argümanı bu kararda da benimsenmiştir (§ 23). Önceki kararlardan da anımsanacağı gibi çoğunluğun görüşü 123. maddede öngörülen idarenin kanuniliği ilkesinin istisnası olan 106. madde uyarınca bakanlık teşkilatlarının CBK'lar ile kurulabileceği ve burada geçen teşkilatın kurulması kavramının kadroya ilişkin düzenlemeler olmadan düşünülemeyeceği şeklindedir. Dolayısıyla karşıoylarda belirtilen 128. madde uyarınca kadro değişikliklerinin münhasıran kanunla yapılması gerektiği yönündeki argüman geçersizdir. Sonuç olarak CBK ile kadro ihdası ve iptali 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı değildir.

Karara paralel olarak K. 2020/25 sayılı karardaki karşıoylar da büyük ölçüde tekrar edilmiştir. Arslan, benzer şekilde ilgili düzenlemenin “mülkiyet hakkının” sınırlanması mahiyetine bürünebileceği gerekçesiyle kuralın yasama yetkisine ilişkin bir alanda çıkarıldığı, dolayısıyla 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı olduğu argümanını yinelemiştir. Yine önceki karşıoy gerekçesinde olduğu gibi 128. madde uyarınca kuralın, 104/17. maddenin üçüncü cümlesine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür (§ 3-5)⁴⁶.

Bu karar bakımından Arslan'ın karar metninde değinilmeyen 104. maddenin dokuzuncu fıkrasında düzenlenen “üst kademe kamu yöneticileri” kavramını sistematik yorumla somutlaştırmaya çalıştığını da belirtmekte fayda vardır. Arslan, bu kavramı ve argümanı kararda incelenmemesine rağmen incelemiş ve somut olay bakımından kuralın dokuzuncu fıkranın norm alanına dâhil olduğu şeklindeki olası argümanın kabul edilebilir olmadığı kanaatine varmıştır (§ 6-18).

3.9.13. E. 2018/134, K. 2021/13

İptali istenen kurallar, İletişim Başkanlığı'nın teşkilatı ve bilgi toplama usulü ile yap-işlet-devret modeli çerçevesinde belli hizmetlerin ve yatırımların sağlanmasına ilişkindir.

⁴⁶ Gökcan'ın, Yıldırım'ın, Kuz'un, Akıncı ve Hakyemez'in önceki karşıoylarıyla ve büyük ölçüde Arslan ile aynı gerekçelere dayandıkları söylenebilir. Bu sebeple bu karar bakımından önceki kararlarda yapılan detaylı incelemeye gerek görülmemiştir.

İletişim Başkanlığı'nın erişebilmesine cevaz verilen "gerekli gördüğü bilgiler" arasında kişisel veri kapsamında değerlendirilecek bilgilerin de yer alabileceği dolayısıyla düzenlemenin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin olduğu gerekçesiyle ilgili kuralın iptali talep edilmiştir (§ 19).

Kararda, "kuralın kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmasını engelleyen, sınırlandıran, genişleten, uygulanmasına istisna getiren veya herhangi bir surette bu hükümlere temas eden bir yönü bulunmadığı gibi kişisel verilere ilişkin her türlü işlemin 6698 sayılı Kanun ile kişisel verilere ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlere uygun olarak gerçekleştirileceği açıktır" (§ 23-24) demek suretiyle Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesine aykırı olmadığı ileri sürülmüştür. Bu sonuca ulaşılırken kural metninin, lafzi unsura bağlı bir yöntemle ele alındığı görülmektedir. Her ne kadar 6698 sayılı Kanun çerçevesinde "kişisel verilerin işlenmesi" gibi kavramların tanımlanması sistematik yoruma ilişkin bir görüntü sergilese de kuralın iç sistematığı dikkate alınmamıştır (§ 15). Kaldı ki "kanunda açıkça düzenlenmemiş olma" koşulu bakımından da ilgili mevzuat tartışma konusu yapılmamıştır (§ 32).

İçerik yönünden yapılan denetim aşamasında ise hukuk devleti ilkesinin alt başlığı olan hukuki belirlilik koşulunun sağlandığı zira "Kuralın Başkanlığın CBK'da açıkça düzenlenmiş olan görevlerini yerine getirebilmesi amacıyla düzenlendiği ve istenebilecek bilgilerin Başkanlığın görevleriyle ilgili ve gerekli olanlarla sınırlandırıldığı" ileri sürülmüştür (§ 39).

"Başkanlıkta istihdam edilecek, çalıştırılacak ve görevlendirilecek personele ilişkin kurallar(ın)" (§ 41) değerlendirilmesi aşamasında ilgili kuralın, Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesine daha evvel aynı hususu düzenlediği tespit edilen bir KHK hükmü bulunduğu gerekçesiyle konu bakımından yetki yönünden aykırı olduğu tespit edilmiştir (§ 54). Bu tespit bakımından Mahkeme üyelerinin tamamının hemfikir oldukları ve KHK hükümlerinin ilgili madde bakımından önceki içtihatların ve uygulamanın birlikte değerlendirildiği sistematik içerisinde kanun gibi yorumlanması gerektiği görüşü bu kararda da sürdürülmüştür (§ 49)⁴⁷.

İletişim Başkanlığı'na yurtdışı teşkilatı kurma yetkisi veren kural, daha evvel K. 2020/30 ve K. 2020/56 sayılı kararlarda da tartışılan, teşkilat kavramının yurtdışı teşkilatını da kapsadığı şeklindeki argümana dayalı olarak bu karar bakımından da değerlendirilmiştir (§ 61)⁴⁸. Söz konusu yetkinin, ilgili yetkinin dayandığı Anayasanın 106. maddesinin 11. fıkrası metninde yer almadığı hâlde yurtdışı teşkilatını da kapsayacak şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığı karşıoylarda ileri sürülen bir argüman olmuştur (Kuz, Karşıoy Gerekçesi, § 10).

⁴⁷ Bkz. AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §§ 33-39; E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, §§ 24-29.

⁴⁸ Bkz. AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 21; E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, § 21.

Kuralın içerik yönünden incelenmesi aşamasında CBK'lara tanınan asli yetkinin kullanılmasıyla düzenlenecek hususların genel çerçevenin CBK ile çizilmesi şartına riayet edilerek diğer düzenleyici işlemlere bırakılmasının mümkün olduğu yukarıdaki kararlarda olduğu şekliyle tekrarlanmıştır (§ 65-66)⁴⁹. Bununla birlikte somut olayda sistematik yorum yapılmış ve Başkanlığa tanınan yetkinin daha başka bir CBK ile daha önce getirilmiş “Yurtdışı teşkilatı kurulma usulü” çerçevesinde sınırlandırıldığı ileri sürülmüştür (§ 67). Bu maddede getirilen sınırlandırmaya uygun düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararı ile yapılması öngörülmüştür. Mahkeme, CBK dışındaki bir düzenlemenin öngörülmesinin ayrıca tartışma konusu olabileceğini ancak kararın bu hususa ilişkin olmadığını belirterek ilgili değerlendirmeyi yapmamıştır (§ 68).

Yap-işlet-devret modeline ilişkin kısımda, ilgili kuralla 3996 sayılı Kanun'da değişiklik yapıldığı, dolayısıyla kuralın kanunla düzenlenen bir alanda çıkarıldığı ve hukuki belirlilikten yoksun olduğu ileri sürülmüştür (§ 77).

Mahkeme, kanunda değişiklik yapıldığı yönündeki argümana; “Kanun kapsamında kalan yatırım ve hizmetler sınırlı olarak sayılmayıp maddede yer alan ‘...ve benzeri yatırım ve hizmetler...’ ibaresiyle maddede sayılanlarla benzer mahiyetteki yatırım ve hizmetlerin de Kanun kapsamında bulunduğu açıklanmıştır” şeklinde cevap vermiştir. Böylece kanun metninde yer alan ilgili ibarenin lafzına dayanan argüman CBK ile düzenlenebilecek alanın geniş yorumlanmasını sağlayacak biçimde kullanılmıştır. Çoğunluk görüşüne göre Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar 3996 sayılı Kanunla düzenlenmiş olup “[...] kuralın [...] 3996 sayılı Kanun'un kapsamını genişlettiği söylenemeyeceği gibi Kanun'u daraltan veya herhangi bir surette değiştiren bir yönü de bulunmamaktadır” (§ 84).

Arslan'ın karşıoy yazısında İletişim Başkanlığı tarafından toplanacak bilgilerin “kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı” çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği argümanına dayanılarak 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırılık ileri sürülmüştür (§ 3-4). Çoğunluğun, düzenlemenin kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklindeki görüşüne karşın, Arslan karar gerekçesinin zımnen bu durumu tespit ettiğini savunmaktadır (§ 7):

[...] dava konusu kuralın 6698 sayılı Kanun'a aykırı, onu aşan bir yönünün bulunmaması farklı, kuralın kişisel verilere ilişkin olması farklı şeylerdir. Esasen çoğunluk kuralın 6698 sayılı Kanun'un sınırlarını aşmadığını belirtirken, onun kişisel verilerle ilgili olduğunu da zımnen kabul etmiş olmaktadır. Aksi olsaydı böyle bir açıklamaya da ihtiyaç duyulmazdı. Dahası çoğunluğun bu görüşü kuralın kişisel verilere ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olmadığı görüşünün değil, daha ziyade kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etmediği, dolayısıyla içerik olarak Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olmadığı şeklindeki görüşün gerekçesi olabilir.

⁴⁹ AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 36; E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, § 25.

Kuralın temel hak ve özgürlükler çerçevesinde incelenmesi gerektiği tezi önceki AYM kararlarıyla desteklenmiştir (§ 8-11)⁵⁰. Başkanlıkça istenecek bilgilerin kişisel verileri kapsamayacağı yönündeki kabulün dayanağı olmadığı şeklindeki somut olaya ilişkin tespitlerin ardından temel hakların ancak kanunla sınırlanabileceği gerekçesiyle düzenlemenin Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 15, 17)⁵¹. Benzer şekilde Gökcan'ın karşıoy yazısında da kişisel verilerin kapsam dışında kabul edilmesi “ibarenin açık anlamına” aykırı bir yorum olarak değerlendirilmiştir (§ 3).

Arslan'ın karşıoyunda dikkat çeken bir diğer husus, çoğunluk kararında göz ardı edildiği düşünülen CBK'ların hukuki statüsüne ilişkindir (§ 16):

Dava konusu CBK kuralının 6698 sayılı Kanun'a uygun olduğu, onu aşan bir düzenleme getirmediği yönündeki değerlendirme, anayasa koyucunun CBK'lara ilişkin tasarımıyla da bağdaşmamaktadır. Anayasa'da CBK, kanunun uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmelik gibi türevsel nitelikte bir idari tasarruf olarak düzenlenmemiştir. Tersine CBK, tıpkı kanun gibi, kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan asli düzenleme yetkisinin ürünüdür. Bu sebeple anayasallığı denetlenen bir CBK'nın düzenleme alanı belirlenirken onun aynı konuda düzenleme yapan bir kanuna uygunluğuna bakılması CBK kurumunun mantığına da aykırı olacaktır.

Denilebilir ki K. 2020/66 sayılı kararda olduğu ve yukarıda da değinildiği gibi çoğunluk, CBK'ların alanını genişletmeyi CBK ve kanunların hukuki statülerini dikkate alan bir sistematik yoruma tercih etmiştir.

Arslan, yukarıdaki argümanı ile uyumlu biçimde, içerik yönünden yapılan incelemede dava dilekçesinde ileri sürülmesine rağmen herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin değerlendirmeye dahil edilmeyen 20. maddeye aykırılık iddiasının isabetli olduğunu savunmaktadır (§ 19)⁵². Başkan, Mahkeme'nin bu tutumunun kişisel verilerin korunması konusunda yukarıda atıf yapıldığı belirtilen içtihadından ayrıldığı anlamına geldiği tespitini yapmıştır (§ 21):

Hâlbuki kişisel verilerin istenmesine dair kurallar konusunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda ifade edilen yerleşik içtihadında benimsediği yaklaşımını CBK'ların denetiminde değiştirmesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Kuralların içerik denetimi bakımından kanunlar ile CBK'lar arasında bir farklılık yoktur. Daha da önemlisi denetlenen kuralın kanun veya CBK hükmü olmasına göre esas alınan ölçü normların değişmesi, çelişkili kararların verilmesine de yol açabilir.

⁵⁰ Yıldırım benzer argümanları taşıyan karşıoy yazısında Arslan ile aynı kararlara atıf yapmaktadır.

⁵¹ Aynı yönde bkz. Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, § 4.

⁵² Aynı yönde bkz. Gökcan, Karşıoy Gerekçesi, § 5. Hakyemez kuralı konu bakımından yetki yönünden anayasaya aykırı bulmakla birlikte içerik yönünden aykırı bulmamıştır. Bu hususta farklı gerekçe belirtmesinin sebebiyse çoğunluğun aksine Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık iddiasını da değerlendirmiş olmasıdır. Hakyemez'in karşıoy yazısı Arslan'ın eleştirisine cevap vermektedir. Buna göre 20. maddenin değerlendirilmemesinin ardında yatan neden CBK'ların incelenmesinde takip edilen yöntemdir. Bkz. Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, § 9-13.

Arslan'ın mahkemelerin yerleşik içtihattan ayrılmaları hâlinde gerekçelendirme yükümlülüklerinin artacağı yönündeki kabulü dile getirmemesine rağmen metodolojik olarak bu eksikliği argümanının bir parçası hâline getirdiği görülmektedir. Arslan, gerekçesine temel hak ve özgürlükler alanında değerlendirilmesi gerektiğini savunduğu hükmü bu çerçevede ele alarak devam etmiştir. Buna göre “düzenleme” kavramı içinde düşünülmesi gereken “sınırlandırmanın” bu haklar itibariyle kanun ile yapılması gerektiği, bunun aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir sonucu olduğu belirtilmiştir (§ 24-26). Kuz da karşıoy yazısında benzer şekilde CBK'larla düzenlenmesi yasak olan alanın “sınırlandırma” değil “düzenlemeleri” de kapsayacak şekilde geniş düzenlendiğini ifade etmektedir (§ 8).

Bu noktada Arslan'ın yoruma ilişkin dikkat çeken bir diğer değerlendirmesi somut normun alanı ile temel hak ve özgürlüklerin geniş yorumlanması ilkesinin somutlaştırılmasına dairdir (§ 27):

Belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahâle alanı genişledikçe, muhtemel keyfi ve ölçsüz uygulamalara karşı bireylere güvence sağlayan kuralların daha açık ve belirli olması gerekir. Kişisel verilerin korunması hakkıyla ilgili dava konusu kural bakımından da bu durum geçerlidir. İletişim Başkanlığının görev alanının oldukça geniş olduğu ve dolayısıyla iptali istenen ibarenin geniş bir alanda kişilerin temel haklarına müdahâleye izin verdiği dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması hakkını korumaya yönelik güvenceleri karşılayan açıklıkta ve belirlilikte düzenlemeye ihtiyaç olduğu izahtan varestedir.

Arslan'ın gerekçesi Alexy'nin argümantasyon teorisinde ilkelerin somut ağırlıklarının dengelenmesi olarak karşımıza çıkan ve hakka müdahalenin ve müdahalenin altında yatan öncüllerin gerekçelendirilmesi şartının doğru orantılı olduğu argümanı ile tamamlanan yaklaşımla örtüşmektedir. “Düzenleme” kavramının lafzının tüm bu değişkenlerin etkisiyle yorumlanması ve önceki içtihatlarla uyumlu kararların gerekliliğine yönelik vurgu, Arslan'ın gerekçesini kuvvetlendirmektedir. Böylece temel hak ve özgürlükler lehine sonuç doğuracağı düşünülen kararın, yürütme organının düzenleme yapacağı alanı daraltacak sonuçlar doğurması kabullenilmiştir. Böylelikle Arslan ve çoğunluk arasındaki uyumsuzluğun üyeler arasındaki önanlayışa ilişkin farklılıklardan kaynaklandığını ileri sürmek mümkündür.

Yıldırım, karşıoy yazısında konu bakımından Arslan ile benzer argümanlara sahiptir. Yıldırım'ın gerekçesinin Arslan'inkinden farkı ise içerik yönünden aykırılığın daha ziyade Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirmiş olmasıdır. Yıldırım'a göre “Kural özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakları ile kamu yararı amacıyla İletişim Başkanlığına tanınan yetki arasında orantılı makul bir denge kurmayarak, birincisini ikincisi lehine adeta gözden çıkarmaktadır” (§ 15). Sonuç olarak Yıldırım'ın karşıoyunda da Arslan'ın argümantasyonunda değinilen ilkelerin dengelenmesi tezine başvurulduğu görülmektedir.

Arslan, yap-işlet-devret modeline ilişkin kuralın incelenmesinde öncelikle 104/17. maddenin üçüncü cümlesi kapsamında Anayasa'nın 47. maddesini gözeterek bir değerlendirme yapmıştır. İlgili düzenlemenin sadece görevli birimi belirlemediği ve ilişkili olduğu düzenlemelerin alanını genişlettiği, kuralın lafzı aracılığıyla elde edilmiş bir argüman olarak karşımızdadır: “Nitekim kuralda yer alan 3996 sayılı “Kanun kapsamı da dâhil” ibaresi, kuralın kapsamının anılan Kanun’la sınırlı olmadığını göstermektedir. Ayrıca 3996 sayılı Kanun dışında atıf yapılan ilgili CBK hükümlerinde yazılı projelerin de kapsama alınması kuralın sadece bir yetkilendirme hükmü olmadığına işaret etmektedir” (§ 35). Buna göre iptali istenen kural “[...] anılan kanunun kapsamını genişleterek yetkilendirme yap(maktadır)” (§ 36)⁵³. Çoğunluk görüşünde belirtildiği gibi 3996 sayılı Kanunda yer alan “ve benzeri yatırım ve hizmetler” ibaresinin kabaca CBK ile düzenlenebilecek alanın genişlemesine sebep olduğu yorumu Arslan tarafından kabul edilmemektedir. Arslan’a göre “bu konu CBK veya idari düzenleyici işlemlere bırakılamaz, zira Anayasa’nın 47. maddesi bu görevi kanun koyucuya vermiştir” (§ 39). Arslan, bu argümanını da tarihsel unsur ve subjektif amaçsal yorum ekseninde ilgili modele ilişkin 1999 yılından bu yana yapılan değişiklikleri değerlendirerek tahkim etmiştir (§ 40).

Gökcan, ilgili kural bakımından 104/17. maddenin hem üçüncü ve hem dördüncü cümlelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir (§ 7-8). Bununla birlikte çoğunluğun ve Arslan’ın tartıştığı şekilde incelenen kuralın kanunun kapsamını değiştirmesine ilişkin inceleme CBK’ların hukuki rejimi açısından hatalıdır. Üyeye göre; “[...] Anayasada kanunlar ve CBK’ler için öngörülen hukuki rejimin ve kanunlara ilişkin yasama yetkisinin asliliği-genelliği ilkelerinin korunması açısından CBK ile yapılacak düzenlemenin kanunun kapsamını daraltması veya genişletmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenen bir hususun tekrar CBK ile düzenlenmesi hâli her durumda konu bakımından Anayasanın anılan kuralına aykırılık oluşturmaktadır” (§ 9).

Hakyemez’in karşıoy yazısında, yalnızca ilgili kuralın Anayasa’nın 47. maddesinin son fıkrası uyarınca münhasıran kanunla düzenlenecek hususlarda düzenleme yaptığı gerekçesiyle Anayasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 15-18).

İletişim Başkanlığı’nın yurtdışı teşkilatı kurmasına ilişkin hükme muhalif kalan tek üye olan Kuz, AYM’nin K. 2020/30 sayılı karardaki şerhine atıf yaparak aynı gerekçelerle karşıoy kullandığını belirtmiştir (§ 10).

Kararda, farklı hükümler bakımından, çoğunlukla benzer şekilde teşekkül eden gruplarda münferit ayrılıklar gözlemlenmiştir. İletişim Başkanlığı’nın bilgi toplaması bakımından içerik yönünden incelemede çoğunluğa farklı gerekçeyle katılan Hakyemez ve yap-işlet-devret modeline

53 Aynı yönde bkz. Kuz, Karşıoy Gerekçesi, § 17-18.

ilişkin kural bakımından Yıldırım bu durumdaki üyelerdir. Kuz'un daha fazla sayıda kararda tek muhalif üye olduğu görülmekle birlikte gruplar arası geçişine rastlanmamıştır.

3.9.14. E. 2020/71, K. 2021/33

Bazı yükseköğretim kurumlarında görev yapacak kadroların iptaline ve ihdasına ilişkin kural, üniversitelerin kanunla kurulmasını öngören Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenecek hususlarda düzenleme yaptığı gerekçesiyle 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (§ 18-19).

Karar, 14 üye tarafından oybirliğiyle alınmış olup “doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden” yayımı tarihinden başlayarak 9 ay sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır (§ 23).

3.9.15. E. 2018/127, K. 2021/18

İptali istenen kurallardan RG'nin yayımlanmasına ilişkin düzenleme oybirliğiyle reddedildiğinden ilgili kısmın detaylı biçimde incelenmesine gerek görülmemiştir. Buna karşın “İnceleme üzerine Resmî Gazete’de yayımlanacak düzenlemeler” başlıklı kural açınsındansa “uygun bulunmama” kavramının belirsizliği ve özerk kamu kurumları üzerinde yürütmeye yargısal bir yetki tanınması hususları Anayasa'nın 2., 11., 104., 130. ve 135. maddeleri çerçevesinde tartışılmıştır (§ 36).

Kararda, Anayasa'nın 106. maddesinin onbirinci fıkrasında bakanlıklar için getirilen istisnanın metinde yer almayan Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığının görev ve yetkileri açısından evleviyetle uygulanacağı görüşünün kabul edildiği K. 2020/82 sayılı karara atıf yapılarak RG'ye ilişkin düzenlemenin Cumhurbaşkanlığının görev ve yetkilerine ilişkin olduğu ve CBK ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği ileri sürülmüştür (§ 41-42).

İçerik yönünden ortaya atılan belirsizlik iddiasınısa kuralın, hangi kurumların, hangi düzenleyici işlemlerinin, hangi kurumca ve hangi ölçütlere göre denetleneceğini belirlediği kabul edildiğinden isabetli olmadığına karar verilmiştir (§ 46-48).

Arslan'ın karşıoy yazısında konu bakımından yetki yönünden aykırılık iddiası 104/17. maddenin üçüncü cümlesine dayandırılmaktadır. Başkan, çoğunluk kararında ölçü olarak kullanılan 123. maddenin yanı sıra 166. maddeyi de değerlendirmiştir. Çoğunluk kararında 166. maddeye “kalkınma planının” hangi plan olduğunun tespiti için başvurulmakla birlikte ilgili madde yetki yönünden incelenmemiştir. Karşıoy yazısında ise 166. maddenin 3. fıkrasının “Kalkınma planlarının hazırlanmasına, TBMM’ce onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” şeklindeki hükmün lafzı gereği

ilgili düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği ileri sürülmüştür (§ 5)⁵⁴. Bununla birlikte Anayasa'nın 123. maddesine ilişkin değerlendirmede “Dava konusu kural CBK’larla kuruluş ve görevleri düzenlenebilecek olan bakanlıkların dışındaki kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan idari düzenleyici işlemlerin de Cumhurbaşkanlığı tarafından denetlenmesini öngörmektedir” denilerek 123. madde bakımından da münhasır kanun alanının ihlal edildiği ileri sürülmüştür (§ 3-4). Buna karşın çoğunluk kararında ilgili düzenlemenin Cumhurbaşkanlığının görev ve yetkilerine ilişkin olduğu ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı bakımından 123. maddede düzenlenen yetkinin evleviyetle uygulanacağı ileri sürülmüştür (§ 41-42). Dolayısıyla çoğunluk görüşü ile Arslan’ın görüşü arasında Anayasa’nın 123. maddesinin norm alanına ilişkin sonucu değiştirmeyen bir anlaşmazlık olduğu görülmektedir.

Arslan’ın şerhinin içerik yönünden inceleme aşamasında kuralın, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin unsurlarından hukuki belirlilik ilkesine aykırılığı değerlendirilmiştir. İptali istenen kuralda geçen “kamu kurum ve kuruluşlarının” hangileri olduğu, örneğin yargı kurumlarını da kapsayıp kapsamadığı ve “taslaklar” ibaresinin imzalanmış düzenleyici işlemler anlamına gelip gelmediği şeklindeki tartışmalı hususlar gerekçe gösterilerek kuralın 2. maddeye aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 8-13). Kuralın aynı zamanda “yönetmelik çıkarma yetkisine sınırlama” getirdiği gerekçesiyle de Anayasa’nın 124. maddesine aykırı olduğu savunulmuştur (§ 14-16)⁵⁵.

Akıncı ve Hakyemez’in karşıoy yazısında yönetmeliklere müdahale yoluyla “pozitif dayanağı tespit edilemeyen” ve kapsamı belirsiz bulunan “kamu kurum ve kuruluşlarının” özerkliğinin ihlal edildiğini ileri sürülmektedir (§16-17). Üyeler, Anayasa’nın 123. ve 124. maddelerinin sistematik yorumuyla ulaştıkları sonucu CBK’nın lafzına ilişkin bir argümanla desteklemişlerdir (§ 24):

Bu bağlamda dava konusu ibarenin yer aldığı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde geçen ancak iptali talep edilmeyen “taslaklar” şeklindeki kavram da esasında Anayasa’ya aykırılığın daha net biçimde ortaya çıktığını göstermektedir. [...]. ilgili kamu tüzelkişiliği tarafından hazırlanıp tamamlanan bu düzenleyici idari işleme merkezi idare tarafından hâlen “taslak” şeklinde bakılması kamu tüzelkişiliklerinin yönetmelik çıkarması başta olmak üzere kendi özerklikleriyle de bağdaşmayan bir yaklaşımı ortaya çıkarmaktadır.

Şerhten yapılan alıntının son cümlesinden de anlaşılacağı üzere “taslaklar” şeklindeki ibare, norm koyucunun kamu tüzelkişiliklerinin özerkliğiyle ilgili tutumunu, kabullerini ve doğal olarak normu vaz ederkenki amacını da ortaya koymaktadır. Bu amaçsa anayasa koyucunun 124. maddeyi koyma amacıyla çelişmektedir. Yine normun subjektif amaç unsuruna ilişkin tespitte bulunan Kuz’a göre kurumların kendi görev alanlarında çıkardıkları yönetmelikler “Anayasa’nın 124. maddesine göre

⁵⁴ Aynı argüman için bkz. Gökcan, Karşıoy Gerekçesi, § 3; Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 2; Akıncı ve Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, § 8.

⁵⁵ Aynı argüman için bkz. Gökcan, Karşıoy Gerekçesi, § 6 ve Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 5.

yetkili makamlarca onaylanarak hukuk âleminde varlık kazanmadan RG’de yayımlanamayacağından, incelenen hükümde “taslaklar” ibaresinin kullanılmasının, sözü edilen anayasal ilkenin aşılması amacıyla tercih edildiği, ancak incelenen kuralı tamamen belirsiz hâle getirdiği anlaşılmaktadır” (§ 19).

Gökcan, 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırılığa ilişkin tespitini Anayasa’nın idari vesayet yetkisini düzenleyen 127. maddesine dayandırmaktadır. Üye, düzenleyici işlemleri denetime tâbi hâle getirilen ve Cumhurbaşkanlığı ile aralarında “idarenin bütünlüğü ilkesi” uyarınca hiyerarşik ilişki bulunmayan kamu kurumları açısından söz konusu denetimin “idari vesayet” içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve vesayetin Anayasa’nın ilgili hükmü uyarınca ancak kanunla düzenlenebileceğini ileri sürmektedir (§ 5)⁵⁶.

Karar ve karşıoyların mukayeseli biçimde incelenmesiyle açıkça görüldüğü üzere görüşler arasındaki temel farklılık, klasik hukuk metodu araçlarının kategorik kullanımından ziyade CBK ile yürütmeye tanınan yetkinin geniş ya da dar yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Kararda çoğunluk da muhalefet grubu da sistematik yorum unsuruna başvurmakla birlikte kullanılan normların seçiminde farklılık olduğu göze çarpmaktadır. Böylece seçilen yorum araçlarının klasik unsurlardan ibaret olmadığı seçilen normların da hukuki argümantasyonun enstrümanları olarak kullandığı görülmektedir.

Hukuki argümantasyonun sonucu olarak ortaya konan CBK çıkarma yetkisinin yalnızca yasama ve yürütmenin alanlarına ilişkin varsayımlar değil aynı zamanda bu kararda görüldüğü gibi kamu kurum ve kuruluşlarının özerkliğine ilişkin görüşler çerçevesinde de değerlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla bu kararda CBK’ların yargısal denetimi açısından yeni olan yatay kuvvetler ayrılığına ilişkin argümanların yanında dikey kuvvetler ayrılığına ilişkin argümanların da tartışma konusu yapılmasıdır.

3.9.16. E. 2020/58, K. 2021/19

İptali istenen kural, “2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tâbi Devlet üniversitelerinde öğretim üyeliği görevi ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi üyeliği görevi(nin)” birleşmesine imkân tanımaktadır. Çoğunluk “kuralla Anayasa’nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında öğretim üyelerinin diğer kurumlar ile ilişkilerine ve özlük haklarına yönelik bir konu düzenlen(diği)” ve bu hususun aynı hüküm uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle CBK kuralını Anayasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı bulmuştur.

⁵⁶ Aynı argüman için bkz. Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 2 ve Emin Kuz’un Karşıoy Gerekçesi. Benzer yönde içtihat atıflı sistematik bir argüman için bkz. Akıncı ve Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, §10-12.

Güleç, Menteş ve Fidan'ın karşıoy yazısında konu bakımından yetki dördüncü cümle kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre öğretim elemanlarının geçici olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilmelerine imkân tanıyan 2547 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nda ilgili personelin görev alabilmeleri için Banka'nın kamu kurumu niteliğinde olması gerekmektedir (§ 5-6). Şerhte belirtilen çok sayıda sebeple Banka'nın kamu kurumu niteliği taşıdığı ve söz konusu hüküm uyarınca öğretim elemanlarının bu kurumda görevlendirilmelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir (§ 7).

Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesi uyarınca yapılan incelemede, önceki kararlarda tekrarlanan yöntem uyarınca, ilgili kararla aynı hususu düzenleyen kanun olup olmadığı şayet varsa ilgili kural olmasaydı düzenlenen alanda bu kanunun hüküm ifade edip etmeyeceği (norm alanlarının tespiti) ve son aşamada kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede üyeler (§ 8):

Kural olmasaydı, 1211 sayılı Kanun'un 19. maddesinin "Üyelerin görevleri, özel bir kanuna veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine dayanmadıkça, banka dışında teşrii, resmi veya özel herhangi bir görev ile birleşemez" hükmü karşısında 2547 sayılı Kanun'un 38. maddesinin CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade etmeyeceği anlaşılmaktadır. 2547 sayılı Kanun'un anılan maddesi öğretim üyelerinin geçici görevlendirilmesini ve usulünü düzenlerken, Banka Meclis üyeliği ile öğretim üyeliğinin bağdaşacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın kanunun açıkça düzenlediği bir konuya ilişkin olmadığı anlaşılmaktadır.

Muhalef üyelerin başvurdıkları sistematik yorum ve dördüncü cümle bakımından inceleme yaparak üçüncü cümle bakımından değerlendirmede bulunmamaları aynı zamanda argümantasyon açısından bir tercihe işaret etmektedir. Şöyle ki karşıoyda açıkça ifade edilmemekle birlikte Banka'nın kamu kurumu olduğu yönündeki tespitten de anlaşılacağı üzere münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanın hâlihazırda 2547 sayılı Kanunla düzenlendiği kabul edilmiş görünmektedir. Ancak üyeler dördüncü cümle bakımından incelemenin son aşamasında ilgili kuralın yokluğunda 1211 sayılı Kanun'un 19. maddesinin "Üyelerin görevleri, özel bir kanuna veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine dayanmadıkça [...]" şeklindeki ibaresinde CBK olmaması hâlinde hüküm doğurmadığı iddia edilen 2547 sayılı Kanun'un 38. maddesinin bu alanda sonuç doğurmadığı hâlde kanunla düzenlenme şartını nasıl sağladığını tartışmamışlardır.

Karar ve karşıoy gerekçelerinden anlaşılacağı üzere K. 2020/18 sayılı kararın sonunda belirtildiği gibi klasik yorum araçları kadar ölçü normların seçiminin de argümantasyonda etkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

3.9.17. E. 2018/133, K. 2021/70

Karar ve karşıoylar, K. 2020/30, K. 2020/56 ve K. 2021/13 sayılı kararlarda belirtilen hususlar çerçevesinde ele alınmış olup bu karar bakımından değerlendirilmesi gereken bir farklılık görülmemiştir.

3.9.18. E. 2021/50, K. 2021/89

Karar ve karşıoylar K. 2020/25 ve K. 2021/25 sayılı kararlarda belirtilen hususlar çerçevesinde ele alınmış olup bu karar bakımından göze çarpan tek farklılık K. 2021/25 sayılı kararda karşıoy kullanan Özkaya'nın K. 2021/89 sayılı kararda önceki kararda da çoğunlukta kalan üyelerin görüşüne farklı gerekçeyle katılmış olmasıdır. Ancak bu farklılığın somut olayın teknik özelliklerinden kaynaklandığını belirtmek gerekir. Şöyle ki Özkaya, önceki kararda kadro ihdasının teşkilat yapısıyla bağlantısını kabul eden çoğunluk görüşüne paralel düşünmekteydi (K. 2021/25, Karşıoy Gerekçesi; § 14):

Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası, başka bir deyişle bunlara ait kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, bir kuruma ilişkin kadro düzenlemesi, kurumun kuruluşuyla ilgili bir hukuki mesele olarak kabul edilmektedir.

Özkaya'nın ilgili kararda muhalefet ettiği husus kadro ihdasının yargı yetkisi kullanan personeli de içeren kapsamıydı (K. 2021/25, Karşıoy Gerekçesi; § 16):

Dava konusu kural kapsamında konu bakımından yetki yönünden CBK ile düzenlenebilme bakımından herhangi bir anayasal sorun taşımayan kadrolar bulunmakla birlikte, yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa'da CBK ile düzenlenme konusunda özel bir yetki verilmediği gibi tersine kanunla düzenlenmesi gerektiği açıkça ifade edilmiş (Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi) kimi kurum ve kuruluşların kadro ve pozisyonlarının da kapsamda olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak Özkaya'nın, çoğu karar bakımından aynı üyelerden teşekkül ettiği görülen çoğunluk ve muhalefet grupları arasındaki geçişinin görüş değişikliğinden kaynaklanmadığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte Özkaya'nın çoğunluk görüşüne farklı gerekçeyle katıldığı belirtilmesine rağmen gerekçesi metinde yer almamaktadır (§ 27).

3.9.19. E. 2021/88, K. 2021/105

Karar, “merkezi idare içinde yer alan, kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanlığı veya herhangi bir bakanlık teşkilatına dâhil olmayan kendine özgü bir idari birim olduğu anlaşıl(an)” Ekonomi Koordinasyon Kurulu'nun görev ve yetkilerine ilişkin olduğu kabul edilen “bilgi isteme” düzenlemesinin iptali talebini konu edinmektedir (§ 19-20). K. 2020/4 sayılı kararda YAŞ için yapılan tespitlerin bu kurul için de benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ancak çoğunluk tarafından YAŞ için

ihdas edilen kural, “görev ve yetki” düzenlemesi niteliğinde olmadığı gerekçesiyle iptal edilmemişken, Ekonomi Koordinasyon Kurulu’nun görev ve yetkilerini düzenleyen kuralın, Anayasa’nın 123. maddesinin istisnası mahiyetindeki 106. madde kapsamında olmadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olduğu yönünde oybirliğiyle karar verilmiştir (§ 21-23).

İlgili idari birimler bakımından farklılık tamamen vakaya özgü olup çoğunluktan yahut karşıoylardan görüş değişikliğine giden üye bulunmamaktadır.

3.9.20. E. 2018/121, K. 2021/84

Kararda 15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı RG’de yayımlanan (5) numaralı Devlet Denetleme Kurulu (DDK) Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin çeşitli hükümlerinin iptali talebi ele alınmıştır. Hüküm sayısının çokluğu nedeniyle bu çalışma açısından önem arz eden hükümler için karar ve karşıoy gerekçeleri birlikte ele alınacaktır.

Karar, DDK’ya ilişkin anayasal düzenlemenin 2017 yılında yapılan değişiklikle geçirdiği dönüşümü ele alarak başlamaktadır. Ardından CBK’nın 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “Kamu kurum ve kuruluşlarındaki Teftiş Kurulları ile soruşturmacının faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarını düzenlemektir” şeklindeki (b) bendi ele alınmaktadır. CBK’lar için ilk karardan itibaren benimsenen konu bakımından yetki yönünden denetimin üçüncü cümlesi çerçevesinde ilgili düzenlemeler bakımından sık karşılaşılan 123. ve 128. maddeler çerçevesindeki tartışma bu kararda da yer almaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 108. maddesinin DDK’nın işleyişinin, üyelerinin görev süresinin ve diğer özlük işlerinin CBK ile düzenlenmesini öngören dördüncü fıkrası bu kural bakımından önemlidir. Çoğunluk karara bu maddenin somutlaştırılmasıyla devam etmiştir. Bu amaçla “DDK’nın işleyişi [...]” ibaresi “işleyiş” kavramının lafzı ve düzenlemenin amaç unsuru çerçevesinde yorumlanmıştır (§29-30):

Bu itibarla Anayasa’nın 108. maddesinin son fıkrasında CBK ile düzenlenebileceği belirtilen “DDK’nın işleyişi” ibaresinin DDK’nın yukarıda ifade edilen idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetleme işini yerine getiriş şeklini, sürecin biçimlenişi ile bu işi sonuçlandırmak amacıyla öngörülen prosedürü ifade ettiği söylenebilir. DDK’nın söz konusu işi nasıl ve kimler aracılığıyla yapacağı ile bu kişilerin işi yaparken sahip olduğu görev ve yetkilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla DDK’nın Anayasa’nın 108. maddesi kapsamında yerine getireceği idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetleme görevini yerine getirme ve sonuçlandırma sürecinde kamu kurum ve kuruluşlarındaki teftiş kurulları ile soruşturmacının faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarının düzenlenmesinin DDK’nın işleyişiyle ilgili olmadığı söylenemez. Bu bağlamda dava konusu kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

Arslan karşıoy yazısında “işleyiş” kavramının geniş yorumlanmasının tüm idari kurumları içine alacak şekilde düzenleme yapılması sonucunu doğuracağını ileri sürmektedir (§ 7)⁵⁷. Arslan’a göre çoğunluk görüşünün aksine hükmün lafzi unsuru burada bahsi geçen “işleyişin” DDK ile sınırlı olmadığını göstermektedir: “Bu bağlamda dava konusu kuralın DDK’nın işleyişiyle doğrudan ilgisi yoktur. Kural, DDK dışındaki tüm kamu kurum ve kuruluşlarındaki teftiş kurulları ile soruşturmacıların faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarının düzenlenmesinin CBK’nın amaçlarından olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle düzenleme DDK’nın işleyişi kapsamında görülemez” (§ 8). Hakyemez, çoğunluğun kabul etmiş olduğu “işleyiş” kavramının kapsadığı ileri sürülen “görev, yetki ve sorumluluk” gibi kavramların “objektif” “hukuki anlamlarının” dikkate alınmadığını ve elde edilen yorumun “kuralın lafzi yorumu ile bağdaşma(dığını)” ileri sürmektedir (§ 9).

Benzer doğrultuda Gökcan da DDK’nın personeli için “denetçi” diğer kurumların personelleri için “soruşturmacı” kavramının tecih edildiğini ve bu açıdan bakıldığında kuralda “DDK’nın işleyişinin” düzenlenmediğini bu işleyişle DDK’nın ancak dolaylı bir ilişkisinin varlığının ileri sürülebileceğini belirtmektedir (§ 2).⁵⁸

Kaldı ki Arslana’a göre kuralın önceki bendinin söz konusu bentle birlikte ele alınmasıyla çıkarılacak amaç unsuru da bu argümanı desteklemektedir: “[...] CBK’nın kendisi de esasen iptali istenen kuralı “DDK’nın işleyişi” kapsamında görmemektedir. Nitekim kuralın da içinde bulunduğu maddenin (a) bendi DDK’nın “kuruluşu, görevleri ve işleyişi” ile ilgili esasları düzenlemekten bahsetmektedir. Arslan’a göre (b) bendi çoğunluk görüşünde olduğu gibi “DDK’nın işleyişi” kapsamında olsaydı böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olmazdı” (§ 9).⁵⁹ Böylece Arslan argümanını aynı zamanda yasa koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği şeklindeki ilkeyle de desteklemiştir.

Arslan’a göre CBK’nın alanı Anayasa’nın 108. maddesinin düzenlediği alandan geniş tutulmuş ve çoğunluk da istisnayı genişleterek normu kapsayacak hâle sokmuştur. İlgili düzenleme norm alanı itibarıyla 123. madde ile münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanı düzenlemektedir.⁶⁰ Bunun yanı sıra düzenleme soruşturmacılara ilişkin hükmüyle 128. madde uyarınca da konu bakımından yetki sınırlarını aşmaktadır (§§ 10-11):

Çoğunluk Anayasa’nın 108. maddesini oldukça geniş yorumlayarak tüm kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapacak olan soruşturmacıların faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarının CBK ile düzenlenmesinin mümkün

⁵⁷ “İşleyiş” kavramının alternatif bir yorumu için bkz. Kuz, Karşıoy Gerekçesi.

⁵⁸ Aynı doğrultuda bkz. Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi (§ 8).

⁵⁹ Aynı doğrultuda bkz. Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi.

⁶⁰ Benzer doğrultuda bkz. Gökcan, Karşıoy Gerekçesi, § 3; Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 8; Kuz, Karşıoy Gerekçesi; Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi.

olduğunu belirtmiştir (§ 28). Ne var ki Anayasa'nın 108. maddesinde CBK ile düzenlenebilecek olan hususlar “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri”dir. Görüldüğü üzere CBK ile düzenlenebilecek konular arasında kamu kurum ve kuruluşlarındaki soruşturmacıların görev ve yetkilerine ilişkin doğrudan ya da dolaylı herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple soruşturmacıların faaliyet, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esaslar münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olup CBK ile düzenlenemez.

Çoğunluk tarafından Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesi bakımından yapılan incelemede ise çeşitli kanunların ilgili olduğu düşünülebilecek “disiplin suç ve cezalarını” düzenleyen hükümleri sayılmış ancak ilgili kuralın bunlardan herhangi birisi ile aynı alanda düzenleme yapmadığı sonucuna ulaşılmıştır: “Dava konusu kuralla CBK'nın amaçlarından biri olarak CBK'da kamu kurum ve kuruluşlarındaki teftiş kurulları ile soruşturmacının faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarının düzenleneceğine ilişkin genel bir düzenleme yapılmakta ancak söz konusu konulara dair somut bir düzenlemeye yer verilmemektedir” (§ 32-33).

Arslan, incelemenin bu aşaması bakımından da Anayasa'ya aykırılık olduğunu ileri sürmüştür ve çoğunluk görüşünde “genel bir düzenleme” olarak kabul edilen düzenlemelerle aynı kapsamda çok sayıda kanun hükmü bulunduğunu belirtmiştir (§ 12). Burada Arslan ile çoğunluk görüşü arasındaki geniş ve dar yorum farklılığının tekrarlandığı görülmektedir. Buna göre çoğunluğun, incelediği normun alanını dar kabul etme ya da yetki sınırlarını genişletme eğiliminde olduğu, buna karşın Arslan'ın diğer kararlarda olduğu gibi bu tutumun tersini benimsediği görülmektedir.

İlgili kuralın içerik yönünden hukuk devleti ve ilişkili ilkeler çerçevesinde incelendiği ve kamu yararı gözetilerek hukuki belirlilik ilkesine uygun biçimde vazedildiği kabul edilmiştir. Bu husus bakımından görüş ayrılığı olmamakla birlikte Kuz, K. 2020/82 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçesine paralel biçimde karara farklı gerekçeyle katılmıştır (§ 34).

CBK'nın 21. maddesinde düzenlenen “Koordinasyon ve uyumlaştırma” başlığı tartışmalı bir diğer husus olmuştur. Çoğunluk, düzenlemelerin Anayasa'nın 108. maddesinde belirtilen hususların icrası sırasında doğacak gerekliliklere ilişkin olduğu kanaatine varmıştır (§ 130). Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin olma şartı sağlandığı gibi özel hükmün (108. madde) sınırları içerisinde kaldığı için kural Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine de aykırı bulunmamıştır (§ 132). Ayrıca karara göre düzenlemeler “genel bir yetki vermekte ve söz konusu kanunlarda yer alan hükümlere ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir” cümlesinden anlaşılabileceği üzere ilişkili olduğu düşünülen kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulmakla birlikte kurallar Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesine aykırı bulunmamıştır.

Arslan, yukarıda da paylaşılan gerekçelerle düzenlemelerin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı oldukları kanaatindedir. İçerik yönündense ilgili maddenin 4. fıkrasının Anayasa'nın 124. maddesinde öngörülen yönetmelik çıkarma yetkisini anlamsız kıldığını ve bunun anayasa hükmünün amaç unsuruyla bağdaşmadığını belirtmiştir (§ 16). Aykırılığı ileri sürülen diğer bir anayasa hükmü “mahalli idarelerin özerkliği” düzenleyen Anayasa'nın 127. maddesidir (§ 17).⁶¹ Benzer bir şekilde, kuralın meslek kuruluşlarının özerkliğine de müdahale anlamı taşıdığı ve bu müdahalenin idari vesayet sınırlarını aştığı ileri sürülmüştür (§ 18). Hakyemez'in şerhinde meslek kuruluşlarının yanı sıra aynı sorunun idari özerkliğiyle ön plana çıkan diğer kurumlar açısından da geçerli olduğu savunulmuştur (§§ 23-24).

Hukuki argümantasyona ilişkin yukarıda tespit edilen hususların bu kurallar bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Çoğunluk, görüşünü büyük ölçüde CBK kurallarının norm alanının dar biçimde tespit edilmesine ve Anayasa'da CBK çıkarma yetkisini düzenleyen normların geniş yorumlanmasına dayandırmaktadır. Hakyemez'in karşıoyunda belirttiği gibi bu yaklaşım zaman zaman kuralın lafzını dahi zorlayabilmektedir (§ 8). Muhalif oylar bakımındansa genel eğilim bunun tam tersi yönde olup bu karar bakımından hukuki akıl yürütme hem daha önceki kararlarda sıkça karşılaşılan hükümlere hem de K. 2021/18 sayılı kararda olduğu gibi dikey kuvvetler ayrılığının tesisi açısından ilişkili hükümlere atıf yapılarak sistematik yorum araçlarına dayalı argümanlar üretilmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bu çerçevede Hakyemez'in karşıoyunda belirttiği gibi çoğunluğun objektif amaç unsurundan ziyade sübjektif amaca başvurduğu söylenebilir. Her iki grup bakımından da kuralların lafzının amaçsal ve sistematik unsurlarla değerlendirildiği ancak bu unsurlar için benimsenen ölçü norm tercihlerinin ve önceliklerin farklılığı sebebiyle farklı sonuçlar elde edildiği görülmektedir. Bu sonuçlar kuvvetler ayrılığının sınır teşkil etmesi şeklindeki yöntemsel ilkenin de yorum açısından önemini ortaya koyar niteliktedir.

Son olarak bu kararda kararların genelinde gözlemlenen gruplaşmadan bir sapma gözlemlenmiştir. Üyelerden Hicabi Dursun, CBK'nın “1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin; konu bakımından yetki yönüyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptali gerektiğine ilişkin davada çoğunluğun ret görüşüne, üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşı oyunda yazmış olduğu gerekçelerle” katılmamıştır.

Üyelerden Engin Yıldırım ise CBK'nın 21. maddesinin konu bakımından yetki yönünden incelenmesi aşamasında çoğunluk görüşüne katılmamakla birlikte içerik yönünden Anayasa'ya aykırılık görmeyen çoğunluğa katılmıştır. Üyenin, K. 2021/18 sayılı kararda incelenen kural bakımından “yönetmelik çıkarma yetkisi” çerçevesinde Anayasa'nın 124. maddesini dayanak

⁶¹ Aynı gerekçe için bkz. Gökcan, Karşıoy Gerekçesi, § 5.

göstererek ters yönde karşıoy kullandığı görülmektedir (§ 8). Düzenleme farklılıklar içermekle birlikte diğer üyelerin bu konuda tutumu değişmemiş; geçmiş şerhlerine paralel oy kullanmışlardır.

3.9.21. E. 2021/91, K. 2021/106

İptali istenen kural, kadro ihdasına ilişkin olup büyük ölçüde K. 2020/25 sayılı kararın tekrarı mahiyetindedir.

Karşıoylar bakımından da durum benzer olmakla birlikte önceki kararda karşıoy kullanan Özkaya'nın bu karara farklı gerekçeyle katıldığı görülmektedir. Bu durum Özkaya'nın konuya ilişkin görüşlerinin değişmesinden değil somut olayın özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Zira Özkaya, önceki kararında da bu kararında da Anayasa'da CBK'larla düzenlenmesi ayrıca öngörülen hususları içeren hükümlerin "özel hüküm" niteliğinde olduğunu ve bu hususlarda düzenleme yapan CBK'ların 104/17. madde çerçevesinde incelenmemeleri gerektiğini ileri sürmüştür (§ 16). Bu kararda üyenin çoğunluktan farklı gerekçe yazma nedeni önceki kararında benimsemiş olduğu bu görüşüdür. K. 2020/25 sayılı kararda karşıoy kullanmasına sebep olansa yargı yetkisi kullanan kadroların da CBK ile düzenlenmiş olmasıdır (K. 2020/25, § 16).

Gökcan'ın karşıoyunda ise sonuç önceki kararla aynı olmakla birlikte gerekçelerini CBK çıkarma yetkisi özelinde bir miktar genişlettiği görülmektedir. Üye bu amaçla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca "kadro ihdasının" kanunla yapılmasının zorunlu olduğunu ileri sürmektedir. Çoğunluk görüşünün aksine Anayasa'nın 106/11. maddesinde öngörülen istisnanın kadro ihdasını kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağını zira istisnaların dar yorumlanması gerektiğini ve AYM'nin K. 2020/5 sayılı kararında bunun tasdik edildiğini belirtmektedir (§§ 5):

Bu konuda Anayasa Mahkemesi; "Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir" (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 29) sözleriyle Anayasada açıkça izin verilenler dışında yetkinin genişletilemeyeceğine işaret etmiştir. Esasen Anayasada kadroya ilişkin istisna yalnızca madde 108/4'te Devlet Denetleme Kurulunun üyelerinin "özlük işleri"nin CBK ile düzenleneceği konusunda tanınmıştır. Başka deyişle Anayasa istisnai yetki vermek istediğinde bu hususu açıkça düzenlemiştir. Bakanlıkların teşkilat yapısının kurulması yetkisi kural olarak yalnızca ilgili bakanlığın örgütlenmesine ilişkin hukuki çerçevenin oluşturulmasına yetki vermektedir. Buna karşın kadro ihdas edilmesinin Anayasanın 70., 128. ve 161. maddeleriyle mevcut bağ karşılarında istisnai bir yetkinin yorum kurallarına aykırı şekilde geniş biçimde yorumlanmasının Anayasanın anılan hükümlerinin devre dışı bırakılmasına yol açacağını ifade etmek gerekir. Dolayısıyla münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken kadro ihdasının CBK ile düzenlenmesi Anayasanın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine de aykırıdır, iptali gerekmektedir.

Anayasa'nın 108/4. maddesine atıfla Gökcan, anayasa koyucunun amacının da istisnânın dar yorumlanmasıyla ortaya çıkan yorumu desteklediğini savunmaktadır. Dikkat edilirse atıf yapılan K. 2020/5 sayılı karar işbu kararın karşıoylarını oluşturan üyelerin oyları doğrultusunda sonuçlanmıştır.

3.9.22. E. 2019/96, K. 2022/17

Karara konu kurallardan başka bir CBK hükmüne yapılacak ilaveyi içeren kuralın “[...]ve Hazinesin Cumhurbaşkanın kararı ile yurtiçindeki ya da yurtdışındaki şirketlere iştirak etmesini sağlamak” şeklindeki ibaresinin, mülkiyet hakkına müdahâle ettiği, CBK’lar için öngörülen konu bakımından yetkilere, Anayasa’nın devletleştirmeye ilişkin ilkeleri içeren 47. maddesine ve içerik bakımından Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir (§ 31).

Anayasa’nın 47. maddesi ve 3082 sayılı Kanun çerçevesinde “devletleştirme” ve “iştirak” kavramları mukayese edilmiştir. Bu karşılaştırma sonucunda somut olayda yapılan düzenlemenin “devletleştirme” mahiyetinde olmadığı ve devletleştirmeye ilişkin koşullara tâbi olmadığına kanaat getirilmiştir (§ 37-39). Sonuç olarak konu bakımından yetki (§ 43) ve içerik yönünden Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir (§ 51).

Arslan, karşıoy yazısında hukuk devleti ile hukuki belirlilik arasındaki bağı tespit etmiş ardından CBK’ların genel çerçeveyi çizdikten sonra uygulamaya ilişkin hususları idarenin düzenleyici işlemlerine bırakabileceği yönündeki görüşü benimsediğini ancak kuralın bu mahiyette bir çerçeve çizmediğini belirtmiştir (§ 16-18). Başkan, bu durumun hukuki belirlilik ilkesinin yanı sıra kanunilik ilkesini de ihlal ettiğini ileri sürmüştür: “Yukarıda ifade edildiği gibi, hukuk devletinde kanunilik ilkesi genel ilke ve esasların mutlaka kanunda/CBK’da düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu yapılmadan konunun idarenin (diğer) düzenleyici işlemlerine bırakılması kanunlar bakımından yasama yetkisinin devri, kararnameler bakımından da CBK çıkarma yetkisinin devri sonucunu doğurabilir” (§ 19). Arslan’a göre yetkilerin belirsizliği ve düzenlemelerin hukuki mahiyetinin değişmesi yargısal denetim açısından da güçlükler doğurabilir (§ 21).⁶² Dolayısıyla bahsi geçen ilkeleri ihlal eden düzenleme hukuk devleti ilkesine aykırıdır (§ 23).⁶³

Gökcan ise iştirak eden şirket bakımından iştirak edilen şirketin borçlarından sorumluluğun sınırına ilişkin özellikle yurt dışı şirketler açısından belirsizlik olduğunu ileri sürerek içerik yönünden değil ancak konu bakımından yetki yönünden Anayasa’nın 104/17. maddesinin ilk cümlesine aykırılık nedeniyle karara katılmadığını belirtmiştir (§ 2). Benzer gerekçelerle karara katılmayan Yıldırım ise Anayasa’ya aykırılığı Arslan gibi içerik yönünden ve hukuk devletini düzenleyen 2. maddeye ve ayrıca yürütme yetkisini düzenleyen 8. maddeye isnat ederek ileri sürmüştür (§ 4).

⁶² Aynı doğrultuda bkz. Kuz, Karşıoy Gerekçesi.

⁶³ Benzer doğrultuda bkz. Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, § 9-11.

Kuz'un, yukarıda sayılan argümanları benimsemiş olmakla birlikte gerekçesini daha detaylı biçimde sunduğu görülmektedir. Kuz'a göre (§ 13):

Hazinenin, teşebbüsler ile bağlı ortaklıkların iştirak edebilecekleri şirketlerin türleri ile iştirakte sahip olabilecekleri hisse oranları da dâhil olmak üzere 233 sayılı KHK'da öngörülen sınırlamalara tâbi olmadan şirketlere doğrudan iştirak edebilmesini sağlamak şeklinde ifade edilen bu düzenleme amacı bile -tek başına-anılan hükümle yapılan düzenlemenin belirlilik ilkesine uygun olmadığını ortaya koymaktadır.

Kuz, çoğunluğun gerekçesini eleştirirken incelenen kuralın amaç ve lafız unsurlarına dayanan argümana başvurmuştur (§ 18):

Yine ret gerekçesinde, “iştirakin kapsam ve mahiyetine ilişkin meselelerin kural olarak genel kanun niteliğindeki 6102 sayılı Kanuna ...tâbi olacağı açıktır” denilmekte ise de, 233 sayılı KHK'da olduğu gibi CBK'ya konulabilecek “genel hükümlere tâbi olmak kaydıyla” şeklinde bir hüküm olmadan yapılan bu tespit dava konusu kuralın lâfzı ile de, yukarıda aktarılan getiriliş amacıyla da bağdaşmamaktadır.

Dolayısıyla Kuz'un gerekçesiyle çoğunluk gerekçesi arasındaki temel farklılık Kuz'un aksine çoğunluğun önceki kararlarda da karşılaşılan CBK kuralının norm alanını dar ve dolayısıyla CBK'ların yetki sınırlarını düzenleyen normlarla temas etmeyecek şekilde yorumlaması noktasındadır. Kuz'a göre belirliliğe ilişkin bu tip bir yorum AYM'nin önceki içtihatlarıyla da uyumsuzdur (§ 22):

Mahkememizin birçok kararında, hiçbir usul ve esas öngörülmeden konunun alt düzenleyici işlemlerle düzenleneceğini belirten genel nitelikli yetkilendirme hükümlerinin bile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yanında belirlilik ilkesine aykırı bulunduğu dikkate alındığında böyle bir hükme de yer verilmeden idarenin diğer düzenleyici işlemleri ile hukukî belirliliğin sağlanabileceğinin kabul edilmesi belirlilik ilkesine ilişkin içtihadımızla çelişmektedir.

Hakymez, yukarıda genel olarak belirtilen görüşe paralel karşıoy gerekçesinde incelenen kuralın yerindeliğine ilişkin bir denetim yapılmadığını belirtmiş ancak kuralı Anayasa'ya aykırı bulsa da kuralın amaç unsurunu göz önünde bulundurarak yerinde olduğu kanaatini paylaşmıştır: “Elbette ki küreselleşen dünyada Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Hazine aracılığı ile aynı zamanda yurtdışındaki şirketlere iştirak edebilmesi mümkün olmalıdır. Hatta bu biçimdeki etkinlikler ülke menfaati açısından fevkalade gerekli de görülebilir. Ancak dava konusu kuralda denetlenen hususun bununla bir ilgisi olmadığını öncelikle ifade etmek gerekir” (§ 6).

İştirake ilişkin kısımdan sonra “[...] hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile [...]” şeklindeki ibarenin incelenmesi aşamasına geçilmiştir. Kuralın, ibarede yer alan kamu görevlilerinin “görev, yetki ve sorumluluklarına yönelik bir düzenleme” yapmasının Anayasa'nın 128. maddesi ve 104/17. maddesinin üçüncü cümlesi uyarınca mümkün olmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir (§ 59-62).

K. 2020/25 sayılı karar ile arasında benzerlik bulunan kararda aksi yönde bir sonuca ulaşılmıştır. Karar gerekçesinde değinilmemekle birlikte bu değişikliğin arkasında, ilgili düzenlemede yer alan personelin görev ve yetki ve sorumluluklarının “yönetmelikle” belirleneceği şeklindeki ibarenin olması mümkündür. Özellikle K. 2022/138 ve K. 2023/34 sayılı kararlarda incelenen CBK’nın 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...görev ve yetkileri...” ibaresine ilişkin Arslan’ın ve Menteş’in karşıoy yazılarında bu husus, K. 2022/17 sayılı karara atıfla değerlendirilmektedir.⁶⁴

Esasen K. 2020/25 sayılı kararda ileri sürülen, personelin görev ve yetkilerinden ziyade kadro ihdasına ilişkin olmakla birlikte K. 2020/25 sayılı kararda ileri sürülen CBK’lar yoluyla kurulacak teşkilatların aynı zamanda CBK’lar ile düzenlenebileceği (E. 2018/199, K. 2020/25, §27) ve teşkilat yapısının teşkilatı oluşturan personeller olmadan düşünülemeyeceği (E. 2018/199, K. 2020/25, §28) ve sonuç olarak teşkilat kadrolarının görev ve yetkilerinin de CBK ile düzenlenebileceği şeklindeki argüman bu kararda karşıoy gerekçesi olarak kullanılmıştır.

Bununla birlikte önceki kararda çoğunlukta bulunan üyelerden; Topal, Akyel, Seferinoğlu, Bağcı ve Fidan bu kararda karşıoy kullanmışlardır. Önceki kararda karşıoy kullanan üyelerden Özkaya bu kararda da karşıoy kullanmıştır. Özkaya’nın bu tutumu K. 2021/106 sayılı kararda belirtmiş olduğumuz gerekçelere dayanmaktadır, bu sebeple şaşırtıcı değildir. Farklılık düzenlemelerin farklılığına diğer bir deyişle yasal materyale ilişkin farklılıktan kaynaklanmaktadır.

K. 2020/25 sayılı karar 16 üyenin katılımıyla alınmış olup bunlardan Özkaya’nın da dâhil olduğu 7 üye karşıoy kullanmıştır. K. 2022/17 sayılı karar 14 üyenin imzasını taşımakla birlikte bu üyelerden 6’sı karşıoy kullanmıştır. Dursun ve Güleç her iki kararda da çoğunluğa katılmışlardır. K. 2020/25 sayılı kararda çoğunlukta olan 2 üyenin (Üstün ve Özgüldür) görev sürelerinin bitmesi üzerine Üstün’ün yerine gelen Fidan’ın bu kararda karşıoy kullandığı, muhalefette kalan Akıncı’nın yerine gelen Yaşar’ın bu kararda çoğunlukta kaldığı görülmektedir. Önceki kararda çoğunluğa katılan Menteş’in de bu kararda imzası olmaması sonucunda işbu karar önceki kararın aksi yönde iptal şeklinde sonuçlanmıştır.

Mali Suçları Araştırma Kurulu’nun (MASAK) bilgi toplama yetkisine ilişkin kural ise daha evvel İletişim Başkanlığı (K. 2021/13) ve Strateji ve Bütçe Başkanlığı (K. 2021/70) için tartışılan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Sayılan kararlarda iptal talepleri reddedilmiş ve toplanması öngörülen bilgilerin başkanlıkların, “gerekli gördükleri” ibaresinin amaç unsuruna dayalı yorumu uyarınca görev alanıyla ilgili olması ve “kişisel verileri kapsamaması”

⁶⁴ Bkz. K. 2022/17, Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 10-11 ve Menteş, Karşıoy Gerekçesi, § 2-6.

gerekçesine dayanılmıştır. Bu vaka açısından kararın iptal yönünde olması da MASAK'ın talep edeceği bilgilerin mahiyetinin farklılığına dayandırılmıştır (§ 78):

[...] yukarıda anılan kararlara konu olan düzenlemelerden farklı olarak MASAK'a her türlü bilgi ve belgeyi isteme yetkisi verildiği görülmektedir. Bu yönüyle kuralın yalnızca teşkilatlanma ile kurumsal yapı ve işleyişin düzenlenmesinden ibaret olduğu söylenemez. Veri toplamak görev ve yetkisi MASAK'ın görev ve yetkileri arasında açıkça sayılmış olup suç gelirlerinin aklanması, terörizmin finansmanının önlenmesi ile mali suçların araştırılması gibi konularda yürütülen faaliyetler kapsamında istenecek bilgi ve belgelerin doğrudan kişisel verilere ilişkin bulunduğu açıktır.

Sonuç olarak bu karar bakımından diğer kararlara nazaran genişleyen çoğunluk “gerekli görülen bilgiler” ve “her türlü bilgi ve belge” arasında bir ayrıma gitmiş ikinci kuralın norm alanının birincisine nazaran daha geniş olduğuna böylelikle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin normların alanının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Hakyemez'in farklı oy gerekçesine göre ibarelerin birbirlerinden farkı yoktur (§ 14). Hakyemez, açık biçimde ifade etmese de ibarelerin lafzi unsurları farklı olmasına rağmen objektif amaçsal unsurla birlikte değerlendirilmeleri hâlinde aralarında bir farklılık olmadığını savunur görünmektedir. Önceki kararda kaleme alınan karşıoylar ve burada öne sürülen farklı gerekçeler açısından da durum aynıdır zira düzenleme Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesine aykırıdır. Bu gerekçeyle iptal sonucuna ulaşılmasında önceki kararda karşıoy kullanan üyelerin çoğunluğa katılması etkili olmuş olabilir.

Karar oybirliğiyle alınmış olup farklı gerekçeyle katılanların diğer kararlar bakımından ileri sürdükleri argümanlar burada da geçerli olduğu için bu gerekçeler tekrar ele alınmamıştır.

3.9.23. E. 2021/85, K. 2022/60

Kararda iptali talep edilen kural, Fiyat İstikrarı Komitesi isimli idari birimin görev ve yetkilerine ilişkindir. K. 2020/4 ve K. 2021/105 sayılı kararlarda belirlenen hususlar doğrultusunda hüküm iptal edilmiştir (§ 24).

K. 2021/105 sayılı karar oybirliğiyle alınmasına rağmen işbu kararda ilgili kararda karşıoy kullanmayan Güleç, Menteş ve Bağcı karşıoy kullanmışlardır. Bu kararda karşıoy kullanan Topal'ın ise K. 2021/105 sayılı kararda imzası bulunmamaktadır.

Dört üyenin birlikte kaleme aldıkları karşıoy yazısında çoğunluğun Komite'nin hukuki mahiyetine ilişkin tespitlerinin kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte Komite'nin üyeleri ve diğer özellikleri göz önünde bulundurularak hiyerarşik bir yapıya dâhil edilmesinin ya da bu yapı içerisinde olması gerektiği düşünülerek analiz edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir: “İptal talebine konu edilen CBK ile oluşturulan yapının bir kamu tüzel kişiliği veya bakanlık birimi olarak tanımlanmaya çalışılması çoğunluğu iptal sonucuna götüren en büyük yanılgıdır” (§ 8).

Karşıoy gerekçesinde beklendiği gibi yürütmeye daha önce KHK ve şimdi CBK çıkarma yetkisi tanınmasının arkasındaki temel düşüncelerin önceliklendirildiği görülmektedir: “Dahası içerisinde bağımsız birimlerin de olduğu farklı unsurlardan oluşan bir faaliyetin yerine getirilmesi noktasında CBK koyucuyu kamu tüzel kişiliği oluşturmak veya bakanlık teşkilatı bünyesinde kalmak seçeneklerine mahkûm kılmaktadır. Bu durum ise yürütmenin dinamik yapısı ile örtüşmemektedir” (§ 9).

Gerekçe sahipleri, ihdas edilen normu kendi sistematığı içerisinde değerlendirme yoluna giderek CBK koyucunun amacına ilişkin çıkarımda bulunmuş ve Komite’nin mahiyetini buna göre yeniden yorumlamışlardır: “Komitenin hiyerarşik bir yapısının olmaması, Hazine ve Maliye Bakanlığının koordinasyon fonksiyonu icra etmesi ve faaliyetlerin bir sekretarya desteğiyle yürütülmesi dikkate alındığında CBK ile güdülen amacın, idari bir birim kurmaktan ziyade farklı unsurların iştiraki ile müşterek bir çalışma ekibi oluşturmak mahiyetinde olduğunu ortaya koymaktadır” (§ 10).

Bu yorumdan anlaşılacağı üzere üyelere göre Komite, idari bir birim olmaktan ziyade diğer bir deyişle idarenin yaptırım gücünü kullanacak bir kurul olmaktan ziyade bir çeşit “meşveret meclisi” olarak tasarlanmıştır. Böyle bir durumdaysa akla Komite’nin görev ve yetkilerine ilişkin hükümlerin durumu gelecektir ki üyeler bu argümana da cevap vermişlerdir: “Komitenin asli fonksiyon olarak ‘öneri geliştirmek’ ve kendisi veya diğer kamu kurumlarınca alınan kararların ‘uygulanmasına yönelik kararlar almak’ şeklinde düzenlenen görev ve yetkileri konuyu yürütme salahiyeti sınırları dışına da taşımamaktadır” (§ 11).

Sonuç olarak şu ana kadar incelenen kararlarda genellikle çoğunluk gerekçelerinde detaylara daha az değinildiği için argümanlarını karşıoy gerekçeleri kadar detaylı inceleyemediğimiz üyelerin, kararlarda önceliklendirdikleri hususların karşıoylarında da benzer şekilde belirginleştiğini söylemek mümkündür. CBK’ların norm alanının anayasal sınırların içinde kalacak şekilde yorumlanması yönündeki genel tutum değişmemiştir. Bu karar bakımından yeni olansa bu yorum yaklaşımına neden olan önanlayışların gerekçeye yansımasıdır. Yorumla ilişkin teorik kısımda belirtildiği şekliyle birtakım önceliklerin önanlayışı ve böylece yorumu şekillendirmesi yadırgatıcı olmamakla birlikte CBK kararlarının gerekçelerinde bu düzeyde açıkça temellendirilmesi bakımından bu karar dikkat çekicidir. Bu durumun karşıoyu yazan ve bu önanlayışı benimseyen grubun genellikle çoğunlukta kalması ve kararların daha az argümanla gerekçelendirilmesiyle ilişkili olduğu söylenebilir.

3.9.24. E. 2020/94, K. 2022/61

Kararda iptali talep edilen kural Sanayileşme İcra Komitesi isimli idari birimin görev ve yetkilerine ilişkindir. K. 2020/4 ve K. 2021/105 sayılı kararlarda belirlenen hususlar doğrultusunda hüküm iptal edilmiştir (§ 23). Ayrıca karar K. 2022/60 sayılı kararla aynı gün alınmıştır.

K. 2021/105 sayılı karar oybirliğiyle alınmasına rağmen işbu kararda K. 2022/60 sayılı kararda karşıoy kullanan Güleç, Menteş ve Bağcı yine karşıoy kullanmışlardır. Bu kararda karşıoy kullanan Topal'ın ise K. 2021/105 sayılı kararda imzası bulunmamaktadır. Ayrıca K. 2022/60 sayılı kararda çoğunluğa katılan Fidan da bu kararda karşıoy kullanmıştır.

Önceki kararda çoğunlukta bulunan ancak bu karara şerh düşen Fidan dışındaki üyeler önceki şerhlerine atıf yapmakla yetinmişlerdir.

Fidan, karşıoy gerekçesinde katılmış olduğu önceki kararlarda –K. 2021/105 ve K. 2020/60 sayılı kararlarda çoğunluğa katılmıştır- da sistematik yorumda kullanılan Anayasa hükümlerine değinmeyerek Anayasa'nın 8. maddesinde düzenlenen yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına tanındığını ve Cumhurbaşkanının teşkilat kurmadan somut olaydaki gibi istişari kurullar toplayıp kararlar alabileceğini belirtmiştir:

[...] Sanayileşme İcra Komitesi de başkanlığını Cumhurbaşkanı'nın yürüttüğü bu nitelikte bir istişari çalışma ekibi olup bu yönüyle gerek böyle bir Komite kurulmasının ve gerekse dava konusu kural içeriği yetkinin verilmesinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olmadığı değerlendirildiğinden çoğunluğun iptal yönündeki görüşüne iştirak edilmemiştir.

Hukuki argümantasyon açısından Fidan'ın karşıoyunda dikkat çeken husus ölçü normların seçimindeki tercihidir. Fidan'ın bu karar bakımından çoğunluk görüşünde ileri sürülen argümanları neden benimsemediği ya da önceki kararda neden benimsediğine ilişkin hukuki bir çıkarımda bulunmak güçtür. Ancak önceki karara ilişkin karşıoyda belirtilen önanlayışın Fidan'ın yorumunda da belirleyici olması muhtemeldir.

3.9.25. E. 2020/5, K. 2022/115

Kararda ele alınan hususlar K. 2020/5, K. 2020/6 ve K. 2020/30 sayılı kararlarda incelenmiş ve oybirliğiyle alınan iptal kararının yayım tarihinden itibaren 9 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Bu sebeple kararın detayları ayrıca ele alınmamıştır.

3.9.26. E. 2021/90, K. 2022/108

İptali istenen kurallardan ilki, gümrük işlemleri açısından tasfiyesi gereken eşyalar için konulmuş "Tasfiyelik eşya için depolar, mağazalar ve satış reyonları açılmasına ve işletilmesine ilişkin

ilke ve standartları belirlemek, bu yerleri açmak, işletmek, işlettmek ve denetlemek” olarak sayılan hükmün “işletmek” şeklindeki ibaresidir (§ 24).

Kural, Anayasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesi bakımından Anayasa’nın 123. ve 106. maddeleri ve diğer konu yönünden yetki koşulları çerçevesinde değerlendirilmiş olup iptal talebi reddedilmiştir.

İçerik yönündense söz konusu faaliyetin “kamu hizmeti” niteliğinde olduğundan bahisle 128. madde çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu amaçla “kamu hizmeti” kavramı önceki içtihatlarla atıfla geniş biçimde tanımlanmıştır (§ 36). Yine geçmiş kararlar doğrultusunda bu hizmetin koşullara göre özel kişilere de yaptırılabilmesi tespit edilmiştir (§ 37). Somut olay bakımından özel kişilerin görevlendirilmesinde Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir (§ 39). İçerik açısından ikinci ölçü norm hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa’nın 2. maddesi olmuş ve önceki kararlarda görüldüğü gibi hukuk devletinin zorunlu bir unsuru olan “belirlilik” ilkesi hukuki belirliği de kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştır (§ 40-41). Somut durumda kuralın bu ilkeyi karşılayacak hususları içermediğine kanaat getirilmiştir (§ 43):

Bu kapsamda kuralda tasfiyelik eşya için açılacak depo, mağaza ve satış reyonlarının hangi usullerle işletileceğine, işletmecinin yetki ve sorumluluklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden söz konusu yerleri “işletmek” hususunda yürütmeye yetki veren kural, Anayasa’nın 2. maddesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırıdır ve bu durum Anayasa’nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel teşkil etmektedir.

Topal, Güleç, Akyel, Seferinoğlu, Menteş, Bağcı ve Fidan’ın içerik yönünden aykırılığa ilişkin karşıoy gerekçelerinde kanun ve CBK’ların hukuki mahiyetleri gereği yapacakları düzenlemelerin genel nitelikte olması gerektiği hatta kimi düzenlemelerin kanunla yapılmasının zorunlu olduğu dolayısıyla kurumların faaliyet ve yetkilerinin isminin zikredilmesiyle iktifa edilmesi gerekebileceği ileri sürülmüştür (§ 5-8). Açıkça anılmasa da anayasa koyucunun CBK çıkarılmasına imkân tanıyan düzenlemelerdeki amaç unsurunun bu yorumda temel alındığı ve aynı zamanda Anayasa’nın bütünlüğünün diğer bir ifadeyle sistematığının dikkate alındığını söylemek mümkündür. Bu kabulleri takip eden argüman benzer mahiyetteki başka bir CBK örneğiyle desteklenmiştir (§ 8-10):

Bu gibi durumlarda söz konusu yetkinin detaylarının kanunla düzenlenmesi de gerekebilir. Zira “İşletmek” yetkisi üçüncü kişilere ekonomik bir hak sağladığı gibi, tasfiye işlemleri mahiyeti gereği mülkiyet hakkının el değiştirmesi gibi bir sonucu doğuran bir yetkidir. Bu nedenle detaylı düzenlemelerin CBK ile değil kanunla yapılması gibi bir zaruretin ortaya çıkması da muhtemeldir.

Nitekim 1 sayılı CBK’nın 44. maddesinde Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün yetki ve görevleri düzenlenirken “Adli sicili tutmak” görevinden bahsedilmektedir.

Adli sicil verileri tamamen kişisel verilerle alakalı bir konu olduğundan bu hususta çerçeve mahiyetinde dahi olsa CBK’da hüküm bulunmasını beklemek konu bakımından Anayasa’ya uygun düşmeyecektir. Bu bağlamda adli sicil konusunda 5352 sayılı müstakil bir Kanun bulunmaktadır.

Böylelikle karşıoy sahibi üyelerin “belirlilik ilkesini” mezkûr argümanlarla CBK’lar özelinde somutlaştırdıklarını ve çoğunluğun daha evvelki kararlarda “mülkiyet hakkı” çerçevesinde yazdıkları karşıoyları da değerlendirerek bu karşıoylardaki gerekçelerine karşı argüman ürettiklerini söylemek mümkündür.

İşbu kararda iptali istenen kadro ihdas ve iptaline ilişkin kural bakımından K. 2020/25 ve K. 2021/25 sayılı kararlardan farklı bir husus farklı bir yöntemle ele alınmamıştır. İptal talebinin reddi yönünde karar kılınmıştır. Önceki kararda olduğu gibi Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz ve Hakyemez bu kararda da karşıoy kullanmışlardır. Önceki kural bakımından iptal yönünde karar kılarak çoğunluğa katılan diğer üyeler bu kararda karşıoy kullanmamışlardır.

İptali talep edilen son “kuralla Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanabilmeye ilişkin koşullara yönelik bir düzenleme öngörülmektedir” (§ 65). Belirtilen kadroların Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında olduğu ve atanmalarına ilişkin koşulların K. 2020/56 sayılı kararda da önceki içtihatlar doğrultusunda tespit edildiği gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği (K. 2020/56, § 41) kabul edilmiş olup karar oybirliğiyle alınmıştır (§ 63-67). Görüldüğü üzere Anayasa’nın 106. maddesinin tanıdığı istisnai yetkinin uzantısı olarak kadro iptal ve ihdasının CBK’ların konu bakımından yetkisi içerisinde olabileceği şeklindeki çoğunluk görüşü tekrarlanmış olmakla birlikte (§48-52) atama koşullarının belirlenmesinin 106. maddenin norm alanının dışında kalacağı görüşü korunmuştur. Böylece atama koşulları ya da hizmete alınma şartları ilgili hususta sınır olma özelliğini korumuştur ve normun alanı bu denli genişletilmemiştir.

İptal kararının yayımından itibaren 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

3.9.27. E. 2021/95, K. 2022/118

Kararda Kalkınma Ajansları’nın görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemenin iptali talebi değerlendirilmiştir. Karar bakımından iki husus öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, Anyasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırılık ve ikincisi CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışılan hükmün cumhurbaşkanı kararıyla düzenlenmesi konularıdır.

Kararda öncelikle ilgili mevzuat ve Ajanslar’ın hukuki niteliği ortaya konmuştur. Çoğunluğun temel argümanı K. 2020/30 sayılı kararda da Kuz dışındaki üyelerce benimsenen, Anayasa’nın 123. maddesinin kamu tüzelkişiliklerinin CBK’lar ile kurulmasına izin veren hükmünde yer alan “kurulma” ibaresinin “düzenleme” faaliyetini de kapsadığıdır (§ 29). Ancak somut olayda Ajansın kuruluşuna

ilişkin (4) numaralı CBK'nın 186. maddesinde yer alan ve ajansların bölgeler esas alınarak cumhurbaşkanı kararı ile kurulmasını ve kaldırılmasını öngören norm tartışma konusu olmuştur.

Çoğunluğa göre ajansları kuran kural, 186. maddenin de içinde bulunduğu (4) numaralı CBK olup ilgili maddenin ajansların hangi bölgelerde açılacağına ilişkin olduğu ileri sürülmektedir (§ 30):

(4) numaralı CBK'nın 184. ila 207. maddelerinde ajansın hukuki statüsü, organları, görev ve yetkileri gibi temel kuruluş unsurlarının düzenlendiği gözetildiğinde bir kamu tüzel kişisi olan ajansın anılan CBK ile kurulduğu açıktır. Başka bir ifadeyle idari teşkilat içinde oluşturulan kalkınma ajansı şeklindeki kamu tüzel kişiliğinin hukuksal varlığının temelini (4) numaralı CBK oluşturmaktadır. Her ne kadar CBK'nın 186. maddesinde ajansların bölgeler esas alınarak Cumhurbaşkanı kararı ile kurulacağı, kurulmuş olan ajansın kaldırılmasına Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu belirtilmekte ise de anılan madde hükmünde geçen "kurulma" kavramının CBK ile oluşturulan ajansların hangi bölgelerde açılacağına Cumhurbaşkanı tarafından karar verilmesini ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Çoğunluğun "Kalkınma Ajansları"nın nasıl kurulacağını da düzenleyen ilgili hükümleri, ajansları kuran kurallar olarak değerlendirmesi düzenlemenin lafzını zorlayan bir yaklaşımın ürünüdür. Karar gerekçesinde herhangi bir başka argümanla desteklenmeyen bu yorumun yürütmenin yetkisini geniş tutma şeklinde sonuç doğuran önanlayışla ilintili olduğu düşünülebilir. Zira argümantasyon zincirinin takibine yarayacak diğer bir deyişle argümantasyonu rasyonelleştirecek başkaca araçlara başvurulmamıştır.

Bu yorumun sonucu olarak kurulma kavramının düzenlemeyi kapsamadığı şeklindeki ilk hususa muhalefet eden Kuz'un yanı sıra iki üye daha karara katılmamışlardır.

Arslan karşıoy gerekçesinde ilk olarak tarihsel bir argüman ortaya atmaktadır: "Anayasa'nın 123. maddesinin 2017 değişikliğinden önceki hâlinde kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabileceği belirtilmekteydi. Değişiklik sonrasında ise kamu tüzel kişiliği doğrudan kanunla veya CBK ile kurulabilecektir. Başka bir ifadeyle artık kanunun veya CBK'nın verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliğinin kurulması mümkün değildir" (§ 5). Başkan, bu argümanı AYM kararıyla da desteklemiştir. Çoğunluk kararında "kurulma ve düzenleme" ilişkisini benimsemekle birlikte (§ 6), 186. maddenin öngördüğü düzenlemeye ilişkin görüşü reddetmektedir (§ 7):

[...] dava konusu kural ve kuralın içinde bulunduğu (4) numaralı CBK, bir kamu tüzel kişiliği kurmamakta, kurulmasına izin vermektedir. (4) numaralı CBK'nın 186. Maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "Ajanslar, bölgeler esas alınarak Cumhurbaşkanı kararı ile kurulur". Buna göre kamu tüzel kişiliğine sahip olan ajanslar CBK ile değil, CBK'nın verdiği yetkiye dayanılarak Cumhurbaşkanı kararıyla kurulmaktadır.

Arslan, hükmün lafzi unsuruna dayanarak yaptığı yorumu ilk tartışılan hususa bağlamaktadır: “CBK ile bir kamu tüzel kişiliği kurulmadığından, Anayasa’nın 123. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen idarenin kanuniliği ilkesine yönelik bir istisnanın varlığından da söz edilemez. Ortada CBK ile “kurma” olmadığına göre, CBK ile “düzenleme” de yapılamaz. Bu durumda ajansların görev ve yetkilerinin münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekir” (§ 8).

Aynı gerekçelerle Yıldırım ve Kuz da karşıoy kullanmış olmakla birlikte daha evvel belirtildiği gibi Kuz’un karşıoyu öncelikle K. 2020/30 sayılı kararda temel aldığı “kurulma ve düzenlemenin” farkına ilişkin gerekçeye dayanmaktadır.

3.9.28. E. 2021/99, K. 2022/119

K. 2022/118 sayılı karar ile aynı günde alınan kararda ajansların yönetim kurulu üyelerinden olan vali ve belediye başkanlarının yetki ve görevlerinin bir kısmını başkalarına devretmelerine imkân tanıyan kural, ilgili kanun maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir.

3.9.29. E. 2022/98, K. 2022/157

Kararda ilgili CBK’nın gerekçesiz olarak yayımlanmış olmasının “hukuki belirlilik ve güvenliği zedelediği”, “konuluş amacının tam olarak belirlenmesine engel teşkil ettiği”, “özellik ve keyfilik” riskini arttırdığı, “anayasal denetimin etkinliğini azalttığı” gerekçeleriyle iptali talep edilmiştir (§ 3). Dava dilekçesinde söz konusu incelemenin şekil denetimi niteliği taşıyacağı belirtilmiştir (§ 3):

[...] CBK’ların yetki yönünden denetiminin şekil denetimi niteliği taşıdığı, bununla birlikte şekil denetiminin kapsamının yetki unsuru ile sınırlı olmadığı, Anayasa’da CBK’ların şekil bakımından denetimi öngörülmekle birlikte bu denetimin kapsamına ilişkin bir kural konulmadığından bu kapsamın Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi gerektiği, CBK’ların gerekçesinin bulunup bulunmadığının şekil bakımından Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken bir husus olduğu belirtilerek CBK’nın tümünün Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ve şekil bakımından iptaline karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Makeme, kanunların aksine CBK’lar için şekil bakımından denetimin nasıl yapılacağına ilişkin düzenleme olmadığı ancak bunun Mahkeme tarafından belirlenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir (§ 8). Kararda “CBK metninin altında Cumhurbaşkanı’nın adı, soyadı ve unvanı belirtilerek Resmî Gazete’de yayımlan(ması)” şekil yönünden anayasaya uygunluk kriterleri olarak benimsenmiştir (§ 10). Gerekçenin varlığının önemine dikkat çekilmekle birlikte (§ 11) “[...] Anayasa Mahkemesinin CBK’ların şekil bakımından Anayasa’ya uygunluğunu inceleme yetkisi, CBK’ların gerekçelerinin bulunup bulunmadığı yönünden bir denetim yapılmasını kapsamamaktadır” denilerek Mahkeme’nin yetkisinin sınırları çizilmiştir (§ 12).

Karar oybirliğiyle alınmıştır.

3.9.30. E. 2021/6, K. 2022/166

“Kural, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı bir kuruluş olan Türk Patent ve Marka Kurumunun (TÜRKPATENT) Yönetim Kurulunda görev alan başkan ve üyelere bu kurulun toplantılarına katılmalarından dolayı huzur hakkı ödenmesini düzenlemektedir” (§ 15).

Mahkeme önceki içtihatları çerçevesinde “huzur hakkının” ekonomik bir değer olduğunu ve mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir (§ 21-23). Mülkiyet hakkınınsa Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan haklardan olması sebebiyle CBK’nın ilgili hükmünün Anayasa’nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesine aykırı olduğuna karar verilmiştir (§ 24).

Bu açıdan kararın K. 2020/25 sayılı karardaki karşıoyların argümanlarıyla ilişkilendirilmesi ve bu argümanların bu karar bakımından çoğunluk görüşünü oluşturduğunun söylenmesi mümkündür.

İptal kararı oybirliğiyle alınmıştır.

3.9.31. E. 2019/12, K. 2022/164

İptali talep edilen iki hükümle Cumhurbaşkanı yardımcılığına, bakanlığa ve bakan yardımcılığına atananların emeklilik veya yaşlılık aylıklarına ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Kuralların münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanda düzenleme yaptıkları ve eşitlik ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle iptalleri talep edilmiştir (§ 14, 22).

Mahkeme her iki kural için de 104/17. maddesinin ikinci cümlesi kapsamında yapılan inceleme aşamasında “mülkiyet hakkına” ilişkin düzenlemelerin CBK ile yapılmasının mümkün olmadığına yönelik önceki karardaki gerekçelerle iptal kararı vermiştir.

Karar oybirliğiyle alınmıştır.

3.9.32. E. 2023/21, K. 2023/22

Karar 2022/157 sayılı Karar’ın tekrarı mahiyetindedir.

3.9.33. E. 2018/123, K. 2022/138

Karar daha önceki kararlarda ele alınan hususlar ağırlıklı olmak üzere çok sayıda hükmün incelemesini içermektedir. Bu sebeple bu karar bakımında önemli hususlar ve farklılıklara odaklanılacak geri kalan kısımların özetiyle yetinilecektir. Aynı gerekçe ve dayanakla hakkında karar verilen hükümler bakımından somut olayda farklılık, karşıoy sahiplerinde yahut karşıoyların gerekçelerinde değişiklik yoksa ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır.

İlk bölümde ele alınan kurallar, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının (AFAD) kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin hususları düzenlemektedir.

Bunlardan CBK'nın 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin "...personelinin görev ve yetkileri, görevlendirme, çalışma usul ve esasları ile bu müdürlük personeline ilişkin diğer hususlar Başkanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir" şeklindeki kısmı dava konusudur.⁶⁵

K. 2020/25 sayılı karara benzer biçimde,⁶⁶ Başkanlık personelinin görev ve yetkilerinin teşkilatın yapısından bağımsız düşünülemeyeceği şeklindeki argümana dayalı olarak bu alanda CBK ile düzenleme yapılmasının mümkün olduğu kanaatine varılmıştır. Daha yakın tarihte verilen K. 2022/17 sayılı kararda ise çoğunluk tersi yönde bir karar almıştır.⁶⁷

İşbu kararda Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz, Hakyemez, Menteş ile Yaşar çoğunluk görüşüne katılmamışlardır. K. 2020/25 sayılı kararda benzer hüküm için Arslan, Gökcan, Yıldırım, Akıncı, Kuz, Hakyemez ve Özkaya karşıoy kullanmışlardır. Özkaya'nın aykırılık gerekçesi daha evvel belirtildiği gibi diğer üyelerle aynı hukuki nedene dayanmamaktadır.

K. 2022/17 sayılı kararda işbu kararda karşıoy kullanan üyeler çoğunlukta dırlar. Menteş'in K. 2022/17 sayılı Karar'da imzası bulunmamaktadır ancak K. 2020/25 sayılı kararda Menteş'in çoğunluğa katıldığı görülmektedir. Menteş, karşıoy gerekçesinde K. 2020/25 sayılı karara atıf yapmazken K. 2022/17 sayılı karara atıf yapmıştır (§ 3-5). Üyenin bu karar için ortaya koyduğu karşıoy gerekçesinden anlaşılacağı üzere Menteş'in argümanı CBK ile düzenlenmesi K. 2020/25 sayılı karardaki gerekçelerle mümkün olan hususun yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin CBK hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğudur. Dolayısıyla K. 2022/17 sayılı kararda çoğunluk gerekçesine bakılarak kesin biçimde anlaşılamayan; görev, yetki ve sorumlulukların "yönetmelikle" düzenlenmesine ilişkin hükmün sonuca etkisi, bu kararla birlikte daha net anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla Menteş'in K. 2020/25, K. 2022/17 ve K. 2022/138 sayılı kararlar bakımından çelişkili görüşü bulunmamaktadır.

Güleç ise kararların tümünde çoğunluk görüşüne katılmıştır. Dolayısıyla Güleç'in görüşlerinde değişiklik veya çelişki olduğunu ifade etmek mümkündür.

Kuz karşıoyunda K. 2020/82 sayılı kararda yazmış olduğu karşıoy gerekçesine atıf yapmıştır. Benzer argümanların ortaya konduğu K. 2020/82 sayılı kararda muhalefet şerhi yazan tek üye

⁶⁵ CBK'nın 163. maddesinin (2) numaralı fıkrasına ve 587. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "[...] iş tanımlarını [...]" kısmına ilişkin iptal talebi aynı gerekçelerle ve aynı çoğunlukla reddedilmiştir (§ 146).

⁶⁶ E. 2018/199, K. 2020/25 sayılı karar görev ve yetkilerden ziyade kadro ihdasına ve iptaline ilişkin bir karardır.

⁶⁷ Çoğunluk grubunun değişiminin ilgili kuralın "yönetmelikle" düzenleme hükmünden kaynaklanması ihtimali bulunduğu, karara ilişkin kısımda belirtilmekle birlikte karar gerekçesinde konuya ilişkin yeterli izahat bulunmamaktadır. Ancak K. 2022/138 sayılı karardaki karşıoyları sebebiyle Menteş ve Arslan'ın bu hususu dikkate aldıkları söylenebilir.

Kuz'dur. Hükümün mahiyetinin farklı olması ve ölçü normun farklılığı bu tablonun ortaya çıkmasına sebep olmuş görünmektedir.

Diğer karşıoylar K. 2020/17 sayılı karara atıf yaparak aynı gerekçelere dayanmaktadır.

Kuralın içerik yönünden incelenmesi aşamasında CBK ile düzenlenmesine imkân tanınan alanın başkaca bir idari işlemle düzenlenmesinin diğer bir deyişle bu yetkinin devredilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Bu hususa ilişkin AYM'nin K. 2020/30 ve K. 2020/56 sayılı kararlarda çizdiği “genel çerçeve” argümanı bu karar bakımından da kabul görmüştür. Oybirliğiyle mezkûr kararlarla aynı doğrultuda iptal kararı verilmiştir (§ 39-44).

Denetçi ve denetçi yardımcısı istihdam edilmesine yönelik CBK'nın 55. maddesinin (2) numaralı fıkrası Anayasa'nın 128. ve 104/17. maddeleri çerçevesinde incelenmiş ve iptal talebi reddedilmiştir. Karar gerekçesinde kadro ihdasına ilişkin kararlardan K. 2020/25 ve K. 2021/25 sayılı kararlara atıf yapılmıştır (§ 58).

Atıf alan kararda “görev ve yetkilere” ilişkin düzenlemelerin iptal edilmediği ve “teşkilatın kurulmasının” bu düzenlemeleri zorunlu kıldığı görüşü çoğunlukça benimsenmiştir. Buna karşılık Arslan, “görev ve yetkilerin” değil ama “atama usullerinin” teşkilatın kurulmasının zorunlu bir sonucu olduğu görüşünün kabul edildiği ve kendisinin de bu görüşü paylaştığı K. 2020/56 sayılı karara atıf yapmıştır. Başkan'a göre “atanma usullerinden” farklı olarak tıpkı “görev ve yetkiler” gibi “nitelikler ve atanma esasları” da 128. madde gereği kanunla yapılmalıdır (§ 19).⁶⁸ İlgili düzenleme bu şartı taşımadığından 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırıdır. Arslan, ayrıca düzenlenen hususun “kamu hizmetine girme hakkı” çerçevesinde olduğunu kabul ederek kuralın, 104/17. maddenin ikinci cümlesine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür (§ 17).⁶⁹

Bir önceki hükümde karşıoy sahibi olan Menteş bu hüküm için çoğunluk görüşüne katılmıştır. Çoğunlukta kaldığı için Menteş'in görüşünü kesin olarak bilmek mümkün olmasa da üyenin Arslan'ın yukarıda yaptığı ayrımı benimsemediği ve bu sebeple çoğunluğa katıldığı tahmin edilebilir. Dolayısıyla karar içindeki bu ayrılığın ve önceki kararlar bakımından ortaya çıkan durumun Menteş'in CBK'ların alanını muhalif üyelere nazaran daha geniş, çoğunlukta kalan üyelere nazaran daha dar yorumlama eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür.

CBK'nın 55. maddesinin (2) numaralı fıkrasının denetçi ve denetçi yardımcılarının özlük haklarına ilişkin düzenleme içeren ikinci cümlesi ise “mülkiyet hakkına” ilişkin olduğu gerekçesiyle

⁶⁸ Kuz, K. 2020/56 sayılı karar için kendisi hariç tüm üyelerin katıldığı görüşe yazdığı karşıoy gerekçesiyle aynı doğrultuda karşıoyunu gerekçelendirmiştir bkz. Kuz, Karşıoy Gerekçesi.

⁶⁹ Aynı görüşler Gökcan, Yıldırım, Hakyemez tarafından da paylaşılmaktadır bkz. Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi (§ 10); Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi (§ 9). Yaşar'ın karşıoy gerekçesi ise kamu hizmetine girme hakkına ilişkin değerlendirme yapmamakta 128. ve 104. madde çerçevesinde ayrılık ileri sürmektedir bkz. Yaşar, Karşıoy Gerekçesi (§ 9).

104/17. maddenin ikinci cümlesine; 128. madde uyarınca kanunla düzenlenecek hususlarda düzenleme yaptığı gerekçesiyle aynı maddenin üçüncü cümlesine aykırı bulunarak oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 77-80).⁷⁰

CBK'nın 63. maddesinin (1) numaralı fıkrasında “yurt dışı teşkilatının” teşkilatın parçası olduğu gerekçesiyle CBK ile düzenlenebilecek alanda kabul edildiği görülmektedir. Karar, K. 2020/30, K. 2020/56 ve K. 2021/13 sayılı kararlarla uyumlu olup Kuz dışında tüm üyeler karara katılmışlardır (§ 88).⁷¹

CBK'nın 63. maddesinin (2) numaralı fıkrasına ilişkin incelemede ise Mahkeme, “[..] Avrupa Birliği işleri uzmanı kadrosunda veya daha üst kadrolarda çalışıyor olmaları gerektiğini öngörmek suretiyle yurt dışı teşkilatına atanma için personelin haiz olması gereken nitelikleri düzenle(diği)” gerekçesiyle oybirliğiyle iptal kararı vermiştir (§ 103).

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın bilgi toplamasına ilişkin kural, daha evvel K. 2022/17 sayılı kararda MASAK için belirtilen “kişisel verilerin korunması hakkına” dayalı gerekçelerle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 122-125). Arslan, Gökcan ve Yıldırım çoğunluğa farklı gerekçeyle katılmışlardır. Diğer üyelerin de katıldığı Arslan'ın farklı gerekçesi MASAK'a ilişkin iptal kararını İletişim Başkanlığı'na (K. 2021/13) ve Strateji ve Bütçe Başkanlığı'na (K. 2021/70) ilişkin ret kararlarından ayıran; görevin gereklerini temel alan bilgi kriterinin “CBK'larla düzenlenmesi yasak alanı işlevsiz hâle getireceği” argümanıdır.⁷²

Gelir İdaresi Başkanlığı'nda devlet gelir uzmanı ünvanıyla beş yıl çalışan personelin sınav şartı aranmaksızın müdür olarak atanmasına imkân tanıyan düzenleme, yukarıda değinildiği ve K. 2022/56 sayılı kararda çerçevesinin çizildiği şekliyle “atama usulünü” değil “atanma şartlarını” düzenlediği gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§135-136).⁷³

CBK'nın 542. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun (TRT) Cumhurbaşkanlığı bildirilerini yayımlamasına ilişkin bir yükümlülük getirilmiştir. Dava dilekçesinde bildirinin kapsamının belirsiz ve Cumhurbaşkanına tanınan yetkinin sınırsız oluşunun “yayının tarafsız yapılmasını engelleyici nitelikte” olduğu gerekçesiyle kuralın iptali talep edilmiştir. Konu bakımından yetki yönünden yapılan incelemede K. 2020/30 sayılı karara dayanak teşkil eden

⁷⁰ Benzer dayanak ve gerekçelerle CBK'nın 63. maddesinin 3 numaralı fıkrası ve 343. Maddesinin (2) numaralı fıkrası; mülkiyet hakkına ilişkin aynı gerekçeyle 257. maddesi ve 409. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi de iptal edilmiştir.

⁷¹ Benzer dayanak ve gerekçelerle CBK'nın 304. maddesinin “...ile yurtdışı şube ve bürolarının...” ibaresinin iptal talebi reddedilmiştir.

⁷² Bkz. K. 2022/17, Arslan, Karşıoy Gerekçesi; § 6.

⁷³ Detaylar için bkz. E. 2018/123, K. 2022/138 sayılı kararda CBK'nın 55. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği kısım.

Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "kurulma" kavramının "düzenlemeyi" de içerdiği argümanı tekrarlanmıştır. Böylece CBK ile TRT'nin görev ve yetkilerinin düzenlenebileceği ve ilgili kuralın bu mahiyette olduğu ileri sürülmüştür (§ 196-198). Ayrıca Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesi bakımından inceleme aşamasında 2954 sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasında geçen "[...] açıklama ve faaliyetlerinin yayımlanması [...]" şeklindeki ibarenin CBK'da geçen "bildiri" ibaresiyle aynı anlama gelmediği savunulmuştur. Bu noktada çoğunluğun lafzi unsuru ilişkili normların sistematığı içerisinde yorumlayıp CBK hükmünün norm alanını daraltarak⁷⁴ "idari bir yapı olarak Cumhurbaşkanlığı teşkilatının resmî nitelikteki bildirilerinin yayımlanması" hususuna indirgelediği görülmektedir (§ 191, 199):

Cumhurbaşkanı'nın açıklamalarının yayımlanmasını değil Cumhurbaşkanlığı bildirilerinin yayımlanmasını düzenlemekte olup bu bildirilerin yayımlanabilmesi için Cumhurbaşkanlığından yazılı yayın isteği ile gönderilmesi ve yetkililerin imzasını taşıması şartlarını öngörmektedir. Kelime anlamı itibarıyla bildiri, ilgililere duyuru amacı taşıyan yazılı metni ifade etmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı bildirilerinin -Cumhurbaşkanı'nın açıklamalarından farklı olarak- yetkililerin imzasını taşıması koşulu sebebiyle resmî belge niteliğindeki duyuru şeklinde olması gerektiği anlaşılmaktadır.

"Cumhurbaşkanının açıklamaları" ve idari bir yapı olarak "Cumhurbaşkanlığının bildirileri" arasında ayrıma giden çoğunluk görüşü incelenen kuralların düzenlediği alanı dar, ölçü normları geniş yorumlama yönündeki eğilimle örtüşmektedir.

Kararda Arslan, Yıldırım, Kuz, Hakyemez ve Yaşar karşıoy kullanmışlardır. Arslan'ın karşıoy gerekçesi yukarıdaki "açıklamalar" ile "bildiri" arasında yapılan ayrımın pozitif dayanağı olmadığı ve 104/17. maddenin dördüncü cümlesi bakımından kuralın iptali gerektiği yönündedir. Zira Arslan'a göre kuralda şekli kriterlerle sınırlanan ancak esasa ilişkin koşul getirmesi öngörülmeyen yayımlanma zorunluluğu Kanun'da öngörülen esasa ilişkin şartlara istisna getirilmesi mahiyetindedir. Bu aynı zamanda kuralla Kanun hükmünün de aynı hususu düzenlediğini göstermektedir (§ 27-29).

İçerik bakımından yapılan incelemede Anayasa'nın 133. maddesi uyarınca "[...] TRT'nin özerk(liği) ve yayınlarının tarafsız(lığı)" olduğu belirtilmekle birlikte incelenen kuralda belirtilmeyen hususların TRT'nin takdirine bırakıldığı yorumu yapılmıştır (§ 203-204).

Konu bakımından yetki yönünden çoğunluğa katılmayan Kuz dışındaki diğer üyeler bu karara da katılmamışlardır. Arslan, kuralın içerik yönünden keyfî uygulamaları engelleyecek düzenlemeler içermediği gerekçesiyle hukuk devleti ilkesine (§ 30-31) ve TRT'nin özerkliğine ve tarafsızlığına dayanak oluşturan Anayasa'nın 133. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür (§ 36, 39). Buna göre

⁷⁴ Bu kural bakımından tercih edilen yöntemin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin E. 2018/134, K. 2021/13 ve E. 2018/133, K. 2021/70 sayılı kararlar ile benzeşmektedir.

mezkûr Kanun yoluyla yapılan sınırlamadan farklı olarak CBK’da içeriğe ilişkin keyfiliği önleyecek koşullar belirlenmemiş olup (§ 38) çoğunluk gerekçesinde TRT’ye tanındığı belirtilen yetkinin de pozitif dayanağı bulunmamaktadır (§ 36):

[...] kural yayınlanması zorunlu olan bildirilerin içeriği, kapsamı, uzunluğu, yayın sıklığı ve yayın süreleri konularında herhangi bir düzenleme içermemektedir. Çoğunluğun “yayın sıklığı ve yayın süresi” konusunda karar verme yetkisinin TRT’ye bırakıldığı şeklindeki görüşünün de (§ 204) hiçbir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Aksine CBK hükmü bu konularda TRT’ye hiçbir yetki bırakmamaktadır. Dolayısıyla CBK hükmünü özerklik ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Arslan’ın temel ilkeler çerçevesinde değerlendirdiği kuralı yeni hükümet sisteminin getirdiği hukuki koşullar içerisinde somutlaştırdığı görülmektedir: “[...] 2017 Anayasa değişikliği sonrasında benimsenen yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının mensup olduğu siyasi partiden istifa etme zorunluluğunun kaldırıldığı da dikkate alındığında kuralın tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde uygulanması söz konusu olabilecektir” (§ 38).

Böylelikle Arslan ve çoğunluk arasında CBK’ların yargısal denetiminin ilk örneklerinden başlayarak ortaya çıkan farklılığın bir benzeri bu hüküm bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Bu farklılık temelde CBK çıkarma yetkisinin sınırlarına dair bir fikir ayrılığına dayanmaktaysa da araçları değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin K. 2020/25 sayılı karar bakımından Arslan’a göre pozitif dayanaktan yoksun tespitlerle “olması gerekene” ilişkin çıkarımlar yapılması şeklindeki yöntemsel hatanın bu karar bakımından da tekrar edildiğini söylemek mümkündür.⁷⁵

Yıldırım’ın karşıoy gerekçesinde kullandığı argümanlarla Arslan’ın argümanları arasında farklılık bulunmadığından Yıldırım’ın karşıoyu ayrıca ele alınmamıştır.

CBK’nın Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na (TÜBİTAK) ilişkin düzenleme içeren 587. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinin incelenmesinde kamu tüzelkişiliğinin kurulması ve düzenlemesi; kadro ihdası ve iptali; ödemeler ve personel performans değerlendirme kriterlerine ilişkin hususlar ele alınmıştır.

Sayılan ilk iki hususta iptal talepleri reddedilmiş olmakla birlikte Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz, Hakyemez, Menteş ve Yaşar bu görüşe katılmamışlardır. Bu hususlarda karar ve karşıoylar beklendiği şekilde ve büyük ölçüde⁷⁶ önceki kararlara uygun biçimde gerçekleşmiştir (§ 216-225)⁷⁷. Ödemelere ilişkin husus yine beklendiği biçimde “mülkiyet hakkı” kapsamında görülerek 104/17. maddenin ikinci cümlesi dayanak gösterilerek oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 230-231). Personel

⁷⁵ Bkz. K. 2020/25, Arslan, Karşıoy Gerekçesi; § 5-6.

⁷⁶ Kurulma ve düzenleme kavramlarını çerçevesinde Arslan’ın karşıoyundaki farklılık aşağıda ele alınmıştır.

⁷⁷ Kadro ihdası ve iptali hususu için bkz. E.2018/119, K.2020/25 ve kamu tüzelkişiliklerinin kurulması ve düzenlenmesi hususu için bkz. E.2018/124, K.2020/56.

performansının değerlendirilmesine ilişkin ibarenin iptali ise konu bakımından yetki yönünden yalnızca Kuz'un (§ 232-237), içerik bakımından Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz, Hakyemez ve Yaşar'ın karşıoylarıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir (§ 238-242). Dikkat edilirse Menteş, bu kısım için karşıoy kullanmamıştır zira yukarıda zikredilen gerekçelerle Menteş ilgili düzenlemenin CBK ile yapılabileceği görüşündedir. Diğer üyelerin karşıoy gerekçeleri Arslan ile paralel olup Arslan kadar detaylı yazılmadıklarından muhalefet şerhleri Arslan'ın görüşleri etrafında değerlendirilmiştir.

Hatırlanacağı üzere K. 2020/56 sayılı kararda Kuz haricindeki tüm üyeler çoğunluğa katılmışlardı (§ 46). Bu kararda ise Arslan, konu bakımından yetki yönünden sonuç doğuracak şekilde Anayasa'nın 123. maddesindeki "kurulma" kavramının "düzenlemeyi" kapsadığını kabul etmekle birlikte içerik yönünden "düzenleme" mahiyetinde bir CBK hükmü bulunmadığını bunun yerine ilgili kuralla Yönetim Kurulu'na düzenleme yapma görev ve yetkisi verildiğini ileri sürmektedir. Arslan'ın daha evvel K. 2022/17 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçesinde belirttiği, CBK çıkarma yetkisinin devri mahiyetindeki düzenlemenin içerik yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve düzenlemelerin yargısal denetimi açısından sakıncalar doğurduğu yönündeki gerekçesinin bu karşıoyda da tekrarlandığı görülmektedir (§ 49-51).⁷⁸

Bu hüküm açısından da çoğunluk görüşüyle Arslan arasında sıkça rastladığımız kuralın lafzına ilişkin uyumsuzluğun tekrarlandığı görülmektedir: "Çoğunluğa göre, kuralda 'Yönetim Kuruluna bırakılan yetkinin çerçevesinin belirlendiği anlaşılmaktadır' (§ 241). Lakin konuya ilişkin çerçevenin nasıl belirlendiği çoğunluk gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Kural, genel çerçeveyi belirlememenin ötesinde, konuyu bizzat düzenlemekte, düzenleme yapma görev ve yetkisini tamamen Yönetim Kuruluna devretmektedir" (§ 46). Görüldüğü üzere Arslan, kuralın lafzi unsurunun çoğunluğun görüşüne ilişkin bir argümana kaynak olamayacağını ileri sürmektedir.

CBK ile çizilmesi zorunlu görülen bu sınıra ilişkin değerlendirme gerektiren bir diğer kural olan CBK'nın 619. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi Türkiye İş Kurumu'nun (İŞKUR) Genel Kurulu'nun teşkiline ilişkin düzenleme getirmektedir.⁷⁹

Mahkeme, bu kez düzenlemenin CBK ile belirlenmesi gereken genel çerçeveyi çizmediğine ve bu sebeple kuralın içerik yönünden Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğuna oybirliğiyle karar vermiştir (§ 275-276):

Kural, İŞKUR'un organlarından olan Genel Kurula kamu kurum ve kuruluşlarını temsilen bakan tarafından belirlenecek üyelerin temsilci olarak katılacağını düzenlemektedir. Bununla birlikte kuralda hangi kamu kurum ve

⁷⁸ Mezkr karşıoy gerekçesi için bkz. AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 13-23.

⁷⁹ Kuralın incelenmesi sonucu İŞKUR'un kuruluşuna imkân tanıyan hükümle görev, yetki ve organlarının düzenlenmesine ilişkin konu bakımından yetki yönünden red kararı verilmiştir.

kuruluşlarının Genel Kurulda temsil edileceği, temsilci sayısı ve temsilcilerin nitelikleri hususları belirtilmemiştir. Başka bir ifadeyle kamu tüzel kişisi olarak CBK ile kurulan İŞKUR'un tüzel kişiliğin bir unsuru olan Genel Kurul organında kamu kurum ve kuruluşlarının temsiline ilişkin olarak bakana bırakılan yetkinin kapsamı konusunda genel bir çerçeve çizilmemiştir.

3.9.34. E. 2022/71, K. 2023/65

Kaymakam adaylığı için ilgili kanunda belirtilen “şartlar yanında” koşullar getiren CBK kuralı itiraz yoluyla Mahkeme'nin önüne gelmiştir. İtiraz gerekçesi “kamu hizmetine girme hakkına” ilişkin CBK ile düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesine aykırı olduğu şeklindedir (§ 14).

Kural, itiraz gerekçesinde ileri sürüldüğü şekilde ilgili hakka ilişkin düzenleme yapıldığı gerekçesiyle oyçokluğuyla iptal edilmiştir (§ 15-18).

Tek karşıoy sahibi olan İnce gerekçesinde özetle; kadro ihdasına ilişkin K. 2020/25 sayılı kararda ortaya konan kadro ile teşkilatın kurulması ve düzenlenmesi ilişkisi çerçevesinde kaymakamların bakanlık teşkilatının birer parçası olduğu ve kaymakamlık kadrosuna atanma şartlarının da CBK ile düzenlenebilecek hususlardan olduğunu ileri sürmüştür (§ 5). İnce'ye göre 104. madde kapsamındaki genel şartlar özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan CBK'lar bakımından da geçerli olmakla birlikte tüm bu kurallar K. 2020/5 sayılı kararda belirtildiği gibi birlikte yorumlanmalıdır (§ 7). Bu çerçevede İnce, CBK'lara ilişkin şimdiye karar görülmeyen bir yorumu sistematik argümanla geliştirmiştir (§ 8):

Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenebileceği özel olarak belirtilen konular kapsamında kalmaktadır. Anılan maddede bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin düzenlemelerin açıkça CBK ile düzenlenebileceği belirtildiğinden bu konuyla ilgili olarak yasak alanda yer alan temel hak ve hürriyetlerin düzenlenebileceği anlaşılmaktadır.

Böylelikle İnce'nin 106. maddenin onbirinci fıkrasını özel hüküm olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür. İnce, argümanını AYM'nin K. 2020/6 sayılı kararda “Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılabilecek ödemelerin Cumhurbaşkanınca belirleneceğine dair hükmün” karşıoylarda “mülkiyet hakkına” ilişkin olduğu argümanı ileri sürülmesine rağmen Anayasa'ya uygun bulunmasını örnek göstererek güçlendirmektedir (§ 9). Bununla birlikte K. 2022/138 sayılı kararda örnekleri görüldüğü üzere AYM'nin “mülkiyet hakkına” ilişkin tutumunu değiştirdiğini söylemek mümkündür.

Sonuç olarak İnce'nin incelediğimiz ilk karşıoy gerekçesinde CBK'ların konu bakımından yetki sınırlarını genişletmeye matuf, Mahkeme'nin genelinden farklı bir tutumu benimsediği söylenebilir. Bu yorum için sistematik argümanın özel-genel hüküm aracıyla kullanıldığı görülmektedir.

3.9.35. E. 2019/39, K. 2023/67

İptali talep edilen kuralda, 375 sayılı KHK'nın ek 30. maddesi⁸⁰ uyarınca, “Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı ve Devlet Arşivleri Başkanlığındaki Başkanlık Danışmanı” pozisyonu ihdas edilmiştir. Dava dilekçesinde; kuralla münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda düzenleme yapıldığı ve anayasa koyucu tarafından verilmeyen CBK çıkarma yetkisinin KHK ile tanınmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle kuralın iptali talep edilmiştir (§ 7).

Mahkeme, hükmü ileri sürülen yetki devri çerçevesinde incelememiş, bunun yerine özellikle K. 2022/138 sayılı kararda “mülkiyet hakkına” ilişkin benimsediği görüş uyarınca 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı bularak iptal etmiştir (§ 10). Karar oybirliğiyle alınmış olup yürürlüğü yayım tarihinden itibaren 9 ay süreyle ertelenmiştir (§ 13). Kararın önceki kararlardan ayrılan başka bir boyutu bulunmamaktadır.

Kararda CBK çıkarılması yasak olan alanda, kanun yahut KHK ile yetki verilmesine ilişkin değerlendirme yapılmamış olmakla birlikte daha önce kanun bakımından K. 2020/5 sayılı kararda bu şekilde “yetki tanınmasının” düzenlemeyi anayasaya uygun hâle getirmeyeceği belirtilmiştir (K. 2020/5: § 21). Konu ihtilafsız olmayıp aksi yönde karşıoy yazılmıştır.⁸¹

3.9.36. E. 2020/4, K. 2022/147

İptali istenen kuralda, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na bağlı Coğrafi Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün uzman ve uzman yardımcısı istihdam etmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kadro ihdas ve iptali hususu bu karar bakımından da gündeme gelmiştir. Kararda bakanlıkların kurulması, düzenlenmesi ve teşkilat yapısına ilişkin önceki kararlarda (K. 2020/25, K. 2022/138) tartışılan hususlar yeniden değerlendirilmiş, aynı argümanlar benimsenmiş ve iptal talebi reddedilmiştir (§ 37-46).

⁸⁰ Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro veya pozisyonların, mevzuatta yer alan kadro veya pozisyonlardan hangisine mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları bakımından karşılık geldiği Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilir. İhdas edilen kadro veya pozisyonlarda bulunanlara, karşılık gösterilen kadro veya pozisyonda bulunan emsali personele mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları kapsamında yapılan ödemeler aynı usul ve esaslar çerçevesinde ödenir (375 sayılı KHK: Ek madde 30).

⁸¹ Bkz. K. 2020/5, Akyel vd. Karşıoy Gerekçesi, § 20.

Karşıoy gerekçelerinin bir kısmında ilgili kuralın istihdam edilecek personelde aranacak “nitelikleri ve şartları” belirlemesinin “kamu hizmetine girme hakkına” ilişkin düzenleme mahiyetinde olduğu böylece 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.⁸²

Aynı hüküm bakımından karşıoylarda yer alan ikinci gerekçe 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırılıktır. Kararda benimsenen görüşün aksine karşıoylara göre Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca “kamu görevlilerinin nitelik ve atanmaları kanunla düzenlenmelidir”.⁸³

Diğer üyelerin gerekçelerine ilave olarak Kuz, K. 2020/30 sayılı kararda belirttiği gerekçelerle ilgili kurumun düzenlenmesinin 106. maddenin onbirinci fıkrasındaki “bakanlık” kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir (§ 4).

İlgili hususlarda verilen önceki kararlar sırasında üye olmayan Yaşar’ın karşıoy gerekçesine ayrıca bakmakta yarar vardır. Yaşar, Kuz’dan farklı olarak “kurulma” kavramının “düzenlemeyi” de içerdiğini ancak bu hükmün çoğunluk kararındaki kadar geniş yorumlanamayacağını düşünmektedir (§ 12):

Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan CBK ile kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesi düzenlemeyi de içeriyor olsa da Anayasa hükmünde memurların ve kamu görevlerinin atanmalarının esasının ya da atanmak için sahip olması gereken niteliklerin CBK ile düzenlenebileceği açıkça belirtilmemiştir. Ayrıca coğrafi bilgi sistemi uzmanı olarak atanmak için gereken niteliklerin belirlenmesi Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemine ilişkin oluşturulan teşkilatın görev ve yetkilerinin düzenlenmesinin zorunlu bir sonucu da değildir.

Görüldüğü üzere Yaşar, kadro ihdasının ve iptalinin teşkilat yapısıyla zorunlu bir bağı olabileceğini kabul eder görünmekle birlikte somut olay bakımından bu kanaatte değildir.

Sonuç olarak genellikle içinde bulunduğu grupla paralel görüşlere sahip olan Yaşar’ın denetime konu olan CBK hükümlerini, şu aşamaya değin, Kuz kadar dar yorumlamadığı anlaşılmaktadır.

“Kuralda coğrafi bilgi sistemi uzmanı ve uzman yardımcılarının mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları bakımından 375 sayılı KHK’nın ek 30. maddesi uyarınca adalet uzmanı ve adalet uzman yardımcısına denk olduğu hükme bağlanmıştır” (§ 55). Bu düzenlemenin 128. madde uyarınca kanunla yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, K. 2022/138 sayılı kararına paralel olarak hükmü “mülkiyet hakkına” ilişkin olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptal etmiştir (§ 61-62). Ayrıca aynı gerekçelerle hükümde belirtilen kişilere “huzur hakkı” verilmesine ilişkin düzenleme yapan CBK’nın 18. maddesinin (2) numaralı fıkrası da oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 104-106).

⁸² Bkz. Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 2-3; Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi § 3; Yaşar, Karşıoy Gerekçesi § 4,8.

⁸³ Bkz. Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 2-3; Gökcan, Karşıoy Gerekçesi; Kuz, Karşıoy Gerekçesi; Hakyemez Karşıoy Gerekçesi, § 4; Yaşar, Karşıoy Gerekçesi § 4,8; Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi § 2.

Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu (Kurul) ile Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Yürütme Kurulunun (Yürütme Kurulu) kuruluş usul ve esaslarını düzenleyen CBK kuralları Anayasa'nın 123. maddesi ve 104/17. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Önceki kararlarda benimsenmiş olan 123. madde ve 106. maddenin onbirinci fıkrasının sistematik yorumuna dayalı “kurulma ve düzenleme” yetkisinin bu kuralda düzenlenen Kurul ve Yürütme Kurulu açısından kullanılamayacağı ileri sürülmüştür. Zira ilgili sistematikten çıkarılan CBK ile kurulabilen ve düzenlenebilen birimler somut olaydaki teşkilata dâhil olmayan kendine özgü idari birimleri kapsamamaktadır (§ 73). Karar bu anlamda K. 2021/105 ve K. 2022/61 sayılı kararlara paraleldir (K.2021/105: § 21; K.2022/61: § 21). Sonuç olarak kural oyçokluğuyla iptal edilmiştir (§ 75).

Bu hüküm bakımından Topal, Güleç, Menteş, Bağcı ve İnce, birlikte kaleme aldıkları karşıoy gerekçesinde K. 2022/60 sayılı karardaki muhalefet şerhine atıfla yetinmişlerdir (§ 33).

Mahkeme'nin özet niteliğindeki ifadesiyle; iptali talep edilen sıradaki “kural, gerçek ve tüzel kişilerin Ulusal Coğrafi Veri Sorumluluk Matrisi kapsamındaki coğrafi verileri toplaması, üretmesi, paylaşması veya satmasına izin verilmesinde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasını mümkün kılmaktadır” (§ 82).

Kural, kişisel verilerin korumasını isteme hakkı kapsamında görülerek 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 83-86). Daha evvel aynı gerekçeyle iptal kararı verilen hükümlerden ayrılan yönü bulunmadığından detayları incelenmemiştir.

3.9.37. E. 2020/28, K. 2022/156

İncelenen ilk kural, kamuda istihdam edilen sözleşmeli personelin pozisyonlarının ihdası ve çalışmaları süresince izlenecek usul ve esaslara ilişkindir. Kural, kanunda açıkça düzenlenen hususlarda CBK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin 104/17. maddenin dördüncü cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir (§ 21-22). İlgili maddedeki “kanun” ibaresinin KHK'ları da kapsadığı görüşü bu kararda da takip edilmiştir (§ 17).

Güleç, Bağcı ve İnce karşıoy gerekçelerinde ilgili KHK hükmünün çerçeve dahi belirlemediği, içeriğe ilişkin hususları tamamen yönetmeliğe bıraktığı, dolayısıyla “kanunla açıkça düzenlenen” şeklindeki hükmün somut olayda “yönetmelikle açıkça düzenlenen” hâline dönüştüğü ileri sürülmüştür. Şerh sahiplerinin ilgili anayasal hükmü ve özelde “açıkça” ibaresini, karar gerekçesine göre daha detaylı biçimde somutlaştırıldıkları, sistematik yorum aracılığıyla lafzın sınırlarını yeniden belirledikleri ve böylece KHK hükmünün norm alanını daraltarak somut olayda CBK hükmünün konu bakımından yetki sınırlarını ihlal etmeyecek biçimde yorumladıklarını söylemek mümkündür.

Türk Standartları Enstitüsü'nde (TSE) “özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesine göre yerli ve yabancı uzmanların ve Enstitü dışından inceleme elemanlarının çalıştırılabileceğini” düzenleyen kuralın 128. ve 104. maddelere aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 34-35).

Kararda TSE'nin hukuki statüsü ele alınmış ve kamu tüzelkişiliğini haiz olduğu tespit edilmiştir. Bu çerçevede Enstitünün kadrolarının teşkilat yapısıyla zorunlu bağı olduğu ve kadro ihdasına ilişkin düzenlemenin 104/17. maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğine kanaat getirilmiştir (§ 41-42). Ayrıca istihdam edilmesi öngörülen sözleşmeli personelin geçici olarak çalıştırılacağı ve böylece süreklilik arz etmeyen görevler üstlenen personelin 128. madde kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür (§ 36).

Karşıoy gerekçesinde Arslan, geçici mahiyetteki personelin 128. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşünü benimsemekle birlikte, kuralda ücretlere ilişkin düzenleme yapıldığı gerekçesiyle hükmün “mülkiyet hakkını” ve ayrıca “çalışma hakkını” ve “sözleşme hakkını” ilgilendirdiğini belirterek kuralın 104/17. maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür (§ 3-5).

Kuz, karşıoy gerekçesinde K. 2020/25 sayılı kararda belirttiği argümanları tekrarlamıştır.

Diğer üyelerin karşıoy gerekçeleri Arslan ile aynı doğrultuda olduğundan ayrıca ele alınmamıştır. Gökcan ve Yıldırım çalışma ve sözleşme hakkına değinmezlerken Hakyemez ve Yaşar ilgili hakları da zikretmişlerdir (Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi: § 3-4; Yaşar, Karşıoy Gerekçesi: § 3).

Bu karar bakımından da Anayasa'ya uygunluğu araştırılan ölçü normların tercihinin yoruma ya da sonuca etkisi görülmektedir.

3.9.38. E. 2021/86, K. 2023/34

İptali telap edilen ilk kural kadro ihdası ve iptaline ilişkin olup çoğunluk, K. 2021/25 ve K. 2021/106 sayılı kararlara atıfla bu kararlardan ayrılmayı gerektirecek bir husus bulunmadığını ileri sürmüştür (§ 7-9).

Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz ve Hakyemez kadro ihdasına ilişkin K. 2020/25, K. 2021/25 ve K. 2021/106 sayılı kararlarda belirttikleri gerekçelerle bu kararda da karşıoy kullanmışlardır. Yaşar'ın karşıoyu diğer üyelerin de gerekçelendirdiği üzere, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırılığa dayanmaktadır.

Diğer kuralda, Tarım ve Orman Bakanlığı'na bağlı Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı bünyesinde görev yapan uzman ve uzman yardımcılarının görevlerine ilişkin düzenleme yer

almaktadır (§ 21). Düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla yapılması öngörülen konulardan olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir. Mahkeme önceki kararları –kararda K. 2022/138 sayılı karara atıf yapılmıştır- doğrultusunda bakanlık ve bağlı kuruluşlarda çalışan personelin görev ve yetkilerinin teşkilatın yapısından dolayısıyla teşkilatın kurulması ve düzenlenmesinden bağımsız olmadığını ileri sürerek kuralın 104/17. maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir (§ 22).

İptal talebinin reddi yönündeki görüşe muhalif blokun yanı sıra Menteş de katılmamıştır. Menteş karşıoy gerekçesinde ilgili düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla yapılması gerektiğini öne sürmüş, bununla birlikte K. 2022/17 sayılı kararda (43) numaralı CBK'nın 14. maddesiyle (1) numaralı CBK'ya eklenen 227/B maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptalini emsal göstererek argümanını tahkim etmiştir (§ 4)⁸⁴. Aynı atıf Yaşar'ın karşıoy gerekçesinde de bulunmaktadır (§ 10).

Son kural da kadro ihdas ve iptaline ilişkin olup ne karar ne karşıoylar bakımından ilk kuraldan ayrılan bir husus bulunmaktadır.

3.9.39. E. 2020/7, K. 2022/146

İptali talep edilen uzay teknolojileri uzmanı ve uzay teknolojileri uzman yardımcısı istihdam edilebilmesini öngören kural; kadro ihdası, kamu tüzelkişiliğinin CBK ile kurulması ve düzenlenmesi ile personelin istihdamının teşkilat yapısıyla ilişkisi ekseninde değerlendirilmiştir.

Arslan'ın karşıoyunda kuralın “personelin nitelikleri ve atanmalarını” da düzenlediği ve bu düzenlemenin “kamu hizmetine girme hakkına” ilişkin olduğu gerekçesiyle 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı olduğu; 128. madde uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken konularda çıkarıldığı ve üyenin, K. 2022/138 sayılı kararda karşıoy gerekçesinde belirttiği sebeplerle (K.2022/138: § 13-19) Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine de aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (§ 2-5).

Gökcan, karşıoy gerekçesinde Arslan ile aynı argümana dayanmakla birlikte AYM'nin daha önce K. 2020/56 sayılı kararında CBK ile “atanma usulüne” ilişkin hüküm getirilebileceğini kabul ettiğini (K. 2020/56: § 44) ancak bunun “atanmaya ilişkin esasları, görevi ve nitelikleri kapsama(dığını)” belirtmiştir (§ 2).

⁸⁴ Menteş, K. 2023/34 sayılı kararda da aynı yönde kanaat belirtmiştir. K. 2022/17 sayılı kararda belirtildiği gibi ilgili personelin görev ve yetkilerinin “yönetmelikle düzenlenme(si)” şeklindeki ibarenin üyenin görüşünde belirleyici olduğu tahmin edilebilir.

Kuz, önceki kararlar için ileri sürdüğü gerekçelerden farklı bir gerekçe sunmamıştır. Hakyemez ve Yaşar da Arslan ve Gökcan'ın ileri sürdükleri argümanları benimsemişlerdir.

Bununla birlikte istihdamı öngörülen uzay teknolojileri uzmanı ve uzay teknolojileri uzman yardımcısının “mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük hakları bakımından 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) ek 30. maddesi uyarınca adalet uzmanı ve adalet uzman yardımcısına denk olduğu” şeklindeki hüküm, K. 2022/138 sayılı kararın ilgili paragraflarında değinilen gerekçelerle (K.2022/138: § 74-79) “mülkiyet hakkına” ilişkin görülerek Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bulunmuştur (§ 48).

Türkiye Uzay Ajansı başkanının atanmasına ilişkin kuralda çoğunluk, kuralı kadro ihhası çerçevesinde değerlendirmiş ve yukarıdaki gerekçelerden ayrılmayarak iptal talebini reddetmiştir (§ 62-66). Ancak karşıoylarda “ihdas edilen kadrolara yapılacak atamalara ilişkin hususların” kanunla düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur.⁸⁵ Zira Gökcan'a göre “[...] memur ataması tüzel kişiliğin teşkilatının kurulmasının zorunlu bir sonucu değildir”. Gökcan, aynı zamanda “hukuki zorunluluklar dışında düzenleyici işlemlerle bireysel idari işlem tesisinin hukuka ve anayasal hukuk düzenine uygun olmayacağı [...]” gerekçesini de ileri sürmüştür (§ 4).

Yaşar, çoğunluğun bu kuralın iptal talebinin reddi yönündeki görüşüne farklı gerekçeyle katılmıştır. Buna göre kural, Anayasa'nın 104/9. maddesi “[...] çerçevesinde üst kademe yöneticileri bakımından getirilen istisna kapsamındadır” (Yaşar, Farklı Oy Gerekçesi).

Önceki kararlarda, çoğunlukla muhalif grupta kalan Hakyemez, bu kurala ilişkin ret kararına katılmıştır.

Karar kapsamında incelenen son kuralla, “(52) numaralı CBK ile ihdas edilen memur kadrolarına, 31/12/2020 tarihine kadar (2) numaralı CBK'nın 11. maddesine göre belirlenen atama sayısı sınırı aranmaksızın, açıktan veya naklen atama yapılabileceği düzenlenmektedir” (§ 72). AYM'nin K. 2020/56 sayılı kararında varmış olduğu CBK'lar yoluyla kurulan kamu tüzelkişiliklerinin teşkilatları, görev ve yetkileri düzenlenirken bu görevleri yürütecek personelin atama usullerinin de belirlenebileceği sonucu bu hüküm için de benimsenmiştir (§ 77). Bu bağlamda incelenen kuralın görev yapacak personelin atama usullerine ilişkin olduğu dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca CBK'larla düzenlenebilecek bir hususa ilişkin olması sebebiyle Anayasa'nın 128. maddesine ve böylece 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olmadığı ileri sürülmüş ve iptal talebi reddedilmiştir (§ 78-81).

⁸⁵ Bkz. Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 9; Gökcan, Karşıoy Gerekçesi, § 4; Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 7; Kuz, Karşıoy Gerekçesi.

Karşıoy sahibi Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz, Hakyemez ve Yaşar, kadro ihdasına ilişkin argümanlarıyla bu kuralın da iptali gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Sonuç olarak çoğunluk 123. maddenin geniş yorumlanması aracılığıyla kadro ihdasına ve iptaline, kadrolarda görev yapan personelin görev ve yetkilerine ilişkin CBK'larla düzenleme yapılabileceği yönündeki görüşünü atanma usullerini de içine alacak şekilde genişletmiştir. Kadro ihdası ve iptali hususlarında çoğunluk görüşünü benimsemeyen üyeler ise daha geniş bir yorumun sonucunda ortaya çıkan bu görüşe beklendiği şekilde şerh düşmüşlerdir.

3.9.40. E. 2020/29, K. 2022/155

İlk olarak CBK'nın 2. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 235. Maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen ikinci cümle incelenmiştir. Özetle; Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) bünyesinde sözleşmeli olarak çalışan personelin sigortalılık statüsü düzenlenmektedir. Çoğunluk ilgili düzenlemeyi aynı alanda düzenleme yapan KHK hükmü sebebiyle Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesine aykırı bulmuştur. Bununla birlikte K. 2020/5 sayılı kararda belirtildiği şekliyle CBK ile düzenlenmesine imkân tanınmayan konulara ilişkin olarak kanun yoluyla bu yetkinin tanınmasının mümkün olmadığı bu karar bakımından da tespit edilmiş olup karar oybirliğiyle alınmıştır (§ 14-16).

KOSGEB'in KOBİ uzmanı ve uzman yardımcısı çalıştırmasına ilişkin düzenleme kadro ihdası ve iptali çerçevesinde değerlendirilmiştir. Son kural, Dışişleri Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığının merkez teşkilatlarına genel müdür ve genel müdür yardımcısı kadrolarının ihdasına ilişkin olup aynı gerekçelerle iptal talepleri reddedilmiştir. Kararların, gerek karar gerekçesi gerek karşıoylar bakımından önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

Karşıoylar önceki örneklerinden ayrılmadıkları için gerekçelerin özetlenmesi yeterli olacaktır. Kadro ihdası ve iptaline ilişkin hususlar bakımından kuralın bütçe hakkıyla ve mülkiyet hakkıyla ilişkisi değerlendirilmiştir. Uzman ve uzman yardımcılarının nitelikleri ve atanmalarına ilişkin hususları düzenleyen kuralın; kamu hizmetine girme ve iş mevzuatına tâbi olarak çalışması öngörülenler bakımından çalışma hakkına ve çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin düzenleme getirdiği ileri sürülmüştür.

Yaşar, karşıoy gerekçesinde AYM'nin "kamu hizmetine girme şartlarının" kamu hizmeti kapsamında olduğu yönündeki içtihatlarına atıf yaparak kamu hizmetine ilişkin hususların çerçevesini çizmiştir (§ 5). Bununla birlikte kararda incelenen düzenlemenin kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olmadığı görüşünü benimsemekle beraber, gerekçesinde kuralın 128. madde uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olduğunu ileri sürmüştür (§ 4-11).

Bakanlıklarda müdür ve müdür yardımcısı kadrosu ihdas edilmesiyle ilgili kısım için Yaşar'ın kadro ihdasını bütçe hakkıyla ilişkilendiren AYM içtihatlarına atıf yaptığı görülmektedir. Benzer durum mülkiyet hakkı ve Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesinin tahlilinde de karşımıza çıkmaktadır (§ 14-21). Böylece Yaşar, çoğunluk kararına AYM'nin önceki içtihatlarından oluşturduğu ve diğer üyelerin karşıoy gerekçeleriyle hemen hemen örtüşen bir sistematik çerçevesinde şerh düşmüştür. Atıf yapılan kararlardan K. 2020/5 sayılı karar hariç tamamının daha eski tarihli kararlar oldukları ve CBK'lara ilişkin olmadıklarının altını çizmek gerekmektedir.

3.9.41. E. 2019/38, K. 2022/148

Kararda ilk incelenen hüküm, CBK'nın 3. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 178. maddesinin değiştirilen (6) numaralı fıkrası olmuştur. Düzenleme daha evvel de birden fazla karara konu olan “huzur hakkı” ödemelerine ilişkin olup “mülkiyet hakkına” ilişkin olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı görülmüştür (§ 7-9).

CBK'nın 13. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 451. maddesine eklenen (2) numaralı fıkra, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının “yönetim kurulunun teşkiline ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür (§ 11). Çoğunluk, ilgili düzenlemenin kamu tüzelkişiliklerinin CBK'lar ile “kurulmasına” imkân tanıyan Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Daha evvel benzer kurallar için olduğu gibi konu bakımından yetki yönünden iptalin reddi kararı Kuz'un karşıoyuyla oyçokluğuyla alınmıştır (§ 17-21). Bununla birlikte kural, CBK'lara tanınan yetkinin idareye devredilmesinin mümkün olmadığı, idareye takdir yetkisi tanınacaksa genel çerçevenin CBK'larla çizilmesi gerektiği yönündeki önceki kararlarda da belirtilen gerekçelerle içerik yönünden 123. maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 23-26).

CBK'nın 18. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 481. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan “...merkez ve taşra...” ibaresinin “...merkez, taşra ve yurtdışı...” şeklinde değiştirilmesine ilişkin hükmün “...ve yurtdışı...” ibaresinin iptali istenmiştir. Kararda Anayasa'nın 106. maddesi uyarınca “gerek bakanlıkların gerekse onlara bağlı kuruluşların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Anayasa'nın 106. maddesinin onbirinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenebileceği özel olarak belirtilen konulardandır” denilerek K. 2022/138 sayılı karara atıf yapılmış ve hem teşkilatlanmaya hem de memurların bu teşkilatlanma içindeki görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemelerin CBK'lar ile yapılabileceği görüşü ileri sürülmüştür (§ 34-35).

Bu hususta ileri sürülen karşıoy gerekçelerinin önceki gerekçelerden ayrılan bir yönü bulunmamaktadır. Yaşar, diğer üyelerden farklı bir gerekçe sunmamıştır. Bununla birlikte karşıoylarda sıklıkla öne çıkan grupta olmayan Menteş de çoğunluğa katılmamıştır. Ancak net olmamakla birlikte gerekçesi muhtemelen Anayasa'nın 106. maddesinin onbirinci fıkrasına aykırılığa ilişkindir.

CBK'nın 19. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 483. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "...ve yurtdışı..." ibaresi bakımından 106. maddenin onbirinci fıkrasında yer alan "teşkilat yapısı" kavramının yurtdışı teşkilatını da kapsadığı gerekçesiyle K. 2020/30 ve K. 2020/56 sayılı kararlara (K. 2020/30: §21; K. 2020/56: §21) paralel karar verilmiştir. Karar, Kuz'un önceki kararlarda ileri sürdüğü gerekçelere dayanan karşıoyuyla oyçokluğuyla alınmıştır (§ 46-55).

CBK'nın 21. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın başlığıyla birlikte değiştirilen 485. maddesi önceki kural gibi "yurtdışı teşkilatına" ilişkindir. Çoğunluk kararı da bu yönde önceki kural incelemesine atıfla aynı gerekçeye dayandırılmıştır (§ 61).

Konu bakımından yetki yönünden incelemede verilen bu karar Kuz'un karşıoyu ve oyçokluğuyla alınmıştır. Bu kararın karşıoyları bakımından dikkat çeken farklılık, içerik yönünden inceleme aşamasında ortaya çıkmıştır. Kuz'un farklı gerekçeyle katılması sayılmazsa çoğunluktan ayrılan tek üye olan Menteş, bu kuralın (2) numaralı fıkrasının içerik yönünden 106. maddenin onbirinci fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür: "Temel ilkeler konmadan yeterli çerçeve çizmeden belirsiz bir alan idarenin düzenlenmesine bırakılmıştır. Dava konusu kural ile Cumhurbaşkanı CBK ile düzenlemesi gereken konulardaki yetkisini idareye devretmiştir. Bu sebeple dava konusu kural Anayasa'nın 106. Maddesinin 11. Fıkrasına aykırıdır ve iptali gerekir" (Menteş, Karşıoy Gerekçesi). Görüldüğü üzere çoğunluğun gerekçesinde sistematik araca başvurarak mevzuattan seçilen içeriği kuralı daha belirli kılacak biçimde yorumlaması ve bu sebeple kuralın çerçevesinin hâlihazırda tespit edilmiş olduğu şeklindeki argümanı, Menteş tarafından kabul görmemiş ve düzenlemenin yetki devri mahiyetinde olduğu ileri sürülmüştür.

CBK'nın 27. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 561. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın ikinci cümlesi "huzur hakkı" ödemesi öngörmekte olup "mülkiyet hakkına" ilişkin düzenleme yaptığı gerekçesiyle önceki kararlara paralel biçimde oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 81-84). CBK'nın 28. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 586. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra aynı gerekçeyle iptal edilmiştir (§ 88-90).

CBK'nın geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülen diğer kurallardan farklı bir incelemeye tâbi tutulmamış olup çoğunluk ve karşıoy gerekçeleri de diğer kararlardan ayrılmamaktadır (§ 100-107).

3.9.42. E. 2022/37, K. 2023/44 ve E. 2022/35, K. 2023/35

İptali talep edilen kurallar kadro ihdasına ilişkin olup önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.43. E. 2020/34, K. 2023/25

CBK'nın 5. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın başlığı ile birlikte değiştirilen 477. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (o) bendinin "...kullanımı ücrete tâbi olan her çeşit karayolu, köprü ve tünel ücretleri, terminal kullanım ücretleri, demiryolu altyapı kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve..." bölümünün iptali; mali yükümlülüklerle ilişkin olduğu için kanunla düzenlemesi gereken bir alanda düzenleme getirdiği, kanunla açıkça düzenlenen hususlara ilişkin olduğu ve "yerel yönetimlerin özerkliğini zedeleyeceği" gerekçeleriyle iptali talep edilmiştir.

Her ne kadar kuralda tavan ve taban ücret belirlenmesine ilişkin bir yetki tanınsa da bunun ücretlerin belirlenmesi mahiyetinde bir düzenleme olduğu ve ücretlerin düzenlenmesine ilişkin daha evvel kanunla hükümler getirildiği ileri sürülerek Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesine aykırı olduğu tespit edilen kural oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 8, 15-16).

CBK'nın 6. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın başlığıyla birlikte değiştirilen 478. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi bakımından da aynı gerekçelerle karar verilmiştir, kararda farklı bir husus bulunmamaktadır (§ 17-29).

Aynı fıkranın (j) bendinde yer alan "Liman başkanlıkları idari yetki alanlarını belirlemek [...]" ibaresi aynı gerekçeyle 104/17. maddenin dördüncü cümlesine aykırı bulunarak iptal edilmiş. Karar Özkaya, Topal, Akyel, Fidan ve İnce'nin karşıoylarıyla oyçokluğuyla alınmıştır (§ 30-35). Karşıoy gerekçesinde "[...] iptali istenilen CBK kuralı ile liman başkanlıklarının idari yetki alanlarının belirlenmesi konusunda Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na bir görev verilmemiş, bakanlığa kanunla verilmiş olan bu görevin, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı adına bakanlığın hangi hizmet birimi tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir" denilerek hükmün düzenlediği konuyla kanunun düzenlediği konunun çakışmadığı ileri sürülmüştür (§ 10).

Dolayısıyla çoğunluğun "bakanlık" kavramını dar yorumlayarak CBK'ların yetki sınırını daraltmış olduğu; buna karşın karşıoy gerekçesinde "bakanlığın bir birimi" olan Denizcilik Genel Müdürlüğünün "bakanlığın" kapsamında değerlendirilmesiyle CBK'nın yetkisinin geniş tutulduğu bir yoruma başvurulduğu görülmektedir (§ 9).

CBK'nın 8. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 482. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (i) bendinde yer alan "[...] veya denetletirmek," ibaresiyle "[...] Bakanlığın hizmet birimlerinden

birisi olan Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri düzenlenmiştir. [...] kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin denetlettirilmesine dair bir düzenleme öngör(ülmektedir)” (§ 40). Kuralın iptaline yönelik talep konu bakımından yetki yönünden Anayasa’ya aykırı bulunmadığından reddedilmiştir (§ 46).

Kuralın içerik yönünden incelenmesinde Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca “[...] genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi(nin) zorunlu” olduğu kabul edilmiştir (§ 50). Bununla birlikte çoğunluğa göre kuralda öngörülen “denetleme” faaliyeti icrai bir nitelik taşımamakta ve böylece 128. madde kapsamına girmemektedir (§ 51):

Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvurulmuş diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa’ya aykırılık teşkil etmez.

Dolayısıyla söz konusu denetim 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen koşullarda üçüncü kişilerden hizmet alımıyla yapılabilecektir. Sonuç olarak Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan hukuki belirlilik de bu çerçevede sağlanmış olacaktır. Çoğunluğun bu görüşü Kuz dışındaki tüm üyelerce paylaşılmıştır (§ 53-55).

Çoğunluk gerekçesinde icrai sonuç doğurmadığı, hazırlık işlemi mahiyetinde olduğu ve bağlayıcı olmadığı belirtilen söz konusu raporların üçüncü kişilere düzenlenilmesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı argümanı önceki iki karara (K. 2015/38; K. 2020/67: § 28) atıfla güçlendirilmiştir (§ 51).

Kuz’un karşıoyunda ise çoğunluk gerekçesinde atıf yapılan iki kararın farklı sonuçlara vardıkları vurgulanmıştır. Kuz’un belirttiği şekilde bu farklılık “[...] denetimin yaptırılacağı kişilerin yetkileri ve nitelikleri ile bunlara yaptırılacak denetimin usûl ve esaslarına ilişkin çerçevenin çizilmemesi, kapsamının ve sınırlarının belirsiz olması ve bu belirsizliğin Anayasanın 2. maddesine aykırı olması [...]” şeklindeki argümana dayanmaktadır. AYM’nin bu görüşü benimseyerek iptal kararları verdiği vakalar olmakla birlikte bu kararda olduğu gibi aksi yönde sonuçlar da ortaya çıkmıştır. Kuz, kuralın belirliliğe ilişkin zikredilen şartları sağlamadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğunu savunmuştur (Kuz, Karşıoy Gerekçesi).

CBK’nın 12. maddesinin, ekli (1) ve (2) sayılı listelerin, Geçici 1. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının incelemesinin kadro ihdası ve iptaline ilişkin önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.44. E. 2019/87, K. 2022/158

İşbu karara, dava konusu CBK'nın tümünün incelenmesiyle başlanmıştır. Bu aşamada CBK ile düzenlenen alanda 7174 sayılı Kanun'un da düzenleme yaptığı ve bu sebeple kuralın Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 21). Çoğunluk, ilgili düzenlemelerin farklı hususlarda olduğu gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir (§ 27-28). Aynı şekilde çoğunluk, kuralı 104/17. maddenin üçüncü cümlesi bakımından da incelemiş olup “kurulma” ve “düzenlenme” kavramlarına ilişkin önceki argümanına dayanarak hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (§ 25). Benzer kararlarda olduğu gibi Kuz, bu hususta çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Dava dilekçesinde CBK'nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin “[...] korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarını tespit etme yetkisinin kuralla Başkanlığa verildiği, bu tespitin kişilerin taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisine etki etmesi sebebiyle mülkiyet hakkına sınırlama oluşturduğu [...] belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 35., 63. ve 104. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür” (§ 29).

Karar gerekçesinde öncelikle kural somutlaştırılarak mahiyeti ortaya ortaya konmuş, ardından Başkanlığa tanınan görev ve yetkinin “mülkiyet hakkını” sınırlandığı sonucuna ulaşılmıştır. Böylelikle kural, önceki kararlara paralel biçimde Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesine aykırı görülerek oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 30-38).

Aynı fıkranın (j) bendinin “kamulaştırma” işlemleri öngörmesi sebebiyle yine “mülkiyet hakkına” ilişkin düzenleme yaptığı kabul edilmiş ve kuralın oybirliğiyle iptaline karar verilmiştir (§ 39-44).

İptal talebinde fıkranın (n) bendinde öngörülen “idari para cezalarının tespiti ve uygulanması” işlemlerinin mülkiyet hakkını sınırlandığı ileri sürülse de (§ 47) kararda, düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesinde pozitifleşen “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gereği 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptaline karar verilmiştir (§ 49-51).

Fıkranın (n) bendinin kalan kısmının kanunla açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olup olmadığı tartışılmıştır. 7174 sayılı Kanun'un CBK ile ilgili görülen hükmü incelenmiştir. Bu hükmün idari para cezaları için alt ve üst sınır getirdiği, cezanın miktarının belirlenmesini yönetmeliğe bıraktığı; CBK hükmününse uygulamanın hangi merci tarafından yapılacağını belirlediği gerekçesiyle bu kısım 104/17. maddenin dördüncü cümlesine aykırı bulunmamıştır (§ 52-57).

Kuz, bu kural bakımından Anayasa'nın 123. maddesi kapsamında önceki kararlarda ileri sürdüğü gerekçelerle çoğunluğa katılmamıştır.

CBK'nın 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası "istihdam edilecek başkan yardımcılıklarına atanmaya ilişkin usul ve esasları" düzenlemekle birlikte birtakım atanma şartları da içermektedir (§ 64-65). Kural, "kamu hizmetine girme hakkı" çerçevesinde değerlendirilmiş; kuralda öngörülen niteliklerin bu hakka ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olduğundan bahisle iptaline oybirliğiyle karar verilmiştir (§ 69-72).

CBK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; (a) bendinin (8) numaralı alt bendinde yer alan "[...] yıkma veya yıktırma işlemlerini yürütmek" ibaresinin "mülkiyet hakkına" ilişkin düzenleme içerdiği gerekçesiyle iptali talep edilmiştir (§ 75). Karar gerekçesine göre dava konusu kural, "[...] CBK ile düzenlenemeyecek olan hak ve ödevlere ilişkin bir hüküm içermemekte, Başkanlığın 7174 sayılı Kanun'da ve bu Kanun'un atfı ile uygulanan diğer kanunlarda düzenlenen yıkma veya yıktırma hususlarındaki görev ve yetkisinin Başkanlık içinde hangi birim tarafından yerine getirileceğini belirlemektedir" (§ 81). Sonuç olarak Kuz'un karşıoyu ve oyçokluğuyla iptal talebi reddedilmiştir (§ 84).

Kuz, 123. madde kapsamında önceki kararlarda ileri sürdüğü gerekçelerle çoğunluğa katılmamıştır. Karar diğer üyelerin tamamının müttefik olmaları bakımından mülkiyet hakkına ilişkin değişen eğilimin yasal materyalden bağımsız olarak ve kategorik biçimde ortaya çıkmadığına işaret etmektedir. Bilakis somut olayda görüldüğü üzere norm alanları tespit edilmiş ve düzenlemenin mülkiyet hakkını düzenleyen norm alanına dâhil olmadığı kararına varılmıştır.

CBK'nın 7. maddesinin (1) numaralı fıkrası, "Başkanlık hizmetlerinin 375 sayılı KHK'nın ek 28. maddesine göre iş mevzuatı kapsamında istihdam edilen personel eliyle yürütülmesini öngörmektedir" (§ 111). Çoğunluk, personel istihdamına ilişkin 123. maddenin geniş yorumuna dayanan görüşünü sürdürmüş ve iptal talebini reddetmiştir (§ 115-120).

Buna karşın Arslan, karşıoy gerekçesinde kuralın, "istihdam edilecek personele yapılacak ödemelerin atıf yoluyla da olsa belirlenmesini kapsadığı için mülkiyet hakkını düzenleyen bir CBK hükmü mahiyetinde" olduğunu ileri sürmüş ve K. 2022/156 sayılı karardaki gerekçesine atıf yapmıştır. Yine aynı kararda değerlendirdiği gibi kuralın aynı zamanda "çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğünü de ilgilendirdiğini" ileri sürmüştür (§ 5-7).⁸⁶

Gökcan'ın karşıoy gerekçesinde Arslan'ın mülkiyet hakkına ilişkin argümanı paylaşılacak birlikte ilgili kuralın 375 sayılı KHK ile verilen yetkiye atıfla düzenleme yapmasının CBK'ların ilk elden düzenleme yapma niteliğiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür (§ 2).

⁸⁶ Bkz. K.2022/156, Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 3-4.

Diğer karşıoylar farklılık arz etmemektedir.

CBK'nın 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası “[...] 7174 sayılı Kanun’un 6. maddesi uyarınca Başkanlığa aktarılacak gelirlere ilave olarak Başkanlığın gelir kalemlerini belirlemektedir” (§ 132). Kuralın mezkûr kanun maddesine ekleme yaptığı gerekçesiyle iptali talep edilmiştir (§ 135). Kararda çoğunluk tarafından genellikle geniş yorumlanan 123. maddenin “[...] gelirlerinin belirlenmesi hususu bir kamu tüzel kişiliğinin teşkilatlanmasının zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilemez” şeklindeki tespit uyarınca sınırlandırıldığını söylemek mümkündür (§ 136-138). Kural, Anayasa’nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 140).

CBK'nın 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “yok hükmünde olduğuna” hükmedilmesi talep edilmiş ve bu talep farklı gerekçeler benimsenmekle birlikte oybirliğiyle reddedilmiştir (§ 141-147). Bu karar bakımından çalışma açısından önem arz eden bir husus bulunmamaktadır.

3.9.45. E. 2023/38, K. 2023/39

İptali talep edilen kuralın, şekil bakımından Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 10). Mahkeme daha evvel belirlemiş olduğu şekil şartlarını tekrarlamış ve önceki karardan ayrılmamıştır. Karar oybirliğiyle alınmıştır (§ 11-18).

Konu bakımından yetki yönünden inceleme aşamasında kadro ihdası öngören kuralın önceki kararlara paralel şekilde değerlendirildiği görülmektedir (§ 21-28). Bu bakımdan kararın ve karşıoy gerekçelerinin farklı bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.46. E. 2020/89, K. 2023/85

CBK'nın 9. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın başlığı ile birlikte değiştirilen 172. maddesinin (3) numaralı fıkrasının “[...] devletin özel gelirlerinin bütçelenmesi işlemlerine ilişkin olduğundan kanunla düzenlenmesi gerektiği, devletin özel gelirlerinin 5018 sayılı Kanun’un 39. maddesinde açıkça düzenlendiğinden aynı konuda CBK çıkarılamayacağı [...]” gerekçesiyle iptali talep edilmiştir (§ 7). İnceleme sonucunda düzenleme Anayasa’nın 104/17. maddenin dördüncü cümlesine aykırı bulunarak oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 8-15).

CBK'nın 13. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın başlığı ile birlikte değiştirilen 700. maddesinin (5) numaralı fıkrası huzur hakkı ödenmesine ilişkin olup kararda önceki kararlara atıf yapılmış ve önceki kararlardan ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığı belirtilmiştir. Kural oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 16-22).

CBK'nın 15. maddesiyle Ekli Liste’de yer alan kadroların ihdas edilerek (2) numaralı CBK’nın Eki (I) Sayılı Cetvel’in Meteoroloji Genel Müdürlüğü Bölümüne Eklenmesi şeklindeki düzenleme

kadro ihdasına ilişkin olup karar gerekçesi ve karşıoylar bakımından kararın önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır (§ 24-35).

3.9.47. E. 2020/54, K. 2022/165

CBK'nın 5. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 227/B maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının “kamu görevlilerinin mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük haklarının münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği” gerekçesiyle iptali talep edilmiştir (§ 4). Kural önceki kararlara paralel biçimde “mülkiyet hakkına” ilişkin olduğu gerekçesiyle 104/17. maddenin ikinci ve üçüncü cümleleri uyarınca oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 9).

CBK'nın 7. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 229. maddesinin değiştirilen (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin personel istihdamına dolayısıyla “kamu hizmetine girme hakkına” ilişkin düzenleme getirdiği ve düzenlemelerin 128. madde uyarınca kanunla yapılmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir (§ 17). Kararın bu husustaki önceki kararlardan karar gerekçesi ve karşıoy bakımından ayrılan bir yönü bulunmamaktadır (§ 18-25). Bununla birlikte kural, karşıoylara göre ilgili personelin “[...] mesleğe giriş şartlarına ve niteliklerine, diğer yandan da bunların atanmalarına ilişkin hususları düzenlemektedir” (Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 4).

İstihdama ilişkin diğer kararlardan farklı olarak K. 2022/158 sayılı kararda olduğu gibi çoğunluk görüşünde Anayasa'nın 106. maddesinin sair kadro ihdası kararlarında yorumlandığından daha geniş yorumlanmış olduğunu diğer bir deyişle mesleğe giriş şartları ve niteliklerini düzenlemekle “kamu hizmetine girme hakkına” ilişkin düzenlemelerin norm alanına girebilecek mahiyette bir norm alanı belirlendiğini söylemek mümkündür.⁸⁷

CBK'nın 8. maddesiyle (1) numaralı CBK'ya eklenen 238/A maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinde Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde kurulan Mükellef Hakları Kurulunun bilgi toplamasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde önceki kararlarda olduğu gibi bilgi toplayacak merciin görev alanı dikkate alınmıştır. Buna göre Kurulun “[...] söz konusu görev ve yetkilerin kullanımının önemli ölçüde, belirli verilerin işlenmesi ile buna ilişkin iş ve işlemlerin yerine getirilmesini de gerektirdiği [...]” tespiti yapılmıştır. Böylece düzenlemenin kişisel verilerin toplamasını gerektirecek mahiyette olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesine aykırı olduğuna kanaat getirilmiş ve oybirliğiyle iptaline karar verilmiştir (§ 38-46).

CBK'nın 8. maddesiyle (1) numaralı CBK'ya eklenen 238/A maddesinin (4) numaralı fıkrası Mükellef Hakları Kurulunda görev yapanlara “huzur hakkı” ödenmesine ilişkin düzenleme

⁸⁷ K. 2022/138, § 58.

yapmaktadır. Kural, aynı konuda önceki kararlarda dayanan mülkiyet hakkına ilişkin gerekçeyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 48-52).

CBK'nın 9. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın altıncı kısmının yedinci bölümüne eklenen Geçici 1. madde, bakanlıkların kurulması ve düzenlenmesi çerçevesinde bir düzenleme getirmektedir. Kararın, karar gerekçesi ve karşıoylar bakımından önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır (§ 61-66).

CBK'nın 20. maddesiyle Ekli Listede yer alan kadroların ihdas edilerek (2) numaralı CBK'nın Ek (I) sayılı Cetvel'in ilgili bölümlerine eklenmesi de kadro ihdası bakımından önceki kararlardan ayrılmamaktadır (§ 69-76).

CBK'nın 21. maddesiyle (43) numaralı CBK'nın Geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin değiştirilmesine ilişkin incelemede ünvanları geçen kamu personelin atanmalarına dair düzenleme yapılmıştır. Karar gerekçesinde "Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla hazine ve maliye başmüfettişi, hazine ve maliye müfettişi ile hazine ve maliye müfettiş yardımcısı kadrolarına atanabilme şartlarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir" denilerek "atanma şartlarının" CBK ile düzenlenemeyeceği yönünde karar verilmiştir (§ 83). Kural, 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırı olduğu gerekçeyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 86).

3.9.48. E. 2021/25, K. 2023/104

CBK'nın 1. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 234. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrası "[...] (1) numaralı fıkra kapsamında geri ödemeli olarak sağlanacak destekler ile erken ödemelerin İcra Komitesi tarafından belirlenen usul ve esaslar doğrultusunda teminatlı veya teminat alınmaksızın verilebileceğini düzenlemektedir" (§ 6).

Karar gerekçesinde sistematik yorum unsuruna başvurularak Anayasa'nın 161. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "kamu kurumlarının harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı" belirtilmiş, 5018 sayılı Kanun'a ekle cetvellerde yer aldığı için KOSGEB'in merkezi yönetim bütçesine dâhil olduğu tespit edilmiştir (§ 12-13). Bütçe ve bütçe hakkı önceki kararlara atıfla tanımlanmıştır (§ 14-15). Bunun sonucunda "[...] bir kurumun belirli mali kaynaklara sahip olması o kaynakları doğrudan kullanabilme hakkını beraberinde getirmemekte, kurum ancak bütçe kanunu ile bu yetki ve izne sahip olabilmektedir" sonucuna varılmıştır (§ 16). Yine önceki bir karara atıfla (K.2023/63: § 62) "[...] bütçe kanunu ile kullanılmasına izin verilen mali kaynakların (kamu kaynaklarının) hangi usul, esas ve ilkeler çerçevesinde kullanılabileceği bütçenin uygulanmasıyla ilgili bir meseledir" denilerek düzenlemenin mahiyeti belirlenmiş ve bu özellikte bir düzenlemenin 161. madde uyarınca kanunla

getirilmesinin zorunlu olduğu ileri sür÷lmüştür (§ 17-18). Kural, Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle İnce'nin karşıoyu ve oyçokluğuyla iptal edilmiştir (§ 19).

İnce, karşıoy gerekçesinde karar gerekçesinde anılan karardaki karşıoyuna atıfla yetinmiştir. Bununla birlikte K. 2023/63 sayılı karar bu kısım kalem alındığı sırada henüz yayımlanmadığı için değerlendirme yapılamamıştır.

CBK'nın 2. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 555. maddesine eklenen (6) numaralı ve CBK'nın 3. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 556. maddesine eklenen (7) numaralı fıkraları, huzur hakkı ödemesi öngörmektedir; mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme yaptığı gerekçesiyle 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı görülerek oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 20-26). Aynı hususta verilen önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

CBK'nın 4. maddesiyle (4) numaralı CBK'nın 561. maddesine eklenen (5) numaralı fıkra TSE'nin özel bilgi ve uzmanlık gerektiren işlerinde sözleşmeyle personel istihdam edilebilmesini öngörmektedir (§ 34). Kararda kadro ihdası ve istihdama ilişkin hususlarda önceki kararlardan ayrılan bir husus bulunmamaktadır. Karar, Arslan, Gökcan, Yıldırım, Kuz ve Hakyemez'in karşıoyları ve oyçokluğuyla alınmış olup bu grupta yer alması beklenen Yaşar'ın bu kararda imzası yoktur (§ 33-34).

Karar gerekçesinde farklılık görülmemekle birlikte Arslan'ın istihdam edilecek personelin ücretlerine ilişkin düzenlemenin mülkiyet hakkıyla bağlantılı olduğu ve düzenlemenin ilgili KHK'ya atıfla yetindiğı dolayısıyla KHK hükmü dışında düzenleme getirmediğı ve bunun zorunlu sonucu olarak Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesine aykırı olduğunu ileri sürdüğünü belirtmek gerekir (§4-6). Gökcan ve Yıldırım da aynı görüşü benimsemiş ve hükümle KHK düzenlemesindeki sınırlamalara yer verilmeyerek düzenlemenin kapsamının genişletildiğini ileri sürmüşlerdir.⁸⁸

3.9.49. E. 2018/149, K. 2022/163

CBK'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle (1) numaralı CBK'nın başlığı ile birlikte değiştirilen 263. maddesinin “(1) numaralı fıkrasında İçişleri Bakanlığının (Bakanlık) hizmet birimi olarak teşkilatlanmış Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğünün (Genel Müdürlük) görev ve yetkileri düzenlenmiştir” (§ 4). Aşağıda fıkranın diğer bentlerine ilişkin kararlar değerlendirilmekle birlikte aynı hususta aynı gerekçelerle aynı yönde ve aynı çoğunlukla karar alınan kısımlar tekrar ele alınmamıştır.

⁸⁸ Bkz.Gökcan, Karşıoy Gerekçesi; Hakyemez, Karşıoy Gerekçesi, §4-6; Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 2.

Mezkûr fıkranın (a) bendinde yer alan “[...] kayıtlarını tutmak [...]” ibaresi kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş olup Genel Müdürlüğün görevlerine ilişkin toplayacağı kayıtların kişisel veri niteliğinde olacağı kabul edilmiştir. Bu gerekçeyle kural 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı bulunarak İnce’nin karşıoyu ve oyçokluğuyla iptal edilmiştir (§ 9-14).

İnce karşıoy gerekçesinde Anayasa’nın 104/17. maddesinde konu bakımından yetki yönünden öngörülen koşulların özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen hususları düzenleyen CBK’lar için de aranması gerektiği fikrini paylaşmaktadır. Ancak bunun CBK’lara ilişkin diğer hükümlerle birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir (§ 7). İnce, AYM’nin K. 2020/5 sayılı kararında da (K. 2020/5: § 25) kabul edilen bu hususu, gerekçesinin devamında işbu kural bakımından değerlendirmiştir. Buna göre İnce, sözünü ettiği sistematik yorum için Anayasa’nın 106. maddesinin onbirinci fıkrasını kullanmaktadır (§ 8).

Önceki kararlardan hatırlanacağı üzere “bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” (1982 Anayasası: 106/11) şeklindeki hüküm 104/17. maddenin üçüncü cümlesi bakımından istisna oluşturmaktadır. İnce, bu hükme dayanarak ilgili düzenlemenin CBK ile yapılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmış ancak yukarıda belirttiği genel koşullardan 104/17. maddenin ikinci cümlesinin bu aşamada nasıl yorumlanacağıyla ilgili bilgi vermemiştir. İnce, ikinci cümle bakımından bir değerlendirmeden çok üçüncü cümle için belirlenen istisnanın ikinci cümlelerin norm alanına girebileceği düşünülen kişisel verilere ilişkin düzenlemeleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması yoluna gitmiştir (§ 8-14).

263. maddenin (1) numaralı fıkrasının bentleri bağlayan hükmü ile (a) bendinin “[...] kayıtlarını tutmak,[...]” ibaresi dışında kalan kısmında yapılan düzenlemeler Mahkeme’ye göre “[...] 5253 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen iş ve işlemlerini yürütmekle görevli ve yetkili hizmet biriminin belirlenmesinden ibaret olup bu itibarla Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki hak ve ödevlere ilişkin bir düzenleme içermemektedir” (§ 17). Bu nedenle iptal talebi oybirliğiyle reddedilmiştir (§ 22).

263. maddenin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi “Genel Müdürlüğü hem anılan kurum ve kuruluşların denetiminin yapılması hem de 5253 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre verilen her türlü izin ve faaliyetin denetiminin yapılması hususlarında görevli ve yetkili kılmaktadır” (§ 85). Mahkeme, düzenlemeye “örgütlenme özgürlüğü” çerçevesinde yaklaşmış ve daha önce verilen bireysel başvuru kararlarına atıfla düzenlemede yer alan, izin ve faaliyetleri denetlenecek kuruluşların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir (§ 87). Buna göre “dernek kurma özgürlüğüne” ilişkin

sınırlama mahiyeti taşıyan düzenleme 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle Fidan ve İnce'nin karşıoyu ve oyçokluğuyla iptal edilmiştir (§ 90).

İnce'nin karşıoy gerekçesi önceki karşıoy gerekçesine atıfla yapılmış olup, önceki gerekçeden ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

Fidan ise karşıoy gerekçesinde ihdas edilen kuralın norm alanını tespit etmiş ve “dernek kurma özgürlüğünü” somutlaştırarak bu iki hususun çakışmadıklarını ileri sürmüştür. Diğer bir ifadeyle kuralla getirilen düzenlemeler ilgili hürriyeti sınırlandırmamaktadır (§ 5):

Kurala göre; bir dernek, vakıf veya kâr amacı gütmeyen kuruluşların kurulmasına izin verilip verilmemesi tartışma konusu değildir. Anılan kural; dernek, vakıf veya kuruluşlara verilen izin ve faaliyetlerinin denetimini yapmakla sınırlıdır. Herhangi bir müeyyide veya yaptırım uygulaması yetkisini içermediği gibi faaliyetin denetiminin ilgili dernek, vakıf veya kuruluşun tüzüğünde belirtilen amaçlara göre yapılıp yapılmadığını değerlendirmekle sınırlıdır. Kural, Anayasa'nın 33. maddesindeki “Dernek kurma hürriyeti”ne yönelik bir müdahale olarak görülemeyeceği gibi, anılan hükümdeki hürriyetleri sınırlandıran veya düzenleyen bir ibare de içermediği dikkatten kaçmamalıdır.

Bununla birlikte Fidan'ın ikinci argümanı, dernek kurma özgürlüğünü sınırlandırmadığını ileri sürdüğü kuralda yalnızca görev dağılımı yapıldığı şeklindedir. Fidan'a göre kuralla “5253 ve 5335 sayılı Kanunlarla İçişleri Bakanlığı'na verilen görevin Sivil Toplumla İlişkiler Genel müdürlüğüne yerine getirileceği düzenlenmiştir”. Dolayısıyla Fidan'a göre kural, İçişleri Bakanlığı'na verilen görevin hangi idari birim tarafından yapılacağının düzenlenmesinden ibarettir (§ 6).

“[...] 263. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendi Genel Müdürlüğe aynı fıkranın (a) ve (b) bentlerinde belirtilen kuruluşların yönetici veya üyelerinin yasalara aykırı faaliyetleri hakkında ilgili kuruluşlarla iş birliği içinde çalışarak gerekli işlemleri yapma görev ve yetkisi verilmiştir” (§ 95). Kural, Anayasa'nın 104/17. maddesinin dördüncü cümlesi bakımından incelenmiş ve kanunla açıkça düzenlenen bir konuda düzenleme yaptığı gerekçesiyle İnce'nin karşıoyu ve oyçokluğuyla iptal edilmiştir (§ 97-101).

İnce'nin, karşıoy gerekçesinde aykırılığa sebep gösterilen 5253 sayılı Kanun'un 33. maddesinin üçüncü fıkrasında “[...] idari yaptırımlara hangi merci tarafından karar verileceğinin düzenlendiği [...]” buna karşılık “dava konusu kuralla Genel Müdürlüğe verilen yasalara aykırı faaliyetler hakkında ilgili kuruluşlarla iş birliği içinde çalışarak gerekli işlemleri yapma görev ve yetkisinin düzenlendiği” ifade edilmiştir. Bu sebeple kuralın, 104/17. maddenin dördüncü cümlesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürmüştür (§ 45). İnce'nin norm alanını nasıl belirlediği ve ilgili mevzuatın lafzi unsurunu nasıl değerlendirdiğine ilişkin daha fazla detay bulunmamaktadır.

263. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi Genel Müdürlüğü bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmakla yükümlü kılmaktadır (§ 102). Kural, Anayasa'nın 106. maddesinin onbirinci fıkrası çerçevesinde incelenerek 104/17. maddenin başta üçüncü cümlesi olmak üzere tüm cümlelerine uygun bulunmuştur. İçerik bakımındansa bakana tanınan yetkinin genel çerçevesinin, Genel Müdürlüğün hizmet alanının belirlenmiş olmasından bahisle çizildiği, dolayısıyla hukuki belirsizliğe yol açacak özellikte olmadığı ileri sürülmüştür (§ 107-109). Karar, oybirliğiyle alınmış ve iptal talebinin reddi yönünde olmuştur (§ 110).

Ardından maddenin (2) numaralı fıkrasının incelenmesine geçilmiştir. Bu aşamada “[...] kayıtlarını tutumak [...]” ibaresi çerçevesinde yapılan değerlendirmelere başvurulduğu görülmektedir (§ 112). Ayrıca Genel Müdürlüğün taşra teşkilatına ilişkin hüküm incelenmiştir. Bu hüküm bakımından da teşkilatların kurulması ve düzenlenmesine ilişkin 106. madde çerçevesinde yapılan değerlendirmelerden ayrılan bir husus bulunmamaktadır (§ 115-118).

CBK'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendiyle (1) numaralı CBK'nın Altıncı Kısım'ının Sekizinci Bölümü'ne eklenen Geçici 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte İl Dernekler Müdürü kadrosunda bulunanların görevleri sona erer [...]” şeklindeki ibaresinin incelenmesinde kadro ihdasına ilişkin önceki kararlardan ayrılan bir husus bulunmamaktadır (§ 131-141).

CBK'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendiyle (1) numaralı CBK'nın 504. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın birinci cümlesi, “[...] bakan yardımcısı kadrolarına atananların varsa emeklilik veya yaşlılık aylıklarının kesilmeyeceğini hüküm altına almaktadır” (§ 144). Kararın mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme yaptığı gerekçesiyle iptal edilen kuralların ele alındığı kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

CBK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle (3) numaralı CBK'nın 3. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan “[...] en az üç yıl [...]” ibaresinin madde metninden çıkarılmasıyla rektörlerin atanma kriterine yönelik bir değişiklik öngörülmüştür.

Kural, Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı ve yükseköğretim kurumlarına ilişkin 130. maddesi ile “üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler” şeklindeki 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasının birlikte ele alınmasıyla sistematik bir incelemeye tâbi tutulmuştur. Buna göre düzenlemenin kamu hizmetine girişte aranacak nitelik ve şartlara ilişkin olduğu (§ 166) ve 130. maddede rektörlerin atanmalarının “kanunun belirlediği usul ve esaslara göre [...]” yapılması gerektiği tespit edilmiştir (§ 165). Bununla birlikte ilgili mevzuat uyarınca üst düzey kamu yöneticisi olduğu kabul edilen rektörlerin (§ 149-155), 104. maddenin dokuzuncu fıkrası

uyarınca “atanmalarına ilişkin usul ve esasların” CBK ile düzenleneceği kabul edilmiştir. Böylece kural, aykırı olduğu ileri sürülen 104/17. maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bulunmamış ve iptal talebi oyçokluğuyla reddedilmiştir (§ 172).

Çoğunluğa katılmayan üyeler; Arslan, Gökcan, Yıldırım, Hakyemez ve Menteş olmuşlardır.

Görüldüğü üzere çoğunluk konu bakımından yetkiye ilişkin inceleme sırasında 104. maddenin dokuzuncu fıkrasını özel hüküm mahiyetinde görmüş, yükseköğretim kurumlarına ilişkin düzenlemeler öngören 130. maddeyi genel hüküm olarak değerlendirmiştir. Buna karşın Arslan, karşıoy gerekçesinde bu argümanın tam tersini; 130. maddenin üniversitelere ilişkin özel hüküm olduğunu 104. maddenin ise 128. maddenin istisnası olduğunu ve 130. madde karşısında özel hüküm mahiyetinde olmadığını ileri sürmektedir (§ 10-12).

Arslan gerekçesini anayasa koycunun amacına atıfla tahkim etmektedir. Başkana göre normun ihdasında rektörlerin atanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne paralel bir amaç olmuş olsaydı, anayasa koyucu bunu Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu örneklerinde olduğu gibi ayrıca düzenleyebilirdi (§ 13). Arslan’a göre çoğunluk kararının aksine üniversitelerin özerkliğine ilişkin yaklaşımın bir sonucu olarak: “Anayasa üniversite özerkliğini korumaya yönelik temel ilke ve esasları belirlemiş, bilhassa yürütmenin bu özerkliğe zarar vermesini önlemek amacıyla da bazı hususların düzenlenmesini kanun koyucuya bırakmıştır” (§ 14). Arslan’a göre üniversitelerin 130. madde uyarınca kanunla kurulması zorunluluğu aynı zamanda üniversitelerin organlarının belirlenmesini de kapsamaktadır (§ 15).

Bununla birlikte kural, çoğunluğun da kabul ettiği şekilde kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenleme mahiyetindedir (§ 16). Bunun zorunlu bir sonucu olarak çoğunluğun ileri sürdüğünün aksine Arslan’a göre 2547 sayılı Kanun’da yapılan değişiklik rektör atamasına ilişkin düzenleme içermektedir. Şartlarda değişiklik yapılması ya da şartların birbirlerine uymaması ilgili düzenlemelerin aynı hususta olmadığı anlamına gelmediği gibi kuralların birbirlerinin yokluklarında uygulanacaklarından da şüphe yoktur (§ 19-21).

Gökcan’ın ve Yıldırım’ın karşıoy gerekçeleri Arslan’ın gerekçelerine paralel olmakla birlikte şerhlerde daha ziyade bilimsel özerklik vurgusuyla yetinilmektedir. Yıldırım, “özerklik” kavramının kelime anlamına başvurarak özerkliğin “[...] kurumsal olarak kendi kendini yönetme hakkını da içer(diği)” sonucuna varmıştır. Ayrıca yüksek yargı organlarının başkanlarıyla rektörleri mukayese

ederek özel ve genel hükümler arasındaki ilişkiyi abartma yoluyla⁸⁹ görünür kılmaya çalıştığı da söylenebilir (§ 5-6).

Hakyemez de aynı argümanları benimsemekle birlikte Arslan gibi üniversitelerin özerkliğine ilişkin Anayasa'nın sistematığına ve bu özerkliğin ardında yatan kabullere; diğer bir deyişle argüman zincirinin bir önceki halkasına ilişkin tespitlerde bulunmaktadır (§ 9):

Burada ayrıca vurgulamak gerekir ki yukarıda da değinildiği üzere ayrı kamu tüzelkişiliği ve özerkliği gereğince yerinden yönetim esasına göre çalışmaları ve merkezi idare dışında örgütlenmeleri aynı zamanda üniversite rektörlerinin atanması ile ilgili şartların belirlenmesinde de münhasıran kanun koyucunun düzenleme yapması gerektiği sonucuna ulaşmayı zorunlu kılmaktadır. Esasında yükseköğretim kurumlarının düzenlendiği Anayasa'nın 130. maddesinde rektörlerin atanması konusu yanında diğer birçok fıkra da belirtilen hususlardaki düzenlemelerin münhasıran kanunla yapılması gereğine vurgu yapılıyor olması da üniversitelerin bu özel konumuyla izah edilebilir.

Menteş'in karşıoyu ise diğerlerinden farklı bir gerekçe barındırmaktadır. Üyeye göre Anayasa'nın 70. maddesi kamu hizmetinde bulunacakların “görevin gerektirdiği niteliklere göre” atanmasını gerektirmektedir. Mentesh'e göre “Görevin gerektirdiği nitelik kamu hizmetlerinin genel bir ilkesi olan liyakat esası üzerinde belirginleşir. Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte yorumlandığında liyakati esas almayan bir düzenlemenin kamu yararını amaçladığı söylenemez” (§ 4). Mentesh, 130. maddeyi ve AYM'nin üniversitelere ve öğretim elemanlarına ilişkin daha evvel verdiği kararları birlikte değerlendirerek üniversitelerin özerkliğine ilişkin bir çerçeve ortaya koymaktadır. 130. maddenin “gerekçesinde ise, yasaya bırakılan konuların bilimsel özerklik ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır” diyerek kanunla yapılacak düzenlemelerin dahi bu perspektiften yapılması gerektiğini belirtmektedir (§ 5). Üye, “Hukuk devleti ilkesinin gereği ve Anayasa'nın 130.,70. maddeleri uyarınca liyakat esasının sağlanabilmesi için atanma usul ve esaslarının kanun ile açıkça düzenlenmesi gerekmektedir” sonucuna ulaşmıştır (§ 5).

Menteş'in karşıoyu konu bakımından yetki yönünden değil içerik yönünden inceleme niteliğindedir. “[...] en az üç yıl [...]” ibaresinin çıkarılmasının düzenlemeyi tek başına “liyakat esas alınmayan” hâle getirip getirmeyeceği tartışılmamış diğer bir deyişle kullanılan ifadeler somutlaştırılmamıştır. Bu husus çoğunluk tarafından da değerlendirilmiştir (§ 176-179). Çoğunluk, üç yıl görev koşulundan bağımsız olarak profesör olarak atanmış olmanın belirli ölçüde liyakat gerektirdiğini kabul etmiştir (§ 178). Ayrıca kuralın ihdasında “[...] kamu yararı amacı dışında kişisel veya siyasi saiklerle hareket edildiği yolunda herhangi bir bulguya rastlanmadığından kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır” denilerek aksi yönde bir sonuca ulaşmıştır (§ 179).

⁸⁹ Yıldırım, yargının bağımsız olduğunu buna karşın yükseköğretim kurumlarının özerk olduğunu ve bu iki kavramın aynı anlama gelmediğini belirtmektedir. Bkz. Yıldırım, Karşıoy Gerekçesi, § 6.

Bununla birlikte diğer üyelerle Menteş'in argümanlarının önanlayış noktasında ortaklaştıklarını, diğer bir deyişle karşıoy sahibi üyelerin tamamının üniversitelerin özerk olması gerektiği yönündeki temel kabule dayandıklarını söylemek mümkündür.

CBK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle (3) numaralı CBK'nın 3. maddesine eklenen (7) numaralı fıkrası, TÜBİTAK yönetim kurulu üyeliklerine yapılacak atamalara ilişkin düzenleme getirmektedir ve kural uyarınca atamalarda "kamuda en az 5 yıllık hizmeti bulunmak" şartının aranmaması öngörülmektedir (§ 184-185). Yukarıdaki kural açısından önem arz eden 70. ve 128. maddeler bu kural bakımından da dikkate alınmış, aynı şekilde üst kademe yöneticiliği olduğu kabul edilen TÜBİTAK yönetim kurulu üyeliğinin 104. maddenin dokuzuncu fıkrası kapsamında olduğu böylece söz konusu düzenlemelerin CBK ile yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür (§ 190-191). Karar, yükseköğretim kuruluşlarına ilişkin özel hâl ve düzenlemelerin TÜBİTAK için bulunmaması sebebiyle oybirliğiyle alınmış ve iptal talebinin reddi yönünde olmuştur (§ 193).

CBK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle (4) numaralı CBK'nın Onbeşinci Bölümü'ne eklenen Geçici 1. maddesi; Anayasa'nın 128. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Söz konusu helal akreditasyon uzmanlığı kadrosuna yapılacak atamalarda aranacak nitelik ve atanma usul ve esaslarının CBK ile belirlenmesinin 104/17. maddenin üçüncü cümlesine aykırı olduğu tespit edilmiştir (§ 204-207). İptal kararı oybirliğiyle alınmıştır.

3.9.50. E. 2023/72, K. 2023/75

İptali istenen düzenlemelerden ilki kadro ihdasına ilişkin olup kararın önceki kararlardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır. Karar oyçokluğuyla alınmıştır (§ 7-12).

İkinci kural, kadroların "mali, sosyal ve diğer özlük" haklarını düzenlediği gerekçesiyle Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bu yöndeki karar önceki içtihatlarda "mülkiyet hakkı" ile mali haklar arasında var olduğu kabul edilen bağlantı ve "diğer özlük" haklarının 128. madde uyarınca düzenlenmesi gerektiği argümanı ile uyumlu biçimde alınmıştır (K. 2023/138: § 74-78; K. 2022/146: § 48). Bu hususta da önceki kararlardan ayrılan bir yön bulunmamaktadır. Karar oybirliğiyle alınmıştır (§ 22-24).

3.9.51. E. 2022/38, K. 2023/80

Kadro ihdası şeklindeki vaka, gerekçeler ve karşıoylar bakımından K. 2023/75 sayılı kararda ele alınan ilk kural ile işbu kural aynı özellikleri taşımaktadır. Kararın önceki karardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.52. E. 2022/92, K. 2023/81

Kadro ihdası şeklindeki vaka, gerekçeler ve karşıoylar bakımından K. 2023/75 sayılı kararda ele alınan ilk kural ile işbu kural aynı özellikleri taşımaktadır. Kararın önceki karardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.53. E. 2022/94, K. 2023/82

Kadro ihdası şeklindeki vaka, gerekçeler ve karşıoylar bakımından K. 2023/75 sayılı kararda ele alınan ilk kural ile işbu kural aynı özellikleri taşımaktadır. Kararın önceki karardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

3.9.54. E. 2022/114, K. 2023/83

K. 2023/75 sayılı kararda ele alınan ikinci kural bakımından yapılan değerlendirmeler bu kararda ele alınan ilk kural için de geçerli olup, kararın ilgili karardan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

İkinci kural bakımından da kadro ihdasına ilişkin K. 2023/75 sayılı kararda ele alınan ilk kural bakımından yapılan değerlendirmeler geçerlidir. Ayrıca değerlendirilecek bir husus bulunmamaktadır.

3.9.55. E. 2021/115, K. 2023/133

Karara konu kural, hem itiraz başvurusu hem iptal davası yoluyla AYM önüne gelmiş olup dosyalar birleştirilmiştir (§ 4). Kuralın, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında memur ve "diğer kamu görevlileri" kapsamında olduğu tespit edilen kadrolara "atanabilme şartlarına yönelik bir düzenleme" öngördüğü (§ 13) ve bu koşullarda bir düzenlemenin münhasıran kanunla yapılması gerektiğinden Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı olduğu kararına varılmıştır. Kural, oybirliğiyle iptal edilmiştir (§ 14-15).

3.9.56. İçtihatlarla İlişkin Genel Değerlendirme⁹⁰

Uzun yıllardır anayasal düzenimize hâkim olan ve son yıllarda hız kazanan yürütmenin sosyo-politik olarak güçlenmesi olgusu ile hukuken güçlendirilmesi eğilimi ve olağanüstü hâl çerçevesinde tartışılan istisna hâli gibi hususlar, yasama ve yürütmenin yetki ve sorumlulukları konusunu gündemde tutmaktadır. Hükümet sisteminin değişmesi ve bu değişiklikle Cumhurbaşkanına CBK'larla ilk elden düzenleme yetkisi tanınması, hukuk metodolojisinde yoruma sınır teşkil ettiği ileri sürülen kuvvetler ayrılığı ilkesinin somutlaştırılmasını zorunlu kılan bu kararların işbu çalışma açısından önemini arttırmaktadır.

⁹⁰ Bu bölümde kullanılan sayısal verilerin tamamı AYM'nin karar bilgi bankası aracılığıyla elde edilmiştir. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (erişim tarihi: 15/10/2023).

Bu tespitle uyumlu biçimde CBK'lara ilişkin norm denetiminde en sık karşılaşılan ve dayanak teşkil eden iptal nedeni Anayasa'nın 104/17. maddesidir. Mahkeme'nin ilk kararları itibariyle belirlediği sistematik uyarınca CBK'ların konu bakımından yetki sınırları bu madde çerçevesinde çizilmektedir. Bu sınırlar, ancak Anayasa'nın sistematığı içerisinde yasamaya ilişkin belirlenmiş görev, yetki ve sorumluluklar, diğer bir deyişle kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde somutlaştırılabilmektedir. Müller'in metodolojik yaklaşımında belirtildiği gibi anayasal olarak belirlenen bu sistematik, somutlaştırmanın da sınırını çizmektedir. Dolayısıyla bu kararlar arkalarında yatan sosyo-politik varsayımları deşifre etmek için diğer pek çok karardan daha elverişli kararlardır.

AYM, CBK'lara ilişkin ilk kararını 22/01/2020 tarihinde, 15/10/2023 tarihi itibariyle son kararını ise 26/07/2023 tarihinde vermiştir. 15/10/2023 tarihi itibariyle CBK'lara ilişkin 54'ü iptal davası, K. 2023/133 sayılı kararın birleştirilmesi sonucu bir adet iptale dönüşen itiraz ve biri yalnızca itiraz (K. 2023/65) olmak üzere toplam 56 karar verilmiştir.⁹¹ Bu kararlardan 33'ü (%59) iptal ile sonuçlanmış olup 23 kararda ise anayasaya aykırılık görülmemiştir. CBK'lara ilişkin ilk kararın verildiği 2020 yılı içerisinde aynı norm türüne ilişkin 10 karar verilmiş olup bunlardan 3'ü (%30) iptal ile sonuçlanmıştır. 2021 yılında verilen 11 kararın 5'i (%45) iptal ile sonuçlanırken 2022 yılında verilen 19 kararın 17'si (%89) iptal ile sonuçlanmıştır. Yine 15/10/2023 itibariyle 2023 yılında 16 adet karar verilmiş olup bunlardan 8'i (%50) iptal ile sonuçlanmıştır.

Ele alınan düzenlemelerin herhangi bir hükmünün iptal edilmesi, literatürde söz konusu kararın iptal kararı olarak nitelendirilmesi için yeterli kabul edilmektedir. Bununla birlikte kararların çoğu zaman birden fazla hüküm içerdiği düşünüldüğünde bu sayıların yeterince açıklayıcı olmadıkları ortadadır. Bu kusuru asgari seviyeye düşürmek için incelenen kararların tüm hükümleri bakımından tek tek iptal ve ret sayılarının belirlenmesi faydalı olacaktır. Buna göre incelenen 56 karar toplam 337 hüküm içermekte olup bunlardan 149 adedi (%44) iptal edilmiştir. 2020 yılında 33 hükmün 6'sı (%18); 2021 yılında 62 hükmün 5'i (%8); 2022 yılında 189 hükmün 114'ü (%60); 2023 yılında 53 hükmün 24'ü (%45) iptal edilmiştir. Tabiatı gereği tüm hükümlerin iptal edilmediği kararların varlığı nedeniyle hükümler teker teker incelendiğinde iptal oranları düşmektedir. Tek başına iptal oranlarındaki dalgalanmalar incelenmiyorsa hüküm seviyesindeki bu oranların daha açıklayıcı oldukları kesindir. Kaldı ki tek başına iptal oranları inceleniyor olsa dahi hüküm düzeyinde çıkan sonuçlarla dosya düzeyindeki sonuçlar farklılık arz edebilmektedir. Tablo 2'de gösterildiği üzere 2021

⁹¹ E. 2018/162, K. 2020/66 sayılı karar doğrudan bir CBK'nın iptali talebine istinaden alınmış olmamakla birlikte CBK'ların konu bakımından yetki sınırlarına ilişkin sonuçları bulunmaktadır. Söz konusu bilgiler AYM'nin internet sayfasında yer alan Kararlar Bilgi Bankası'ndan temin edilmiştir. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>. Erişim tarihi: 14.10.2023.

yılında dosya düzeyinde önceki yıla göre iptal oranları artmış olmakla birlikte iptal edilen hükümlerin tüm hükümlere oranı azalmıştır.

Böylelikle yasamaya ve yürütmeye tanınan hukuki alanın sınırlarına ilişkin tartışmaları temel alan bu kararlar bakımından hukuk devleti, yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği gibi hususların öne çıkması şaşırtıcı olmamıştır. Gerçekten de şimdiye kadar sonuçlandırılan kararlar bakımından en çok ele alınan hükümler Anayasa'nın zikredilen alanları düzenleyen 2., 123. ve 128. maddeleridir.

Yıl	Dosya Düzeyinde İptal Oranları (%)	Hüküm Düzeyinde İptal Oranları (%)
2020	30%	18%
2021	45%	8%
2022	89%	60%
2023	50%	45%
Toplam	59%	44%

Tablo 2: CBK'lara İlişkin Kararların İptal Oranları

Aynı süre zarfında incelenen iptal davası türündeki norm denetimi kararlarıyla CBK'lara ilişkin kararları mukayese etmek CBK'lara ilişkin yargı kararlarının ayrışıp ayrışmadıklarının tespiti açısından yararlı olacaktır. 2020 yılında iptal davalarına ilişkin tüm kararlarda iptal oranı %44,8 olarak tespit edilmiştir. Aynı yıl CBK'lara ilişkin kararlarda iptal oranı %30 olarak gerçekleşmiştir. 2021 yılında tüm soyut norm denetimi kararlarında iptal oranları % 56,3 olarak gerçekleşirken CBK'lara ilişkin kararlarda bu oran %45 olarak tespit edilmiştir. 2022 yılında iptal davalarına ilişkin kararların tamamı için %73,2 olan iptal oranı yalnız CBK'lar için %89'dur. Bu üç yılda (2020, 2021, 2022) sonuçlandırılan iptal davalarında iptal oranı ortalama %65'tir. Aynı süre zarfında bu oran CBK'lar için %62,5'tur. Dolayısıyla %65'lik oranda bu oranı aşağı çeken CBK'lara ilişkin kararların da olduğu hesaba katılarak dosya seviyesinde tespit edilen iptal sayıları bakımından AYM'nin CBK'ları diğer normlara nazaran daha az iptal ettiği anlaşılmaktadır.

Yıl	İptal Davası İptal Oranları (%)*	CBK İptal Oranları (%)
2020	44,8%	30%
2021	56,3%	45%
2022	73,2%	89%
2023	Bilinmiyor**	50%
*Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dahildir.		
**AYM ilgili istatistiği yılda bir açıklamakta olup çalışmamızda ayrıca hesaplanmamıştır.		

Tablo 3: Tüm Norm Denetimi ve CBK'lara İlişkin Kararların İptal Oranları

Yeni tesis edilmiş bir işlem olması hasebiyle CBK'lara ilişkin anayasal normların somutlaştırılmasının zaman alması doğaldır. Ancak yayımlanan ilk CBK'ların iptali talebiyle açılan davaların sonuçlandırılması yıllar almıştır. Takip eden süreçte de bu durum çok fazla değişmemiştir.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen CBK'lara ilişkin kararlar için ilk inceleme tarihinden sonra karar tarihine kadar geçen süre ortalama 620 gündür. Karar tarihinden sonra gerekçeli kararın RG'de yayımlanması için geçen süreyle ortalama 102 gündür. Kararlar, CBK'ların yayımlandığı tarihten itibaren ortalama 805 günde verilmektedir.⁹² Aynı süre iptal kararları için 966 gün, ret kararları için 567 gün olarak gerçekleşmiştir. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen normun yayımlanmasından ilk incelemesine kadar geçen süre ret kararları bakımından 77 gün iken, iptal kararları bakımından 88 gündür. 33 iptal kararından 17'sinde kararın yürürlüğü ertelenmiştir.

Mahkeme, 22/01/2020 tarihinden 15/10/2023 tarihine kadar toplamda 408 norm denetimi kararı vermiştir. CBK'ların bu kararlar içerisinde toplam ağırlığı %13,7'dir. Bu kararlardan 306 adedi kanunlara ilişkindir. Bu tarihler arasında kanunlara ilişkin iptal davalarında ilk inceleme tarihinden karar tarihine kadar geçen ortalama süre 858 gündür. Gerekçeli kararların RG'de yayımlanması ortalama 105 gün sürmüştür. Aynı dönemde sonuçlandırılan 226 adet itiraz başvurusu için ilk incelemeden karar tarihine kadar ortalama 330 gün beklemek gerekmiştir.⁹³ Görüldüğü üzere AYM, kanunlara ilişkin iptal davalarında daha uzun sürede karar vermektedir. İtiraz başvurularında ise bu süre çok daha kısadır. İtiraz başvurularının farklı sosyo-politik ve hukuki özellikleri sebebiyle CBK'lar ile sadece iptal davası kararlarının karşılaştırılması daha sağlıklı olacaktır. CBK'lara ilişkin iptal davalarının kanunlardan daha hızlı sonuçlandırılıyor olması, CBK'lar konusunda en azından kanunlar için olandan daha uzun bir sürüncemede bırakma stratejisi izlenmediğini göstermektedir.

İptal kararları bakımından tüm sürecin ret kararlarına göre daha uzun olduğu görülmektedir. Bu sonucun iptal kararlarının konusu, karşıoy sayısının fazlalığı gibi sebeplerle ortaya çıkması ihtimal dâhilinde olsa bile CBK'nın ihdasından kararın yayımına kadar geçen ortalama sürenin ret kararları için geçen süreden %70 daha fazla olması norm denetiminin işlevselliği ve karar sürecinin stratejik bileşenlerine ilişkin soru işaretleri doğurmaktadır.

İptal kararlarının kahir ekseriyeti konu bakımından yetki yönünden diğer bir deyişle 104. maddenin onyedinci fıkrası çerçevesinde verilmiştir. Bunlardan yalnızca biri (K. 2020/27) CBK'yla düzenlenen konunun yürütmeye ilişkin olması şartını içeren ilk cümle gerekçesine dayanmaktadır. 12

⁹² E. 2022/71, K. 2023/65 sayılı karar itiraz başvurusu olup bu karar için normun yürürlük tarihi yanıltıcı sonuç vereceğinden dosyanın AYM'ye gönderilmesine ilişkin kararın tarihi dikkate alınmıştır. Bu farklılığın iptal yönünde karar verildiği için iptal kararlarında ilk incelemeye kadar geçen süre için de sonuç doğuracağını belirtmek gerekir.

⁹³ İptal davalarının ve itiraz başvurularının farklı özellikleri sebebiyle mukayesesi anlamlı olmayacak tarihler bakımından süreler hesaplanmamıştır.

kararda CBK'yla düzenlenmesi yasak olan konuları belirleyen ikinci cümleye aykırılık tespit edilmiştir. 15 kararda münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda CBK çıkarılmasını engelleyen üçüncü cümleye aykırılık gerekçe gösterilmiştir. 4 kararda hem ikinci hem de üçüncü cümlelere aykırılık tespit edilmiştir. Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağını düzenleyen dördüncü cümleye ise 7 kararda aykırı hükümler bulunmuştur.

İptal şeklinde sonuçlanan 33 kararın 17'sinde (%52) ayrıca kararın yürürlüğe girişi ertelenmiştir. Bu süre 6 ay erteleme kararı alınan K. 2022/108 sayılı karar dışındaki tüm kararlarda 9 ay olarak belirlenmiştir. Çoğunlukla konu bakımından yetkisizliğe dayanarak iptal edilen CBK'lara tanınan sürenin yetkisiz biçimde çıkarılan bir norma hangi amaçla tanındığı ise belirsizdir. Yasamanın hâlihazırda düzenleme yapmadığı (104/17. maddenin 4. cümlesi kapsamında iptal edilen bir norm için erteleme süresi belirlenmesi anlamsız olacaktır) bir konuda yürütmenin yetkisi olmadığı hâlde düzenleme yapması ve bu normun ayakta tutulmasının hukuken tartışmalı olacağı ortadadır. Yukarıda değinilen süreler de gözetildiğinde uygulamanın söz konusu düzenlemelerin uzun süreler yürürlükte kalmasıyla sonuçlanacağı açıktır. Örneğin K. 2022/138 sayılı kararda iptal edilen hükümler CBK'nın yayımlandığı tarihten itibaren yaklaşık 1995 gün yürürlükte kalmış olacaktır. Bu hükümlerden içerik bakımından Anayasa'ya aykırı bulunanlar ve her ne kadar yetkisizlik söz konusu olsa da örneğin kadrolara yapılacak ödemelere ilişkin olanlar açısından iptal kararının ertelenmesinde kamu yararı olması mümkün olabilir. Ancak örneğin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde konu bakımından yetki yönünden iptal edilen hükümler için verilen erteleme sürelerinin kamu yararından daha somut herhangi bir gerekçeye dayandırılmadığı anlaşılmaktadır (K. 2022/138, § 375):

(4) numaralı CBK'nın 143. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğun doldurulabilmesi amacıyla TBMM tarafından gerekli düzenlemelerin yapılması için Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu bende ilişkin iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

Görüldüğü üzere karardan kaynaklanan hukuki boşluğun doldurulması amacıyla TBMM'ye süre tanınmaktadır. TBMM'nin ihdas ettiği normlar bakımından ortaya çıkan boşluklarda TBMM'ye tanınacak süre anlaşılır olmakla birlikte yasamanın CBK'ları ikame etmesi şeklinde bir zorunluluk olmasa gerektir. Hatta bu husus kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de çelişebilir. Dolayısıyla erteleme kararlarının hepsinin olmasa da bir kısmının CBK uygulamasını genişletmeye yönelik bir stratejinin ürünü olduğu düşünülebilir.

2022 yılında arttığı tespit edilen iptal oranlarının AYM'nin önceki yıllara nazaran daha "aktif" davrandığına delalet edip etmediğinin anlaşılması ancak kararların nitel analiziyle mümkündür. Bu

amaçla önceki kararlarla 2022’de verilen kararlar arasında dikkat çeken bir farklılık olup olmadığına ayrıca odaklanılmalıdır.

K. 2022/17 sayılı kararda, kamu personelinin görev ve yetkilerinin düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasını öngören hüküm ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin düzenleme mahiyetinde olduğundan MASAK tarafından elde edilecek bilgilere ilişkin hüküm, iptal edilmiştir.

K. 2022/60 ve K. 2022/61 sayılı kararlar önceki içtihatlarla paralel şekilde oyçokluğuyla iptal edilmiştir.

K. 2022/115 sayılı karar yine önceki içtihatlarla paralel biçimde oybirliğiyle iptal edilmiştir.

K. 2022/108 sayılı kararda, yer alan hukuki belirsizliğin arttığı ve CBK’ların yetki alanının daraltılmasına imkân veren bir somut olayda hükmün oyçokluğuyla iptal edildiği görülmektedir. Oybirliği olan hükümler daha önceki içtihatlarla paralel yöndedir. Benzer şekilde kamu personelinin atanmasına ilişkin koşulları düzenleyen hüküm de iptal edilmiştir.

K. 2022/118 sayılı kararda, Kalkınma Ajansları özelinde kurulma ve düzenleme tartışması sürdürülmüş, diğer kararlarda buna yalnızca Kuz muhalifken bu kararda iki üye daha karşıoy kullanmıştır. Zira karar gerekçesinde lafzı zorlayan bir yoruma başvurulmuş ve iptal talebi reddedilmiştir. Bu durum iptal oranlarının artışı ve AYM’nin aktivist davranışı arasında paralellik kuran görüşe zıt yönde bir bulgudur.

K. 2022/119 sayılı kararda, vali ve belediye başkanlarının Ajanstaki yetkilerinin başka personellere devrini öngören hüküm oybirliğiyle iptal edilmiştir.

K. 2022/157 sayılı kararda, CBK’ların gerekçeli olmasının şekil şartı olmadığı yönünde karar verilerek iptal talebi oybirliğiyle reddedilmiştir.

K. 2022/166 sayılı kararda, mülkiyet hakkına ilişkin değişen yaklaşımın bir ürünü olarak huzur hakkı öngörülen düzenleme, mülkiyet hakkına dokunan bir düzenleme olarak kabul edilmiş ve oybirliğiyle iptal edilmiştir.

K. 2022/164 sayılı kararda da ilgili hüküm mülkiyet hakkına ilişkin bağlamda oybirliğiyle iptal edilmiştir.

K. 2022/138 sayılı karar, konu bakımından yetki yönünden K. 2022/17 sayılı karardan farklı yönde olup K. 2020/25 sayılı karara paraleldir. Ancak AYM, yönetmelikle düzenleme hususunu bu kez yetki yerine içerik kısmında oybirliğiyle iptal nedeni olarak kabul etmiştir. Devamındaki hükümlerde önceki içtihatlarla paralel kararlar vermiştir. Hatta karşıoylarda atanma usulüne ilişkin

görülen düzenlemeyi sadece görev ve yetki kapsamında değerlendirip iptal taleplerini reddetmiştir. Mülkiyet hakkı konusundaysa birden fazla hükümde iptal yönünde karar verilmiştir.

K. 2022/147 sayılı kararda çoğunluk, kadro iptal ve ihdası hususlarında önceki kararları takip etmekte, huzur hakkını mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirmektedir. Ayrıca kendine özgü idari birimlere ilişkin bir hükümde de K. 2022/60 ve K. 2022/61 sayılı kararlara paralel karar verildiği görülmektedir.

K. 2022/156 sayılı karar bakımından önceki kararların takip edildiği söylenebilir. Ancak Anayasa'nın 104/17. maddesinin üçüncü cümlesi uyarınca iptal edilen hükmün genellikle çoğunlukta kalan karşıoy sahibi üyelerce ilgili kanunun düzenlemeyi büyük ölçüde yönetmeliğe bırakması gerekçesiyle farklı biçimde somutlaştırıldığı görülmektedir. Genellikle çoğunluğa muhalif kalan grubun metne daha sıkı bağlı yoruma dayandığı bir örnek olması bakımından karar dikkat çekicidir. Karar analizinde değerlendirilen ve iptal talebi reddedilen hüküm bakımındansa karşıoyların gerekçesini temel haklara, çoğunluğunsa daha çok lafza dayandığı görülmektedir.

K. 2022/146 sayılı kararda mülkiyet hakkına ilişkin tutum sürdürülmüş ve iptal kararı verilmiştir. Bununla birlikte kamu hizmetine girme hakkı ve kadro ihdası ve iptali hususlarında önceki kararlar takip edilmiştir.

K. 2022/148 sayılı kararda mülkiyet hakkına ilişkin tutumun sürdürüldüğü görülmektedir. Yine CBK ile idareye yetki devrinde “genel çerçeve” şartı aranmış ve bir hüküm bu gerekçeyle iptal edilmiştir. Karar genel hatlarıyla diğer kararlara paralel bir karardır.

K. 2022/158 sayılı kararda mülkiyet hakkına ilişkin iptal talebi reddedilmiş olmakla birlikte bunun somut olaydan kaynaklandığı görülmektedir. Zira ilgili kararda tek karşıoy sahibi Kuz'dur. Atanma şartlarını belirleyen kural bakımındansa iptal yönünde oybirliğiyle karar verilmiştir. Dolayısıyla bu karar bakımından da aktivizm bulgusunu destekleyecek ayrık bir husus gözlemlenmemiştir.

K. 2022/165 sayılı kararda, mülkiyet hakkına ilişkin önceki kararlara paralel kararlar bulunmaktadır. Atanma usulü ve kriterleri konusunda somut olaya göre (hükmün nitelenmesine ya da norm alanına ilişkin farklılıklarla) iki yönde de karar verildiği görülmektedir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde verilen iptal kararı önceki kararlardan ayrılmamaktadır.

K. 2022/163 sayılı kararda önceki kararlardan ayrılmayan çok sayıda karar bulunmakla birlikte kişisel verilerin korunmasını isteme ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin iptal kararları verilmiştir. Bu kararlar oybirliğiyle alınmamıştır. İlk hakka ilişkin kararda yalnızca İnce, ikincisinde Fidan ve İnce karşıoy kaleme almışlardır. Bununla birlikte rektör atamalarında “en az üç yıl profesör olarak görev

yapmış olma” şartının kaldırıldığı hükme ilişkin iptal talebi oyçokluğuyla reddedilmiştir. Bu hüküm bakımından bloklar arasında geçiş olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak dikkat çekici kararlar olmakla birlikte 2022 yılında verilen kararları önceki ya da sonraki kararlardan ayıran “aktivizmin nitel ispatı” mahiyetinde bir bulgu yoktur. Literatürde aktivizmin bir göstergesi olarak değerlendirilen iptal oranlarının nitel analize tâbi tutulmadan kabullenilmesi hatalı sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilir. Bununla birlikte aşağıda mülkiyet hakkı özelinde ele alınan kararlarda değerlendirileceği üzere mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerin Anayasa’nın 104/17. maddesinin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırılığı gerekçesiyle içtihadın karşıoylara paralel olarak dönüştüğünü ve çok sayıda iptal kararına da sebebiyet verdiğini söylemek mümkündür. Bu aynı zamanda literatürde “seçici aktivizm” olarak adlandırılan daha evvel ilgili bölümde değinilen tezi de destekler mahiyettedir. AYM’nin 2022 yılında “aktivist” davrandığı ileri sürülecekse bunun olsa olsa mülkiyet hakkına ilişkin “seçici bir aktivizm” olduğu ileri sürülebilir.

CBK’lara ilişkin kararlarda en dikkat çekici husus çoğunluğu ve karşıoyları oluşturan grupların varlığıdır. Bu grupların neredeyse her kararda kemikleşmiş biçimde aynı üyelerden oluştuğu görülmektedir. Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, M. Emin Kuz, Yusuf Şevki Hakyemez ve Kenan Yaşar’dan oluşan blok pek çok kararda red yönünde verilen kararlara şerh düşmektedirler. Buna karşılık diğer üyelerden oluşan bloğun çoğunluğu sağlayamadıkları daha az sayıdaki kararda iptal yönündeki kararlara şerh düştükleri görülmektedir.⁹⁴ İsmi zikredilen üyeler karşıoylarını istisnalar haricinde ayrı ayrı kaleme alırken zaman zaman karşıoylarında birbirlerine atıf yaptıkları yahut atıf yapmasalar da benzer argümanları ileri sürdükleri görülmektedir. Sayılan 6 üyeden 4’ünün Gül döneminde atandıkları görülmektedir. Mahkeme’de Gül döneminde atanıp görevi süren 5 üye bulunduğu düşünülürse bu dönemde atanan üyelerden %80’i aynı grupta yer almaktadır.

Sözü edilen bölünmenin bazı durumlarda oybirliğiyle karar alınmasına ya da gruplar arasında zaman zaman geçiş olmasına mani olmadığını söylemek mümkündür. Bu yumuşama büyük ölçüde hukuki belirsizliğin azaldığı diğer bir deyişle normun lafzi unsurunun norm alanını büyük ölçüde başka argümanlara dayanmadan sınırlandırdığı hâllerde ortaya çıkmaktadır. Bu durum yargısal davranışta yasal materyalin etkisinin göz ardı edilemeyeceğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Bahsi geçen kararlara verilebilecek en belirgin örnek 104. maddenin onyedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilen tek kuraldır. İptal kararı, ilgili CBK’nın kanunda değişiklik yaptığı ve böylece yürütmenin alanı dışında bir düzenleme yapıldığı gerekçesine dayandırılmıştır (bkz. K. 2020/27).

⁹⁴ Bu çalışmada karar incelemesi yürütmenin ilk elden düzenleme yetkisine sahip olduğu işlemlerle sınırlı tutulmuş olmakla birlikte tespit edilen durumun diğer norm denetimi kararlarında da gözlemlendiği söylenebilir.

Benzer bir durum, somut olaya ilişkin hukuki belirsizlik görece fazla olmakla birlikte, 104. maddenin onyedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırılığı gerekçesiyle iptal edilen hükümlerde de görülmektedir. Zira kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaması yönündeki sınırın tespiti özellikle norm alanının hukuki olarak belirlendiği durumlarda daha az tartışmaya imkân tanımaktadır (bkz. K. 2023/85). Bununla birlikte ilgili dördüncü cümle çerçevesinde yapılan incelemelerde de norm alanına ilişkin farklı görüşler ortaya atılabilmektedir (bkz. Topal vd., Karşıoy Gerekçesi, K. 2020/5; Topal vd., Karşıoy Gerekçesi, K. 2023/25). Benzer bir durumun CBK’lar yoluyla kullanılacak yetkinin idareye devredilmesinin mümkün olmadığı, idareye takdir yetkisi tanınan durumlarda genel çerçevenin CBK’larla çizilmesi gerektiği yönündeki kararlarda da gözlemlendiği söylenebilir (bkz. K. 2020/30; K. 2020/56; K. 2022/148; K. 2022/138).

Sayılan örneklerde yasal materyal karar çoğunluğunun dağılımını değiştirebilmektedir, ancak her vaka bakımından oybirliği tekrarlanmadığına göre bu etki sınırsız değildir, somut olayın özellikleri sonuca etki etmektedir. Dolayısıyla burada yapılan tespit, yasal materyalin tamamen etkisiz olmadığı iddiası ile sınırlıdır. Karar çoğunluğunun dağılımı değişmekle birlikte oybirliği sağlanamaması hâlinde karşıoy sahibi üyelerin bu kararlar bakımından da aynı gruptan olması hukuk metodu açısından benimsenen genel eğilimin korunduğunu göstermektedir.

Norm metninin, diğer bir deyişle lafzi yorum unsurunun sınırlandırıcı etkisinin her zaman dikkate alındığını söylemek güçtür. Hatta bu durum kimi hâllerde biçimsel mantığa ilişkin bazı sınırları zorlayacak bir nitelik kazanmıştır. İhdas edilen normun kapsamının yorum yoluyla daraltılması ve büyük önermenin ihdas edilen normu kapsayacak hâle sokulması CBK’ların konu bakımından yetkisini genişletecek sonuçları tekrarlayan grup açısından aynı tutumun devamı olsa da bu ve benzeri kararlarda norm metninin göz ardı edilebildiği görülmektedir (bkz. K. 2020/25). Benzer bir yorumun kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bakımından önem taşıyan kararlarda (bkz. K. 2021/13; K. 2021/70) ve TRT’de yayımlanması öngörülen bildiriler için de tekrarlandığı söylenebilir (bkz. K. 2022/138). Bahsi geçen ve çoğunlukla pozitif dayanak sunulmadan idarenin “iyi niyetli” davranacağına beslenen umuda dayandığı anlaşılan ve AYM’nin metni aşan benzer örneklerini daha evvel de ortaya koyduğu (bkz. Oder, 2010: 163-171) bu yorum, sonuç vermeyecek bir çeşit “anayasaya uygun yorum” olarak nitelendirilebilir. Aktivizmle de anılan “anayasaya uygun yorumun” (Yancı Özalp, 2018: 240) bu örnekte normu ihdas eden erkin lehine sonuç doğurması hedeflenen ve Yekta Güngör Özden’in 1989 yılındaki bir kararda karşıoy gerekçesinde belirttiği gibi bir çeşit kaçınma davranışı olduğunu ileri sürmek mümkündür (bkz. Yekta Güngör Özden, Karşıoy Gerekçesi, K. 1989/47).

Bununla birlikte bu tip yoruma örnek gösterilebilecek kararlardan İletişim Başkanlığı (K. 2021/13) ve Strateji ve Bütçe Başkanlığı (K. 2021/70) özelinde tartışılan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin kararların somut olayın özelliklerinden de etkilendiğini belirtmek gerekir. Bu kararlar bakımından çoğunluk somut olayda ihdas edilen normun alanını öncekilere nazaran geniş yorumlayarak takip eden MASAK (K. 2022/17) ve GİB (K. 2022/138) kararlarında toplanması öngörülen bilgilerin kaçınılmaz biçimde kişisel veri kapsamında kalacağını kabul etmiştir. Bu değişikliğin üyelerin tutumundaki bir değişimden kaynaklandığını ileri sürmek için erkendir. Zira farklılık somut olayın özelliklerine dayandırılmaktadır.

Somut olayın özelliklerine göre sistematik yorumun norm alanını daraltma ya da genişletme kapasitesi de farklılık göstermektedir. Örneğin K. 2022/148 sayılı kararda Menteş hariç tüm üyeler sistematik yorumla, ihdas edilen normun alanını dar yorumlamış böylece iptal talebini reddetmişlerdir. Kararda, yurt dışı teşkilatının işleyişinin yönetmelikle düzenlenmesinin öngörülmesi içerik yönünden Anayasa'ya aykırı bulunmazken; ret yönünde karar verme eğilimi yüksek grupta yer alan Menteş, kuralın 106/11. maddeye aykırı olduğunu savunmuştur. Somut olayda diğer üyelerin aksine Menteş'in "yeterli çerçevenin çizilmediği" argümanına dayandığı görülmektedir. Karar incelemesinde de ifade edildiği gibi çoğunluğun bu kararda sistematik araca başvurarak mevzuattan seçilen içeriği kuralı daha belirli kılacak biçimde yorumlaması ve bu sebeple kuralın çerçevesinin hâlihazırda tespit edilmiş olduğu şeklindeki argümanı Menteş tarafından kabul görmemiş ve düzenlemenin yetki devri mahiyetinde olduğu ileri sürülmüştür.

Menteş, K. 2022/163 sayılı kararda rektörlerin atanma kriterlerinde değişiklik yapan kural bakımından da çoğunluktan ayrılmış ve şerh sahibi diğer üyelerden ayrı bir gerekçe kaleme almıştır. Temelde diğer karşıoylarla aynı öncüllere dayanmakla ve kuralın konu bakımından yetki yönünden iptal edilmesi gerektiği kanaatini belirtmekle birlikte Menteş'in içerik bakımından da kuralda kamu yararı olmadığı fikrini savunduğu görülmektedir. Bu iki karar bakımından Menteş'in çoğunluktan ayrılması somut olaya bağlı olarak gruplar arasında geçişlerin mümkün olduğunu göstermektedir. Ayrıca genellikle iptal kararları lehine oy kullanan grupta yer alan Yaşar'ın, Menteş'in karşıoy kullandığı ikinci kararda çoğunluğa katılması da aynı çıkarımı destekler niteliktedir. Üyelerin ikisi bakımından da CBK'lara ilişkin genel tutumlarından saptıklarını düşünmek mümkün olsa da benzer vakalarda başka bir eğilimi benimsedikleri bulgulanmadığından kesin bir kanaate varmak mümkün değildir. Hatta Menteş, benzer argümanlarla K. 2022/138 sayılı kararda da karşıoy kullanmıştır. İlgili kararın ele alındığı kısımda Menteş'in diğer kararlar bakımından kendi içinde tutarlı bir tutum geliştirdiği tespit edilmiştir.

Görüldüğü üzere gruplar arasında oybirliğine kadar varan geçişler mümkündür. Ancak oybirliği kadar dikkate değer bir diğer olgu Yaşar ve Menteş için sözü edilen tekil geçişlerdir. Bu geçişlere örnek gösterilebilecek bir diğer üye Özkaya'dır. Ancak Özkaya'nın genellikle dâhil olduğu gruptan ayrıldığı (bkz. K. 2021/25) bu grubun kararına farklı gerekçeyle katıldığı kararlar (bkz. K. 2021/89; K. 2021/106) olmakla birlikte bu ayrılığın üyenin tutum değiştirmesinden değil somut olaydan kaynaklandığı birden çok kararda tespit edilmiştir (bkz. K. 2022/17). Hatta Özkaya'nın temelde CBK'ların konu bakımından yetkisini aynı grupta bulunduğu üyelerden daha fazla genişletecek hukuki yorumlara başvurduğu dahi görülmektedir (bkz. K. 2020/25; K. 2021/106). Bununla birlikte Özkaya'nın hukuki belirsizliğin görece az olduğu ve genellikle dâhil olduğu grubun norm metnini aşan bir yoruma başvurduğu ilgili vakada karşıoy kullanmış olması hukuk yöntemi ve yasal materyalin yargısal davranış açısından önem taşıdığı argümanını desteklemektedir (bkz. K. 2021/25).

Menteş ve Özkaya'nın CBK'lara ilişkin tutumlarının farklı vakalarda daha rijit ya da daha esnek olduğu düşünülebilir ancak bu farklılığın büyük ölçüde somut olayın etkisine dayandığı ve aslında üyelerin benzer vakalarda benzer tutumlar izlediği görülmektedir. Buna karşın Güleç'in birbirinden farklı yönde kararlarda çoğunluk grubunda yer aldığı örnekler bulunmaktadır (krş. K. 2020/25; K. 2022/17; K. 2022/138). Bu açıdan Güleç için çelişkili bir tutumdan bahsedilmesi mümkün olmakla birlikte kaleme aldığı bir gerekçe bulunmadığı için bu durumun sebebine dair bir çıkarımda bulunmak mümkün olmamıştır.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı özelinde ortaya konan bulgular somut olayın önemine işaret etmektedir. Somut olayın değerlendirilmesiye ancak hukuki bir analizle mümkündür. Dolayısıyla ortaya çıkan bulgu, nicel analizlerin kararların derinlemesine incelenmesi yoluyla desteklenmesi gerektiği varsayımını doğrulamaktadır. Sonuç olarak iptal kararlarında gözlemlenen artış ve azalışların konu temelli olması hâlinde bile kararlar tek tek analiz edilmeden içtihadın ya da yargısal davranışın değiştiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıyla mukayese edildiğinde mülkiyet hakkına ilişkin tutumda değişiklik olduğu çıkarımını yapmak daha kolay görünmektedir. K. 2020/6 sayılı karardan itibaren karşıoylarda 104/17. maddenin ikinci cümlesi uyarınca iptal gerekçesi olarak gösterilen mülkiyet hakkına ilişkin tutum K. 2022/166 sayılı karar ile birlikte değişmiş görünmektedir. K. 2022/166 sayılı kararın K. 2020/25 sayılı karardaki karşıoyların argümanlarıyla ilişkilendirilmesi ve bu argümanların bu karar bakımından çoğunluk görüşünü oluşturduğunun söylenmesi mümkündür. Böylece mülkiyet hakkı en çok karşılaşılan iptal gerekçeleri arasında yerini almıştır (bkz. K. 2022/138; K. 2023/67; K. 2022/146; K. 2022/148; K. 2022/158; K. 2022/165; K. 2023/104). Bu durumun karşıoyların zamanla çoğunluk görüşünü dönüştürme gücüne işaret ettiği söylenebilir.

Bununla birlikte Arslan'ın karşıoylarında vurguladığı bireysel başvuru kararlarıyla norm denetimi kararları arasında ortaya çıkabilecek bir uyumsuzluğun da AYM tarafından istenmediği düşünülebilir ki bunun, kararların dönüşümünü sağlayan stratejik bir etkenin sonucu olduğu ileri sürülebilir.

Bununla birlikte mülkiyet hakkına ilişkin kararlar bakımından da yasal materyalin ve somut olayın özelliklerinin etkisi yadsınamaz. Örneğin mülkiyet hakkına ilişkin kategorik biçimde iptal kararı veriliyor olsaydı; K. 2022/158 sayılı kararda CBK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; (a) bendinin (8) numaralı alt bendinde yer alan "[...] yıkma veya yıktırma işlemlerini yürütmek" ibaresine ilişkin incelemede görüldüğü gibi Kuz hariç tüm üyelerin somut olayda ihdas edilen normun alanını, mülkiyet hakkının alanına dokunmayacak biçimde yorumlamış olması açıklanamazdı. Dolayısıyla mülkiyet hakkına ilişkin değişen bir tutum varsa bu değişikliğin yasal sınırları olduğunu tespit etmek gerekmektedir.

Kararlarda öne çıkan bir diğer husus kamu kurum ve kuruluşlarının kurulması ve düzenlenmesi olmuştur. K. 2020/4 sayılı karar, Anayasa'nın 123. maddesinde pozitifleşen idarenin kanuniliği ilkesi ve son fıkrasındaki kamu tüzelkişiliklerinin kurulması çerçevesinde yapılan ilk değerlendirmeyi içermektedir. Kararda iptal talebi, ilgili düzenlemenin idari bir yapıya ilişkin olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Dolayısıyla çoğunluk görüşünde, ihdas edilen ve küçük önermeye karşılık gelen normun, büyük önermeyi teşkil eden ölçü normun alanına girmediği kabul edilmiştir. Karşıoylarda ise sonuç tam tersi yöndedir. Örneğin Arslan, kuralın norm alanını geniş tutarak, Gökcan ise ölçü normun alanını geniş yorumlayarak CBK'nın münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanda düzenleme yaptığı tespitinde bulunmuşlardır.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin sonraki kararlarda da aslında bu kalıbın kabaca takip edildiği görülmektedir. Buna göre takip eden kararlarda çoğunluk tarafından CBK'lar ile kamu tüzelkişiliği kurulmasına imkân tanıyan 123. maddenin geniş yorumlanarak "kurulmanın" aynı zamanda zorunlu olarak "düzenlemeyi" ve "görev ve yetkileri" de içerdiği kabul edilmiştir (bkz. K. 2020/30 vd.)

Benzer yorum yaklaşımının bakanlıkların teşkilatlarına ilişkin içtihatla da sürdürüldüğü ve Anayasa'nın 106. maddesinde yer alan "merkez ve taşra" ibaresinin geniş yorumuyla yurt dışı teşkilatlarının da teşkilat yapısı içerisinde değerlendirildiği görülmektedir (bkz. K. 2020/30 vd.).

Bununla birlikte çoğunlukça takip edilen geniş yorumun bu vakalarda da yasal materyalin etkisiyle sınırlandırıldığını söylemek gerekir. Örneğin, "[...] 7174 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca Başkanlığa aktarılabilecek gelirlere ilave olarak Başkanlığın gelir kalemlerini belirlemektedir" şeklindeki CBK'nın 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükmü buna örnek gösterilebilir (K. 2022/158: § 132). Kararda, "[...] gelirlerinin belirlenmesi hususu bir kamu tüzel kişiliğinin teşkilatlanmasının

zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilemez” şeklindeki tespit uyarınca geniş yorumun daraltıldığı ve hükmün oybirliğiyle iptal edildiği görülmektedir (K. 2022/158: § 136-140).

Yukarıda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmeler esnasında geçerliliği ileri sürülen ve çalışmanın temel tezlerinden olan nicel analizin nitel analizle desteklenmesi zorunluluğunu doğrular nitelikte bir diğer karar, Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu (Kurul) ile Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Yürütme Kurulunun (Yürütme Kurulu) kuruluş usul ve esaslarını düzenleyen CBK kurallarına ilişkin K. 2022/147 sayılı karardır. Önceki kararlarda benimsenmiş olan 123. maddenin ve 106. maddenin onbirinci fıkrasının sistematik yorumuna dayalı “kurulma ve düzenleme” yetkisinin bu kuralda düzenlenen birimler açısından “kendine özgü idari birimler” olmaları sebebiyle geçerli olmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir (bkz. K. 2022/147, § 73; benzer yönde bkz. K. 2021/105: § 21; K. 2022/61: § 21). Kararın hukuki analizi yapılmadan kabaca çoğunluğun iptal yönünde karar verdiği ve önceki kararlarından ayrıldığı yönünde çıkarım yapılması hâlinde somut olayın özelliklerinin bu sonucun ortaya çıkmasına sebep olduğu farkedilmeyecek, karşıoyların incelenmesine gerek duyulmayacak ve böylece AYM’nin yargısal davranışına ilişkin hatalı tespitler yapılmış olacaktır. Bu vaka yine çok kez tekrarlandığı gibi somut olayda ilgili idari birimin tâbi olduğu hukuki rejim olarak karşımıza çıkan yasal materyalin önemini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu vakada AYM’yi oybirliğine götürmeye yetmemiş olsa da yasal materyalin çoğunluk gruplarını değiştirecek güçte bir etkiye sahip olduğu görülmektedir (benzer şekilde bkz. K. 2022/60).

Kuruluş ve düzenlemeye ilişkin genel yaklaşım Anayasa’nın 128. maddesi çerçevesinde CBK ile kadro ihdası hususlarındaki iptal taleplerine de yansımıştır. Buna göre çoğunluk, “kurulmanın” zorunlu olarak kadro ihdasını da gerektirdiği görüşünü benimsemiştir (bkz. K. 2020/25 vd.). Öyle ki bu kararlardan K. 2020/25 sayılı karar için karşıoylarda, metni aşan hukuki bir yorum kullanıldığı ve hatta biçimsel hukuk mantığının dahi zorlandığı eleştirisi getirilmiştir. Ayrıca karşıoylarda Anayasa’nın 106. maddesiyle 128. maddesine de istisna getirildiği ve istisnaların dar yorumlanması ilkesi gereği çoğunluk tarafından benimsenen görüşün makul olmadığı ileri sürülmüştür (bkz. K. 2020/25, Arslan, Karşıoy Gerekçesi, § 33).

Karşıoylar bakımından kurulma, düzenleme ve teşkilata ilişkin ortaya çıkan durumun kadro iptali ve ihdası durumunda tekrarlanmadığı görülmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse karşıoy grubu yalnız Kuz’un olduğu örnekten farklı olarak kadro ihdasında diğer kararlarda olduğu gibi genişlemektedir. Dolayısıyla somut olayın ve yasal materyalin etkisinin yargısal davranışı etkilediği yönündeki argüman bu kararlar bakımından da geçerlidir. Bu durum aynı zamanda konu bakımından yetki alanını en dar yorumlayan üyenin M. Emin Kuz olduğunu da göstermektedir. Zira Kuz’un bu

tutumunun çok sayıda kararda tekrarlandığı görülmektedir. Böylece üyeler arasında CBK'ların alanına ilişkin sarsılmaz bir fikir birliği yoktur. Bunun yerine tutumların farklı seviyelerde ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür. Bu tespiti destekler biçimde daha evvel ifade edildiği gibi karşıoy sahipleri şerhlerini genellikle ayrı ayrı kaleme almaktadırlar. Örneğin verilen ilk kararlardan biri olan K. 2020/30 sayılı karar bakımından karşıoy blokunun çoğunluk grubuna katıldığı ve yalnızca Kuz'un muhalif kaldığı görülmektedir.

Benzer bir durum çoğunluk grubunda da gözlemlenmiştir. Örneğin K. 2021/105 sayılı kararda ilgili kuralla düzenlenen Ekonomi Koordinasyon Kurulunun kendine özgü idari bir birim olması sebebiyle CBK ile görev ve yetkilerinin düzenlenmesinin Anayasa'nın 123. ve 106. maddelerinin sistematiğinden çıkarılan istisna kapsamında olmadığına oybirliğiyle karar verilmiştir. Buna karşın Fiyat İstikrarı Komitesine (K. 2022/60) ve Sanayileşme İcra Komitesine (K. 2020/61) ilişkin kararlarda karşıoylar bulunmaktadır. Bu karşıoylar aynı zamanda genellikle çoğunlukta bulunan üyelerin argümantasyonunun ve öncüllerinin deşifre edilmesi için de fırsat tanımaktadır. Böylelikle CBK'ların alanını geniş yorumlayan çoğunluk grubunda da tıpkı diğer grupta Kuz için yapılan tespitin yapılması imkânı doğmaktadır. Aşağıda başka kararlardaki tutumu dikkate alınarak İnce'nin ve bu kararlardan yola çıkarak Fidan, Güleç ve Akyel'in CBK'ların konu bakımından yetkisini diğer üyelere nazaran geniş yorumlama eğiliminde olduklarını söylemek mümkündür.

Kadro iptal ve ihdası hususuyla bağlantılı olarak K. 2020/56 sayılı karar ile “kamu hizmetine girme hakkı” da tartışma konusu yapılmıştır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi ve bu hususun aynı zamanda “kamu hizmetine girme hakkı” çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği argümanları 123. ve 128. maddelerin birlikte değerlendirildiği bir sistematik yorumla cevaplanmıştır. Böylece çoğunluk, ilgili kararların analizinde detaylı biçimde bahsedildiği üzere, önce teşkilatları geniş yorumlamış ardından teşkilatların kurulmasını, görev ve yetki gibi hususların düzenlenmesini de kapsayacak şekilde genişletmiş ve nihayetinde teşkilat personelinin istihdamını da CBK'lar ile düzenlenebilecek alan içinde değerlendirmiştir.

Karşıoylarda ise personelin “atanmasına ilişkin usullerin” CBK ile düzenlenmesinin mümkün olduğu, AYM'nin içtihadının da bu yönde olduğu (bkz. E. 2018/162, K. 2020/56) ancak “görev ve yetkilerle”, “atama kriterlerinin” ya da “personelde aranacak niteliklerin” Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Kaldı ki bu karşıoylara göre personel için belirlenecek koşullar aynı zamanda “kamu hizmetine girme hakkına” da sınırlama getirmektedir. Dolayısıyla aksi yöndeki düzenlemelerin 104/17. maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı olacağı savunulmuştur (bkz. K. 2020/56; K. 2022/138, Arslan, Karşıoy Gerekçesi: § 17-19; K. 2022/146, Arslan, Karşıoy Gerekçesi § 2-5).

Aynı karar içinde “görev ve yetki” düzenlemesinde iptal lehinde karşıoy kullanan Menteş, kadro ihdası ve atanma usulü öngören hüküm için çoğunluk görüşüne katılmıştır. Çoğunlukta kaldığı için kesin olarak bilmek mümkün olmasa da üyenin, Arslan’ın karşıoyunda yukarıda yaptığı ayrımı benimsemediği ve bu sebeple çoğunluğa katıldığı tahmin edilebilir. Bu kararda ve önceki kararlarda tespit edilen hususlar dikkate alınarak Menteş’in CBK’ların alanını muhalif gruptaki üyelere nazaran daha geniş, çoğunlukta kalan üyelere nazaran daha dar yorumlama eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür.

Kuz ise aynı kararlarda Arslan’ın atanma usulüne ilişkin kabulünü de 128. madde kapsamında değerlendirmektedir. Tutarsız olmayan bu yorum, Kuz’un CBK’ların konu bakımından yetkisini dar yorumlama yönündeki tutumunun doğal bir sonucudur ve üyenin tüm üyeler arasında ilgili yetkiyi en dar yorumlayan üye olduğu bulgusunu da destekler niteliktedir (bkz. K. 2020/56, Kuz, Karşıoy Gerekçesi; K. 2022/138, Kuz, Karşıoy Gerekçesi; K. 2022/146, Kuz, Karşıoy Gerekçesi).

Belirtmek gerekir ki ilgili kararlarda atama şartlarının belirlenmesi hususunda ortaya çıkan tartışma somut olayın yorumuna ilişkin farklılıktan kaynaklanmaktadır. Çoğunluk atanma usulleri ve görev ve yetkilerin CBK ile belirlenmesini caiz görürken atama için belirlenecek koşul ve niteliklerin düzenlenmesini yetki sınırları içerisinde görmemektedir. K. 2022/138 sayılı kararda GİB’de devlet gelir uzmanı ünvanıyla beş yıl çalışan personelin sınav şartı aranmaksızın müdür olarak atanmasına imkân tanıyan düzenleme, “atanabilme şartlarını” düzenlediği gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir (bkz. K. 2022/138, §135-136; benzer yönde bkz. K. 2022/108: § 61-67; K. 2022/158; K. 2022/165; K. 2023/133). Ortaya çıkan bu durum hukuki belirsizliğin azaldığı hâllerde oybirliğinin oluşması yönündeki bulguyu desteklemektedir.

Yukarıda hukuki belirsizliğin görece az olduğu hâllerde yasal materyalin karar üzerindeki etkisinin arttığı yönündeki tespite paralel biçimde bazı yükseköğretim kurumlarında görev yapacak kadroların iptaline ve ihdasına ilişkin kural da, üniversitelerin kanunla kurulmasını öngören Anayasa’nın 130. maddesinin sistematik yorumu sonucu münhasıran kanunla düzenlenecek hususlarda düzenleme yaptığı gerekçesiyle oybirliğiyle, 104/17. maddesinin üçüncü cümlesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (bkz. K. 2021/33).

CBK’ların konu bakımından yetkisini daha geniş yorumlayan grubun tüm üyelerinin K. 2022/138 sayılı kararda örneği verilen sınıra her defasında riayet ettikleri söylenemez. Yukarıda da belirtildiği gibi diğer grup için Kuz’un yaklaşımının karşı kutbuna denk gelen İnce’nin atanma şartlarına ilişkin yaklaşımı dikkat çekicidir. Üye 123. 106. ve 128. maddelerin sistematik yorumunu atanma şartlarını da kapsayacak şekilde yorumlamanın yanı sıra “[...] bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin düzenlemelerin açıkça CBK ile düzenlenebileceği belirtildiğinden bu konuyla ilgili olarak

yasak alanda yer alan temel hak ve hürriyetlerin düzenlenebileceği anlaşılmaktadır” diyerek “kamu hizmetine girme hakkının” da CBK ile düzenlenebileceğini ileri sürmüştür. Bu argümanını ise K. 2020/6 sayılı kararda çoğunluğun “mülkiyet hakkına” ilişkin kararıyla desteklemiştir (bkz. K. 2023/65, İnce, Karşıoy Gerekçesi: § 8-9). İnce’nin bu şerhinde normun lafzi unsurunu amaçsal ve sistematik yorumla genişlettiği görülmektedir. Ancak İnce, özel-genel hüküm ilişkisine dayanan sistematik argümana başvurarak ortaya koyduğu gerekçesine dayanak yaptığı K. 2020/6 sayılı karardan sonra AYM’nin verdiği değişen yöndeki mülkiyet hakkı kararlarını dikkate almamıştır. İnce, benzer yorumu K. 2022/163 sayılı kararda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde de sürdürmüştür (bkz. K. 2022/163, İnce, Karşıoy Gerekçesi: §8-14).

Bununla birlikte İnce’nin atanma şartlarına ilişkin başka kararlarda çoğunluğa katıldığı görülmektedir (bkz. K. 2022/165: § 79-86, K. 2023/133: § 13-15). Bu kararlarla İnce’nin karşıoy kullandığı K. 2023/65 sayılı karar arasındaki farklılık iptale dayanak teşkil eden hükümdür. İnce’nin şerhi bulunan kararda 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırılık gerekçe gösterilmiş olup diğerlerinde üçüncü cümle dayanak gösterilmiştir. İnce’nin karşıoyunda bu farklılığa ilişkin bir gerekçe bulunmamaktadır. Böylece İnce’nin tutumundaki farklılığın yasal materyale ilişkin olmadığı düşünülebilir.

Sonuç olarak çoğunluk, 123. maddenin CBK’lara kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi veren hükmünün norm alanının hem sistematik yorumla (106. ve 128. maddeler) hem de hukuk dışı gerekliliklere istinaden geniş yorumlanması aracılığıyla kadro ihdasına ve iptaline, kadrolarda görev yapan personelin görev ve yetkilerine ilişkin CBK’larla düzenleme yapılabileceği yönündeki görüşünü atanma usullerini de içine alacak şekilde genişletmiştir. Kadro ihdası ve iptali hususlarında çoğunluk görüşünü benimsemeyen üyeler ise daha geniş bir yorumun sonucunda ortaya çıkan bu görüşe beklendiği şekilde şerh düşmüşlerdir. Atamaya ilişkin usul ve esaslarsa somutlaştırma esnasında hükmün bu kapsamda olduğu hususunda konsensüs oluşması durumunda oybirliğiyle iptal edilmektedir.

Kararlarda hukuk metodu açısından yapılabilcek ilk tespit üyelerin başvurdukları yöntembilimsel unsurların ABD literatüründe olduğu gibi önceden benimsedikleri yöntembilimsel tercihlerden çok yine yöntembilimsel tercihlerin parçası olduğunu kabul ettiğimiz öncüllerden kaynaklandığıdır. Genellikle çoğunluğu oluşturan gruba dâhil olan üyelerin küçük önermelere karşılık gelen CBK’ların norm alanını dar yorumlayacak şekilde daha çok metne ve ilişkili metinlerin sistematığına odaklanan bir yoruma başvurduğu kesindir. Ancak CBK’ların konu bakımından yetkisini genişletecek şekilde zaman zaman lafzi unsuru aşan ve amaçsal yorumla desteklenen bir yoruma başvurulduğu da görülmektedir. Hatta lafzi unsurun aşıldığı ve norm alanını genişleten yorumun

başkaca argümana dayandırılmadığı örnekler de mevcuttur (bkz. K. 2022/118). Benzer durum sıklıkla iptal yönünde oy kullanan grup üyeleri açısından da geçerlidir. Karşıoy gerekçelerinde mümkün olan pek çok argümantasyon aracıyla yürütme aleyhine sonuçlar doğuracak bir yorum benimsenmektedir. Dolayısıyla her iki grup açısından da farklı metodolojik araçlar vasıtasıyla amaç odaklı yorum yapıldığı söylenebilir. Bu yorum, tartışmasız biçimde belirli hukuki önanlayışlara dayanmaktadır.

Gruplar arasındaki yöntemsel farklılık şüphesiz hukuk metodolojisinin bir parçası olan ölçü normların seçiminde de gözlemlenmektedir. Örneğin K. 2022/156 sayılı kararda karşıoyların temel haklara atıf yaptığı hâllerde çoğunluğun kadro ihdası tartışması yürüttüğü görülmektedir (bkz. K. 2022/156). Benzer şekilde K. 2022/163 sayılı kararda da uygulanacak normların seçimi ve bu normların özel-genel hüküm teşkil edip etmedikleri hususu kararı belirlemiştir. Çoğunluk ilgili kararda üst düzey yöneticilerin atanmasına ilişkin CBK'lara tanınan yetkiyi özel hüküm kabul etmiş karşıoylarda ise üniversitelerin özerkliğinin de düzenlendiği Anayasa'nın 130. maddesinin özel hüküm kabul edildiği görülmüştür (bkz. K. 2022/163).

Ölçü normların seçimi yorum unsurlarının kullanımını da etkileyebilmektedir. Örneğin vaka bakımından K. 2020/5 sayılı karara benzeyen K. 2020/66 sayılı kararda çoğunluğun CBK'lar ile kanunlar arasındaki sistematik yerine CBK çıkarma yetkisini merkeze koyan bir sistematığe başvurması önceki karardan farklı olarak iptal talebinin reddedilmesine neden olmuştur (krş. K. 2020/5; K. 2020/66).

Bu tercihler iki grup arasındaki önceliklendirme farkının da birer göstergesidir. Diğer bir deyişle CBK'ların konu bakımından yetkisini dar yorumlama eğilimindeki grup; ilk kararda haklar, ikinci kararda üniversitelerin özerkliği lehine sınırlı bir yürütme organını öncelerken diğer grubun yürütmenin ilk elden düzenleme yapma yetkisini ve böylece hızlı karar almayı öncelediğini söylemek mümkündür. Önceliklendirmeye ilişkin bu farklılığın neden ortaya çıktığı ise ayrıca tartışılmalıdır.

Yargısal davranışa ve hukuk metodolojisine ilişkin kavramsal tartışmaların yürütüldüğü bölümlerden hatırlanacağı üzere karar vericilerin önanlayışları, içerisinde bulundukları sosyopolitik koşullardan etkilenerek belirli hususları diğerlerinden daha önemli hâle getirebilirler. Değişen önceliklerse izlenen hukuk metodolojisinin ardında yatan ve aktörlerce benimsenen gizli öncülleri belirlerler. Bu çerçevede Mahkeme'nin bir grup üyesinin, değişen ölçülerde, içinde bulunulan sosyopolitik koşullarda ve benimsenen hükümet sistemi uyarınca CBK'ların konu bakımından yetki alanının genişletilmesi amacına yöneldikleri ileri sürülebilir. Üyelerin görece az vakada kullandıkları karşıoylarında ileri sürdükleri gerekçeler bu tespiti desteklemektedir (bkz. K. 2022/60, Bağcı vd. Karşıoy Gerekçesi: § 9). Bunun karşısında ise çok sayıda karşıoyda gözlemlenen yasama lehine sonuçlar doğuran bir yorum anlayışı bulunmaktadır. Bu anlayışı benimseyen grup çok daha fazla

sayıda karşıoy gerekçesi kaleme aldığı için benimsedikleri argümanların ardında yatan öncülleri deşifre etmek daha kolaydır. CBK'ların konu bakımından yetki alanını daraltan bu yorumun, hukuk metodunun da sınırını belirlediği ileri sürülen kuvvetler ayrılığı ilkesini yürütmenin güçlenmesi karşısında önceliklendirdiği ve liberal anayasacılığın sınırlı iktidar ilkesine yöneldiği anlaşılmaktadır.

Kararlarda net biçimde ortaya çıkan gruplar ve bu grupların karşıoylarının metodolojik olarak analiz edilmesiyle tespit edilen varsayımları, yargısal davranışa ilişkin kalıpyargıların ötesinde bir analizin mümkün ve gerekli olduğunu göstermektedir. Karşıoyların dikkate alınmasıyla elde edilen sonuçlar “AYM'nin içtihatlarının” yekpare kararlar şeklinde ele alınmasının yeterli olmadığına işaret etmektedir. Karşıoyların değerlendirilmesiyle hem çoğunluğun hem de şerh sahibi üyelerin varsayımlarını tespit etmek kolaylaşmaktadır. Kaldı ki genellikle karşıoy kullanan üyelerin ayrı ayrı gerekçe kaleme almaları bu grupların da homojen olmadıklarını göstermektedir.

Sıklıkla çoğunluk grubunda yer almakla birlikte zaman zaman karşıoy yazan üyeler çoğunlukla karşıoy yazan üyelere nazaran daha fazla sayıda kararda birlikte gerekçe yazmaktadırlar. Bu durum sıklıkla azınlıkta kalan üyelerin benzer argümanlara dayanmaları durumunda da değişmemekte, üyeler nadiren birlikte şerh yazmakta ve zaman zaman ayrı şerhlerde birbirlerine atıf yapmaktadırlar. Bu tespit azınlık grubunun daha kırılgan olduğu şeklinde okunabilir. Tartışmasız olansa üyeler arasında CBK'lara ilişkin yaklaşım farkları olduğudur. Buna göre daha evvel zikredildiği gibi M. Emin Kuz en çok karşıoy kullanan üyedir. Kuz'un tutumunun nitel olarak da nicel duruma paralel olduğu, diğer bir deyişle hukuki argümantasyon açısından da Kuz'un aynı pozisyonda bulunduğu söylenebilir. Çok sayıdaki kadro ihdası ve iptali kararında, yine çok sayıdaki 123. ve 106. maddenin sistematik yorumunu içeren kararlarda düzenleme ve kurulma ilişkisini değerlendirdiği kısımlarda ve denetleme faaliyetlerinin icrai nitelik taşımaması yönündeki kararda (bkz. K. 2023/25 vd.) Kuz'un diğer üyelere nazaran CBK'ları daha fazla sınırlandıran bir tutum sergilediği görülmektedir.

Buna karşılık çoğunluk grubunun CBK'ların alanını en geniş yorumlama eğilimindeki üyesinin de yukarıda özellikle 104/17. maddenin ikinci cümlesi bağlamında yapılan değerlendirmelerde görüldüğü gibi Muhterem İnce olduğu ileri sürülebilir.

Yukarıda ifade edildiği gibi ilgili gruplara dâhil olan üyelerin kendilerini atayan makamdan ya da hangi cumhurbaşkanı döneminde atandıklarından etkilenmiş olduklarını düşündürecek bulgular vardır. Bununla birlikte bu tespitin istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, Erdoğan tarafından seçilen Hakyemez ve 2022'de TBMM tarafından seçilen Yaşar, genellikle iptal lehine karar veren ya da karşıoy yazan grupta yer almaktadırlar. Yaşar'ın bazı kararlarda bu gruptan ayrıldığı K. 2022/147 sayılı kararda olduğu gibi zaman zaman muhalif grupla çoğunluk grubu arasında bir yorum çizgisi benimsediği fakat genelde karşıoy sahibi olduğu görülmektedir (bkz. K. 2022/147).

Üyeleri seçen aktörlerin etkisi literatürde genişçe yer almaktadır. Daha evvel bahsedildiği gibi hâlihazırda görev yapan üyelerin %70'i Erdoğan'ın cumhurbaşkanlığı döneminde göreve gelmişlerdir. Genellikle karşıoy kaleme alan grubun %80'inin Gül döneminde göreve geldikleri düşünülürse üyelerin seçimini kimin yaptığının önem taşıdığı açıktır. En bariz örneği K. 2020/5 sayılı kararda görülen iki grup arasındaki hassas dengenin K. 2020/66 sayılı kararda farklı sonuç doğuracak biçimde değiştiği ve takip eden içtihatların bu yönde şekillendiği görülmektedir. Sonuç olarak üyelerin atanması ya da seçilmesine ilişkin literatürün savlarının da dikkate değer olduğu ortadadır.

Aynı zamanda K. 2020/5 ve K. 2020/66 sayılı kararlar bakımından önemli olan bir diğer husus, içtihat değişikliğinin Mahkeme'nin homojen bir heyet olarak kurumsal tutumu sonucu gerçekleşmemiş olmasıdır. Bunun yerine yasama lehine tutum geliştiren üyelerin, üye değişikliği sonucu azınlıkta kaldıkları ve ilgili konuda gerçekleşen içtihat değişikliğinin buna bağlı olduğu, diğer bir deyişle kurumsal değil bireysel seviyede bir değişikliğin sonucu olduğu söylenebilir. İlgili kısımda belirtildiği üzere K. 2020/5 sayılı karar, 8 karşıoyla 16 üyenin katılımıyla alınmışken işbu karar 5 üyenin karşıoyuyla 13 üyeye alınmıştır. Önceki kararda çoğunlukta olan ve sonucu belirleyen başkan Arslan ve başkanvekili Kömürcü ile önceki kararda karşıoy kullanan isimlerden Özgüldür'ün bu kararda imzası yoktur (krş. K. 2020/5; K. 2020/66).

Karşıoyların zamanla kararları dönüştürmesi de mümkün olabilmektedir. İncelenen örnekte özellikle mülkiyet hakkına ilişkin kararlarda ve genelde 104/17. maddenin ikinci cümlesi kapsamında bu etki gözlemlenmiştir.

Yine karşıoylarla ilgili olarak CBK'larda gözlemlenen bir diğer husus karşıoy gerekçelerinin çoğunluk gerekçelerine göre çok daha fazla argümanla desteklenmesi olmuştur. Karşıoylar hangi gruptan geldiğinden bağımsız olarak çoğunluk tarafından yapılan değerlendirmeye göre daha kuvvetli biçimde gerekçelendirilmekte ve mümkün olan en çok sayıda hukuki argümanla geliştirilmektedirler. Bu bulgu da ilişkili literatürle uyumludur.

Çoğunluk gerekçelerinde ise konsensüsün sağlanmasına yönelik bir stratejinin varlığına dair ipuçlarından bahsedilebilir. Karar iptal yönünde olacağına diğer grupta yer alan üyelerle önceki kararlardan yola çıkarak ihtilaf yaşanması muhtemelen konular hakkında değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Her ne kadar değerlendirme yapılması sonucu değiştirmeyecek olsa da ihtilafli hususlara temas edilmemesi Mahkeme içi stratejiye dayanan bir tercih olabilir (bkz. K. 2023/67).

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Türkçe literatürde AYM'nin yargısal davranışı çoğunlukla yargısal aktivizm ve hegemonik koruma tezi çerçevesinde tartışılmıştır. Ancak yargısal aktivizmin inceltilmeden kullanılmasının AYM'nin özellikle güncel durumunu açıklamaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu sorunun hem aktivizmin muğlaklığından hem de hegemonik koruma tezinin ve ilişkili olduğu merkez-çevre dikotomisinin geçerliliğini yitirmiş olmasından kaynaklandığı söylenebilir.

Yargısal aktivizm büyük ölçüde normatif çalışmaların konusu olmuş ve anayasa yargısının meşru sınırları bağlamında ele alınmıştır. Bu çalışmaların üzerinde pek durulmayan varsayımları; bağımsız olması beklenen yargısal davranışın yasal materyale göre şekillenmesi gerektiği ancak Türkiye örneğinde çeşitli aktörlerin davranışları ve yargıçların politik tercihleri doğrultusunda sosyal etkenler altında geliştiğidir.

Yargısal davranışa ilişkin bu varsayımların sorunsallaştırılmasıyla çeşitli modeller geliştirilmiştir. Bu modeller farklı zaman ve örneklerde farklı düzeylerde açıklayıcı olabilmektedir. Bu durum hesaba katılarak geliştirilen hibrit modellerse hem sosyal bilimlerin hem de hukukun yöntemlerini birlikte kullanabilmektedirler.

Hibrit bir modele dayanan bu çalışmada AYM'nin 2016 yılından bu yana değişen koşullar altında nasıl bir tutum sergilediği araştırılmıştır. Bu doğrultuda AYM'nin kurumsal bir yargısal davranışı olup olmadığı, kurumsal olsun ya da olmasın yargısal davranışının Türkiye'nin değişen siyasi ve toplumsal yapısından ne derece etkilendiği, bu davranışın politik bağlamla nasıl bir etkileşim içerisinde olduğu diğer bir deyişle yasal veya yasal olmayan (extra-legal) faktörlerden nasıl etkilendiği soruları sorulmuştur.

Çalışmada giriş kısmında belirtildiği şekilde yargı kararlarının hukuki boyutu gözardı edilmeden, realist hukuk ekolünün ve davranışsalcılığın bir katkısı olarak hukuk ve sosyal bilimlerin kesişiminde yer alan ve hukuk literatürünün bir parçası hâline gelmiş, sosyo-legal ya da bağlam içinde hukuk (law in context) araştırmalarının temel kabullerine dayanılmıştır (McConville ve Chui, 2007: 1). Buna göre yargısal karar vermede yasal materyal ve hukuk doktrini kadar, yargıçların politika tercihleri, vakaların ayırt edici özellikleri ve vakanın ele alındığı dönemin hâkim siyasi konjonktürü de etkilidir. Bu çerçevede AYM kararları beğenilen veya yerilen kararlar olmanın ötesinde gözlemlenecek nesneler ve anlamlandırılacak süreçler olarak kabul edilmiştir (Posner, 2005: 32).

İlk olarak kararların daha ölçülebilir hâle getirilmesi amacıyla nicel verilere başvurulmuş ve bu veriler ışığında 2016'da gerçekleşen darbe girişimi ve sonrasında ilan edilen olağanüstü hâlin AYM'ye

ilişkin yargısal davranış modelleri çerçevesinde anlam ifade edecek verilere net biçimde etki ettiği tespit edilmiştir. Bu tarihten sonra anayasa değişikliğiyle yasal etkenler de değişmiş, AYM üyelerinin 8'i, 2016 ve sonrasında göreve gelmiştir. Krizi takiben norm denetiminde iptal, bireysel başvurularda ihlal kararı oranları sert biçimde düşmüş ve son yıllarda yeniden yükselmiş, AYM'nin merkezi bütçeden aldığı pay bu tarihten sonra her sene daha da azalmıştır. Tüm bu veriler, ilgili tarihte ortaya çıkan siyasi krizin ve hükümetin krize verdiği cevabın AYM'nin yargısal davranışı üzerinde etkili olduğunu göstermektedir. Bu krizle ortaya çıkan koşullar yürütme organının daha da güçlenmesine yol açmış ve nihayetinde hükümet sistemi değişmiştir. Dolayısıyla yargısal davranışı incelenen AYM'nin, bu krizin baskın karakteri olan yürütmenin güçlenmesi olgusuna nasıl yaklaştığının incelenmesi önem kazanmıştır. Bu durum yargısal davranış literatüründeki politik yönü görece belirgin, zor davaların incelenmesinin daha açıklayıcı olduğu kabulüyle de uyumludur. Zira olağanüstü hâl ya da Schmittyen tabirle istisna hâli normun silikleştiği ve kararın öne çıktığı bir hâldir. İstina hâlinde, egemenin kararıyla öne çıkması; üyelerin, hukuk metodolojisinin sınırı kabul edilen, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletine ilişkin ön anlayışlarının deşifre edilmesi için uygun bir zemin hazırlamaktadır.

Bu sebeple çalışmada olağanüstü hâl ile doğrudan ilişkili olağanüstü hâl KHK'ları ve bu kararnamelerle ortak özelliği, yürütmenin ilk elden düzenleme yetkisine dayanmaları olan CBK'lara ilişkin kararlar incelenmiştir. Vakaların daraltılması ve aynı norm tipine ilişkin tüm vakaların ele alınması yoluyla; farklı vakaların ve farklı hukuki etkenlerin, yargıçların tutumlarının kararlarına farklı düzeylerde yansması sonucunu doğurduğu yönündeki tez uyarınca değişkenlerin (vaka tipi ve hukuki etkenler) izole edilmesi amaçlanmıştır (bkz. Bartels, 2009: 475).

Çalışmada kararların sonuçları üzerinden sayısal veriler üretilmiş ve veriler mümkün olduğunca detaylandırılmıştır. Bununla birlikte iptal ya da ret şeklindeki sonuçların her zaman tek başlarına anlam ifade etmedikleri ve kararın arkasındaki motivasyonların ortaya konmasına imkân tanımadıkları kabulüyle, kararlarda izlenen kalıplara ve gerekçelerin diline odaklanılmıştır. Böylece örneklemin küçük tutulduğu ancak analizin derinlemesine yürütüldüğü ve çok sayıda değişkenin izole edilerek esas etkenlerin keşfedildiği bir çalışma yürütülmesi amaçlanmıştır (Cross, 2007a: 226).

Ele alınan kararlar nesnelliği arttırmak için nicel veriler ve hukuk çalışmalarında nicel verilerin açıklayıcılığının arızalarını azaltmak için hukuk metodu çerçevesinde analiz edilmişlerdir. Zira karar ve karşıoy gerekçelerinin hukuki incelemesi, kullanılan yöntembilimsel araçların değerlendirilmesiyle anlamlı olabilir. Yöntembilimsel ikna edicilik yahut kararların rasyonelitesi yargının meşruiyetinin de temelidir. Oldukça soyut kavramlar içermeleri sebebiyle anayasal metinlerin yüksek oranda somutlaştırılmaları gerekir. Bu durum anayasal hükümlerin yorumunda öznel değerlendirmeleri kaçınılmaz kılar. Normun somut olayı kuşatma oranına göre bu öznellik değişkenlik gösterir. Geniş

anlamda hukuk metodolojisi yoluyla rasyonelitesi temin edilecek yargısal kararların gözleme ve sınamaya açık, objektif bir yönü varsa o da kullanılan yöntemsel araçlardır.

Hukuki argümantasyon veya yöntemsel araçlar aynı zamanda yasal materyalle sosyal etkenlerin birleştiği kavşaktır. Öznelliğin kaçınılmaz olması bu sosyal bileşenin sonucudur. Hukuki argümantasyonda önermeler zincirinin takibiyle karar vericinin önanlayışına varılmaktadır. Bu önanlayış gerekçelendirme ve rasyonel tartışma yoluyla hukuki bir önanlayış hâline dönüşmektedir (Sancar, 1998: 106, 149). Liberal anayasacılığın seyri bağlamında bu önanlayışın erkler arasındaki ayırmadan ve egemenlik kavramının algılanışından bağımsız olmadığı ve yöntemsel sonuçlar doğurduğu açıktır.

Gerekçelendirme aracılığıyla kabul edilebilir hâle getirilen karar, kararı makul bulan kitlenin önceliklerini yansıtacaktır. Farklı önceliklere sahip siyasal rejimlerde, yargıdan beklenen işlevler ve dolayısıyla yorum unsurlarının kullanımı, öncelik verilen hususlar çerçevesinde değişiklik gösterecektir (Smilov, 2012: 871). Olağanüstü hâller sosyal önceliklerin değiştiği kriz durumları olmaları sebebiyle niteliksel olarak da yargısal davranışın incelenmesi için verimli bir alan sunmaktadır.

Yargı kararları her vaka için somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterir. Anayasa yargısında somutlaştırma ihtiyacının yüksek olması yargısal davranışı daha değişken kılabılır. Kararlardaki değişiklikler, yöntemsel başarının sağlanması, diğer bir deyişle gerekçelendirmenin ikna edici olması hâlinde meşru olabilir.

Metodolojik bir değerlendirme yapılmadan kararlarda gözlemlenen ret veya iptal yönündeki değişikliklerin içtihat değişikliği olduğunu ileri sürmek yanıltıcı olacaktır. Örneğin E. 2018/134, K. 2021/13 ve E. 2019/96, K. 2022/17 sayılı kararlarda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde benzer iki hükümde aksi yönde kararlar verilmiştir. Bu kararlar CBK şeklindeki normun alanı bakımından farklı yorumlara dayandırılmış olup aslında önceki kararlarda benimsenen temel yaklaşım değişmemiştir. Dolayısıyla farklılığı içtihat değişikliği olarak nitelendirmek mümkün değildir.

İçtihatla bir kırılmadan bahsedilmesi ancak benzer vakalarda yöntemin ikna edici olmayan biçimde değiştirilmesi yahut önceki yaklaşımla çelişen açık tercihlerin ortaya konulmasıyla mümkündür. Bu tanımlama ise olağanüstü hâl KHK'larına ilişkin içtihat değişikliğiyle uyumludur (krş. E. 1990/25, K. 1991/1 ve E. 2016/166, K. 2016/159). İlk örnekte olmayıp bu örnekte yer alan değişikliklere esas somutlaştırmanın sınırını belirleyen, anayasanın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı çerçevesindeki sistematiktir.

Hukuki belirsizliğe ilişkin varsayımlara dayanan bu kapsamdaki kaçınılmaz öznellik, bu çalışmada “doğru” karar yerine “makul” kararın; diğer bir deyişle etkisinde bulunan sosyal değişkenlerin şekillendirdiği önceliklerin ve önanlayışın biçimlendirdiği kararın incelenmesinin temel nedenidir.

Olağanüstü hâl KHK’larına ilişkin içtihatların değerlendirildiği kısımda görüldüğü gibi her iki içtihadın da hukuk yöntemi bakımından kuvvetli ve zayıf yönleri vardır. Dolayısıyla bir kararı diğerinden daha kabul edilebilir yapan hukuki önanlayış ve benimsenen öncelikler yani sosyal bileşenlerin değerlendirilme biçimidir. Böylelikle yargısal kararı şekillendiren yöntemsel unsurlar, bizzatı birtakım siyasal stratejilerle inşa edilebildikleri için (Sancar, 1995: 98) araştırmacılara karara etki eden değişkenleri istedikleri şekilde soyutlayabilecekleri bir laboratuvar vermese de kararın arkasında yatan varsayımları ve ilişkileri deşifre edebilecekleri, analitik bir strateji sunmaktadır (Feteris, 2019: 213-214).

Çalışmada kararların sonuçlarına dayalı sayısal verilerin işaret ettiği hususların 2022 yılında verilen kararların incelenmesinde görüldüğü gibi hukuki analizle desteklenmesinin açıklayıcılığı arttırdığı bulgulanmıştır. Mülkiyet hakkı bağlamında incelenen hükümler dışında, AYM’nin iptal oranlarının CBK’lar bakımından dosya düzeyinde %89’a, hüküm düzeyinde %60’a çıktığı ve incelenen dönem için en yüksek değerlere ulaştığı 2022 yılında verdiği kararların metodolojik olarak öncekilerden farklı olmadığı ortaya konmuştur. Dolayısıyla hukuk metodu çerçevesinde yapılacak inceleme olmaksızın AYM’nin homojen ve genele şamil biçimde daha “aktivist” olduğunu iddia etmek yerinde değildir. Olsa olsa bu dönemde mülkiyet hakkı konusunda “seçici” davrandığı söylenebilir.

Söz konusu tespitin Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu ile Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Yürütme Kurulunun kuruluş usul ve esaslarını düzenleyen CBK kurallarına ilişkin K. 2022/147 sayılı karar ile de desteklendiği görülmektedir. Kararda çoğunluk, önceki kararlarda benimsediği hususları tekrarlamakla birlikte somut olaya ilişkin farklılıkları gerekçe göstererek ret yönündeki önceki kararlarından ayrılmıştır (bkz. E. 2020/4, K. 2022/147, § 73; benzer yönde bkz. E.2021/88, K.2021/105, 30/12/2021, § 21; E.2020/94, K.2022/61, 1/6/2022, § 21). Sonuç üzerinden yapılacak bir değerlendirme sonuca etki eden faktörleri ortaya çıkaramayacak, karşıoyların incelenmesine gerek duyulmayacak ve böylece AYM’nin yargısal davranışına ilişkin hatalı tespitler yapılmış olacaktır. Dolayısıyla bu yöndeki bulgular, bu vakada AYM’yi oybirliğine götürmeye yetmemiş olsa da yasal materyalin çoğunluk gruplarını değiştirecek güçte bir etkiye sahip olduğunun göstergesi olarak okunmalıdır (benzer şekilde bkz. E. 2021/85, K. 2022/60).

Kararların sonuçlarına odaklanmak mahkemenin kompozisyonunun gerçekte olduğundan daha homojen algılanmasına ve tutumunun monolitik olduğunun varsayılmasına da sebep olabilir. Bunun yerine karşıoyların da incelenmesi hem mahkemenin profilinin daha gerçekçi biçimde ortaya konmasını hem de henüz sonuca yansımayan çeşitli eğilimlerinin tespit edilmesini sağlayabilir. Böylece olası bir değişimin belirtileri de izlenebilir (Petersen, 2018). Çalışmada bu amaçla karşıoylar da dâhil olmak üzere gerekçelere ilişkin izlenen yöntem, 2022’de verilen kararlarda gözlemlenen mülkiyet hakkına ilişkin değişikliğin, ucu bireysel başvurulara dokunan olası sebeplerine de ışık tutmaktadır (bkz. E. 2019/77, K. 2021/2, Arslan, Karşıoy Gerekçesi: § 14).

Bu bulgu aynı zamanda literatürde oyların ve karşıoyların gerekçelerinin “alternatif sosyal inşa araçları” olarak zamanla mahkemelerin eğilimini değiştirme ve gündem belirleme işlevine sahip oldukları yönündeki tezleri tıpkı daha evvel Haşim Kılıç’ın karşıoylarına ilişkin tespitte (bkz. Yancı Özalp, 2018, 168) olduğu gibi destekler niteliktedir (Corley ve Ward, 2018; Petersen, 2018).

Olağanüstü hâl KHK’larına ilişkin E. 2016/166, K. 2016/159 sayılı kararda E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı kararda benimsenen -ampirik ögelere dayanan amaçsal ve sistematik unsura başvurmak suretiyle lafzı aşarak ortaya konan- dinamik yaklaşımın yerine önceki içtihadın karşıoylarında benimsenen metne sıkı bağlı bir yorumun tercih edilmesi literatürde muhafazakar sonuçlarla lafzi ve genetik yorum unsurlarının kullanımı arasında kurulan ilişkiyle örtüşmektedir.

Bu vaka özelinde metne sıkı bağlı pozitivist anlayışın AYM’nin uyum stratejisiyle paralellik arz ettiği görülmektedir. Gerekçelendirmenin kuvvetli yönleri bulunmakla birlikte yargısal davranış konusunda, çalışmanın varsayımlarıyla uyumlu bir tablo ortaya çıkmıştır. Bilhassa istisna ve kriz hâllerine ilişkin kabullerle sayısal verilerin örtüştüğü görülmüştür. Dolayısıyla bu vaka açısından, ilk karar gerekçesinde belirsizliğine dayanılan siyasal denetimi etkileyen İktidâr değişikliği şeklindeki yasal materyal değişikliğinin stratejik davranışın gölgesinde kaldığı söylenebilir. Bu bulgu, Belge’nin AYM’nin “kamu düzeni ve güvenliği” saikiyle hareket ettiğinde yasal materyale diğer bir deyişle metne sıkı biçimde bağlı kalmayı tercih ettiği ve metodolojik olarak pragmatist bir tutum takındığı bulgusuyla da uyumludur (Belge, 2006: 669-672). Aynı bulgunun mahkemelerin çeşitli baskı gruplarından oluşan “iktidar koalisyonuna” nadiren direnç göstereceği teziyle de uyumlu olduğu görülmektedir (Dahl, 1993: 242).

2016’da ortaya çıkan krizin tüm ülkeyi ve yargı mensupları da dâhil olmak üzere tüm bürokrasiyi kapsayacak biçimde geniş çaplı olması; bu tarihte 1991’e nazaran iktidar blokunun çok daha güçlü olması ve 1991’de tüm kararlar bakımından iptal oranlarının çok daha yüksek olması ve AYM’nin üç üyesi hariç tamamının Gül veya Erdoğan tarafından atanmış olması gibi sebepler içtihadın değişiminde rol oynamış olabilir. AYM’nin daha evvel de kriz dönemlerinde takındığı ileri

sürülen “rejim sorumluluğu” anlayışını sürdürdüğü (Soysal, 1997: 213; Ünsal, 1980: 310) ve böylelikle Ünsal’ın 12 Mart özelinde ileri sürdüğü AYM’nin sistem üzerindeki gerilimi hafifletmeye yönelik tutumunun tekrarlandığı ileri sürülebilir (Ünsal, 1980: 320).

Aktivizmin ya da mahkemelerin gücünün basite indirgenmiş bir ölçütü olarak kabul ettiğimiz iptal oranlarının, AYM’nin önceki içtihadını oluşturduğu 1991’de %80 iken 2016’da darbe teşebbüsü öncesinde %33, sonrasında %17 ve ortalamada %27,3 olması bu oranların tüm arızalarına rağmen bir gösterge olarak ciddiye alınmaları gerektiğini de göstermektedir. Bununla birlikte özellikle 2018 yılında verilen kararların çoğunun olağanüstü hâl KHK’larının kanunlaşmasına ilişkin düzenlemelerin iptaline ilişkin olduğu görülmektedir. Bu hükümlere ilişkin iptal taleplerinin benzer dayanaklarla reddedilmesi iptal oranlarını oldukça düşürmekte ve sayısal verilerin sorgulanmasına neden olmaktaysa da iptal taleplerinin kategorik olarak reddedilmesinin de bir yargısal davranış olduğu açıktır.

İptal ve ihlal oranlarının yanı sıra dava, başvuru ve bunların sonuçlandırılmasına ilişkin sayısal veriler de yargısal davranışa ilişkin çıkarımlar yapılmasına imkân tanımaktadır. 2016 yılında yapılan bireysel başvuru sayısının önceki yılın yaklaşık dört katı olduğu buna karşın sonuçlandırılan başvuru sayısının %7 kadar arttığı görülmektedir (bkz. Grafik 3; Grafik 6). Sonuçlandırılan başvuru sayısının başvuruları karşılama oranı 2017’de önceki yılın yaklaşık 11 katı olmuş (bkz. Grafik 3) ve norm denetiminde 2016 yılında benzer bir tablo oluşmamışsa da Mahkeme’nin bu tarihte “bekle gör stratejisi” izlemiş olma ihtimali bulunmaktadır (bkz. Grafik 1).

Norm denetiminde 2018’de ortaya çıkan benzer konulardaki yığılma bireysel başvuru kararlarında 2017’de ortaya çıkmış ve bu yıl, AYM’nin en çok sayıda başvuruyu sonuçlandığı yıl olmuştur. Ancak esastan incelenen başvuru sayısında aynı yükseliş gözlemlenmemiştir. Dolayısıyla Mahkeme’nin “bekle gör” stratejisi izlediği ileri sürülse bile bunun uzun sürmediği, bunun yerine 2017’de ihlal oranında gözlemlenen düşüşten yola çıkarak AYM’nin “uyum” stratejisi izlediği söylenebilir. 2017’de esastan incelenen başvuruların sayısının da düşmüş olması görece “nötr” olduğu düşünülen usul kurallarının AYM’nin “kaçınma” stratejisinin bir parçası olarak kullanılabileceğinin bir göstergesi olarak okunabilir.

Belirli konularda yığılma olduğu yönündeki tespit aynı zamanda çalışmada izlenen vakaların dikkate alınarak verilerin detaylandırılması ve sayısal verilerin analizinde bu detayların dikkate alınması şeklindeki yöntemi de haklı çıkarmaktadır.

Ekleme gerekir ki bireysel başvuru kararları, yalnızca uygulamadan kaynaklanan sebeplerle değil aynı zamanda bu imkânı tanıyan 07/05/2010 Tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 1982 Anayasası’nın 148. maddesine bireysel başvuru kurumunu ekleyen ilgili maddesinin gerekçesi yani anayasa

koyucunun iradesi şeklindeki tarihsel unsur bakımından da kurumsal ve stratejik yönlerine ilişkin literatürü doğrulamaktadır. AYM’nin liberal anayasacılığın temel felsefesinden tamamen kopmasına mani olabilecek AIHM kaynaklı bu stratejik beklentinin, Mahkeme açısından diğer aktörler karşısında elini güçlendirecek bir müttefik sağlaması da mümkündür.

Sayısal verilerin ardından hukuki analize konu edilen kararlardan ilki AYM’nin OHAL KHK’larına ilişkin içtihadıdır. Değişen içtihat yani K. 2016/159 sayılı karar, oybirliğiyle alınmış olduğundan karşıoylar aracılığıyla üyelerin farklı tutumlarına ilişkin çıkarımlarda bulunmak mümkün değildir. Üyelerin bazılarının verdikleri karardan pişman oldukları şeklindeki mülakatları kararın stratejik yönüne de işaret etmektedir (Demirtaş, 2022: 219). Bununla birlikte kararın oybirliğiyle alınması da başlı başına stratejik davranışa işaret eder niteliktedir.

Örneklemin daha geniş olduğu CBK’lar bakımından ilk göze çarpan husus karşıoyların dağılımıdır. Oybirliğiyle verilen kararlar olmakla birlikte oyçokluğuyla verilen kararlarda ilk karardan son karara kadar Mahkeme’nin iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Bu gruplar arasındaki temel farklılık CBK’ların konu bakımından yetkisine ilişkindir. K. 2020/5 sayılı kararda sonucu belirleyen ancak takip eden kararlarda karşıoy yazan, AYM başkanının da içinde bulunduğu ve %67’si Gül tarafından göreve getirilen (aynı zamanda Gül tarafından göreve getirilen üyelerin %80’inin dâhil olduğu) grup genellikle iptal yönünde, diğer grupsa ret yönünde oy kullanma eğilimindedir.

K. 2020/5 ve K. 2020/66 sayılı kararlar, AYM’nin kompozisyonuna ilişkin bulgular içermektedir. Benzer iki karar arasındaki farklılığın Mahkeme’nin homojen bir heyet olarak kurumsal tutumu sonucu gerçekleşmediği görülmektedir. Bunun yerine yasama lehine tutum takınan grubun, üye değişikliği sonucu azınlıkta kaldığı ve ilgili konuda gerçekleşen içtihat değişikliğinin buna bağlı olduğu anlaşılmaktadır. İlgili kısımda belirtildiği üzere K. 2020/5 sayılı karar, 16 üyenin imzası ve 8 karşıoyla alınmışken K. 2020/66 sayılı karar 13 üyenin imzası ve 5 üyenin karşıoyuyla alınmıştır. Önceki kararda çoğunlukta olan ve sonucu belirleyen başkan Arslan ve başkanvekili Kömürcü ile önceki kararda karşıoy kullanan isimlerden Özgüldür’ün bu kararda imzaları bulunmamaktadır (krş. E. 2019/31, K. 2020/5; E. 2018/162, K. 2020/66).

AYM’nin bu kararlar bakımından bölünmesine ilişkin ilk sonuç literatürde üyelerin tutumunun kendilerini atayan merciden etkilendiği şeklindeki tezlerin bu vaka için, özellikle Erdoğan tarafından seçilen Hakyemez ve Yaşar istisna olmak üzere doğrulanmış olmasıdır. Bu tespitin en azından üyelerin kuvvetler ayrılığına ilişkin görüşleri bakımından isabetli olduğu söylenebilir. Elbette bu bölünmenin aynı zamanda stratejik değişkenlere dayanması da ihtimal dâhilindedir. Zira bölünmenin bireysel başvurular da dâhil olmak üzere “zor davalar” bakımından sıkça tekrarlandığı görülmektedir. Kesin olansa bulgunun sosyo-legal çalışmaların varsayımlarını desteklediği ve Ergül’ün (2003)’te

belirttiği; Türkiye örneğinde üyelerin siyasi angajmanları üzerinden bir analizin yapılmasının güç olduğu varsayımının bugün için kesin olarak geçerliliğini yitirdiğidir.⁹⁵

Söz konusu gruplar arasındaki CBK kararları özelinde gözlemlenen metodolojik farklılık hukuki önanlayışlarında ve önceliklerinde kendini göstermektedir. Her iki grup açısından da sonuç odaklı yorum yapıldığı ve farklı vakalarda çeşitli argümanlara birlikte veya ayrı ayrı başvurulduğu görülmektedir. Bu tespit hem AYM’ye ilişkin literatürdeki hem de yabancı literatürdeki yöntemsel çoğulculuğa uygundur (Cross, 2007b: 1979-1980). Buna göre üyeler belirledikleri sonuca ulaşmak için teorik olarak benimsemedikleri yöntemlere de başvurabilirler. Bulgular, kullanılan yöntemlerin yargıçların verdikleri “en iyi” kararları gerekçelendirme/aklama girişiminin birer aracı olduğu yönündedir (Benesh ve Czarnezki, 2009: 131-132). İddiayı destekleyen çok sayıda örnek olmakla birlikte K. 2022/156 sayılı kararda beklenenin aksine genellikle iptal yönünde oy kullanan grubun metne sıkı bağlı yoruma başvurduğu, iptal talebi reddedilen hüküm bakımındansa bu kez karşıoyların temel haklara ve çoğunluğun lafzi unsura dayandığı görülmektedir (bkz. E. 2020/28, K. 2022/156).

Ayrıca yöntemsel açıdan ilginç bir diğer bulgu, çoğunluk grubunun kimi kararlarda normun lafzını göz ardı eden hatta biçimsel mantığın sınırlarını zorlayan bir yorumla incelenen normun alanını dar yorumlayarak iptal taleplerini reddetmesi ve aslında bunu bir çeşit “iyi niyete” dayandırmasıdır. Böylece kararda daha evvel de metni aşan örneklerine rastlanan (bkz. Oder, 2010: 163-171) “yorumlu ret” veya “anayasaya uygun yorum” benzeri bir yorum ortaya konmaktadır (bkz. E. 2018/199, K. 2020/25; E. 2018/134, K. 2021/13; E. 2018/133, K. 2021/70; E. 2018/123, K. 2022/138). Yasamanın iradesini koruma görünümü altında AYM’nin kendi iradesini dayattığı ve yargısal aktivizm örneği olduğu görüşü de ileri sürülen (Yancı Özalp, 2018: 240) bu yorum türünün, parlamenter sistemin denetleme mekanizmaları içerisinde ve belki de yasama ihmalinin düşünülmesi hâlinde anlam taşıdığı, buna karşın mevcut koşullarda iptal talebinin reddi anlamına geldiği savunulabilir. Yekta Güngör Özden’in E. 1998/63, K. 1998/47 sayılı kararda karşıoy gerekçesinde belirttiği gibi bu karar, “kuralı iptalden kaçınma” davranışı olarak okunabilir. Bu tutumun kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bağlamında incelenen hükümler bakımından değiştiği yönünde bulgular olmakla birlikte ilgili kararlarda norm alanı ampirik etkenlerle belirlendiği için aceleci bir çıkarımda bulunmamak gerekir (bkz. E. 2019/96, K. 2022/17; E. 2018/123, K. 2022/138).

⁹⁵ Olağanüstü hâl KHK’larına ilişkin eski içtihadın değerlendirildiği kısımda görüldüğü gibi yargıçların şüphesiz geçmişte de siyasi eğilimleri bulunmaktaydı. Ancak bu verilerin toplanmasının Türkiye örneğinde bugün bile ABD’deki kadar kolay olmadığını kabul etmek gerekir. Tushnet’in ABD Yüksek Mahkemesi’nin bölünmüşlüğü üzerine ortaya koyduğu eserinde derlediği bilgilerin kapsamı, farklılığı gözler önüne sermektedir. Bkz. Tushnet, M. (2005), *A court divided: the Rehnquist court and the future of constitutional law*, New York: W.W. Norton.

Sonuç olarak Türkiye örneğinde üyelerin yöntemsel tercihlerine ilişkin yeterli verimiz olmasa da kullanılan araçlar yöntemsel olarak pragmatik bir tutum sergilendiği tezini desteklemektedir. Bununla birlikte tek tek üyelere odaklanarak yapılacak çalışmalarla üyelerin yöntemsel tercihlerinin belirlenmesi anlamlı olabilir (Cross, 2007b: 1980-1988).

Kararlarda açıkça gözlemlenen bölünme her şartta tekrarlanmamıştır. Bu bulgu da realist ekolün ve dolayısıyla sosyo-legal çalışmaların hukuki belirsizliğe ilişkin temel fikirleriyle uyumludur. Hukuki belirsizlik uygulanacak metodun üzerinde konsensüs oluşmaması hâlinde metnin açık anlamlı olması durumunda dahi ortaya çıkabilmektedir (Leiter, 2021: 131). Aksi durumda kararlar kamu personelinin atanma usullerine ilişkin kararlarda (bkz. E. 2018/123, K. 2022/138, §135-136; E. 2021/90, K. 2022/108, § 61-67; E. 2019/87, K. 2022/158; E. 2020/54, K. 2022/165; E. 2021/115, K. 2023/133) ve yükseköğretim kurumlarında görev yapacak kadroların iptaline ve ihdasına ilişkin kararda (E. 2020/71, K. 2021/33) olduğu gibi oybirliğiyle alınabilmektedir. Bu durum yasal materyalin belirsizliğinin azaldığı hâllerde sosyal faktörlerin etkisinin yasal materyalin gerisinde kaldığı (oybirliğiyle karar alınması hâli) hukuki belirsizliğin artması hâlindeyse hukuk metodolojisinden ve yasal materyalden kaynaklanan zorunluluklara daha az riayet edildiği (lafzi unsurun aşılması hâli) şeklindeki literatürle de uyumludur (Baum, 2018; Cross vd., 2012; Corley, Steigerwalt, ve Ward, 2013).

İlgili tespit yalnızca oybirliğiyle alınan kararlarla sınırlı kalmamış üyelerin gruplar arasındaki münferit geçişlerinde de benzer bir durum gözlenmiştir. Tıpkı Mahkeme gibi gruplar da homojen değildirler. Üyelerin özellikle Kenan Yaşar ve Mehmet Emin Kuz ile Muhterem İnce ve İrfan Fidan örneklerinde görüldüğü gibi gruplarındaki yaklaşımları farklı düzeylerde benimsedikleri görülmektedir. Ancak Özkaya örneğinde olduğu gibi her tekil geçişin (bkz. E. 2020/8, K. 2021/25; E. 2021/50, K. 2021/89) üyelerin ılımlılığı ya da rijitliğine ilişkin fikir vermeyeceği ve bu durumun kimi zaman yasal materyalin belirsizliği gibi yasal faktörlere bağlı geliştiği Özkaya örneğinde olduğu gibi ortaya konmuştur. Özkaya, CBK'ların alanını kimi kararlarda çok geniş yorumlamış (bkz. E. 2018/199, K. 2020/25, E. 2021/191, K. 2021/106) hukuki belirsizliğin azalması hâlindeyse yasal materyale bağlı kalmayı tercih ederek karşıoy kullanmıştır (bkz. E. 2020/8, K. 2021/25).

Genellikle ortaya çıkan bölünmenin ve azımsanmayacak sayıdaki oybirliği kararlarının, yargısal davranışın ne yalnızca yasal materyale ne de sosyal değişkenlere göre ortaya çıktığını; farklı görüşleri benimseyen yargıçların tutumlarının yanı sıra kararlarında metodoloji temelli ikinci bir boyutun da dikkate alınması gerektiğini destekler nitelikte olduğu görülmektedir (Fischman ve Jacobi, 2016: 7).

Karar gerekçeleri ve karşıoy gerekçeleri arasındaki literatürle uyumlu bir diğer metodolojik farklılık içtihatlarla ve teorik açıklamalara ilişkin olup hangi gruptan geldiğinden bağımsız olarak

karşıoylarda bu kaynaklara daha fazla müracaat edildiği görülmektedir. Bu durumun meşruiyet kaygısından kaynaklandığı ileri sürülebilir (Hume, 2006).

Bir diğer bulgu kararda uygulanacak normların seçimine ilişkindir. Salt yasal materyale bağlı olarak karar verildiği kabul edilse bile literatürde özellikle sistematik unsurun kullanımında seçilecek mevzuatın da yöntemin ve sosyal bileşenin bir parçası olduğu tespiti çeşitli vakalardaki norm seçimleriyle doğrulanmış görünmektedir (Baum, 2018: 126).

Emsal kararların kullanımına ilişkin çok sayıda hukuki gerekçenin yanında iş yükünün azaltılmasına dair argümanın da geçerli olabileceğine ilişkin bulgu pek çok karar ve karşıoy gerekçesinde tekrarlanmıştır. Üyeler çoğu gerekçelerinde bu kararlara atıfla yetinerek ayrıca açıklamalarda bulunmamışlardır.

İş yüküne ilişkin bir diğer bulgu, karar analizine konu edilmeyen ancak nicel verilerin analizinde oldukça dikkat çeken makul sürede yargılanma hakkının ihlali gerekçesine dayanan bireysel başvuru kararlarına ilişkindir. AYM yakın bir tarihte makul sürede yargılanma hakkının ihlali gerekçesiyle yapılan başvurularda “düşme kararı” verileceği yönünde (Kuz’un tek başına ve Seferinoğlu ile Menteş’in birlikte yazdıkları karşıoylarıyla) bir karar almıştır (Keser Altıntaş [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023).

Kararın hukuki boyutuna ilişkin tartışma saklı kalmak üzere böyle sonuçlanmasının kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Zira bireysel başvuruların %90’ından fazlasının aynı hakkın ihlali iddiasına dayandığı görülmektedir. AYM’nin bu yöndeki “yargısal davranışı”, üzerindeki yükü diğer erklerle paylaşmaya yönelik olup bir çeşit stratejik karar olarak okunabilir. Ayrıca düşme kararı, mahkemelerin usule ilişkin kararları tutumsal ya da stratejik davranışın birer aracı olarak kullanabilecekleri yönündeki literatürle de uyumludur.

Ayrıca makul sürede yargılanma hakkına ilişkin sayısal veriler bu hakkı diğer haklardan keskin biçimde ayırmaktadır. İhlal oranlarının düştüğü yıllarda bu hakka ilişkin ihlal kararlarının artmaya devam ettiği tespit edilmiştir. Bu kararlar özelinde görece ölçülebilir, objektif kalabilen haklar bakımından karşımıza çıkan bu ayrışma stratejik davranışı destekleyecek bir olgu olarak değerlendirilebilir. Ayrıca hukuki belirsizliğin azalması hâlinde mahkemenin tıpkı CBK’larda olduğu gibi belirli bir çizgiyi takip ettiği de söylenebilir. Belirsizliğin görece az olduğu bu tip kararlar politik etkiye daha az açık olabilir. Böylece AYM, bu hususlarda hem stratejik davranıyor olabilir hem de içtihadı olarak belirli bir patikayı benimsemesinin kolaylaştığı ileri sürülebilir. CBK’lara ilişkin kısım bu görüşü destekleyecek bulgular içermekle birlikte aslında bu durumun 2016’daki içtihatla da uyumlu olduğu söylenebilir. Zira bu içtihadı dayanak teşkil eden norm metninin de lafzı açıktır ve karar oybirliğiyle alınmıştır.

CBK'lara ilişkin derlenen sayısal veriler AYM'nin bu normları kanunlara göre çok büyük bir fark olmamakla birlikte daha az iptal ettiğini göstermektedir. Ancak bu oranın literatürde genellikle dikkate alındığı şekilde dosya düzeyinde olduğunu ve 2021 yılı örneğinde görüldüğü üzere hüküm düzeyinde inceleme yapılması hâlinde sonucun farklı çıkabileceğini belirtmek gerekir (bkz. Tablo 2). Sayısal veriler açısından bir diğer önemli husus karar süreleridir. CBK'ların incelendiği zaman zarfında kanunlara ilişkin iptal davalarının sonuçlandırılma süresinin CBK'lara ilişkin olanlardan daha uzun olması, bu norm tipine ilişkin ayrıca bir bekleme stratejisi yürütülmediğine işaret edebilir. Bununla birlikte normun yayımlandığı tarihten gerekçeli kararın yayımlandığı tarihe kadar ortalama 805 günü bulan sürelerin; ret kararlarına göre ortalama %70 daha uzun sürede alınan iptal kararlarının⁹⁶ ve iptale rağmen yürürlüğün ertelenmesine ilişkin kararların yargısal denetimin işlevselliğine gölge düşürdüğü söylenebilir. Hatta kararların yarısından fazlasında hükmedilen 9 aylık erteleme sürelerinin, 12 Mart sonrasında 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 1. ve 6. maddelerini iptal ettiği kararında 1 yıl erteleme süresi belirlediği E. 1974/35, K. 1975/126 sayılı kararında olduğu gibi, bir çeşit stratejik davranış olduğu yönünde bulgular vardır (bkz. E. 2018/123, K. 2022/138).

2022 yılında zirveye ulaşan iptal oranlarının olağanüstü hâlin sonlanması ve sürecin etkisinin azalması, muhalefetin belediye seçimlerinde metropollerin belediye başkanlığı seçimlerini kazanması ve 2023 yılındaki seçimlere ilişkin kamuoyu yoklamalarında hükümetin zayıfladığı yönündeki bir izlenimin oluşması gibi sebeplerle ilişkilendirilmesi mümkündür.

Kararların ölçülebilir hâle getirilmesi açısından önemli görülen iptal oranları tek başına aktivizmin göstergesi olarak değerlendirilmeye müsait olmamakla birlikte içerik bakımından Anayasa'nın 104/17. maddesinin 2. ve 3. cümlelerine dayanarak verilen iptal kararlarında gözlemlenen değişim, bu ölçütü çalışmanın örnekleminde desteklemektedir. Diğer pek çok karar bakımındansa önceki yıllarda benimsenen baskın yaklaşım sürdürülmektedir. Tüm bu bulgular çalışmanın yargısal davranışa ilişkin benimsemiş olduğu varsayımları doğrular niteliktedir.

Yine zikredilen bulgular uyarınca AYM'nin topyekûn “aktivist”, “korumacı”, “uyumlu”, “kaçınmacı” ya da “hak temelli” bir tutum içerisinde olduğunu iddia etmektense “seçici bir aktivizm” (Belge, 2006), “seçici yanıt verme” (Oder, 2018), “uyumlulaştırılmış bir direnç” (Hazama, 2023) ya da “stratejik bir denge” (Oder, 2021; Ünsal, 1980) sergilediğini ileri sürmek çok daha akla yatkındır. Mahkeme değişen vakalarda farklı tutumlar sergilemektedir. Zira “aktivizm” tanımlanması da ölçülmesi de oldukça güç bir kavramdır ve en azından iddianın küçültülmesi önemlidir. Kaldı ki

⁹⁶ İptal yönündeki kararların daha uzun sürede sonuçlandırılması olağandır. Ancak bu sürenin ret kararlarına göre %70 oranında daha uzun olması dikkat çekicidir.

kavram çoğu zaman yalnızca dikkat çekici derecede nitel ağırlığa sahip olan kararları nitelendirmek için kullanılmaktadır.

Benzer doğrultuda AYM'nin çoğu zaman kurumsal bir tutum sergilemediği de ileri sürülebilir. Bu açıdan bakıldığında AYM'nin davranışından ziyade üyelerin davranışına odaklanmak daha açıklayıcı olabilir. Bu husus aynı zamanda değişen kompozisyonun etkisini ortaya koymak açısından da önemlidir.

Yine de bugün AYM'nin yargısal davranışında süreklilik arz eden bir kalıp varsa bu “hegemonik koruma tezi” çerçevesinde izah edilemez. Elde edilen bulgular Seven ve Vinx'in (2017) ileri sürdüğü gibi AYM'nin normatif yönü zayıf sembolik bir anayasanın Schmittyen egemenlik anlayışı etrafında dönen bir iktidar yarışı çerçevesinde değerlendirilmesiyle açıklanabilir. Zikredilen çalışmanın ve AYM'ye ilişkin ele alınan literatürün genel olarak üyelerin değişmesiyle AYM'nin davranışının da değişeceği yönündeki tezleri, bu çalışmanın bulgularıyla da örtüşmektedir (ayrıca bkz. Şener, 2018; Varol vd., 2016).

Gerçekten de AYM'nin diğer erklerle “uyumlu” stratejik kararlar verdiği görüşünü destekleyecek bulgular vardır. Örneğin 14/07/2023 tarihinde yürürlüğe giren ek motorlu taşıtlar vergisi ihdasına ilişkin 7456 sayılı Kanun'un 28/09/2023 tarihinde ortalamanın çok daha altında bir sürede oybirliğiyle karara bağlanması muhtemelen kamuoyunda hükmün iptal edileceği yönünde oluşan beklenti sebebiyle verginin tahsil edilememesiyle ilişkilidir (E.2023/131, K.2023/160).

Bununla birlikte özellikle bireysel başvuru kararları yoluyla AYM'nin bir çeşit yanıt verme stratejisi geliştirdiği yönündeki bulgular, AYM bizatihi bir politik stratejinin ürünü değilse, Mahkeme'nin yargısal davranışının tamamıyla baskın iktidar ilişkileri çerçevesinde gelişmediğinin de işaretidir. Hazama (2023) ve Oder'in (2021) çalışmalarında belirtildiği gibi her vakada ortaya çıkmayan “seçici yanıt verme” davranışı kimi vakalarda AYM'yi hükümetle⁹⁷ kimi vakalarda diğer yargı kurumlarıyla karşı karşıya getirmektedir (bkz. Yargıtay, 3. Ceza Dairesi Kararı, E. 2023/12611). Ancak Oder'in (2021) AYM'ye yönelik aktivizm eleştirilerinin azaldığı yönündeki tespitinin 2023 yılı için geçerli olmadığı ve özellikle örnek verilen vakalarda aktivizm eleştirisinin çok ötesinde tutumlar sergilendiği görülmektedir. AYM'nin geleceğini etkileyebilecek bu durumun, ABD dışı ülke örneklerinde karşımıza çıkan uygulamalarla (bkz. Helmke, 2002: 292) ve mahkemelerin siyasi koalisyonları güçlendirecek “düşmanlar” hâline getirilmesi olgusu ile benzeştiği görülmektedir (Lovell, 2003; Pickerill ve Brough, 2018: 41).

⁹⁷ “Erdoğan HDP Kararının Ardından Telefona Sarıldı”, 30 Mart 2023, <https://halktv.com.tr/siyaset/erdogan-hdp-kararinin-ardindan-telefona-sarildi-iste-o-konusma-727804h>. Erişim tarihi: 26/10/2023.

Anekdotlara dayalı göstergelerin yanı sıra AYM'nin merkezi bütçedeki payı da Mahkeme'nin diğer aktörlerle ilişkisine dair fikir verebilir. Bu payın, 2016 sonrası isitkrarlı biçimde azaldığı görülmektedir. İptal oranlarıyla arasında korelasyon bulunmadığı için Mahkeme'nin buna tepki verdiği yönünde bir bulgu yoktur. Ancak diğer kurumların Mahkeme'nin mali özerkliğini zayıflatmak şeklinde bir strateji izliyor olmaları olasıdır.

Özetle bu çalışma kapsamında elde edilen bulgulara göre AYM'nin veya üyelerinin yargısal davranışı; (1) stratejik olabilmektedir; (2) bu davranış formel (2017 yılında yapılan değişiklikler gibi) ya da informal kurumsal etkenlerle değişiklik gösterebilir (Epstein ve Knight, 1998; Demirtaş, 2022; Helmke, 2002; Oder, 2021; Şener, 2018; Varol, 2016); (3) yasal materyalin değişimine duyarlıdır (4) belli kalıplar izleyebilmekle birlikte vakaların değişimine duyarlıdır (Aydın Çakır, 2018; Belge, 2006; Oder, 2021; Hazama, 2011); (5) bu kalıpları ve seçiciliği ortaya çıkartan “hegemonik koruma tezi” dışında aktüel durumu daha iyi açıklayabilecek “Schmittyen egemenlik” anlayışı gibi birtakım kodların etkisi tartışılabilir (Alphaz, 2019; Seven ve Vinx, 2017).

İlerleyen çalışmalarda ihlali ileri sürülen hakların belirli olması sebebiyle, daraltılması görece kolay olan bireysel başvuru kararlarının, bu stratejik etkenler çerçevesinde ele alınması işbu çalışmanın önemli bir eksiğini tamamlayacaktır. Benzer konularda hem norm denetimi kararlarının (makro seviye) hem de bireysel başvuru kararlarının (mikro seviye) yine kamuoyunun etkisi ve diğer stratejik hususların etkisinin (AİHM, yürütmenin sorumluluğu yargıya yüklemesi, meşruiyet kaygısı, kurumsal görev anlayışı vb.) gözlemlenmesi amacıyla birlikte ele alınması ve böylelikle Mahkeme'nin benzer hususlarda çelişkili kararlar verdiği –özellikle siyasi yönü ağır basan bireysel başvurular açısından- tezinin yasal değişkenlerin etkisinden yalıtılarak incelenmesi anlamlı olacaktır.

Henüz pek konu edilmemiş olan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla Demirtaş'ın (2022), Oder'in (2021) ve Hazama'nın (2023) çalışmalarında karşımıza çıkan yakın döneme ilişkin stratejik incelemelerde; 2016 sonrasında iki partiden oluşan koalisyonun getirdiği birtakım siyasi etkenlere daha yakından bakmak faydalı olabilir. Örneğin Demirtaş'ın zikredilen çalışmasında AYM için “izlek bağımlılığı” oluşturabilecek bir yapının mevcut olmadığı ileri sürülmüş olsa da pekâlâ bu koalisyonun AYM'nin özellikle 1982 dönemi itibarıyla üzerine formel veya informal olarak yüklenmiş olabilecek iktisadi değil ama “siyasi devletçi” izleği yeniden gün yüzüne çıkardığı düşünülebilir.

Bu çıkarımlar sonucunda AYM'nin siyasal konjonktürün ve özellikle söz konusu kurumsal etkenlerin değişen etkileşimi içinde fakat yasal materyalin etkisinden bağımsız olmayan bir yargısal davranış geliştirdiği söylenebilir. Bu davranışın kendisine yöneltilen ne “aktivizm” ne de “pasifizm” eleştirilerine tam olarak uyduğunu söylemek mümkündür. Sonuç olarak AYM'nin yargısal davranışına ilişkin mümkün olduğunca ölçülebilir hâle getirilen verilerin, değişen üye kompozisyonunun önemi ve

üyelerin tekil davranışları göz ardı edilmeden ve vakalar mümkün olduğunca daraltılarak değerlendirilmesi, liberal anayasacılığa dayanan tabiatı itibariyle hak temelli biçimde “aktivist” olması beklenen kurumun daha gerçekçi şekilde analiz edilmesini sağlayacak ve kurumun geleceğine ilişkin çıkarımlar yapılmasını kolaylaştıracaktır.



KAYNAKÇA

- Aarnio, A. (2006). *The Rational As Reasonable: A Treatise On Legal Justification*. D. Reidel Publishing Company.
- Akbaş, K. (2015). Hukuka Marksist Yaklaşım Ya Da Marksist Hukuk Kuramı. İçinde E. Uzun (Ed.), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (ss. 49-74). İthaki Yayınları.
- Akman, Ş. T. (2012). *Hukuk ve Politika İlişkisi Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri* [Doktora Tezi]. Ankara Üniversitesi.
- Aktaş, S. (2004). Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 3-22.
- Aktaş, S. (2010). Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1-2), 1-28.
- Aktaş, S. (2011a). Hukukta Yorum Çabaları. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(3-4), 1-33.
- Aktaş, S. (2011b). *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*. On İki Levha Yayıncılık.
- Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse As Theory of Legal Justification* (R. Adler, Çev.). Oxford University Press.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Çev.; 2. Baskı). Oxford University Press.
- Alexy, R. (2003a). Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, 16(2), 131-140. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>
- Alexy, R. (2003b). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449. <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>

- Aliefendioğlu, Y. (1993). Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri. *Anayasa Yargısı*, 9, 411-434.
- Alpbaz, M. M. (2019). Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1-35. <https://doi.org/10.33630/ausbf.590788>
- Aral, V. (1968). Kelsen'in Hukuk Anlayışı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 34(1-4), 513-552.
- Aristoteles. (1995). *Retorik* (M. H. Doğan, Çev.). Yapı Kredi Yayınları.
- Arslan, Z. (1999). Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık. *Liberal Düşünce Dergisi*, 16, 5-19.
- Arslan, Z. (2002). Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court. *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, 11(1), 9-25. <https://doi.org/10.1080/10669920120122225>
- Atar, Y. (2013). Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi. İçinde M. Öden (Ed.), *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan* (C. 2, ss. 857-896). Ankara Üniversitesi.
- Austin, J. (2015). *Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Ü. Yükselbaba, S. Üye, & U. Koloş, Çev.). Tekin Yayınevi.
- Aydın Çakır, A. (2018). The Impact of Judicial Preferences and Political Context on Constitutional Court decisions: Evidence from Turkey. *International Journal of Constitutional Law*, 16(4), 1101-1120. <https://doi.org/10.1093/icon/moy087>
- Bali, A. Ü. (2012). The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example. *Virginia Journal of International Law*, 52(2), 235-319.
- Barak, A. (2005). *Purposive Interpretation in Law*: Princeton University Press. <https://doi.org/10.1515/9781400841264>
- Barber, S. A., & Fleming, J. E. (2007). *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*. Oxford University Press.

- Barın, T. (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti* [Doktora Tezi]. Gazi Üniversitesi.
- Barkow, R. E. (2005). Originalists, Politics, and Criminal Law on the Rehnquist Court A Symposium on the Legacy of the Rehnquist Court. *George Washington Law Review*, 74(5), 1043-1077.
- Bartels, B. L. (2009). The Constraining Capacity of Legal Doctrine on the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, 103(3), 474-495. <https://doi.org/10.1017/S0003055409990049>
- Baum, L. (2018). Law and Policy in Decision Making. İçinde R. M. Howard & K. A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook Of Judicial Behavior* (ss. 114-131). Routledge.
- Belge, C. (2006). Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey. *Law & Social Review*, 40(3), 653-692. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2006.00276.x>
- Benesh, S. C., & Czarnezki, J. J. (2009). The Ideology of Legal Interpretation. *Washington University Journal of Law & Policy*, 29(1), 113-132.
- Benesh, S. C., & Spaeth, H. J. (2007). The Constraint of Law: A Study of Supreme Court Dissensus. *American Politics Research*, 35(5), 755-768. <https://doi.org/10.1177/1532673X06296991>
- Bentham, J. (2000). *Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books.
- Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics*. Yale University Press.
- Bix, B. (2004). *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford University Press.
- Boldt, E. D., & Boyd, C. L. (2018). The Political Responsiveness of Violent Crime Prosecution. *Political Research Quarterly*, 71(4), 936-948. <https://doi.org/10.1177/1065912918772676>
- Boyar, O. (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum* [Doktora Tezi]. Marmara Üniversitesi.
- Braman, E. (2009). *Law, Politics, & Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. University of Virginia Press.

Breyer, S. (1992). On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes. *Southern California Law Review*, 65(2), 845-874. HeinOnline.

Buckler, K., & Gilmore, E. L. (2017). Originalism, Pragmatic Conservatism, and Living Document Judicial Philosophies: Explaining Variation in U.S. Supreme Court Votes in Criminal Procedure Cases for the 1994–2014 Terms of Court. *American Journal of Criminal Justice*, 42(1), 28-54. <https://doi.org/10.1007/s12103-016-9354-6>

Burton, S. J. (1992). *Judging in Good Faith* (1. bs). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511624964>

Can, C. (2011). *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*. Siyasal Kitabevi.

Can, O. (2012). The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d'Etat? İçinde G. Rainer & T. J. Röder (Ed.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity* (ss. 259-278). Oxford University Press.

Can, O. (2020). Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı. *Anayasa Yargısı*, 37(1), 133-192.

Can, O., & Aktaş, D. Ş. (2017). Olağanüstü Hal Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23(1), 13-43.

Carnoy, M. (2001). *Gramsci ve Devlet* (M. Yetiş, Çev.). 3, 252-278.

Chavez, R. B. (2003). The Construction of the Rule of Law in Argentina: A Tale of Two Provinces. *Comparative Politics*, 35(4), 417-437. <https://doi.org/10.2307/4150188>

Cicero, M. T. (2014). *Devlet üzerine* (C. C. Çevik, Çev.). İthaki Yayınları.

Clayton, C., & May, D. A. (1999). A Political Regimes Approach to the Analysis of Legal Decisions. *Polity*, 32(2), 233-252. <https://doi.org/10.2307/3235284>

Cohn, G. (1967). *Existentialism and Legal Science* (G. Kendal, Çev.). Oceana Publications.

- Compton, J. W. (2015). What Is Originalism Good For? *Tulsa Law Review*, 50(2), 427-440.
- Corley, P. C., & Ward, A. (2018). Opinion Writing in The Us Supreme Court. İçinde R. M. Howard & K. A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook Of Judicial Behavior* (ss. 166-179). Routledge.
- Cross, F. B. (2007a). *Decision Making in the U.S. Courts of Appeals*. Stanford University Press.
- Cross, F. B. (2007b). The Significant of Statutory Interpretive Methodologies. *Notre Dame Law Review*, 82, 1971-2004.
- Cross, F., Jacobi, T., Tiller, E., & Kelleher, H. (2012). A Positive Political Theory of Rules and Standards. *University of Illinois Law Review*, 2012, 1-42.
- Çelebi, A. (2001). Kuraldışı Durumlarda Karar Vermek: Carl Schmitt ve Walter Benjamin Üzerine Bir İnceleme. *Defter Dergisi*, 109-145.
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker Policy Making in a Democracy: The Role of the United States Supreme Court: Role of the Supreme Court Symposium, No. 1. *Journal of Public Law*, 6(2), 279-295.
- Dahl, R. A. (1993). *Demokrasi ve Eleştirileri* (L. Köker, Çev.). Türk Siyasi İlimler Derneği Türk Demokrasi Vakfı Yayınları.
- Demirtaş, E. (2022). *Constitutional Courts During Political Upheavals: The Case of the Turkish Constitutional Court* [Doktora Tezi]. Boğaziçi Üniversitesi.
- Dinçkol, A. (2014). *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları*. Der Yayınları.
- Dobinson, I., & Francis, J. (2007). Qualitative Legal Research. İçinde M. McConville & W. H. Chui (Ed.), *Research Methods of Law* (ss. 16-45). Edinburgh University Press.
- Duguit, L. (1921a). Objective Law. III. *Columbia Law Review*, 21(2), 126-143. <https://doi.org/10.2307/1112412>
- Duguit, L. (1921b). Objective Law. IV. *Columbia Law Review*, 21(3), 242-256. <https://doi.org/10.2307/1111390>

- Duverger, M. (1971). *Politikaya Giriş* (S. Tiryakioğlu, Çev.). Varlık Yayınları.
- Duverger, M. (1982). *Siyaset Sosyolojisi* (Ş. Tekeli, Çev.; 2. bs). Varlık Yayınları.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1995). Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3(1), 2-11.
<https://doi.org/10.1111/j.1468-0378.1995.tb00035.x>
- Dworkin, R. (2005). *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2011). Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri. *Anayasa Yargısı*, 28, 27-39.
- Dworkin, R. (2018). *Hukukun Hükümrânlığı* (E. Uzun, Çev.). Nora Kitap.
- Easterbrook, F. H. (1988). Role of Original Intent in Statutory Construction. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 11(1), 59-66.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Epstein, L. (2016). Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior. *William & Mary Law Review*, 57(6), 2017-2073.
- Epstein, L., & King, G. (2002). The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*, 69(1), 1. <https://doi.org/10.2307/1600349>
- Epstein, L., & Knight, J. (2018). Strategic Accounts of Judging. İçinde R. M. Howard & K. A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook Of Judicial Behavior* (ss. 48-61). Routledge.
- Epstein, L., & Knight, J. (2022). Mahkemeler ve Yargıçlar. İçinde A. Sarat (Ed.), & M. Bakdur (Çev.), *Hukuk ve Toplum El Kitabı* (ss. 255-287). İslık Yayınları.
- Epstein, L., & Weinshall, K. (2021). *The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009049030>
- Erdoğan, M. (2011). Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20, 27-45.

- Erdoğan, M. (2012). *Anayasal Demokrasi* (9. bs). Siyasal Kitabevi.
- Ergül, O. (2003). *Anayasa Yargısı ve Demokrasi: Yeni Kurumsalcı Bir Bakış* [Doktora Tezi]. Ankara Üniversitesi.
- Ergül, O. (2013). Berraklaştırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 104, 37-54.
- Ergül, O. (2016). *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı: Anayasa Yargısında Stare Decisis*. Adalet Yayınevi.
- Eroğul, C. (1999). Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM’ce Onaylanması Sorunu. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 54(4).
- Esen, B. N. (1972). *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması: Bir İnceleme Özeti*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Esen, S. (2008). *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*. Adalet Yayınevi.
- Eskridge, W. N. (1987). Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 135(6), 1479-1555. <https://doi.org/10.2307/3312014>
- Eskridge, W. N. (1991). Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *The Yale Law Journal*, 101(2), 331. <https://doi.org/10.2307/796805>
- Eskridge, W. N. Jr. (1989). The New Textualism. *UCLA Law Review*, 37(4), 621-692.
- Eyrenci, Ö. (1981). Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış. *Amme İdaresi Dergisi*, 14(1), 45-57.
- Ferejohn, J., & Pasquino, P. (2004). The Law of The Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2(2), 210-239. <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>
- Ferejohn, J., & Pasquino, P. (2008). Emergency Powers. İçinde *The Oxford Handbook of Political Theory*. Oxford University Press.

- Feteris, E. T. (2019). *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma* (E. Uzun, Çev.). Pinhan Yayıncılık.
- Feyzioğlu, T. (1951). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi: Yabancı Memleketlerde-Türkiyede*. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2. bs). Oxford University Press.
- Fischman, J. B., & Jacobi, T. (2016). The Second Dimension of the Supreme Court. *William & Mary Law Review*, 57(5), 1671-1715. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2649427>
- Flango, E., & Ducat, C. R. (1979). What Difference Does Method of Judicial Selection Make. *Justice System Journal*, 5(1), 25-44.
- Fraenkel, E. (2020). *İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı* (T. Bora, Çev.; 2. bs). İletişim Yayınları.
- Franck, R. (2009). Judicial Independence Under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959-2006. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 25(1), 262-284.
- Friedman, B. (2010). *The Will of The People: How Public Opinion Has Influenced The Supreme Court and Shaped The Meaning of The Constitution*. Farrar, Straus and Giroux.
- Friedrich, C., & Brzezinski, Z. (1965). *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674332607>
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Fuller, L. L. (2017). Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık Profesör Hart’a Bir Cevap. İçinde S. Gürler (Ed.), *H.L.A Hart ve Hukuk Ahlak Ayrımı* (2. bs, ss. 153-212). Tekin Yayınevi.
- Garoupa, N. M., Gomez-Pomar, F., & Grembi, V. (2013). Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 29(3), 513-534. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1433803>

- Giegerich, T. (2010). Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller. *Anayasa Yargısı*, 27, 123-142.
- Giles, M. W., Blackstone, B., & Vining, R. L. (2008). The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making. *The Journal of Politics*, 70(2), 293-306. <https://doi.org/10.1017/S0022381608080316>
- Gillman, H. (2001). What's Law Got to Do with It? Judicial Behaviorists Test the "Legal Model" of Judicial Decision Making. *Law & Social Inquiry*, 26(2), 465-504.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511511189>
- Gordon, R. W. (2006). Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi (S. Gölbaşı, Çev.). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 64(2), 387-410.
- Gönenç, L. (2002). *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*. Martinus Nijhoff.
- Gören, Z. (1999). *Anayasa Hukukuna Giriş* (2. bs). Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- Gözler, K. (1990). Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi. *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 561-590.
- Gözler, K. (1998a). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. US-A Yayıncılık.
- Gözler, K. (1998b). Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı. *Anayasa Yargısı*, 15, 207-243.
- Gözler, K. (2000). *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*. Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2011). *Hukuka Giriş* (8. bs). Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2015). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (7. bs). Ekin Yayınevi.

Gözler, K. (2017). 15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme. *Ankara Barosu Dergisi*, 1, 39-67.

Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (22. bs). Ekin Yayınevi.

Gözler, K. (2013). *Yorum İlkeleri*. Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara.

Gözler, K. (2021, Ocak 23). Elveda Anayasa Mahkemesi: İrfan Fidan Olayı [Www.anayasa.gen.tr]. *Kemal Gözler'in Makaleleri*. <https://www.anayasa.gen.tr/irfan-fidan-olayi.htm>

Göztepe, E. (2018). 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*, 28(4), 521-534. <https://doi.org/10.1007/s41358-018-0161-0>

Graber, M. A. (2006). Legal, Strategic or Legal Strategy: Deciding to Decide during the Civil War and Reconstruction. İçinde R. Kahn & K. Kersch (Ed.), *The U.S. Supreme Court and American Political Development* (ss. 33-66). University Press of Kansas.

Gülener, S., & Uzun, C. D. (2020). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (Tarihsel Perspektiften Olaylar, Kişiler, Kararlar)*. On İki Levha Yayıncılık.

Güriz, A. (1996). *Hukuk Felsefesi* (4. bs). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Gürkan, Ü. (1967). *Hukuki Realizm Akımı*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Haines, C. G. (1922). General Observations on the Effects of Personal Political and Economic Influences in the Decisions of Judges. *Illnois Law Review*, 17, 96-116.

Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve siyaset ekseninde Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi ve insan hakları anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin işlevi, insan hakları anlayışı ve oluşumu üzerine bir inceleme*. Yetkin Yayınları.

Hall, M. E. K. (2014). The Semiconstrained Court: Public Opinion, the Separation of Powers, and the U.S. Supreme Court's Fear of Nonimplementation. *American Journal of Political Science*, 58(2), 352-366.

- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2009). Federalist No. 78. İçinde A. Hamilton, J. Madison, & J. Jay, *The Federalist Papers* (ss. 235-240). Palgrave Macmillan US. https://doi.org/10.1057/9780230102019_47
- Harel, A. (2003). Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification. *Law and Philosophy*, 22(3/4), 247-276.
- Harnay, S., & Marciano, A. (2003). Judicial Conformity Versus Dissidence: An Economic Analysis of Judicial Precedent. *International Review of Law and Economics*, 23(4), 405-420. <https://doi.org/10.1016/j.irle.2003.07.004>
- Hart, H. L. A. (2017). Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması. İçinde S. Gürler (Ed.), *H.L.A Hart ve Hukuk Ahlak Ayrımı* (2. bs, ss. 101-152). Tekin Yayınevi.
- Hayek, F. A. (1996). *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (A. Yayla, Çev.; 2. bs). İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hazama, Y. (2012). Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey. *International Political Science Review*, 33(4), 421-440. <https://doi.org/10.1177/0192512111414132>
- Hazama, Y. (2023). From Activism to Resilience: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective. *Turkish Studies*, 1-23. <https://doi.org/10.1080/14683849.2023.2173069>
- Helmke, G. (2002). The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *The American Political Science Review*, 96(2), 291-303.
- Heper, A. (2012). Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler. *Ankara Barosu Dergisi*, 1, 71-85.
- Hilbink, L. (2009). The Constituted Nature of Constituents’ Interests: Historical and Ideational Factors in Judicial Empowerment. *Political Research Quarterly*, 62(4), 781-797.
- Hirschl, R. (2000). The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. *Law & Social Inquiry*, 25(1), 91-149. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2000.tb00152.x>

- Hirschl, R. (2008). The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, 11(1), 93-118. <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>
- Holmes, O. W. (2009). *The Common Law*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Holmes, S. (1988). Precommitment and the Paradox of Democracy. İçinde J. Elster & R. Slagstad (Ed.), *Constitutionalism and Democracy* (ss. 195-240). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139173629.008>
- Honer, S. M., Hunt, T. C., & Okholm, D. L. (1996). *Felsefeye Çağrı: Sorunlar ve Seçenekler* (H. Ünder, Çev.). İmge Kitabevi.
- Hume, R. J. (2006). The Use of Rhetorical Sources by the U.S. Supreme Court. *Law & Society Review*, 40(4), 817-843.
- Işıқтаç, Y., & Metin, S. (2021). *Hukuk Metodolojisi* (8. bs). Filiz Kitabevi.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1997). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye* (2. baskı). İmge Kitabevi.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2014). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (9. baskı). Legal Yayıncılık.
- Karakul, S. (2015). Hukuk Yoluyla Demokrasi Mi, Demokrasi Yoluyla Hukuk Mu? Hukuk ve Demokrasi İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 78-108.
- Karayalçın, Y. (2001). *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod: Problem Çözme* (Genişletilmiş 5. baskı). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kaya, E. (2016). Anayasa Mahkemesinin Muhafazakâr – Liberal İkilemi. *Adalet Akademisi Dergisi*, 27, 181-214.
- Keck, T. M. (2007). Party, Policy, or Duty: Why Does the Supreme Court Invalidate Federal Statutes? *American Political Science Review*, 101(2), 321-338. <https://doi.org/10.1017/S0003055407070190>
- Kelsen, H. (2006). Saf Hukuk Kuramı Nedir? İçinde K. Akbaş (Çev.), *HFSA: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (C. 15, ss. 56-63). İstanbul Barosu.

- Kelsen, H. (2009). *General Theory of Law and State*. The Lawbook Exchange.
- Keyman, S. (2012). *Hukuka Giriş* (5. baskı). Yetkin Yayınları.
- Kirchmann, J. H. (1949). İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 181-212.
- Korucu, S. (2013). *Yargısal Aktivizm Teorisi*. Ankara Üniversitesi.
- Kösem, M. (2021). *Aulis Aarnio'nun Hukuki Yorumların Gerekçelendirilmesi Teorisi* [Yüksek Lisans Tezi]. Ankara Üniversitesi.
- Kuhn, T. S. (2003). *Bilimsel Devrimlerin Yapısı* (N. Kuyaş, Çev.). Alan Yayınları.
- Kuzu, B. (1993). *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*. Kazancı Kitap Ticaret.
- Küçük, F. (2018). *Anayasa Yargısının Siyasi Kökenleri ve Demokratik Meşruluğu Sorunu* [Yüksek Lisans Tezi]. İstanbul Şehir Üniversitesi.
- Lindquist, S. A., & Cross, F. B. (2009). *Measuring Judicial Activism*. Oxford Univ. Press.
- Locke, J. (2012). *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (F. Bakırcı, Çev.). Ebabil Yayıncılık.
- Loughlin, M. (2018). *Kamu Hukukunun Temelleri*. Dipnot Yayınları.
- Lovell, G. I. (2001). *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511509872>
- Mark J. Richards & Herbert M. Kritzer. (2002). Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making. *The American Political Science Review*, 96(2), 305-320.
- Maveety, N. (Ed.). (2003). *The Pioneers of Judicial Behavior*. University of Michigan Press.
- McConville, M., & Chui, W. H. (Ed.). (2007). *Research Methods for Law*. Edinburgh University Press.
- Meltzer, D. J. (2002). The Supreme Court's Judicial Passivity. *The Supreme Court Review*, 2002, 343-410. <https://doi.org/10.1086/scr.2002.3109721>

- Metin, S. (2002). *Hukuk Normunun Yorumu* [Doktora Tezi]. İstanbul Üniversitesi.
- Metin, S. (2003). Hukuksal Argümantasyon Teorisi ve Hukuk Uygulamasındaki Görünümü. İçinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (C. 8). İstanbul Barosu.
- Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*. Asil Yayın Dağıtım.
- Müller, F. (2009). *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri* (F. Sağlam, Ed.; B. E. Oder, K. Kanadoğlu, & O. Can, Çev.). Maltepe Üniversitesi.
- Neuman, W. L. (2012). *Toplumsal Araştırma Yöntemleri: Nitel ve Nicel Yaklaşımlar* (S. Özge, Çev.). Yayın Odası Yayınları.
- Oder, B. E. (2009). Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei [Constitution and Constitutional Review in Turkey]. İçinde *Turkey between Historical Heritage and Actual Expectations* (ss. 191-208). Konrad Adenauer Stiftung.
- Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*. Beta. <https://books.google.com.tr/books?id=ngX6ZwEACAAJ>
- Oder, B. E. (2021). Turkey's Democratic Erosion: On Backsliding and the Constitution. *Social Research: An International Quarterly*, 88(2), 473-500. <https://doi.org/10.1353/sor.2021.0022>
- Oder, B. E. (2017, Mayıs 7). *Populism and the Turkish Constitutional Court: The Game Broker, the Populist and the Popular*. Blog of the International Journal of Constitutional Law. <http://www.iconnectblog.com/2017/05/populism-and-the-turkish-constitutional-court-the-game-broker-the-populist-and-the-popular/>
- Okandan, R. G. (1946). Milletler Arası Hukuki Nizam ve Auto-Limitation Nazariyesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12(1), 62-84.
- Okutan, M. E. (2019). *Yargısal Aktivizm: Türk Anayasa Mahkemesi Örneği* [Doktora Tezi]. İstanbul Medeniyet Üniversitesi.

- Öden, M. (2009). Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58(3), 659-691. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001583
- Öktem, N. (1977). Hukuki Pozitivizm Akımı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 43(1-4), 271-299.
- Özbudun, E. (2007). Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62(3), 257-268. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000002041
- Özbudun, E. (2010). *Türk Anayasa Hukuku* (11. baskı). Yetkin.
- Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Özcan, M. T. (2012). *Hukuk Sosyolojisine Giriş*. On İki Levha Yayıncılık.
- Özcan, M. T. (2016). Etik ve Hukuk: Hukuksal Pozitivizm Üstüne Yeniden Değerlendirme. İçinde S. Üye, E. Ü. Atılgan, İ. Akı, Z. İspir, & F. Kaya (Ed.), *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan* (ss. 541-581). Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Özenç, B. (2016). *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küresellesme Çağındaki İşlevi* (2. Baskı). İletişim Yayınları.
- Öztürk, F. (2011). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini* [Doktora Tezi]. İstanbul Üniversitesi.
- Paul Brace & Melinda Gann Hall. (1993). Integrated Models of Judicial Dissent. *The Journal of Politics*, 55(4), 914-935. <https://doi.org/10.2307/2131942>
- Petersen, F. (2018). Judicial Review and Social Construction: The Case of the Turkish Constitutional Court. *Research and Policy on Turkey*, 3(1), 18-39. <https://doi.org/10.1080/23760818.2018.1445232>
- Pickerill, J. M., & Brough, C. (2018). Law and Politics in Judicial and Supreme Court Decision Making. İçinde R. M. Howard & K. A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook of Judicial Behavior* (ss. 34-47). Routledge.

- Pierce, R. J. Jr. (1998). Is Standing Law Or Politics. *North Carolina Law Review*, 77(5), 1741-1790.
- Posner, R. A. (1993). What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, 3, 1-41.
- Posner, R. A. (2000). Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship. *The University of Chicago Law Review*, 67(3), 573.
<https://doi.org/10.2307/1600335>
- Posner, R. A. (2005). Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, 119, 32-102.
- Pritchett, C. H. (1968). Public Law and Judicial Behavior. *The Journal of Politics*, 30(2), 480-509.
<https://doi.org/10.2307/2128450>
- Putnam, H. (1981). *Reason, Truth and History*. Cambridge University Press.
- Rasmusen, E. (1994). Judicial Legitimacy as a Repeated Game. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 10(1), 63-83.
- Rehnquist, W. H. (2006). The Notion of a Living Constitution. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29(2), 401-416.
- Rosenberg, G. N. (1992). Judicial Independence and the Reality of Political Power. *The Review of Politics*, 54(3), 369-398. <https://doi.org/10.1017/S0034670500018222>
- Rüthers, B., Fischer, C., & Birk, A. (2020). *Hukuk Teorisi*. Astana Yayınları.
- Rytter, J. E. (2007). Constitutional Interpretation—Between Legalism and Law-Making. *Scandinavian Studies in Law*, 52, 255-272.
- Sabuncu, Y. (2006). *Anayasaya Giriş*. İmaj Yayınevi.
- Sachs, S. E. (2022). Originalism: Standard and Procedure. *Harvard Law Review*, 135(3), 777-830.
- Sager, L. G. (2008). *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. Yale University Press.

- Sağlam, F. (2016). Anayasa Mahkemesi Bir Vesayet Kurumu Mudur? İçinde I. Ö. Kaboğlu (Ed.), *Türkiye'nin Anayasa Gündemi: 27 Uzman, 66 soru-yanıt* (ss. 170-177). İletişim Yayınları.
- Salman, F. (2020). *Türkiye'de Olağanüstü Hal Uygulama ve Tedbirleri 2016-2018*. İnsan Hakları Ortak Platformu.
- Sancar, M. (1995). *Temel Hakların Yorumu* [Doktora Tezi]. Ankara Üniversitesi.
- Sancar, M. (2016). *Devlet Akli Kısılcacında Hukuk Devleti*. İletişim Yayınları.
- Sartori, G. (1962). Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *American Political Science Review*, 56(4), 853-864. <https://doi.org/10.2307/1952788>
- Savigny, F. K. von. (1867). *System of the Modern Roman Law* (W. Holloway, Çev.). J. Higginbotham. https://books.google.com.tr/books?id=90jiAAAAMAAJ&pg=PP11&hl=tr&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q=his&f=false
- Scheppele, K. L. (2004). Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law & Society Review*, 38(3), 389-406. JSTOR.
- Scheppele, K. L. (2008). Legal and Extralegal Emergencies. İçinde *The Oxford Handbook of Law and Politics* (ss. 165-184). Oxford University Press.
- Schmitt, C. (2005). *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* (A. E. Zeybekoğlu, Çev.; Dördüncü baskı). Dost Kitabevi Yayınları.
- Schmitt, C. (2006). *Siyasal Kavramı: Önsöz, 1932 Tarihli Metin ve Üç Değerlendirme* (E. Göztepe, Çev.). Metis.
- Schubert, G. A. (1965). *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court justices, 1946-1963*. Northwestern University Press.
- Schwab, G. (1989). *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936* (2. bs). Greenwood Press.

- Segal, J. A. (1997). Separation of Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. *American Political Science Review*, 91(1), 28-44. <https://doi.org/10.2307/2952257>
- Segal, J. A., & Champlin, A. J. (2018). The Attitudinal Model. İçinde R. M. Howard & K. A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook Of Judicial Behavior* (ss. 17-33). Routledge.
- Segal, J. A., Epstein, L., Cameron, C. M., & Spaeth, H. J. (1995). Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited. *The Journal of Politics*, 57(3), 812-823. <https://doi.org/10.2307/2960194>
- Segal, J. A., & Spaeth, H. J. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511615696>
- Seven, G., & Vinx, L. (2017). The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey. *Hague Journal on the Rule of Law*, 9(1), 45-82. <https://doi.org/10.1007/s40803-016-0044-8>
- Shambayati, H., & Sütçü, G. (2012). The Turkish Constitutional Court and the Justice and Development Party (2002–09). *Middle Eastern Studies*, 48, 107-123. <https://doi.org/10.2307/23217090>
- Shapiro, M. (1999). The Success of Judicial Review. İçinde S. J. Kenney, W. M. Reisinger, & J. C. Reitz (Ed.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective* (ss. 193-219). Palgrave Macmillan UK. https://doi.org/10.1057/9780333982518_9
- Shapiro, M. (2008). *Law and Politics: The Problem of Boundaries* (ss. 767-774). Oxford University Press.
- Shapiro, M. M., & Stone Sweet, A. (2002). *On Law, Politics, and Judicialization; Martin Shapiro and Alec Stone Sweet*. Oxford University Press. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat03925a&AN=marmara.EK009660&lang=tr&site=eds-live&scope=site&authtype=ip,uid>
- Sisk, G. C. (2008). The Quantitative Moment and the Qualitative Opportunity: Legal Studies of Judicial Decision Making (Book Review). *Cornell Law Review*, 4(93), 873-900.

- Smilov, D. (2012). The Judiciary: The Least Dangerous Branch? İçinde *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ss. 859-873). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0042>
- Smith, R. M. (1988). Political Jurisprudence, The “New Institutionalism,” and the Future of Public Law. *The American Political Science Review*, 82(1), 89-108. JSTOR. <https://doi.org/10.2307/1958060>
- Soysal, M. (1993). *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (10. Baskı). Gerçek Yayınevi.
- Sözer, A. N. (2020). *Hukukta Yöntembilim* (7. Baskı). Beta.
- Staudt, N. (2011). *The Judicial Power of the Purse: How Courts Fund National Defense in Times of Crisis* (Illustrated edition). University of Chicago Press.
- Stavsky, M. M. (1983). The Doctrine of State Necessity in Pakistan. *Cornell International Law Journal*, 16, 57.
- Steigerwalt, A., & Martinek, W. L. (2017). Lower Federal Court Confirmations: Motivations and Strategies. İçinde R. M. Howard & K. A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook of Judicial Behavior* (ss. 321-339). Routledge.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with judges: Constitutional politics in Europe*. Oxford University Press.
- Şener, İ. E. (2018). *The Impact of the Compositional Change on the Decisions of the Constitutional Court of Turkey* [Yüksek Lisans Tezi]. Sabancı Üniversitesi.
- Şirin, T. (2016). Anayasa Hükmünde Kararnameler. *Güncel Hukuk*, 155.
- Tan, T. (1995). Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 50(1), 1. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001796
- Tanör, B., & Yüzbaşıoğlu, N. (2006). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. Beta Basım Yayın Dağıtım.

- Tate, C. N. (2019). Judicial Review. İçinde *Encyclopedia Britannica*.
<https://www.britannica.com/topic/judicial-review>
- Tate, C. N., & Handberg, R. (1991). Time Binding and Theory Building in Personal Attribute Models of Supreme Court Voting Behavior, 1916-88. *American Journal of Political Science*, 35(2), 460-480.
<https://doi.org/10.2307/2111371>
- Tezi, E. (2007). *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (12. Baskı). Beta.
- Tiller, E. H., & Cross, F. B. (2005). What is Legal Doctrine? *Northwestern University Law Review*, 100, 517. <https://doi.org/10.2139/ssrn.730284>
- Topçuoğlu, H. (1969). *Hukuk Sosyolojisi Dersleri* (3. Baskı). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Toroslu, N. (1968). *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Troper, M. (1997). Anayasa Yargısı ve Demokrasi (E. E. Atay, ev.). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 293-309.
- Trubek, D. M. (1984). Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism. *Stanford Law Review*, 36(1/2), 575. <https://doi.org/10.2307/1228692>
- Trubek, D. M. (1990). Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement. *Florida State University Law Review*, 18(1), 1-55.
- Turhan, M. (1992). Olağanst Hallerde ıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler. *Amme İdaresi Dergisi*, 25(3), 13-36.
- Turhan, M. (2003). Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve zgrlklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi. *Anayasa Yargısı*, 19(1), 215-248.
- Tushnet, M. (2005). *A Court Divided: The Rehnquist Court and The Future of Constitutional Law*. W.W. Norton.
- Tushnet, M. V. (1999). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press.

Tushnet, M. V. (2021). Eleştirel Hukuk Teorisi. İçinde E. Uzun (Ed.), & K. Akbaş (Çev.), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi* (ss. 157-172). Işık Yayınları.

Uğur, A. (1983). Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 38(1), 181-195.

Ulusoy, A. (2020). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme. *Anayasa Yargısı*, 37(2), 31-66.

Unger, R. M. (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press.

Uslu, F. (2008). *Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu Işığında Türk Anayasa Mahkemesi* [Yüksek Lisans Tezi]. Marmara Üniversitesi.

Uslu, F. (2013). Anayasa Yargısının Meşruluğu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 15, 215-245.

Uzun, E. (2020). *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (4. Baskı). Nora Kitap.

Uzun, E. (2019, Mayıs 16). Bir Hukuk Makalesi Ne İçin Yazılır? *Hukuk Eğitimi*. <https://www.ertugruluzun.com/blog/hukuk-egitimi/6>

Ünsal, A. (1980). *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Várnay, E. (2019). Judicial Passivism at the European Court of Justice? *Hungarian Journal of Legal Studies*, 60(2), 127-154. <https://doi.org/10.1556/2052.2019.00009>

Varol, O. O., Dalla Pellegrina, L., & Garoupa, N. (2017). An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. *The American Journal of Comparative Law*, 65(1), 187-216. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avx013>

Wacks, R. (2014). *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (E. Arıkan, Çev.; 2. Baskı). Tekin Yayınevi.

Wahlbeck, P. J., Spriggs, J. F., & Maltzman, F. (1999). The Politics of Dissents and Concurrences on the U.S. Supreme Court. *American Politics Quarterly*, 27(4), 488-514. <https://doi.org/10.1177/1532673X99027004006>

- Wald, P. M. (1983). Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term. *Iowa Law Review*, 68(2), 195-216. HeinOnline.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 18-51.
- Waldron, J. (1998). Precommitment and Disagreement. İçinde L. Alexander (Ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406. <https://doi.org/10.2307/20455656>
- Waldron, J. (2021). Yasama. İçinde E. Uzun (Ed.), & V. İşsevenler (Çev.), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi* (ss. 419-438). Işık Yayınları.
- Williams, G. (1953). The Defence of Necessity. *Current Legal Problems*, 6(1), 216-235. <https://doi.org/10.1093/clp/6.1.216>
- Yancı Özalp, N. (2018). *Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*. On İki Levha Yayıncılık.
- Yeğen, O. (2018). Judicial “Empowerment” through Constitutional Change: The Case of Chilean and Turkish Constitutional Courts. *Research and Policy on Turkey*, 3(1), 40-67. <https://doi.org/10.1080/23760818.2018.1445233>
- Yıldırım, E., Kutlar, A., & Güleler, S. (2017). 1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi. *Amme İdaresi Dergisi*, 50(4), 1-31.
- Yongalık, A. (2011). “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(1), 1-15. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001618
- Yörükoğlu, Ö. (1982). *Yirmibirinci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hâkim Olan Hukuk Teorisi*. İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkamahesi, 10/01/1991, E.1990/25, K.1991/1.

Anayasa Mahkamahesi, 07/07/1991, E.1991/6, K.1991/20.

Anayasa Mahkamahesi, 22/05/2003, E.2003/28, K.2003/42.

Anayasa Mahkamahesi, 12/10/2016, E.2016/166, K.2016/159.

Anayasa Mahkamahesi, 12/10/2016, E.2016/167, K.2016/160.

Anayasa Mahkamahesi, 22/01/2020, E.2018/125, K.2020/4.

Anayasa Mahkamahesi, 23/01/2020, E.2019/31, K.2020/5.

Anayasa Mahkamahesi, 23/01/2020, E.2019/78, K.2020/6.

Anayasa Mahkamahesi, 11/06/2020, E.2018/155, K.2020/27.

Anayasa Mahkamahesi, 12/06/2020, E.2019/105, K.2020/30.

Anayasa Mahkamahesi, 25/06/2020, E.2018/126, K.2020/32.

Anayasa Mahkamahesi, 15/10/2020, E.2018/124, K.2020/56.

Anayasa Mahkamahesi, 11/06/2020, E.2018/119, K.2020/25.

Anayasa Mahkamahesi, 30/12/2020, E.2019/71, K.2020/82.

Anayasa Mahkamahesi, 12/11/2020, E.2018/162, K.2020/66.

Anayasa Mahkamahesi, 14/01/2021, E.2019/77, K.2021/2.

Anayasa Mahkamahesi, 31/03/2021, E.2020/8, K.2021/25.

Anayasa Mahkamahesi, 03/03/2021, E.2018/134, K.2021/13.

Anayasa Mahkamahesi, 29/04/2021, E.2020/71, K.2021/33.

Anayasa Mahkamahesi, 18/03/2021, E.2018/127, K.2021/18.

Anayasa Mahkamahesi, 18/03/2021, E.2020/58, K.2021/19.

Anayasa Mahkamahesi, 13/10/2021, E.2018/133, K.2021/70.

Anayasa Mahkamahesi, 16/12/2021, E.2021/50, K.2021/89.

Anayasa Mahkamahesi, 30/12/2021, E.2021/88, K.2021/105.

Anayasa Mahkamahesi, 11/11/2021, E.2018/121, K.2021/84.

Anayasa Mahkamahesi, 30/12/2021, E.2021/91, K.2021/106.

Anayasa Mahkamahesi, 11/11/2021, E.2018/121, K.2021/84.

Anayasa Mahkamahesi, 30/12/2021, E.2021/91, K.2021/106.

Anayasa Mahkamahesi, 24/02/2022, E.2019/96, K.2022/17.

Anayasa Mahkamahesi, 01/06/2022, E.2021/85, K.2022/60.

Anayasa Mahkamahesi, 01/06/2022, E.2020/94, K.2022/61,

Anayasa Mahkamahesi, 13/10/2022, E.2020/5, K.2022/115.

Anayasa Mahkamahesi, 28/09/2022, E.2021/90, K.2022/108.

Anayasa Mahkamahesi, 13/10/2022, E.2021/95, K.2022/118.

Anayasa Mahkamahesi, 13/10/2022, E.2021/99, K.2022/119.

Anayasa Mahkamahesi, 13/12/2022, E.2022/98, K.2022/157.

Anayasa Mahkamahesi, 29/12/2022, E.2021/6, K.2022/166.

Anayasa Mahkamahesi, 29/12/2022, E.2019/12, K.2022/164.

Anayasa Mahkamahesi, 09/11/2022, E.2018/123, K.2022/138.

Anayasa Mahkamahesi, 30/11/2022, E.2020/4, K.2022/147.

Anayasa Mahkamahesi, 13/12/2022, E.2020/28, K.2022/156.

Anayasa Mahkamahesi, 30/11/2022, E.2020/7, K.2022/146.

Anayasa Mahkamahesi, 30/11/2022, E.2019/38, K.2022/148.

Anayasa Mahkamahesi, 13/12/2022, E.2020/29, K.2022/155.

Anayasa Mahkamahesi, 13/12/2022, E.2019/87, K.2022/158.

Anayasa Mahkamahesi, 29/12/2022, E.2020/54, K.2022/165.

Anayasa Mahkamahesi, 16/02/2023, E.2023/21, K.2023/22.

Anayasa Mahkamahesi, 16/02/2023, E.2020/34, K.2023/25.

Anayasa Mahkamahesi, 22/02/2023, E.2021/86, K.2023/34.

Anayasa Mahkamahesi, 22/02/2023, E.2022/35, K.2023/35.

Anayasa Mahkamahesi, 09/03/2023, E.2023/38, K.2023/39.

Anayasa Mahkamahesi, 09/03/2023, E.2022/37, K.2023/44.

Anayasa Mahkemesi, 05/04/2023, E.2022/71, K.2023/65.

Anayasa Mahkemesi, 05/04/2023, E.2019/39, K.2023/67.

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2023, E.2023/72, K.2023/75.

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2023, E.2022/38, K.2023/80.

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2023, E.2022/92, K.2023/81.

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2023, E.2022/94, K.2023/82.

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2023, E.2022/114, K.2023/83.

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2023, E.2020/89, K.2023/85.

Anayasa Mahkemesi, 31/05/2023, E.2021/25, K.2023/104.

Anayasa Mahkemesi, 26/07/2023, E.2021/115, K.2023/133.

Anayasa Mahkemesi, Keser Altıntaş Kararı [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023.