

# Anayasa Mahkemesi İçtihadında ‘Kanunilik’ Kriterinin Uygulanması Üzerine Bir İnceleme

Ömer KESKİNSOY \*

Semih Batur KAYA\*\*

Hande Seher DEMİR\*\*\*

**Öz:** İnsan onuru insan haklarının temel dinamiğini oluşturmaktadır. İnsan hakları ise öncelikle devlet erklerinin yapısal şartlarının hak temelli bir yaklaşımla yetki ve etkiye bağlanmasını ifade eder. Tam burada ise özellikle hukuk devleti devreye girer. Hukuk devletinin gerek şekli gerek maddi anlamıyla insan onurunu korumaya yönelik olması, kavramın önemini ortaya koymaktadır. Bu sayede özellikle yasama organının hukuk ihdas etme biçimi olan kanun koymasında hukukun üstünlüğünün ve insan onurunun temel motivasyonunu dikkate alması gerekmektedir. Ancak bu şartlarda kaliteli kanun ihdas edilebilir. Kanunun kalitesinin tespitinde ise Anayasa Mahkemesi önemli rol oynamaktadır. Peki, hak temelli yorumunda Anayasa Mahkemesi kanunun kalitesini, bir diğer deyişle kanunilik testini ne şekilde uygulamaktadır? İşte bu perspektifle çalışmamızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da dikkate alınarak, Anayasa Mahkemesinin hukukilik denetiminin en önemli ölçütlerinden olan kanunilik ilkesi incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Hakları, Hak Temelli Hukuk, Hukuk Devleti, Kanunilik Ölçütü, Anayasa Mahkemesi

\* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, omer.keskinsoy@hbv.edu.tr

ORCID ID:0000-0002-7441-9547

\*\*Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, semih.batur@yahoo.com,

ORCID ID: 0000-0001-5888-1750

\*\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Adalet Yönetimi Bölümü, hande.demir@hbv.edu.tr

ORCID ID:0000-0001-7957-0521

Makale Geliş Tarihi: 01.09.2023

Makale Kabul Tarihi: 11.05.2024

## ***An Examination on the Application of Legality Criteria in the Jurisprudence of the Constitutional Court***

**Abstract:** *Human dignity constitutes the basic dynamic of human rights. Human rights, on the other hand, primarily refer to linking the structural conditions of state powers to authority and influence with a rights-based approach. This is where the rule of law comes into play. The fact that the rule of law aims to protect human dignity, both in form and in material terms, reveals the importance of the concept. Because in this way, it is obligatory for the legislature to take into account the basic motivation of the rule of law and human dignity, especially in enacting laws, which is the way the legislature establishes law. Only in this way can a quality law be deduced. The Constitutional Court plays an important role in determining the quality of the law. So, how does the Constitutional Court apply the quality of the law, in other words, the legality test, in its rights-based interpretation? With this perspective, our study examines the principle of legality, which is one of the most important criteria of the Constitutional Court's legality review, taking into account the case law of the European Court of Human Rights (ECHR).*

**Keywords:** *Human Rights, Rights-Based Law, Rule of Law, Legality Criterion, Constitutional Court*

## **Giriş**

Devlet kudretini teşkil eden tüm organlar, eylem ve işlemlerini hukuka uygun icra etmelidir. Çünkü devlet organlarının meşruiyeti, anayasaya uygun kanunlara dayanmasına bağlıdır. Bu bakımdan yasama, yürütme ve yargı organları ve kamu görevlerini yerine getiren kişi ve organların işlem ve kararlarının yargı denetimine tabi tutulması evrensel kabul edilen bir düsturdur. Ne var ki ulusal mevzuatın evrensel hukuk standardına ve bu bakımdan şekillenen Anayasaya uygunluğunun nasıl sağlanacağı konusundaki uygulama çeşitlilik arz etmektedir. Bu çeşitlilik içerisinde özellikle kanunun kalitesi dikkat çekicidir. Hukukun üstünlüğüne saygıyı ancak kanunun ve diğer mevzuatın hak temelli<sup>1</sup> olmasıyla sağlamak mümkündür.

Hak temelli hukukun inşası ve uygulaması için kanun, insan onurunu koruma amacıyla ihdas edilmelidir. İnsan onuru hak temelli hukuk için *sina qua non* (olmazsa olmaz) bir kavramdır. Şu hâlde kanun, eğer kişinin hakkını ‘ciddiye alıyorsa’ ve mahkeme kararları da bu kanun doğrultusunda hakkı koruyorsa, bu halde hak temelli hukuk inşa edilebilir ve uygulanabilir. Bu bakımdan Dworkin’den aldığımız ödünçle kanunun kalitesinde dikkat çeken unsurlar, insan onuru ve buna dayanan hak temelli kanun anlayışının koruduğu eşit ilgi ve saygıdır (Dworkin, 1977: 198-199).

Hakka yönelik kanun hükmü ile çoğunluğun ortak yararı arasında bir ilişkinin olmadığını belirtmek gerekir. Hak, kendisel olarak ortaya çıkmakta ve

---

<sup>1</sup> Loughlin’e göre bu husus, kamu hukukunun yapısal dönüşümünü gerçekleştirmiştir (Loughlin, 2004: 114).

gerçekleştirilmeyi talep etmektedir. Gerçekten de bir devlet, çeşitli sebeplerden hareketle hakları yasalastırabilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki Anayasa, devlet organlarının keyfiligini önlemektedir (Dworkin, 2006: 31). Bu da çoğunluğun görüşüne dayanmaksızın hakkın düzenlenmesi ve yaşam pratiğine aktarılmasını sağlamaktadır.

İşte bu perspektifle çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları dikkate alınarak, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) hukukilik denetiminde kullandığı en önemli ölçütlerden biri olan kanunilik ilkesi incelenecektir.

## **Kanunun Kimliği Sorunu: Hukuk Devleti Üzerinden Bir Temellendirme**

Demokratik bir sistemde, elbette, hukuk devletinin özel bir tercih hakkı vardır; çünkü bu, halka en duyarlı hükümetin normal yönetim şeklidir. Yöneticiler ve yargıçlar bireysel davalarla ilgilenir; yasama organı ise genelleme yapar. Yetersiz açıklık veya kesinlik içeren kurallar getirdiği düşünülen kanunlar, bu nedenle demokratik olmadığı ve nihayetinde anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilir (Scalia, 1989: 1176); çünkü kanun, çok fazla tercihin halkın temsilcilerine bırakılmasına izin verir.

Genel olarak hukuk devleti öz anlatım biçimiyle hukukun üstünlüğü demektir (Küçük, 2004). Buna göre hukuk devleti, hukuk devletinin genel ilkelerine riayet etmek suretiyle insanların yasalara uyması ve ona göre yönetilmesidir. Bu anlamda hukuk devleti ideali sıklıkla 'insanlar tarafından değil, kanunla yönetim' şeklinde ifade edilir. Bu formülleri kullanır kullanmaz bunların belirsizliği de ortaya çıkar (Raz, 1979: 210-212). Elbette hükümet kanunla yetkilendirilmeli ve kanun vatandaşlara rehberlik etmelidir. Lakin burada, hukukun saf yasal düzenlemeye indirgenmemesi, anayasal devletin anayasalı devletten ibaret hale dönüştürülmemesi gerekir. Ezcümle kanun devleti ve anayasalı devlet, hukuk devletinin sonunun temellerini teşkil etmemelidir (Paye, 2009: 11-268). Dolayısıyla hukuk devletinin, tüm hükümet eylemlerinin hukuk temeline sahip olması ve kanunla yetkilendirilmesi gerektiği anlamına geldiği ifade edilmelidir. Hukuk devletiyle ilgili AYM kararları yukarıdaki paragraflarda ifade edilenleri destekleyicidir. Buna göre,

Hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> AYM. E. 2015/102, K. 2016/151, KT: 7.9.2016; AYM. E. 2012/75, K. 2013/88, KT: 10.7.2013; AYM. E. 2013/160, K. 2014/117, KT: 3.7.2014; AYM. E. 2014/63, K. 2014/125, KT: 3.7.2014;

Ne var ki kanunun mahiyetini hem formel hem maddi anlamda ortaya koyabilmek için *a priori* (önsel) olarak hukuk devletini incelemek gerekir. Çünkü hukuk devleti, kanunun kalitesini ortaya koyan önemli ilkeler manzumesini havidir. Waldron izlenerek burada bazı değerlendirmeler yapılabilir (Waldron: The Rule of Law):

- a. Dicey için hukukun temeli yasal eşitliktir. “*Bizde hiç kimse kanunun üstünde değildir ve rütbesi veya durumu ne olursa olsun her insan, ülkenin olağan hukukuna ve olağan mahkemelerin yargı yetkisine tabidir.*”<sup>3</sup> Sıradan bir kişi için, hukukun üstünlüğü özgürlükten yana bir varsayım oluşturur; açıkça yasaklanmayan her şeye izin verilir. Ancak devlet ve yetkilileri için, aksi bir varsayımla hareket etmek doğru olacaktır: Devlet yalnızca açık yasal yetkilendirme altında hareket edebilir (Dicey 1922: 110-114).
- b. Hayek normal zamanlarda bir toplumun yönetilmesine gerek olmadığına, bunun yerine önceden belirlenmiş genel kurallar çerçevesi içinde yönetilmesi gerektiğine ve toplumdaki insanların büyük ölçüde kendi hallerine bırakılmasına dair önemli bir argüman ileri sürmüştür. Bu kurallar, insanları birbirinden korumak için kişisel olmayan bir şekilde işleyecek, özellikle herhangi bir kişiyi veya durumu hedeflemeyecek ve

---

AYM. E. 2014/81, K. 2014/145, KT: 25.9.2014; AYM. E. 2014/113, K. 2014/174, KT: 13.11.2014; AYM. E. 2014/131, K. 2015/11, KT: 14.1.2015; AYM. E. 2014/100, K. 2015/6, KT: 14.1.2015; AYM. E. 2016/16, K. 2016/37, KT: 5.5.2016.; AYM. E. 2016/128, K. 2016/154, KT: 7.9.2016; AYM. E. 2016/5, K. 2016/116, KT: 7.9.2016; AYM. E. 2016/181, K. 2018/111, KT: 20.12.2018; AYM. E. 2018/62, K. 2018/117, KT: 27.12.2018; AYM. E. 2018/101, K. 2019/3, KT: 13.2.2019; AYM. E. 2018/108, K. 2019/5, KT: 13.2.2019; AYM. E. 2019/3, K. 2019/12, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2018/161, K. 2019/13, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2019/16, K. 2019/15, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2019/1, K. 2019/14, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2018/154, K. 2019/1, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2019/9, K. 2019/27, KT: 11.4.2019; AYM. E. 2019/5, K. 2019/24, KT: 11.4.2019; AYM., E. 2018/142, K. 2019/38, KT: 15.5.2019; AYM., E. 2020/74, K. 2021/94, KT: 16.12.2021; AYM., E. 2018/121, K. 2021/84, KT: 11.1.2021; AYM., E. 2021/91, K. 2021/106, KT: 30.12.2021; AYM., E. 2021/70, K. 2021/98, KT: 16.12.2021; AYM., E. 2021/2, K. 2022/2, KT: 24.2.2022; AYM., E. 2020/95, K. 2022/3, KT: 26.1.2022; AYM., E. 2020/17, K. 2022/5, KT: 26.1.2022; AYM., E. 2021/98, K. 2022/9, KT: 26.1.2022; AYM., E. 2022/18, K. 2022/16, KT: 24.2.2022; AYM. E. 2019/96, K. 2022/17, KT: 24.11.2022; AYM. E. 2021/97, K. 2022/36, KT: 24.3.2022; AYM., E. 2022/4, K. 2022/64, KT: 1.6.2022; AYM., E. 2021/90, K. 2022/108, KT: 28.9.2022; AYM., E. 2022/82, K. 2022/113, KT: 28.9.2022; AYM., E. 2021/95, K. 2022/118, KT: 13.10.2022; HBB Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, Bn. 2020/20854, KT: 23.2.2023; AYM., E. 2020/34, K. 2023/25, KT: 16.2.2023.

<sup>3</sup> Bu konuda bir açıklama için bkz. Loughlin, 2010: 317.

uygulanmalarının belirli etkilerinin ne olacağına dair hükümetin herhangi bir beklentisine bağlı olmayacaklardır. Ancak hükümetin bu özel bilgi eksikliği, kuralların sıradan insanlar ve işletmeler için bir öngörülebilirlik çerçevesi sunacağı gerçeğiyle dengelenecektir. Çünkü bireyler, genel ve kişisel olmayan kurallar çerçevesinde hareket ettikleri sürece devlet tarafından vaki haksız işlemler sonucu zarara uğramayacağını bilirler (Hayek, 1973: 118).

- c. 1964 tarihli *The Morality of Law* adlı kitabında Fuller, 'hukukun iç ahlakı' adını verdiği ilkeleri -yasaların genel, kamusal, geleceğe yönelik, tutarlı, açık, istikrarlı ve uygulanabilir olmasını gerektiren ilkeler-formüle etmiş ve bunları hukuk ihdası için *sina qua non* (olmazsa olmaz) olarak nitelemiştir (Fuller, 1964: 176).

Hukuk devletinin standart fikri şu şekilde özetlenebilir: Kanunlar, kararların geçici olarak alınmayacağı şekilde mevcut olmalıdır. Şüphesiz bu amacın gerçekleşmesi için hem hukukun hem de hukuk sisteminin belli bir forma sahip olması gerekir. Kanunun şekline ilişkin olarak, kanunlar genel soyut ve gayri şahsi olmalı (Küçük, 2008: 353-354) ve elbette ilgili farklılıklar dikkate alınarak herkese eşit şekilde uygulanmalı, ileriye yönelik olmalı (iyileştirici bir önlem olarak yalnızca geriye dönük işleme başvurulmalı), kamuya açık ve net olmalıdır. Ayrıca hukuk devletinde kanun ihdasında; geniş, isteğe bağlı yoruma açık belirsiz terminolojiden kaçınılmalıdır. Kuşkusuz bu yolla kemikleşecek şekilde olmamak kaydıyla nispeten istikrarlı bir yapı kazanımına erişilmelidir. Hukuk sisteminin biçimi söz konusu olduğunda; kanunların tutarlı, uygulanabilir ve resmi işlemlerle uyumlu olması gerekir (Bellamy, 2001: 225). En önemlisi ve özetle, kanunların yayımlanması, uygulanması ve bunlara itiraz edilebilmesi sağlanmalıdır. Yani sıra genel, eşit, kamusal yarara matuf, açık ve nispeten istikrarlı, hülasa hukuk devleti ilkesine uygun ilke nitelikli düzenlemeler yapılmalıdır.

Kanun kavramı, hak temelli hukukun temel unsurlarını kucaklayacak şekilde anlaşılabilir. Hele ki bu tanımlama, hukukun üstünlüğü kavramının<sup>4</sup> daha somut olduğu düşünüldüğünde daha çok makul görünmektedir. Bu nedenle, bir yönetim sistemi, kanunilik ile ilişkilendirdiğimiz karakteristik biçim ve süreçleri<sup>5</sup> sergilemediği sürece kanun sayılmamalıdır.<sup>6</sup> Aksi takdirde, bir toplumu

---

<sup>4</sup> Hukukun Üstünlüğü çok yönlü bir idealdir. Bununla birlikte, bu idealin çoğu kavramı, otorite konumundaki insanların güçlerini kendi tercihleri, kendi ideolojileri veya kendi bireysel görüşleri temelinde değil, kamusal normların kısıtlayıcı bir çerçevesi içinde kullanmaları gerekliliğine merkezi bir yer verir (Waldron, 2008: 6).

<sup>5</sup> Ayrıntı için bkz. Waldron, 2010: 5-6.

<sup>6</sup> Öte yandan Hayek, yasa ile yaşamayı karşılaştırır ve hukukun üstünlüğünün yasamanın üstünlüğünün zıddı anlamına yaklaştığını öne sürer. Bkz. Waldron, 2007: 95.

yönetmenin en önemli yolu olarak hak temelli hukukun kurumsal birlikteliğine dair anlayışımızı kaybederiz.

Dolayısıyla, örneğin, kanunların belirli bireyleri hedeflemekten ziyade karakter olarak genel olması gerekliliği, tamamen bir biçim meselesi değildir. Aksi halde “*Afrika kökenli bir insan bindiği halk otobüsünün arkasında oturmak zorundadır*” gibi bir norm bile evrenselleştirilebilir bir şekilde herkes için geçerli olabildiğinden, özü itibarıyla aşağılayıcı-negatif ayrımcılıkla uyumlu olur. Şu hâlde hak temelli hukuktan sapan bir genellik gerekliliği adaleti garanti etmez. Kuşkusuz hukuk devletinde genellik, kanunun önemli bir özelliğidir. Elbette hukuk özel emirleri de içermektedir. Ne var ki Raz'ın işaret ettiği üzere genellik şartı özellikle “*belirli kanunların yapımına açık ve nispeten istikrarlı genel kurallara rehberlik etmelidir*” (Raz, 1979: 213) anlamında kullanılmalıdır. Şu hâlde kanunlar, kişisel olmayan ve tarafsız bir şekilde düzenlenmelidir.

Öte yandan hukuk devletinde kanun, hukukun kamu bilgisi olarak mevcut olup nispeten istikrarlı bir normlar dizisi olarak işlemesini öngörür. Kanunlar, halka açık olmasını ve bireylerin bunlara uymakla sorumlu tutulmalarından önce yayımlanmaları gerekir. Hemen belirtelim ki bu husus, yalnızca hak temelli yönetişimin pragmatikliği meselesi değildir. Kural olarak kanunlar, gizli ve geçmişe dönük ihdas edilmemelidir. Ancak böyle olmakla, geleceğe dair hukuk devleti gerekliliklerinin ek bir önemi daha söz konusudur. Şöyle ki, hukuk devletinde bireylerin kendilerinden neyin istendiği konusunda bilgilendirilmelerini ve yükümlü oldukları herhangi bir temelde hesap vermelerini gerektirir.

Ayrıca açıklık şartı da bu bakımdan önem taşımaktadır. Kanunlar fiilen ilan edilmenin yanında, erişilebilir ve anlaşılır da olmalıdır. Bu modern hukukun teknik kısmıyla çok ilişkilidir (Weber, 1968: 882 vd.). Buradaki formel özellikler manzumesini, hukuk devleti bakımından eşit derecede vazgeçilmez olan usul ilkeleri listesiyle de<sup>7</sup> tamamlamalıyız. Bunlara ek olarak hiç kimse, devlet tarafından ceza, damgalama veya hak kaybına uğramamalıdır. Bununla bağlantılı olarak hak temelli hukuk devletinde tüm bu hususlar özgürlüğe elverişli bir ortam oluşturduğu için değerli ve önemlidir. Bu insan onuruyla yakından ilgilidir (Raz, 1979: 221).

Netice olarak, hukuk devletinde<sup>8</sup> kanun anlayışı da şu ya da bu şekilde bu iki boyutluluğu kabul etmektedir. Bu nedenle, önde gelen çağdaş hukuk

---

<sup>7</sup> Hukuk devletinin en önemli usulî güvencesi, bağımsız ve tarafsız mahkemelerdir. Bu husus, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağlantılıdır. Anılan ilke bazen, gücün kurumsal olarak toplumda yoğunlaşmasının sağlıksız olduğu gerekçesiyle haklı gösterilir. Ancak, kanunların ihdası ve uygulanmasındaki farklı aşamalara ayrı bir önem atfettiği ölçüde, hukukun üstünlüğü gerekçesine de sahiptir.

<sup>8</sup> AYM içtihadında hukuk devleti anlayışı şöyle izah edilir: “Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu

teorisyeni Robert Alexy'nin hukukun, daha spesifik olarak pozitif hukukun esasen ikili bir doğaya sahip olduğu iddiası, yakından incelendiğinde, hukukun temel doğası üzerine köklü bir düşünme geleneği içinde yer alır (Malan, 2015: 1212-1213). Bunu biz kanun anlayışımıza da aktarabiliriz. Buna göre kanunun bir yandan gerçek veya olgusal bir boyutu, diğer yandan da ideal veya eleştirel bir boyutu içerdiğini belirtmemiz gerekir. Esasen hak temelli hukukun var olabilmesi için bu boyutların her ikisinin de bulunması gerekir. Kanun anlayışının gerçek boyutunun merkezî unsuru formel özellikleri içermesi gerekliliğini ifade derken, ideal ya da eleştirel boyut her zaman hak temelli ahlaki doğruluk iddiasını içerir ve bu ihlal edildiğinde yasal kusur ve aşırı durumlarda geçersizlik ortaya çıkarır.

## **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kanunilik İlkesi**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminde kanunilik ilkesi önemli bir yere sahiptir<sup>9</sup>. AİHS ve Protokollerinde, hakların sınırlandırılma ölçütlerini düzenleyen maddelerin istisnasız tamamında, kanunilik ölçütüne işaret edilmiştir. AİHS sisteminde, hakların sınırlandırılmasında kullanılacak ölçütler değişiklik gösterirken, değişmeyen ölçüt, kanunilik ölçütüdür<sup>10</sup>.

---

geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Anayasa'nın 2. maddesindeki 'hukuk devleti' ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken 'kamu yararı' konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır." Bkz. AYM E. 2011/145, K. 2013/170, K.T. 6.6.2013. Öte yandan Venedik Komisyonu hukuk devletinin sadece biçimsel değil aynı zamanda maddi nitelikte de olan zorunlu unsurları konusunda bir oydaşmanın söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu zorunlu unsurlar şunlardır: (1) yasaların yapılmasında şeffaf, hesap verebilir ve demokratik süreci de içeren yasallık, (2) hukuksal belirlilik, (3) keyfiliğin yasaklanması (4) idari işlemlerin yargısal denetimini de içeren bağımsız ve yansız mahkemelere ulaşabilme (5) insan haklarına saygı (6) ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkesi. Bkz. Turhan, 2020: 3255.

<sup>9</sup> AİHM'nin yasal dayanak ve yasa kalitesi denetimi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz (Demir, 2023: 125-155).

<sup>10</sup> Örneğin AİHS m. 8-11'de sınırlandırmanın sınırı olarak, "ölçülülük" testinin metinsel dayanağı olan "demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütü zikredilmiş; ancak P1-1'de

AİHS sisteminde, kanunilik ölçütünün sağlanması için hakkı sınırlayan müdahalenin maddi ve şekli anlamda ‘kanun’a dayanması gerekmez; açıkça keyfilik göze çarpmadıkça, mevzuatın *ulaşılabilir* ve dolayısıyla mevzuata dayanan müdahalenin *öngörülebilen* olması yeterlidir. AİHM, kanunilik ölçütünü denetlerken ulusal makamların vardığı sonuçlarla bağlı değildir; ancak ulusal makamların kanunilik ölçütüne yönelik değerlendirmelerini dikkate almaktadır (Gemalmaz, 2017: 454-456). Yapılan müdahalenin dayanağının kanunilik ölçütünü sağladığı, ulusal makamlar tarafından kabul ediliyorsa; ilgili düzenlemenin maddi ve şekli anlamda kanun niteliğinde olup olmaması AİHM tarafından denetlenmemektedir. Hakkı sınırlayan düzenlemenin, yasama organından vaki olması şart değildir ve fakat ulaşılabilir olmalıdır; ulaşılabilir nitelikteki hukuki düzenlemeye dayanan müdahale öngörülebilen olmalıdır.

Ulaşılabilirlik ve öngörülebilenlik, kanunun kalitesinin tespitinde AİHM’nin geliştirdiği önemli birer kriterdir (İnceoğlu, 2015: 88). Sınırlamanın dayandığı hukuki düzenlemeyi ihdas eden ‘organ’ önem arz etmemektedir. AİHM’ye göre, hak temelli hukuk anlayışına müdahale eden düzenlemenin, hukuk evreninde bir temeli olmalıdır. Şüphesiz bu husus, ilgili devletin haklara müdahalesinde rol oynayan hukuki düzenlemenin, anayasal kurgudaki haklar şartıyla uyumunu evleviyetle ortaya koymalıdır.

Görülmektedir ki AİHM, kanunun yasama organınca ihdas edilmesini denetlemekte, sınırlandırmayı öngören düzenlemeye ilişkin erişilebilirlik, açıklık, kesinlik ve öngörülebilenlik ölçütlerinden hareketle karar vermektedir. AİHM kanunun niteliğini tartışmakta ve anılan ölçütlere uygun olmayan kuralı AİHS sistemine aykırı görmektedir. Gerçekten de Mahkeme, ‘hukuka uygun’ ibaresinin sadece iç hukuka atıfta bulunmadığı, aynı zamanda kanunun niteliği ile de ilgili olduğu ve kanunun yukarıda belirtilen hukuk devletine uygun olmasını gerektirdiği görüşünü önemle belirtmektedir.<sup>11</sup>

AİHM konuyu şöyle değerlendirmektedir:

Mahkeme, 25 Mart 1983 tarihli Silver ve Diğerleri kararında, en azından mahkumların yazışmalarına müdahale söz konusu olduğunda, 8. maddenin 2. paragrafındaki ‘yasaya uygun olarak/ prévue par la loi’ ifadesinin kullanılması gerektiğine karar vermiştir. 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararında (Seri A no. 30) belirtilen aynı genel ilkelerin ışığında yorumlanarak, 10. Maddenin 2. paragrafındaki ‘yasa tarafından öngörülen/ prévues par la loi’ karşılaştırılabilir ifadeye uygulanır. Bu türden ilk ilke, ‘hukuk/loi’ kelimesinin sadece yazılı hukuku değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da kapsadığı şeklinde yorumlanmasıydı. Komisyon, Hükümet ve başvuran tarafından mevcut davada uygulanabilir olarak kabul edilen ikinci bir ilke, ‘söz konusu müdahalenin iç hukukta bazı temelleri

---

anılan ölçüte yer verilmemiştir. Bunun yanında AİHS sisteminde hakların sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü istisnasız kabul edilmiştir.

<sup>11</sup> AİHM, Malone / Birleşik Krallık, Bn. 8691/79, 02.08.1984, p. 67.

olmalıdır’ idi. Ancak söz konusu ifadeler, iç hukuka uygunluğun ötesinde gereklilikleri de içerecek şekilde alınmıştır. Bu gereksinimlerden ikisi aşağıdaki terimlerle açıklanmıştır: ‘Birincisi, yasa yeterince erişilebilir olmalıdır: vatandaş, belirli bir davaya uygulanan hukuk kurallarının koşullarında yeterli bir göstergeye sahip olmalıdır. İkincisi, formüle edilmedikçe bir norm 'hukuk' olarak kabul edilemez. Yurttaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak yeterli kesinlik ile: yurttaşın - gerekirse uygun tavsiyeyle- belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, koşullar altında makul olan bir dereceye kadar öngörebilmesi gerekir.<sup>12</sup>

Bu doğrultuda AİHM, ülkemize dair verdiği bir kararında başörtüsü yasağını öngören bir yasal düzenlemenin olmadığını dikkate almamış, AYM’nin verdiği bir yorumlu ret kararını ve bu husustaki Danıştay kararlarını yasal dayanak olarak kabul etmiştir. Mahkeme şu değerlendirmeyi kaydetmektedir:<sup>13</sup> “*Bu nedenle Mahkeme, Kanun’un geçici 17. maddesinin geçici olup olmadığını değerlendirmelidir. 2547 sayılı genelge yasal dayanak oluşturabilecek nitelikteydi. Bu bağlamda, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara, özellikle de mahkemelere düştüğünü yineler (Anayasa Mahkemesi ve Danıştay) ve genelgenin yasadışı olduğu iddiasını reddederken, idare mahkemelerinin yerleşik içtihatlarına dayandıklarını kaydeder.*”

Görüldüğü gibi AİHM, Sözleşme’nin 5 ila 11. maddelerinde ve Protokollerinde (AİHS P1-2, P4-2, P6-2, P7-1) geçen ‘yasaya uygun’ ve ‘kanunla öngörülmüş’ ifadelerine ilişkin olarak, ‘hukuk’ terimini her zaman ‘esas’ anlamında anladığını söylemektedir. Bu kapsamda hukuk yazılı olanı ve olmayanı da içermektedir. Şu hâlde AİHM içtihadına göre ‘hukuk’, hem yasal hukuku hem de yargıç yapımı ‘hukuk’u içerecek şekilde anlaşılmalıdır.

Yasal hukukun ve yargıç yapımı ‘hukuk’un yanında, *iç hukukta yürürlükte olmayan* ve fakat uygar uluslar tarafından tanınan hukukun genel ilkesi mahiyetindeki uluslararası hukuk kurallarının, son derece istisnai de olsa, kanunilik şartını karşıladığına dair AİHM kararlarına rastlamak mümkündür. AİHM Büyük Dairesi, hak ihlalden doğan zararın son derece şiddetli olabileceği AİHS m. 7 kapsamında, *iç hukukta yürürlükte olmayan* uluslararası hukuk kuralları yönünden kanunilik prensibinin yorumunu titizlikle yapmıştır.

Kanunsuz ceza olmaz kuralını düzenleyen AİHS’nin 7. maddesinin ikici fıkrasına göre, işlendiği zaman *uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre* suç sayılan bir eylem veya ihmalden yargılanmak ve cezalandırılmak, hak ihlali doğurmaz<sup>14</sup>. Bir başka ifadeyle AİHS m. 7/2’ye göre, işlendiği tarihte iç hukukta suç olarak düzenlenmemesine rağmen *uygar uluslarca tanınan genel hukuk ilkelerine göre* suç sayılan bir eyleme verilen ceza,

<sup>12</sup> AİHM, Malone / Birleşik Krallık, Bn. 8691/79, 02.08.1984, p. 66.

<sup>13</sup> AİHM, Leyla Şahin / Türkiye, Bn. 44774/98, 10.11.2005, p. 87-88.

<sup>14</sup> Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Demir, 2024: 190-198.

cezaların kanuniliği kuralını ihlal etmez. AİHM ilgili fıkranın uygulanmasına yönelik içtihadını üç yargıçlı Komite yahut yedi yargıçlı Daire kararıyla değil; on yedi yargıçlı Büyük Daire (*Grand Chamber*) kararıyla inşa etmiştir.

Kononov / Letonya kararı<sup>15</sup>, AİHS m. 7/2'ye yönelik ilk içtihat olmanın yanı sıra kanunilik ilkesinin özenle yorumlandığı önemli bir Büyük Daire karardır. Kononov başvurusunda AİHM, İkinci Dünya Savaşı sırasında Letonya'da vuku bulan öldürme eylemlerinin, sonradan savaş suçu sayılmasını, AİHS m. 7'de düzenlenen kanunsuz ceza olmaz (*nullum crimen sine lege*) ilkesi kapsamında incelemiştir. Büyük Daire'ye göre, ilgili dönemde, ulusal hukukta yürürlükte olmayan ve fakat uygar uluslar tarafından tanınan hukukun genel ilkesi mahiyetindeki uluslararası hukuk kuralları vardır ve bu kurallar kanunilik ölçütünü karşılamaktadır. Savaş hukukuna dair düzenlemelerin 1899 La Haye Sözleşmeleri<sup>16</sup>'ne dayandığına işaret eden AİHM, Kononov'un sivil köylülere yönelik faaliyetlerini icra ettiği 1944 yılında, *savaş suçlarından* bireysel sorumluluğunun doğacağını (1)*yeterince öngörebileceği*, (2)*açık ve güncel* (3)*uluslararası hukuk normlarının*<sup>17</sup> bulunduğunu belirtmiştir<sup>18</sup> ve başvuruda hak ihlali olmadığına karar vermiştir.

Diğer yandan AİHS m. 7/2, kanunilik ilkesine getirilmiş genel ve geniş yorumlanacak bir *istisna* değildir. AİHS m. 7/2'nin asıl ve dar amacı şöyle belirtilmiştir:

m. 7'nin her iki paragrafı birbirleriyle bağlantılı ve uyumlu bir şekilde yorumlanmalıdır<sup>19</sup>. ... Mahkeme, şu hususların konuyla ilgisini

---

<sup>15</sup> AİHM, Kononov / Letonya, Bn. 36376/04, 17.05.2010.

<sup>16</sup> La Haye Sözleşmeleri, 1889 ve 1907'de, Hollanda La Haye'de yapılan uluslararası konferanslarda kabul edilen bir dizi uluslararası antlaşmaya verilen ortak isimdir; konferansta, kara ve deniz savaşları hakkında sözleşmeler kabul edilmiştir (Töner, 2010: 10).

1907 La Haye Sözleşmeleri şunlardır: **1.** IV sayılı Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi, **2.** V sayılı Kara Savaşında Tarafsızların Haklarına ve Görevlerine İlişkin Sözleşme, **3.** VI sayılı Çatışmaların Başlangıcında Ticaret Gemilerine Uygulanacak Muameleye İlişkin Sözleşme, **4.** VII sayılı Ticaret Gemilerinin Savaş Gemisi Durumuna Sokulmasına İlişkin Sözleşme, **5.** VIII sayılı Deniz Altı Mayınlarının Dökülmesine İlişkin Sözleşme, **6.** IX sayılı Savaş Zamanında Denizden Bombalama Konusundaki Sözleşme, **7.** X sayılı Deniz Savaşı Kuralları Sözleşmesi, **8.** XIII sayılı Deniz Savaşında Tarafsız Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme. (Pazarıcı, 2013: 532)

<sup>17</sup> Böylece 2010 Kononov / Letonya kararıyla AİHM Büyük Dairesi, La Haye Sözleşmesinde geçen Martens Kaydını uluslararası insancıl hukukun genel prensiplerinden sayarak, devletler üzerinde bağlayıcılığını kabul etmiştir (Erdem, 2015: 211-286).

<sup>18</sup> AİHM, Kononov / Letonya, p. 215.

<sup>19</sup> Aynı yönde bir başka karar için bkz. AİHM, Tess / Letonya, Bn. 34854/02, 12.12.2002.

hatırlatmayı önemli görür: Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında (travaux préparatoires), m. 7/2'nin amacı açıkça ortaya konmuştur. Buna göre m. 7, İkinci Dünya Savaşı sonunda tamamen olağanüstü koşullarda çıkarılan, savaş suçları ve benzeri suçları cezalandırmayı amaçlayan yasaları etkilemez ve bu yasalarla ilgili hukuki veya ahlaki bir yargıya varmak gibi bir amacı yoktur<sup>20</sup>...<sup>21</sup>

Keza Maktouf ve Damjanović kararında<sup>22</sup> ve Vasiliauskas/Litvanya kararında<sup>23</sup> da m. 7/2'nin dar yorumlanması gerekliliği teyit edilmiştir. Özetle AİHM, m. 7/2'nin kanunilik kuralına bir *istisna* getirmediğini, II. Dünya Savaşı sonrasında yürütülen soruşturmaların geçerliliğinin korumasının amaçladığını vurgulamıştır. AİHS m. 7'de kullanılan '*hukuk (law)*' kavramı, yazılı olan kadar yazılı olmayan hukuku da içeren, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik başta üzere nitel gereklere işaret eden<sup>24</sup> bir kavramdır<sup>25</sup>. Sözleşme m. 7'nin birinci ve ikinci fıkraları birbirleriyle bağlantılıdır; başvuran hakkındaki mahkûmiyet hükmü, Sözleşme m. 7/1 kapsamında gerekçelendirilemediğinde, m. 7/2 kapsamında da gerekçelendirilemeyecektir.

Müdahalenin hukuki dayanağının somut bir şekilde ortaya konulması önemlidir. Çünkü AİHM, hukuki dayanağın keyfi olmayan bir muhtevada olmasını aramaktadır. Bununla birlikte müdahalenin dayandığı hukuk normu karmaşık ya da belirli oranda soyut olabilir. Emir ve yasaklarının anlaşılabilirliği, eylemlerin hukuki sonuçlarının öngörülebilirliği için profesyonel hukuki yardım almaya ihtiyaç duyulabilir. Bunun gibi durumlar kanunilik ilkesine aykırılık yaratmaz. Keza Vasiliauskas kararında Büyük Daire, *belki bir avukat yardımı* ile öldürme eyleminin soykırım suçu oluşturacağına öngörülebilirliğine yönelik inceleme yapmıştır<sup>26</sup>. AİHM bu doğrultuda şu muhakemeyi benimsemektedir<sup>27</sup>:

Mahkeme'ye göre, 'kanunla öngörülmüş' ifadesinden doğan gerekliliklerden ikisi aşağıdadır. İlk olarak, yasa yeterince erişilebilir olmalıdır; vatandaş, belirli bir davaya uygulanan yasal kuralların koşullarında yeterli bir göstergeye sahip olmalıdır. İkinci olarak, bir norm,

---

<sup>20</sup> Bkz. AİHM, X. / Belçika, Bn. 268/57, 20.07.1957, p. 241.

<sup>21</sup> AİHM, Vasiliauskas / Litvanya, Bn. No.35343/05, 20.10.2015, p. 188

<sup>22</sup> AİHM, Maktouf ve Damjanović / Bosna Hersek, Bn. 2312/08, 34179/08, 18.07.2013, p. 72.

<sup>23</sup> AİHM, Vasiliauskas / Litvanya, Bn. No.35343/05, 20.10.2015.

<sup>24</sup> Aynı yönde başka kararlar için bkz. AİHM, Kononov / Letonya, p. 185, 196; AİHM, Del Rio Prada / İspanya, Bn. 42750/09, 21.10.2013, p. 91; AİHM, Korbely / Macaristan, Bn. 9174/02, 19.09.2008, p. 70.

<sup>25</sup> AİHM, Vasiliauskas / Litvanya, p. 154

<sup>26</sup> AİHM, Vasiliauskas / Litvanya, p. 181.

<sup>27</sup> AİHM, The Sunday Times / Birleşik Krallık, Bn. 6538/74, 26.04.1979, p. 49.

yurttaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak yeterli kesinlikle formüle edilmediği sürece bir ‘yasa’ olarak kabul edilemez. Yurttaşın - gerekirse uygun tavsiyelerle- makul bir dereceye kadar öngörülebilir bulunabilmesi gerekir. Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez; deneyim bunun ulaşılamaz olduğunu göstermektedir. Yine, kesinlik son derece arzu edilir bir şey olsa da, beraberinde aşırı katılık getirebilir ve kanun değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Buna göre, birçok yasa kaçınılmaz olarak, az ya da çok belirsiz ve yorumlanması ve uygulanması güçlü çikaran terimlerle ifade edilir.

Ayrıca yazılı ve yazılı olmayan hukuk, kamu makamlarına tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve kullanım şeklini makul bir açıklıkla belirtmelidir. Aksi takdirde, vatandaşların demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında hak kazandığı asgari düzeyde korumadan yararlanamaz.<sup>28</sup>

Mahkeme, ‘hukuka uygun’ ifadesinin, hukuki dayanağın ‘erişilebilir’ ve ‘öngörülebilir’ olması anlamına geldiğini belirtmektedir. Bir kuralın etkileri, herhangi bir kişinin -gerekirse uygun tavsiyeyle- davranışını düzenlemesine olanak verecek şekilde yeterli kesinlikle formüle edilmişse ‘öngörülebilir’dir. Ayrıca, iç hukukta, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bir yasal koruma önlemi bulunmalıdır. Temel hakları etkileyen alanlarda yürütmeye tanınan kanuni takdir yetkisinin sınırsız bir yetki olarak ifade edilmesi hukuk devletine aykırı olacaktır. Sonuç olarak, yasa, söz konusu tedbirin meşru amacını göz önünde bulundurarak, bireye keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak için, yetkili makamlara tanınan bu tür bir takdir yetkisinin kapsamını ve bunun uygulanma şeklini yeterli açıklıkla<sup>29</sup> belirtmelidir.<sup>30</sup>

## **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kanunilik Kriterinin Kullanımı**

Bireysel başvuru hak temelli hukukun inşası ve uygulamasında oldukça önemli bir yoldur. Konumuz açısından AYM, bireysel başvuruya dair içtihadında hakka yönelik bir müdahalenin gerçekleştiğinin tespitinden sonra söz konusu

<sup>28</sup> AİHM, Kruslin / Fransa, Bn. 11801/85, 24.04.1990, p. 36.

<sup>29</sup> AİHM, Al-Nashif / Bulgaristan, Bn. 50963/99, 20.06.2002, p. 119.

<sup>30</sup> “Mahkeme tutarlı bir şekilde, iç hukukun bu gereklilikleri karşılması için, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bir yasal koruma önlemi sağlaması gerektiğine karar vermiştir. Temel hakları ilgilendiren konularda, yürütmeye tanınan kanuni takdir yetkisinin sınırsız bir yetki olarak ifade edilmesi, Sözleşme’de yer alan demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Sonuç olarak, yasa, bu tür bir takdir yetkisinin kapsamını ve kullanım şeklini yeterli açıklıkla belirtmelidir.” AİHM, Ahmet Yıldırım / Türkiye, Bn. 3111/10, 18.12.2012, p. 59.

müdahaleyi Anayasanın 13. maddesi bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Mahkeme incelemesinde şu muhakemeyi yürütmektedir:<sup>31</sup>

Bu sebeple, bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu denetim sırasında öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığı incelenecektir. Daha sonra müdahalenin Anayasa’da öngörülen sebeple yapılıp yapılmadığı ve diğer ölçütler yönünden denetim yapılmalıdır.

Görüldüğü üzere kanunilik ilkesine dair kriter, gerçekleşen müdahalenin varlığının tespitinden sonra ilk bakılan unsurdur (Eren, 2021: 582). Dolayısıyla eğer hakka yönelik müdahale, kanunilik unsurunu haiz değilse diğer güvence unsurları bakımından bir denetime tabi tutulmamakta ve ihlal kararı verilmektedir. Mahkeme, “Müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna ulaşılmakla, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir”<sup>32</sup> şeklinde değerlendirmesini sunmaktadır.

Şu hâlde burada kanunilik ilkesinin anlamı ortaya konulmak gerekir. Genel itibariyle kanunilik ilkesi değerlendirildiğinde, hakka yönelik müdahaleyi kapsayan eylem ve işlemlerin ‘kanun’ ile öngörülmüş olma hususuna işaret eder. Yukarıda Strasbourg içtihadına değindik. Burada AYM’nin bireysel başvuru yolunda gerçekleştirdiği denetimde haklar için önem arz eden güvence olan kanunilik ilkesi bazı farklılıklar teşkil olunmaktadır. Mahkeme, ‘*Kanun ile sınırlama*’ ölçütü veya ‘*kanunilik ilkesi*’ Sözleşme’nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinde de bir sınırlama ve güvence ölçütü olarak yer

---

<sup>31</sup> AYM, Esra Nur Özbey Başvurusu, Bn. 2013/7443, K.T. 20/5/2015, p. 66.

<sup>32</sup> AYM, Hayriye Özdemir Başvurusu, Bn. 2013/3434, K.T. 25/6/2015, p. 68. Bir başka kararında Mahkeme benzer doğrultudaki görüşünü şu şekilde ortaya koymaktadır: “Bu sebeple, bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu denetim sırasında Anayasa Mahkemesi öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığını inceleyecektir. Zira kanuna dayanmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden bir Anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu sebeple bir ilk olarak kanunilik unsurunun değerlendirilmesi gerekir. Kanunilik şartının sağlanması halinde müdahalenin Anayasa’da öngörülen amaçla yapılıp yapılmadığı ve daha sonra da diğer koşullara uygunluk denetimi yapılmalıdır.” AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Bn. 2014/256, K.T. 25/6/2014, p. 79.

almaktadır. Buna karşın Sözleşme’de yer alan ‘*prescribed by law/prévue par la loi*’ kavramı ile Anayasa’da yer alan ‘*kanunilik ilkesi*’ tam olarak aynı değildir. AİHM, ‘*kanun ile öngörülmüş olma*’ kavramına Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir<sup>33</sup>, değerlendirmesini yapmıştır.

Belirtildiği üzere AİHM, içtihadında<sup>34</sup> ifade edilen kanunla öngörülme kriteri, kendi içerisinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem kural olarak mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak, müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirmeye ve eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları belli koşullar çerçevesinde öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır. Ancak AYM, müdahale teşkil eden eylem veya işlemin mutlak bir biçimde yasama organınca (Meclis) ihdas edilmiş olunan ve ‘kanun’ ismiyle belirlenen bir düzenlemeye dayanması gerekir. Şu halde ‘şekli’ olarak bir ‘kanun’a dayanmayan müdahale hukukilik unsurunu taşımayacağı ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı belirtilmelidir.<sup>35</sup>

Peki, burada AYM’nin ‘kanun’a yüklediği anlam nedir? Mahkemeye göre, temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu söz konusudur. Şu hâlde idareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Temel hak ve hürriyetlerin

---

<sup>33</sup> “Anayasa’nın 87. maddesine göre ‘kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak’ Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkisindedir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasa’nın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez’ kuralı, bir ayırım yapmadan, kanunun maddi ve şekli anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa’nın 7. maddesinin anlamı, kanun yapma yetkisinin başka bir mercie devredilemeyeceği ve bunun doğal sonucu olarak da Anayasa’ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır.” AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Bn. 2014/256, K.T. 25/6/2014, p. 85.

<sup>34</sup> AİHM, Silver and Others / Birleşik Krallık, Bn. 5947/72/72, 25.03.1983, p. 86-88.

<sup>35</sup> Öte yandan, “Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlamasına izin vermez (bkz. Bn. 2014/256 (GK), 25/6/2014, p. 87).” AYM Fikriye Aytin ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 11/12/2014, K.T. 11/12/2014, p. 38.

sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımaları ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir.<sup>36</sup> Görüldüğü gibi AYM, kanunilik değerlendirmesinde hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kanunun kalitesini denetime konu edinmektedir. Burada AYM’nin metodolojik olarak denetiminde kullandığı kanunilik kriterine dair unsurları incelemek gerekir.

### **Şekli Anlamda Kanun Kriteri**

Pozitif hukuk denilen her şeyin hukuki kesinlik gerekliliğinden kaynaklandığı formülasyonu önem arz etmektedir. Böylece hukuki kesinlik pozitifliğin zemini haline gelir.<sup>37</sup> Pozitif hukukun ve hukukun ihdas tarzının önemli veçhesi şekli anlamda kanuniliğin sağlanmasıdır. Zira şekli anlamda kanunilik ilkesi, pozitif hukukun hareket kabiliyetini ve icra edilebilirlik yeteneğini teşkil eder.

AYM’nin, temel hakların şekli anlamda kanunla sınırlanması ölçütünü Osmanlı Devleti döneminde yürürlüğe giren muvakkat kanunlarda uygulamadığı örneklerle rastlanmaktadır. Yürürlüğü devam eden bir muvakkat kanunlarla temel hakların sınırlanması halinde, ilgili muvakkat kanunun Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla yapılan somut norm denetiminde AYM, hakkın şekli anlamda bir kanunla sınırlanıp sınırlanmadığını denetlememiştir. Danıştay Sekizinci Dairesi tarafından yapılan başvuru üzerine AYM, 13 Eylül 1331 (26 Eylül 1915) tarihli Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval ve Düyûn ve Matlubat-ı Metrukesi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’ın Anayasa<sup>38</sup>’ya aykırılığına ilişkin somut norm denetimi yapmıştır<sup>39</sup>. Mülkiyet hakkını sınırlayan muvakkat kanuna ilişkin AYM’nin yaptığı denetimde, anılan düzenlemenin hukuki niteliğinin<sup>40</sup> tartışılmadığı, doğrudan Anayasa’ya uygunluk incelemesinin diğer ölçütlerine geçildiği vurgulanmalıdır.

Anılan istisna bir yana bırakılırsa, kural olarak, yukarıda belirtildiği üzere AYM kanunun kalitesini araştırırken müdahalenin dayanağının ‘şekli’ anlamda

---

<sup>36</sup> Bkz. AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13/6/1985; AYM Fikriye Aytin ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 11/12/2014, K.T. 11/12/2014, p. 39.

<sup>37</sup> Bu konuda bkz. Alexy, R. (2015). “Legal Certainty and Correctness”. Ratio Juris, 28(4), 441-451, s. 443-444.

<sup>38</sup> 1961 Anayasası m. 10, 11 ve 36. 1961 Anayasası m. 11’e göre, temel haklar idarenin düzenleyici işlemleriyle değil sadece yasama tasarrufuyla yani şekli ve organik anlamda kanunla sınırlanabilir.

<sup>39</sup> AYM, E. 1963/41, K. 1963/94, 22.04.1963.

<sup>40</sup> Kanun-ı Esasi hükümleri dikkate alındığında anılan düzenleme, hukuki niteliği itibarıyla şekli ve organik anlamda muvakkat kanun, Meclis-i Vükela (Bakanlar Kurulu) tarafından kabul edilen kanun hüküm ve kuvvetinde bir idari düzenleyici işlemdir.

kanun olup olmadığını denetlemektedir. Bu hususa dair tipik örnek 'kamulaştırmatsız el atma' vakalarıdır. Bu doğrultuda Mahkemeye göre<sup>41</sup>:

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir. ... Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. ... Anayasa'nın 35 ve 46. maddeleri taşınmaz mülkiyetine son verecek müdahalelerin yasal olmasını zorunlu tutmaktadır. Bu zorunluluk hukuk devletinin gereğidir. Anayasa'nın 46. maddesi hükmü ve 2942 sayılı Kanun gereği asıl olan kamulaştırma işlemi yapmak suretiyle idarenin taşınmazı iktisap etmesidir. Yöntem olarak Anayasa ve yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması söz konusu iken, dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan, bireylerin mülkiyet hakkına son veren bir uygulama olan kamulaştırmatsız el atma yasalara uygun bir kamulaştırma ile aynı hukuki çerçeve içinde değerlendirilemez. İdarelere resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, taşınmaz sahipleri için öngörülemeyen ve hukuki olmayan müdahale riski taşımaktadır. Sonuç olarak başvurucuya ait taşınmazın bir bölümüne dere ıslah çalışması kapsamında idarenin ihmalî neticesinde kamulaştırmatsız el atmasının Anayasa'nın 35. ve 46. maddeleriyle 2942 sayılı Kanun'da belirtilen usule uymayan bir müdahale olduğu ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

Bu doğrultuda bir başka örnek *Tuğba Arslan Başvurusu*'na dair karardır. Davada başvurucu avukatlık mesleğini icra etmekte ve başörtülü olarak

---

<sup>41</sup> AYM Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu, Bn. 2013/1436, K.T. 6/3/2014, p. 51 vd.

duruşmaya katılmaktadır. Ne var ki hâkim bu duruma müdahale etmiş ve müvekkiline kendisini bir diğer avukat vasıtasıyla temsil ettirmesi için süre vererek duruşmayı ertelemiştir. AYM bunun din hürriyetine yönelik bir müdahale olduğuna kanaat getirerek,<sup>42</sup> “Başka bir ifadeyle, Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez. Dahası, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sosyal ve ekonomik haklar hariç olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir. Dolayısıyla mevcut durumda başvuruçunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran ve Anayasa’nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara ‘başları açık’ olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM’nin Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM’nin dayandığı ve Türkiye’de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan ‘kanunilik şartı’ nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez.” değerlendirmesini sunmuştur.<sup>43</sup>

Bu kararın dayanak noktası ise şu paragraftaki değerlendirmeden ileri gelmektedir:<sup>44</sup> “Sözleşme’nin orijinal metinlerinde ‘kanunen öngörülmeye’ nin karşılığı olan ‘prescribed by law/prêvue par la loi’ düzenlemesine AİHM’nin yüklediği anlam, Türk hukukundaki ‘kanun’ kavramını aşarak ‘hukuk’ terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir ‘hukuki temelinin’ olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, ‘hukuk’ teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır (Bkz. Hasan ve Chaush/Bulgaristan [BD], Bn.

<sup>42</sup> AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Bn. 2014/256, K.T. 25/6/2014, p. 80 vd.

<sup>43</sup> Başka örnekler için bkz. AYM Karlis A. Ş. Başvurusu, Bn. 2013/849, K. T. 15/4/2014; AYM Mahmut Manbaki Başvurusu, Bn. 2012/731, K.T. 15/10/2014; AYM Fikriye Aytin Başvurusu, Bn. 2013/6154, K.T. 11/12/2014.

<sup>44</sup> AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Bn. 2014/256, K.T. 25/6/2014, p. 93.

30985/96, 26/8/2000, p. 85). Bu yaklaşım nedeniyle AIHM'ye göre hukuken öngörölmüş olma ifadesindeki 'kanun' ya da 'hukuk' sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihadî hukuku da kapsamaktadır.”

Öte yandan AYM, Anayasanın bizatihi kendisini de şekli anlamda bir kanun kabul etmektedir. Bu bakımdan ayrıca Mahkeme, Anayasada 'açık ve uygulama kabiliyeti bulunan' hükümleri de hak ve özgürlüklere dair sınırlamalar açısından maddi anlamda da yeterli görmektedir.<sup>45</sup>

Bununla birlikte her ne kadar şekli anlamda kanun anlayışı hukuk devletinin ve şekli adaletin hem aracı hem öncülü olsa da, bunun 'normatif keyfilikleri' bir başına sağlayamadığını söylemeliyiz. Yine de şekli anlamda kanun başlangıcının (ilk elden düzenleme) yokluğu en ağır Anayasaya aykırılık biçimi oluşturmaktadır (Oder: 2). Fakat hemen belirtelim ki, kanunun kalitesi araştırmasında stratejik olarak maddi anlamda kanun anlayışının da dikkate alınması önemlidir.

### **Maddi Anlamda Kanun Kriteri**

AYM, kanunun kalitesini<sup>46</sup> araştırırken maddi anlamda kanun varlığını da sorgulamaktadır.<sup>47</sup> Mahkeme bu konudaki ilkesel yaklaşımını *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusuna* ilişkin verdiği kararında ortaya koymuştur. Somut olayda başvuruçular video paylaşım sitesi *youtube.com* isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair 27/3/2014 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Söz konusu işlemin temel kanuni dayanağını ise 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi teşkil etmiştir. Kanun hükmüne göre TİB Başkanı, sayılı hallerde, 'suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişim engellenmesi kararı resen' verebilme yetkisini haizdir.

---

<sup>45</sup> Bkz. EREN, s. 586. Karar için bkz. AYM (Siyasi Parti Kapatma) E. 2008/1, K. 2008/2, K.T. 30/7/2008.

<sup>46</sup> AYM "kanunun kalitesi" kavramını ilk kez şu değerlendirmesine ortaya koymuştur: "Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir." AYM Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Bn. 2012/1035, K.T. 17/7/2014, p. 44.

<sup>47</sup> AYM bunu 1961 Anayasası döneminden itibaren "norm denetimi" kapsamında aramaktadır. Örnek için bkz. AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, K.T. 14/09/1974; E. 1976/27, K. 1976/51, K.T. 16.5.1977.

AYM burada kanunun kalitesini maddi yönden denetime tabi tutmuştur. Mahkemeye göre<sup>48</sup> “Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.”<sup>49</sup>

İlgili Kanunun 8. maddesinin 4. fıkrasında “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir” denilmektedir. Şu hâlde görülmektedir ki, idari işlemle engellenmenin URL bazlı değil de bütün siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine dair bir düzenlemeye Kanunun herhangi bir hükmünde yer verilmemektedir. Böyle olmakla esasen AYM şekli anlamda kanunilik testinden de geçilmediğini ortaya koymalıydı.<sup>50</sup> Ne var ki AYM maddi anlamda kanunun kalitesini bu vakada sorgulayarak, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engelleneceğinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, bu nedenle idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu belirtilmesini de yerinde olarak ortaya koymuştur. Bunun yanı sıra Kanunun 9. maddesinin 4. fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin

---

<sup>48</sup> AYM Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2014/4705, K.T. 29.5.2014, p. 56.

<sup>49</sup> Bu yönde AİHM kararları için bkz. Altuğ Taner Akçam / Türkiye, Bn. 27520/07, 25.10.2011, p. 87; Ahmet Yıldırım / Türkiye, Bn. 3111/10, 18.12.2012, p. 57.

<sup>50</sup> Farklı gerekçede Serruh Kaleli ve Engin Yıldırım bu görüşü şu şekilde ortaya koymuşlardır: “Açıklanan nedenler ile; Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanan tedbir kararları gerekçelerinin uygulanmasını esas aldığı mahkeme kararında yer alan suç tipi gerekçelerine uymadığı, ve tedbir uygulama kararlarında resen kullandığı 5651 sayılı Yasa’nın 8. maddesinin 1/b bendinin (4) numaralı fıkrasının çoğunluk görüşünde yer alan belirsizliği ilkesi yanında hukuki temelinin de bulunmadığı bu yönüyle Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Anayasa’nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Anayasal ölçütleri de taşımadığı anlaşıldığından 26. madde yanında Anayasa’nın 22. maddesinin de ihlal edildiğine karar vermek gerekirken, sadece belirsizlikle yetinen ve 26. madde ihlaline dayanan çoğunluk kararına ayrıca 22. maddede güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün de ihlal edildiği düşüncesiyle farklı gerekçeyle katılmıştır.” Farklı Gerekçe için bkz. AYM Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2014/4705, K.T. 29.5.2014.

engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı da belirgin değildir. Dolayısıyla TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu söylenmelidir. Nihayet Mahkeme<sup>51</sup>, “Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuruçular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruçuların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.” demiştir.

Öte yandan yukarıda biz kanun anlayışımızı hukuk devleti üzerinden temellendirmeye çalıştık.<sup>52</sup> Böyle olmakla insan onuru ve buna dayanan hak ve özgürlükler bakımından bir kanun yaklaşımının geliştirilmesi gerekir. İşte AYM de ‘kanunun kalitesi’ni değerlendirirken yerinde olarak hukuk devletinin ön koşulları olarak hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerini kullanmaktadır. Şu hâlde burada özellikle maddi anlamda hukuk devleti yaklaşımıyla söz konusu bu ilkelerin anlamının tespit edilmesi<sup>53</sup> ve berraklaştırılması yerinde olacaktır.

- a. Belirlilik İlkesi: Belirlilik ilkesi hukuk devletinin önemli bir bileşenidir. AYM de belirlilik ilkesinin temellendirmesini buradan hareketle yapmaktadır.<sup>54</sup> AYM'ye göre belirlilik ilkesi,<sup>55</sup> “yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem

---

<sup>51</sup> AYM Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2014/4705, K.T. 29.5.2014, p. 64.

<sup>52</sup> AYM de bunu yapmaktadır. Bkz. E. 2015/4, K. 2015/61, K.T. 1.7.2015; E. 2014/144, K. 2015/29, K.T. 19.3.2015.

<sup>53</sup> AYM bazı kararlarında “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır.” diyerek güvenlik ve belirlilik ilkelerin ayırmaktadır. Örneğin AYM Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Bn. 2012/1035, K.T. 17/7/2014, p. 45. Ne var ki bazı kararlarında ise Mahkeme, “Diğer yandan, hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kişilerin mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır.” diyerek bu ayrımı muğlaklaştırmaktadır. Örneğin AYM Servet Saraçoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2012/1281, K.T. 24/6/2015, p. 117.

<sup>54</sup> AYM Genco Acar Başvurusu, Bn. 2013/7938, K.T. 16/12/2015, p. 58.

<sup>55</sup> AYM E. 2013/39, K. 2013/65, K.T. 22/5/2013; AYM Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, Bn. 2013/865, K.T. 1/6/2016, p. 127.

içermeyi ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin - gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle- hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanunun muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.”<sup>56</sup>. Buradan hareketle şunu söylemek gerekir ki, belirlilik ilkesinde birey ve idare bakımlarından kanunun birtakım nitelikler taşıması gereklidir. Kanun mutlak bir şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmalıdır. Böyle olmakla ve ayrıca kamu otoritesi keyfi uygulama yapamayacaktır. Kanunun hukukiliği açıklık ve kesinliği havidir. Keza kanunun kaliteli olması için bunun muhtemel etki ve neticeleri ‘yeterli derecede’ öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte AYM belirlilik ilkesini AİHM içtihadıyla örtüşen şekilde yalnızca kanunlar ile sınırlı tutmamakta bütüncül bir hukuki denetim gerçekleştirmektedir. Hukukiliğin bu şekilde anlaşılması, maddi anlamda kanun anlayışının somutlaşması bakımından yerinde olduğu söylenmelidir. Nitekim AYM’ye göre,<sup>57</sup> “‘Belirlilik’ ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.”

- b. Öngörülebilirlik: AYM hukuk devletinin bir diğer bileşeni olarak öngörülebilirlik ilkesini (hukuki güvenlik) kanunun kalitesinin tespitinde kullanmaktadır. Gerçekten de Mahkeme hukuki güvenlik ilkesine şu şekilde bir anlam atfetmektedir:<sup>58</sup> “Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” AYM’ye göre,<sup>59</sup> “hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte

---

<sup>56</sup> Ayrıca bkz. AYM Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi Başvurusu, Bn. 2014/15220, K.T. 4/6/2015; Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A. Ş. Ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2013/7114, K.T. 20/1/2016.

<sup>57</sup> AYM, E.2009/9, K.2011/103, K.T. 16/6/2011; AYM Bayram Yusuf Aslan Başvurusu, Bn. 2013/4395, K.T. 10/6/2015, p. 109.

<sup>58</sup> AYM Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Bn. 2012/1035, K.T. 17/7/2014, p. 45.

<sup>59</sup> AYM Servet Saraçoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2012/1281, K.T. 24/6/2015, p. 117.

ve kişilerin mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine itimadı azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir.” Burada hukuki güvenlik ilkesine yönelik yaklaşımını AYM, AİHM içtihadından hareket ederek inşa etmiştir.<sup>60</sup> AYM’ye göre hukuki güvenlik ilkesinin somutlaştırılması doğrultusunda gerek devlet gerekse toplum karşısında ‘ilkesel’, ‘kurumsal’, ve ‘işlevsel’ olmak üzere güvenceler sağlanmalıdır. **İlkesel koruma**, bir hukuk devletindeki devletin bütün eylem ve işlemlerinde hukuka uygun bir şekilde davranması gerekliliğini vurgular. **Kurumsal güvence**, söz konusu kuralların mahkemeler tarafından somut olaya aktarılarak hukuksal uyuşmazlığın çözülmesini ifade eder. **İşlevsellik** ise, hukuksal uyuşmazlığı kesin çözüme bağlayan mahkeme kararlarının kamu otoritelerince yerine getirilmesine, yani icra edilmesine işaret eder. AYM bu doğrultuda şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır<sup>61</sup>: “Yargı kararlarının geç uygulanması sebebiyle bireyler lehine zamanında kullanılamayan ‘işlevsel’ güvencenin söz konusu olduğu bir durumda, ‘ilkesel’ ve ‘kurumsal’ güvencelerin bireyler adına etkin kılınabilmesi, kendilerinden beklenen hukuksal korumayı sağlamaları mümkün olmaz. Dolayısıyla yargı kararlarının bireyler hakkında uygulanmasını içeren işlevsel güvence; ilkesel ve kurumsal güvenceleri tamamlayan, bu güvencelerin istenilen sonuçları vermesini mümkün hale getirerek bireysel hak ve özgürlüklere yargısal koruma sağlanabilmesini olanaklı kılan vazgeçilmez bir hukuki teminattır.”

AYM yukarıda belirttiğimiz hukuk devletine mündemiç ilkelere yüklediği anlamı pek çok kararında uygulamaya dökmüştür. Mahkeme hukuki belirlilik ile hukuki güvenlik ilkelerini birbiriyle bağlantılı bileşenler olarak görmektedir.<sup>62</sup> Bu bakımdan belirlilik ilkesinin testinde AYM, ilgili kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam açılarından belirli olmasını aramaktadır. Çünkü bireyler ancak bu şekilde kendi hukuki vaziyetlerini anlayabilirler. Aksi halde ilgili kanuni düzenlemeye dayanarak gerçekleştirilen ve hak ve özgürlüğe müdahale eden eylem veya işlemin Anayasaya aykırılığı söz konusu olacaktır.

---

<sup>60</sup> Ayrıca bu doğrultudaki bir AİHM kararı için bkz. “Bu bağlamda Mahkeme, adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğünü Sözleşme Devlemlerin ortak mirasının bir parçası olarak ilan eden Sözleşme’nin Giriş Bölümü ışığında yorumlanması gerektiğini yineler. Şimdi, hukukun üstünlüğünün temel yönlerinden biri, diğerlerinin yanı sıra, yasal durumlarda belirli bir istikrarı garanti eden ve mahkemelere halkın güvenine katkıda bulunan yasal kesinlik ilkesidir. Öte yandan, çelişkili mahkeme kararlarının ısrarı, halkın yargı sistemine olan güvenini azaltabilecek bir yasal belirsizlik durumu yaratabilir; oysa bu tür bir güven, hukukun üstünlüğüne dayalı bir Devletin temel bileşenlerinden biridir.” AİHM, Nejdet Şahin and Perihan Şahin / Türkiye, Bn. 13279/05, 20.10.2011, p. 57.

<sup>61</sup> AYM Arman Mazman Başvurusu, Bn. 2013/1752, K.T. 26/6/2014, p. 63-64.

<sup>62</sup> AYM Ali Karatay Başvurusu, Bn. 2012/990, K.T. 10/12/2014, p. 47.

Peki, buradaki belirliliğin ölçüsü mutlak anlamda mı kullanılmaktadır? Gerçekten de belirlilik ilkesinin anlamını berraklaştırmak her durumda mutlak değildir. Nitekim Mahkeme şu değerlendirmeyi yapmaktadır:<sup>63</sup>

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

Bu bağlamda hak ve özgürlüklere müdahale eden kanun hükmü, belirli oranda takdir alanını ilgili kanuni düzenlemeyi somut olaya aktaran uygulayıcıya sunabilir. Ne var ki bu takdir alanının da sınırlarının yeterli açıklıkta ve kesinlikte olması gerekir. Aksi takdirde kamu otoritesi kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanmış olacaktır.

Özellikle ceza hukuku alanında, takdir alanı ve kanunilik ilkesi büyük önem arz etmektedir. Devlet, bireyi yalnızca ceza hukuku aracılığıyla değil ceza hukukundan da korumalıdır (Ünver, 2014: 15). Keza suçların kanuniliği ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin de bir sonucudur; cezalandırılacak eylemlerin ve müeyyidelerin belirlenmesi yargıç/mahkemenin değil kanun koyucunun yetki alanındadır (Ünver, 2014: 15). Montesquieu’ya göre, yasal düzenlemeyi yorumlayarak kıyas yapan yargıç, kanun koyucunun sahasına girmiş olur<sup>64</sup>. Keza Beccaria’ya göre de ceza yasalarını yorumlamak, münhasıran yasa koyucunun yetki alanındadır; aksi halde “*yasanın sürekli değişmez ve kalıcı sesine değil, keyfi yorumların aldatıcı değişkenliğine teslim olunmaktadır.*” (Beccaria, 2018: 37-39). Yargıcın kanunun ruhuna başvurma faaliyeti, hürriyetlere yönelik ciddi tehlike yaratabilir. Beccaria’ya göre cezai yargılamada üç önerme vardır: Büyük

---

<sup>63</sup> AYM Hayriye Özdemir Başvurusu, Bn. 2013/3434, K.T. 25/6/2015, p. 58.

<sup>64</sup> Montesquieu yargıcının, yasama ve yürütmeden bağımsız olması gerektiğini vurgulamakla birlikte, yargıya, diğer iki kuvvetle eşit bir statü vermemiş; hakimlerin yorum yoluyla hukuk yaratmalarının belirsizliğini vurgulayarak, sadece “kanunun kelimelerini telaffuz eden bir ağız, yani sadece pasif varlıklar” olmaktan öteye geçmemeleri gerektiğini belirtmiştir.

“The judges must be “no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigour.” (Vile: 1967)

önerme yasadır, küçük önerme eylemin yasaya uygun olup olmadığıdır, sonuç ise ya özgürlük yahut hükümlülüktür (Beccaria, 2018: 37). Yasa hükmü yerine, yasanın ruhuna başvuran her yargıç kendine has yaklaşımıyla kanunun ruhunu farklı yorumlayacak, hatta aynı yargıç aynı kanunu farklı zamanlarda farklı yorumlayacak dolayısıyla hakların akıbeti her mahkemede farklı tecelli edecek, belirsizlik ve güvensizlik kapısı aralanacaktır (Beccaria, 2018: 37).

Şu hâlde hak ve özgürlüğün korunması ve gerçekleştirilmesi için asgari düzeyde bir yeterliliğin ve kesinliğin sağlanması zaruridir. Kuşkusuz kanun ihdas etme tekniği bakımından somut kavram veya düzenlemelerin her zaman için geliştirilmesi zordur.<sup>65</sup> Böyle olmakla burada hukuksal yorum ve muhakeme

---

<sup>65</sup> Kaldı ki bunun sakıncaları da vardır: “AİHM içtihatlarına göre de bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı, arzu edilir bir durum olmakla birlikte; bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir (bkz. Kayasu/Türkiye, Bn. 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, p. 83).” AYM Ali Karatay Başvurusu, Bn. 2012/990, K.T. 10/12/2014, p. 49. Ancak hemen belirtelim ki ceza hukukuna dair suç ve cezada kanunilik ilkesi katı yorumlanmalıdır. Nitekim AYM bu doğrultuda şu yorumu geliştirmektedir: “Suç ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve önemi haiz olup, bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırımı bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte, buna ek olarak, suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır. Kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir.” AYM Karlis A. Ş. Başvurusu, Bn. 2013/849, K.T. 15/4/2014, p. 33-34. Ne var ki burada da mutlak bir kanunilik ilkesi yorumu benimsenmemektedir. AYM AİHM içtihadından da yola çıkarak değerlendirmesini şu şekilde yapmaktadır: “Öte yandan, kanunların genel uygulamaya yönelik olarak hazırlanmasının doğal sonucu olarak kanun metinleri her zaman açık ve net olmayabilir. Kanun hazırlama tekniklerinden biri, kanunda, düzenlenecek alanın her türlü ayrıntısını içermesi yerine genel hükümler ile uygulamayı belirlemektir. Bunun sonucu olarak kanun metinlerinde yorum gerektiren ifadelere yer verilebilmektedir. Bu ifadeler, kuralın yorumu ve uygulaması açısından pratikte farklı değerlendirilebilmektedir. Diğer hukuk alanlarında

yöntemleri devreye girmelidir. Çünkü bu şekilde ilgili kanun hükmünün uygulamasında yeknesaklık sağlanacaktır. Aksi durum, belirsizliğin bir işareti olacaktır. Şu hâlde başta yargısal organlar olmak üzere kamu otoritesi ilgili kanun hükmünün yorumlanması ve uygulanmasında anayasaya uygun yorumu seçmelidir.<sup>66</sup> Nitekim AYM de bu şekilde geliştirilen yorum ve uygulamanın Anayasaya uygunluğunu denetlemekle<sup>67</sup> yetkilidir.

### **Kanunilik Ölçütünde Ek Bir Kriter: Anayasa m. 90/son**

Yukarıdaki kanunilik testinde AYM’nin benimsediği yaklaşımı ele almaya çalıştık. Bu yaklaşımda AYM ek bir kriter daha ortaya koymuştur. Bu kriter, Anayasanın 90. maddesi bakımından mevcut olmuştur. Özetle AYM’ye göre uluslararası sözleşme ve denetim organı kararı bir kanun hükmü ile çatışırsa bu

---

olduğu gibi ceza hukuku alanında olan bir kanun hükmü ne kadar açık ve net olarak düzenlense dahi kaçınılmaz olarak şüpheli noktaların giderilmesi ve değişen şartlara uyarlamak için bir yargı yorumu ile uygulamaya aktarılacaktır (Del Rio Prada/İspanya, p. 92). Yargılama görevini yerine getiren mahkemelerin, bu tür yorumsal şüpheleri gidermeleri gerekmektedir. Bu çerçevede suç ve cezada kanunilik ilkesi, temel olarak suçun özülle tutarlı olması ve makul olarak öngörülebilir olması koşuluyla ceza hukukuna ilişkin kuralların davadan davaya yargısal yorumla netleştirmeye imkân tanımaktadır. Erişilebilir ve makul olarak öngörülebilir bir yargısal yorumun suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği söylenemez (Del Rio Prada/İspanya, p. 93).” AYM Efendi Yıldız Başvurusu, Bn. 2013/1202, K.T. 25/3/2015, p. 34.

<sup>66</sup> Bu doğrultuda AYM AİHM içtihadını işaretleyerek şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “AİHM’ye göre öngörülebilirlik kavramının kapsamı ve bu kuralın anlamı, uygulanacak kişilerin sayısı ve statüsüne bağlıdır. Yasa kuralına yönelik olarak birden fazla yorumunun yapılabiliyor olması, tek başına kuralın AİHM’nin aradığı anlamda “öngörülebilirlik” şartını karşılamada başarısız olduğu anlamına gelmez. Mahkemelerin görevi, kuralın günlük yaşamdaki uygulamaları dikkate alarak yoruma dair şüpheleri kesin olarak ortadan kaldırmaktır (Gorzelik ve diğerleri/Polonya, Bn. 44158/98, 17/2/2004, p. 65). Yüksek mahkemelerin yasanın tutarlı bir şekilde uygulanmasında güvence olması göz ardı edilemez (Tudor Tudor/Romanya, Bn. 21911/03, 24/3/2009, p. 29, 30; Ştefănică ve diğerleri/Romanya, Bn. 38155/02, 2/11/2010, p. 36, 37). Ancak bu güvencenin gereğinin yerine getirilmesinde başarısız olunması, Sözleşme’ye Ek (1) No.lu Protokol’ün 1. maddesinin gerekliliklerine uygun olmayan sonuçlara neden olabilir (Păduraru/Romanya, Bn. 63252/00, 1/11/2005, p. 98, 99). ... Yüksek mahkemelerin ya da nihai merci olarak bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan mahkemelerin aynı konuya ilişkin kararlarında, davaların içeriğinden kaynaklanmayan farklı kabullerin bulunması hâlinde ise hareket noktası, derece mahkemelerinin değerlendirme veya yorumlarından hangisinin doğru olduğunun ve hangisinin tercih edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi olmayacaktır (Ştefănică ve diğerleri/Romanya, p. 34). Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kararlarda yaşanan değişimin hukuki bir belirsizliğe yol açıp açmadığına ve başvuru bakımından öngörülebilir olup olmadığına yönelik bir inceleme yapabilir.” Bkz. AYM Murat Çevik Başvurusu (5), Bn. 2013/3246, K.T. 16/12/2015, p. 39 vd.; AYM Türkan Bal Başvurusu, Bn. 2013/6932, 6/1/2015, p. 58.

<sup>67</sup> Örnek için bkz. AYM Hilmi Yıldız Başvurusu, Bn. 2013/299, K.T. 4/2/2016.

kanun hükmü zımnen ilga olacaktır (Şirin, 2015: 203). Buradan hareketle söz konusu kanun hükmüne dayanan bir müdahale de kanunilik ölçütünü yerine getirmemiş olacaktır.

Nitekim AYM bu muhakeme biçimini şu şekilde kararında kullanmıştır:<sup>68</sup>

Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Somut başvuru açısından, başvuru konusunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır. Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunun öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvuru konusunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

AYM'nin bu özgün yaklaşımı başka kararlara da uygulandığında özellikle AİHS ile çelişen metinlerin ve kararların ayıklanması kolaylıkla mümkün olacaktır. Ne var ki AYM bu bakımdan içtihat istikrarsızlığı içerisinde olduğu söylenmelidir. Gerçekten de örneğin yukarıdaki karardan kısa bir süre önce AYM, uluslararası hukuk ile çatışan kanun hükmünü Anayasaya aykırı

---

<sup>68</sup> AYM Sevim Akat Eşki Başvurusu, Bn. 2013/2187, K.T. 19/12/2013, p. 44-47.

bulmamıştır.<sup>69</sup> Keza bu son yaklaşım, benzer doğrultudaki diğer vakalarda da sergilenmemiştir.<sup>70</sup>

Öte yandan Mahkemenin yukarıda verdiğimiz kararındaki kanunilik ilkesinin uygulanması önem arz etmektedir. Çünkü burada evli kadınların doğumla kazandıkları soyadlarını tek başına kullanmamaları, Mahkemece kadın-erkek eşitliği temelinden esaslı bir denetime konu olmamıştır. AYM, bu bireysel başvuru kararında kanunilik ilkesini pratiğe aktararak başvurucu lehine hükmetmiştir. Ne var ki buradaki karar oluşturma tarzı Oder’in de belirttiği üzere, kanunilik ilkesinin, eşitlik temelli denetiminden kaçınmak doğrultusunda ‘stratejik kullanım’ını ifade etmektedir (Oder: 6). Mahkeme, daha önceki somut norm denetimi içtihadında, evli kadının soyadına dair ve kadınların evlilik öncesi soyadlarını tek başlarına kullanmalarını önleyen Medeni Kanun hükmünü hukuki olmayan kültürel gerekçelerle Anayasaya aykırı görmemişti. Dolayısıyla özellikle bu açıdan, evli kadının soyadına dair bireysel başvuru, önceki içtihadı ‘önkarar usulü’yle sorgulayacak bir temel teşkil edebilirdi. Fakat Mahkeme hukuki olan bu muhakeme tarzını seçmedi. AYM burada ‘orta yol’ bakımından, bütünüyle şekli bir argümentatif yöntemle ve haklara yönelik herhangi bir somutlaştırma gerçekleştirilmesizin AİHM içtihadı ile kanun hükümlerinin çatışmasında, Anayasa madde 90/son açısından birincisine öncelik verilmemesini kanunilik ilkesinin ihlali olarak belirlemekle yetinmiştir.

## **Sonuç**

Hukuk devletine bağlı hukukun üstünlüğü ilkesinin gerekliliklerinden biri olan ‘kanun kalitesini’nin alt unsurları değişmekte ve gelişmektedir; çünkü hukukun en yüksek standartları da dâhil olmak üzere, sürekli olarak kendisini yeniden yorumladığı ve gelişme potansiyelini kendini yeniden yorumlamaktan aldığı hukuk geleneğinin bir parçasıdır (Kuris, 2018: 156). Bu hususu hem Strasbourg Mahkemesi hem de AYM’nin yorum pratiğinde görmekteyiz.

Kanunun kalitesi yorumlayıcı bir araç olarak hukuk doktrininden bağışık düşünülemez. Çünkü uygulanabilir bir kavram olarak kanun kalitesi, hukuk devleti ilkeleri manzumesinin gelişmesinin bir neticesidir. Gerçi yargısal içtihatlarla bakıldığında bunun halen tartışmasız olmadığını ve her zaman için tutarlı bir şekilde yorumlanmadığını söyleyebiliriz.

Gerçekten de sadece teknik veya usule ilişkin değil, aynı zamanda kanunun maddi esasına dair sorular da dâhil olmak üzere pek çok sorunun yanıtsız kaldığını görmekteyiz. Kanunun kalitesinde formel unsurlar kadar maddi esaslar da önem arz etmektedir. Ancak her halükârda kanun, insan onuruna yöneldiği ve

---

<sup>69</sup> AYM E. 2011/34, K. 2012/48, K.T. 30/3/2012.

<sup>70</sup> Bu konuda karar ve eleştiriler için bkz. Şirin, 2015: 204-205.

bunu gerçekleştirmeyi amaç edindiği ölçüde hukuk devletine bağlı bir gelişim sergileyecektir.

Dolayısıyla bir hukuk devletindeki incelemede mahkemeler kanunun kalite standartlarının karşılanıp karşılanmadığını belirlemeye yardımcı olabilir, ancak özellikle ülkemizde yasa koyucunun takdir alanında bulunan seçeneklerden hangisinin en ‘kaliteli’ olduğunun unsurlarının belirlenmediğini kabul etmek mümkündür. Bu, kanunla düzenlenen tüm alanlar için geçerlidir.

AYM mülahazalarını belirli bir tarihî, kültürel, siyasi ve yasal mirasa ve anayasal kimliklerine dayandırarak, ülkemiz için kanunilik ölçütünün standartlarını yükseltme fonksiyonu icra edebileceği kanaatindeyiz. Yorumlayıcı araçlar olarak Strasbourg doktrinleri de bazı genel rehberlikler sağlayabilir. Fakat hemen belirtelim ki bu durum yalnızca ulusal anayasal kimlik alanının (1982 Anayasasının) başladığı sınıra kadar olmamalıdır.

Sonuç olarak AYM’nin özellikle bireysel başvuru içtihadında, kanun kalitesi kapsamında belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine yönelik yorumunun yerinde bir yaklaşım olduğunu söylemek gerekir. Zira bu husus hak temelli hukukun inşası ve uygulaması açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak sorun ‘içtihat istikrarsızlığı’nın ya da daha geniş olarak ‘argümentatif tutarlılık sorunu’nun<sup>71</sup> söz konusu olmasıdır. Dolayısıyla kanunilik testinin kullanıldığı bireysel başvuru incelemesinde AYM’nin, insan onuru temelli hak anlayışında genişletici ve dinamik yorumunu geliştirmesi, maddi anlamda hukuk devleti anlayışını kanunun kalitesinde araması ve bunda ısrarcı olması önemlidir.

---

<sup>71</sup> Mahkemenin şu içtihadı bu bakımdan önemlidir: “Bu çerçevede, verginin kanuniliği ilkesi gereği vergi yoluyla yapılacak müdahalelerin temel dayanağı olan kanunların da, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olması gerekmektedir (aynı yönde bkz. Bn. 2014/4705, 29/5/2014, p. 56). Ancak her zaman, kanunlarda mutlak bir açıklığın beklenemeyeceği ortadadır. Bu sebeple, kanuni düzenlemelerde az veya çok belirsiz ifadeler bulunabileceği ve bu belirsizliğin uygulamadaki yorumlarla giderilebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2009/9, K.2011/10. 16/6/2011; E.2013/64, K.2013/142, 28/11/2013) (Benzer yöndeki AİHM içtihadı için bkz. Barthold/Almanya, Bn. 8734/79, 25/3/1985, p. 47). Bu durumda kanuni düzenlemenin içeriğinin ve kapsamının kanun altı düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulduğu, bir diğer deyişle birey açısından belirliliğin sağlandığı durumlarda öngörülebilirlik koşulunun karşılandığı söylenebilecektir.” AYM Türkiye İş Bankası A. Ş. Başvurusu, Bn. 2014/6192, K.T. 12/11/2014, p. 53.

## Kaynakça

### I. Eserler

- Alexy, R. (2015). “Legal Certainty and Correctness”. *Ratio Juris*, 28(4), 441-451.
- Beccaria, C. (2018). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. (Çev. SELÇUK, S.) 7. Baskı, Ankara: İmge Kitapevi.
- Bellamy, R., (2001). “The Rule of Law and the Rule of Persons”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 4(4), 221-251.
- Demir, H. S. (2023). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Hak İhlali Başvurularının Denetiminde Kullandığı “Yasal Dayanak” ve “Yasa Kalitesi” Ölçütü Üzerine Bir Değerlendirme”. *Yasama Dergisi*, (47), 125-155, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3134226> (11.05.2024).
- Demir, H. S. (2024). “AİHS m. 7/2’de Belirtilen “Uygar Uluslar Tarafından Tanınan Hukukun Temel İlkeleri” İfadesine AİHM’nin İtihadı Yaklaşımı”. UBAK 19. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi. Ankara: Asos Yayınevi, 190-198.
- Dicey, A. V. (1922). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Liberty Classics. Indianapolis.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin R. (2006). *Is Democracy Possible Here?*. New Jersey: Princeton University Press.
- Erdem, M. (2015) “İnsancıl Hukukta Martens Kaydı”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 211-286, <http://openaccess.inonu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11616/3915/makale.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (20.01.2023)
- Eren, A. (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Fuller, L. (1964). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Gemalmaz, H. B. (2017). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. 2. Baskı, İstanbul: Beta.
- Hayek, F. A. (1973) *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- İnceoğlu, S. (2015). “Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”. *Anayasa Hukuku Dergisi*, 4(7), 85-108.
- Kuris, E. (2018). “On the Rule of Law and the Quality of the Law: Reflections of the Constitutional Turned International Judge”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 131-159.

- Küçük, A. (2008) “Hukuk Devleti Kavramı ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük (Ed.). *Hukuk Devleti Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*. Ankara: Adres Yayınları, 351-454.
- Küçük, A. (2004). “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelemesi”. *Liberal Düşünce Dergisi*, 35(9), <http://www.liberal.org.tr/sayfa/hukuk-devleti-demokrasi-ve-temel-hak-ve-hurriyetlerin-guvencelemesi-adnan-kucuk,223.php> (10.05.2024)
- Loughlin, M. (2004). *The Idea of Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010). *Foundations of Public Law*, New York: Oxford University Press.
- Malan, K. (2015). “Deliberating the Rule of Law and Constitutional Supremacy from the Perspective of the Factual Dimension of Law”. *P. E. R.*, 18(4), 1206-1250.
- Oder, B. E. “Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları”, 1-9, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/10/Bertil-Emrah-Oder-Bireysel-Ba%C5%9Fvuruda-Kanunilik-%C3%96%C3%A7%C3%BCt%C3%BC-Tutari%C4%B1%C4%B1k-ve-Stratejik-Kullan%C4%B1m-Sorunlar%C4%B1.pdf> (11.02.2023)
- Paye, J. (2009). *Hukuk Devletinin Sonu*. (Çev: G. Demet Lüküslü). 1. Baskı. İstanbul: İmge Kitabevi.
- Pazarcı, H. (2013). *Uluslararası Hukuk*. 12. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Raz, J. (1983). *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Scalia, A. (1989). “The Rule of Law as a Law of Rules”. *University Chicago Law Review*, 56(4), 1175-1188.
- Şirin, T. (2015). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*. İstanbul: On İki Levha.
- Töner Şen, S. (2010). *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*. İstanbul: On İki Levha.
- Turhan, M. (2020). “Albert Venn Dicey’in Hukuk Devleti Anlayışının Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları”. *ÇÜHFD*, 5(1), S. 1, 3237-3258.
- Ünver, Y. (2014). “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”. Ünver Y. (Editör). *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11-34.
- Vile, M.J.C. (1967). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, <https://oll.libertyfund.org/title/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers> (03.03.2023)
- Waldron, J. “The Rule of Law”, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (04/02/2023)

- Waldron, J. (2007). “Legislation and the Rule of Law”. *Legisprudence*, 1(1), 91-123.
- Waldron, J. (2008). “The Concept and the Rule of Law”. *Georgia Law Review*, 43(1), 1-63.
- Waldron, J. (2010). “The Rule of Law and the Importance of Procedure”. *NYU School of Law*, Public Law Research Paper No. 10-73, 3-31.
- Weber, M. (1968). *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press.

## **II. Mahkeme Kararları**

### **1. Seçilmiş Anayasa Mahkemesi Kararları**

#### **A. Norm Denetimi**

- AYM, E. 1963/41, K. 1963/94, 22.04.1963.
- AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, K.T. 14/09/1974.
- AYM, E. 1976/27, K. 1976/51, K.T. 16.5.1977.
- AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13/6/1985.
- AYM, E.2009/9, K.2011/103, K.T. 16/6/2011.
- AYM, E. 2011/34, K. 2012/48, K.T. 30/3/2012.
- AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, K.T. 22/5/2013.
- AYM, E. 2011/145, K. 2013/170, K.T. 6.6.2013.
- AYM, E. 2014/63, K. 2014/125, KT: 3.7.2014.
- AYM, E. 2015/4, K. 2015/61, K.T. 1.7.2015.
- AYM, E. 2014/144, K. 2015/29, K.T. 19.3.2015.
- AYM, E. 2015/102, K. 2016/151, KT: 7.9.2016.
- AYM, E. 2016/128, K. 2016/154, KT: 7.9.2016.
- AYM, E. 2018/62, K. 2018/117, KT: 27.12.2018.
- AYM, E. 2018/101, K. 2019/3, KT: 13.2.2019.
- AYM, E. 2020/74, K. 2021/94, KT: 16.12.2021.
- AYM, E. 2018/121, K. 2021/84, KT: 11.1.2021.
- AYM, E. 2021/2, K. 2022/2, KT: 24.2.2022.
- AYM, E. 2020/95, K. 2022/3, KT: 26.1.2022.
- AYM, E. 2021/95, K. 2022/118, KT: 13.10.2022.
- AYM, E. 2020/34, K. 2023/25, KT: 16.2.2023.

## **B. Siyasi Parti Kapatma**

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

## **C. Bireysel Başvuru**

AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, Bn. 2013/2187, K.T. 19/12/2013.

AYM, Türkiye İş Bankası A. Ş. Başvurusu, Bn. 2014/6192, K.T. 12/11/2014.

AYM, Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Bn. 2012/1035, K.T. 17/7/2014.

AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Bn. 2014/256, K.T. 25/6/2014.

AYM, Fikriye Aydin ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 11/12/2014, K.T. 11/12/2014.

AYM, Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu, Bn. 2013/1436, K.T. 6/3/2014.

AYM, Karlis A. Ş. Başvurusu, Bn. 2013/849, K. T. 15/4/2014.

AYM, Mahmut Manbaki Başvurusu, Bn. 2012/731, K.T. 15/10/2014.

AYM, Arman Mazman Başvurusu, Bn. 2013/1752, K.T. 26/6/2014.

AYM, Ali Karatay Başvurusu, Bn. 2012/990, K.T. 10/12/2014.

AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2014/4705, K.T. 29.5.2014.

AYM, Esra Nur Özbey Başvurusu, Bn. 2013/7443, K.T. 20/5/2015.

AYM, Hayriye Özdemir Başvurusu, Bn. 2013/3434, K.T. 25/6/2015.

AYM, Servet Saraçoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2012/1281, K.T. 24/6/2015.

AYM, Genco Acar Başvurusu, Bn. 2013/7938, K.T. 16/12/2015.

AYM, Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi Başvurusu, Bn. 2014/15220, K.T. 4/6/2015.

AYM, Bayram Yusuf Aslan Başvurusu, Bn. 2013/4395, K.T. 10/6/2015.

AYM, Efendi Yıldız Başvurusu, Bn. 2013/1202, K.T. 25/3/2015.

AYM, Türkan Bal Başvurusu, Bn. 2013/6932, 6/1/2015.

AYM, Murat Çevik Başvurusu (5), Bn. 2013/3246, K.T. 16/12/2015.

AYM, Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, Bn. 2013/865, K.T. 1/6/2016.

AYM, Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A. Ş. Ve Diğerleri Başvurusu, Bn. 2013/7114, K.T. 20/1/2016.

AYM, Hilmi Yıldız Başvurusu, Bn. 2013/299, K.T. 4/2/2016.

AYM, HBB Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, Bn. 2020/20854, KT: 23.2.2023.

## **2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

X. / Belçika, Bn. 268/57, 20.07.1957.

The Sunday Times / Birleşik Krallık, Bn. 6538/74, 26.04.1979.

Silver and Others / Birleşik Krallık, Bn. 5947/72/72, 25.03.1983.

Malone / Birleşik Krallık, Bn. 8691/79, 02.08.1984.

Kruslin / Fransa, Bn. 11801/85, 24.04.1990.

Al-Nashif / Bulgaristan, Bn. 50963/99, 20.06.2002.

Tess / Letonya, Bn. 34854/02, 12.12.2002.

Leyla Şahin / Türkiye, Bn. 44774/98, 10.11.2005.

Kononov / Letonya, Bn. 36376/04, 24.07.2008.

Korbely / Macaristan, Bn. 9174/02, 19.09.2008.

Kononov / Letonya, Bn. 36376/04, 17.05.2010.

Nejdet Şahin and Perihan Şahin / Türkiye, Bn. 13279/05, 20.10.2011.

Ahmet Yıldırım / Türkiye, Bn. 3111/10, 18.12.2012.

Maktouf ve Damjanović / Bosna Hersek, Bn. 2312/08, 34179/08, 18.07.2013.

Del Rio Prada / İspanya, Bn. 42750/09, 21.10.2013.

Vasiliauskas / Litvanya, Bn. No.35343/05, 20.10.2015.

